

JOSÉ ÁLVARO LÓPEZ CAMACHO

MEDIDAS CAUTELARES
(En el Código Procesal Contencioso Administrativo)

San José, Costa Rica

2009

(Con actualizaciones al año 2012)

342.066

L864m López Camacho, José Alvaro.

Medidas cautelares (En el Código Procesal Contencioso Administrativo)

/ José Alvaro López Camacho – Heredia, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, 2012.
363 p.

ISBN 978-9968-757-94-2

1. Derecho Procesal Contencioso Administrativo 2. Derecho
Contencioso Administrativo 3. Medidas Cautelares I. Título

Consejo Editorial
Consejo Directivo Escuela Judicial

Licda. Ana Virginia Calzada Miranda
Dr. Marvin Carvajal Pérez
Lic. Rafael Angel Sanabria Rojas
Dr. Juan Carlos Segura Solís
Lic. Francisco Segura Montero
Lic. Martha Iris Muñoz Cascante
Lic. Jorge Chavarría Guzmán
Lic. Francisco Arroyo Meléndez

Coordinación:
Licda. Rebeca Guardia Morales

Validador:
Dra. Cristina Víquez Cerdas

Revisión filológica:
M.L. Irene Rojas Rodríguez

Diagramación, diseño de portada e impresión:
Departamento de Artes Gráficas, Poder Judicial

Edición 2012

© Escuela Judicial
Hecho el depósito de ley.
Reservados todos los derechos

ADVERTENCIA

De conformidad con la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos es prohibida la reproducción, transmisión, grabación, filmación total o parcial del contenido de esta publicación mediante la aplicación de cualquier sistema de reproducción, incluyendo el fotocopiado. La violación a esta ley por parte de cualquier persona física o jurídica, será sancionada penalmente. Esta obra fue producida con fines no comerciales. Está prohibida su venta.

Poder Judicial, Escuela Judicial
Teléfono: 2295-4541 Fax: 2295-4542
Ciudad Judicial, San Joaquín de Flores,
Heredia, Costa Rica
2012

Dedico este trabajo al eterno Dios

Agradezco a todas aquellas personas que hicieron posible este estudio y que me apoyaron en todo momento...

TABLA DE CONTENIDO

Portada	i
Dedicatoria	iii
Agradecimientos	iv
Tabla de contenido	v
Resumen	ix
Lista de cuadros	xiii
Lista de tablas	xiv
Lista de gráficos	xv
Lista de abreviaturas	xvi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO	
La tutela cautelar en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo (Ideas previas).....	3
Sección Primera: Tópica y dogmática en la tutela cautelar	3
a) Dogmática y dogmatismo.....	3
b) Tópica y jurisprudencia	7
c) Conceptos jurídicos indeterminados y tutela cautelar.....	16
c.1. ¿En qué consiste la indeterminación del concepto?	17
c.2. Indeterminación y veracidad.....	19
c.3. La significación de los conceptos indeterminados en el ámbito cautelar	21
Sección Segunda: Aspectos generales de la tutela cautelar en el nuevo CPCA	23
a) Concepto general.....	24
b) La tutela cautelar como componente inescindible de la tutela judicial efectiva	38
c) La crisis del proceso contencioso – administrativo y el nuevo paradigma cautelar	47
d) La normativa objeto de nuestro estudio y sus interrogantes.....	51
d.1. Regulación de la tutela cautelar en el CPCA.....	53
d.2. Requisitos generales	60
d.2.1. Requisitos subjetivos.....	60
d.2.2. Requisitos objetivos.....	67
d.2.3. Requisitos de actividad.....	75
d.3. Supuestos de procedencia	77
d.4. Momento procesal en que cabe solicitar la medida cautelar.....	78

d.4.1. Anticipadas	78
d.4.2. En fase de tramitación	81
d.4.3. En fase de conciliación	83
d.4.4. En fase recursiva	85
d.4.5. En fase de ejecución	88
d.5. Interrogantes.....	91

Sección Tercera: Características de la tutela cautelar en el nuevo CPCA

92

a) Apertura y atipicidad del contenido	93
b) Jurisdiccionalidad	95
c) Necesidad de la medida.....	100
d) Flexibilidad y eficacia progresiva y extensiva	101
e) Rogación e inaplicabilidad de la regla de literal congruencia	103
f) Summaria cognitio y urgencia.....	105
g) Instrumentalidad gradual, accesoriedad y funcionalidad	108
h) Necesaria ponderación de los intereses en juego	112
i) Proporcionalidad, idoneidad y necesidad	114
j) Eficacia temporal (provisionalidad), inmediata y especial de la medida cautelar	117
k) Impugnabilidad.....	126
l) Coercitividad	129
m) Respeto de los principios de la oralidad durante las audiencias	130

CAPÍTULO SEGUNDO

Modalidades, presupuestos y cauces procesales

137

Sección Primera: Los presupuestos de la tutela cautelar.....

138

a) Presupuestos procesales y subjetivos	139
b) Fumus boni iuris.....	148
b.1. Definición	149
b.2. Juicio de probabilidad	156
b.3. Prueba	158
b.4. Requisito negativo	159
b.5. Manifestaciones concretas	164

c)	Periculum in mora	168
c.1.	Definición	170
c.2.	Tipología	174
c.3.	Principio racional de prueba	181
d)	Ponderación de intereses contrapuestos	188
Sección Segunda: Modalidades de la tutela cautelar		198
a)	Medidas conservativas (negativas, por regla de principio	199
b)	Medidas anticipativas o innovativas (positivas, por regla de principio	202
b.1.	Inhibitorias	202
b.2.	Ordenatorias	203
b.3.	Sustitución cautelar	203
Sección Tercera: Cauces procesales		209
a)	Provisionalísimas	209
a.1.	Instrumentalidad de tercer grado	210
a.2.	Competencia	211
a.3.	Solicitud de la medida	211
a.4.	Resolución judicial	211
a.5.	Duración de las medidas provisionalísimas	212
a.6.	¿Audiencia a la parte contraria? ¿Recursos	212
a.7.	Esquema	213
b)	<i>Inaudita altera parte</i>	214
b.1.	Concepto	214
b.2.	Competencia	217
b.3.	Solicitud de la medida	218
b.4.	Resolución judicial	219
b.5.	Duración de las medidas inaudita altera parte	220
b.6.	¿Cuestionamiento de la unilateralidad? ¿Recursos	221
b.7.	Esquema	224
c)	<i>Ante causam</i>	224
c.1.	Concepto	224
c.2.	Competencia	225
c.3.	Solicitud de la medida	225

c.4.	Resolución judicial.....	228
c.5.	Duración de las medidas <i>ante causam</i>	230
c.6.	Constitucionalidad de la medida ante <i>causam</i>	230
c.7.	Esquema.....	232
d)	Mixtas.....	232
Sección Cuarta: Contracautela.....		233
a)	Concepto.....	234
b)	Fundamento.....	236
c)	Válvula de escape del sistema cautelar.....	238
d)	Requisitos.....	240
e)	Contenido y formas.....	242
e.1.	Patrimoniales y no patrimoniales.....	243
e.2.	Anticipadas y consustanciales.....	243
f)	Impugnabilidad.....	244
g)	Efectos y extinción de la contracautela.....	246
Sección Quinta: Procedimiento.....		247
a)	Consideraciones generales.....	247
a.1.	Vía para solicitar la cautela.....	248
a.2.	Momento procesal.....	251
b)	Fases del procedimiento.....	251
b.1.	Iniciación.....	252
b.2.	Tramitación y resolución.....	253
b.3.	Apelación en sede cautelar.....	265
b.4.	Ejecución de la medida.....	272
b.5.	Modificación, supresión o renovada procedencia.....	274
b.6.	Eventual fase indemnizatoria.....	281
b.7.	Esquema.....	282
b.8.	Estadística.....	284

CAPÍTULO TERCERO

Obstáculos y límites	293
Sección primera: Obstáculos a la tutela cautelar	293
a) Hacer personalísimo y tutela cautelar.....	293
b) La discrecionalidad como supuesto límite insalvable a la tutela cautelar	297
b.1. Generalidades acerca de control de discrecionalidad en el CPCA.....	301
b.2. La discrecionalidad como supuesto límite insalvable al poder de sustitución.....	308
b.3. El remanente de discrecionalidad	317
b.4. La sustitución cautelar como vía posible de escape	320
c) El temor al adelanto de criterio	322
d) Posibilidades y previsiones financieras. La necesaria compatibilización de la ejecución de la tutela cautelar y la legalidad presupuestaria.....	326
Sección segunda: Límites a la tutela cautelar	332
a) Perjuicio grave a intereses contrapuestos	332
a.1. Perjuicio grave a intereses generales	333
a.2. Perjuicio grave a intereses de terceros	337
b) Acerca de la entrada en vigor del nuevo régimen cautelar (la disposición transitoria III del CPCA).....	339
c) Homogeneidad e improcedente anticipación de la resolución de fondo.....	343
d) Situaciones irreversibles	344
e) Arbitrariedad judicial y discrecionalidad judicial	349
f) ¿Cuál es el gran límite del juez en materia cautelar?.....	355
Conclusiones y propuestas (Camino al futuro).....	359
BIBLIOGRAFÍA	362
ANEXOS	393

RESUMEN

En este trabajo final de investigación aplicada denominado LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, se describen y analizan el sistema, las características, límites y principios de la tutela cautelar incorporados en el moderno Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley N.º 8508 del 28 de Abril de 2006).

El análisis del tema empieza por delimitar el papel de la dogmática en esta materia y la importancia de asumir un enfoque tópico en el análisis de los círculos de problemas a que nos enfrenta el sistema flexible introducido por la Ley N.º 8508. Luego de realizado dicho análisis, se prosigue con el estudio de la normativa y sus interrogantes, empezando por el concepto mismo de medida cautelar hasta llegar a las características estructurantes de la tutela cautelar en la nueva legislación.

Con base en el enfoque tópico que se asume, se analizan las modalidades, los presupuestos y cauces procesales de la tutela cautelar en el Código Procesal Contencioso Administrativo. Se estudian primero sus tres presupuestos generales: a) *fumus boni iuris*, b) *periculum in mora* y c) ponderación de los intereses en juego. Segundo, se analizan las medidas conservativas, anticipativas e innovativas. Y, tercero, los cauces procesales diferenciados (medidas provisionales, *inaudita altera parte* y *ante causam*). Para finalizar esta segunda parte, se estudian las medidas de contracautela y las fases del procedimiento general establecido en el Título Tercero de la legislación de cita.

En el capítulo tercero y último, se estudian a profundidad cada uno de los supuestos límites al derecho fundamental a la tutela cautelar, así como los obstáculos teóricos y prácticos que podrían dar al traste con el espíritu de la reforma. Dentro de este apartado se estudian los problemas particulares que podría plantear el hacer personalísimo en el ámbito de la Administración Pública, la discrecionalidad administrativa, el temor al adelanto de criterio y la consideración de las posibilidades y previsiones financieras que debe hacer el juez al momento de solucionar el problema cautelar. El análisis de estos supuestos límites nos lleva a tocar la posible afectación de intereses contrapuestos, el caso de las medidas con efectos irreversibles y, finalmente, la ineludible distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad judicial.

Hechas las anteriores consideraciones, los elementos esenciales de la tutela cautelar en el Código Procesal Contencioso Administrativo son de esta forma analizados, proyectando su aplicación a los problemas complejos de la práctica. Y, finalmente, concluimos afirmando la viabilidad, más aún, la imposición legal y constitucional de una tutela cautelar efectiva, incluso mediando potestades administrativas con elementos discrecionales, aplicando para ello incluso, si las circunstancias así lo imponen, como último reducto el poder de sustitución del juez contencioso administrativo para la ejecución de lo dispuesto, como un requisito ineludible e indispensable de la tutela judicial efectiva. Esto no será entonces la tergiversación de las reglas del ordenamiento sino su consumación y el broche de cierre de la nueva justicia administrativa.

LISTA DE CUADROS

Cuadro N.º1	Movimiento mensual ocurrido en la Sala Primera en función de Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo destacado en la Sala Primera según materia durante el 2008	393
Cuadro N.º2	Casos entrados en la Sala Primera en función de Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo destacado en la Sala Primera por tipo y según mes de 2008	394
Cuadro N.º 2 (bis)	Casos entrados en la Sala Primera en función de Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo destacado en la Sala Primera por tipo y según mes del 2008	394
Cuadro N.º3	Número de resoluciones dictadas en la Sala Primera en Función de Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo destacado en la Sala Primera por tipo y según mes durante el 2008.....	395
Cuadro N.º3 (bis)	Número de resoluciones dictadas en la Sala Primera en Función de Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo destacado en la Sala Primera por tipo y según mes durante el 2008.....	395
Cuadro N.º4	Votos de fondo y duración promedio en la Sala Primera en función del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo destacado en la Sala Primera por trimestre durante el 2008.....	396
Cuadro N.º5	Número de casos votados por el fondo en la Sala Primera en función del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo destacado en la Sala Primera por trimestre y según tiempo de duración durante el 2008.....	396

LISTA DE TABLAS

Tabla N.º1	Tabla de datos estadísticos de medidas cautelares en TPCA (2008). Elaborada por la Sección de Estadística del Departamento de Planificación.....	283
Tabla N.º2	Votos de fondo (materia contenciosa) del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo durante el 2008	307v

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico N.º1	Medidas cautelares en TPCA (2008)	285
Gráfico N.º2	Resolución cautelar en TPCA (2008)	285
Gráfico N.º3	Distribución de medidas solicitadas en TPCA (2008)	285
Gráfico N.º4	Distribución de resolución cautelar en TPCA (2008)	286
Gráfico N.º5	Comportamiento Anual de la Tasa de Congestión de la Sala Primera para el período 2003-2008	287
Gráfico N.º6	Distribución porcentual de los casos entrados a la Sala Primera por materia durante el 2008	288
Gráfico N.º7	Tendencia histórica anual del número de casos entrados para resolver por el fondo y número de votos de fondo en la Sala Primera, 2003-2008	288
Gráfico N.º8	Distribución porcentual por materia del número de casos para resolver por el fondo en la Sala Primera durante el 2008	289

LISTA DE ABREVIATURAS

CPC	=	Código Procesal Civil N.º 7130 del 21 de julio de 1989
CPCA	=	Código Procesal Contencioso Administrativo N.º 8508 del 28 de Abril de 2006
LGAP	=	Ley General de la Administración Pública N.º 6227 del 2 de mayo de 1978
LRJCA	=	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa N.º 3667 del 12 de marzo de 1966
LJCA/1998	=	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española N.º 29 del 13 de julio de 1998
PGR	=	Procuraduría General de la República
RCPCA	=	Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda (circular n.º 001-08 celebrada en la sesión n.º 02-08 del 21 de enero de 2008, en adelante RCPCA). Publicado en La Gaceta n.º 49 del 10 de marzo de 2008.
S.C.V.	=	Voto de Sala Constitucional
VwGO	=	<i>Verwaltungsgerichtsordnung</i> (Ley alemana de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del 21 de enero de 1960 y sus reformas)

INTRODUCCIÓN

Tenemos la oportunidad de ser testigos de un giro radical en la justicia administrativa costarricense. La entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo [CPCA] no solo cambia la dinámica del proceso, sino también introduce en el ámbito de lo contencioso un conjunto de herramientas para potenciar la protección de los derechos e intereses de la persona. Esto se debe al norte de esa reforma que es, precisamente, hacer efectiva la tutela del sistema judicial.

Uno de los pilares fundantes de ese cambio y componente inescindible de la nueva realidad de la justicia administrativa es el ensanchamiento y la diversificación de las medidas cautelares.

Sin embargo, tal ensanchamiento plantea una serie de retos para los destinatarios de la norma, acostumbrados, casi todos hasta hace muy pocos años, a la suspensión como mecanismo natural dentro del ámbito cautelar.

La presente investigación pretende abordar algunos de esos retos, al dar un tratamiento sistemático y pormenorizado a las medidas cautelares, tal y como han sido previstas en el Código Procesal Contencioso Administrativo. Para lograr ese objeto, se acude a la doctrina y la jurisprudencia más relevante y nos atrevemos a dar algunos aportes propios.

La *hipótesis* planteada como punto de partida para la presente investigación fue que la tutela cautelar contemplada el CPCA constituye un salto cualitativo con respecto a la pretérita Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que engarza directamente con la imposición legal y constitucional de una tutela cautelar efectiva, incluso mediando potestades administrativas con elementos discrecionales.

Para poder comprobar o refutar dicha hipótesis, nos resultó necesario desarrollar varios *objetivos* que se exponen a lo largo de los diferentes apartados. El primer capítulo expone los puntos medulares de la tutela cautelar concebida en el CPCA. El segundo capítulo se ocupa de los presupuestos y la tipología de esas medidas en el Código Procesal Contencioso Administrativo, así como de sus cauces procesales diferenciados, y, finalmente, el tercero nos aproxima a los retos que introduce la reforma.

Para cumplir con esos objetivos fue necesario recurrir al método deductivo partiendo de los puntos medulares de la tutela cautelar expuestos por la doctrina y la jurisprudencia patria, en particular la emitida por nuestra Sala Constitucional en cuanto al derecho a la tutela cautelar efectiva. Solo así pudimos encajar el sistema cautelar que introduce el CPCA dentro del esquema general de tutela que deriva del Derecho de la Constitución.

A su vez, para poder responder de manera adecuada a las interrogantes que la novedad de esta reforma plantea, fue necesario analizar las soluciones que ha dado la temprana jurisprudencia del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y del Tribunal de Casación de lo Contencioso, sus datos estadísticos y sus criterios más relevantes, órganos ambos de creación reciente y a los cuales se suma hoy el denominado Tribunal de Apelaciones, y luego también compararlas con las respuestas que otros ordenamientos semejantes han dado a las mismas interrogantes a lo largo de los años.

Como resultado final de esa labor, debimos entonces acudir al método inductivo para poder destacar los principales tópicos que se derivan del estado actual de la cuestión en el ámbito de la tutela cautelar contencioso administrativa.

Dada la novedad que introduce el apartado cautelar del CPCA, así como su escaso desarrollo doctrinal en Costa Rica, el estado actual de las cosas justificaba plenamente abordar el ámbito de problemas que resultan de su aplicación, incluyendo el conocimiento adquirido en los últimos años de desarrollo doctrinal y jurisprudencial comparado. El resultado final ha sido un análisis sistémico de los presupuestos, el procedimiento y los límites de la tutela cautelar en el CPCA que se expone a continuación.

MEDIDAS CAUTELARES

Ahora bien, ante la innovación y la ruptura con el sistema anterior, lo aconsejable es siempre la prudencia y la cordura. Este examen advierte como necesarias esas dos cualidades. No debemos satanizar la reforma, pero tampoco debemos sacralizarla.

Nuestra esperanza es que al finalizar el tratamiento de estos temas, podamos tomar conciencia de la magnitud del cambio introducido en el ámbito de lo cautelar y del cúmulo de posibilidades, retos y peligros que supone su aplicación.

CAPÍTULO PRIMERO

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

(características introductorias, aclaración de términos y otros preliminares)

“Qui bene distinguit, bene iudicat”.
(Heinrich HENKEL)

Los primeros pasos de este examen pasan por el enfoque que sirve de base a todo lo demás. Es decir, debemos fundamentar primero la necesidad y la naturaleza misma del análisis que aquí se realiza, y, superado el problema anterior, debemos explicitar el enfoque que va a permear nuestro estudio. Ello nos obliga a tratar algunas ideas y nociones generales que constituyen el antecedente del análisis pormenorizado que se aborda a partir del capítulo segundo. Comenzaremos pues con la dogmática y la tópic, a partir de la obra fundacional de VIEHWEG, para luego ubicar la normativa objeto de nuestro estudio y sus características estructurantes, no así su dinámica que será tratada más adelante.

Sección Primera: Tópica y dogmática en la tutela cautelar

Lograr depurar el proceso de interpretación y aplicación normativa es la tarea asignada a la dogmática jurídica en el sentido que aquí le otorgamos. En este sentido, debemos tomar conciencia primero de nuestra labor como reflexión dogmática.

Tal labor dogmática debe estar inmersa dentro de un sistema jurídico razonable y coherente para poder sumarle legitimidad. Pero la reflexión dogmática no resuelve por sí misma el problema cautelar, para ello, el enfoque de la tópic sirve de necesario complemento y nos señala el camino a seguir para afrontar los casos difíciles y nos enseña a razonar donde no caben fundamentaciones concluyentes. A continuación, exponemos entonces las bases del enfoque que seguirá nuestra aproximación, para dejar así develada nuestra posición sobre la tarea de interpretación y aplicación del derecho, posición que influirá necesariamente en la solución que demos a muchos de los problemas que conlleva la aplicación del sistema tutelar, tal y como está contemplado en el Código Procesal Contencioso Administrativo.

a) Dogmática y dogmatismo

Dogmatismo y dogmática jurídica son dos términos que, aunque semejantes, son esencialmente divergentes. El primero es un enfoque de aproximación al conocimiento; el segundo es el término que designa al conjunto de la reflexión jurídica seria en el ámbito de una disciplina determinada.

El dogmatismo asume una opinión como fija, indiscutible, *dogma*. El *dogmatismo* es “*la presunción de los que quieren que su doctrina o sus aseveraciones sean tenidas por verdades inconcusas [...]*”; es decir, firmes y sin duda ni contradicción, por ello dogmatizar es “*Afirmar con presunción, como innegables, principios sujetos a examen y contradicción*”², nada más alejado del objeto de esta investigación.

Repetimos, no debemos satanizar el Código, pero tampoco debemos sacralizar sus normas. El Título III del

1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 21º ed., T.I, Madrid, España, 1992, p. 771.

2 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 21º ed., T.I, Madrid, España, 1992, p. 771.

MEDIDAS CAUTELARES

Código de lo Contencioso debe ser objeto de una verdadera reflexión dogmática para ser aplicado. Los conceptos, principios y disposiciones que ahí aparecen no son evidentes y ciertos por sí mismos, sino que requieren pasar por el tamiz de la razón para explicitar su verdadera dimensión y alcances.

La dogmática por otra parte es

una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del Derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar, 2) suministrar criterios para la aplicación del Derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico³.

Mientras los distintos aplicadores de la norma tienen que resolver casos concretos, la labor de la dogmática se centra en lo abstracto, lo general, sin dejar de decir que tal distinción no es para nada tajante. La aplicación supone criterios suministrados por la dogmática, y la dogmática se sirve de los casos concretos para su elaboración. El aporte fundamental de la dogmática no puede ser subestimado, la *ratio decidendi* de nuestros fallos muchas veces se apoya en reglas generales y abstractas que orientan la solución del caso o, inclusive, pueden llegar a crearlas para eventuales casos futuros.

Antonio HERNÁNDEZ GIL identifica la *construcción jurídica* como objeto último de la dogmática:

puede decirse que la construcción jurídica es el cometido (esencial) de la ciencia del derecho concebida como dogmática jurídica. Si “el objeto propio de la lógica es la forma misma de la construcción científica”, el objeto de la dogmática que, según se ha visto, es la ciencia del derecho considerada como lógica jurídica, se cifra en la construcción científico – jurídica. Con los materiales suministrados por el derecho positivo, se “construyen” los conceptos, y con éstos, integrándolos armónicamente, se “construye” el sistema⁴.

Theodor Viehweg indica:

*Como una opinión fijada y establecida se llama **dogma** y el correspondiente esquema de pensamiento **dogmática**, es correcta la forma habitual de designar como dogmática jurídica a una opinión jurídica racionalizada⁵.*

Y por otro lado destaca:

[...] una opinión considerada como vinculante (dogma) es desarrollada y diferenciada a través de variados esfuerzos intelectuales (dogmática). Ésta es, en todo el mundo, la tarea de los dogmáticos, es decir, de los juristas y de los teólogos⁶.

Las labores de la dogmática pueden sintetizarse en tres palabras: *explicar, sistematizar y criticar*: explicar e identificar los conceptos y los principios inmanentes en el derecho positivo, en nuestro caso los correspondientes al campo de lo *cautelar* tal y como está regulado en el Título III del Código de lo Contencioso, luego sistematizar los conceptos en un sistema coherente y razonable que nos llevará al cuestionamiento de los *límites* de ese poder, para finalmente enjuiciar el contenido de ese ordenamiento jurídico existente y proponer soluciones a su problemática⁷.

3 ATIENZA (Manuel). Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Palestra Editores, Lima, Perú, 2006, p.29.

4 HERNÁNDEZ GIL (Antonio). Metodología de la ciencia del derecho. T.I., 2º ed., Gráficas Uguina – Meléndez Valdes, Madrid, España, 1971, p.131.

5 VIEHWEG (Theodor). Tópica y Filosofía del Derecho. Traducción de Jorge M. Seña, editorial GEDISA, Barcelona, 1991, p. 16.

6 VIEHWEG (Theodor). Tópica y Filosofía del Derecho. op. cit, p.36.

7 El objetivo de la dogmática nunca será elaborar “castillos de naipes” conceptuales, sino asegurar los valores fundamentales del Derecho. BORJA ha destacado cómo en los países occidentales se han superado en el respeto de la dignidad humana, gracias a la labor de más de ciento cincuenta años de la dogmática. “Se puede decir que la situación de la legislación penal, en líneas generales, y en los países de la órbita occidental en los que predomina el mentado pensamiento dogmático, ha avanzado notablemente si se toman como indicadores los que marca el Estado de Derecho: libertad, igualdad y justicia”. BORJA JIMÉNEZ (Emiliano). Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal. Editorial Jurídica Continental, 2001, p. 47.

MEDIDAS CAUTELARES

Cada sociedad debe fijar lo que considera correcto, lo que fija como *justum* en una situación problemática concreta. Sin embargo, la forma en que se llegue a esa respuesta puede ser más o menos racionalizada. Por ejemplo, no podemos negar que acudir al “oráculo”, a la voluntad del rey o a las sentencias judiciales sean métodos igualmente válidos para realizar ese cometido en una sociedad dada; pero no todos ellos pueden ser pasados por el tamiz del razonamiento humano. Para que ese pensamiento sea controlable, sus destinatarios deben tener un cierto grado de certeza acerca de la posible respuesta del sistema social, y por lo tanto, apunta VIEHWEG:

Por lo que respecta a la estructura óptima de una tal dogmática jurídica, basta constatar aquí que tiene que haber, en todo caso, por lo menos un dogma fundamental o varios dogmas fundamentales conciliables entre sí y que son considerados como incontestables. Todo lo que el ars inveniendi sugiere dentro de la dogmática jurídica como solución de un problema tiene que ser conciliable con los dogmas fundamentales... Para poder cumplir con su función de unificación es necesario que los mencionados dogmas fundamentales contengan implícita o explícitamente una teoría del derecho material como fundamentación última. Esto significa: tienen que contener una teoría que responda concretamente a la pregunta acerca de lo que, en última instancia, se considera como justum⁸.

Esa **teoría del derecho material** es la que se ha plasmado en los preceptos de la Constitución y constituye el marco extremo de cualquier dogmática jurídica, por lo que VIEHWEG llama a la teoría constitucional “*la teoría de la creación para toda creación del derecho*”⁹. Por eso, cualquier desarrollo dogmático en la materia que nos ocupa debe respetar los límites del texto constitucional -por difícil que eso pueda resultar en la práctica-, y a su vez, la interpretación judicial solo es legítima si se mantiene coherente con ese marco de referencia material. En nuestro caso, cualquier reflexión posterior parte de un *dogma fundamental* en el sentido visto, el derecho a una **tutela judicial efectiva**.

La **tutela judicial efectiva** tiene como componente inescindible a la tutela cautelar; es decir, una justicia retardada no es justicia. Por lo que, tal y como se verá más adelante, la posibilidad de una tutela cautelar efectiva, como derecho cierto y de aplicación inmediata, y de una obligación correlativa para el sistema judicial de hacerla posible es una de las bases del desarrollo dogmático de esta materia¹⁰. El magistrado MORA MORA definió en el voto 2000-06325 de la Sala Constitucional la **tutela judicial efectiva**:

*II.- La tutela judicial efectiva es el **derecho de toda persona a obtener justicia**; a que cuando tenga un diferendo con otra, su pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso, con **unas garantías que permitan al Juez cumplir con su misión de satisfacer las pretensiones que se le formulen en un tiempo razonable**. En términos muy concretos se trata del derecho que tiene el particular de hacer valer su interés legítimo o derecho lesionado frente a un órgano jurisdiccional y en el cual no se le impida ni obstaculice, con dilaciones innecesarias, formalismos legales excesivos o con prácticas jurídicas erróneas esa discusión.*

*II.- La tutela judicial efectiva es un **derecho fundamental de cobertura universal y de aplicación inmediata**, posee dos vertientes, uno es el que se ocupa del señalamiento que se hace para que todas las personas tengan la posibilidad de ejercer sus derechos, en otras palabras, del acceso a la justicia, el segundo se refiere **a la materialización de esa tutela en forma efectiva y pronta**, de manera que no solo haya acceso sino **que se cuente con los instrumentos requeridos y necesarios para que el ente encargado al que se acude con la petición, otorgue una respuesta a esa solicitud en un plazo razonable** -la cual obviamente podrá ser afirmativa o negativa a la pretensión solicitada-, **y con fuerza ejecutoria**¹¹.*

8 VIEHWEG (Theodor). Tópica y Filosofía del Derecho. Ob. cit., p. 16-17.

9 VIEHWEG (Theodor). Tópica y Filosofía del Derecho. Ob. cit., p. 20.

10 Al respecto puede verse lo dispuesto por el Tribunal Contencioso Administrativo en la sentencia n.º 321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno.

11 Salvo que se especifique otro aspecto, los destacados son de la transcripción.

MEDIDAS CAUTELARES

Como derivado del artículo 24.1. de la Constitución Española, el alcance de la tutela judicial efectiva ha sido también tema recurrente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. La Sala recoge ese tratamiento en el fallo transcrito e indica:

*El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo (el 24) consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, **pueda entre ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes** y que goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también **que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado**, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones [...].*

En otras palabras, para cumplir con las exigencias de la **tutela judicial efectiva**, el juez debe tener posibilidad de impedir que las situaciones contrarias al ordenamiento jurídico se consoliden irreversiblemente, por lo que el Código opta por un enfoque amplio que pone a disposición del juzgador la posibilidad de imponer las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (art. 19), porque es del más alto interés general que el sistema de Administración de Justicia funcione eficazmente y sin dilación.

A partir de tal marco orientador, basta solamente advertir de la perniciosa tendencia a convertir en dogma una determinada dogmática. Como HERNÁNDEZ GIL ha señalado:

[...] es preciso no olvidar el origen y la validez, por fuerza relativa, de tales categorías; utilizarlas en la medida en que sirvan para encuadrar e ilustrar un derecho, no para torturarlo y desnaturalizarlo; ni convertirlas, por sistema, en piedra de crítica (e incluso de escándalo), juzgándole inferior o retrógrado por su inadaptabilidad a ellas. Que si la dogmática – en rigor – aspira a aceptar como dogma el arrancado del derecho positivo, es incurrir en un redoblado dogmatismo, y, en el fondo, además, negarle, el convertir en dogma una determinada dogmática¹².

Lo anterior nos lleva al siguiente tema: la *tópica* como enfoque orientador de nuestra labor de interpretación.

12 HERNÁNDEZ GIL (Antonio). *Metodología de la ciencia del derecho*. T.I., 2º ed., Gráficas Uguina – Meléndez Valdes, Madrid, España, 1971, pp.197-198.

b) **Tópica y jurisprudencia**¹³

No pretendemos remotamente aquí establecer una teoría de la argumentación jurídica¹⁴. Tal labor no tendría sentido en el contexto del presente trabajo, sino únicamente nos proponemos señalar la tónica como un enfoque útil cuando se enfrentan problemas concretos que requieren la articulación correcta de distintas constataciones de hecho, pretensiones contrapuestas, valoraciones y criterios axiológicos, en suma, la elección entre diversas soluciones, la cual se presenta como necesaria e imposible de eludir.

Desde 1708 GIAN BATTISTA VICO puso de relieve cómo la estructura de la jurisprudencia antigua fue en general la “**Tópica**”. Por su parte, LEIBNIZ también intentó por medio de su “*ars combinatoria*” hacer una tónica matemática de la jurisprudencia. Sin embargo, es del todo imposible reducir al Derecho a un sistema de pura lógica.

VIEHWEG analizó modernamente la postura tónica por cuyo enfoque también orienta estas líneas, y este señaló:

*La tónica es una técnica del pensamiento problemático, que fue desenvuelta por la retórica y que es el desarrollo de una contextura espiritual, que incluso en sus particularidades se distingue en forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático*¹⁵.

Los esfuerzos por caracterizar nuestra rama del saber como “ciencia” y sujetarla a los sistemas deductivos no han tenido mayor éxito. En cambio, la experiencia demuestra que nuestro enfoque del conocimiento es distinto y que la jurisprudencia tiene que ser entendida como un proceso de discusión de problemas.

VICO caracteriza el método científico “antiguo” (tónica) con un punto de partida que se forma por el sentido común (*sensus communis*) que, en nuestro caso particular, es “*la tutela cautelar es componente inescindible de la tutela judicial efectiva*” y que luego es manipulado con lo verosímil (*verisimilia*), intercambiando puntos de vista de acuerdo con los cánones de la retórica tónica, trabajando siempre bajo un tejido de silogismos¹⁶.

VIEHWEG opina que la jurisprudencia romana -que tanto influyó en nuestro ordenamiento- era de una estructura netamente “tónica”.

13 Cabe señalar que el apartado referente a la tónica y a la visión tónica del problema cautelar formó inicialmente parte del trabajo final de investigación sometido a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Derecho de la UCR, para optar por el grado de Magister en Derecho Público (2009), que es la base de la presente investigación. Para satisfacción de este autor, luego el concepto fue asumido por la jurisprudencia nacional siguiendo la orientación aquí expuesta. En este sentido el voto 96-F-TC-2009 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo indica en lo que interesa: “*la tutela cautelar no puede asumirse en la resolución de cada caso concreto bajo criterios dogmáticos y rígidos, bajo cajones rígidos de metal, bajo principios estrictos, bajo teorías dogmáticas y sistémicas, sino que para la resolución de la medida cautelar ha de optarse una visión tónica que no significa ni más ni menos que el problema determina la solución y que el problema determina la medida cautelar, y la medida cautelar debe ajustarse al problema y no viceversa. Se señala esto porque pareciera que en algunas de las resoluciones de los tribunales parece invertirse el razonamiento a que se debe acudir*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución n.º 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve. La transcripción es propia dado que se trata de un fallo oral, el video puede observarse en la página web del Tribunal. En el mismo sentido el fallo 95-F-TC-2009 “*la cautelar se amolda al caso y no al revés*”). También se ha señalado en este mismo sentido que “*una visión tónica del problema. El problema es el que determina la solución y la cautelar se amolda a los problemas y a la realidad social*” (129-F-TC-2009).

14 Para esto remitimos a la obra antes citada: ATIENZA (Manuel). Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica, Palestra Editores, Lima, Perú, 2006, 369 p.

15 VIEHWEG (Theodor). Tópica y Jurisprudencia. Traducción de Luis Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1964, p. 22.

16 Al respecto véase en análisis de VIEHWEG en: Tópica y Jurisprudencia. Op. cit. p. 27 .

MEDIDAS CAUTELARES

La “tópica” aquí tratada proviene de la “*Tópica*” Aristotélica que es una de las seis obras incluidas en el *Organon*, colocada al lado de los demás escritos “lógicos” justo antes de los *Argumentos Sofísticos* (que en opinión de VIEHWEG son su continuación). En esa obra, se ocupa Aristóteles de un tema de la filosofía griega clásica como lo es el “*arte de la disputa*”. ARISTÓTELES distinguió allí entre lo *apodíctico* –campo de la verdad filosófica– y lo *dialéctico* –lo que se expresa en el campo de lo opinable. La tónica está en Aristóteles dentro del campo de lo dialéctico y no en lo apodíctico. En su marco se opera con silogismos dialécticos que se obtienen partiendo de simples opiniones; pero esas opiniones deben provenir de autoridades acreditadas (*ex endoxon siloquixomenos*).¹⁷. La expresión *topoi* fue acuñada por ARISTÓTELES, y su significado es el siguiente:

*Hablamos de topoi para hacer referencia a conclusiones dialécticas y retóricas”. Los topoi se refieren lo mismo a objetos jurídicos, físicos, políticos o de cualquier otro tipo diferente, como, p. ej., el tópico de lo más y lo menos; [...] Topoi son, por tanto, para ARISTÓTELES, puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean a favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad*¹⁸.

Son juicios entonces que se orientan hacia círculos de problemas y que facilitan encontrar una solución correcta. El filósofo griego propuso en su *Tópica* una clasificación de los tópicos conocidos conforme a los cuatro *genera* (accidente, género, *proprium*, definición). Pero ese no es el enfoque que tuvo más influencia. Lo que hoy se conoce de la “tópica” tiene un influjo marcado de la *Tópica* de CÍCERÓN que es de formulación mucho más sencilla y que resulta más interesante para el jurista. Especialmente porque CÍCERÓN escribió esa obra para su amigo el jurista C. TREBATIO TESTA¹⁹ (en agradecimiento por los dictámenes jurídicos que este le había facilitado).

CÍCERÓN trató de simplificar en su trabajo la esencia de la tónica, desde un punto de vista que resultara interesante –y sobre todo práctico- para su amigo que simplemente no entendía todavía el nivel de la *Tópica* Aristotélica. En esta obra ya no se distingue entre lo apodíctico y lo dialéctico, sino entre la *invención* y la *formación* del juicio. Las reglas que rigen la primera son el objeto de la tónica. VIEHWEG, citando a CÍCERÓN, nos aclara:

*Así como es fácil encontrar los objetos que están escondidos cuando se determina y se prueba el lugar de su situación, de la misma manera, si queremos profundizar en una materia cualquiera, tenemos que conocer sus tópicos; pues así llama Aristóteles a los “lugares”, diría yo, de donde se extrae el material para la demostración”(Top.2, 6). Los tópicos (loci) se definen como sedes e quibus argumenta promuntur y el argumentum... autem orationem quae rei dubia faciat fidem (Top. 2, 7)*²⁰.

Ese fue el mérito de los romanos, quienes sin duda desarrollaron un sistema orientado hacia el problema y regido por principios concretos.

CÍCERÓN entendió la tónica como una práctica de la argumentación que maneja un catálogo de *topoi*, de “lugares comunes”²¹, aceptados por la comunidad, y esa fue la concepción que al final prevaleció. VIEHWEG apunta:

17 VIEHWEG menciona: “*Endoxa* son –dice ARISTÓTELES- proposiciones que parecen verdaderas a todos o a la mayor parte o a los sabios, y de estos, también a todos o a la mayor parte o a los más conocidos y famosos (Top. I, 1, 5, 3)”. VIEHWEG. *Tópica y Jurisprudencia*. Op. Cit., p. 36.

18 VIEHWEG. *Tópica y Jurisprudencia*. Ob. cit., p. 38.

19 Al respecto véase el desarrollo de VIEHWEG. *Tópica y Jurisprudencia*. Ob. cit., pp. 40-43.

20 VIEHWEG. *Tópica y Jurisprudencia*. Ob. cit., p. 41.

21 La expresión “lugares comunes” con la que modernamente se hace referencia a los *topoi* se atribuye a la obra de Christian August Lebrecht Kästher de 1816 “*Tópica o Ciencia de la invención*” que pretendía devolver el esplendor perdido a la tónica. Allí, el autor enumera un total de veintiséis *loci*, a los que llama “lugares comunes” que proceden en su opinión de la Gramática, la Lógica, la Metafísica y la Historia (al respecto véase VIEHWEG. *Tópica y Jurisprudencia*. Ob. cit., p. 54). La función de estos *loci* o tópicos solamente tiene sentido desde el problema, y buscan facilitar una discusión seria acerca de su posible solución. No pueden ser entendidos como un conjunto de deducciones, sino como hilos conductores del pensamiento crítico.

MEDIDAS CAUTELARES

En Top. 21, 1 dice (se refiere a CÍCERÓN) que no existe ninguna polémica a la que no se pueda aplicar algún tópico, aun cuando, como es natural, no todos sean adecuados para cualquier discusión. Es menester, por ello, construir un cuadro conjunto de los posibles debates, preguntando qué fuentes de prueba parecen adecuadas para cada uno²².

Por ello, construir un cuadro de los posibles debates en torno al tema de la tutela cautelar, así como las soluciones que se le han dado en el ámbito de la doctrina más calificada, es precisamente la inquietud que motiva este trabajo.

ARISTÓTELES desarrolló su método de trabajo “aporético” desde esta perspectiva. Para enfrentar la *aporía*²³, hay que representarse el problema como algo que debemos “tomar en serio” y que tiene una única solución como respuesta.

22 VIEHWEG. Tópica y Jurisprudencia. Ob. cit., p. 42 (lo que está entre paréntesis no es del original).

23 El término “aporía” designa una cuestión que se presenta ineludible e intrigante, la “falta de un camino”, lo que Viehweg llama “un problema que no es posible apartar”. Lo interesante de la *aporía* es que se acepta su presencia como algo que no puede obviarse y debe ser resuelto antes de continuar cualquier otro análisis.

MEDIDAS CAUTELARES

La tónica o “arte de la invención” como lo concibió ZIELINSKI²⁴ nos brinda armas para buscar esa solución y se ha mantenido, según VIEHWEG, como norte de la argumentación a través de la historia²⁵. Lo que es muy importante porque cumplir con **la adecuada tutela cautelar de una situación jurídico-subjetiva es una aporía fundamental para el juez**, y por eso, en su implementación se aplican los principios del *ars inveniendi* de la tónica en el sentido visto como enfoque del problema.

24 ZIELINSKI la concibe como: “el arte de tener presentes en cada situación vital las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso –bien entendido, en ambos sentidos, es decir, tanto las razones a favor como las razones en contra” (citado por VIEHWEG. *Tónica y Jurisprudencia*. Ob. Cit., p.50).

25 Este modelo de pensamiento ha estado presente en casi todos los estadios de la evolución del pensamiento jurídico, incluso los postglosadores o comentaristas, y sus predecesores los glosadores boloñeses estaban familiarizados con la tónica, y era parte de su formación cultural, en general, el llamado “*mos italicus*” tuvo una orientación tónica. Al respecto menciona VIEHWEG: “Los eruditos medievales de derecho, conforme a los planes de estudios entonces vigentes, antes de poder acometer sus estudios especiales (*studia, altiora, graviora, difficiliora*), tenían que haber estudiado las *septem artes liberales*. En el Trivium (*artes triviales, sermonicales, racionales*), se ocupaban de la retórica y, con ella, de su pieza medular, la tónica. El comentario de BOECIO a la *Tónica* de CÍCERÓN gozaba allí de un valor de autoridad, además de la juvenil obra de CÍCERÓN, *De inventione rethorica*, que maravillaba a la Edad Media de forma asombrosa”. (VIEHWEG. *Tónica y Jurisprudencia*. Ob. cit., pp.87-88), y más adelante señala: “Si la tónica posee una importancia estructural tan grande para el pensamiento medieval, parece consecuente –y así se ha hecho- darle una forma practicable. La usualmente llamada forma escolástica lleva con fines escolares el estilo de reflexión de búsqueda de premisas a una fórmula, es decir, ofrece un esquema tónico. En particular los esquemas utilizados presentan pequeñas variantes, que no son nunca profundas. Citaremos sólo la forma clásica de TOMÁS DE AQUINO:

ultrum ... (fijación del problema).

videtur quod ... (puntos de vista próximos).

sed contra... (puntos de vista contrarios).

Respondeo dicens... (solución)

Se añaden (5), en forma algo más libre, las objeciones que se dirigen o pueden dirigirse contra esta solución. Casi idéntico es el esquema que utiliza BARTOLO en sus *Consilia*:

quaeritur an... (fijación del problema).

et videtur quod... (puntos de vista próximos).

in contrarium facit. (puntos de vista contrarios).

ad solutionem quaestionis. (solución).

o de un modo parecido en la mayor parte de los casos. No es ésta una peculiaridad de los *Concilia*. Este mismo estilo de pensar se encuentra sustancialmente en los grandes comentarios de BARTOLO”. (VIEHWEG. *Tónica y Jurisprudencia*. Ob. cit., p. 96). Sobre el modo de enseñar el derecho en esa época menciona también: “La empresa de la lección jurídica, (*lectiones, lecturae*) se ajustaba también a este estilo. Los libros de enseñanza nos dan sobre el *mos italicus* informes inmediatos. M. GRIBALDUS MOPHA la esquematiza mediante el siguiente dístico: **(1) Praemitto, (2) scindo, (3) summo, (4) casumque figuro, (5) Perlego, (6) do causas, (7) connoto, (8) et obiicio**. Lo que significa: (1) características introductorias, aclaración de términos y otros preliminares; (2) división de las ideas contenidas en el texto; (3) su renovada síntesis; (4) planteamiento de un *casus*, tomado del texto, de una colección de casos, de la práctica o simplemente inventado; (5) lectura del texto e interpretación; (6) fundamentación de la decisión, donde encontraban la aplicación que parecía adecuada las cuatro causas aristotélicas (*efficiens, materialis, formalis, finalis*); (7) sucesión de ulteriores observaciones, donde se desarrollan también reglas generales, llamadas *brocardica, regulae, loci communes, axiomata*; (8) réplicas y controversias, cuyo peso principal radicaba en la dialéctica escolástica, y que podían ser profundizadas en las disputas que tenían lugar semanalmente en el Aula Magna de la Facultad... La médula del espíritu descrito, lo mismo enseñando que dictaminando, sigue estando en la discusión de problemas... Da, en todo caso, al problema el lugar dominante. Cada problema tiene que tomarse como una articulación del problema básico de la justicia, para que toda la problemática no sea algo sin sentido. Se esfuerza continuamente por encontrar argumentos para la respuesta, dando ocasión de introducir en un mismo estado de cosas puntos de vista muy diferentes. Es como se ve, lo contrario de un espíritu deductivo, es decir, lo más apropiado para impedir la formación de un sistema, y ha sido, por ello, largamente censurado... El interés moderno se inclinará a poner un peso especial en las antes citadas generalizaciones, que, finalmente, se llamarán *generalia*... Vistos desde el problema, los *generalia* tienen sólo función de tónicos, en el sentido debatido. Son medios auxiliares, que los experimentados juristas y profesores medievales tratan con una extraña despreocupación”. (VIEHWEG. *Tónica y Jurisprudencia*. Ob. cit., pp. 99-100. El destacado es propio). Salvo que se indique otro aspecto, en adelante, el destacado de las citas no es del original.

MEDIDAS CAUTELARES

Ante un problema jurídico tenemos dos maneras de pensar: **o bien se pone el acento en el “sistema” o se enfoca como aspecto primordial el “problema”²⁶** que opera una selección de sistemas. Este último modo de proceder ha sido descrito por VIEHWEG de la siguiente forma:

Cuando se choca, donde quiera que sea, con un problema, se puede proceder de un modo simple tomando por vía de ensayo, en arbitraria selección, una serie de puntos de vista más o menos ocasionales y buscando de este modo unas premisas que sean objetivamente adecuadas y fecundas y que nos puedan llevar a unas consecuencias que nos iluminen. La observación enseña que en la vida diaria casi siempre se procede así. En estos casos, una investigación ulterior más precisa hace que la orientación conduzca a determinados puntos de vista directivos. Sin embargo, esto no se hace de una manera explícita. A un procedimiento, semejante nosotros le llamamos, resumidamente, tópica de primer grado.

Su inseguridad salta a la vista y hace explicable que se trate de buscar un auxilio, que se presenta a través de sencillos repertorios de puntos de vista ya preparados de antemano. De esta manera se producen catálogos de tópicos. A un procedimiento que se sirve de estos catálogos nosotros lo llamamos tópica de segundo grado²⁷.

Estos tópicos si bien pueden ser tan amplios como los conceptos de “género”, “especie”, “diferencia”, “cualidad”, provenientes de la lógica, también hay tópicos que no son universalmente aplicables, sino que se limitan a una determinada rama del saber²⁸.

26 Desde un punto de vista tradicional, se ha distinguido el pensamiento “sistemático” del “problemático” al estilo de NICOLAI HARTMANN. El sistemático parte del “todo”, el punto de vista está dado desde un principio y sus límites bien definidos, el problemático no pone límites a los caminos dentro de los cuales la solución puede moverse, más bien el orden continuamente se está decidiendo, por lo que es solo un panorama fragmentario que facilite la búsqueda de la solución. Aunque como el mismo autor señala que no es posible ignorar la vinculación existente entre problema y sistema. VIEHWEG apunta con respecto a la dicotomía mencionada: “Para nuestro fin puede llamarse problema –esta definición basta- a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente de un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución. El desarrollo se puede describir abreviadamente del siguiente modo: al problema, a través de una formulación adecuada, se le introduce una serie de deducciones más o menos explícitas y más o menos extensas, a través de la cual se obtiene una contestación. Si a esta serie de deducciones la llamamos sistema, entonces podemos decir, con una fórmula más breve, que, para encontrar una solución, el problema se inordena dentro de un sistema...Si colocamos el acento en el sistema, el cuadro que resulta es el siguiente: en el caso extremo de que sólo existiera un sistema (A), a través de él, podrían agruparse todos los problemas en solubles e insolubles, y estos últimos podrían ser desechados, como simples problemas aparentes, puesto que una prueba en contrario sólo sería posible desde otro sistema distinto (B). Lo mismo podría decirse en el caso de que existieran varios sistemas A, B, C, etc. Cada uno de ellos seleccionaría sus propios problemas A', B', C', y abandonaría el resto. Con otras palabras: el establecimiento de un sistema opera una selección de problemas... Acontece lo contrario si el acento lo colocamos en el problema; éste busca, por decirlo así, un sistema que sirva de ayuda para encontrar la solución. Si existiera un único sistema A, que declarara insoluble nuestro problema, como simple problema aparente, sería necesario otro sistema para encontrar la solución. Lo mismo podría decirse en el caso de que existieran varios sistemas A, B, C, etc. Si ninguno de ellos permitiera encontrar la solución, sería necesario otro nuevo sistema y otro más en que quedara afirmado el carácter del problema. Con otras palabras: el planteamiento de un problema opera una selección de sistemas, y conduce usualmente a una pluralidad de sistemas cuya conciliabilidad dentro de un sistema omnicompreensivo no se demuestra. Los sistemas (deducciones) pueden ser de pequeño o de ínfimo alcance”. VIEHWEG. Tópica y Jurisprudencia. Ob. cit., p.51. Como veremos más adelante, los criterios de tutela cautelar solo pueden concebirse adecuadamente desde un esquema de pensamiento enfocado al problema, de otra manera, ciertos supuestos se presentan como aparentes contradicciones dentro del sistema elegido, tal es el caso de la “contracautela concomitante” que no constituye un contrasentido lógico dentro de este enfoque.

27 VIEHWEG. Tópica y Jurisprudencia. Op. cit., p. 53.

28 Participan de esta opinión VIEHWEG. Tópica y Jurisprudencia. Ob. cit., p. 54, y STINITZING en quien basa el autor su opinión.

MEDIDAS CAUTELARES

Las conclusiones a que se llegue con base en una meditación dialéctica²⁹, solamente serán opiniones acreditadas y verosímiles que deben contar con la aceptación de aquellos sabios o quienes se reconocen como sabios (*endoxa* en el sentido aristotélico). En ese procedimiento, las premisas fundamentales se legitiman por la aceptación del interlocutor, y la discusión se orienta por la efectiva o probable oposición de un adversario.

Argumentos tópicos se aplican en cada momento en el quehacer jurídico, y sobre esto señala VIEHWEG:

la frecuente utilización de conclusiones analógicas suele indicar que falta un sistema lógico perfecto. Del mismo modo, el calificativo de conclusiones es un claro indicio del espíritu a que sirven. Así, por ejemplo, los nombres de los argumentos a simili, a contrario, a maiore ad minus, que se consideran como argumentos especiales de la lógica jurídica, proceden de la tópica.³⁰

De hecho, el pensamiento del jurista romano, de gran influencia en nuestro medio, es típicamente tópico³¹.

La técnica de aplicación del Derecho parte también de problemas concretos, tal y como lo hicieron los juristas romanos, por lo que su técnica es también la técnica del pensamiento problemático. Don EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA señaló en su prólogo al libro de VIEHWEG tantas veces citado:

El jurista experimentado (y mucho más seguramente el jurista práctico, o a lo menos el jurista teórico que no confunda la ciencia con la clasificación o la ordenación seudológica o didáctica del material normativo o doctrinal) siente su trabajo inmediatamente reconocido en esa descripción³².

29 En el sentido aristotélico apuntado líneas atrás.

30 VIEHWEG. *Tópica y Jurisprudencia*. Ob. cit., p. 59.

31 “El jurista romano plantea un problema y trata de encontrar argumentos. Se ve, por ello, precisado a desarrollar una técnica adecuada. Presupone irreflexivamente un nexo que no intenta demostrar, pero dentro del cual se mueve. Es la postura fundamental de la tópica [...] Es de gran interés, en este aspecto, ver cómo caracteriza SAVIGNY el encanto peculiar de la jurisprudencia romana. “Es –dice- como si un caso cualquiera fuera el punto de arranque de toda la ciencia”. Esta es una característica del pensamiento problemático, que reclama *an eternal dialectical research an “open system”*. Uno se ve impulsado no a ordenar el caso dentro de un sistema previamente encontrado, sino mas bien a ejercitar su propia *dicaiosine* por medio de consideraciones medidas y vinculadas [...] Este modo de trabajar se caracteriza sobre todo porque permite a los juristas entender el derecho no como algo que se limitan a aceptar, sino como **algo que ellos construyen de una manera responsable**”. VIEHWEG. *Tópica y Jurisprudencia*. Ob. cit., pp. 73-74. (El texto destacado no es del original). Y más adelante menciona: “Sus conceptos y sus proposiciones tienen que ser entendidos como partes integrantes de un pensamiento tópico. Su vinculación con el problema impide un despliegue del pensamiento que sea consecuentemente lógico. Precisamente, aquello que conduce al sistema deductivo hay que rehuirlo si se quiere conservar la proximidad al problema. Esto se predica sobre todo de las generalizaciones, es decir, de las reducciones lógicas, y es sabido cómo los juristas romanos en sus mejores tiempos las eludieron efectivamente. La famosa máxima de JAVOLENO conforme a la cual *omnis definitio in iure periculosa est* (Dig. 50, 17, 202) se encuentra en esta línea y es ininteligible desde el punto de vista de un pensamiento sistemático [...] Esa característica parece, a primera vista, que contradice completamente la esencia del derecho, pues al derecho y a su ejercicio, en clara contraposición con las demás manifestaciones con las que está emparentado, como la sofística, la retórica y la aporética filosófica, les corresponde la tarea de obtener y mantener un fijo andamiaje de conductas [...] La búsqueda del derecho la hicieron mediante un procedimiento a tientas, en el sentido de la tópica, y concluyeron sólo la primera fase de esta búsqueda, convirtiéndose al final en fuentes del derecho. Como su contenido se basa implícitamente sobre fijaciones más profundas, formadas a la vista de determinadas situaciones de problemas, pueden sin dificultad ser aplicadas de modo extensivo por quienes pueden comprender estas situaciones. La búsqueda del derecho no ha encontrado con ello, sin embargo, su fin. Ha alcanzado sólo su segunda fase. En adelante trabaja por decirlo así, en unas condiciones mucho más onerosas, pues en el campo del derecho es preciso conservar tenazmente aquello que ha quedado ya fijado. Los juristas romanos lo hicieron de un modo típico y característico [...] En este estado de cosas la tópica tiene que entrar nuevamente en juego. Frente a los nuevos problemas se hace preciso anular, al menos en parte, la pérdida de flexibilidad mediante una interpretación adecuada. Hasta que aparece la legislación es menester encontrar y aceptar puntos de vista adecuados que justifiquen las nuevas situaciones y que, sin embargo, concuerden con los antiguos”. VIEHWEG. *Tópica y Jurisprudencia*. Ob. cit., pp. 74-76.

32 Prólogo de García de Enterría a *Tópica y Jurisprudencia*. Ob. cit., p. 16.

MEDIDAS CAUTELARES

La ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una ciencia de problemas singulares, jamás reducible –frente a ingenuos intentos, siempre fallidos- al esquema mental axiomático- deductivo expresado en la matemática-³³.

Nadie le indica al juez cómo debe decidir; la reflexión dogmática no le señala al juzgador cuál es la medida adecuada y necesaria para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia ante un supuesto problemático concreto. Es decir, la ley no puede determinar ni indicarle al juez qué medidas concretas ha de tomarse en cada situación. Luis RECASENS SICHES alude este punto cuando esboza su *lógica de lo razonable* y apunta:

el juez que ha de decidir sobre todos los problemas que se le presenten, necesariamente tiene que crear o descubrir las normas pertinentes para la solución de los nuevos casos que surjan, y para llenar las lagunas o vacíos que siempre hay inevitablemente en las reglas designadas³⁴.

Esto es cierto en general, pero aún más cierto en un campo como lo cautelar, donde las reglas del derecho utilizan el único lenguaje que pueden utilizar, un lenguaje *genérico y abstracto* por esencia. Aun con un grado máximo de calidad y predicción o, precisamente por eso, las reglas legislativas no pueden expresar la totalidad de supuestos y medidas. De esta manera, la labor del juez no puede reducirse a la lógica de un simple silogismo, sino que su operación hermenéutica se refiere también a factores de valoración problemática que integran el texto con la realidad; es decir, se trata también de una labor “creativa” en este sentido.

Dado lo anterior, el gran mérito de una visión tópica del derecho es un cambio de perspectiva. La jurisprudencia previa y la dogmática no se impondrán al caso, más bien ayudan a desentrañar las particularidades del caso y a encontrar la interpretación justa del derecho para ese momento y ese caso concreto. **Esa es la labor que ha de orientar al juez al tomar las “medias necesarias y adecuadas para que el fallo adquiera eficacia”.**

33 Prólogo de García de Enterría a Tópica y Jurisprudencia. Ob. cit., p. 13. SOBRADO CHAVES (Juan José). *Neoconceptualismo jurídico y sus correctivos: la teoría de sistemas y la lógica tópica*. En: Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz. Fundación Santo Tomás de Aquino, Juan Carlos Loría (compilador), San José, Prometeo S. A., 1994, p. 616.

34 RECASENS SICHES (Luis). Nueva Filosofía de la interpretación del derecho. 2º edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1973, p. 280.

MEDIDAS CAUTELARES

RECASENS SICHES propone que la existencia humana no puede ser comprendida con las reglas pensadas para tratar las ideas puras, sino que el sentido y la significación de la conducta humana y la solución de los problemas humanos de la conducta práctica han de ser definidos por lo que él denomina el *logos* de lo **razonable** o lógica de lo razonable³⁵. Eso no implica la inexistencia de los principios generales de derecho, ni la negación de las reglas generales para abordar los casos prácticos, al contrario, más bien las reafirma, pero estos tendrán una nueva dimensión referida a círculos problemáticos concretos.

El referido autor manifiesta:

*En el tratamiento y la solución de los problemas humanos, y entre ellos de los problemas jurídicos, no se puede conseguir nunca una exactitud, ni una evidencia inequívoca. Esto es imposible, precisamente por virtud del hecho de la enorme y complicadísima multitud de componentes heterogéneos que intervienen en la conducta humana, y muy especialmente en los problemas inter-relaciones humanas. Por eso es difícilmente practicable el poder abarcar mentalmente todos esos factores y todas las recíprocas influencias entre dichos factores*³⁶.

En opinión de este autor, entre esa enorme multitud de factores, que deben ser interpretados por quien trate el conflicto humano, están el contorno social histórico concreto, algunos esquemas racionales en cuanto a la adecuación de ciertos medios para el logro de determinados fines en un contexto histórico determinado, la jerarquía y el diverso rango de los valores en la vida y la experiencia humana. La lógica de la razón pura tendrá una intervención, aunque limitada, pero la producción de las normas individualizadas y las reglas generales se regirá primordialmente por la lógica de lo razonable.

Enlazado con lo anterior está el enfoque tópico que ubica frente al problema humano de la conducta práctica. Al respecto SOBRADO CHAVES apunta:

El enfoque del jurista práctico, que tiene en frente la solución de un problema, es el de la resolución acertada de ese problema. Para ello, ha de establecerlo y descomponerlo en sus datos según su

35 Cfr. RECASENS SICHES (Luis). Nueva Filosofía de la interpretación del derecho. 2º edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1973, p. 282 y ss. Las características de tal lógica serán, según RECASENS: "Primero.- Está limitada o circunscrita, está condicionada y está influida, por la realidad concreta del mundo en el que opera – en el Derecho, está circunscrita, condicionada e influida por la realidad del mundo social histórico y particular, en el cual, con el cual y para el cual son producidas las reglas jurídicas, lo mismo las generales que las individualizadas.-// Segundo.- Está impregnada de valoraciones, esto es, de criterios axiológicos. Adviértase que esa dimensión valoradora es por completo ajena a la lógica formal, o a cualquier teoría de la inferencia. Ese estar impregnada de valoraciones es uno de los rasgos que decisivamente diferencia la lógica de lo razonable frente a la lógica de lo racional. // Tercero.- Tales valoraciones son concretas, es decir, están referidas a una determinada situación humana real, a una cierta constelación social y, en consecuencia, deben tomar en cuenta todas las posibilidades y todas las limitaciones reales. // Cuarto.- Las valoraciones constituyen la base o apoyo para la formulación de propósitos, esto es, para el establecimiento de finalidades. // Quinto.- Pero la formulación de propósitos y el establecimiento de fines, no sólo se apoya sobre valoraciones, sino que, además, está condicionado por las posibilidades que ofrezca la realidad humana social concreta. El señalamiento de los fines y propósitos es el resultado de la combinación del conocimiento sobre una realidad particular con unas valoraciones concebidas como pertinentes respecto de esa realidad. // Sexto.- Consiguientemente, la lógica de lo razonable, está regida por razones de congruencia o de adecuación: A) Entre la realidad social y los valores (cuáles son los valores para la ordenación de una determinada realidad social). // B) Entre los valores y los fines y propósitos (cuáles sean los propósitos y los fines valiosos y adecuados). C) Entre los propósitos y la realidad social concreta (cuáles sean los propósitos de posible realización). // D) Entre los fines o propósitos y los medios, en cuanto a la conveniencia de los medios para los fines.// E) Entre los fines y los medios respecto de la corrección ética de los medios. // F) Entre los fines y los medios, en lo que se refiere a la eficacia de los medios. // Séptimo.- La lógica de lo razonable está orientada por las enseñanzas extraídas de la vida humana y de la experiencia histórica, esto es, de la experiencia individual y de la experiencia social – actual y pasada -, y se desenvuelve instruída por esa experiencia". (Ibid., pp. 287-288).

36 RECASENS SICHES (Luis). Nueva Filosofía de la interpretación del derecho. 2º edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1973, p. 282.

MEDIDAS CAUTELARES

naturaleza, para determinar primero con precisión su realidad; y después buscar la solución justa del caso conforme a las normas y las instituciones del ordenamiento, porque, según lo recuerda García Enterría, la naturaleza problemática del Derecho tampoco puede conducir a “la justicia del Cadi”, o la justicia conforme el leal saber y entender del Juez (o justicia del caso concreto), porque sería la negación del Estado de Derecho; para finalmente subsumir el problema en las instituciones más adecuadas que brinde el ordenamiento para resolverlo conforme a derecho. Porque la operación completa según el método de la tópica y las necesidades del moderno Estado de Derecho, llevan en este aspecto a un proceso inductivo desde los “topois” hacia el ordenamiento para terminar de configurarlos con los principios o instituciones de éste, si no hubiera una norma que expresamente los regule³⁷.

Quede entonces hecha desde aquí la advertencia de que las nuevas facultades cautelares que da el Código de lo Contencioso al juez **no son mampara para el abusivo activismo o decisionismo judicial**, porque esta conducta, en lugar de promover el buen funcionamiento del servicio público, más bien iría en su contra.

Razonar el derecho es interpretar la norma y el acto en función de los principios que resultan de la interacción entre reglas y actos concretos, con los “*topoi*” o verdades dialécticas que encuentran su legitimación por la aceptación que de ellos hagan el “círculo de conocedores”, los “sabios” y los “entendidos”, quienes al final son los que deciden qué es el derecho. **No está permitido entonces tergiversar a interpretar forzosamente las reglas procesales, porque el juez excedería su función**, incurriendo él mismo en *excès de pouvoirs*.

Los principios generales están implícita o expresamente consagrados en la Constitución o en las reglas más generales del sistema, tales como el título preliminar del Código Civil, y por eso la justicia no es un mero subjetivismo u ocurrencia del juez, sino la manifestación del saber jurídico acumulado a lo largo del tiempo. Así, el juicio de cada caso se convierte en un eslabón más de la cadena que conforma el derecho como un todo, un paso más en la realización de la “inacabada esperanza”³⁸ de un orden jurídico.

Lo que deseamos destacar con esto es el valor del enfoque del pensamiento aporético frente al sistemático, el diálogo, el debate, la confrontación y aquilatamiento de las diferentes argumentaciones, frente a los problemas concretos.

La aplicación del derecho no podrá desligarse nunca de la realidad del caso concreto que el operador tiene ante sus ojos, a menos que se quiera correr el riesgo de convertir al sistema de justicia en la consagración de una pedantería intelectual, inservible para lograr la armonía entre los seres humanos que conforman una nación.

SOBRADO CHAVES apunta muy gráficamente:

*una jurisprudencia determinada por los conceptos estaría puesta al revés, ya que su centro es el problema y no el concepto. El problema es su centro porque la jurisprudencia debe buscar la justicia, y formular la solución más justa en estricto apego a los datos de la realidad, que debe establecer de acuerdo con los hechos. Esta búsqueda de la justicia no debe ser arbitraria, sino fundarse en las normas del sistema. Para ello, el Juez debe buscar las normas, ideas o instituciones aplicables al caso según sus presupuestos de hecho [...] Se debe evitar el conceptualismo en un sentido invasivo porque conduce a soluciones equivocadas y niega esencia final del proceso jurídico que es la justicia. Tanto en el derecho privado como en el público – y con mayor razón en el constitucional, que es la fuente de éste último y el sustento del primero- porque **no se deben emitir los fallos por los conceptos mismos sino por la solución justa y racional en el caso**³⁹.*

37 SOBRADO CHAVES (Juan José). *Neoconceptualismo jurídico y sus correctivos: la teoría de sistemas y la lógica tópica*. En: *Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*. Fundación Santo Tomás de Aquino, Juan Carlos Loría Compilador, San José, Prometeo S.A., 1994, p. 616.

38 Con respecto a esta imagen, véase la hermosa descripción que hace el autor HÉCTOR NEGRI, en su obra “*El Derecho*”. 2° edición, Editorial El Coloquio, Buenos Aires, Argentina. En especial, el capítulo 16 referente a “Derecho y Utopía”.

39 SOBRADO CHAVES (Juan José). *Neoconceptualismo jurídico y sus correctivos: la teoría de sistemas y la lógica tópica*. Op. cit. p. 618. Lo destacado no es del original.

MEDIDAS CAUTELARES

Las relaciones entre tónica y jurisprudencia fueron enfocadas certeramente por VIEHWEG de la siguiente forma:

[...] si bien es cierto que la tónica es la técnica del pensamiento problemático (cfr. supra, capítulo III, I), la jurisprudencia, como técnica que está al servicio de una aporía, debe corresponder con los puntos esenciales de la tónica. Es preciso, por ello, descubrir en la tónica la estructura que conviene a la jurisprudencia.

Intentaremos hacerlo estableciendo los tres siguientes presupuestos:

1. *La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema.*
2. *Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él.*
3. *Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una aplicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquiera otra es preciso evitarla⁴⁰.*

Como hemos señalado, tal **enfoque problemático** debe orientar al juez que tiene en frente la *aporía* del problema cautelar. Por esa razón, se han dedicado estas páginas al análisis de la concepción que sustenta sus resultados, y por eso también esperamos que se mantenga el enfoque problemático a lo largo de estas líneas, sin dejar de lado las virtudes que pueden rescatarse del pensamiento sistemático.

Parte importante de la labor dogmática es entonces sistematizar esos tópicos que son su propia base, realizar una ordenación completa y adecuada de los juicios que han sido adoptados por los sabios y que fueron aceptados por los encargados de aplicar el derecho. Así, la labor de la dogmática –en el sentido descrito– es incentivar la búsqueda de una solución verdaderamente justa, a la luz del caso concreto, y no imponer por la fuerza sus interpretaciones. La dogmática, como opuesta al dogmatismo, en este caso, apunta a la realización efectiva de la tutela cautelar.

c) Conceptos jurídicos indeterminados y tutela cautelar

El artículo 19.1. CPCA indica que el juez “*podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*”. Empezando por este artículo, el primer problema al que nos enfrenta la regulación cautelar son los llamados *conceptos jurídicos indeterminados* (medidas “adecuadas”, “necesarias”, “graves daños”, “seriedad” de la pretensión, “extrema urgencia”, para citar solo algunos ejemplos que se desprenden directamente de la normativa CPCA). Pero ¿es acaso gratuita o descuidada dicha normativa? ¿Está el Código en cierta manera renunciando a su deber de regulación al utilizar frases tan elásticas?

Hemos dedicado este apartado a los *conceptos jurídicos indeterminados*, para despejar esta primera interrogante.

Los *conceptos* son justamente los instrumentos de nuestro trabajo, sobre los cuales se decide, apuntala, argumenta y construye, en suma, sobre lo que opera el jurista⁴¹. Más aún, como hemos visto, en el campo cautelar, la indeterminación de los conceptos se presenta como reto constante en la aplicación normativa y la tutela judicial de las situaciones jurídicas.

El tratamiento de este tema supone una premisa elemental: ningún *concepto* es equivalente al fenómeno. De manera que en nuestro campo, conviene tener presente que la elaboración de conceptos es en sí mismo un acto de decisión y selección de cualidades, por lo que entre dato u objeto y concepto hay gran diferencia.

40 VIEHWEG. Tónica y Jurisprudencia. Op. cit., pp. 129-130.

41 RICKERT señala: “Los conceptos – así como los nudos de una red sólo constan de hilos – no son nada más que el punto de paso de los juicios que se entrecruzan. El pensamiento vivo no puede, en verdad permanecer ni un momento en un concepto. Sólo puede formarlo juzgando, para de inmediato dividirlo juzgando de nuevo; aun en una sistematización completa del saber, sólo se movería en el plano de las definiciones analíticas y sintéticas. El concepto no es, por lo tanto, en su contenido lógico algo distinto de los juicios que lo forman”. Citado por SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S. A., Madrid, 1976, p. 73 en nota 154.

MEDIDAS CAUTELARES

Segundo, los conceptos jurídicos significan algo. No existen en nuestra materia conceptos en *blanco*, sino que en el derecho todo concepto jurídico es la acuñación de una idea y no de cualquier cosa, con un mayor o menor grado de indeterminación.

Sobre lo primero, CARNELUTTI expone en el lenguaje metafórico que le es tan familiar:

[...] las cualidades relevantes para la formación del concepto, que son las cualidades comunes a todos los individuos del genus, no son todas las cualidades de las que consta un individuo, el concepto queda siempre sin la confrontación más pobre y más simple del fenómeno; por eso he advertido una vez, a propósito de la definición del reato contenida en el Código Penal, que se parecía a ciertas hábiles caricaturas que representan la cara de un hombre sólo con algún rasgo saliente, por lo que se aproximaría a la verdad el que dijese que siempre el concepto es una caricatura del fenómeno. Cabría añadir que el concepto es a la imagen lo que la caricatura al retrato⁴².

Todos los conceptos jurídicos no son más que simples formulaciones de nuestra mente que difieren de la realidad, cuya vigencia no es fenoménica sino interior, y requieren de un proceso de recomposición para poder utilizarlos ante cualquier situación vital, como afirma el profesor antes citado “*Se cumple en nuestra mente un incesante proceso de descarnación de la imagen en concepto, y de reencarnación del concepto en la imagen*”⁴³. Por esto, la indeterminación de un concepto es siempre y, por regla de principio, una cuestión de grado.

Sin embargo, la indeterminación de los conceptos plantea problemas diferentes en el campo del derecho público en general y, en lo particular, en el ámbito del derecho administrativo que supone el control judicial de la conducta pública, pues se mueve en el ámbito de la dialéctica autoridad–libertad; entra en juego aquí la relación entre Administración y justicia.

SAINZ MORENO indica:

los conceptos indeterminados no dejan al juez en libertad para elegir la solución que según su propio criterio parezca mejor (no crean una discrecionalidad judicial), sino que obligan al juez a buscar la solución adecuada al núcleo del concepto y a la norma de la que este concepto forma parte⁴⁴.

Luego matizaremos esta afirmación tajante. No obstante, basta enunciar aquí que cuando el Código utiliza conceptos indeterminados “*no se atribuye al juez una pura autorización para decidir según su concepción personal de la justicia, sino que, al contrario, se le obliga a aplicar el concepto conforme a su verdadero sentido (núcleo del concepto), pero dentro de los márgenes que el mismo ofrece (halo del concepto)*”⁴⁵.

c.1. ¿En qué consiste la indeterminación del concepto?

La vaguedad es una nota característica del lenguaje cotidiano y no un defecto. Un término es “indeterminado”, según SAINZ MORENO, en cuya obra se fundamentan estas líneas:

42 CARNELUTTI (Francesco). Metodología del Derecho. Traducción del Dr. Ángel Osorio, 2º edición, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, D.F., 1962, p.55.

43 CARNELUTTI (Francesco). Metodología del Derecho. Traducción del Dr. Ángel Osorio, 2º edición, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, D.F., 1962, p.56.

44 SAINZ MORENO. (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 220. También GONZÁLEZ CAMACHO señala que “*tanto en la suspensión como en la medida provisional, cuando se define la procedencia o no de ellas, se adopta una decisión en derecho, que en modo alguno cae dentro de la amplia discrecionalidad del Juzgador*”. GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 78.

45 SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 220.

MEDIDAS CAUTELARES

cuando no tiene límites precisos, esto es, cuando no traza sobre la realidad a la que se refiere una línea clara. Esto realmente ocurre con todos los términos de cualquier lengua, salvo verdaderas excepciones, como son, y no siempre, los numerales, las denominaciones de las figuras geométricas, los nombres propios. Sin embargo, no a todos los términos les afecta la indeterminación de la misma manera. Existen diversos grados de indeterminación. [...]En el ámbito del Derecho se reserva la denominación de “conceptos indeterminados” a aquellos que presentan un grado de indeterminación mayor que otros, a los que se denomina “conceptos determinados”, siendo la vigencia jurídica de sus notas el elemento cualificador de su indeterminación⁴⁶.

El autor agrega que “la indeterminación no está en las palabras ni tampoco en los objetos designados con las palabras, sino en la relación de las palabras con los objetos”⁴⁷. Las cosas no son indeterminadas, las cosas son lo que son. La indeterminación del concepto se debe a su relación con las cosas; es decir, cuando dudamos al aplicarlo a ciertas cosas, sobre todo cuando estas se presentan como un *continuum* (p. ejem: cuando la ladera de la montaña se convierte en cumbre). La mejor manera de entender esto es con la ilustración de los *círculos concéntricos* (núcleo y halo) a que referimos antes.

Según dicha ilustración, la indeterminación se da entre una zona de certeza positiva (seguro que “es”) y una zona de certeza negativa (seguro que no “es”):

El concepto se presenta como un punto de luz intensa rodeado de un halo o cerco de colores pálidos, más allá del cual reina la oscuridad. Cada concepto ilumina los objetos a que se refiere con más o menos intensidad y la duda surge en relación a aquellos que se encuentran en la “penumbra”. Pero para que la imagen sea más exacta hay que tener en cuenta que la “zona de oscuridad”, que representa la parte de la realidad a la que no cubre el significado del concepto, suele ser una zona iluminada por otros conceptos. Los objetos cuya denominación se discute no se encuentran entre el dominio de un término y la tierra de nadie, entre la luz y las tinieblas, sino entre dos fronteras o dos puntos de luz próximos⁴⁸.

Es decir, cada término tiene su frontera con otro que reclama también su aplicación, lo que dificulta su interpretación. Por lo cual, más que la clásica figura del punto de luz sobre el fondo negro, sugerimos la idea de una paleta de colores continua, donde la escala cromática parte de una intensidad de color mínima (nula), pasa por una media hasta llegar a una máxima (saturación), la pureza de un color, y cuando este deja de ser para pasar a otro distinto, es lo que mejor ilustra la indeterminación conceptual. Esta es una característica natural y hasta necesaria del lenguaje⁴⁹.

46 SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 70. Manuel MARTÍN GONZÁLEZ indica que “Prejurídicamente (lógicamente), los conceptos pueden clasificarse en dos categorías: conceptos determinados y conceptos indeterminados: a) aquellos cuya determinación remita la norma a la experiencia (general o técnica) y b) aquellos en que esta tarea se encomienda a la valoración subjetiva del órgano al que se encarga tal aplicación. En ambos casos existe una “indeterminación lógica” pero sólo se puede hablar de una “indeterminación legal” en el segundo, supuesto b), no, en cambio, en el primero, supuesto a)”. (Citado por SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 278).

47 SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 68.

48 SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 71.

49 SAINZ MORENO expone: “La indeterminación de los conceptos, en resumen, tiene un origen objetivo (la forma en que el lenguaje habla de la realidad); pero, además, el uso que cada cual hace de los términos del lenguaje, según su experiencia y su intención, introducen variantes en esa indeterminación”. SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 76.

MEDIDAS CAUTELARES

Todos los conceptos tienen un cierto grado de indeterminación. A pesar de los distintos esfuerzos de la doctrina por separar nítidamente conceptos *determinados* e *indeterminados*, no se ha llegado a establecer una clara diferencia *cualitativa* entre unos y otros, sino meramente *cuantitativa*⁵⁰.

c.2. Indeterminación y veracidad

Ahora bien, la indeterminación de un concepto no impide su veracidad. Al contrario, la precisión no conviene siempre y en todos los casos para apuntalar su verdad en una relación concreta.

ORTEGA Y GASSET distingue entre una cara *ad extra* del concepto, referida a su relación con las cosas, y otra *ad intra* que se refiere a su propio acotamiento como contenido mental. SAINZ MORENO indica que

*La tesis de ORTEGA consiste en que la imprecisión del concepto no impide su veracidad. Incluso la precisión puede ser un inconveniente para la verdad del concepto en su relación con las cosas (“son, pues, veracidad y logicidad dos dimensiones distintas del concepto, y no está dicho sin más que lo que a una convenga, también convenga a la otra”). Aquí aparece esbozada una de las ideas fundamentales de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados: que su “indeterminación” no sólo no impide su verdad en una relación concreta, sino que incluso puede ser la única forma de lograr la verdad*⁵¹.

50 Para un desarrollo de las distintas posturas (RICKERT, HENKE, ENGLISH, MARTÍN GONZÁLEZ, LARENZA, RADBRUCH, entre otros), véase SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S. A., Madrid, 1976, pp. 199-212. Ahí el autor llega a la conclusión de que “Ninguno de los criterios examinados permite establecer una distinción clara y suficiente entre conceptos jurídicos determinados e indeterminados. La indeterminación es una característica connatural a todo concepto (salvo en los lenguajes formalizados), y tal característica permanece en aquellos conceptos que se incorporan o se crean en el lenguaje jurídico. Tanto si se toma el concepto “en sí mismo” (definición, utilidad práctica, distinción entre experiencia y valor) como si se le analiza en cuanto “elemento de una proposición jurídica” (función que el concepto cumple en la determinación del supuesto de hecho y en la determinación de la consecuencia jurídica) no existe un criterio que permita deslindar los conceptos jurídicos determinados de los indeterminados”. (Ibid. p. 212). No obstante, el autor defiende la utilidad de la noción al momento de enfrentar el problema de la interpretación jurídica de las normas de acuerdo con la solución “justa”.

51 SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa, Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 72.

MEDIDAS CAUTELARES

La precisión del concepto se refiere a lo que el concepto es en sí mismo, su cara *ad intra*, y está expresado en su definición⁵². La determinación es un problema de relación con las cosas, por eso concluye:

*La indeterminación de los conceptos no impide la veracidad de los juicios. Verdad y precisión son cuestiones distintas. La naturaleza de la adecuación del concepto a la realidad exige, en ocasiones, una cierta flexibilidad en los límites del concepto que se aplica para que el juicio puede ser cierto*⁵³.

De lo anterior, derivamos una importante conclusión, el uso de términos indeterminados en el Código no es gratuito; es una exigencia de flexibilidad que no excluye la veracidad, sino todo lo contrario, la posibilita en la realidad de las situaciones vitales que el juez y las partes enfrentarán. Como SAINZ señala:

*[...] la función positiva que cumple la indeterminación de los conceptos jurídicos, no es la de crear un vacío dentro de cuyos límites cualquier decisión sea válida, sino, por el contrario dar a la norma la holgura necesaria para que, siendo más adaptable a la realidad, el resultado de su aplicación pueda ajustarse con mayor exactitud a la solución que la norma preconiza [...]*⁵⁴.

Es decir, en este campo, la utilización del código de conceptos indeterminados tiene por objeto **hacer posible la más exacta aplicación de la norma** y la **tutela efectiva** de las situaciones jurídico sustanciales de las partes, lo cual es completamente coherente con la orientación de la reforma.

52 Es importante distinguir aquí entre *definición* y *denominación*: “Herinrich RICKERT distingue en la palabra “definición” el acto de definir (“definitio”) y el producto de ese acto de definición (“definitum”). En el primer sentido, la definición es un análisis del concepto. Aparece como una proposición que indica la significación de una palabra (“definición analítica”). En el segundo sentido la definición se identifica con el producto de la operación, con el “definitum”. La definición en este segundo sentido (“definición sintética”) es totalmente idéntica al concepto”. (Citado por SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S. A., Madrid, 1976, p. 73 en nota 154). El mismo SAINZ indica que “Definir significa determinar o delimitar. Manuel SACRISTÁN describe la definición como la operación metódica que consiste en caracterizar suficientemente una noción para delimitarla y separarla de otras. La definición es una expresión (terminus complexus, como la división) que expresa la naturaleza de una cosa o la significación de un término. Se alude así a la clasificación tradicional de la definición en “definición real” (quid rei), que expone la naturaleza de una cosa, y en “definición nominal” (quid nominis) que expone la significación de un término”. SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 105. Rafael BIELSA indicaba que “Definir, de de y finire, significa terminar, dar fin a una obra; pero también señalar límites (finis) a una cosa; de ahí el neologismo delimitar como determinar (terminis). // La definición, en sentido general, es una operación del espíritu que consiste en determinar la comprensión que caracteriza a un concepto (LALANDE). En la lógica formal es “el conjunto de términos conocidos cuya combinación determina el concepto definido y representado por un término único”. (BIELSA (Rafael). Los conceptos jurídicos y su terminología. Ediciones Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1961, p. 24). CARNELUTTI exponía: “La dificultad de definir es, pues, una doble dificultad en la formación interna y en la formación externa del concepto, o sea en la selección de caracteres, de su combinación y de su expresión. Giagoleno no se equivocó al comprobarla y aun al exaltarla, pero si su advertencia en lugar de sugerir la prudencia inspira el miedo de las definiciones, la ciencia más bien que sacar ventaja de ello, acaba por padecer. Una ciencia sin definiciones es tan poco concebible como una ciencia sin conceptos”. (CARNELUTTI (Francesco). Metodología del Derecho, traducción del Dr. Ángel Osorio, 2º edición, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, D.F., 1962, p. 66). Y sobre las denominaciones apuntaba lo siguiente: “Por otra parte la definición no basta. Si los conceptos son instrumentos que han de ser continuamente manejados, necesitan un mango para cogerlos con la mano; yo no sabría expresar mejor la utilidad y la eficacia de la denominación. El lenguaje carecería de agilidad si en lugar de los nombres (comunes) usase definiciones. Para usarlas, importa que sean abreviadas o concentradas; o también que a cada definición y aun a cada concepto corresponda un indicio suyo propio, de modo que el segundo llame a la primera. En suma. Sobre la caja hace falta la etiqueta. Esta es la denominación”. (CARNELUTTI (Francesco). Metodología del Derecho, traducción del Dr. Ángel Osorio, 2º edición, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, D.F., 1962, pp. 66-67).

53 SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 94.

54 SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 194.

MEDIDAS CAUTELARES

c.3. La significación de los conceptos indeterminados en el ámbito cautelar

Si bien la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados tuvo su origen en el derecho privado⁵⁵, dentro de la teoría general de la interpretación jurídica, es en el campo del derecho administrativo donde la noción de “*concepto indeterminado*” ha sido objeto de un particular desarrollo. El problema que tales conceptos plantean en el derecho administrativo es de su correspondencia o no con la discrecionalidad. SAINZ MORENO manifiesta:

Bajo la denominación “teoría de los conceptos jurídicos indeterminados” se entiende, en el ámbito del derecho administrativo, la tesis según la cual la utilización de tales conceptos por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones “posibles” aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna; esta tesis, por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite, si la norma no dispone otra cosa, más que una solución correcta [...]”⁵⁶.

Así, la tesis planteada intenta justificar que, ante un concepto jurídico indeterminado, existe una única solución justa, en el sentido de que esa interpretación es la verdadera y correcta por ser la adecuada a lo que el concepto significa en esa norma; no hay discrecionalidad a favor de la Administración. Es la formulación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados como una forma de reducción de la discrecionalidad administrativa⁵⁷. No obstante, no faltan voces que aludan a la necesaria existencia de un *margen de apreciación* dentro del cual la teoría deba reconocer la validez jurídica de aquellas decisiones “razonables” en la aplicación del concepto⁵⁸.

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados (*unbestimmter rechtsbegriff* en el derecho alemán) enlaza con el tratamiento que la doctrina italiana da a la distinción entre discrecionalidad *técnica*⁵⁹ y la discrecionalidad pura o *administrativa*, y el control de las *notions vagues ou souples* en el derecho administrativo francés (control de los motivos) y de ahí ha sido asumida por la doctrina y la jurisprudencia española, sobre todo, a partir de la obra citada del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA⁶⁰.

55 Véase en este sentido, la opinión que expresa SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 191.

56 SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 192.

57 Véase, por todos, el artículo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo; (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. En: Revista de Administración Pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 38, May-Ago, 1962, pp. 159-205.

58 Así autores como ULE, BACHOF, JESCH que según SAINZ MORENO “[...] *partiendo de fundamentos distintos, coinciden, sin embargo, en una idea: En algunos casos debe concederse a la Administración un cierto margen de apreciación para evitar que la decisión discutible de una autoridad administrativa sea sustituida por el juicio también discutible de un Tribunal. Sin embargo, es fundamental destacar que es al juez a quien se deja la decisión de si debe o no ejercer su control en cada caso concreto. Existe, en definitiva, una remisión al “tacto judicial”*. SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, p. 242. A esta tesis se opone una gran cantidad de autores, tales como: KAUFMANN, KELLNER, SCHMIDT-SALZAR, RUPP, OSSENBÜHL, quienes plantean someter el problema al principio de una y solo una solución justa.

59 Que en realidad “*se utiliza, pues, en aquellas materias en las que la normas jurídicas utilizan como presupuesto de la acción administrativa conceptos indeterminados*”. (SAINZ MORENO (Fernando), Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S. A., Madrid, 1976, p. 268). Pues los autores italianos no sólo aluden a las nociones técnicas en sentido estricto, es decir, al ámbito de las ciencias tales como la medicina, la ingeniería, agronomía, y similares, o incluso las sociales o morales, sino también a cuestiones éticas o estéticas. Es decir, abarcan también las cuestiones sometidas a las llamadas “ciencias no exactas”.

60 Véase al respecto la detallada explicación que realiza SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S. A., Madrid, 1976, pp. 224-302.

MEDIDAS CAUTELARES

Sin embargo, este no es el momento ni el lugar para abordar el tratamiento pormenorizado de la teoría y su engarce con el control judicial de la discrecionalidad administrativa - lo que será objeto de un de tratamiento separado en su momento - , sino de plantearnos interrogantes mucho más someras: *¿Cuál es la significación de los conceptos jurídicos indeterminados en el apartado cautelar del CPCA? ¿Implica el uso de estos conceptos la discrecionalidad judicial de apreciación?*

Si el propósito del legislador al asumir esta regulación fue atribuir al juez un amplio margen de decisión y, por ello, se utilizaron nociones vagas, el tribunal o el juez respectivo tiene una facultad de apreciar libremente en cada caso, si los hechos justifican la procedencia de la medida, así como para determinar cuál es adecuada y necesaria para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

La respuesta que demos engarza ciertamente con una postura determinada acerca de la significación general del concepto indeterminado; pero resulta necesario adelantar algo al respecto aquí. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la norma cautelar no es, al igual que en el resto de la normas jurídicas, equivalente a amplia discrecionalidad para decidir entre una gama de opciones igualmente válidas, ya que entonces no tendría sentido someter el auto que resuelve la medida cautelar o fija la caución o garantía en dicha medida al control en vía recursiva (artículos 27, 28 y 30 CPCA).

El error de una tesis que intenta sostener esa libre elección de la medida “adecuada y necesaria” sería olvidar la función que cumplen esos conceptos en la normativa, la cual es hacer posible la más exacta aplicación de la regulación dotándola de la necesaria flexibilidad que exige la tutela cautelar. Es decir, el código no podría haber sustituido esas nociones *indeterminadas* por otras más determinadas, porque esa mayor precisión se hubiera logrado a costa de definiciones que no se acoplan a las circunstancias cambiantes de la realidad, ni tendrían lugar en la regulación legal.

En otras palabras, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados en la normativa cautelar del CPCA **no equivale a libre arbitrio judicial** en la elección de las medidas y las cauciones, según el simple deseo de quien las aplica, sino según la idea nuclear del concepto dentro de un *margen de apreciación* razonable por el juzgador. En síntesis, **arbitrio sí, mas nunca arbitrariedad judicial**.

Con esto queremos afirmar que si el juez ha tomado su decisión con error manifiesto, irracional o irrazonable en la apreciación de las circunstancias materiales, los hechos o su calificación, cabrá el control de su decisión independientemente de la indeterminación de los términos en la atribución legal.

MEDIDAS CAUTELARES

Ciertamente, habrá casos de especial dificultad técnica o valorativa, dentro de los cuales corresponde al juez resolver sin que sea recomendable la sustitución de su criterio. No existe una única solución cautelar justa, sino **un margen razonable de apreciación**⁶¹ de la medida cautelar adecuada y necesaria, fuera del cual cabe la sustitución de la decisión. Es decir, el juez posee un margen de apreciación razonable libre de control para aplicar esos conceptos, el cual es necesario para desempeñar su función, margen trazado por los principios del derecho material administrativo y constitucional general, el cual debe tomar necesariamente en cuenta la intensidad de la exigencia de protección de la situación tutelada, la significación general de los intereses involucrados, las condiciones jurídicas y técnicas de la conducta enjuiciada, así como la necesaria *prudencia* al momento de resolver.

Hemos señalado que es necesaria *prudencia*. Sin embargo, no basta con hacer alusión a esta palabra, sino la llenamos de un significado concreto. Prudencia entendida como “*suma y compendio, jerárquicamente organizado en el modo debido, de todos los datos y de todos los criterios de valor que vengan en cuestión para resolver un problema político o un problema jurídico*”⁶². La lógica de lo razonable de Recasens Siches, antes vista, y el enfoque tópico nos debe guiar siempre a orientar la solución y el pensamiento al problema concreto, de manera que el triunfo en la aplicación de estos institutos depende, en buena medida, en el debido **enfoque problemático** del conflicto.

Entre los valores que se engloban dentro de lo que se llama *prudencia*, según RECASENS se encuentran:

genuina adecuación a la naturaleza del problema planteado y de los factores y condiciones que se dan en este problema; congruencia histórica, esto es, apropiado acuerdo con la significación del momento histórico, tanto con su realidad presente como también con sus proyecciones de futuro, sobre todo del futuro que empieza ya a anunciarse en las aspiraciones, en los deseos, en los ideales que pugnan por abrirse camino y obtener realización en la época presente; viabilidad o practicabilidad de las normas (generales o individualizadas) que vayan a ser establecidas, esto es, máxima probabilidad de eficacia real; ponderación y estimación de los efectos ulteriores que en el inmediato porvenir puedan causar las reglas que sean emitidas o las decisiones que sean hechas; y, con respecto a éste último punto, es necesario tomar en consideración

61 El mismo GARCÍA DE ENTERRÍA ha admitido la validez del legítimo “margen de apreciación” dentro de los conceptos jurídicos indeterminados; pero defiende su compatibilidad con la “unidad de solución justa” a partir de la apreciación por “juicios disyuntivos”. En su 5ª edición de *Democracia, jueces y control de la administración* el autor señala que es válido tal “margen de apreciación” siempre y cuando esté “iluminado” por el núcleo del concepto: “[...] el “margen de apreciación”, por amplio que pueda ser, está siempre necesariamente iluminado, y correlativamente guiado, por el “núcleo del concepto” indeterminado. Como ha dicho certeramente Sainz Moreno, “por muy difusos que sean los límites del concepto, el criterio para conocer hasta dónde alcanzan esos límites lo proporciona su esencia o núcleo, porque el concepto llega hasta donde ilumina el resplandor del núcleo”. (GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Democracia, jueces y control de la administración*, quinta edición ampliada, reimpresión, Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2005, pp. 255-256). Para hacer el empate con su posición el autor señala que “La “unidad de solución justa” no quiere decir que haya una sola conducta específica y singular que pueda merecer, entre las infinitas posibles, la calificación de actuación de buena fe, por ejemplo; quiere decir que una conducta o es de buena fe o no es de buena fe, y que por ello ha de utilizarse necesariamente, en la expresiva fórmula alemana, una “apreciación por juicios disyuntivos”. Esto responde a que los términos polares del concepto tienen un amplio “halo”, en los términos tradicionales, que distingue en los conceptos indeterminados un núcleo de certeza, de absoluta certeza, un halo de imprecisión o de posible incertidumbre, y un lugar – más o menos alejado del centro, pero inexorable – de certidumbre categóricamente negativa”. (Op. cit. pp. 252-253). Un ejemplo de esta manera de proceder lo presenta el autor con el concepto de “nocturnidad” y señala: “el juez tendrá que decidir objetivamente, y en función de los hechos (nunca por su propia y libre decisión, como se comprende) si la nocturnidad podía o no (“juicio disyuntivo”) estimarse presente en el momento preciso de los hechos, sin que quepa más que una sola solución justa”. (Op. cit. p. 256). Así, a partir de la “apreciación por juicios disyuntivos”, entendemos que, siempre que se encuentre dentro del espacio del legítimo “margen de apreciación”; es decir, dentro del “núcleo” del concepto, se habrá actuado correctamente, si no es así: la aplicación escapa al “núcleo” del concepto, debe estimarse que se está transgrediendo el límite legal y, por tanto, cabe sustituir la estimación que se ha hecho. Así, independientemente de cómo se vea, la existencia y la validez del mencionado “**margen razonable**” de apreciación continúa inalterado.

62 RECASENS SICHES (Luis). *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*. 2ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1973, p. 290.

MEDIDAS CAUTELARES

que los conflictos o desajustes que de momento pudieran quedar resueltos por las normas a dictar o por las decisiones a emitir no se conviertan después en fuente de males mayores que aquellos que se intentó remediar, armonía entre un anhelo de progresos y la conciencia de hasta dónde lleguen efectivamente las posibilidades reales; ...espíritu de armonía o de transacción entre los varios intereses contrapuestos, en la medida que lo permita la justicia; legitimidad de los medios empleados para la consecución de los fines justos, pues el empleo de medios perversos al servicio de fines buenos, priva a los fines de su bondad originaria y los prostituye; esforzarse por dar satisfacción a la mayor cantidad posible de intereses legítimos con el mínimum de malgasto o despilfarro y con el mínimum de fricción, como atinadamente dijo Roscoe Pound, respeto en el grado admisible, sin daño de otros valores más altos, a las expectativas concebidas por trabajos o esfuerzos hechos, o por virtud de la previsión de un grado muy alto de probabilidad⁶³.

Sin ser exhaustivos, esto es a lo que nos referimos cuando se enuncia el término vago y correcto de *prudencia* en lo que se resuelve cautelarmente.

Sección Segunda: Aspectos generales de la tutela cautelar en el nuevo CPCA

Nos concentramos ahora en los aspectos generales de la regulación introducida en el CPCA e intentaremos aproximarnos a su estructura y concepto. Pero antes de enfocarnos en esta tarea, no podemos dejar de mencionar lo que apuntaba PUIG BRUTAU:

Lo que importa es la manera de emplear tales instrumentos para atender a un interés digno de protección por el que discurre un sector de la vida social. Los conceptos que para ello sean utilizados sólo desempeñan el papel de medios puestos al servicio de un fin [...].⁶⁴.

Este fin, en lo que corresponde a las medidas cautelares, no es otro que la tutela judicial efectiva de las situaciones jurídicas involucradas en el proceso. Por eso, ante el análisis de la regulación, hemos de estar siempre atendiendo a dicho norte, pues, como nos recuerda LLEWELLYN, en lo que respecta al derecho:

Si su Belleza se limita a serlo para la vista solamente, si sólo lo es para la mente, si no constituye antes que nada una Belleza eficiente entre la gente y para sus menesteres, en tal caso es falsa. Es más falsa que la simple arquitectura falsa. Ésta solo representa gasto, inconveniencia e hipocresía, excepto cuando se derrumba. Pero una estructura de reglas de Derecho, aunque sea bella por su apariencia, debe funcionar bien si no quiere convertirse en un daño efectivo para los hombres y para la obra que a ella confían⁶⁵.

63 RECASENS SICHES (Luis). Nueva Filosofía de la interpretación del derecho. 2º edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1973, pp. 284-285.

64 PUIG BRUTAU (José). Prólogo de LLEWELLYN (K.N.). Belleza y estilo en el derecho. BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, España, 1953, p. 13.

65 LLEWELLYN (K.N.). Belleza y estilo en el derecho. BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, España, 1953, p. 26.

MEDIDAS CAUTELARES

a) Concepto General

BENET afirmaba que había leído que definir “es *desconfiar*”⁶⁶. Sin embargo, contar con definiciones guía es un componente que aúna a la seguridad jurídica⁶⁷ de la aplicación normativa.

CARNELLUTTI bien ha señalado que

*[...] las reglas del Derecho no están reclusas en los códigos como en una vitrina; están operando en la vida, esto es, gobernando la vida de los hombres donde para conocerlos no basta conocer la fórmula ni aprender la historia.// Hay que verlos operar, es decir, ver cómo se comportan los hombres respecto a esa regla, no sólo aquellos a quienes toca mandar sino también aquellos a quienes corresponde obedecer. Solamente así las leyes muestran no tanto su apariencia como su sustancia, es decir, su verdadero valor*⁶⁸.

Lo cual es cierto, las reglas del CPCA serán lo que su aplicación permita y forje. Sin embargo, hay, como hemos insinuado ya antes, ciertos límites fuera de los cuales no hay aplicación, mucho menos interpretación, sino abuso de las formas y reglas. Nos recordaba el maestro italiano que

*La luz de la Justicia es difícil, casi imposible, de descomponer en su espectro como se hace con la luz solar. Pero la ciencia ha cumplido ya sobre este sector, en gran parte, su cometido, cuando ha advertido a los operadores del Derecho, y entre éstos, preferentemente, al legislador, que **su obra, aun cuando lógicamente, físicamente, económicamente, esté bien construida, es más frágil que el vidrio, si el metal usado no ha sido excavado de las vísceras de la justicia**, tal como el bronce en el cual puede fundirse la gloria del legislador. Toca precisamente, al sabio en Derecho, y no a otro que él, prevenirse al legislador, y también recordarle que él es el primero de los siervos de Dios, en lo cual está el mayor riesgo, pero también la mayor nobleza de su obra*⁶⁹.

Aplicando lo mismo, afirmamos aquí que cualquier elaboración jurisprudencial que se haga a partir del articulado del Código, aun cuando lógicamente esté bien construida, si está apartada del sentido de justicia y tutela que inspira el código de lo contencioso, será más frágil que el vidrio y está condenada a fracasar.

66 Citado por DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 41. Haciendo eco del pensamiento de BENET, podemos insinuar que cada vez que el CPCA hace una enumeración exhaustiva, casi de tipo reglamentario, como sucede por ejemplo en el artículo 122, hay en el trasfondo cierta desconfianza a que el espíritu de cambio en el paradigma de la tutela judicial de lo contencioso sea desvirtuado por los pormenores surgidos en la aplicación práctica. Nótese que en lo dicho líneas arriba, no es una contradicción con lo que hemos sostenido *supra* sobre la importancia del enfoque *tópico*. La famosa máxima de JAVOLENO, conforme a la cual *omnis definitio in iure periculosa est*, se podría enmarcar en tal manera de proceder. Pero, como hemos indicado, este modo de trabajar y de concebir el derecho se caracteriza sobre todo porque permite a los juristas entender el derecho no como algo que se limitan a aceptar, sino como **algo que ellos construyen de una manera responsable**. Por tanto, como se afirma, las definiciones son la “guía” para encontrar y aceptar puntos de vista adecuados que justifiquen las nuevas situaciones y que, sin embargo, concuerden con el espíritu de la normativa del código, en este sentido, hemos apuntado que aúnan a incrementar la seguridad jurídica de la aplicación normativa.

67 *Seguridad jurídica* es, como resume el Tribunal Constitucional Español, “*suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad*” (STC 150/1990).

68 CARNELLUTTI (Francesco). Metodología del Derecho. Traducción del Dr. Ángel Osorio, 2ª edición, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, D.F., 1962, p.19.

69 CARNELLUTTI (Francesco). Metodología del Derecho. Traducción del Dr. Ángel Osorio, 2ª edición, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, D.F., 1962, pp.13-14.

MEDIDAS CAUTELARES

Dicho esto podemos abocarnos pues al **concepto general de la medida cautelar**⁷⁰. S. DE LA SIERRA nos señala que, en sentido estricto, el término hace referencia a

*las medidas instrumentales que pueden ser acordadas por el juez en un procedimiento, para proteger provisionalmente los bienes, derechos o intereses de las partes y de esta manera evitar que la resolución final del proceso se vea desprovista de su objeto. Sus características son la instrumentalidad, la provisionalidad y, en ciertos casos, la homogeneidad con las medidas de ejecución de la resolución judicial*⁷¹.

70 El CPCA utiliza la expresión "**Medidas Cautelares**" y no el general, mucho más comprensivo de "**Tutela Cautelar**". Como se verá, el término "medida cautelar" *stricto sensu* o en sentido "clásico" es más restringido que el de "tutela cautelar" y, tradicionalmente, se enlaza a las medidas clásicas dependientes de la instrumentalidad, la provisionalidad y la garantía de ejecución de la sentencia. Es decir, la "medida cautelar", en su sentido clásico, está enlazada más con la **conservación de las condiciones reales indispensables para la emisión y la ejecución de la resolución definitiva** que con la satisfacción inmediata o anticipada del interés subjetivo del gestionante. Se ha llegado a señalar el término medidas "asegurativas" como equivalente de medidas "cautelares" (Ver TCA. S.II. 173-2008, TCA. S.II. 229-2008 y TCA. S.III. 375-2006). La "**tutela cautelar**" como "*categoría dogmática general*" (GONZÁLEZ PÉREZ) o "*supraconcepto*" (S. DE LA SIERRA) ha sido muy útil ante la proliferación de medidas destinadas a vencer los efectos del tiempo en el proceso. Sin embargo, apunta la doctrina "*ha dado entrada a instituciones que, si bien guardan un vínculo con las medidas cautelares en sentido estricto, no lo son en puridad [...]*". (DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 50). Esta última autora nos indica lo siguiente: "*[...] la legislación procesal administrativa en España no incluye una primera denominación genérica, la de "medidas cautelares", hasta la Ley de la Jurisdicción Contencioso – administrativa de 1998. A dicha denominación acompaña más tarde otra expresión acuñada por la doctrina: la de "tutela cautelar". En Francia, reitero, el Código de Justicia Administrativa de 2001 alude por vez primera con el título genérico de référé de forma omnicompreensiva a todos los instrumentos que hasta entonces se habían conocido como procedimientos de urgencia y suspensión de actos administrativos, amén de otros de nuevo cuño. De otro lado, en Alemania también se emplea un supraconcepto, voläufiger Rechtsschutz (tutela cautelar), para englobar tanto la suspensión como las órdenes provisionales. En el Derecho comunitario el empleo de supraconceptos derivada de cada lengua oficial... La utilidad de los supraconceptos es innegable, y lo fue en especial en aquellos momentos en que las medidas cautelares no desempeñaban el papel que se les había atribuido en la actualidad. La necesidad de reconducir sus diversas manifestaciones a un régimen común hacía indispensable la creación de un centro conceptual de imputación, esto es, la creación de un supraconcepto. Esto ocurrió en España en el período de vigencia de la Ley de la Jurisdicción de 1956, que sólo preveía la suspensión. La jurisprudencia fue derivando del art. 122 de dicha ley, como es sabido, la posibilidad de adoptar otras medidas cautelares, a las que precisamente atribuía esta denominación [...] la evolución reciente de la tutela cautelar ha demostrado cómo el supraconcepto ha dado entrada a instituciones que, si bien guardan un vínculo con las medidas cautelares en sentido estricto, no lo son en puridad, problema al que aludía más arriba. Así ha entendido también RODRÍGUEZ PONTÓN la evolución del supraconcepto de medidas cautelares, que ha analizado las mutaciones sufridas por dicho supraconcepto, desde una visión clásica, dependiente de la instrumentalidad, la provisionalidad y la garantía de la ejecución de la sentencia, hacia una versión más moderna, en la que se afianza la independencia de esta institución. Si, en efecto, el supraconcepto de medidas cautelares ha dado entrada a instituciones diferentes de las medidas cautelares en sentido estricto, caben dos soluciones. O bien se amplía la definición de las medidas cautelares, perdiendo por tanto en precisión, o bien se restringe el concepto a las medidas cautelares clásicas, reduciendo, por lo tanto, el ámbito de aplicación de su régimen jurídico". (DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, pp. 49-51). En el CPCA, las **medidas cautelares** comprenden todo tipo de las medidas conservativas, anticipativas, innovativas, de regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial, órdenes de hacer, no hacer o de dar, y, en general, todas aquellas adecuadas o necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad – que no ejecución – de la sentencia. Así, la regulación amplia que introduce el Código permite superar la medida cautelar "clásica", de manera que, para los efectos que nos interesan, el contenido de las "medidas cautelares" en materia contencioso administrativa se asemeja al de "tutela cautelar" en el sentido de la evolución reciente del "supraconcepto", según se dirá, pero sin llegar a la tutela autosatisfactiva autónoma, dando cabida inclusive a lo que la doctrina denomina medidas de tutela anticipada y, en casos límite, autosatisfactiva, pero no autónoma. Todo lo anterior se desarrolla *infra*.*

71 DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 42. Sobre las características que apunta DE LA SIERRA y nuestra conformidad o inconvinción volveremos más adelante.

MEDIDAS CAUTELARES

JINESTA nos indica que son

*aquellas resoluciones sumarias cuya función consiste en garantizar la eficacia o efectividad práctica de la sentencia de mérito, caracterizadas por su instrumentalidad en relación con el proceso principal y efectos provisionales, adoptadas en virtud de de una cognición sumaria urgente, los presupuestos de su concesión son: el periculum in mora y el fumus boni iuris*⁷².

Debe resaltarse que, según el autor de cita, la función de la medida cautelar está preordenada a la eficacia –que no ejecución– de la sentencia definitiva, evitando que el tiempo convierta en inútil el fallo final, a fin de evitar un daño irreparable en la situación particular de la parte, pues en tal caso la solución final sería, al decir de CALAMANDREI, como “el medicamento que lentamente elaborado llegaría a un enfermo ya muerto”⁷³.

Por eso, como GONZÁLEZ CAMACHO señala, la medida cautelar posee “*un fin inmediato que no es otro que evitar o suprimir el daño generado al actor [...] tiene una función preventiva y no sólo garantizadora del resultado final*”⁷⁴. En estos términos, debemos entender “*proteger y garantizar*” el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, en los términos del 19.1. CPCA.

GONZÁLEZ CAMACHO apunta por su lado que

*por medida cautelar judicial: aquella necesaria e idónea decisión provisional, adoptada por el Juez con anterioridad o durante el transcurso del proceso, dirigida a evitar un daño grave irreversible para el recurrente, que ponga o pueda poner en peligro el objeto del proceso y hacer ilusorio el posterior triunfo de aquél por la imposible efectividad y eficacia del fallo favorable a sus intereses*⁷⁵.

Ahora cabría agregarle a lo señalado que procede incluso en fase de ejecución de sentencia o de ejecución del acto administrativo firme y favorable (arts. 19 y 176 CPCA).

72 JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 156. Como veremos más adelante, el acento estará en el *periculum in mora*, en relación con la finalidad última del proceso, bajo pena del decaimiento sobreviviente del interés actual y con él, por la relación de instrumentalidad, del de la medida practicada.

73 Referenciado por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 588.

74 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 16. Nótese que actor no es solo el particular sino también la Administración Pública que puede convertirse en el impulsor de la medida, incluso, por ejemplo, frente a un particular en situación de poder que se vería atraído al fuero regulado por el CPCA (art. 2 e).

75 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 18.

MEDIDAS CAUTELARES

La Sala Constitucional recoge un concepto clásico más restringido y ha estimado que las medidas cautelares

*se pueden conceptualizar como “un **conjunto de potestades procesales** del juez – sea justicia jurisdiccional o administrativa – para resolver antes del fallo, con el específico fin de **conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final**”⁷⁶.*

Lo que nos indica la Sala Constitucional nos lleva a señalar que las medidas cautelares pueden ser ubicadas dentro de lo que la moderna doctrina del derecho procesal llama “procesos urgentes”; es decir, un “conjunto de institutos destinados a dar una respuesta jurisdiccional rápida y expedita a determinadas situaciones particulares que no admiten demora en su solución”⁷⁷.

76 Voto n.º 7190-94 de las 15:24 hrs. del 6 de diciembre de 1994, reiterado en voto 3929-95 de las 15.24 hrs. del 18 de julio de 1995, cita hecha por JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.154. El voto contiene un concepto parecido al de ORTIZ ORTIZ: “[...] conjunto de potestades procesales del Juez para resolver antes del fallo con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para su emisión y ejecución de la parte victoriosa”. (ORTIZ ORTIZ (Eduardo). *Medidas cautelares y suspensión del acto impugnado en Costa Rica ...* citado por GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 16. Como el autor de cita ha señalado, conservar tiene sentido cuando estamos frente a un interés subjetivo preexistente, pero no lo tiene cuando no lo hay, sino que estamos frente a conductas administrativas que niegan su existencia. Esto es, no tendría interés ninguno para quien solicite “conservar” un estado de negación, sino todo lo contrario, innovar, aunque sea provisionalmente para proteger su interés subjetivo.

77 Véase SIMÓN PADRÓS (Ramiro) La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 31. Dentro de los procesos urgentes se aglutina una amplia gama de institutos procesales, tales como: las sentencias anticipatorias, las medidas autosatisfactivas y la denominada cautela material. **No debe confundirse aquí la categoría general de proceso urgente con el denominado proceso preferente o de trámite preferente (art. 60 CPCA)**, pues este se enlaza más bien con una categoría diferenciada que refiere a un reclamo acentuado de expedito trámite y repuesta, motivado por la urgencia, necesidad o gran trascendencia para el interés público que reviste el asunto bajo instrucción y que motiva en el juez tramitador, de oficio o a gestión de parte, una remisión al tribunal de juicio para que este decida, en los términos del CPCA, un trámite diferenciado y expedito con el objeto de posibilitar la eficiente respuesta jurisdiccional a la situación jurídica objeto del proceso. Es decir, sería un error de concepto confundir una medida cautelar, así sea provisionalísima, con un proceso de urgencia o de trámite preferente. Antes bien, la tutela cautelar no es incompatible con la tramitación preferente. En este sentido indicó el Tribunal Contencioso Administrativo: “[...] no debe perderse de vista que el nuevo sistema procesal se complementa [...] con un sistema de justicia cautelar... la justicia cautelar no es incompatible con la tramitación preferente [...] son complementos para concretar su finalidad” [...] “aún cuando se adopten, cuando el objeto del proceso requiera de una pronta resolución en los supuestos ya mencionados, procederá el trámite preferente”. (TCA, S.VI. resolución de las 14:00 hrs. del 5 de enero del 2009, dentro del exp. 08-14036-2017-CA).

MEDIDAS CAUTELARES

La doctrina ha distinguido tres categorías básicas dentro de los procesos urgentes: 1) medidas autosatisfactivas (denominación de PEYRANO); 2) tutela satisfactiva interinal⁷⁸; y 3) tutela cautelar en sentido estricto⁷⁹. Todas ellas tienen diferencias de matiz, según se anota al pie.

Sin embargo, al posibilitar el código la imposición de cualesquiera medidas cautelares “*adecuadas y necesarias*” que podrán contener ya sea la *conservación*, o bien, efectos *anticipativos o innovativos*, en general, mediante la regulación o la satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídico sustancial, nos atrevemos a afirmar aquí que la regulación positiva apreciada en su conjunto da cabida incluso, en casos límite, para lo que se ha

78 La diferencia fundamental entre la cautelar *stricto sensu* y la tutela anticipada es que, según señala BERIZONCE: “*La providencia interina tiende a acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el periculum in mora está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente, por la prolongación a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho del cual se trata el juicio de mérito*”. (Citado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 42). En este caso, la decisión de tutela anticipada está destinada no tanto a **conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y la ejecución** del acto final, sino más bien a lograr la satisfacción inmediata del reclamo, aunque con un carácter provisional, pues durará hasta el momento en que la medida sea sustituida por el pronunciamiento definitivo. El autor de cita refiere a la reforma introducida al Código Procesal Civil italiano por Ley 353/1990 que incorporó la *ordenanza per il pagamento di somme non contestare (art. 186 bis)*- medida para el pago de sumas de dinero no controvertidas – y la *ordenanza di ingiunzione (art. 186 ter)* – también destinada a tutelar al acreedor de sumas de dinero o cantidad determinada de cosas fungibles que cuenta con una declaración provisoriamente ejecutiva–. En el ordenamiento italiano la diferencia entre el *provvedimenti sommari cautelari* y el *provvedimenti sommari non cautelari* es precisamente que el primero es meramente instrumental respecto de la decisión final, busca asegurar sus resultados prácticos, mientras que el segundo está tendencialmente enfocado en la cuestión de fondo controvertida. Dado lo anterior, es evidente que la tutela anticipada requerirá un mayor grado de convicción, a causa de la naturaleza de la medida que permita al juez llevar a un grado de conocimiento objetivo y suficientemente fundado acerca de la procedencia de la medida en las circunstancias del proceso y que debe superar el piso de la evidente improcedencia o temeridad de lo pretendido. La diferencia con las medidas autosatisfactivas que se analizan más abajo es que estas tutelas anticipadas son provisionales y no implican una satisfacción inmediata y definitiva del reclamo que equivaldría, en los hechos, el pronunciamiento de fondo y con una naturaleza, en principio, irreversible.

79 Clasificación utilizada por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 32. Tal clasificación se basa en el tratamiento de la doctrina italiana que distingue así los distintos tipos de *tutela d'urgenza*.

MEDIDAS CAUTELARES

llegado a denominar *tutela autosatisfactiva*, pasando de camino por la tutela anticipada⁸⁰, aunque, si bien tales clases de tutela no participarían, en los términos del código, de *autonomía*, en el sentido de estar desvinculadas totalmente del proceso principal, tal como se explica *infra*.

80 En contra de esta posición, puede verse el criterio de ROJAS CHAVES, para quien el carácter instrumental y provisional de la medida “[e]n los términos del Código eso significa que la medida cautelar no puede ser autosatisfactiva, lo que no excluye que en la práctica lo llegue a ser”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 159) y “La revocabilidad se refiere, entonces, a que el juez conserva el poder de modificar o revocar lo acordado si varían las circunstancias. Lo cual implica que le está prohibido dictar medidas que provoquen una situación irreversible, como si se tratase de los efectos propios de la sentencia definitiva. Lo que reafirma que la medida no puede prejuzgar la decisión sobre el fondo”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 174). En sentido similar, VILLALOBOS SOTO indica que “la decisión que se tome debe guardar “provisionalidad”, por cuanto no tiene sentido una cautelar que tenga efectos permanente pues, sería como dictar una sentencia sin que los demandados tengan oportunidad de defensa”. (VILLALOBOS SOTO (Joaquín). Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo. IJSA, San José, Costa Rica, 2008, p. 219). En nuestra opinión, tal como se verá, en casos límite de calificadísima urgencia, sostenemos que debe imponerse el derecho fundamental a la tutela efectiva de la situación jurídico – subjetiva del solicitante. Es decir, admitimos que en casos límite (muy calificados de urgencia excepcional), se pueda emitir tal clase de tutela cautelar, de carácter restrictivo en su aplicación, ya que implica en la práctica una satisfacción definitiva del reclamo que satisface en sí misma el objeto del eventual fallo, sin que esto prejuzgue al tribunal de mérito al momento de resolver el fondo del caso ni sobre los hechos ni sobre el derecho objeto de la controversia. Según hemos señalado, en nuestra opinión, por regla, requerirá tal medida de audiencia – aunque esta sea reducida a límites mínimos – porque no tendría sentido habiéndose adoptado la medida irreversible que se otorgue luego la audiencia a las partes sin efectos suspensivos, ya que en tal caso, la audiencia carecería de sentido, salvo para luego establecer eventuales responsabilidades derivadas de lo hecho. En efecto, en nuestra opinión la medida *inaudita altera parte* no puede ser, por regla general, autosatisfactiva, lo dicho, claro está, salvo que las circunstancias de extrema urgencia, suficientemente acreditadas mediante prueba idónea, impongan al juzgador la solución cautelar sin la audiencia al destinatario de la medida. Sin embargo, tales casos serán extremos de colisión de valores fundamentales y de muy restrictiva interpretación al estar en juego una garantía de rango constitucional. El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha llegado a admitir finalmente que “la cautela significa esto: prevenir, garantizar, proteger en definitiva. Puede haberlas en algunos casos si las hay de carácter autosatisfactivo en la medida en que cumple su función casi resolviendo el proceso ahí mismo, en la medida en que son, algunas veces, de naturaleza irreversible” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución n.º 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve. La transcripción es propia dado que se trata de un fallo oral, el video puede observarse en la página web del Tribunal).

MEDIDAS CAUTELARES

Es decir, una especie de medida *autosatisfactiva*, aquella que designa las medidas, cuyo resultado anticipatorio hace prácticamente inútil la resolución de fondo, es posible en la nueva regulación contenciosa⁸¹.

81 También denominada *tutela satisfactiva autónoma* o *cautela material*, lo que caracteriza a tal tipo de medida es que, una vez despachada, surte efectos provisionalmente iguales a los que tendría la sentencia definitiva, de modo que si no se revoca, es el equivalente a una solución final del conflicto. Según DE LÁZZARI: “*el rasgo identificador de la cautela material consiste en que el resultado de la actividad anticipatoria prácticamente hace inútil la decisión de fondo, desde que la modificación operada en el mundo exterior aparece, en los hechos, como irreversible*”. Referenciado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 34. Otros, tales como PEYRANO, llaman a la esencia de esta categoría que “*el reclamo formulado al órgano jurisdiccional se agota con el despacho favorable de la medida, que por ello recibe la denominación de “satisfactiva autónoma” o “autosatisfactiva”, no siendo necesario interponer una acción posterior, dentro de un plazo cierto y determinado, para evitar la caducidad de la medida dispuesta*”. (Ibid.) En este sentido, no podemos decir que el CPCA permite una medida autosatisfactiva autónoma desvinculada de todo proceso, ya que si bien el código permite medidas *ante causam*, no permite medidas sin causa y desvinculadas enteramente de un proceso principal, el código no lo prevé, pero podría hacerlo en un futuro y podría introducirse como un tema de *lege ferenda*. Ya criticaba GARCÍA DE ENTERRÍA el sistema cautelar español por cuanto “*ninguna influencia he tenido entre nosotros hasta ahora toda la técnica en franco auge, a partir del sistema francés, hoy ya generalizado a la mayor parte de los Estados Europeos, de los référé autónomos, no accesorios de ningún proceso principal [...] El único remedio para depurar los juzgados y Tribunales de esa planta maligna, que pervierte el proceso apartándole de sus fines verdaderos y llevándole a ser un simple instrumento de los injustos, cuyo vencimiento tampoco está siempre asegurado, es, justamente, la adopción de esas técnicas de référé, procesos sumarios y contradictorios, independientes y no accesorios de un proceso principal, cuya fuerza de cosa juzgada no impide la apertura del juicio declarativo definitivo (proceso, por cierto, que, según la práctica francesa, pocas veces se inicia por el vencido en référé). Son una especie de interdictos au rébours, que intentan desapoderar de forma inmediata y urgente a quienes manifiestamente abusan de su posición*”. (GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2. edic, 1995, pp. 133-134). En la práctica, muchos litigantes intentarán una medida cautelar de cuyo resultado práctico dependerá si el juicio se sostiene o se desiste, por lo que sería útil su regulación. No obstante, debemos admitir también que el sentido amplio de tutela en el CPCA cubre incluso medidas que trascienden el sentido clásico de la medida cautelar y podrían anticipar de manera equivalente los efectos de una eventual resolución de fondo; es decir, medidas que con su despacho favorable alcanzan la consumación del interés subjetivo, lo cual, para algunos como KIELMANOVICH, es suficiente para hablar de medida autosatisfactiva, lo cual apoyamos (Véase SIMÓN PADRÓS, op. cit. p. 39, nota 73). Otros autores aceptan como nota específica de las medidas autosatisfactivas la ausencia de sustanciación. Sin embargo, tal característica no es suficiente - ya que no toda medida *inaudita altera parte* constituye una solución de tutela autosatisfactiva, bien podría una medida dictada sin audiencia (art. 25) tener efectos enteramente reversibles y no equivalentes al que se busca con el proceso principal – ni tampoco puede sostenerse como regla general. Una medida que agota el conflicto y lo resuelve de una vez necesita por regla de una audiencia para salvar su validez constitucional. No tendría sentido que, habiéndose adoptado la medida irreversible, se otorgue audiencia a las partes sin efectos suspensivos, pues en tal caso la audiencia carecería de sentido. En efecto, en nuestra opinión la medida *inaudita altera parte* no puede ser, por regla general, autosatisfactiva. Lo dicho, claro está, salvo que las circunstancias de extrema urgencia, suficientemente acreditadas mediante prueba idónea, impongan al juzgador la solución cautelar sin la audiencia al destinatario de la medida. Sin embargo, tales casos serán extremos de colisión de valores fundamentales y de muy restrictiva interpretación al estar en juego una garantía de rango constitucional. Un ejemplo de tales cautelares con efectos “autosatisfactivos” en la práctica puede ubicarse dentro del expediente 09-3428-1027-CA (R.H contra Ministerio de Salud) en donde la solicitante es propietaria de un rancho para fiestas y solicita al Ministerio de Salud permiso para realizar actividades los días de fin de año (25 de diciembre y 01 de enero). Sin embargo, el Ministerio de Salud deniega el permiso para las actividades, ante lo cual la interesada solicita de forma provisionalísima que la dejen realizar las actividades en esas fechas por ser precisamente ese su interés ya que, pasado el fin de año, no tendría sentido la medida. El juez encargado del caso resuelve de forma provisionalísima otorgar la medida cautelar solicitada y permitir la realización de las actividades, aunque la audiencia se conteste luego de pasado el fin de año. Nótese que el interés subjetivo de la solicitante es precisamente realizar las actividades el fin de año y, por esta vía, se otorga la medida solicitada. Más aún el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha admitido finalmente que “*la cautela significa esto: prevenir, garantizar, proteger en definitiva. Puede haberlas en algunos casos si las hay de carácter autosatisfactivo en la medida en que cumple su función casi resolviendo el proceso ahí mismo, en la medida en que son, algunas veces, de naturaleza irreversible*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución n.º 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve. La transcripción es propia dado que se trata de un fallo oral, el video puede observarse en la página web del Tribunal. En el mismo sentido el fallo n.º 95-F-TC-2009).

MEDIDAS CAUTELARES

Por otro lado, las medidas cautelares – *stricto sensu* - constituyen medidas dictadas con “el específico fin de **conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final**” (S.C.V. 7190-94). En el CPCA, las medidas cautelares, como dispone el artículo 19 CPCA, son aquellas “*adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*” que es mucho más amplio.

SIMÓN PADRÓS apunta que la

*voz “cautelar”, del latín cautela, significa prevenir, precaver. La propia raíz etimológica del vocablo preanuncia el destino eminentemente preventivo del proceso cautelar, como aquel instituto establecido por el ordenamiento jurídico para garantizar que la efectividad de la tutela judicial no padezca a consecuencia de la inevitable duración de los procesos*⁸².

Además, FOGAÇA VICARI nos señala que la medida cautelar –*stricto sensu*– solo protege pero no satisface la pretensión: “*O se asegura, y ahí se tiene la cautela, o se satisface, se realiza anticipadamente, y no hay entonces ninguna función cautelar*”⁸³.

Sin embargo, algunas veces para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso, es necesario, sin cambiar su esencia, que se dicten medidas de corte anticipativo de lo que se pretende con el fallo final de la causa. Por lo tanto, a la luz del Código, la distinción entre tutela anticipada y cautelar *stricto sensu*, en todo caso opinable, no tendría mayores resultados prácticos, pues, el contenido que le otorga el CPCA a las “medidas cautelares” da cabida para que, en casos límite, se disponga una medida con efectos anticipativos sin desnaturalizar ni cambiar en su esencia la medida cautelar, sino que tal posibilidad está expresamente permitida como uno de sus contenidos posibles (artículo 20 CPCA).

82 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 46.

83 Citado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 32. Sin embargo, autores como CALAMANDREI ubican las tutelas anticipadas dentro del concepto de providencias cautelares propiamente dichas.

MEDIDAS CAUTELARES

Asimismo, hemos llegado a determinar aquí que, en los términos señalados, el título III del CPCA permitiría incluir pretensiones con efectos autosatisfactivos, porque no se establece un tipo específico de pretensión o un contenido taxativo de la resolución que las establezca. Por tanto, atendiendo a la máxima que impide distinguir donde la ley no lo hace, y siguiendo el espíritu de tutela efectiva del código, no podemos denegar la existencia ni la posibilidad legal de tales medidas, incluso *autosatisfactivas – no autónomas*⁸⁴, en el marco de la nueva justicia administrativa.

Piénsese por ejemplo en el caso de que la Administración competente decida arbitrariamente designar al receptor de un transplante de órgano vital, y luego el perjudicado con la decisión impugna solicitando que se anule la conducta administrativa y se le dé – como tutela – el trasplante que necesita antes de que sea demasiado tarde para su vida. Tal medida, una vez concedida, equivale lisa y llanamente a la solución final de la causa y, una vez ejecutada, aparece en los hechos, como irreversible⁸⁵.

84 En contra de la caracterización de la medida autosatisfactiva como medida cautelar “autónoma”, véase la opinión de BELSITO – A, CAPORALE, citado por ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 175, nota 37. También en contra de lo que aquí se destaca la autora antes citada indica que: “*el CPCA es omiso en otros mecanismos para hacer realidad el principio de celeridad, como la tutela anticipativa o las medidas autosatisfactivas. La protección de la urgencia sigue anclada en lo tutelar, que implica la existencia de un proceso principal*”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 195. Nosotros opinamos al contrario que, si bien el código no contempla medidas de tutela de urgencia autónomas – cuya inclusión puede sugerirse de *lege ferenda*–, sí cabe dentro de la regulación que impone el CPCA, la posibilidad de dictar medidas de tutela que tengan en la práctica efectos *anticipativos – no autónomas*, o bien que, en casos de extrema urgencia y calificada excepción, puedan coincidir con la pretensión principal, a condición de que sean provisionales y de carácter reversible. Pero incluso admitimos que, en situaciones excepcionalísimas, en último término, se puedan otorgar medidas “autosatisfactivas”, cuyo resultado anticipatorio hace prácticamente inútil la resolución de fondo y que, una vez concedidas, aparecen, en los hechos, como irreversibles, si es que la adopción de tales medidas extremas se presenta como el único medio adecuado y necesario para tutelar efectivamente el interés subjetivo de la parte, por estar de por medio una garantía fundamental. Como hemos indicado, un ejemplo de tales cautelares con efectos “autosatisfactivos” en la práctica puede ubicarse dentro del expediente 09-3428-1027-CA (R.H contra el Ministerio de Salud) en donde la solicitante es propietaria de un rancho para fiestas y solicita al Ministerio de Salud permiso para realizar actividades los días de fin de año (25 de diciembre y 01 de enero). Sin embargo, el Ministerio de Salud deniega el permiso para las actividades, ante lo cual la interesada solicita de forma provisionalísima que la dejen realizar las actividades en esas fechas por ser precisamente ese su interés, ya que, pasado el fin de año, la medida no tendría sentido. El juez encargado del caso resuelve de forma provisionalísima otorgar la medida cautelar solicitada y permitir la realización de las actividades, aunque la audiencia se conteste luego de pasado el fin de año. Nótese que el interés subjetivo de la solicitante es precisamente realizar las actividades el fin de año y, por esta vía, se otorga la medida solicitada. Más aún el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha admitido finalmente que “*la cautela significa esto: prevenir, garantizar, proteger en definitiva. Puede haberlas en algunos casos si las hay de carácter autosatisfactivo en la medida en que cumple su función casi resolviendo el proceso ahí mismo, en la medida en que son, algunas veces, de naturaleza irreversible*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución n.º 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve. La transcripción es propia dado que se trata de un fallo oral, el video puede observarse en la página web del Tribunal. En el mismo sentido el fallo n.º 95-F-TC-2009). Un caso que podría asemejarse a una media “autosatisfactiva” fue resuelto en el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso 129-F-TC-2009 al suspenderse órdenes de desalojo inmediato de varios precarios, y en su lugar ordenarse el traslado planificado y coordinado de las personas, de manera gradual, garantizando condiciones de salubridad y bienestar social; medidas que el Tribunal incluso llega a calificar como “tutelares”, es decir, que atienden bienes jurídicos fundamentales, protegidos por los principios constitucionales y de los derechos humanos, y que requieren una actuación inmediata.

85 Así se indica en doctrina que “*El campo de aplicación de las medidas autosatisfactivas se encuentra frecuentemente vinculado con ciertas autorizaciones judiciales, dictadas en el marco de procesos especiales, donde la naturaleza de los intereses en juego demanda la inmediata actuación de los jueces y tribunales para evitar la pérdida irremediable del derecho. En general, se mencionan aquellos casos de autorizaciones ordenadas a requerimiento de autoridades sanitarias u hospitalarias – particularmente en supuestos de intervenciones quirúrgicas de extrema urgencia, en las que el paciente no se encuentra en condiciones de prestar consentimiento y no existen parientes próximos que suplan la voluntad del sujeto - , las promovidas por miembros de ciertas minorías religiosas – como los Testigos de Jehová–, o bien aquéllas fundadas en cuestiones de salud pública que, por su gravedad y urgencia, impide cualquier dilación en la inmediata resolución del asunto*”. SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, pp. 36-37.

MEDIDAS CAUTELARES

Podría argumentarse en contra de la posición que aquí sostenemos el hecho de que el código habla de *medidas cautelares* y no de otro aspecto, por lo que, siguiendo esa línea de razonamiento, no cabrían las medidas con efectos autosatisfactivos, ya que equivaldrían, en la práctica, a la anticipación de la sentencia de fondo. Sin embargo, cabe ahora recordar lo señalado al inicio de estas líneas, toda construcción ha de atender al sentido de justicia y tutela efectiva que inspira el código de lo contencioso, o será más frágil que el cristal.

El articulado en su conjunto da pie para llenar con un contenido amplio el término “*medida cautelar*”, dando como resultado que las medidas aceptadas por el CPCA involucren tanto las meramente declarativas, como las constitutivas, de condena o mixtas. La enorme flexibilidad y la amplitud del sistema de cautela que introduce el CPCA no da ocasión para limitar *a priori* el contenido de las medidas que se pueden ordenar o decretar, ni menos aún para limitar la existencia de tales medidas incluso con efectos “*autosatisfactivos*”.

No obstante, cabe señalar, que en estas, el margen de convicción superará en grado sugerido para la clásica medida cautelar, exigiendo si bien no certeza lo que el derecho norteamericano denominaría una “*evidencia clara y convincente*” (*clear and convincing evidence*)⁸⁶, tal como se verá al tratar el *fumus boni iuris*, pues el juicio de verosimilitud o de probabilidad no se presenta como bloque monolítico, sino que contiene varios grados que se corresponden a la naturaleza de la medida que se adopta⁸⁷.

Además, podríamos señalar como particularidades de la medida de tutela cautelar con efectos autosatisfactivos, el hecho de que, por regla, requerirá de audiencia – aunque esta sea reducida a límites mínimos – y es de carácter restrictivo su aplicación, ya que implica en la práctica una satisfacción definitiva del reclamo que satisface en sí misma el objeto del eventual fallo final, anotando entonces una restricción inicial a la posibilidad de tutela *inaudita parte*⁸⁸.

86 Véase en este sentido la opinión de Abraham VARGAS referido por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 35.

87 Con respecto a este punto véase, por ejemplo, lo resuelto por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo en el fallo 79-A-TC-2008 donde se indica que la apariencia de buen derecho en materia de expropiaciones debe ser “reforzada”: “*por las características de la potestad expropiatoria, considera este Órgano, se requiere de un “fumus reforzado”, pues no cualquier probabilidad de sentencia estimatoria debe llevar a la paralización de las obras o la prestación de servicios que realiza la Administración y que, precisamente justifican la adopción del decreto expropiatorio de base.*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 79-A-TC-2008 de las ocho horas diez minutos del ocho de agosto de dos mil ocho).

88 No tendría sentido que, habiéndose adoptado la medida irreversible, se otorgue audiencia a las partes sin efectos suspensivos, pues en el tal caso la audiencia carecería de sentido. En efecto, en nuestra opinión la medida *inaudita altera parte* no puede ser, por regla general, autosatisfactiva. Lo dicho, claro está, salvo que las circunstancias de extrema urgencia, suficientemente acreditadas mediante prueba idónea, impongan al juzgador la solución cautelar sin la audiencia al destinatario de la medida. Sin embargo, tales casos serán extremos de colisión de valores fundamentales y de muy restrictiva interpretación al estar en juego una garantía de rango constitucional.

MEDIDAS CAUTELARES

Por último, debemos señalar aquí que existe en doctrina una divergencia acerca de si la tutela cautelar es un “proceso”⁸⁹ en sí mismo, o bien, con base en el carácter instrumental y variable de tales medidas, se le niega tal carácter⁹⁰. Para nuestros efectos, ciertamente nos inclinamos en un principio a tomar posición sobre la naturaleza de

89 Debemos ahondar un poco sobre la distinción que existe entre “proceso” y “procedimiento”, ya que muchas veces no se precisa. Ha dicho la Sala Constitucional que “*El proceso, a su vez, es el instrumento que detenta la jurisdicción para la composición de los litigios y se puede conceptualizar, siguiendo la moderna doctrina procesal, como el conjunto de posibilidades, cargas y obligaciones que asisten a las partes como consecuencia del ejercicio de la acción, cuya realización, ante el órgano jurisdiccional, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales desde las que, en un estado de contradicción, examinan sus expectativas de una sentencia favorable y, con ella, la satisfacción de sus respectivas pretensiones y resistencias*”. (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA n.º 3625-94 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veinte de julio de mil novecientos noventa y cuatro). LEONE caracterizaba al “proceso” en lo penal como “*el conjunto de los actos encaminados a la decisión jurisdiccional acerca de una notitia criminis o acerca de la existencia de las condiciones requeridas para algunas providencias en orden a la represión de un delito o a la modificación de relaciones jurídicas penales preexistentes [...] el proceso penal es el conjunto de actos orientados a obtener providencia jurisdiccional definitiva: el tender y converger hacia la cosa juzgada, es lo que caracteriza al proceso penal*”. (LEONE (Giovanni). Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I, Doctrinas Generales. traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, pp. 10-11). Y por su parte, sobre el proceso en general, la doctrina ha señalado: “*Sabido es que proceso y procedimiento, aún teniendo una raíz etimológica común (procedere), son conceptos fundamentalmente distintos. En tanto que el primero se reconduce a la existencia de una pretensión y resistencia deducidas ante un órgano jurisdiccional y hace alusión a la estructura y los nexos que median entre los actos procesales, los sujetos que los realizan, finalidad a los que tienden, principios, cargas, obligaciones y derechos procesales, por procedimiento hay que entender el lado formal de la actuación judicial, el conjunto de normas reguladoras del proceso, o, si se prefiere, el camino (iter) o itinerario que han de recorrer la pretensión y su resistencia a fin de que reciban satisfacción del órgano jurisdiccional*”. (GIMENO SENDRA (Vicente). Fundamentos del Derecho Procesal Penal. Madrid, España, Editorial Civitas, 1981, pp. 180-181). Ahora bien, sobre el término “procedimiento” expresaba LEONE refiriéndose también a lo penal: “*Procedimiento [...] es término adoptado frecuentemente, incluso en la ley, como sinónimo de proceso [...] La expresión, sin embargo, tiene también una significación particular, sobre la cual convendría concentrar la terminología jurídica, y es la individualización del proceso [...] en sus particulares conformaciones, en sus particulares modos de proceder [...] Tenemos así un procedimiento ordinario y procedimientos especiales; e interfiriendo en ambas categorías, la categoría de los procedimientos incidentales; vinculables todos ellos a la acción penal principal; a dichas nociones debe agregarse la de procedimiento complementario, que se vincula a las acciones penales complementarias*”. (LEONE (Giovanni). Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I, Doctrinas Generales, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, pp. 12-13). La Sala Constitucional ha perfilado esta distinción en los siguientes términos: “*IV.- A los efectos de evitar confusiones, importa señalar que **proceso y procedimiento son conceptos jurídicos distintos**. El primero se reconduce a la existencia de una pretensión y la consecuente oposición, deducidas ante un órgano jurisdiccional y hace alusión a la estructura y a los nexos que median entre los actos procesales, los sujetos que los realizan, finalidad a los que tienden, principios, cargas, obligaciones y derechos procesales; por otro lado, por procedimiento hay que entender el lado **formal de la actuación judicial, el conjunto de normas reguladoras del proceso** o, si se prefiere, el camino que han de recorrer la pretensión y su oposición a fin de que reciban satisfacción del órgano jurisdiccional*”. (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA n.º 3625-94 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veinte de julio de mil novecientos noventa y cuatro; en el mismo sentido, el voto de la Sala n.º 5742-96).

TIJERINO PACHECO indicaba gráficamente en sus clases de derecho procesal que el proceso es el “tren”, y el procedimiento los “rieles” sobre los que discurren los actos procesales. ARTAVIA BARRANTES nos habla de “procedimiento” – no proceso – cautelar (véase ARTAVIA BARRANTES (Sergio). Derecho Procesal Civil, T.II., Dupas, 2004, p. 315).

90 Véase al respecto la opinión de SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 32.

MEDIDAS CAUTELARES

la tutela cautelar como un *proceso* en sí⁹¹, sumario al fin, pero proceso, pues hay contención para obtener el fallo de las pretensiones cautelares que se tramitaba en la práctica, en un principio, mediante un legajo separado y que se rige por sus reglas particulares de cognición, con un objeto propio no identificable con el del proceso principal. El Código prevé incluso la posibilidad de una audiencia oral donde las partes confrontan sus intereses y argumentos relativos a dicha pretensión cautelar. No se trata ciertamente de un *incidente* dentro del proceso⁹².

KIELMANOVICH indica al respecto de esta posición:

el proceso cautelar [...] tiene por objeto una verdadera pretensión de tutela anticipada y provisional del derecho, interés o de las personas involucradas en el proceso contencioso o extracontencioso, diversa de la pretensión o petición definitiva que se descuenta en el mismo [...], se trata de un proceso que goza conceptualmente de autonomía, tanto por su peculiar estructura como por el grado de conocimiento diferenciado y particular impuesto para la adopción de las medidas cautelares, a partir de una 'superficialidad' que se distingue, en éste de los procesos de ejecución y conocimiento, respectivamente, y de los extracontenciosos⁹³.

CALAMANDREI por su parte señala:

También la providencia cautelar es una providencia sobre el mérito; esto es, una providencia que pronuncia sobre el fundamento de la acción cautelar, y que constituye la conclusión de un proceso (cautelar) separado, en el curso del cual pueden dictarse providencias instructorias referentes al proceso cautelar (por ejemplo, la sentencia interlocutoria que admite una prueba testimonial sobre el estado de peligro); pero se trata de un mérito diverso de aquel al que se refiere la providencia principal, esto es, de una acción cautelar, que tiene condiciones distintas e independientes de las que son propias de la acción principal⁹⁴.

91 En esto excluimos en su momento las medidas cautelares estrictamente de orden procesal, como las orientadas a conservar la prueba del proceso que no son proceso cautelar en el sentido técnico. Sobre el tema apunta GONZÁLEZ que "Algún sector de la doctrina ha procurado, en buena técnica jurídica, **depurar el concepto de medida cautelar**, y lo ha distinguido así del proceso cautelar, partiendo de que la primera constituye un 'acto de aseguramiento de actuaciones procesales específicas a los efectos secundarios del proceso principal', mientras que el segundo 'es aquel que facilita a otro proceso principal la eficacia de sus efectos'. Así el profesor Manuel ORTELLS RAMOS, siguiendo a Guasp, sostiene que el proceso cautelar es 'aquel que tiene por finalidad facilitar otro proceso (el denominado proceso principal) garantizando la eficacia de sus resultados'. Ello, vinculado de manera fuerte a la característica esencial de la instrumentalidad [...], lo lleva a excluir algunas instituciones procesales en cuyo régimen influye la consideración del peligro de la demora, como es por ejemplo la prueba anticipada, la que considera al servicio de la formación de la convicción judicial, antes que a la efectividad de la sentencia. Y se lleva razón con ello, tal y como ocurre por ejemplo con la anotación de una demanda; una prueba anticipada, el 'arraigo', la curatela anticipada o la denominada 'gestoría procesal' que opera en algunos países hispanoamericanos, etc., etc. Precisamente por esto se ha llegado a decir, con una sólida fundamentación, que el instituto de comentario no sólo garantiza el objeto del proceso y su efectiva ejecución, sino que además, muchas veces hace posible la continuación del proceso y la emisión del fallo propiamente dicho". GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, pp. 18-19.

92 El único "incidente" contemplado en el CPCA está en el artículo 146 que **no se trata de una medida cautelar**, sino de la ejecución de lo que se encuentre firme de la sentencia; es decir, la ejecución de lo no objetado en casación que, por constituir una decisión jurisdiccional firme, puede y debe ser ejecutada.

93 KIELMANOVICH, Jorge. *Tutela urgente y cautelar* citado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 39.

94 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, impresión de 1984, pp. 138-139.

MEDIDAS CAUTELARES

Sin embargo, luego de una mayor reflexión sobre el punto, hemos llegado a la conclusión de que, a partir de la posición que hemos asumido, y que se detalla *infra*, acerca de la naturaleza de la tutela cautelar como componente inescindible de la tutela judicial efectiva; es decir, como “ingrediente indisoluble” (CHINCHILLA MARÍN) de esta – y no como una unidad separada e independiente–, hemos optado por concebir la tutela cautelar como fase procesal y no como proceso en sí mismo considerado, y, a la luz de esta posición, en el CPCA la resolución que decide sobre medidas cautelares es un simple auto que carece de la autoridad de cosa juzgada y no pone término a proceso ninguno.

Como CHINCHILLA MARÍN⁹⁵ ha indicado en la discusión acerca de si existe un “proceso cautelar” distinto y autónomo:

*se debate, en realidad, un problema de mayor enjundia cual es el del reconocimiento de un derecho sustantivo a la tutela cautelar en el proceso. // Entiendo que el derecho a la tutela cautelar no es un derecho distinto al de la tutela judicial efectiva [...]*⁹⁶.

También agrega que dentro

*del debate doctrinal acerca de si hay un proceso cautelar distinto y autónomo del juicio declarativo y del ejecutivo, o, si, por el contrario, no es más que una fase instrumental de ambos procesos, la tesis más acertada es, en mi opinión, la de considerar al proceso como una unidad de la que la tutela cautelar, la cognición o declaración y la ejecución son las diversas etapas*⁹⁷.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA expone que

*la competencia para acodar medidas cautelares no es en sí misma... una competencia distinta de la enjuiciar y decidir. Es, propiamente una competencia ancilar de esta última y no pretende más que asegurar anticipadamente alguna eficacia a la decisión de fondo, evitando su frustración práctica cuando ésta es previsible si el auxilio cautelar no se presta*⁹⁸.

Compartimos esta opinión por cuanto es consecuente con la posición de que el derecho a la tutela cautelar no es sino un componente inescindible de la tutela judicial efectiva. Como CHINCHILLA MARÍN afirma:

95 Cabe anotar, no obstante, que la autora llega en dicho trabajo a la conclusión de que “desde el momento en que la resolución judicial que adopte la medida no sea susceptible de recurso, la decisión sí es definitiva y produce efectos de cosa juzgada, en el sentido de que ya no son revisables sus presupuestos y la apreciación y ponderación que de ellos realizó el Juez, sólo en este sentido puede hablarse de cosa juzgada”. CHINCHILLA MARÍN (Carmen). En: *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

96 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). En: *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

97 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). En: *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

98 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2. edic, 1995, p. 130.

MEDIDAS CAUTELARES

Igual que el proceso es uno, la tutela judicial también es única, y para que su efectividad no padezca y resulte insatisfecha, es necesario rodear al proceso de las garantías necesarias para ello, tales como las medidas cautelares adecuadas [...]⁹⁹.

Es decir, si el derecho a la tutela cautelar es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva y, luego, no hay autonomía procesal de la tutela cautelar, sino que se constituye en una fase instrumental dentro del proceso como unidad, la resolución que decide sobre la tutela cautelar no pone fin a ningún proceso “cautelar”, sino que constituye una etapa dentro del proceso que continúa. Así, la tutela cautelar no es proceso sino una fase instrumental del proceso.

No excluimos las medidas estrictamente procesales, pues junto a las medidas cautelares *stricto sensu*, conviven en el CPCA también las medidas cautelares en sentido amplio, pues no solo garantizan el objeto del proceso y su efectiva ejecución, sino también la continuación del proceso principal en sí y la posibilidad de la emisión final de la decisión. En efecto, creemos que el concepto de medidas cautelares en el CPCA es **amplio** y cubre tanto las medidas cautelares, como las otras figuras que desbordan el concepto clásico, y que se presentan como instrumentos adecuados y necesarios para que el fallo tutele efectivamente el interés subjetivo de la parte.

b) La tutela cautelar como componente inescindible de la tutela judicial efectiva

La sencilla expresión que utiliza el párrafo 1º del artículo 19 CPCA y que vincula las medidas cautelares a la tutela del “objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”¹⁰⁰ tiene, sin embargo, gran relevancia como punto de conjunción con el principio constitucional de **tutela judicial efectiva**, ya que da pie a reconocer que tales medidas son un instrumento para evitar que el tiempo de duración del proceso pueda hacer desaparecer la efectividad de la tutela del órgano jurisdiccional. Por su ubicación preeminente, esta regulación general resulta de aplicación a todas las medidas cautelares y constituye su marco general.

Debemos tomar partido entonces desde ya sobre un punto fundamental, esto es que la tutela cautelar es un “componente” de la tutela judicial efectiva; es decir, que no se trata de un derecho distinto de la tutela judicial efectiva, sino que está insito a ella o, en palabras de CHINCHILLA MARÍN, se trata de un “*ingrediente indisoluble*”¹⁰¹ de este, lo que, según hemos anticipado, tiene grandes repercusiones sobre la naturaleza jurídica de la tutela cautelar no como proceso en sí mismo, considero, sino como una fase dentro del proceso.

En palabras del abogado general Giuseppe TESAURO, la exigencia de la tutela cautelar trata de lograr una “*eficacia no ilusoria de los medios de tutela judicial*”¹⁰², engarce que ha venido a ser reconocido por la Corte Constitucional italiana (sentencia 190/12985), retomando la expresión de G. CHIOVENDA “*il tempo necessario ad aver*

99 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). En: *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Judicial, n.º7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

100 Lo único que cabría anotar a la expresión, como apunta también CHINCHILLA MARÍN a una regulación parecida en la ley española, es que hubiera sido mejor una fórmula más amplia que vinculara las medidas cautelares como garantía de efectividad de las **resoluciones judiciales** en general, y no solamente de la sentencia. (Véase CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 597. Pues, por ejemplo, tal situación sucede con las provisionalísimas que poseen una instrumentalidad de tercer grado, vinculadas solo indirectamente a la sentencia y, principalmente, a la medida cautelar principal.

101 Expresión de CHINCHILLA MARÍN (Carmen) en: *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Judicial. N.º7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

102 Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2. edic, 1995, p. 118.

MEDIDAS CAUTELARES

*ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione*¹⁰³ y luego por el Tribunal Constitucional español (STC 238/1992). Como Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA ha afirmado con gran claridad:

*la potestad de acordar medidas cautelares no es un poder jurisdiccional substantivo e independiente del poder jurisdiccional de decidir un proceso en cuanto al fondo; es un simple medio instrumental de hacer que esa decisión de fondo pueda pronunciarse en condiciones de ser efectiva*¹⁰⁴.

También ha destacado:

*el enraizamiento resuelto de la potestad jurisdiccional de acordar medidas cautelares en el principio de “efectividad” de la tutela judicial. No hay tutela judicial si no hay medidas cautelares; sin éstas el proceso se convierte en ciertas circunstancias en un instrumento de frustrar la justicia, de incumplir las obligaciones y deberes, de destruir o reducir el alcance de los derechos*¹⁰⁵

“[S]i la tutela llega tarde, no es efectiva y, por ende, no es tutela de nada [...]”, afirma CHINCHILLA MARÍN¹⁰⁶. El natural transcurso del tiempo necesario para la tramitación de un proceso añade un reto más al proceso contencioso dado que, por regla general, los actos administrativos producen sus efectos desde la fecha en que se dictan (si son favorables) o que son debidamente comunicados (artículo 140 LGAP), sin que la interposición de recurso alguno haga mella en su ejecución (artículo 148 LGAP).

103 Citada por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. En: Revista de la Administración Pública. N.º 131 (May, - Ago 1993), p. 171. De dicho artículo se toman las referencias de las resoluciones STC 238/1992 y de la Corte Constitucional italiana 190/1985.

104 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2. edic, 1995, p. 69. En el mismo sentido, afirma CHINCHILLA MARÍN: “La tutela cautelar no es una función distinta a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado sino que es el ejercicio mismo de esa potestad jurisdiccional extendido a la ejecutividad de los actos administrativos. Así pues, control pleno, sin inmunidades de poder, en la feliz expresión de García de Enterría [...] Por todo lo dicho es manifiesto que la tutela cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial en cuanto que es inherente a la exigencia de efectividad del derecho así definido en el artículo 24.1. CE. El TC español ha consagrado definitivamente la doctrina que en su día sentaron, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana (Sentencia 284/1974, de 27 de diciembre), el Consejo Constitucional francés (Decisión núm. 86-224 DC de 23 de enero de 1987) 7, más recientemente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su ya célebre Sentencia de 19 de junio de 1990, pronunciada en el asunto Factortame.” CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. En: Revista de la Administración Pública. N.º 131 (may - ago 1993), p. 171.

105 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2. edic, 1995, p. 130.

106 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 587.

MEDIDAS CAUTELARES

Como apunta la autora de cita, es en el principio de **eficacia** más que en la presunción inicial de legalidad de los actos administrativos – salvo los absolutamente nulos -, de donde se derivan los conocidos privilegios de *ejecutividad* y *ejecutoriedad* de los actos administrativos¹⁰⁷, lo cual, en sí mismo, no es contrario al Derecho de

107 El término *autotutela* ha sido utilizado comúnmente para denominar un privilegio sustancial y posicional de la Administración Pública sobre el administrado, que le permite tutelar por sí misma y sin necesidad de acudir a la vía judicial los intereses y las situaciones que le han sido confiadas en aras de dar cabal cumplimiento a los principios de eficacia y eficiencia de la función administrativa. En virtud de ese privilegio, la Administración Pública puede imponerle modificaciones a las situaciones jurídicas de los administrados y hacerlas valer por sí y ante sí. Las manifestaciones de este principio son las denominadas *autotutela declarativa* y *ejecutiva*. La **autotutela declarativa o ejecutividad** “*implica que los actos administrativos gozan de una presunción de validez [...] y en consecuencia, que el ciudadano interesado tiene la carga de impugnarlos en un determinado plazo, adquiriendo “firmeza” – esto es, convirtiéndose en actos firmes – en caso contrario. Ahora bien, una vez que el particular haya impugnado el acto administrativo, la carga de la prueba se regirá por las reglas ordinarias, es decir, que quien invoque unos hechos estará obligado a probarlos.*” (BERMEJO VERA (José). Derecho Administrativo Básico. 6º edición, Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, España, 2005, p. 225). Ahora bien, la **autotutela ejecutiva o ejecutoriedad** “*conlleva que las Administraciones públicas pueden ejecutar coactivamente, por sí mismas, sus propios actos, sin necesidad de recurrir, salvo excepciones, a los Jueces y Tribunales.*” (BERMEJO VERA (José). Derecho Administrativo Básico. 6º edición, Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, España, 2005, p. 225). Por otro lado, la Sala Constitucional señala en el voto 03669-2006: “*la denominada prerrogativa de la autotutela declarativa y ejecutiva de las administraciones públicas, la cual ha encontrado sustento, al propio tiempo, en principios tales como los de eficacia, eficiencia y buena administración. La autotutela declarativa significa que los entes públicos pueden, por sí y ante sí, sin necesidad de acudir ante un juez, imponerle obligaciones a los administrados o bien suprimirlos o modificarles sus situaciones jurídicas sustanciales –llámense derechos subjetivos o intereses legítimos-. La obligación legislativa ineludible del administrado de ejercer o plantear todos los recursos administrativos ordinarios contra un acto administrativo antes de acudir ante el juez contencioso-administrativo, constituye una manifestación específica de la autotutela declarativa de las administraciones públicas, puesto que, el legislador espera que la propia administración pública pueda defender el acto administrativo impugnado o bien anularlo o modificarlo, evitándole tener que comparecer ante la jurisdicción contencioso-administrativa. De esta forma, en la vía administrativa la administración pública se convierte, al mismo tiempo, en juez y parte, puesto que, debe atender las solicitudes o pedimentos formulados por los administrados y resolver los recursos administrativos ordinarios que procedan contra el acto final que ella misma dicte. Como se ve, la autotutela es un concepto diametralmente opuesto al que impera en el resto de las ramas jurídicas, en las que opera la heterotutela, esto es, la ejercida por un tercero supra partes con las garantías constitucionales de imparcialidad, independencia y objetividad, como lo es un órgano jurisdiccional. Así, a modo de ejemplo, en el ámbito del Derecho Privado un particular puede imponerle una obligación o afectar las situaciones jurídicas sustanciales de otro, única y exclusivamente, si ello surge de forma consensuada a través de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad (artículo 28 de la Constitución Política) o de la intervención de un juez (artículo 41 de la Constitución Política). No obstante, los principios rectores de la organización y función administrativa de la eficiencia y eficacia, plasmados en la propia Constitución Política (artículos 140, inciso 8º, y 191), deben entenderse, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, subordinados a los derechos fundamentales y deben ceder ante éstos, puesto que, constituyen el fundamento y la base de entero ordenamiento jurídico. Modernamente las administraciones públicas deben ser concebidas y entendidas como un sujeto de Derecho más del ordenamiento jurídico, de modo que resulta repugnante para el Derecho de la Constitución la asimetría o desigualdad crónica que campea en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa entre el administrado o el ciudadano y el respectivo ente público. El reconocimiento y otorgamiento legislativo de una serie de prerrogativas formales o adjetivas a los entes públicos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no tiene justificación objetiva y razonable si su función administrativa, de acuerdo con el parámetro constitucional (artículos 33 y 49 de la Constitución Política) debe ser objeto de un control de legalidad plenario y universal, sin fisuras o reductos exentos y, sobre todo, si son creados y puestos en funcionamiento para servir o atender las necesidades de los ciudadanos o administrados –organizaciones ser-viciales-. (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 03669-2006 de las quince horas del quince de marzo de dos mil seis). No debe identificarse plenamente ejecutoriedad con ejecución forzosa. ÓSCAR GONZÁLEZ apunta que “no debe identificarse plenamente la ejecución forzosa con la ejecutoriedad, puesto que esta última se refiere a un régimen complejo compuesto por las diversas situaciones objetivas y subjetivas de privilegio en favor de la Administración, generadas precisamente con el acto administrativo adoptado; en tanto que la ejecución forzosa conlleva una potestad de decisión y actuación material indispensable para vencer la resistencia del particular, que de hecho muchas veces no requiere de un acto previo (coacción directa, por ejemplo). Al respecto puede verse Ortiz Ortiz (Eduardo): Los Privilegios de la Administración Pública, en Revista de Ciencias Jurídicas n.º 23, febrero de 1974, p.110)”. Más adelante indica: “[...] Néstor Luis Montezanti, para quien (siguiendo a Mairal), es absolutamente falso que la ejecutoriedad sea una virtud in rerum natura de todo acto administrativo, pues hay algunos que no la tienen y otros que no la necesitan (como ocurre por ejemplo en el otorgamiento de una condecoración...”. (GONZALEZ CAMACHO, Óscar Eduardo. El Proceso Ejecutivo (En especial el civil de Hacienda). Escuela Judicial, pp. 115-116).*

Continúa en la siguiente página

MEDIDAS CAUTELARES

la Constitución en general¹⁰⁸, ni al derecho a una tutela judicial efectiva, en lo particular, sino que tal ejecutividad inmediata y forzosa del acto debe cesar, según está suficientemente regulado en el CPCA, cuando “*la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad*”. (Art. 21 CPCA), a lo cual debe agregarse **la necesaria ponderación** del interés público involucrado (art. 22 CPCA)¹⁰⁹.

En tal caso, según apunta BARCELONA LLOP¹¹⁰, el anclaje constitucional abstracto o genérico de la autotutela cede frente a la necesidad de verificar que es lo que realmente exige el interés general. Por esto afirma CHINCHILLA que la:

-
- El autor citado también nos recuerda que “*no todo acto puede valerse de ellos, puesto que los absolutamente nulos carecen totalmente de dicho fuero*”. (GONZALEZ CAMACHO, Óscar Eduardo. El Proceso Ejecutivo (En especial el civil de Hacienda). Escuela Judicial, p. 149). Como el autor de cita expone, la clásica ejecutoriedad deriva del principio más amplio de **autotutela ejecutiva administrativa** que exime de la necesidad de acudir al auxilio judicial para que la coacción legítima pueda ponerse en servicio de la ejecución práctica de los derechos de un sujeto desconocido, resistidos o atropellados por los demás y que a su vez permite coacción administrativa (con la que tampoco debe confundirse, por ser aquella una simple manifestación de esta).
- 108 Sobre este tema ha señalado nuestra jurisprudencia que: “[...] *el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública, no es violatorio de la Carta Fundamental, sino que por el contrario, engarza con los principios constitucionales de eficiencia y eficacia, enunciados de forma expresa en el ordenamiento administrativo común (artículos 4, 225 y 269 de la Ley General de la Administración Pública), al igual que, en términos generales y abstractos, la ejecutividad de un acto tampoco resulta en todo incompatible con el derecho de la Constitución (véanse las sentencias de la Sala Constitucional N.ºs. 2180 y 2360, ambas de 1996). Pero de este mismo derecho fundamental, deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La efectividad que se predica de aquélla respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos, reclama la posibilidad de acordar las que, siendo adecuadas, aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso. Es más, la fiscalización plena, sin inmunidades del poder, de la actuación administrativa, impuesta por el párrafo primero del artículo 49 de la Constitución, comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos”. (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL, n.º 321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno).*
- 109 ROJAS CHAVES señala que “[...] *el Código sólo consagra como presupuestos de la tutela cautelar el periculum in mora y la apariencia de buen derecho. El interés público no se considera un tercer presupuesto, sino que deviene uno de los elementos que deben ser ponderados al otorgar o denegar la medida*”. (Cfr. ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 170. Tal como veremos, consideramos que la no afectación de un interés público o de terceros prevalente es un presupuesto *no escrito* de la tutela cautelar en el CPCA, con lo cual, sí sería considerado un presupuesto incluido en el CPCA.
- 110 Véase LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 588. Ahí apunta en el mismo sentido CHINCHILLA MARÍN: “*Si el fundamento de la ejecutividad del acto administrativo se encuentra en la necesidad de servir con eficacia a los intereses generales, en buena lógica habrá que concluir que el acto administrativo se verá privado de dicha cualidad cuando el interés general no exija la ejecutividad inmediata del mismo o cuando, aún exigiéndola, la protección cautelar frente al acto sea necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia, evitando que el tiempo que dura el proceso termine por privarlo de su finalidad. Asimismo, si el fundamento de la ejecutividad es la eficacia, y no la presunción de legalidad del acto, la no ejecución del mismo no puede ser una consecuencia de la ruptura de la presunción de legalidad, sino de la ausencia de fundamento (porque el interés general no reclame la ejecutividad del acto) o de la prevalencia, por encima de ese fundamento, del derecho a la tutela judicial efectiva (porque aun reclamándolo, sea necesario paralizar su eficacia o adoptar otras medidas para asegurar la efectividad de la sentencia)*”. (Ibid. pp. 588-589). Más adelante agrega también: “*La medida en que el interés general exija o no la ejecutividad del acto ha de calibrarse en cada caso concreto, y será el factor determinante en la adopción de las medidas cautelares, a que existe una relación de proporcionalidad entre la intensidad del daño que la ejecutividad causa al destinatario del acto, que, obviamente, no puede ser la misma cuando el interés general reclama el cumplimiento inmediato del acto, que cuando no lo reclama. Quiere decirse con ello que mientras menor sea la necesidad que el interés público tiene de que el acto se ejecute inmediatamente, menor será el perjuicio que tiene que producir la ejecutividad del acto en el destinatario del mismo para que se otorgue la medida cautelar*”. (Ibid. p. 592).

MEDIDAS CAUTELARES

esencia de la tutela cautelar radica, pues, en conciliar la efectividad de la tutela judicial con la eficacia administrativa, un equilibrio tan necesario como difícil de lograr, ya que la tutela cautelar exige que se adopten con urgencia, y con unos elementos de cognición mínimos, medidas que pueden tener efectos tan irreversibles como aquéllos que se pretende evitar con su adopción¹¹¹.

La tutela cautelar asume cada día mayor relevancia, a tal grado que algunos ya indican que constituye, prácticamente, la **“única tutela judicial efectiva”**. (TAWIL)¹¹².

El principio general de derecho de que **“la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón”**¹¹³ (“*il tempo necessario ad aver ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione*”¹¹⁴) llevó desde hace muchos años a la jurisprudencia comparada a incorporar la tutela cautelar como un componente inescindible de la tutela judicial efectiva¹¹⁵.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español señala en SSTC 14/1992 y 148/1993: *“la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso”*¹¹⁶. Y es que si la tutela judicial no se produce en un plazo razonable, en palabras de CHINCHILLA MARÍN, la sentencia produce más frustración que justicia.

En nuestro país, dicho reconocimiento ha venido a ser incorporado en la jurisprudencia emitida por los tribunales de justicia en forma expresa. Con redacción del juez JINESTA LOBO, el entonces Tribunal Superior Contencioso Administrativo apuntó en la resolución 402-95:

[...] la tutela cautelar y el deber correlativo del órgano jurisdiccional de actuarlo cuando concurren los presupuestos establecidos en la ley, cuya titularidad ostenta todo justiciable, posee una profunda raigambre constitucional, y más concretamente forma parte del haz de facultades que conforman el contenido esencial del derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (tutela judicial efectiva, o en los términos de la Sala Constitucional derecho general a la jurisdicción, artículo 41 de la Constitución Política). En tal sentido, se puede sostener, que no existe una tutela judicial pronta y cumplida – efectiva – sin una cautelar flexible y expedita¹¹⁷.

111 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *La tutela cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 593.

112 En su introducción a SIMÓN PADRÓS (Ramiro). *La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa*, 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 15.

113 Principio de CHIOVENDA citado por el Tribunal Supremo Español en auto de la Sala 3º, Sección 3º, de fecha 10 de julio de 1991. En: GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 125, mayo – agosto, 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, p. 414.

114 Citada por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. En: *Revista de la Administración Pública*. N.º 131 (may - ago 1993), p. 171. Referencia a la sentencia de la Corte Constitucional italiana 190/1985.

115 Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo Español del 10 de julio de 1991, reseñada por GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 125, mayo – agosto, 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, p. 414.

116 Citado por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *La tutela cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 596, en nota 18.

117 Voto citado por el mismo autor en JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 158. Véase sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo n.º 656-06 de las trece horas y cincuenta minutos del 7 de junio de 2006, también en el mismo sentido.

MEDIDAS CAUTELARES

Asimismo, más recientemente el Tribunal Contencioso Administrativo ha dispuesto:

*La justicia cautelar, como parte de la judicial efectiva, tiene así un papel extremadamente importante en este aspecto, pues tiende a la complitud o universalidad racione temporis, es decir, **cubre de forma efectiva la laguna temporal que se produce entre los hechos que dan lugar al litigio y la resolución final de fondo**. Son ellas, las encargadas de evitar el fallo frustrado y los daños inminentes, o ya iniciados, durante la tramitación del “juicio”, en cualquiera de las materias sometidas al proceso. (Tribunal Contencioso Administrativo, S.II, n.º 171-2001 de las diez horas treinta minutos del diecinueve de junio de dos mil uno).*

Encontrar el justo equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y el interés subjetivo del administrado es el fin del proceso contencioso, y tal fin se desvirtúa si no se evita que la duración del proceso produzca situaciones irreversibles, de manera que la solución judicial debe presentarse siempre en tiempo útil. La jurisprudencia constitucional ha sido también muy clara al incorporar las **medidas cautelares como componente del derecho a la tutela judicial efectiva**, de manera que podríamos afirmar que la necesidad de eficacia en la Administración encuentra en aquella un real límite constitucional¹¹⁸. En la resolución 2003-08875, la Sala Constitucional indicó:

*I.- El Derecho Fundamental **implícito a la Tutela Cautelar que ostenta todo justiciable, forma parte del contenido esencial del Derecho a una Justicia Pronta y Cumplida recogido en el ordinal 41 de la Constitución Política**. En ejercicio de ese derecho, quien acude a la jurisdicción puede solicitar las medidas cautelares pertinentes y oportunas con el fin de garantizar provisionalmente los efectos de una sentencia de mérito, evitando que sus pronunciamientos sean meramente ilusorios. (Sala Constitucional, Res: 2003-08875 de las dieciséis horas con treinta y nueve minutos del veintiséis de agosto de dos mil tres. Véase también voto 14967-04).*

En la resolución n.º 3171-2005 de las 14:36 hrs. del 29 de marzo de 2005, nuestra Sala Constitucional manifestó:

III.- Sobre la naturaleza de las medidas cautelares. La tutela cautelar, flexible y expedita, es un componente esencial del derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, puesto que, los órganos

118 En el mismo sentido, en la sentencia 321-2001, el Tribunal Contencioso señaló: “En nuestro medio, de la combinación adecuada de los artículos 11, 33, 39, 41, 49 y 153 de la Constitución Política, se extrae con facilidad su existencia y contenido, los que han sido corroborados por la consolidada jurisprudencia de la Sala Constitucional. Es éste, un derecho de contenido complejo, que se manifiesta, entre otras muchas formas, en la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales; de obtener una decisión bien fundada de Juez predeterminado por la Ley, y de ejecutar en el tiempo razonable y de forma adecuada, la resolución que se dicte. A lo anterior, se tiene que agregar como parte de ese abanico, el **derecho a una tutela cautelar también efectiva**. Con este derecho fundamental, sin duda alguna, se garantiza algo más que la potestad decisoria para la declaración de lo que jurídicamente es debido, pues esta protección no existe, sin la consecución real de lo concedido en sentencia, y esa consumación, no se obtiene si no se adoptan medidas, garantías o cautelas precisas que aseguren la eficacia de lo resuelto. La efectividad que se atribuye a la tutela judicial, exige que se reconozca no sólo el derecho abstracto de acción, sino también, el que la resolución judicial satisfaga la pretensión del recurrente. En este sentido, es preciso señalar que “[...] la potestad jurisdiccional no se agota con la declaración del derecho, sino que se consuma cuando se alcanza la efectividad de lo reconocido, lo que presupone la facultad de adoptar las medidas, garantías o cautelas necesarias a fin de preservar la eficacia de lo resuelto [...]”. La justicia cautelar, como parte de la judicial efectiva, tiene así un papel extremadamente importante en este aspecto, pues tiende a la complitud o universalidad racione temporis, es decir, cubre de forma efectiva la laguna **temporal** que se produce entre los hechos que dan lugar al litigio y la resolución final de fondo. Son ellas, las encargadas de evitar el fallo frustrado y los daños inminentes, o ya iniciados, durante la tramitación del “juicio”, en cualquiera de las materias sometidas a proceso. Así pues, la tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial. De este modo, puede afirmarse sin ambages, que es éste **un verdadero derecho fundamental** y no una potestad discrecional del Juez”. (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. N.º 321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno).

MEDIDAS CAUTELARES

administrativos deben garantizar la eficacia de la resolución definitiva en aras de proteger los intereses públicos. La Sala Constitucional ha hecho referencia a la función de la tutela cautelar al señalar que:

[...] Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso **como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva** y por ello se pueden concepcionar como “un conjunto de potestades procesales del juez -sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final”. (Sentencia n.º 7190-94 de las 15:24 hrs. del 6 de diciembre de 1994, criterio reiterado en el voto n.º 3929-95 de las 15:24 hrs. del 18 de julio de 1995). (Cfr. también, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional 6786-94, 3463-92. 2005-06224, 3929-95, 2007-000834 y 2007-5038).

Recientemente, en la sentencia 2005-006224 del veinticinco de mayo de dos mil cinco y refiriéndose concretamente a la potestad del juez de dictar medidas cautelares atípicas, el Tribunal Constitucional indicó lo siguiente que por su pertinencia para el tema que nos ocupa nos permitimos transcribir en lo conducente:

IV.- DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR. A partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenida en el ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables a obtener una justicia pronta y cumplida, **resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar**. Incluso, el entonces Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sus autos-sentencia números 402 de las 15 hrs. del 29 de noviembre, 413 de las 16:20 hrs. del 29 de noviembre, 421 de las 9:30 hrs. y 422 de las 9:45 hrs. del 12 de diciembre, todos de 1995, así lo ha reconocido y denominado. **No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito**. Bajo esta inteligencia, **la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida**, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito. Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia. En otro orden de consideraciones, es menester señalar que el constituyente derivado, al reformar el artículo 49 de la Constitución Política, mediante la ley No. 3124 del 25 de junio de 1963, **concibió un control de legalidad de la función administrativa universal y plenario, sin reductos exentos de fiscalización, de modo que, incluso, los más exorbitantes privilegios administrativos sustanciales, como, por ejemplo, la ejecutividad del acto administrativo, han quedado sujetos a tal control**. Debe señalarse, también, que las medidas cautelares en los procesos asimétricos, como el contencioso administrativo en su configuración legislativa actual, en los que existe un quebranto al principio de igualdad por no encontrarse las parte contendientes en una posición de igualdad, toda vez, que la Administración pública acude a éste provista de prerrogativas sustanciales (v. gr. ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo) y formales (v. gr. plazos fugaces para interponer el proceso –caducidad de la acción-, el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, etc.), cumplen un papel de primer orden en su equilibrio y nivelación, resultando congruentes con el principio de la igualdad ante la ley (artículo 33 de la Constitución Política). Adicionalmente, **no está a tono con el principio de igualdad que los justiciables gocen en otros órdenes jurisdiccionales de un sistema de tutela cautelar amplio y que en el contencioso-administrativo este sea incompleto e inflexible**. A mayor abundamiento, este derecho fundamental tiene fuerte asidero en el **principio general del Derecho procesal común o chiovendiano que expresa que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón”**, principio que le otorga a todos los jueces un poder general de cautela para que adopten las medidas precautorias necesarias e indispensables para evitar que la duración fisiológica –normal y ordinaria- y patológica de los procesos no vaya en detrimento de la parte que probablemente tiene la razón. Bajo esta inteligencia, no existe una reserva de ley para las medidas o poderes cautelares del juez. (Véase también voto 2006-005812).

MEDIDAS CAUTELARES

Además de reconocer la existencia de este derecho fundamental “atípico” – mejor sería denominarlo “**no escrito**” – a la tutela cautelar como componente inescindible de la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional también desarrolló una serie de consecuencias que se derivan directamente de este, con las siguientes palabras:

V.- **CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR.** *El derecho a la tutela cautelar, en cuanto incardinado en el contenido esencial del derecho más general a una justicia pronta y cumplida, comprende el derecho de pedir y obtener del órgano jurisdiccional las medidas cautelares necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito –función esencial de la tutela cautelar–, si se cumplen los presupuestos de ésta (aparición de buen derecho -fumus boni iuris- y el peligro en la mora -periculum in mora-). Correlativamente, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de ordenar o emitir la medida provisoria si concurren los presupuestos para su adopción. Del núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar, se pueden extraer dos consecuencias, a saber: a) El otorgamiento de una medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, y b) el legislador ordinario no puede negar, limitar, restringir o condicionar tal derecho. Los límites extrínsecos de este derecho fundamental están constituidos por los principios de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), para evitar un privilegio injustificado o una distinción objetivamente infundada y el de proporcionalidad, en sus diversas especificaciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como por el derecho fundamental a la defensa y el contradictorio (artículo 39 ibidem). Bajo esta inteligencia, **la tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria cuando puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes, llámense derechos subjetivos o intereses legítimos**, puesto que, el juzgador esta (sic) llamado a protegerlos y repararlos (artículos 41 y 49 de la Constitución Política). (S.C.V. 2005-006224. Véase también voto 2006-005812).*

Y es que existe un nexo indubitable entre la tutela cautelar y lo que es la esencia de la función jurisdiccional, de tal manera que del contenido del 153 constitucional, el Tribunal Constitucional deriva el poder jurisdiccional implícito para tomar todas aquellas medidas necesarias y adecuadas para garantizar la eficacia del pronunciamiento judicial. Tal como expresó con gran elegancia la *Divisional Court* inglesa, en el tan afamado asunto *Factortame*: “Existe en el Tribunal nacional la jurisdicción necesaria para que la justicia pueda ser hecha”¹¹⁹.

En efecto, en aplicación del Derecho de la Constitución no es posible negar el nexo que existe entre el artículo 153, C.Pol. y lo establecido en el 19 CPCA, de manera que, **aun en su ausencia**, el apoderamiento judicial continuaría inalterado por exigirlo así directamente el parámetro de legitimidad constitucional:

VI.- **TUTELA CAUTELAR Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL.** *De conformidad con el texto constitucional (artículo 153 de la Constitución Política), la función jurisdiccional, en un sentido material, consiste en conocer de las causas, resolverlas definitivamente –con autoridad de cosa juzgada, artículo 42 de la Constitución Política- y ejecutar las resoluciones. Desde esta perspectiva, **la tutela cautelar se constituye en un poder jurisdiccional implícito en el contenido del numeral 153 de la Constitución Política, necesario para garantizar provisionalmente la eficacia del pronunciamiento judicial contenido en la sentencia de mérito y, por consiguiente, su ejecución.** Conviene agregar que la tutela cautelar tiene una clara e inequívoca **vocación instrumental, accesoria y transitoria**, características a partir de las cuales encuentra fundamento en el poder principal de cognición y decisión del órgano jurisdiccional. El órgano jurisdiccional, como un poder constitutivo (sic) más, debe procurar, en todo momento, una eficacia inmediata y directa del Derecho de la Constitución, para el caso de los preceptos constitucionales 33, 41, 49 y de los principios y valores ahí supuestos y presupuestos, en cuanto lo vincula fuertemente por aplicación del principio de la supremacía constitucional (artículo 10 de la Constitución Política y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), de modo que aunque los textos legales no contemplen determinadas medidas cautelares, deben utilizar su poder general de cautela contenido en el ordinal 153 de la Constitución Política, a **fin de brindarle una eficacia progresiva y extensiva al derecho fundamental a la tutela cautelar.** En efecto, la*

119 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2. dic., 1995, p. 55.

MEDIDAS CAUTELARES

interpretación por el juez contencioso-administrativo del ordenamiento procesal administrativo, conforme con el Derecho de la Constitución –artículos 33, 41 y 49 de la Carta fundamental-, le impone adoptar las medidas cautelares necesarias e idóneas para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia de mérito, incluso, claro está, las denominadas, frente a la clásica y negativa de la suspensión de la ejecución del acto administrativo, las positivas o anticipatorias (S.C.V. 2005-006224).

Este criterio fue reiterado después en las sentencias de la Sala 2006-1030 del primero de febrero del 2006 y 2006-009570 de las dieciséis horas con trece minutos del cinco de julio de dos mil seis, entre muchas otras resoluciones en tal sentido, de manera que podemos dar por demostrada una línea en la jurisprudencia constitucional.

También el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo en jurisprudencia ha reconocido expresamente dicho carácter de la tutela cautelar como componente inescindible de la tutela judicial efectiva (véase, entre otros, lo manifestado en sus fallos n.º 04-F-TC-08 de las diez horas con catorce minutos del 31 de enero de dos mil ocho; n.º 43-F-TC-08 del seis de junio de dos mil ocho y n.º 70-F-TC-08 de las once horas doce minutos del veintitrés de julio de dos mil ocho; n.º 05-F-TC-2009 de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero de 2009).

En el último de los fallos citados, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo aclaró que este derecho a la tutela cautelar:

es claro que el derecho es un derecho abstracto, no podría hablarse de un derecho concreto a que en cada medida cautelar en el orden tributario deba declararse con lugar o estimarse. Es obvio que se trata de el derecho a solicitarla, siempre y cuando se reúna los requisitos. (Cfr. 15: 25: 09 – 15:25:30 de la grabación digital correspondiente, 05-F-TC-2009)¹²⁰.

Así, **un proceso sin tutela cautelar efectiva es inconstitucional** desde el momento en que constituye un serio obstáculo para la efectividad real de la tutela que este pretende¹²¹. RAMÓN PARADA expone:

120 A menos que se indique otra cosa, todas las transcripciones de la grabación digital que aquí se hacen son propias.

121 En el voto 2006-1030 la Sala señaló: “[...] debe tener en cuenta el accionante que la tutela cautelar se constituye en un derecho atípico derivado del principio del acceso a la justicia –tanto de la jurisdiccional como de la administrativa–, que se consagra en el artículo 41 constitucional, en tanto reconoce a todos los justiciables el derecho a obtener una justicia pronta y cumplida, y que encuentra su sustento en el principio chiovendiano (que expresa “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón”) [sentencia número 2005-06224, de las quince horas dieciséis minutos del veinticinco de mayo del dos mil cinco]; puesto que por sus medios, es posible garantizar provisionalmente la efectividad de la resolución definitiva que se adopte (acto final en el procedimiento administrativo, sentencia en el proceso jurisdiccional). Así, se ha estimado que no puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano al que le corresponde impartir la justicia (administrativa o jurisdiccional) no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito; con lo cual, bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de esa tutela al acceso a la justicia [sentencia número 2005-06224, supra citada], que por mandato constitucional, debe ser pronta y cumplida, y por ello, “el legislador no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo” [sentencia número 2005-06224, supra citada], de manera que el órgano que imparte justicia, debe hacerlo efectivo cuando exista un riesgo a la efectividad de la resolución. Es en este sentido que las medidas cautelares –o asegurativas– surgen en el proceso como una verdadera necesidad procesal, en tanto permite garantizar una efectiva tutela al acceso a la justicia (se repite, tanto jurisdiccional como administrativa); de donde, se pueden conceptualizar como el “conjunto de potestades procesales del juez –sea justicia jurisdiccional o administrativa– para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final” (sentencia número 7190-94, de las quince horas veinticuatro minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro)”. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2006-1030 del primero de febrero de 2006).

MEDIDAS CAUTELARES

De lo acertado de las medidas cautelares, que tienden a asegurar el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte, se juega el ser o no ser del derecho material y la utilidad de los procesos, pues, o las resoluciones judiciales pueden efectivamente satisfacer la pretensión del que resulte vencedor en el proceso o la justicia se convierte en una estafa procesal¹²².

En el mismo sentido, el Tribunal Contencioso ha calificado de “fraude procesal” a la contienda judicial que carezca de tutela cautelar efectiva¹²³ y que “no existe justicia administrativa pronta y cumplida cuando el mismo sistema permite la convertibilidad de las pretensiones a meras expectativas indemnizatorias¹²⁴ y el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha indicado que la tutela cautelar es “sin duda, parte consustancial de la tutela judicial efectiva. Es intrínseca a ella. Sin tutela cautelar no puede hablarse de una efectiva protección judicial.”¹²⁵.

c) La crisis del proceso contencioso – administrativo y el nuevo paradigma cautelar

Como la Sala Constitucional anunciaba en la jurisprudencia que se comentó, el contencioso administrativo en su configuración legislativa pasada se constituía en un proceso esencialmente **asimétrico**, porque las partes contendientes no se encontraban en una posición de igualdad, ya que, con frecuencia, la Administración Pública gozaba de prerrogativas tanto sustanciales (tales como: la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo), como formales (v. gr. plazos fugaces para interponer el proceso –caducidad de la acción-, el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, etc.). A esto se sumaba la inevitable duración del proceso contencioso, lo cual, además de incrementar los costos patrimoniales, suponía una perversa selección que afectaba siempre a la parte más débil y le hacía muy difícil el acceso a la tutela judicial¹²⁶.

En tal contexto, la existencia de un sistema cautelar efectivo cumple un papel de primer orden para lograr la justa nivelación. Sin embargo, lamentablemente, la instauración de tal sistema cautelar no fue una tarea fácil ni acabada en la LRJCA.

122 PARADA VÁZQUEZ (Ramón). *Derecho administrativo*, T.I., p. 680, citado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 47.

123 Cfr. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL, n.°321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno.

124 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución n.° 250-2010 de las 8:00 hrs. del 29 de enero de 2010.

125 Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.° 00094-F-TC-2008 de las 8:15 hrs. del 22 de agosto de 2008.

126 En el citado fallo n.° 321-2001 se indicaba: “Para nadie es un secreto, el lamentable retraso que sufren la mayoría de los procesos escritos, y dentro de ellos, particularmente el contencioso- administrativo, pese a los esfuerzos y resultados favorables que al respecto se han logrado. Esa tardanza en la decisión final (inevitable en algunos casos), pone en peligro con suma frecuencia, la supervivencia del derecho debatido, y cuando no, hace nugatorio el resultado de la sentencia favorable. En tales supuestos, de no ponerse en marcha unas adecuadas y prontas medidas cautelares, se hace de la contienda judicial, un verdadero fraude procesal, en donde el retraso del fallo, provoca la negación misma de lo pretendido, por mucho que procure lo contrario. En ese sentido, se aplicaría a cabalidad el viejo y conocido aforismo de “giustizia ritardata, giustizia denegata”. De nada vale tener el respaldo del Ordenamiento Jurídico, si no se encuentra una protección oportuna. De esta manera, la razón obtenida y otorgada en la culminación de la contienda, no debe ser ensombrecida por la consumación de la conducta administrativa antijurídica. O para decirlo en los términos clásicos y precisos de G. Chiovenda: “la necesidad de acudir a un proceso para obtener la razón, no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón” (il tempo necessario ad aver ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione). Si el Estado ha monopolizado para sí el servicio público de la Administración de Justicia a nivel jurisdiccional, está obligado a proveer y facilitar mucho más que el acceso a los Tribunales, pues también debe procurar la protección de aquellos derechos e intereses sometidos a litigio durante toda la existencia de la controversia jurisdiccional (en su fase de conocimiento y ejecución), y aún antes”. (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. N.° 321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno).

MEDIDAS CAUTELARES

En el contexto de la LRJCA, de corte preeminentemente objetivo y orientada al control del acto¹²⁷, se requirió de un gran esfuerzo para instaurar un sistema cautelar que superara el vetusto incidente de suspensión del acto. Esto fue motivado por la construcción misma de la Ley Reguladora de 1966, y de esto ha dado cuenta la doctrina nacional ampliamente. Para citar tan solo una de tantas opiniones, JINESTA LOBO nos dice:

*[c]on la vieja LRJCA de 1966, **existía una clara limitación de los poderes cautelares del órgano jurisdiccional**, puesto que, ese instrumento normativo – a pesar de la amplitud del artículo 49 de la Constitución que le asignaba la misión a la jurisdicción contencioso administrativa de fiscalizar toda la función administrativa, sin distinciones – estableció un proceso predominantemente de impugnación o anulación (revisor u objetivo, esto es, el juicio al acto administrativo)¹²⁸ y “La tutela cautelar a la luz de la LRJCA de 1966, por su instrumentalidad con el proceso principal, fue concebida en función de los poderes de anulación de los actos administrativos, y **no para regular o sustituir la conducta administrativa en sus diversas manifestaciones** (v. gr. actuaciones materiales, omisiones, etc.). Lo anterior, fue así durante más de 40 años, pese a que desde el advenimiento de la administración prestacional o Estado Social y Democrático de Derecho – con la superación consiguiente de la administración de limitación y del simple Estado de Derecho –, la esfera vital del administrado depende, en buena parte, de las actuaciones o prestaciones positivas de las administraciones públicas.// Es evidente que la jurisdicción revisora u objetiva plasmada en la LRJCA de 1966 no resulta cumplida, pronta y efectiva (artículos 11, 33, 41 y 49 Constitución Política)¹²⁹.*

En el mismo sentido, CASTRO LORÍA apunta que

el sistema recién desaparecido (y que en su oportunidad sirviera de base indiscutible para el desarrollo de nuestro actual derecho administrativo), presentó –parafraseando a GARCÍA DE ENTERRÍA- un Estado de Derecho con Derecho Administrativo, pero sin garantías reales o efectivas para tutela de los derechos fundamentales o situaciones jurídicas vulneradas¹³⁰.

127 Sobre la LRJCA de 1966 se ha dicho: “[...] el legislador al separarse del bloque de constitucionalidad le imprimió a la jurisdicción contencioso – administrativa un carácter revisor, objetivo o de mera impugnación de la actividad formal de la Administración Pública, donde se enjuicia, exclusivamente, la disconformidad sustancial o no de un acto administrativo de efectos concretos o generales con el ordenamiento jurídico. Con tal proceder, el legislador perdió de perspectiva el carácter plenario, subjetivo y universal que le atribuyó a ese orden jurisdiccional con el propósito de consolidar el Estado Social de Derecho”. JINESTA LOBO (Ernesto). *Análisis crítico de la evolución constitucional, legislativa y jurisprudencial de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. En: *lvstítia*, año 11, n.º 126-127, junio- julio, 1997, p. 44.

128 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.150.

129 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp.151-152.

130 Exp. 15134 Acta n.º02 del 13-10-2004 citado por CASTRO LORÍA (Juan Carlos). *El control pleno de la Administración Pública en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: *lvstítia* n.º 251-252, año 21, nov – dic 2007, pp. 25-26.

MEDIDAS CAUTELARES

Lo anterior provocó en gran medida, en su momento, una sobrecarga en la justicia constitucional cuya ley reguladora contemplaba un régimen de tutela mucho más amplio. Sin embargo, esto provocó también que se residenciara ante la Sala Constitucional gran cantidad de conflictos de *mera legalidad* que, por su propia naturaleza, no podían ser conocidos en la vía sumaria. Esto llevó a rechazos ingentes de la Sala recordando siempre que “[...] **el recurso de amparo no es, ni debe ser, un contralor de legalidad sino de constitucionalidad, de tal forma que el conocer un asunto como el que se plantea, llevaría a la desnaturalización del amparo**”¹³¹.

Así, el redimensionamiento de la justicia constitucional a finales de los ochenta planteó sin duda alguna la necesidad del redimensionamiento de la justicia administrativa para ajustarla al **Derecho de la Constitución** y a la misión encargada por el constituyente para el juez contencioso.

Nótese que el artículo 49 que sirvió de fundamento a la Ley Reguladora de 1966 es siempre el mismo y continúa enunciando que el control se da sobre la **función** administrativa – que no simplemente el acto – y orientado a proteger “*al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados*”. Con lo cual, el paradigma preeminentemente objetivo que había imperado en el contexto de la LRJCA no podía sostenerse más a la luz de su parámetro de legitimidad constitucional, ni menos aún una tutela cautelar restringida.

Si sumamos lo anterior a la dilación excesiva del proceso contencioso y la limitación de la respuesta cautelar de la LRJCA, se dan todas las condiciones para una **crisis**¹³² del proceso contencioso – administrativo, tal como se conocía hasta el CP

*El paradigma del proceso administrativo de la LRJCA de 1966, tomado, indirectamente, del recurso por exceso de poder francés llegó a su fin. La “revolución” discurrió por los cauces institucionales y concretamente por el Derecho de la Constitución. El nuevo paradigma que establece el CPCA, lo constituyen la[s] exigencias de una justicia pronta y cumplida, la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos y el control jurisdiccional universal y plenario de la legalidad de la función administrativa (artículos 41, 49 y 154 Constitución Política)*¹³³.

De ahí que el control plasmado ahora en el nuevo código, tal como se devela desde su artículo 1°, es universal o plenario (relativo a “*cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo [...]*”) y **preeminentemente subjetivo**, pues “*tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona [...]*”, lo cual permea la estructura de todo el Código, en cuenta la tutela cautelar, y constituye su propuesta de una nueva justicia administrativa. Donde haya lesión al interés subjetivo en el contexto de una relación jurídico – administrativa, allí habrá control jurisdiccional pleno y efectivo. Sin renunciar por ello a cualquier rasgo de objetividad, de innegable importancia,

131 S.C.V. n.º1287-91 de las 9:00 hrs. del 5 de julio de 1991. En el mismo sentido, la Sala indicó: “En forma reiterada esta Sala ha explicado a través de su jurisprudencia, que no todo lo ilegítimo o contrario a la ley es de su competencia, pues la ley que regula la Jurisdicción Constitucional, delimita en sus artículos 1° y 2° la materia que debe analizar. El artículo 1° al respecto señala que el objeto de la Jurisdicción Constitucional es el de garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, velar por su uniforme interpretación y aplicación, así como proteger los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos Internacionales vigentes. Esta delimitación de la materia sujeta a análisis por esta instancia debe necesariamente existir, pues de lo contrario la Sala Constitucional pasaría a sustituir completamente a los Tribunales Ordinarios convirtiéndose en un único Tribunal idea que es obviamente incompatible con el propio sentido de la Constitución y de la Ley de la Jurisdicción Constitucional”. (Voto 2274-91 de las 16:01 horas del 5 de noviembre de 1991).

132 JINESTA LOBO señaló en 1995 cuando elaboró su exordio al libro *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo: “La justicia administrativa, como toda la jurisdicción vive hoy una grave crisis en virtud del incremento exacerbado del volumen de litigios, la rigidez de las formas del proceso ordinario y su lentitud patológica”*. JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. XV. Esta crisis no solo continúa hoy día, sino que se ha incrementado una década después. En tales condiciones se aprueba el CPCA.

133 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique). JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.151.

MEDIDAS CAUTELARES

y por ello, se busca conjuntamente con lo anterior “*garantizar o restablecer la legalidad [...]*” de tales conductas. CASTRO LORÍA apunta que estas ideas se engarzan con:

*el nuevo CPCA, articulándose un modelo que viene a potenciar el principio democrático en lo que corresponde a los instrumentos de control y encausándolo a favor de uno de los ejes sobre los que gravita la Ley: el **administrado**. Es decir, se crea un vínculo efectivo entre el ciudadano y el burócrata, cuya protección es asignada al Juez de lo Contencioso*¹³⁴.

No por esto el Código deja de lado la necesaria ponderación del interés público comprometido (artículo. 22 CPCA), pues, tal como se señaló en subcomisión:

*El proyecto busca un equilibrio entre administración y administrados, es un proyecto de garantía y equilibrio. No es proyecto pensado ni a favor de la Administración, un proyecto estatista, tampoco es un proyecto exclusivamente pro-administrado y exclusivamente con miramiento a él, esta sería una visión equivocada*¹³⁵.

La protección de la situación jurídica que prevé el código es para toda persona, física o jurídica, **pública o privada**, sin hacer distinción, pues la constitución claramente indica que el acceso a la justicia es igualitario y “*ocurriendo a las leyes, todos, han de encontrar reparación [...]*” (art. 41), y así también se regula en los artículos 2, inciso e) y 36 f) del CPCA¹³⁶.

El CPCA constituye entonces una respuesta a las necesidades **propias** del país, incardinado en el contexto de nuestra evolución en la justicia administrativa. De esta manera, no se trata de una importación a ciegas de remedios foráneos. Bien se afirmaba la importancia de esto cuando se discutía el proyecto en subcomisión: “*[...] importa mucho señalar no es un proyecto de copia, no es una legislación importada a ciegas, no es una normativa a la española, ni a la alemana, ni a la italiana. Creemos que este es un producto nuestro hecho a la medida y a las necesidades propias de nuestro país [...]*”¹³⁷.

El cambio imponía un ajuste de la tutela cautelar para corresponderse al nuevo objeto del proceso contencioso (no olvidemos el artículo 19 CPCA que faculta al juez para ordenar aquellas medidas necesarias y adecuadas para “*proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso [...]*”. Así, en las nuevas condiciones, el régimen cautelar debía necesariamente cambiar para ajustarse a su nuevo contexto:

Implica el proyecto una ampliación también de las medidas cautelares y esto es obvio, por razón obvia. Si ya el objeto del control no va a ser sólo el acto la insatisfacción de la suspensión queda a la vista, la suspensión de los efectos por importante que ha sido en nuestro medio jurisdiccional históricamente también resulta insuficiente. Su insuficiencia queda patente cuando nos enfrentamos a actuaciones denegatorias o

134 CASTRO LORÍA (Juan Carlos). *El control pleno de la Administración Pública en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: *Ivstitia* n.º 251-252, año 21, nov – dic 2007, p. 24.

135 Exp. 15134 Acta n.º 02 del 13-10-2004 citado por CASTRO LORÍA (Juan Carlos). *El control pleno de la Administración Pública en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: *Ivstitia* n.º 251-252, año 21, nov – dic 2007, p. 28.

136 Es muy importante recalcar que **el poder cautelar puede ser también aplicado en su plenitud por el Estado y los demás entes públicos**. Un ejemplo claro de esto es la resolución emitida por el TPCA a las 8:35 hrs. del 25 de mayo de 2009, exp. 09-001261-1027-CA del Estado c/ Grupo de Inversiones Coris de Costa Rica S.A., donde el juez concede **medida cautelar anticipada solicitada por el Estado**, la cual consistía, entre otros aspectos, de la anotación de la demanda al margen de la finca, suspensión inmediata de cualquier trámite tendiente a otorgar algún derecho sobre el bien, y orden de mantener en posesión inmediata y material del inmueble al Área de Conservación Pacífico Central del MINAET. Otro ejemplo es la medida cautelar tramitada en el exp. 08-1179-1027-CA que es medida cautelar *inaudita altera parte* del Estado contra la Municipalidad de Puntarenas, donde se pide la suspensión de la orden de demolición de una malla ubicada en la Estación de Guardacostas de Puntarenas, la cual había dispuesto la Municipalidad de Puntarenas. Ver también sentencia TPCA 1468-2009.

137 Exp. 15134, Acta n.º 02 del 13-10-2004, citado por CASTRO LORÍA (Juan Carlos). *El control pleno de la Administración Pública en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: *Ivstitia* n.º 251-252, año 21, nov – dic 2007, p. 32.

MEDIDAS CAUTELARES

*frente a omisiones, frente a las omisiones o a la conducta denegatoria de la administración la suspensión de los efectos no nos sirve para absolutamente nada, porque ¿en qué posición quedo suspendiendo un acto denegatorio? En ninguna, si estaba en cero quedó en cero*¹³⁸.

De esta forma, el cambio en el objeto implicaba también un cambio en los poderes que disponía el juez en el proceso principal, y con ello cambiaron también el contenido y los límites de la tutela cautelar que dependían de aquellos.

Por tanto, el nuevo paradigma cautelar se incardina en el nuevo paradigma de la justicia administrativa y lo completa. Tal paradigma, orientado hacia el control universal de la Administración Pública, fracasaría sin el instrumento clave que es la tutela cautelar.

No obstante, debemos recordar aquí que aunque las innegables demandas de los ciudadanos sedientos de nuevas respuestas pondrán presión sobre los nuevos jueces, estos jueces comprometidos con la reforma no deben caer ahora en el extremo contrario y tender a la excesiva judicialización de todo conflicto y al abuso de sus apoderamientos. Esta constituye desde ya uno de los mayores retos que tiene por delante el sistema cautelar del CPCA: evitar el decisionismo judicial.

Aunque el reto es mayor ahora y las condiciones más onerosas – pues no debemos retroceder ni un ápice en lo logrado con tanto esfuerzo - no es distinto en su naturaleza lograr el equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y los intereses subjetivos de los administrados.

Lo único que se ha ampliado es el campo en que se ha de fomentar tal equilibrio; pero con ello se impone también la necesidad de mayor prudencia y preparación para aquellos encargos de aplicar las medidas. Bien GONZÁLEZ PÉREZ advertía:

*[...] que la experiencia demuestra que una magistratura capacitada puede administrar una justicia impecable con un instrumento procedimental deficiente, y, viceversa, que el mejor procedimiento sobre el papel no impedirá los mayores abusos si los funcionarios judiciales a quienes su manejo se encomiende son ineptos. La afirmación es válida de las normas procesales y de cualquier otra. Pues mucho más importante que las normas, son los hombres que han de aplicarlas*¹³⁹.

d) La normativa objeto de nuestro estudio y sus interrogantes

Las medidas cautelares aparecen reguladas en el Código Procesal Contencioso Administrativo en el único capítulo de su Título Tercero, artículos 19 al 30 y constituyen un salto cualitativo a la escasa regulación que la LRJCA nos daba. Tales normas, sobre todo los artículos 91 a 93 LRJCA, establecían la clásica regla del efecto no suspensivo de la demanda y que la suspensión solo procedería “cuando la ejecución hubiere de producir daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”. (Art. 91.2.).

138 Exp. 15134, Acta n.º 02 del 13-10-2004, citado por CASTRO LORÍA (Juan Carlos). *El control pleno de la Administración Pública en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: *lvstitia* n.º 251-252, año 21, nov – dic 2007, pp. 33-34.

139 GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *El administrado*. Citado por CASTRO LORÍA (Juan Carlos). *El control pleno de la Administración Pública en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: *lvstitia* n.º 251-252, año 21, nov – dic 2007, p. 35.

MEDIDAS CAUTELARES

A dicha pretérita regulación cabe agregar la remisión hecha por el 103 LRJCA que sirvió de base a las cautelares denominadas “atípicas” (más bien *innominadas*) (en conjunción con el poder general de cautela que encuentra pleno sustento en el ordinal 153 de la Constitución Política y el artículo 242 C.P.C.)¹⁴⁰. Pero, obviamente, una regulación como esta no era suficiente para explicitar las exigencias que el Derecho de la Constitución imponía sobre la tutela cautelar en sede contencioso administrativa.

A nivel propiamente de regulación legislativa, el cambio que introduce el CPCA es realmente destacable. Si cupiera resumir la regulación en unas cuantas palabras, habría que señalar que el legislador ha optado por un sistema **abierto** o *innominado*, donde el *periculum in mora* sirve de presupuesto **positivo** y la ausencia de temeridad como

140 Sobre el diseño del sistema cautelar de la LRJCA, la Sala Constitucional indicó en su sentencia 2005-006224 del veinticinco de mayo de dos mil cinco: “VII.- DISEÑO LEGISLATIVO DEL SISTEMA DE TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (No. 3667 del 12 de marzo de 1966) consagra, en apariencia, un sistema cautelar típico o *numerus clausus*, por cuanto, en su ordinal 91 solo regula el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica en que cabe la suspensión de la ejecución del acto administrativo, con **un ámbito de aplicación muy reducido para los actos positivos de gravamen y ejecutables**. Esa **ha sido la medida cautelar por antonomasia** bajo la concepción de un proceso contencioso-administrativo revisor u objetivo (juicio al acto administrativo), de corte eminentemente anulatorio, sin embargo, modernamente se ha producido un replanteamiento de su función para estimarlo, también, como un proceso subjetivo y plenario. En todo caso, la conclusión apriorística anteriormente señalada, queda desvirtuada si se repara en la **cláusula supletoria general** contenida en el artículo 103 de ese cuerpo normativo, la cual reza, al efecto, lo siguiente: “En lo no previsto en esta ley regirán, como supletorios, el Código de Procedimientos Civiles y las disposiciones orgánicas generales del Poder Judicial”. A partir de esta norma, **el juez contencioso-administrativo, tanto en los procesos contencioso-administrativos de mera anulación como de plena jurisdicción como en los civiles de hacienda, puede acudir al Código Procesal Civil**, cuerpo legislativo que sí contiene una cláusula residual o de clausura del sistema cautelar que funciona a manera de **válvula de escape** o de seguridad para neutralizar los peligros no previstos en las cautelares expresamente predeterminadas por la ley (típicas). En efecto, el artículo 242, párrafo 1°, del Código Procesal Civil –emplazado, sistemáticamente, en el Título IV “Medidas cautelares” del Libro I “Disposiciones Generales”-, habilita al juez para dictar y ordenar aquellas medidas precautorias que no se encuentran expresamente reguladas, al indicar lo siguiente: “Facultades del juez. Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación”. **La aplicación supletoria de esa norma del proceso civil, según el principio de unidad de jurisdicción, permite concluir que el sistema cautelar previsto para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es de carácter mixto o *numerus apertus***. Desde luego, que lo anterior, no excluye el comprensible, pero no por ello superable, horror en vacío que algunos jueces de ese orden jurisdiccional pueden sentir, íntimamente, al decretar una medida cautelar positiva o innovativa cualquiera que sea su contenido o efecto (inhibitorio, ordenatorio o sustitutivo).// VIII.- CASO CONCRETO. En el presente asunto, el recurrente estima que la línea jurisprudencial que aplica el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado- para disponer medidas cautelares atípicas en contra de las partes, distintas a la Administración Pública, es inconstitucional.[...] En todo caso, como ya se indicó en los considerandos procedentes el juez contencioso-administrativo tiene, como todo órgano jurisdiccional, **un poder general de cautela que encuentra pleno sustento en el ordinal 153 de la Constitución Política**, el cual puede ser actuado, por habilitación expresa del legislador ordinario, a favor de cualquiera de las partes del proceso –incluso de la propia Administración pública, pues de acuerdo con el tipo de pretensión deducida y proceso, como por ejemplo los procesos ordinarios civil de hacienda reivindicatorio de dominio público o el de lesividad, ésta también puede tener interés en la adopción de una medida cautelar-, todo a partir de la concordancia necesaria de los artículos 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 242 del Código Procesal Civil, sin que por ello se infrinjan los principios de legalidad, reserva de ley e igualdad. Si un juez al dictar una medida cautelar atípica o *innominada* lo hace con sustento en el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incurre en un yerro de derecho por aplicación indebida de esa norma y por falta de aplicación de los ordinales 103 *ibidem* y 242 del Código Procesal Civil, circunstancia que convierte el asunto en una cuestión de legalidad ordinaria y no de constitucionalidad”. (Véase también voto de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2006-009570 de las dieciséis horas con trece minutos del cinco de julio de dos mil seis).

MEDIDAS CAUTELARES

presupuesto **negativo**; es decir, se parte del mínimo *fumus boni iuris* (casi asimilable a un *fumus non mali iuris*)¹⁴¹, y la necesaria ponderación de intereses en juego será siempre **condición necesaria** para su adopción, al grado de que justificaría la improcedencia de la medida en casos donde, en principio, hubiera prosperado¹⁴². Las medidas podrán otorgarse antes, durante y en fase de ejecución del proceso, y podrán ser incluso *ante causam, inaudita parte, provisionalísimas*, a instancia de parte todas ellas, salvo la última que se puede adoptar de oficio¹⁴³. Finalmente, la eficacia *rebus sic stantibus* está expresamente regulada, así como también la posibilidad de imponer medidas de contracautela, previas o consustanciales.

d.1. Regulación de la tutela cautelar en el CPCA

Con mayor detalle se abordará más adelante la regulación positiva del CPCA. Sin embargo, demos ahora un vistazo general a lo que estipula el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo en su apartado cautelar.

En el párrafo 1º del artículo 19¹⁴⁴, se encuentra contenido todo lo necesario para condensar los aspectos esenciales de la reforma en la tutela cautelar. Primeramente el sistema amplio o innominado “*medidas cautelares adecuadas y necesarias [...]*” y, por otro lado, su configuración como instrumento para “*proteger y garantizar, provisionalmente, el*

141 Ver la expresión en BACIGALUPO (Mariano). La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo. (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 148. Ya desde hace muchos años, el Tribunal Contencioso Administrativo se había orientado por esta concepción al indicar que: “*el elemento del fumus boni iuris deberá tomarse como criterio para su denegatoria, sólo en aquellos supuestos en los que no exista, de manera evidente y manifiesta, fundamento en la demanda, de modo que en el fuero interno del Juez, exista el convencimiento de que aquella pretensión está dispuesta al fracaso*”. (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. N.º 321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno). La jurisprudencia contencioso – administrativa mas reciente también ha asumido este enfoque: “*Basta entonces una apariencia superficial e inicial de seriedad para tener por satisfecho este presupuesto. Recientemente, la Sala Primera, fungiendo como Tribunal de Casación, ha establecido que este presupuesto debe ser entendido como el denominado “fumus non mali iuris” (resolución No. 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve), sea, que la solicitud cautelar no sea, de manera palmaria y evidente, carente de seriedad*” (Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 1420-2010 de las 13:15 horas del 22 de abril de 2010). En este sentido también el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo 129-F-TC-2009, entre otros.

142 Sobre este requisito ya había señalado la jurisprudencia que: “*debe ponderarse si frente a ese interés o derecho privado cuya tutela cautelar se pretende, existe o no un interés público contrapuesto que convierta en gravosa la petición esbozada, pues de ser así, sería difícil, cuando no imposible, acoger la medida requerida. Se impone aclarar aquí, que no se trata de cualquier interés público, sino solamente de aquel que posea el mismo rango del derecho fundamental a la tutela cautelar (incluido como parte del derecho fundamental de la tutela judicial, también consagrado en nuestra Constitución Política), y por ende, que sea capaz de relegarlo por intereses superiores. En todo caso, ese interés general (referido a derechos fundamentales de la colectividad o de terceros), no debe prevalecer en todos y cada uno de los supuestos, como tampoco, excluirse en forma indiscriminada, en todos ellos, y para el evento de que exista, deberá estar claramente expresado en el motivo o contenido de la conducta, o en su caso, comprobado en el procedimiento cautelar*”. (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. N.º 321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno).

143 Esta es la regla general, sin embargo, tal como veremos más adelante, aquí sostenemos la tesis de que en casos excepcionales, en la fase de ejecución de sentencia firme “*si su contenido o naturaleza así lo exigen, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento*”. (Art. 161.2. CPCA). De esta manera, ahí habría una habilitación oficiosa para el ejercicio de tales poderes. Asimismo, en hipótesis de renovada procedencia (art. 29.2. CPCA), también existe una habilitación oficiosa para considerar nuevamente la procedencia de la medida cautelar solicitada inicialmente, o bien, de otra medida cautelar que las circunstancias impongan.

144 “**Artículo 19.- // 1) Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. // 2) Tales medidas también podrán ser adoptadas por el tribunal o el juez respectivo, a instancia de parte, antes de iniciado el proceso**”.

MEDIDAS CAUTELARES

objeto del proceso [...]”, así como su vinculación con la tutela judicial efectiva “[...] y la efectividad de la sentencia”¹⁴⁵. Si a ello sumamos la regulación sobre la oportunidad de la medida “Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución [...]” y el órgano encargado “el tribunal o el juez respectivo”, bastaría solo el mecanismo de impulso procesal “a instancia de parte [...]” que, como indicamos, es la regla que solo rompe la existencia de medidas provisionálísimas (art. 23)¹⁴⁶. El término que se usa en el artículo es “medidas cautelares” –así en plural– lo cual significa que **puede ser más de una**, cuantas sean necesarias para asegurar la efectividad de la tutela.

Sin duda alguna, una de las novedades legislativas más significativas es la incorporación de esta expresión amplia, aunque ya nuestros tribunales aplican medidas cautelares mal llamadas “atípicas” (más bien *innominadas*), por imperativo constitucional, es importante que el texto expreso de la ley así lo disponga. Como CHINCHILLA MARÍN manifiesta: “[...] la rigidez es enemiga de la tutela cautelar y la flexibilidad su mayor aliada”¹⁴⁷.

El artículo siguiente (20 CPCA¹⁴⁸) hace una enumeración ejemplificativa del contenido posible de esas medidas – la partícula que se usa es “podrán” -, ya sea de: a) *conservación* del estado de cosas, o bien, b) efectos *anticipativos*, o c) *innovativos* mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Y, en general, cualquier obligación de hacer, no hacer o de dar, incluso mediando conducta administrativa con elementos discrecionales, en cuyo caso remite a lo dispuesto en el numeral 128.

Bien hubiera bastado con el enunciado general del artículo 19 CPCA. Sin embargo, como se señaló en subcomisión:

*nuestros jueces prefieren y acostumbran que se les guíe específicamente en el hacer jurisdiccional, en la [sic] hacer procesal. Y con fórmulas muy genéricas al estilo germánico, por ejemplo, en donde normalmente hay una gran explotación de una sola frase, hay una gran productividad, una gran evolución, nuestro juez latinoamericano no*¹⁴⁹.

En efecto, el artículo 20 es una especie de **cláusula de salvaguarda** del contenido genérico del artículo 19, y responde a tales exigencias propias de nuestro contexto. Nótese que no se establecen límites ni prohibiciones de ninguna especie, ni en cuanto al tipo de medida, ni contenido de las obligaciones en ellas estipuladas, ni en relación con los efectos, ni menos aún frente a la conducta involucrada – actos concretos o generales, normativos o no

145 Nótese que la tutela cautelar engarza aquí no solo con la eficacia de la sentencia sino también con el objeto del proceso, lo cual refleja la concepción amplia que enlaza la instrumentalidad de dichas medidas directamente con la tutela judicial del derecho e interés legítimo y no solamente con la eficacia práctica de la sentencia de fondo. Es decir, las medidas cautelares serán un **instrumento al servicio de la efectividad real de la tutela judicial**. Bien ha dicho la doctrina que “[...] el Código pretende tutelar no solo la efectividad de la sentencia, como es lo usual, sino también la posición o situación jurídica de la parte, que aparentemente litiga con razón”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 146).

146 Nuevamente hemos de reiterar nuestra posición acerca de los apoderamientos oficiosos en los supuestos del 161.2 CPCA y de renovada procedencia (art. 29 CPCA).

147 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2° ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 598.

148 “**Artículo 20.-** // Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el tribunal o el juez respectivo podrá imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar.// Si la medida involucra conductas administrativas activas u omisiones con elementos discrecionales, o vicios en el ejercicio de su discrecionalidad, estará sujeta a lo dispuesto en el numeral 128 de este Código”.

149 Exp. 15134 Acta n.º 02 del 13-10-2004 citado por CASTRO LORÍA (Juan Carlos). *El control pleno de la Administración Pública en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: Ivstitia n.º 251-252, año 21, nov – dic 2007, p. 28 en nota 12.

MEDIDAS CAUTELARES

normativos¹⁵⁰, con elementos discrecionales o reglados-, lo cual, como ya hemos explicado *supra*, da pie incluso a adelantar provisionalmente ciertos efectos de la eventual sentencia de fondo.

El artículo 21 CPCA regula los presupuestos de las medidas, según se comentará *infra* (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) en los siguientes términos:

La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad.

Lo anterior complementa el artículo siguiente, relativo a sus características *estructurantes*, con el principio de la necesaria ponderación del interés público y el de terceros afectados (bilateralidad del *periculum in mora*), que es manifestación del principio constitucional de proporcionalidad de la medida y sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.

Dicha norma (art. 22 CPCA)¹⁵¹ introduce los caracteres de *instrumentalidad* y *provisionalidad* de la medida y obliga al juez a tomar en cuenta las posibilidades y las previsiones financieras de la Administración Pública que deberá efectuar la ejecución de la medida ordenada.

150 Al respecto de este tema menciona CHINCHILLA MARÍN: “Aunque lo lógico es pensar que, por lo general, en los casos de impugnación de Reglamentos la medida cautelar apropiada para garantizar la efectividad de la tutela judicial será la suspensión, y aunque también, como regla general, pueda entenderse que ello es una exigencia derivada de la naturaleza normativa del acto impugnado, no puede descartarse que en algunos supuestos las medidas necesarias para garantizar la efectividad del recurso puedan ser otras”. CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 600.

151 “**Artículo 22.-** //Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros. //También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar”.

MEDIDAS CAUTELARES

Ante esto debemos recordar la jurisprudencia constitucional que se inclina en el sentido de que los derechos fundamentales no están sujetos a contenido presupuestario¹⁵².

152 La Sala ha sostenido en varios casos donde mediaba el ejercicio de derechos fundamentales que **la Administración no se puede amparar en sus problemas económicos o falta de planificación para evadir sus obligaciones para con los administrados**. Véase, por ejemplo, el contenido del voto 5936-05: *“Estima la Sala que la imprevisión de fondos por erogaciones salariales, cuyo perjuicio o riesgo de perjuicio se está cargando indebidamente a los recurrentes, es una circunstancia demostrada fehacientemente, que causa infracción del ámbito garantizado por el derecho constitucional al trabajo, y, dadas las particulares circunstancias del caso, afrenta la dignidad de los funcionarios a quienes se hace objeto de un trato notablemente injusto, pues por insuficiencia de contenido presupuestario, no se les quiere formalizar por falta de publicación un derecho ya declarado, que implica en su caso el reconocimiento de varios rubros salariales. [...] La dilación en la publicación, cuyo plazo quedó incluso indefinido, por lo que además es excesiva, **es imposible de aceptar teniendo como justificación la falta de contenido presupuestario, pues la Administración no se puede amparar en sus problemas económicos o falta de planificación para evadir la obligación para con los administrados**”*. (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res. 2005-05936 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del veinticuatro de mayo de dos mil cinco. En sentido similar, la resolución 2005-07474 de las catorce horas con treinta y cuatro minutos del quince de junio de dos mil cinco. Res. 2005-09295 de las dieciséis horas con cuarenta y ocho minutos del doce de julio de dos mil cinco. Res. 2005-09301 de las dieciséis horas con cincuenta y cuatro minutos del doce de julio de dos mil cinco. Res. 2005-09584 de las dieciséis horas con cincuenta y tres minutos del diecinueve de julio de dos mil cinco. Res. 2005-09591 de las diecisiete horas del diecinueve de julio de dos mil cinco. Res. 2005-09592 de las diecisiete horas con un minuto del diecinueve de julio de dos mil cinco. Res. 10365-2005 de las dieciséis horas y treinta y cuatro minutos del nueve de agosto de dos mil cinco. Res. 2005-11506 de las once horas con cuarenta y tres minutos del veintiséis de agosto de dos mil cinco. Res. n.º 2005-15451 de las doce horas nueve minutos del nueve de noviembre de dos mil cinco. En la sentencia 2005-7100 también ha dispuesto: *“No siendo válidas las excusas de la autoridad recurrida en el sentido de que la partida dispuesta para prestaciones legales estaba agotada, pues la Sala estima que, la falta de previsión administrativa, en punto al contenido de la referida partida, no puede traducirse en una inactividad administrativa en relación con el pago de las prestaciones laborales que le corresponden al amparado”*.

La Sala también razona de manera similar en su sentencia n.º 2001-08657 de las catorce horas con cincuenta y nueve minutos del veintinueve de agosto de dos mil uno: *“La recurrente aduce que el hecho de que dos meses después de que se acogiera a su derecho a la jubilación, no se le hubiera cancelado sus prestaciones laborales con motivo de su jubilación lesiona sus derechos fundamentales. En su informe el recurrido informa que no existe contenido presupuestario para pagar las prestaciones de la recurrente, y que la Universidad Nacional está haciendo esfuerzos para obtener los fondos respectivos, y que hay muchas personas en la misma situación de ésta, que gestionaron antes o en la misma fecha que ella. Estima la Sala que el derecho a las prestaciones, como parte del derecho al trabajo, es un derecho fundamental, y no es de recibo lo explicado por el recurrido, ya que a su debido tiempo la institución debió prever estos gastos, con lo que lo procedente es declarar con lugar el recurso ordenando el pago inmediato de las prestaciones, para lo cual deberá utilizar fondos de otras partidas si es necesario. (En sentido semejante, la resolución. 2001-11600 de las catorce horas con treinta y dos minutos del trece de noviembre de dos mil uno).*

En el fallo constitucional 2002-08245, la Sala también razona de forma equivalente: *“El recurrente aduce que el hecho de que casi 05 meses después de que se acogiera a su derecho a la pensión, no se le hubiera cancelado de forma total sus prestaciones laborales con motivo de su pensión lesiona sus derechos fundamentales. En su informe la autoridad recurrida informa que no existe contenido presupuestario para pagar el saldo pendiente de las prestaciones del recurrente, y que la Municipalidad de Limón está haciendo esfuerzos para obtener los fondos respectivos, y que hay muchas personas en la misma situación de ésta. Estima la Sala que el derecho a las prestaciones, como parte del derecho al trabajo, es un derecho fundamental, y no es de recibo lo explicado por el recurrido, ya que a su debido tiempo la institución debió prever estos gastos, por lo que lo procedente es declarar con lugar el recurso, bajo la advertencia de que la autoridad recurrida debe de tomar las medidas necesarias para que con la mayor brevedad posible se proceda al pago de las prestaciones legales del recurrente”*. (Véase también en sentido similar resolución 2003-01468 de las catorce horas con cuarenta y siete minutos del veinticinco de febrero de dos mil tres).

Continúa en la siguiente pagina

MEDIDAS CAUTELARES

De manera que tal norma ha de ser entendida en ese contexto, por interpretación conforme con la Constitución (S.C.V. 3035-96, 3036-96 y 3038-96). Es decir, si el juez debe “tomar en cuenta” las posibilidades y las previsiones

Esto es particularmente claro en materia de tutela efectiva que requiere el derecho al **ambiente sano**, elevado al rango de derecho fundamental en el numeral 50 de nuestra Constitución Política, así como del **derecho a la salud**, derivado del derecho a la vida que protege el artículo 21 idem y en materia de **educación y trabajo**, como vimos. La Sala ha indicado que los problemas presupuestarios en estos casos no pueden superponerse al derecho fundamental de los accionantes. En materia de salud, por ejemplo, la Sala ha señalado que “[...] si bien el Comité Central autorizó el tratamiento con el medicamento solicitado, supeditó la compra del mismo a la existencia de contenido presupuestario, lo cual evidentemente produce un menoscabo a los derechos fundamentales de la amparada. Al respecto, la Sala señaló en el citado fallo 5130-94 que: “[...] si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, **cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles**”. **Del precedente anterior se desprende que el derecho a la salud no puede ceder ante ningún criterio de naturaleza económica [...]**”. (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 2002-07384 de las ocho horas con cuarenta y siete minutos del veintiséis de julio de dos mil dos). Así lo establecido también reiteradamente en la jurisprudencia constitucional, entre otros, en el fallo **2001-02638** de las dieciséis horas con doce minutos del tres de abril de dos mil uno, donde la Sala Constitucional dispuso: “Las limitaciones presupuestarias -que en este caso, según se afirma, determinan la imposibilidad material para adquirir un nuevo vehículo- son circunstancias fácticas con implicaciones jurídicas en lo que se refiere al principio de legalidad presupuestaria, que este Tribunal no puede desconocer. Sin embargo, **la situación actual no releva a este gobierno local de su responsabilidad de efectuar en lo sucesivo una estricta y adecuada planificación y distribución de los recursos económicos con que cuenta la municipalidad, a fin de proveerse de los equipos necesarios para la eficiente prestación de este servicio público. Igual consideración cabe hacer respecto de los implementos de protección con que deben contar los funcionarios encargados de ejecutar la recolección de los desechos sólidos**”. En términos similares, la Sala expresó en su sentencia **2002-07396** de las ocho horas con cincuenta y nueve minutos del veintiséis de julio de dos mil dos: “si bien el recurrido alega en su informe que dicho problema obedece al hecho de que, por una parte, la flotilla de vehículos recolectores se encuentra en mal estado y, por otra, las **limitaciones presupuestarias que sufre, lo cierto es que ambas situaciones de ninguna manera enervan la obligación de que el recurrido previera la adopción de las medidas adecuadas a efecto de que no se produjera una situación que contraria a la prestación de ese servicio –como lo es, por ejemplo, la revisión de los vehículos que integran la flotilla de camiones recolectores– situación que, a toda luz, se echa de menos en este asunto. Es claro que forma parte de la tutela y de la administración de los intereses y los servicios locales, en los términos del artículo 169 de la Constitución Política, el deber ineludible del recurrido de velar por el suministro oportuno de este servicio, bajo la observancia preceptiva de los principios de continuidad, suficiencia, adaptación al cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y de igualdad de trato a los destinatarios**”. (Lo destacado no es del original).

En este sentido, es aún más fuerte lo señalado por JINESTA LOBO sobre el condicionamiento de la tutela cautelar a criterios presupuestarios: “Los derechos fundamentales tiene [sic] una eficacia y vinculación más fuerte y ninguna consideración de orden financiero puede enervarlos o siquiera condicionarlos”. (JINESTA LOBO (Ernesto). En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 173. En el mismo sentido, se expresa el autor en JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Tomo I, Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 201.

Por otro lado, ROJAS CHAVES ha indicado que “el segundo párrafo del artículo 22 no obliga al juez a rechazar una medida cautelar por restricciones financieras. En ese sentido, la consideración de la restricción financiera no es per se un obstáculo para otorgar la tutela cautelar. Empero, la ponderación de esos factores evita la imposición de medidas que, desde el punto de vista financiero, la Administración no está en capacidad de afrontar sin que se afecte gravemente su gestión sustantiva. Una gestión que se dirige y se justifica por la satisfacción del interés general, el cual no puede ser ignorado al adoptar o denegar la medida cautelar”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 188).

Lo lógico es que el juez debe intentar conciliar, hasta donde sea posible, los principios constitucionales relativos a la materia presupuestaria, pero sin que esto haga nugatorio el derecho fundamental a la tutela cautelar, y por otro lado, si se trata de medidas cautelares solicitadas por el Estado en contra de un particular, también debe ponderar los efectos económicos de la medida en el patrimonio del particular afectado al momento de dictar su resolución.

MEDIDAS CAUTELARES

financieras de la Administración, esto no quiere decir que la adopción de la medida está necesariamente supeditada a dichas previsiones financieras, ni menos aún que el 22 CPCA oblige al juez a rechazar una medida por restricciones financieras¹⁵³.

Los distintos cauces procesales de las medidas aparecen reguladas en los artículos 23 (provisionalísimas)¹⁵⁴, 25 (inaudita altera parte)¹⁵⁵, 26 (ante causam)¹⁵⁶ y su trámite sumario general en el 24:

Artículo 24.- 1) El tribunal o el respectivo juez o la jueza dará audiencia a las partes hasta por tres días, acerca de la solicitud de la medida, salvo lo previsto en el artículo siguiente, de este Código.//2) Transcurrido ese plazo, el tribunal o el respectivo juez o jueza resolverá lo procedente, excepto si estima necesario realizar una audiencia oral, en cuyo caso la realizará en un plazo máximo de tres días hábiles.

Todo esto será retomado con mayor detalle más adelante, junto con los demás temas aquí simplemente enunciados.

El artículo 27¹⁵⁷ zanja una antigua discusión y declara la **eficacia inmediata** de la medida, a fin de lograr su pronta y debida ejecución; y para ello ordena comunicar de forma inmediata el auto que decreta la tutela cautelar. De seguido, dispone:

-
- 153 Se ha dicho que dicha expresión es “más amplia que la propuesta por la Procuraduría. No sólo por la generalidad del concepto “posibilidad financiera” sino también porque previsión financiera no es sinónimo de previsión presupuestaria, término utilizado en algunas ocasiones por “autorización presupuestaria” (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 187 en nota 53). Y también que: “las posibilidades de la Administración no están determinadas solo por el presupuesto aprobado sino por las directrices en cuestión. El cumplimiento de una medida cautelar bien podría implicar el desconocimiento de la programación financiera de la entidad pero también de las directrices y políticas emitidas, lo que es susceptible de causar graves problemas a la Administración [...] En este sentido, la consideración de la restricción financiera no es per se un obstáculo para otorgar la tutela cautelar. Empero, la ponderación de esos factores evita la imposición de medidas que, desde el punto de vista financiero, la Administración no está en capacidad de afrontar sin que se afecte gravemente su gestión sustantiva.” (ROJAS CHAVES (Magda Inés), en: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 188.
- 154 “**Artículo 23.-** Una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar medidas provisionalísimas de manera inmediata y prima facie, a fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente. Tales medidas deberán guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida”.
- 155 “**Artículo 25.-** // 1) En casos de extrema urgencia, el tribunal o el juez respectivo, a solicitud de parte, podrá disponer las medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia. Para tal efecto, el Tribunal o el respectivo juez podrá fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 de este Código.// 2) Habiéndose adoptado la medida cautelar en las condiciones señaladas en el apartado anterior, se dará audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez podrá hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados, para mantener, modificar o revocar lo dispuesto”.
- 156 “**Artículo 26.-** // 1) Cuando se solicite una medida cautelar antes de que inicie el proceso esta será del conocimiento del juez tramitador o de la jueza tramitadora a quien el tribunal designe que, por turno, le corresponde el conocimiento del asunto.//2) En caso de que la medida cautelar sea concedida, la demanda deberá presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán por el trámite de ejecución de sentencia”.
- 157 “**Artículo 27.-** // El auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución. El tribunal o el juez respectivo podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente”.

MEDIDAS CAUTELARES

El tribunal o el juez respectivo podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente.

Lo anterior implica una importante remisión a **todos los amplios mecanismos de ejecución judicial** que regula el CPCA (incluyendo la posibilidad de ejecución *sustitutiva* de la Administración, si es necesario, tal como se verá oportunamente), así como una vía de revisión de lo decidido que pospone todo lo demás por su naturaleza preferente. Tal vía de *impugnación* debe ser concordada necesariamente con lo dispuesto en el artículo 30 CPCA¹⁵⁸, el cual dispone la posibilidad de apelar ante el “Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda” (previamente ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo) del auto que resuelva la medida cautelar, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días y es en un solo efecto (devolutivo)¹⁵⁹.

El trámite de apelación es conocido a partir de lo decidido por la Corte Plena en sesión celebrada el 05 de octubre de 2009 (artículo VIII) por el denominado “Tribunal de Apelaciones” que tiene su sede en el Anexo A del II Circuito Judicial de San José.

En íntima conexión con la cláusula innominada del 19 CPCA, el 28 CPCA contempla una cláusula, también abierta, de **contracautela**¹⁶⁰ y la regulación de una eventual fase indemnizatoria por los daños y perjuicios causados con la ejecución de la cautela, la cual se representa como una vía rápida de resarcimiento para el perjudicado.

Para finalizar este recuento general de la regulación positiva, cabe mencionar que el artículo 29 CPCA¹⁶¹ regula también expresamente la *eficacia especial* de la medida cautelar (*rebus sic stantibus*), decretando que cuando varíen las circunstancias que motivaron su adopción o rechazo, el juez podrá variar lo decidido incluso de oficio.

Observamos entonces que la regulación contenida en el CPCA es mucho más detallada y específica que su antecesora (LRJCA), constituyendo un cuerpo normativo sólido para la aplicación de una tutela cautelar, componente que, como hemos señalado, es inescindible de la adecuada tutela judicial.

158 **“Artículo 30.-** // *Contra el auto que resuelva la medida cautelar cabrá recurso de apelación, con efecto devolutivo, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles”.*

159 Por la vía de excepción el Tribunal de Apelaciones ha admitido jurisprudencialmente apelaciones con efecto suspensivo, aunque esto no está previsto en el CPCA. La apelación en un solo efecto implica que el obligado por la resolución cautelar deberá cumplir lo dispuesto mientras se resuelve la apelación (ver en este sentido fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo n.º 103-F-TC-09). Por esta razón se han dictado medidas provisionales mientras se resuelve la apelación (ver fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo n.º 90-A-TC-2008).

160 **“Artículo 28.-** // 1) *El tribunal respectivo, el juez o la jueza al disponer la medida cautelar, podrá exigir que se rinda caución o cualquier otra medida de contracautela, suficiente y proporcionada para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés público.* // 2) *Contra el auto que resuelva la caución u otra contracautela, cabrá recurso de apelación, dentro del tercer día, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo.* // 3) *La caución o garantía podrá constituirse en cualesquiera de las formas admitidas en Derecho.* // 4) *La medida cautelar dispuesta no se ejecutará hasta que se compruebe haber cumplido con la contracautela o, en su caso, hasta tanto la caución esté rendida y acreditada en autos.* // 5) *Levantada la medida cautelar al término del proceso o por cualquier otra causa, la Administración Pública o la persona que pretenda tener derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados con su ejecución, deberá solicitarlo ante el tribunal, el juez o la jueza respectiva, por medio de un simple escrito, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cesación de los efectos de la medida. Si la solicitud no se formula dentro de dicho plazo o no se acredita el derecho, la garantía constituida se cancelará seguidamente y se devolverá a quien corresponda”.*

161 **“Artículo 29.-** // 1) *Cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de alguna medida cautelar, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá modificarla o suprimirla.* // 2) *En igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al rechazo de la medida solicitada, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá considerar nuevamente la procedencia de aquella u otra medida cautelar”.*

MEDIDAS CAUTELARES

d.2. Requisitos generales

Bien ha manifestado la Sala Constitucional que la posibilidad de adoptar medidas cautelares está “*subordinada a la concurrencia de los presupuestos y requisitos propios de las mismas [...]*” (S.C.V. 7190-06). Revisaremos tales requisitos a continuación, en términos generales, y pueden ser clasificados en el CPCA como siguen:

d.2.1. Requisitos subjetivos

Sin perjuicio de lo que se desarrollará *infra* al analizar los presupuestos procesales y subjetivos, podemos indicar aquí someramente que debe existir un **órgano jurisdiccional competente** para dictar la medida que, dada su instrumentalidad, será el encargado de conocer la pretensión principal¹⁶². Dependiendo de la fase de la tramitación, el juez encargado será distinto, ya sea juez tramitador (arts. 19 y 59 CPCA, 23 y 61.1. del RCPA¹⁶³), conciliador (art.

162 Ver fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo n.º 115-A-TC-09 de las 10:35 hrs. del 19 de junio de 2009. Si el juicio es de conocimiento del Juzgado Contencioso Administrativo conforme a las reglas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el competente para conocer de las medidas cautelares es el Juzgado. En este sentido el fallo 9-F-TC-2008: “*Conforme a la normativa vigente, corresponde al Juzgado que conoce del proceso principal, resolver respecto de este tipo de medidas cautelares, máxime si ese órgano ya ordenó suspender la ejecución del acto, que a su vez, se pretende ejecutar por esta vía. Por lo expuesto, deberá declararse la incompetencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda asentado en el Anexo A del Segundo Circuito Judicial para conocer de la solicitud de medida cautelar planteada y anular lo dispuesto y actuado por la Jueza Tramitadora de ese despacho. De igual forma, se debe dejar sin efecto la convocatoria a la audiencia oral prevista para el 27 de febrero próximo, y remitir el expediente al Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Edificio Principal del Segundo Circuito Judicial para la tramitación que corresponda.*” (TRIBUNAL DE CASACION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. N.º 000009-F-TC-2008 de las ocho horas del veintidós de febrero del dos mil ocho).

163 Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda (circular n.º 001-08 celebrada en sesión n.º 02-08 del 21 de enero del 2008, en adelante RCPA). Publicado en La Gaceta n.º 49 del 10 de marzo de 2008. Las normas disponen:

Artículo 23.—Atención de medidas cautelares

- 1) La medida cautelar podrá ser solicitada al Tribunal por cualquiera de los medios que dispone el artículo 6 bis LOPJ y el Título III del presente Reglamento. En tal caso, el Juez respectivo concederá audiencia a la contraparte en los términos establecidos por el artículo 24 del CPCA, salvo que se trate de extrema urgencia, en cuyo caso, procederá conforme al artículo 25 del mismo Código. En tal supuesto, cuando lo estime necesario confirmará la autenticidad del remitente.
 - 2) Las medidas cautelares de carácter urgente gestionadas antes del inicio del proceso, o estando el proceso en trámite, presentadas fuera de la jornada ordinaria, serán atendidas por el Juez de turno, aún cuando el expediente no se encuentre en una etapa procesal bajo su cargo.
 - 3) Una vez solicitada la medida cautelar, si el Juez en disponibilidad apreciare urgencia especial, podrá adoptar las medidas provisionales que considere necesarias a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 del CPCA
- Artículo 61.—Funciones de los Jueces Tramitadores.** Corresponde a los jueces tramitadores realizar las siguientes funciones:
- 1) **Medidas Cautelares:**
 - a.- A instancia de parte, el Juez Tramitador podrá adoptar las medidas cautelares que estime necesarias, aún antes que el proceso inicie y en tanto se encuentre bajo su conocimiento. Podrá ordenar además, de oficio o a instancia de parte, medidas provisionales de manera inmediata y prima facie, que aseguren la eficacia de la cautelar que se acoja finalmente.
 - b.- En los casos en los cuales el Juez Tramitador hubiese acogido una medida cautelar ante causam, y la demanda correspondiente no se presente en el plazo establecido por la Ley, en el mismo auto en el cual ordene el levantamiento de la medida, condenará a la parte que la solicitó, al pago de daños y perjuicios, los cuales serán liquidados por la vía de ejecución de sentencia ante el juez ejecutor.

MEDIDAS CAUTELARES

78 CPCA), ejecutor (art. 155.3 CPCA y 86.2 RCPCA¹⁶⁴), juez designado de la Sección Colegiada del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo (Cfr. Título V, Capítulo VII CPCA, art. 19 CPCA, 72. a) y 73.1) RCPCA¹⁶⁵, juez decisorio –no el tramitador– del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (arts. 87 y 90.2 RCPCA¹⁶⁶) o, incluso, un juez de casación, si de esta manera lo impone el caso (art. 44.5 y 51.6. RCPCA)¹⁶⁷.

Es decir, la competencia para conocer, analizar la prueba y determinar la medida dependerá de la fase procesal en que se encuentre la causa. Por ejemplo, en el caso del juez ejecutor, este deberá dictar y ejecutar a instancia de parte, las medidas cautelares que propicien el correcto, pronto y debido cumplimiento de la sentencia.

Sin embargo, le corresponde por regla al *juez ejecutor* ejecutar todas las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los otros órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con excepción del caso contemplado en el artículo 44.5 RCPCA; es decir, de la ejecución excepcional de medida cautelar por la Sala Primera en sede de casación cuando las circunstancias del caso así lo requieran, por la natural inconveniencia que el tiempo entre una y otra instancia podría ocasionar.

Aunque se trata de una medida cautelar, también es necesario *integrar correctamente la litis*, por cuanto, por disposición expresa del CPCA, la *litis consorcio necesaria* debe ser integrada de oficio o a gestión de parte (art. 71 CPCA)¹⁶⁸.

-
- 164 “Artículo 86.—**De la competencia de los Jueces Ejecutores.** Los Jueces Ejecutores tendrán las siguientes competencias:
- 1) Ejecutar todas las sentencias y resoluciones firmes propias del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
 - 2) Dictar y ejecutar a instancia de parte, las medidas cautelares, que propicien el correcto, pronto y debido cumplimiento de la sentencia. Asimismo ejecutará las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los distintos órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, salvo lo dispuesto en el artículo 44 de este Reglamento [...]”.
- 165 El artículo 72 indica en lo conducente que les corresponde a los jueces de juicio conocer de todas las cuestiones relativas al proceso a partir del momento en que se señalen hora y fecha para la celebración de la audiencia. Mientras que, expresamente, el artículo 73 dispone:
- “Artículo 73.—**De las funciones del juez de juicio.** En su gestión, los jueces de juicio tendrán un rol activo y conformador. Deberán realizar todas aquellas actuaciones y probanzas tendientes a determinar la verdad real de los hechos, garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia que dicten. Por lo cual, concluida la fase inicial, según se refirió, les corresponderá, entre otras funciones, las siguientes:
- 1) Adoptar, a instancia de parte, las medidas cautelares que estime necesarias, y ordenar de oficio, o a instancia de parte, medidas provisionales y prima facie que aseguren la eficacia de la cautelar que se acoja finalmente (artículo 19 del CPCA) [...]”.
- 166 “Artículo 90.—**Jueces Decisorios.** Corresponderá a ellos realizar las siguientes funciones, sin perjuicio de las otras que les asigne la ley: [...] 2) Decidir sobre la adopción o no, de las medidas cautelares que se soliciten de manera anticipada o en el curso del proceso [...]”.
- 167 No contiene la habilitación expresa el reglamento para el juez del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, pues el texto del reglamento dispone en las normas que interesan: “Artículo 44.—**Competencias.** Corresponde a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, conocer y resolver: [...] 5) De la adopción de las medidas cautelares **y excepcionalmente de su ejecución** cuando las circunstancias del caso así lo requieran”. Mientras que el 51.6 no contiene semejante habilitación: “Artículo 51.—**Competencias.** Corresponderá al Tribunal de Casación, conocer y resolver: [...] 6) Dictar las medidas cautelares necesarias, en los asuntos bajo su conocimiento”. Cabría preguntarse si *de lege ferenda* podría darse la habilitación para que, si las circunstancias del caso lo requieran, el juez de casación del Tribunal de casación también pueda ejecutar la medida, ante lo cual nos inclinamos por la respuesta afirmativa por ser el fundamento el mismo y por la regla de que ante supuestos análogos la solución legal ha de ser la misma. El texto del 86.2. no da pie a dar por incluida tácitamente la habilitación para el Juez del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo.
- 168 Posición sostenida por la jueza tramitadora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, Marisol Salas Fallas, en entrevista realizada durante el curso de esta investigación. Obstáculos para la tutela cautelar en el CPCA. Realizada por José Álvaro López Camacho, el 27 de mayo de 2009. Con posterioridad ha indicado la jurisprudencia: “En la medida cautelar cuando es necesaria la integración de la litis procede a integrarla de conformidad con el artículo 71, hay que tener claro que la integración de la litis tiene por objeto garantizar a la parte la debida defensa en juicio cuando la resolución le va a afectar, le va a crear una obligación o de alguna forma va a alterar los derechos de ésta” (Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 233-2010 de las 14:15 hrs. del 20 de mayo del 2010).

MEDIDAS CAUTELARES

Ahora bien, el código indica que la medida se adopta “a instancia de parte”. Así que, por regla general y salvo el caso de las provisionalísimas¹⁶⁹, las medidas podrán ser adoptadas a **instancia de parte**, lo cual supone que estará **legitimada activadamente** para que la parte demandante solicite la medida cautelar en el proceso principal¹⁷⁰,

- 169 Con la salvedad dicha de los casos de renovada procedencia y el especial del 161.2 CPCA. Cabe anotar que, según el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo ha resuelto, dentro del expediente 08-51-1027-CA de las trece horas cuarenta y nueve minutos del 28 de abril de 2008, está dentro de los poderes de ordenación del juez otorgar un plazo para subsanar defectos en el poder otorgado por una sociedad a su apoderado que solicita la medida cautelar. En dicha audiencia, el juzgador aclara que lo estipulado en el artículo 46 RCPCA no alcanza a la representación de una sociedad que gestiona la medida cautelar, por lo tanto, es necesario subsanar la situación del poder.
- 170 Al respecto de la legitimación, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha establecido: “*La legitimatio ad causam alude a la aptitud de un sujeto para ser considerado parte en un proceso concreto. La determinación de esta idoneidad procesal está íntimamente ligada con la pretensión deducida en la acción, y sólo quien se encuentre en determinada relación con ésta puede ser parte en el respectivo proceso. La legitimación activa, a su vez, se refiere a esa suficiencia procesal del sujeto demandante [...]*”. (Sala Primera, n.º 11 de las 15:00 hrs. del 22 de enero de 1993). Además, la jurisprudencia nacional ha señalado con toda claridad: “*La legitimatio ad causam constituye, entonces condición para el dictado de la sentencia de fondo o mérito, pero no de la sentencia favorable. Al no poder el órgano jurisdiccional resolver la existencia o no del derecho material pretendido, o al declarar que se encuentra inhibido para pronunciarse, no se produce la cosa juzgada pues el punto de fondo no se ha decidido. La legitimación constituye un presupuesto de la pretensión formulada en la demanda y de la oposición hecha por el demandado, para hacer posible la sentencia de fondo que las resuelve; consecuentemente la legitimación en la causa no constituye un presupuesto procesal, en tanto **no se refiere al procedimiento o al válido ejercicio de la acción, antes bien se refiere a la relación sustancial que debe existir entre actor y demandado y al interés sustancial que se discute en el proceso.** La legitimación en la causa se refiere a la relación sustancial que se pretende existente entre las partes del proceso y el interés sustancial en litigio. **El demandado debe ser la persona a quien le corresponde por ley oponerse a la pretensión del actor o frente a la cual la ley permite que se declare la relación jurídica sustancial objeto de la demanda; y el actor la persona que a tenor de la ley puede formular las pretensiones de la demanda, aunque el derecho sustancial pretendido no exista o le corresponda a otro.** Lo anterior significa que no se precisa ser titular o sujeto activo o pasivo del derecho o relación jurídica material, sino **del interés para que se decida si en efecto existe, esto es se trata de una legitimación para obtener sentencia de fondo o mérito.** De acuerdo al sujeto legitimado o a su posición en la relación procesal se puede distinguir entre **legitimación activa y pasiva**, la primera le corresponde al actor y a las personas que con posterioridad intervengan para defender su causa, la segunda le pertenece al demandado y a quienes intervengan para discutir y oponerse a la pretensión del actor”. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, n.º 83 de las 15:10 hrs. del 24-09-97; en el mismo sentido, véase n.º 89 de las 14:50 hrs. del 19-06-91; n.º 84 de las 15:15 hrs. del 24-09-97, y de la Sala de Casación, n.º 76 de las 15:15 hrs. del 27-07-1959; n.º 34 de las 10:20 hrs. del 22-03-1961; n.º 101 de las 10:15 hrs. del 06-09-1961; n.º 72 de las 16:15 hrs. del 07-07-1965 y n.º 44 de las 10:15 hrs. del 30-04-1969, así como del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, n.º 304 de las 14.55 hrs. del 29-07-1999, citadas por Artavia Barrantes (Sergio). *Derecho Procesal Civil. T.III., Dupas, 2004, p. 135*). El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha considerado necesario que exista una afectación para estar legitimado en sede cautelar. En este sentido, entre otros, el fallo 204-A-TC-2008: “*II.- Como puede notarse, la tutela cautelar peticionada resulta a todas luces improcedente, toda vez que la actora pide, se dicten medidas cautelares en su favor por una supuesta afectación que, afirma, se produce al no poder utilizar el taxi diariamente. En realidad, y sin que por ello se juzgue el fondo del asunto, -el cual está referido a la posible nulidad del procedimiento administrativo seguido por el Consejo de Transporte Público-, en el caso concreto no se da la afectación acusada, pues la parte actora ha indicado y aportado prueba precisamente de que cedió mediante escritura pública el taxi a favor de un tercero, el cual, sería eventualmente el único que sufriría los daños por la cancelación de la placa de taxi [...]. De este modo, no podría considerarse que la actora esté legitimada para pedir la medida cautelar en los términos que lo realiza ni alegar daños por la falta de uso de una placa de taxi que no le pertenece desde que firmó la cesión referida.*” (TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Res. 000204-A-TC-2008 de las nueve horas treinta minutos del dieciocho de diciembre del dos mil ocho). Sobre el tema véase también los fallos de este mismo Tribunal 16-F-TC-09 y 88-F-TC-09.*

MEDIDAS CAUTELARES

o bien su coadyuvante activo (art. 13.2. CPCA)¹⁷¹. En efecto, serán **legitimados pasivos** aquellos frente a quienes se ejerce directamente la pretensión cautelar y a quienes intervengan para discutir y oponerse a la pretensión del solicitante, o bien, a aquellos a quienes por ley les corresponda oponerse a dicha pretensión (v.gr. terceros afectados con la medida).

A diferencia de lo anterior, la modificación, supresión o adopción de la medida originalmente rechazada sí puede pronunciarse **de oficio** cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de la medida o su particular configuración (art. 29 CPCA). Es decir, la mutación de la situación cautelar sometida a conocimiento del juzgador ya no está supeditada a la instancia de parte.

171 Sobre el tema de la legitimación activa y la representación en la tutela cautelar y su interpretación flexible (en relación con el art. 10 CPCA) véase la res. TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, n.º 222-08 de las 10:40 hrs. del dieciocho de abril de dos mil ocho, en donde el juez tramitador le reconoce legitimación a una asociación para interponer una solicitud medida cautelar contra el Estado, JAPDEVA y el ICT, frente a una orden de desalojo emitida por el Ministerio de Seguridad, esto frente a los ocupantes de un terreno en “precario”. Como parte del razonamiento de ese fallo, afirma el juzgador: “[...] estoy dando una interpretación sumamente flexible porque tampoco hay una prueba así muy legítima que inclusive los ocupantes de la zona “no construida” los represente adecuadamente la Asociación, lo único que tenemos es que inclusive don [J] que es la que la representa alega que está ahí y que él vive ahí” [...]. (Cfr. 10:38:07-10:38:26 hrs. de la grabación digital correspondiente). En relación con la interpretación flexible de la legitimación en sede cautelar, puede verse también lo resuelto dentro de la audiencia de medida cautelar dispuesta en el expediente 08-51-1027-CA a las 9:02 hrs. del 16 de mayo de 2008, en cuanto el juzgador considera válido y suficiente para efectos de la audiencia cautelar la simple presentación al registro junto con el libro de actas de la sociedad, del nombramiento como representante de dicha sociedad al gestionante de la medida, a pesar de que todavía no aparecía inscrito o anotado dicho movimiento en el Registro Público.

MEDIDAS CAUTELARES

El proyecto del Código originalmente no contemplaba el requisito antes señalado, sino que posibilitaba al tribunal o juez respectivo a ordenar “*de oficio o a instancia de parte, [...]*” las medidas cautelares adecuadas y necesarias¹⁷². La posición de la PGR¹⁷³ siempre fue contraria a esa habilitación. Luego, mediante moción n.º 1 (01-37-CJ) – de varios diputados – se suprimió la posibilidad de ordenarlas *de oficio*, salvo en el art. 23 (lo referente a medidas *provisionalísimas*) que sí permaneció con esa mención.

Nótese que con el cambio señalado la expresión “[...] *también podrán ser adoptadas por el tribunal o el juez respectivo, a instancia de parte, antes de iniciado el proceso*” (19.2. CPCA) cambia de su sentido original, porque en el original la posibilidad de ordenar *de oficio* las medidas se supeditaba a la hipótesis del párrafo 1º; es decir, durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, pero no antes de iniciado un proceso, por lógica elemental, ya que un juez no podría sin la interposición de un proceso llegar a adoptar medidas cautelares y aplicarlas *mutuo proprio* a la Administración. Es decir, antes de interpuesto el proceso sí eran posibles, pero a instancia de parte. Con el cambio, tal sentido se pierde, pues en ambos párrafos 1º y 2º se establece que es *a instancia de parte* que se ordenan las medidas, por lo que habría bastado con incluir en el párrafo 1º la hipótesis restante “antes de iniciado el proceso [...]” y no dedicarle un apartado entero.

172 Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1ºed., San José, Costa Rica, 2007, p. 137.

173 Cabe hacer referencia aquí a que la opinión de la Procuraduría General de la República fue claramente opuesta a tal posibilidad. Lo anterior es evidente si tomamos en cuenta las intervenciones de la Licda. Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora General de la República, las cuales constan en el Acta n.º 9 del 2 de marzo de 2005: “[...] *la Procuraduría se opone a todo el capítulo de medidas cautelares, por considerar que son excesivas, en particular, a la posibilidad de que de oficio se apliquen medidas cautelares. Siempre en la línea que ha mantenido, de que sí hay que ampliar obviamente la única medida cautelar que hay en este momento. Pero, que en nuestro criterio hay un exceso en los artículos de referencia [...] La preocupación nuestra es que básicamente, por ejemplo, en el artículo 19 se establece la posibilidad de ordenar de oficio o a instancia de parte las medidas necesarias cautelares adecuadas para proteger y garantizar el objeto del proceso. // Nosotros en este sentido tenemos objeciones a la posibilidad de que oficio se declaren medidas cautelares. O sea, nos cuenta (sic) tal vez visualizar que sin la interposición de un proceso determinado el juez llegue adopte medidas cautelares y las aplique a la Administración.// Yo vengo insistiendo en que hay que tener claro que la Administración debe estar sujeta al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como está sujeta al control de la Sala Constitucional. Pero, también se requiere que la Administración tenga una posibilidad de actuar y de ejecutar sus actos. // Entonces, en esa medida esas posibilidades amplias a los jueces pueden impedir que en algún momento la Administración pueda actuar, inclusive, en cumplimiento de fines públicos. // La preocupación va en [...] y sin dudar de la capacidad de los jueces contenciosos que de los que yo conozco todos son muy buenos. Pero ¿cuándo puede venir un juez y de oficio a empezar a dictar una serie de medidas cautelares que vean que ya no es la suspensión del acto? Como es actualmente, si no que va mucho más allá y puede incluso ordenarle conductas a la Administración. // Esa es la preocupación básica que ha tenido la Procuraduría en las discusiones inclusive que hemos tenido a lo interno, donde nos parece que esas facultades para dictar medidas de hacer o no hacer de oficio, sin gestión de parte son excesivas”.* (Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1ºed., San José, Costa Rica, 2007, pp. 138-139). Ante las preocupaciones que apuntaba la PGR, cabe anotar dos aspectos: a) como bien dice JINESTA LOBO “*La tutela cautelar lejos de paralizar la función administrativa o de atentar contra los principios de celeridad, eficiencia, eficacia, buena administración, continuidad y regularidad que la informan, preserva el equilibrio entre los derechos fundamentales de los administrados y las prerrogativas de la Administración Pública//. El derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida sin denegación (artículo 41 Constitución Política), constituye un límite infranqueable a la autotutela declarativa y ejecutiva de las administraciones públicas*”. Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1ºed., San José, Costa Rica, 2007, p. 150. A lo cual hemos de sumar las reflexiones presentadas *supra* sobre la correcta dimensión en este tema del principio de **eficacia**, pues en tales circunstancias, el anclaje constitucional abstracto o genérico de la autotutela cede frente a la necesidad de verificar qué es lo que realmente exige el interés general. Ahora bien, tampoco es que la habilitación del proyecto permitía al juez **sin la interposición de un proceso determinado** adoptar por su cuenta medidas cautelares y aplicarlas a la Administración, como suponía la PGR, nótese que el texto original del 19.2. CPCA supeditaba a la *instancia de parte*, las medidas tomadas antes de iniciado el proceso. Es durante el transcurso del proceso o en fase de ejecución que el 19.1. CPCA permitía al juez respectivo ordenar *de oficio* las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Es decir, la objeción no encontraba asidero en el texto del proyecto.

MEDIDAS CAUTELARES

Sin embargo, valga dejar constancia que **una cosa es que el Código indique que las medidas se otorgan “a instancia de parte”** (salvo las provisionales¹⁷⁴) **y otra muy distinta que los órganos jurisdiccionales solamente puedan otorgar aquellas medidas taxativamente solicitadas por la parte.**

En este sentido, del contenido del artículo 19 CPCA, podemos derivar la vigencia del principio de *rogación*, pero **no el de correlación literal** entre lo pedido y lo otorgado¹⁷⁵.

174 Como señalamos, esta es la regla general, sin embargo, tal como veremos más adelante, aquí sostenemos la tesis de que en casos excepcionales, en la fase de ejecución de sentencia firme “*si su contenido o naturaleza así lo exigen, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento*” (art. 161.2. CPCA); de manera que ahí habría una habilitación oficiosa para el ejercicio de tales poderes. Asimismo, en hipótesis de renovada procedencia (art. 29.2. CPCA), también existe una habilitación oficiosa para considerar nuevamente la procedencia de la medida cautelar solicitada inicialmente, o bien, de otra medida cautelar que las circunstancias impongan.

175 Nuestra jurisprudencia ya ha indicado que tratándose de la tutela cautelar no es obstáculo “*la solicitud expresa efectuada por el propio actor, pues corresponde al Juez adoptar la que estime aconsejable, aún con la eventual separación de la requerida por el accionante. Así las cosas, no rige aquí la estricta vinculación entre lo pedido y lo resuelto, pues al Juez se le otorga una libre configuración de lo que puede conceder en atención a las circunstancias particulares del caso. Y para la adopción de la que fuere necesaria, el Tribunal goza de plena competencia para hacer llegar a sus estrados: la prueba, elementos o datos que estime pertinentes. Rige aquí el principio “inquisitivo” en favor del Tribunal, frente al comúnmente otorgado a las partes, como dueñas exclusivas del proceso, denominado en la tradición jurídica como “dispositivo”.* (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. N.º 321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno). También ha señalado el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo que en las medidas cautelares “*rige efectivamente el principio de rogación que para nada debe confundirse con el principio de congruencia, grave daño se provocaría a la tutela y al instituto de la tutela cautelar si amarrásemos las medidas al principio de congruencia y lo sujetásemos a un principio dispositivo de lo (sic) que pedido por la parte limita al juez. Hay que recordar sí que son rogadas pero luego permiten al juez adoptar lo que estime pertinente y necesario, como lo establece el Código, siempre que tenga vinculación con el objeto del proceso. Más aún, existen particularidades de la medida cautelar que permiten una actuación totalmente oficiosa sin siquiera la rogación, como ocurre con los artículos 23 y 29.2 cuando se trata de medidas provisionales o bien de la revisión o adaptación de la medida cautelar por supuestos posteriores*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución n.º 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve. La transcripción es propia dado que se trata de un fallo oral, el video puede observarse en la página web del Tribunal). En el mismo sentido el fallo 95-F-TC-2009: “*en materia cautelar rige un principio de rogación pero no en forma estricta un principio de congruencia, y esto es digno de destacar nuevamente, no hay incongruencia en la medida en que la cautelar tenga un vínculo con el objeto de lo que se debata, aniquilaríamos la tutela cautelar en la medida en que la coloquemos en moldes rígidos de congruencia estricta*” (también transcripción propia del fallo oral).

MEDIDAS CAUTELARES

Siempre que lo otorgado se engarce con la efectividad de la sentencia y el objeto del proceso, el juez podrá acceder a la medida sin quebrantar el apoderamiento legal. CHINCHILLA MARÍN lo interpreta esto no como una derogatoria del principio de *congruencia* en el ámbito cautelar, sino una *menor intensidad* o rigor en su aplicación¹⁷⁶.

Al respecto nos dice la autora que

*en el juicio cautelar desplegará toda su virtualidad la doctrina según la cual la congruencia no requiere una correlación literal entre las pretensiones de las partes y la resolución que se dicte, sino que simplemente impone una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, no exigiendo otra cosa sino que el Tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad*¹⁷⁷.

A favor de esta tesis, cabe argumentar que si el Código prevé incluso la posibilidad de que el juez tramitador o el tribunal, de oficio, pueda ampliar, adaptar o ajustar las pretensiones o sus fundamentos en el proceso principal (artículo 95.1. CPCA, véase también el artículo 147 del mismo cuerpo normativo), con mucha mayor razón cabe aplicar lo mismo a la pretensión cautelar, relacionada con aquella, si es lo que impone la circunstancia del caso concreto.

En este sentido, al momento de dar la audiencia del 24 CPCA, el juez bien podría presentar una fundamentación distinta de la formulada por la parte, o bien, podría proponer una medida que considere adecuada y necesaria en las circunstancias del caso sometido a su conocimiento, dándoles a los interesados la oportunidad para formular sus alegatos al respecto, sin que el 19 CPCA sea un impedimento. Es decir, una vez que se *insta* la **cautela**, el juzgador ejerce sus poderes de dirección del proceso, sin que por eso sea vean empañadas su imparcialidad ni la habilitación legal de su actuación. Es más, tal interpretación encuentra sustento constitucional en los artículos 39, 41 y 49, en tanto cumple con su función constitucional de asegurar el control efectivo de la conducta administrativa y posibilitar la tutela judicial.

176 Al respecto señala que: *“Ello es así porque mientras que las pretensiones de las partes en relación con el fondo del asunto pueden ser de contenido muy diverso, las pretensiones de la tutela cautelar van a ir siempre a remolque de las ejercidas con carácter principal, respecto de las cuales carecen de autonomía por constituir un instrumento al servicio de su efectividad. Con ello quiere decirse que tanto en su solicitud, como en su adopción, las medidas cautelares se encuentran constreñidas por su relación de dependencia de la pretensión principal, todo lo cual implica, en definitiva, que cualesquiera que fuesen los términos literales en los que se formula una solicitud de tutela cautelar, la sustancia de lo pedido, que es, según el Tribunal Supremo, a lo que ha de atenderse el órgano judicial, no puede ser otra cosa que la necesidad de preservar, asegurándola, la efectividad de la sentencia, con lo cual siempre que la medida adoptada cumpla con esa finalidad, el órgano judicial estará respetando el principio de congruencia, ya que, en último término, se habría atendido a la sustancia de lo solicitado, aunque en sentido estricto no haya respetado su literalidad”*. CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 602. Con respecto a este tema indica la doctrina nacional que “[...] el juez puede apreciar y resolver que procede ordenar una medida cautelar distinta de la solicitada. En efecto, de la regulación del Código se deriva que el juez puede adoptar la medida que él juzgue más adecuada y que su ponderación puede sustituir, y obviamente, imponerse a la de la parte que solicita la medida. En ese sentido, la redacción del capítulo permitiría considerar que la solicitud de la parte no vincula en modo alguno al juez. // De lo anterior se desprende que el juez no está vinculado por el principio de congruencia, a que hace referencia el Código Procesal Civil, artículo 99 [...]” (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. *Código Procesal Contencioso Administrativo comentado*. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, pp. 149-150). Para estos efectos cita la autora los votos del Tribunal Contencioso Administrativo #305-2002, según el cual *“no rige aquí la estricta vinculación entre lo pedido y lo resuelto, pues al Juez se le otorga una libre configuración de lo que puede conceder en atención de las circunstancias particulares del caso”*, y #321-2004, según el cual el juez puede determinar medidas cautelares diversas *“si bien íntimamente relacionadas con el objeto de la petición incidental y de la principal [...] de vieja fecha la jurisprudencia ha aceptado que el juzgador puede imponer condiciones a la medida que ninguna de las partes haya propuesto [...]”*. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. *Código Procesal Contencioso Administrativo comentado*. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 151).

177 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, pp. 602-603. En el texto se hace referencia a expresiones literales del Tribunal Supremo Español del 8 de julio de 1997, Sala Tercera, RA 6211, y del 25 de mayo de 1995, Sala Primera, RA 4128.

MEDIDAS CAUTELARES

El límite será, en este caso, la **racional adecuación del fallo a las pretensiones sustanciales de las partes y los hechos sometidos a su conocimiento**¹⁷⁸.

En esto no hay vulneración del derecho de defensa, pues la sustancia de lo pedido, como CHINCHILLA MARÍN afirma: “*por definición, tiene que ser el aseguramiento de la efectividad de la resolución que ponga fin al proceso*”, o bien, en los términos del CPCA “*proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*”¹⁷⁹.

Un claro ejemplo de este tipo de poderes de *readecuación de la medida* es la resolución dictada por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo en el expediente 08-74-161-CA (res. n.º 270-08 de las 13:32 hrs. del 05 de mayo de 2008), donde el juzgador rechaza la solicitud de suspender el acto de puesta en posesión ordenado en sede judicial (que era lo solicitado por el petente), y en su lugar nombra al actor depositario judicial del inmueble objeto del litigio¹⁸⁰.

Ahora bien, **si la medida fue originalmente solicitada y rechazada, el juez sí puede, de oficio, volver a conocerla y adoptarla, si varían las circunstancias que dieron motivo al rechazo. En síntesis, instada la cautela, los poderes del juzgador pueden y deben ser ejercitados.**

d.2.2. Requisitos objetivos

Se entienden por tales las condiciones que deben darse en la realidad para que proceda la adopción de la medida en el proceso contencioso. Tales requisitos están dispersos en el articulado, y su tratamiento más detallado se abordará en el capítulo siguiente, pero pueden ser resumidos como sigue: a) *fumus boni iuris* (entendido como piso mínimo, es decir, basta con la ausencia de temeridad, o “requisito negativo” en este sentido); b) *periculum in mora* (requisito positivo); c) *necesaria ponderación circunstanciada de los intereses contrapuestos*; d) *vinculación de la pretensión cautelar con el objeto del proceso*; e) *proporcionalidad de la medida adoptada*; f) *no afectación grave de la situación jurídica de terceros o de la gestión sustantiva de la entidad*; g) *contracautela por los posibles daños*.

178 Algo similar apunta ROJAS CHAVES: “*Hablar de congruencia tratándose de la tutela cautelar regulada en el Código sólo tendría sentido como relación lógica entre la medida el objeto del proceso, pero no entre lo resuelto y la medida solicitada*”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 152.

179 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 603.

180 Véase voto del TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, res. 270-08 de las trece horas treinta y dos minutos del cinco de mayo de 2008, dictada en proceso 08-74-161-CA que en lo conducente dispone: “[...] yo no tengo competencia para suspender la puesta en posesión [...] siendo así esta juzgadora procede efectivamente a rechazar la medida cautelar de suspender la puesta en posesión. Sin embargo, como mis competencias así lo establecen, como medida precautoria y readecuando la medida cautelar solicitada, conforme al 19 y 21 [...] en este acto nombro a Don [G] representante de comercializadora [J.S.A.] depositario judicial del inmueble [...] de este litigio, además hago indicación de que este asunto resuelve sin especial condenatoria en costas [...]”. (Cfr. 13:33:43 – 13:34:42 de la grabación digital correspondiente). También sobre la imposibilidad de suspender un acto jurisdiccional por la vía cautelar, véase TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución 30-08 de las diez horas veinticinco minutos del cinco de febrero de 2008. Ahí igualmente, a pesar de rechazar la cautela positiva, se le da un término perentorio a la Administración para que proceda con la conducta debida. Nótese que, posteriormente, por resolución n.º 00009-F-TC-2008, dictada por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda a las ocho horas del día de 22 de febrero de 2008, se declaró incompetente al Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ubicado en el Anexo A del Segundo Circuito Judicial de San José para conocer de la medida cautelar incoada, se anuló la resolución n.º 30-2008 y se ordenó remitir el expediente al Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda para que continúe con la tramitación del asunto. Sobre la tramitación de este último caso, véase también el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda #000010-A-TC-2008 de las ocho horas cinco minutos del veintidós de febrero de dos mil ocho.

MEDIDAS CAUTELARES

Sobre estos volveremos en el capítulo siguiente, sin embargo, basta por ahora enunciar las líneas generales que se han señalado sobre el tema. La jurisprudencia ha dispuesto que

*Para el otorgamiento de la suspensión de la ejecución, deben concurrir, concomitantemente, sendos presupuestos. El **periculum in mora**, consiste en el temor razonable y **objetivamente fundado** de la parte actora de que la situación sustancial aducida resulta seriamente dañada o perjudicada de forma grave e irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal. Síguese de lo anterior, que el **periculum in mora** requiere de la concurrencia de dos elementos: el daño inminente y la demora del proceso ordinario de cognición plena. En los términos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, este presupuesto se plasma en el artículo 91.2. al señalar que “Procederá ésta – la suspensión – cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”. Uno de los perfiles más relevantes de este presupuesto, está constituido por lo que la doctrina ha denominado la “**bilateralidad del periculum in mora**” o “perjuicio bilateral alternativo”, aspecto que le impone al órgano jurisdiccional aplicar el principio de proporcionalidad – razonabilidad técnica -, ponderando los diversos intereses involucrados al acordar la suspensión de la ejecución. Por consiguiente, el juez debe valorar comparativamente el interés del sujeto activo de la suspensión – solicitante – con **el interés público y el de terceros**, por lo que, únicamente, otorgará la medida **cuando el perjuicio que pueda sufrir el solicitante sea cualitativa y cuantitativamente superior al daño sufrido por la contraparte – Administración Pública – o un tercero**. Esta faceta del **periculum in mora** se encuentra patente en el artículo 93.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa al **exigirle al incidentista en cuyo favor se ha dictado la suspensión de la ejecución una contracautela – caución – “[...] si pudiere resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero [...]”**. Sobre este tópico, es menester indicar que tal **ponderación de los intereses involucrados en el proceso administrativo, no puede implicar una potenciación del interés público**, puesto que, el artículo 41 de la Constitución Política, no permite que los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar estén condicionados o excepcionados por la relevancia o no de un interés público o supuesta “razón de Estado” cuya titularidad ostenta la Administración Pública. Es decir, ningún interés público puede llegar al extremo de sacrificar la tutela judicial efectiva que comprende la cautelar. Bajo esta inteligencia, la causación de un perjuicio a los intereses de la Administración Pública o de un tercero, únicamente puede enervarle al administrado la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución cuando aquél sea cuantitativa y cualitativamente superior al daño que puede sufrir el último con la ejecución del acto. En punto al **fumus boni iuris**, denominado, también, **apariencia o humo de buen derecho**, es preciso acotar que se traduce en un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial y **éxito de la pretensión principal en la sentencia definitiva**, y se manifiesta en la seriedad fundamento y consistencia de las pretensiones invocadas por el actor [...]. (Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sentencia 369-2004 de las ocho horas del veinte de abril de 2004).*

El Tribunal Superior Contencioso Administrativo apuntaba en el mismo sentido que

*IV.- [...] El **periculum in mora**, consiste en el temor razonable y objetivamente fundado de la parte actora de que la situación jurídica sustancial aducida resulte seriamente dañada o perjudicada de forma grave e irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal. Síguese de lo anterior, que el **periculum in mora** requiere de la concurrencia de dos elementos: el daño inminente y la demora del proceso ordinario de cognición plena [...]*¹⁸¹.

181 Auto n.º 402-95 de las 15 hrs. del 29 de noviembre de 1995, citado por JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 8.

MEDIDAS CAUTELARES

En el mismo sentido, JINESTA ha indicado que

el periculum in mora es el peligro que amenaza a la situación jurídica sustancial aducida, en virtud de la lentitud de la tutela ordinaria. Debe ser, tal y como lo indica el auto transcrito, un temor objetivamente fundado, que corresponda a una situación de peligro actual, real y objetivo, determinada por las condiciones en las que se encuentra el administrado. // El daño grave e inminente supone una probabilidad cercana, de ahí la urgencia con que debe ser adoptada la medida cautelar, pues de no ser así el daño temido deviene efectivo. En general, cualquier riesgo que pueda suponer amenaza de ineffectividad es, potencialmente, un posible peligro que la cautelar está llamada a conjurar¹⁸².

En lo que respecta al *periculum in mora*, **nótese que la ley no utiliza la pretérita expresión de “daños de imposible o difícil reparación [...]”**, cambiándola por *graves daños o perjuicios*, término que irá decantando la jurisprudencia.

El texto original del artículo 21 en el proyecto no tiene ni siquiera la expresión “*graves [...]*”¹⁸³, lo cual obedece al simple hecho de que la necesaria y circunstanciada ponderación de los intereses en juego ya presupone el requisito en su correcta acepción, en el sentido de que el concepto indeterminado “*graves [...]*” no implica que deben ser extremos e irreparables, sino todo lo contrario, que guarden una relación de mayor valía en el juicio de ponderación con los contrapuestos en el caso dado. Será el tiempo el que determine el concepto que asuma la jurisprudencia; pero esta no podrá coincidir con daños de imposible o difícil reparación sin más, porque con ello se perdería el espíritu de la reforma.

En nuestra opinión, **no se trata de un simple cambio de palabras** para expresar la misma idea, sino todo lo contrario, el cambio de expresión supone un cambio en el régimen sustancial de la medida **a favor del juicio concreto de ponderación** que, claro está, no se puede identificar con cualquier posible daño o perjuicio, o con el hecho mismo de esperar hasta que se dicte la resolución que ponga fin al proceso. Si así fuera, habría que otorgar la medida en todos los casos que se pidiera, lo cual no tiene sentido.

En otras palabras, es nuestro criterio que el término que emplea el CPCA se refiere a un detrimento **patrimonial o no** que no guarde proporción con el mantenimiento del *status quo ante*, de tal manera que el no otorgar la medida cause a la situación aducida un perjuicio *mayor y relevante* confrontado con la opción opuesta, de forma que en tales circunstancias no resulte razonable, o bien, resulte más bien excesivo tener que esperar sin la medida a que se dicte la sentencia definitiva en el proceso principal. Es decir, **se trata de un umbral flexible¹⁸⁴**, dado que a mayor

182 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique). JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.168.

183 Véase COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1°ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 137. La moción n.° 2 (02-38-CJ) introdujo la expresión.

184 Cabe señalar que la indicada denominación de “*umbral flexible*” junto con el principio que aquí se denomina de “*influencia recíproca*” fueron incorporados inicialmente en el trabajo final de investigación sometido a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Derecho de la UCR, para optar por el grado de Magíster en Derecho Público (2009), los cuales son la base de la presente investigación. Para satisfacción de este autor, luego ambos conceptos fueron reconocidos por la jurisprudencia en tales términos. Véanse en este sentido las resoluciones 129-F-TC-2009 y 95-F-TC-2009. “*una visión tópica del problema. El problema es el que determina la solución y la cautelar se amolda a los problemas y a la realidad social*” (129-F-TC-2009) y sobre el principio de “*influencia recíproca*” (95-F-TC-09 y 129-F-TC-2009). El citado voto 95-F-TC-09 indica que “*... el periculum in mora se constituye en la cautelar como el requisito positivo y esto tiene que también quedar claro y ese periculum in mora se maneja en un umbral flexible dentro de la connotación de la nueva legislación de tal manera que cuando la legislación apunta a daños graves apunta a la lesión intermedia teniendo como techo o umbral máximo el irreparable y como mínimo y piso básico el leve, ese que es consustancial ese que corresponde a cualquier acto desfavorable de la administración pero que el administrado tiene que soportar. La medida cautelar atiende o es atendible por tanto en la medida en que haya una lesión grave o bien que haya una lesión irreparable que supere esto [...]no siempre se satisface mediante el dinero algunos daños que por sí son irreparables*” (transcripción propia del fallo oral. También sobre el tema véase el fallo 96-F-TC-09).

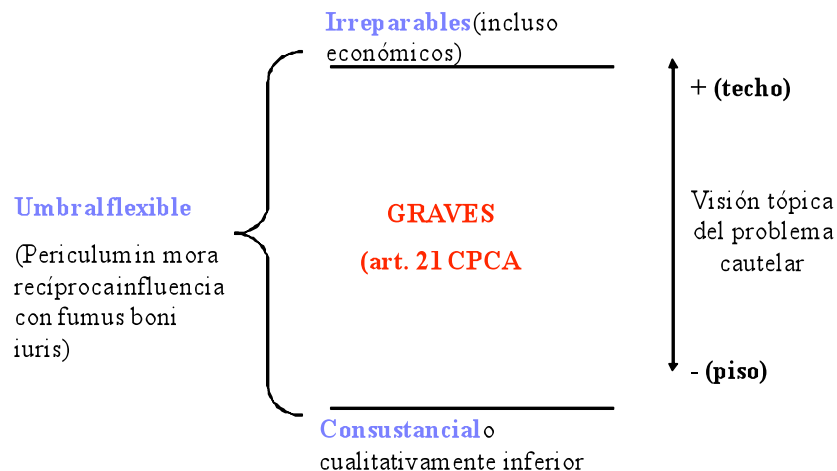
MEDIDAS CAUTELARES

intensidad de exigencia del interés general a la no adopción de la medida, mayor será el detrimento que justifique su adopción por encima de aquel.

El techo del umbral se alcanzará cuando el daño deje de ser simplemente “grave” para convertirse en irreparable o de muy difícil reparación – que sería lo más – cuando, como nos indica CHINCHILLA:

no pueda restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente, no que no pueda resarcirse con el pago de una cantidad. La Administración siempre podrá pagar; pero reparar, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, no es pagar o resarcir, sino dejar indemne. Por eso, hasta la propia exposición de motivos de la Ley de 1956 especificaba que “respecto a la dificultad de reparación no cabe excluirla sin más por la circunstancia que podría derivarse de que la ejecución sea valorable económicamente”. Incluso en los casos en los que el daño causado es de naturaleza exclusivamente económica, el Tribunal Supremo tiene dicho que “la reparabilidad del daño no debe contemplarse exclusivamente desde la perspectiva de la Administración a los efectos de devolver lo ya ingresado [...], sino también desde la vertiente del patrimonio del administrado que con esa ejecución puede ponerse en situación de inestabilidad tal que haga imposible su recuperación [...]” (STS de 6 de mayo de 1996, RA 4151). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha manifestado que no puede rechazarse automáticamente toda medida cautelar por el hecho de que el derecho debatido en el proceso tenga contenido patrimonial, ya que la indemnización a posteriori puede resultar insuficiente para restaurar en su plenitud el derecho en cuestión (SSTC 238/1992 y 218/1994)¹⁸⁵.

Por debajo de aquel margen se ubica el requisito del código, sin llegar al piso inferior en que el daño no es grave sino consustancial a la existencia misma del proceso, o bien, no supera cualitativamente el provocado en los intereses contrapuestos que es lo menos. Gráficamente podemos describirlo así:



185 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 611 en nota 37. En términos similares, el Tribunal de Apelaciones ha indicado que la cuantía del daño no es lo mismo que la intensidad del daño (ver res. 102-2010).

MEDIDAS CAUTELARES

En otras palabras, en lo que se refiere a este tema, sí se puede sostener que ha habido una flexibilización del mínimo legal¹⁸⁶, a favor de un juicio concreto de ponderación de los intereses contrapuestos. Más adelante volveremos sobre el tema, pero basta decir ahora que se trata de un concepto indeterminado que será precisado en cada caso concreto, dependiendo de la interrelación entre el interés general que reclama la ejecutividad y los intereses contrapuestos –incluso generales– que amparen la medida cautelar por adoptar.

La jurisprudencia ha exigido incluso acreditar de manera *suficiente* los daños que se alegan. Así por ejemplo se ha llegado a sostener:

[...] el incidentista no acreditó los daños y perjuicios que supuestamente le ocasiona el acto, requisito indispensable para el éxito de una articulación de esta naturaleza. Hay ocasiones en que se permite su no acreditación, esto cuando la actuación de la administración puede desencadenar consecuencias evidentes o graves para el petente, situación que se considera no es la del caso concreto, ya que de producirse algún daño será perfectamente cuantificable. (Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sentencia 369-2004 de las ocho horas del veinte de abril de 2004).

El *periculum in mora* es lo que llamaremos un *requisito positivo* de la medida, por contraposición al *fumus boni iuris* que se presenta en el 21 CPCA como *requisito negativo* (casi asimilable a un *fumus non mali iuris*)¹⁸⁷. Esto en el sentido de que se concede la medida “*siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad*”.

El Tribunal Supremo Español ha llegado a sostener incluso que el *periculum in mora* es el **requisito básico o determinante de la medida**:

al proclamar que la institución cautelar no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela efectiva al final del proceso, lo que determina que sea el periculum in mora el primer y básico presupuesto para la adopción de la medida cautelar. (SSTS del 17 de junio de 1997, RA 5444; del 1 de diciembre de 1997, RA 8911 y AATS del 16 de junio de 1997, RA 5443 y del 8 de julio de 1997, RA 5832)¹⁸⁸.

Al exigir el CPCA como requisito positivo que la permanencia de la conducta *produzca* –así, dice la ley– graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, se vuelve el *periculum in mora* el requisito determinante, pues, según se verá el *fumus boni iuris*, es un requisito negativo, en el sentido de que es su ausencia lo que impide la medida, pero su existencia no la posibilita por sí sola.

186 Véase en sentido favorable a esta “*flexibilización*” del umbral de la tutela cautelar el fallo del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo n.º 286-08 de las doce horas treinta minutos del nueve de mayo de 2008 y n.º 190-08 de las 16:32 hrs. del siete de abril de dos mil ocho entre muchos otros pronunciamientos en este sentido, tal como se verá más adelante.

187 Ver la expresión en BACIGALUPO (Mariano). *La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo*. (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 148. La jurisprudencia contencioso – administrativa ha asumido este enfoque: “*Basta entonces una apariencia superficial e inicial de seriedad para tener por satisfecho este presupuesto. Recientemente, la Sala Primera, fungiendo como Tribunal de Casación, ha establecido que este presupuesto debe ser entendido como el denominado “fumus non mali iuris” (resolución No. 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve), sea, que la solicitud cautelar no sea, de manera palmaria y evidente, carente de seriedad*” (Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 1420-2010 de las 13:15 horas del 22 de abril de 2010). En este sentido también el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo 129-F-TC-2009, entre otros.

188 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 596 en nota 18.

MEDIDAS CAUTELARES

El Código no exige que la pretensión sea evidentemente procedente, ni la demostración de la probabilidad de la situación jurídico sustancial aducida al grado que la conducta administrativa aparezca verosímelmente de tal calibre que no merezca la prerrogativa de ejecutividad, sino todo lo contrario, que, *prima facie* la pretensión **no sea** (requisito negativo) *temeraria* o, en forma palmaria, carente de toda seriedad.

Esto es importante, porque la estructura del CPCA trasladaría el *onus probandi* (carga de la prueba) a la contraparte de la medida, teniendo ésta que demostrar, una vez superado el umbral de la temeridad evidente, la ilegitimidad de lo pedido. Es decir, superado aquél baremo limitador inicial, el requisito del *fumus boni iuris* se presenta completo y el análisis de ponderación debe proseguir.

El *fumus boni iuris* ha sido definido como la

*apariencia o humo de buen derecho se traduce en un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídico sustancial que invoca la parte promoverte y que, aparentemente, la legítima o del éxito eventual de la pretensión en la sentencia definitiva – probabilidad de salir vencedor de la litis–*¹⁸⁹.

Sin embargo, el *fumus boni iuris* está interrelacionado con el *periculum in mora*, en la medida de que

*“el daño derivado de la ejecutividad del acto administrativo será “mayor” – y “menor”, por tanto, el deber jurídico de soportarlo – cuando “mayor” sea la apariencia de buen derecho*¹⁹⁰.

Es decir, aun en la definición misma del *periculum in mora* hay que incorporar siempre la consideración de la situación jurídico sustancial que se aduce. Podemos denominar a esta relación el **principio de recíproca influencia**¹⁹¹.

Puede darse el requisito negativo (*fumus boni iuris*, en los términos vistos); pero esto no será suficiente para adoptar la medida, sino que requiere la coexistencia del *periculum in mora*, lo cual se pone de relieve si pensamos en la hipótesis

189 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.173.

190 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, pp. 622-623. También la autora de cita indica “*el perjuicio ‘exigible’ para la adopción de las medidas cautelares tiene que ser menor cuanto menor sea la exigencia con que el interés general reclama la ejecutividad del acto, y cuando mayor sea la apariencia de buen derecho con la que litiga la parte que solicita la tutela cautelar*”. CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Comentario al artículo 130 LJCA 1998*. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Civitas, n.º100 Oct-Dic, 1998, p. 873. Y también: “*cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean reducidas bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión. Por el contrario, cuando aquellas exigencias sean de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión*”. CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Comentario al artículo 130 LJCA 1998*. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Civitas, n.º100 Oct-Dic, 1998, p. 874.

191 Cabe señalar que la indicada denominación de principio de “*recíproca influencia*” junto con el término de “*umbral flexible*” fueron incorporados inicialmente en el trabajo final de investigación sometido a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Derecho de la UCR, para optar por el grado de Magíster en Derecho Público (2009), los cuales son la base de la presente investigación. Para satisfacción de este autor, luego ambos conceptos fueron reconocidos por la jurisprudencia en tales términos. Véase en este sentido las resoluciones 129-F-TC-2009 y 95-F-TC-2009. “*una visión tópica del problema. El problema es el que determina la solución y la cautelar se amolda a los problemas y a la realidad social*” (129-F-TC-2009), y sobre el principio de “*influencia recíproca*” (95-F-TC-09 y 129-F-TC-2009). En el voto 95-F-TC-2009 se indica: “*esos tres principios se rigen por el principio de influencia recíproca un principio que señala obviamente que a mayor seriedad de la demanda menor rigurosidad en la lesión o del periculum in mora y viceversa y a mayor interés público en la adopción o denegatoria de la medida, menor rigurosidad en el periculum. Hay una interrelación evidente entre ellos de tal manera que cuando hay un interés público superior los daños que han de requerirse para la adopción de la medida cautelar no pueden ser simples o comunes*”. En el fallo 99-F-TC-09 se habla de “*interdependencia*” de los presupuestos de la medida cautelar.

MEDIDAS CAUTELARES

de que una medida cautelar sea denegada aun mediando la apariencia de ilegalidad, si con ello no se producen graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, al solicitante, lo cual no violenta el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, sería aplicable el razonamiento del Tribunal Supremo Español que ha declarado que la existencia del *fumus boni iuris* “no puede ser por sí sola causa determinante de la suspensión de los actos administrativos recurridos, sino criterio complementario con el principal de la existencia de daños y perjuicios de imposible o difícil reparación” (ATS del 17 de marzo de 1995)¹⁹². Con las observaciones apuntadas respecto de la última expresión a la que se alude *supra*.

Ahora bien, sobre la **necesaria vinculación** de la pretensión cautelar con el objeto del proceso, JINESTA LOBO ha indicado que

*La pretensión cautelar debe estar necesariamente vinculada al objeto de la pretensión principal (condena, meramente declarativa o constitutiva), esto es, debe estar referida a la inactividad material (jurídica o fáctica), formal, actividad formal (actos negativos, actos positivos no ejecutables y ejecutados), etc.*¹⁹³.

Lo anterior se enlaza con lo ya dicho acerca de la tutela como medio para preservar el derecho a la tutela efectiva del proceso. El Tribunal Procesal Contencioso Administrativo ha señalado que:

*no podemos olvidar el **objeto de la tutela cautelar**, la tutela cautelar tiene como finalidad asegurar el objeto del proceso a efectos de que no se haga nugatoria una eventual sentencia en caso de que hipotéticamente fuera acogida la pretensión de la parte que interpone el proceso. Por este motivo es importante tener claro que existen elementos vinculantes a la medida cautelar que tienen que configurarse para que haya procedibilidad de la medida [...]*¹⁹⁴.

También este mismo tribunal ha indicado que:

*la naturaleza de la medida cautelar, no hay que perder de vista, es asegurar el objeto del proceso, proteger el objeto del proceso a efectos de que el efecto pernicioso de los tiempos de duración de los procesos judiciales no puedan destruir el mismo [...]*¹⁹⁵.

Por último, el CPCA exige en su artículo 22 un juicio de **ponderación** de los intereses contrapuestos a la adopción de la medida. Es decir, el código exige examinar con cuidado, contrapesar, equilibrar la eventual lesión al interés general y de terceros con los daños y perjuicios invocados en la solicitud de medida cautelar, porque el juicio cautelar no puede ser sino el resultado de la valoración conjunta de todos esos intereses que la medida implica. Ha dicho CHINCHILLA MARÍN que:

192 Citado por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 615.

193 JINESTA LOBO (Ernesto). *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo*. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 323.

194 Resolución dictada a las 13:00 hrs. del 4 de abril de 2008 dentro del expediente 08-02-1027-CA. Véase también en este sentido, entre otras, las resoluciones del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo n.º 214 de las 9:40 hrs. del dieciséis de abril de dos mil ocho, n.º 226 de las 15:05 hrs. del dieciocho de abril de dos mil ocho y n.º 447-08 de las dieciséis horas veinticinco minutos del catorce de julio de 2008.

195 Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, resolución de las 9:50 hrs. del 17 de abril de dos mil ocho. Véase también TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución 367-08 de las doce horas cuarenta minutos del nueve de junio de 2008 y resolución 398-08 de las once horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de junio de 2008, entre muchas otras.

MEDIDAS CAUTELARES

*(e) el juicio cautelar es un juicio necesariamente ponderativo, que está llamado a alcanzar un difícil equilibrio entre los intereses en conflicto, en el que necesariamente tendrá que calibrarse si otros intereses distintos de los del recurrente que solicita la tutela cautelar, pero igualmente dignos de protección, pueden sufrir, como consecuencia de la adopción de la medida, un daño de las mismas características del que con la medida se trata de evitar, es decir, de difícil o imposible reparación*¹⁹⁶.

En este punto, lo importante es recordar siempre que “(s)ólo un perjuicio al interés público o de un tercero cualitativa y cuantitativamente superior con relación al irrogado al ciudadano al mantener los efectos de la conducta impugnada puede enervar su derecho a la tutela cautelar”¹⁹⁷.

Es decir, aun demostrando que la medida cautelar solicitada es *necesaria e idónea*, y que de no adoptarse se producirán graves daños o perjuicios a la situación aducida, y aun mediando apariencia de legitimidad, la tutela cautelar puede ser denegada si del juicio de ponderación se llega a la conclusión de que al ejecutarla se causará un perjuicio al interés público o al de un tercero que es cualitativa y cuantitativamente superior, y por lo tanto, se impone mantener la conducta impugnada. En estos casos, es necesario recordar la regla de que

*cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión. Por el contrario cuando aquéllas exigencias sean de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada conspiración pondrán determinar la suspensión*¹⁹⁸.

Hay también que reconocer en esto la sabiduría de las palabras del Tribunal Supremo Español: “*hay que atenerse a la singularidad de cada caso debatido, lo que implica, desde luego, un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes*”. (ATS de 12 de febrero de 1992)¹⁹⁹. La medida a adoptar en cada caso será la adecuada a su finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva a la luz del caso concreto.

Volveremos más adelante sobre lo demás enunciado al inicio, es decir, la *proporcionalidad* (idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*) de la medida por adoptar; la *no afectación grave* de la situación jurídica de terceros o de la gestión sustantiva de la entidad que obedece a la necesidad de salvaguardar los servicios públicos esenciales, y a la *contra cautela* consustancial o de verificación previa por los posibles daños sobre los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés general en sí.

196 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 619.

197 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 173.

198 ATS del 12 de febrero de 1992 y muchos otros citados por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 621, nota 58.

199 Citado por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 621.

MEDIDAS CAUTELARES

d.2.3. Requisitos de actividad

La parte interesada debe presentar la *solicitud*²⁰⁰ motivada de medida cautelar ante la Oficina de Recepción y Distribución de Documentos Judiciales (ante el Tribunal Contencioso Administrativo). Esta solicitud podrá ser presentada por cualquiera de los medios que disponen el artículo 6 bis LOPJ²⁰¹ y el artículo 23 del Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda (circular n.º 001-08 celebrada en sesión n.º 02-08 del 21 de enero de 2008, RCPA)²⁰² y, en nuestra opinión, es recomendable que sea tramitada en una pieza separada aunque la práctica no necesariamente es así²⁰³.

En relación con el momento procesal oportuno para solicitarla, el principio que establece el CPCA es *abierto* en cualquier estado del proceso (“durante el transcurso del proceso” o en fase de ejecución, es decir, *dentro* del proceso) o, incluso, *antes*, variando en cada momento su trámite, según se verá.

Después de solicitada la medida, el auxiliar administrativo debe *recibir* la solicitud para entregarla al Tribunal Contencioso, siguiendo para estos efectos lo establecido en el procedimiento para la Oficina de Recepción de Documentos.

Ahora bien, una vez en el Tribunal Contencioso, el auxiliar judicial (auxiliar judicial 3) debe recibir la solicitud, verificar que pertenezca al despacho, sellarla detallando su contenido, registrarla y trasladarla para su distribución al juez que le corresponda resolver.

200 Acerca de los *requisitos formales* de la solicitud de medida cautelar, tanto antes del juicio como durante el juicio (indicar el nombre y las calidades de las personas involucradas, la prueba racionalmente posible, acreditación de la situación subjetiva, la lista de hechos clara y precisa, los motivos de la cautelar y el tipo de perjuicio, la documentación que certifique la representación de las personas afectadas, el lugar de notificaciones y demás) remitimos al desarrollo hecho en VILLALOBOS SOTO (Joaquín). *Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo*. IJSA, San José, Costa Rica, 2008, pp. 212-219.

201 “Artículo 6 bis.- (*) *Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original, los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos o producidos por nuevas tecnologías, destinados a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales. Lo anterior siempre que cumplan con los procedimientos establecidos para garantizar su autenticidad, integridad y seguridad.//Las alteraciones que afecten la autenticidad o integridad de dichos soportes los harán perder el valor jurídico que se les otorga en el párrafo anterior.//Cuando un juez utilice los medios indicados en el primer párrafo de este artículo, para consignar sus actos o resoluciones, los medios de protección del sistema resultan suficientes para acreditar la autenticidad, aunque no se impriman en papel ni sean firmados.// Las autoridades judiciales podrán utilizar los medios referidos para comunicarse oficialmente entre sí, remitiéndose informes, comisiones y cualquier otra documentación. Las partes también podrán utilizar esos medios para presentar sus solicitudes y recursos a los tribunales, siempre que remitan el documento original dentro de los tres días siguientes, en cuyo caso la presentación de la petición o recurso se tendrá como realizada en el momento de recibida la primera comunicación.//La Corte Suprema de Justicia dictará los reglamentos necesarios para normar el envío, recepción, trámite y almacenamiento de los citados medios; para garantizar su seguridad y conservación; así como para determinar el acceso del público a la información contenida en las bases de datos, conforme a la ley”.*

202 Se refiere al TÍTULO III del Reglamento, relativo al “**Trámite y Proceso Electrónico**”.

203 Sin llegar a constituir un “proceso” que goce conceptualmente de autonomía, es innegable que la tutela cautelar tiene reglas particulares de cognición y un objeto propio no identificable con el proceso principal, esto es la configuración o no de los presupuestos requeridos para su adopción (*fumus boni iuris* –*fumus non mali iuris*– , *periculum in mora* y ponderación de intereses en juego). Existe la posibilidad de practicar todo tipo de pruebas en relación con tales presupuestos e, incluso, la posibilidad de una audiencia oral donde las partes confrontan sus intereses y argumentos relativos a dicha pretensión cautelar. Así, para efectos de orden del expediente y celeridad en el acceso de lo que se busca, es recomendable que tales piezas estén agrupadas en un legajo relativo a la cautelar solicitada, para efectos de poder tener acceso eficiente a todo lo relacionado con la cautelar sin tener que estar buscando entre todas las piezas del expediente principal que bien pueden ser muy abundantes.

MEDIDAS CAUTELARES

Luego de esto, se deberá *acceder la solicitud* en el Sistema de Gestión, se deberá ubicar el registro electrónico e incorporar el nombre del juez al que le va a corresponder resolver, de acuerdo con la fase procesal, tal como se indicó, y se deberán actualizar los movimientos.

El documento se *trasladará* luego a la oficina del juez tramitador que le corresponda, en horas hábiles, o bien, fuera de estas a quien corresponda la disponibilidad. El artículo 23 del RCPCA dispone que las medidas de carácter urgente gestionadas antes del inicio del proceso, o estando el proceso en trámite, presentadas fuera de la jornada ordinaria, serán atendidas por el juez de turno *“aún cuando el expediente no se encuentre en una etapa procesal bajo su cargo”*. En este caso, se configura una habilitación especial para proceder. Si el juez en disponibilidad considera que la urgencia especial lo amerita, podrá adoptar incluso medidas provisionales, según lo disponen el 23 del CPCA y el 23 del reglamento.

Así, el juez tramitador o el encargado, en su caso, debe recibir la solicitud, valorarla junto con la prueba presentada por las partes y *determinar si ordena medidas provisionales* inmediatamente de conformidad con lo establecido en el artículo 23 CPCA. Si no falta ningún requisito mínimo, en cuyo caso prevendrá su subsanación, este elabora de seguido una resolución donde les da *audiencia* por tres días hábiles a las partes acerca de la solicitud (art. 24.1. CPCA), y luego, o bien, en su caso (no necesariamente), convoca una audiencia oral (art. 24.2. CPCA)²⁰⁴ que realizará en el plazo máximo de tres días hábiles, salvo que se trate de un supuesto de extrema urgencia en cuyo caso procederá conforme lo establece el artículo 25 del mismo código (art. 23 RCPCA). En el último caso, el RCPCA indica que, cuando lo estime pertinente, conformará la autenticidad del remitente.

Tanto en el caso de que se dispongan medidas provisionales, *prima facie*, como en el de la resolución donde se convoca a las partes, el notificador encargado procederá con la *notificación* de la resolución en forma inmediata a las partes del proceso, según lo establece el artículo 27 CPCA. En los casos de urgencia, se han convocado incluso audiencias en veinticuatro horas y se ha citado a las partes por vía telefónica²⁰⁵, también se ha incorporado en la práctica la posibilidad de realizar audiencias *conjuntas* ante casos similares, sin necesidad de acumular los procesos y se dicta una resolución para cada caso.

Luego de la audiencia (oral u escrita), el juez debe valorar los alegatos y las pruebas que se aportaron, y *resolver en definitiva* la medida cautelar. Para estos efectos, debe valorar la procedencia o no de una contracautela en los términos del 28.1. CPCA. La notificación también será practicada de inmediato.

En el caso de la medida adoptada *inaudita altera parte*, la audiencia por tres días a las partes será sin efectos suspensivos para la ejecución de tal medida, y una vez transcurrido dicho plazo, el juez deberá valorar sus alegatos y pruebas para mantener, modificar o revocar lo dispuesto.

Debe recordarse que, dada la especial eficacia de las medidas cautelares, cuando varíen las circunstancias de hecho que motivan el rechazo, la adopción o la particular configuración de una medida cautelar, el tribunal, el juez o el juez en disponibilidad, de oficio o a instancia de parte, podrá modificarla, suprimirla o bien considerar nuevamente la procedencia de esta o de cualquier otra que las circunstancias impongan, según lo ordena el artículo 29 CPCA.

204 La doctrina indica que *“En la práctica, el Tribunal ha optado por aplicar la norma en el mismo auto de darle curso, ordenando la audiencia oral en el plazo de tres días. De esta manera, se aplica el principio de la oralidad (artículo 85) y se logra “escuchar” a las partes y tener una idea directa y personal de los motivos para pedir la medida, de las características y de los intereses públicos en juego, así como para aclarar cualquier duda o aspecto oscuro que puedan tener por parte de los jueces. // El abogado debe llegar con la información que prepara para solicitar la medida y, si es del caso, puede aportar cualquier prueba adicional que haya podido localizar desde aquel momento, y que puede ofrecer durante la audiencia. Si fuere documental debe recordar traer las copias necesarias en el acto; también puede traer testigos y ofrecer su recepción en el acto, todo lo cual puede ser considerado por el tribunal y eventualmente admitido si es necesario”*. (VILLALOBOS SOTO (Joaquín). *Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo*. IJSA, San José, Costa Rica, 2008, pp. 222-223).

205 Véase lo señalado por VILLALOBOS SOTO (Joaquín). *Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo*. IJSA, San José, Costa Rica, 2008, p. 224.

MEDIDAS CAUTELARES

d.3. Supuestos de procedencia

A diferencia de otros ordenamientos como el español (Ley 29/1998)²⁰⁶, nuestro CPCA no enlista ni refiere en forma taxativa los supuestos en que proceden estas medidas cautelares.

Esto engarza con la regulación abierta de su posible contenido (art. 20 CPCA) y de los requisitos generales de estas (21 CPCA). En efecto, no hay un trámite o requisitos especiales para cada supuesto concreto (inactividad, vía de hecho, norma general o acto concreto, positivo o negativo, etc.). De manera que no se deja por fuera conducta administrativa alguna en que pueda requerirse tutela cautelar, no hay limitación *ex lege* del ámbito sujeto a tutela cautelar, y, por tanto, no podría tampoco imponerse por acto de rango y potencia inferior, ni menos aún por indebida interpretación, ya que ello supondría una vulneración al derecho fundamental a la tutela cautelar efectiva.

Según ha establecido nuestra jurisprudencia *“toda conducta de la Administración Pública, debe tener acceso a la justicia cautelar...”*²⁰⁷ Eso sí, en atención de los principios de adecuación y necesidad, según el tipo de conducta o función administrativa impugnada, la tipología de la medida cambiará (v. gr. ante una inactividad cabrá imponer obligaciones de hacer, mediante la cual se eliminan, provisionalmente, los efectos de la inercia, pero no una suspensión u abstención, porque no cabe suspender una inactividad).

La jurisprudencia sí ha establecido que no procede la suspensión de simples actos preparatorios carentes de efectos propios, por tanto, en tal caso, no se produce de ninguna manera un perjuicio en la esfera jurídica del accionante. En este sentido el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha expresado *“[c]onsidera este Tribunal que el acto impugnado adolece del mínimo legal establecido para que sea protegido por una medida cautelar, ya que como se menciona supra, no se trata de un acto final tendiente a producir daños graves, pues ni siquiera ha tenido incidencia en su esfera jurídica, se trata de un acto preparatorio que no tiene efectos propios, situación que a la vez se contrapone a los presupuestos elementales para la adopción de la medida cautelar...”* (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 110-A-TC-2008 de las 8:30 hrs. del 19 de setiembre de 2008).

Sobre este tema se volverá más adelante, sin embargo, valga destacar ahora lo que corresponde al caso particular de la **materia tributaria** como muestra del cambio de paradigma que ha significado el Código Procesal Contencioso Administrativo.

Al respecto de la tutela cautelar en materia tributaria, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha destacado lo siguiente:

De previo a lo que este tribunal ha resuelto estimamos vital, sobre todo por las características de esta medida cautelar que aquí se solicita, hacer algunas consideraciones que además y por demás son imprescindibles como motivación constitucional y legalmente. En primer término es vital señalar que sin tutela cautelar, por más que lo sepamos, no hay tutela judicial efectiva. No podría ninguno de los sujetos procesales que intervienen, ya sea el Estado – también el Estado - o cualquier sujeto privado, lograr una efectividad en el control y en la tutela en la protección de sus derechos si no tiene acceso a una tutela cautelar.

206 Acerca de este tema y sus inconvenientes véase GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 168 y ss.

207 Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 00094-F-TC-2008 de las 8:15 hrs. del 22 de agosto de 2008.

MEDIDAS CAUTELARES

Y esta afirmación probablemente bien conocida por los dos profesionales en derecho que hoy nos acompañan, que por demás son del más alto nivel, tiene particular relevancia por tratarse precisamente de la materia que nos ocupa, de materia tributaria. Y es que ningún ámbito del quehacer administrativo puede y debe estar exento de la tutela cautelar sin violar la Constitución, y esta observación reviste particular relevancia, la nueva legislación suprimió lo que podría estimarse como un error o un punto de vista cuestionable de la vieja Ley Reguladora en el 83.9 cuando impedía la medida cautelar en materia tan trascendente. Quede pues claro que sin duda alguna la tutela cautelar es ínsita constitucionalmente y también a la materia tributaria²⁰⁸.

d.4. Momento procesal cuando se solicita la medida cautelar

La adopción de la medida cautelar procede en cualquier estado del proceso, y su trámite varía en cada ocasión, para corresponderse con el momento procesal correspondiente, según se anota en líneas generales a continuación.

d.4.1. Anticipadas

La medida cautelar *ante causam* se denomina así porque se dicta **previamente** al inicio del procedimiento, y debe respetar, como cualquier medida, los principios que la rigen, en especial, la proporcionalidad y la razonabilidad de lo ordenado en ella. Al respecto comenta JINESTA que la “urgencia determina la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de interponerse el proceso principal, la que debe ser excepcional porque la apariencia de buen derecho depende, en buena medida, de la demanda y de los documentos que se acompañen a ésta”²⁰⁹.

208 TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, resolución n.º 05-F-TC-2009 de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero del 2009. Cfr. 15:22:44 – 15.24:53 de la grabación digital correspondiente.

209 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique). JINESTA LOBO (Ernesto). MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 165.

MEDIDAS CAUTELARES

En este caso, el 26 del CPCA indica que la demanda deberá presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge, bajo pena de ordenar su levantamiento y condenar al pago de las costas, daños y perjuicios causados²¹⁰. Así, la eficacia de la medida queda supeditada a una *condición resolutoria* consistente en la interposición en tiempo del proceso principal. De esta manera, si no se interpone el proceso, y por tanto, se abusa de la tutela cautelar por esta vía, quien así proceda debe indemnizar en fase de ejecución de sentencia lo conducente. La doctrina ha señalado que este plazo es de *caducidad* mucho menor que el establecido en el 243 del Código Procesal Civil²¹¹.

El Código no exige que, al momento de interponer el proceso principal, se ratifique la solicitud de medida cautelar, de manera que bastará que se interponga dentro del plazo establecido para entender cumplidos los requisitos que exige la normativa a este respecto.

Se trata de una medida cautelar principal, por lo que es susceptible que en un nivel de instrumentalidad de tercer grado de ella dependa una medida *provisionalísima*, adoptada de manera inmediata y *prima facie*, a fin de garantizar la efectividad de la principal *inaudita parte*. Siempre y cuando guarde el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida.

Tal posibilidad de solicitar una tutela cautelar antes de que inicie el proceso es una exigencia derivada del Derecho de la Constitución, para todo caso en que la ejecutividad de la conducta administrativa ponga en peligro la efectividad de la tutela. La constitucionalidad de las medidas cautelares *anticipadas* ya fue zanjada por la Sala desde que se pronunció en relación con el tema de las medidas cautelares “atípicas” (*innominadas* o propias de un sistema cautelar de cláusula *abierta*). Así, en la sentencia 2000-4530 del treinta y uno de mayo de 2000, se indicó:

V.- Sobre el plazo de las medidas cautelares ante causam. *La adopción de medidas cautelares ante causam resulta posible, siempre y cuando la administración proceda en un plazo razonable a incoar un procedimiento administrativo, respecto del cual la medida provisional es instrumental y accesorio. De lo contrario se desnaturalizarían las características estructurales básicas de toda medida cautelar (instrumentalidad y provisionalidad).* (S.C.V. 252-07).

También en la sentencia 1030-06, la Sala reiteró la posibilidad de tomar medidas anticipadas, lo cual no desvirtúa su *instrumentalidad*. La Sala se pronunció ahí sobre la legitimidad y la pertinencia de las medidas cautelares que han sido impuestas sobre la base de una investigación preliminar:

210 En este sentido, véase, por ejemplo, el fallo del Tribunal de Apelaciones n.º 21-2011: “De conformidad con el artículo 26 párrafo 2º del Código Procesal Contencioso administrativo, se ordena el levantamiento de la cautelar concedida en primera instancia y se condena al actor pago de las costas, daños y perjuicios causados con la medida al actor, los cuales se podrán liquidar y demostrar mediante el trámite de ejecución de sentencia.” (TRIBUNAL DE APELACIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 21-2011 de las diez horas cuarenta minutos del veinticuatro de enero de dos mil once).

211 Véase JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 166. Sobre la caducidad se ha manifestado: “La caducidad por su parte, afecta a derechos que la ley o la voluntad de particulares concede con vida ya limitada de antemano para su ejercicio, por lo que se extinguirán fatalmente cuando haya transcurrido el plazo. Opera pues, por el mero transcurso del tiempo que le ha sido fijado, pudiendo ser tenida en cuenta de oficio por el juez, a diferencia de la prescripción en que debe ser alegada en forma de excepción por el que pretende beneficiarse de sus efectos, ya que mientras no se invoque, el derecho ejercitado, aún después de la prescripción despliega su eficacia. La caducidad hace referencia a la duración del mismo derecho, de manera que su transcurso provoca la decadencia o extinción y con ello la de la acción que del mismo dimana; por el contrario, la prescripción hace referencia a la acción y se funda en la necesidad de seguridad jurídica, como sanción a la inactividad por parte del titular de un derecho que no ejercita la acción que le es inherente. Se puede afirmar que en la prescripción el derecho se pierde porque se ha extinguido la acción, y en la caducidad, por el contrario, desaparece la acción por haberse extinguido el derecho, por el transcurso del plazo de duración que tenía fijado.” (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. RESOLUCIÓN 000055-F-2000 de las quince horas cinco minutos del veintiséis de enero de dos mil).

MEDIDAS CAUTELARES

*Sin embargo, no obstante que tanto la doctrina como la jurisprudencia de este Tribunal han reconocido como una de las características esenciales de las medidas cautelares su instrumentalidad, esto es su supeditación a la existencia de un procedimiento administrativo o jurisdiccional principales; ello no impide que, en razón del interés que se intenta proteger (por ejemplo, tratándose de la tutela de bienes perecederos, materia ambiental, o la tutela del interés superior del menor, estos últimos, según disposición constitucional, al tenor de los artículos 50 y 51), o la gravedad de los hechos acusados, en tanto pueda verse afectado seriamente el orden público, la moral o las buenas costumbres (artículo 28 constitucional), es que, resulta, no sólo plenamente justificada, sino necesaria, la adopción de medidas cautelares tendentes a evitar la afectación de tales bienes o intereses, sobre todo, si consta una denuncia o queja contra un servidor público por alguna falta presunta en el ejercicio de la función pública encomendada –sustento del régimen disciplinario público–, que deba valorar la Administración mediante un procedimiento al efecto. De donde, la instrumentalidad de las medidas cautelares en la vía administrativa debe ser entendida en su correcto sentido, en el tanto, no se quebranta esa cualidad por el hecho de que el órgano director no halla iniciado el procedimiento administrativo, pero adopte la medida cautelar dentro de la fase de la investigación preliminar. Nótese, según lo que se dijo en el Considerando anterior, es una etapa dispuesta por el ordenamiento jurídico para acreditar si hay mérito o no para iniciar el procedimiento formal, de donde, ante la gravedad de la falta y el interés que se intenta proteger, **resulta, no sólo posible, sino necesario en algunos casos, facultar a la Administración a adoptar este tipo de medidas, aún en la fase preliminar, caso contrario, podría verse seriamente comprometido el efectivo ejercicio del acceso a la justicia y a la tutela cautelar**, ambos, en su verdadera acepción de derechos fundamentales consagrados –se repite– en el artículo 41 de la Constitución Política. Asimismo, debe considerarse que se trata de una medida meramente preventiva, llamada a desaparecer una vez definida la situación que la motiva, por lo que en consecuencia, podrá dictarse en su lugar la revocatoria de la medida preventiva impuesta (suspensión o traslado) o, en su defecto, la apertura del procedimiento correspondiente.*

Véase también respecto de lo dicho, por ejemplo, las sentencias n.º 5796-96 de las dieciséis horas cuarenta y dos minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y seis; n.º 05358-99 de las diez horas con doce minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y nueve; n.º 2005-06044 de las dieciséis horas cuarenta y cuatro minutos del veinticuatro de mayo de dos mil cinco; n.º 2006-08950 de las diez horas cuarenta y tres minutos del veintitrés de junio de dos mil seis y n.º 2006-11529 de las catorce horas y cincuenta y siete minutos del nueve de agosto de dos mil seis, entre muchas otras.

Así, en su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha analizado la razonabilidad de la adopción de medidas cautelares **ante causam**, bajo la condición del respeto al principio de instrumentalidad que las caracteriza; es decir, estas son posibles siempre que estén sujetas a un término perentorio breve²¹². La regulación del CPCA se enmarca entonces dentro de tales parámetros o lineamientos constitucionales básicos.

212 Refiriéndose eso sí a las medidas dentro de un procedimiento administrativo la Sala dispuso: “[...] es preciso señalar que el carácter urgente de las medidas cautelares determina **la posibilidad, excepcional, de los órganos administrativos de disponer las mismas antes del procedimiento administrativo principal (ante causam)**. Sin embargo, el ejercicio de esa potestad está condicionado, en virtud de la instrumentalidad, a la interposición del procedimiento principal en un término perentorio relativamente breve. De lo contrario, la medida precautoria deviene, ineluctablemente, ineficaz por la presunción de desinterés del beneficiario de la medida, y la necesidad de evitarle perjuicios al sujeto pasivo de la misma. Debe tomarse en consideración que de la relación de los artículos 229, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública, 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 243 del Código Procesal Civil, el plazo que tiene la administración pública para incoar el procedimiento administrativo a partir de ser decretada la medida cautelar ante causam es de un mes. En consecuencia, la Administración, al haber mantenido la medida cautelar que decomisó el vehículo del amparado sin iniciar el procedimiento administrativo respectivo en un plazo razonable, violentó los artículos 39 y 41 de la Constitución Política”. Sentencia n.º 2004-09232 de las 15:40 hrs. del 25 de agosto de 2004. En igual sentido, votos 2005-17485 de las 18:30 hrs. del 20 de diciembre de 2005 y n.º 2006-011395 de las 15:15 hrs. del 8 de agosto de 2006”. (Sala Constitucional n.º 2007-006482 de las diez horas y cuarenta y siete minutos del once de mayo de dos mil siete).

MEDIDAS CAUTELARES

El Código nada indica sobre cuánto antes deben ser solicitadas las medidas en caso de hacerlo *ante causam*. Sin embargo, deberá acudir entonces al plazo previsto para la interposición del proceso (art. 39 CPCA), pues precisamente de la urgencia de su interposición, se justifica la solicitud antes del inicio del proceso.

Tal como se verá más adelante, pueden darse casos de medidas *mixtas*; es decir, por ejemplo: *ante causam* – *inaudita altera parte*, porque no toda medida *ante causam* es *inaudita parte*, al menos el código no lo señala así expresamente, o bien, *provisionalísima* – *ante causam*, etc. Analizaremos estas posibilidades en próximos apartados.

d.4.2. En fase de tramitación

Ya en fase de tramitación, es decir, una vez que se inicia el proceso, puede presentarse el caso de las medidas *inaudita altera parte*, o bien, *provisionalísimas*, dictadas de manera *inmediata* y *prima facie*, así como la medida cautelar principal adoptada por la vía general del 24 CPCA. Debe anotarse que no toda medida adoptada *prima facie* es *provisionalísima*, aunque la *provisionalísima* siempre es *prima facie*.

Las medidas *provisionalísimas* del 23 CPCA se presentan en circunstancias excepcionales, donde la urgencia imponga medidas para asegurar la eficacia de la propia medida cautelar principal. Es decir, se trata de una medida que se impone en tanto se sustancia la medida principal a fin de asegurar la efectividad de la resolución que podría recaer luego en esta. En este tanto, es un “*instrumento del instrumento*”, o bien, con instrumentalidad de “tercer grado” como las llama JINESTA LOBO²¹³. Dicho autor explica que

Este precepto, además de novedoso en nuestro medio jurídico y del Derecho comparado, prevé la posibilidad de decretar medidas cautelares, incluso, ex officio, de forma inmediata, esto es, sin dilación alguna y cuando se hace referencia al término prima facie se está indicado que la medida pueda ser adoptada inaudita altera parte, esto es, sin contradictorio o audiencia por la premura de la situación. En esta hipótesis no se aplica el párrafo 2° del artículo 25 del CPCA, puesto que, este tipo de cautelas tienen una eficacia provisionalísima, de modo que la ausencia de ese trámite queda subsanado con la audiencia o traslado general de 3 días que debe otorgar el órgano jurisdiccional al adoptar la medida cautelar final (artículo 24 CPCA). Resulta obvio que la medida provisionalísima es levantada o modificada cuando se adopta la principal. Obsérvese como la parte final de comentario exige la presencia inescindible de la instrumentalidad (“vinculo necesario”) respecto del objeto del proceso – pretensiones – y la cautela principales²¹⁴.

Se deberán adoptar estas medidas excepcionales si el juez considera que existe un grave riesgo de que se puedan frustrar los efectos de la eventual resolución estimatoria de la pretensión cautelar principal en su ausencia. Por lo tanto, dada su naturaleza *provisionalísima*, debe ser adoptada de inmediato, sin audiencia y, con mayor razón, sin apelación, pues será después de la audiencia cuando se tomará la resolución definitiva. La habilitación de medidas *provisionalísimas* es para los jueces un especial reto, porque podemos adelantar que no va a resultarles fácil actuar con la rapidez que el Código les exige.

213 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 166.

214 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 166 - 167.

MEDIDAS CAUTELARES

Ahora bien, según JINESTA LOBO las medidas principales o provisionales pueden adoptarse sin haber oído a la parte contraria (art. 25) en casos de **extrema urgencia**²¹⁵, donde así se imponga para garantizar su eficacia y actuación concreta. Se trata de la medida *inaudita altera parte* que, dado que se adopta *a limine* y sin recurso alguno, impone una fundamentación agravadamente circunstanciada, sin omitir particularidades y con toda menudencia en su consideración, nunca una aplicación apriorística, rutinaria o inconsistente con sus supuestos excepcionales.

Dicho carácter especial y de reforzada prudencia, ponderación y mesura, justifica la referencia expresa que hace el articulado del código a la posibilidad de imponer una *caución* o cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 CPCA (Cfr. párrafo 1° del 25 CPCA). La audiencia en este caso se da *ex post* sin efectos suspensivos, por el plazo de tres días, a las partes que, en opinión de la doctrina, debe ser “*oral y los elementos de convicción que se logren recabar le permitirán al órgano jurisdiccional contar con mayores y más fundados elementos para mantener la medida, modificarla o revocarla*”²¹⁶. El Código no prevé expresamente tal audiencia oral sino solo una audiencia “*por tres días*”, pero sí se podría aconsejar su celebración para lograr que el juez tenga de primera mano los elementos que requiere para formar el juicio cautelar definitivo.

Debe reiterarse que para adoptar la medida *inaudita altera parte* han de darse circunstancias de “extrema urgencia” y no de simple urgencia, entendida como circunstancias de excepcional premura que impongan la acción inmediata del órgano jurisdiccional. Sobre la validez de frente al parámetro de legitimidad constitucional de adoptar medidas *inaudita altera parte*, la jurisprudencia de la Sala ha manifestado lo siguiente:

*Este tipo de medidas, precisamente por esa naturaleza preventiva que poseen, no suponen un prejuzgamiento sobre el fondo del asunto discutido, ni tienen carácter definitivo respecto del patrimonio del supuesto infractor. Simplemente pretenden tutelar prima facie el derecho invocado, con la finalidad de asegurar los resultados del proceso principal en donde se discute la pretensión del gestionante, la que habrá de ser resuelta en forma definitiva en un momento posterior. Como ya ha señalado esta Sala, “Las medidas asegurativas o cautelares según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello pueden conceptualizarse como “un conjunto de potestades procesales del juez –sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final”[...]” (resolución número 3929 de las 15:24 hrs. del 18 de julio de 1995). Ante el peligro de sufrir un daño jurídico potencial como consecuencia de la larga duración de un proceso, se requiere de medidas rápidas, que por tal exigencia no pueden revestir la forma ordinaria, lo que se justifica por las especiales circunstancias en que son adoptadas. En razón de estas características que comparten las medidas cautelares, en esta y otras materias, **es admisible que se puedan ordenar una vez examinada la seriedad de los motivos del interesado que las solicita, aún sin previa notificación al sujeto afectado**, lo cual es reconocido en las diversas ramas del derecho. En efecto, generalmente la medida cautelar debe ser adoptada **sin darle traslado previo al afectado**, pues de lo contrario puede tornarse inocua: al poner sobre aviso al presunto infractor, éste puede colocar a salvo sus bienes, dejando impotente para afectarlo un posterior pronunciamiento de la autoridad que conoce del asunto. En suma, este tipo de medida persigue impedir que una determinada situación incida negativamente*

215 Según JINESTA LOBO “no se trata de una simple urgencia sino de una calificada, puesto que, requiere que sea última, severa o intensa, calificación que, en buena medida, obedece a la derogación de la bilateralidad de la audiencia o del contradictorio como garantía del debido proceso o de la defensa”. JINESTA LOBO. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 164-165. Cfr., también p. 166. Asimismo, ROJAS CHAVES indica que la extrema urgencia se trata de un concepto que “[...] tendrá que precisar la jurisprudencia. El adjetivo “extrema” advierte que no se trata de cualquier situación que ponga en peligro los intereses o derechos del solicitante, sino que se está en presencia de situaciones excepcionales por las repercusiones de la conducta objeto del proceso en la situación de la parte, la cual se presenta como expuesta a un riesgo grave, enorme e inminente, que impide esperar el plazo de tres días previsto para la audiencia”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, pp. 160-161.

216 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique). JINESTA LOBO (Ernesto). MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 165.

MEDIDAS CAUTELARES

sobre los fines del proceso, todo lo cual lleva a concluir que la forma en que el proyecto contempla las medidas cautelares dentro de los procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual, no resulta violatoria del debido proceso²¹⁷.

Esta jurisprudencia engarza también con opiniones semejantes del Tribunal Constitucional Español, quien declaró inclusive que también “la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar [...]”²¹⁸.

d.4.3. En fase de conciliación

El artículo 78 CPCA establece expresamente que el juez conciliador podrá adoptar, por su cuenta, en el transcurso de la conciliación, las medidas cautelares que sean necesarias. Esto obedece al espíritu del código que busca promover las condiciones necesarias para la solución autocompositiva del conflicto, y de alentar a las partes para que encuentren por sí mismas la salida acudiendo a la concordia.

Las medidas cautelares en esta fase podrán tener dos propósitos fundamentales: a) la protección del objeto y garantizar las resultas del proceso que es el general de toda medida y b) un propósito *específico* de la fase de conciliación, es decir, posibilitar las condiciones idóneas para que se dé el proceso de negociación o para garantizar la eficacia del acuerdo conciliatorio. En este caso, las medidas tendrán una particular vinculación con la fase procesal, de manera que podrán y deberán ser revisadas una vez terminada esta, por estar supeditadas a tal **propósito específico** que podría quedar insubsistente al fracasar la fase conciliatoria. De manera que una vez fracasada aquella, el juez tramitador podrá entonces revisar, modificar o suprimir la tomada por el juez conciliador.

217 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución n.º 2000-04530 de las catorce horas con cincuenta y un minutos del treinta y uno de mayo de dos mil.

218 Se trata de la STC 14/1992 del 10 de febrero donde el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la validez del embargo preventivo “inaudita parte deuditoris”. El texto es el siguiente: “no puede merecer reparo de inconstitucionalidad, pues en sí misma considerada la orden de embargo no es más que una medida cautelar, cuya emisión no requiere de plena certeza del derecho provisionalmente protegido, ni es forzoso tampoco que se oiga con antelación a quien la sufre [...] Es más: la audiencia previa al afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar [...]”. Citado por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 625 en nota 64.

MEDIDAS CAUTELARES

En la discusión del código, la PGR planteó una serie de inquietudes al juez conciliador sobre esta habilitación para imponer medidas cautelares. El origen de tales inquietudes se debe a la separación que plantea la estructura del código entre juez de trámite y juez conciliador, y a posibles vulneraciones a su función específica motivadas por el recargo de la función de tutela cautelar que suponen una solución heterocompositiva y no autocompositiva del problema cautelar en fase de conciliación, al extremo que indicó la PGR que tal habilitación podría llegar incluso a frenar una posible conciliación²¹⁹.

Es cierto que el juez ha servido de mediador a lo largo de toda la fase de conciliación y que ha escuchado a las partes “poner las cartas sobre la mesa”. Sin embargo, las inquietudes que esto podría generar sobre su imparcialidad pueden superarse si se sopesa el derecho fundamental a la tutela cautelar pronta y cumplida, por un lado, y los posibles inconvenientes que se podrían tener si se suprime este poder y se separa para dárselo al juez tramitador que no está plenamente consciente de lo que está pasando en ese momento procesal, con el necesario atraso que esto conlleva.

Es más, nos atrevemos a opinar que lejos de perjudicar a la conciliación, en ciertas ocasiones, será un requisito necesario para “sentarse a la mesa” el asegurar el objeto del proceso o evitar graves daños o perjuicios de la situación aducida. Es decir, de la habilitación inmediata de tutela cautelar al juez conciliador dependerá en muchos supuestos la efectividad misma de la fase de conciliación.

El juez que atiende la medida cautelar no se involucra en detrimento de su función y de su imparcialidad, al contrario, es garante de la legalidad y de la tutela judicial – cautelar inclusive – dentro de la fase a su cargo. A favor de esta habilitación, Aldo MILANO también ha argumentado, con apoyo de la doctrina francesa (LE GARS) y de la jurisprudencia constitucional (S.C.V. 6224-05), la necesidad de que “*desparezcan las asimetrías, lo cual es posible alcanzar, mediante la oportuna intervención del juez conciliador*”²²⁰. A lo que hay que sumar que la intervención del juez en fase de conciliación no lo inhabilita *per se* para resolver luego. Por ejemplo, al momento de dar el *nihil obstat*,

219 En específico, la inquietud de la Procuradora General de la República que consta en el acta n.º 21 del 18 de mayo de 2005 fue la siguiente: “[...] *preocupa que ese mismo juez que está oyendo todo eso, es el que esté en ese momento dictando las medidas cautelares. ¿Por qué? Porque entonces, las partes no [...], si dividimos las etapas, y en eso hay que tenerlo claro. Si no sé dividen las etapas a mí, este artículo, no importa. O sea, porque no es el juez conciliador, es el juez que de por sí está conociendo el proceso, el que dicta las medidas cautelares. Potestad que ya tiene en relación con los otros artículos. No tengo ningún problema.// Inclusive, yo no tengo problema de que el juez tramitador dicte medidas cautelares aún estando el proceso en etapa de conciliación. Lo que yo no puedo estar de acuerdo es, que el juez conciliador que está ahí oyendo a las partes – digamos – decir sus verdades para ver si llegamos a un acuerdo. Ese mismo juez esté adoptando medidas cautelares, porque ahí sí, es muy difícil poner un poco, las verdades sobre la mesa. [...] siento que esta disposición no puede estar para que las partes si tengan realmente libertad para poder decidir las cosas, pero no teniendo la amenaza de que sí yo reconozco algo en ese momento que se supone que lo que se hable en la audiencia de conciliación, sino se llega a la conciliación se tiene por no puesto. Pero si me causa el efecto de que por lo que estoy diciendo en esa audiencia me dicten la medida cautelar [...] A mí me parece que esto más bien, no es oportuno y va a frenar una conciliación [...]. Ahora, esto yo lo digo dentro de la filosofía de lo que es un juez de conciliación, separado del juez tramitador*”. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1º ed., San José, Costa Rica, 2007, pp. 494-496. Eso podría enlazar con algunas de las consideraciones que se han dado para la separación del trámite y de su encargo a un juez con formación especial: “*Otra de las consideraciones, se refiere a la superación de la duda en torno a la eventual pérdida de imparcialidad que podría darse, en el caso de que, durante la conciliación, el juez haga alguna manifestación con relación al fondo del asunto, aún así sea en sumaria cognitio, lo cual podría conducir a que, al momento de resolver por el fondo de forma heterocompositiva, el tribunal se encuentre en una situación poco confortable*”. (Cfr. MILANO SÁNCHEZ en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique). JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 278). No obstante, tal inquietud puede ser superada, según se verá y, en nuestra opinión, tal habilitación no solo es conveniente, sino incluso necesaria para garantizar la eficacia de la fase conciliatoria.

220 MILANO SÁNCHEZ en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 280.

MEDIDAS CAUTELARES

la homologación del acuerdo conciliatorio, con lo que emite juicio también sobre la legalidad de lo hecho y de si esto lesiona o no el interés público.

El magistrado GONZÁLEZ CAMACHO también respondió a las inquietudes antes señaladas indicando:

Bien, para las propias del procedimiento de conciliación, si es que fuera necesario, o cuando surgiere la situación de emergencia o que amerite en definitiva, siempre que procuremos la protección del objeto y garantizar las resultas del proceso.// Si sobreviene la circunstancia que obliga a la medida cautelar estando en el transcurso de esas audiencias, quién más que el juez conciliador. Por qué no darle los poderes para que él adopte en el transcurso de las diferentes audiencias que podrían darse semana a semana, la medida cautelar.// O es que entonces, tendríamos que regresar el proceso al juez tramitador, para que el juez tramitador, no, pues simplemente él – de acuerdo con las circunstancias que se le presentan – adopta las medidas dentro del entorno. Es un juez más, habilitémoslo en el plano de igualdad. No le demos ningún tipo de trato discriminatorio con desmejoramiento de la situación²²¹.

A lo anterior hay que agregar que tal habilitación obedece también a la necesidad de garantizar la *eficacia misma del acuerdo conciliatorio*, como bien apuntaba JINESTA LOBO durante el proceso de discusión en la subcomisión:

[...] la filosofía de las medidas cautelares es garantizar la eficacia del acuerdo conciliatorio en este caso. Entonces, qué puede suceder. Que si se señalan varias audiencias, porque es un asunto complejo, puede acontecer que se produzca la consolidación de situaciones de hecho o de derecho que se tornan irreversibles si el juez conciliatorio no toma o no adopta una medida cautelar, con lo cual eso provocaría el fracaso de la conciliación²²².

Y quién mejor que el juez conciliador para garantizar la eficacia de un acuerdo tomado en la fase bajo su cargo. Esta habilitación obedece al respeto máximo de la celeridad procesal, pues está evitando que, de alguna forma, el tiempo pueda generar situaciones de irreversibilidad en perjuicio del acuerdo.

El juez conciliador tomará además su decisión dentro de su entorno especial. La razón principal de encomendarle el trámite a un juez conciliador es que la negociación es una técnica que requiere de habilidades y conocimientos especiales, y, aún más, de una convicción sobre la conveniencia de aplicar el instituto aun mediando problemas de derecho público. Será más probable encontrar tales condiciones en jueces con formación especial en conciliación. De manera que los posibles y eventuales inconvenientes de otorgarle facultades cautelares, además de ser necesariamente superados por imponerlo así razones de orden superior antes vistas, podrán ser superados por un juez especializado en conciliación y que, como tal juez, está obligado y formado para resolver con imparcialidad y conforme a derecho.

d.4.4. En fase recursiva

Al habilitar el CPCA la adopción de medidas cautelares “durante el transcurso del proceso o en fase de ejecución” (art. 19.1 CPCA), esto implica que también son procedentes en la fase recursiva (ya sea que se trate de recursos ordinarios u extraordinarios). En estos casos, la competencia dependerá del tipo de recurso, tratándose de revocatoria la competencia para conocer de la medida recae en el mismo órgano.

221 COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1°ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 493.

222 COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1°ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 494.

MEDIDAS CAUTELARES

Sin embargo, tratándose del recurso de apelación o casación (arts. 44.5 y 51.6. RCPCA), el órgano competente cambiará. En tales casos, la competencia para conocer y resolver acerca de las medidas cautelares adecuadas y necesarias, o, en su caso, de la contracautela requerida, recaerá en el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo²²³, el Tribunal de Apelaciones y en la Sala Primera en los asuntos bajo su conocimiento.

En derecho comparado este tema se ha prestado para distintas interpretaciones. Así por ejemplo, el 129 de la LJCA/1998 española también permite a los interesados solicitar «en cualquier estado del proceso» la adopción de medidas cautelares, lo cual faculta para interponerlas en fase recursiva.

No obstante, la Sala Tercera del Tribunal Supremo Español ha considerado que esto no implica necesariamente que sea el *ad quem* quien deba conocer de las medidas cautelares interpuestas en dicha fase recursiva:

[...] una cosa es que en cualquier estado del proceso deba ser posible, como posibilidad genérica o institucional, la dispensa u otorgamiento de la tutela cautelar, y otra distinta, diferenciada de ella, la identificación del órgano judicial que en cada estado de aquél haya de tenerse como competente para tal función. En este punto, la interpretación sistemática y lógica de las normas aplicables conduce a entender que, aun estando pendiente un recurso devolutivo, es sin embargo el órgano a quo el que conserva la competencia para decidir en ese ámbito de la tutela cautelar, siendo por tanto ante él ante quien ha de deducirse la pretensión correspondiente [...]. Pero además de la dicción de los preceptos, es también el criterio lógico el que conduce a la conclusión dicha, pues no tendría sentido que el tribunal de apelación pudiera estar decidiendo sobre la adopción de medidas cautelares mientras que el juez pudiera adoptar medidas contradictorias para garantizar la ejecución de la sentencia o acordar una ejecución provisional de ésta incompatible con aquéllas./ Y si ello es así en sede del recurso de apelación, con mayor fuerza ha de serlo en el de casación, pues a la razón lógica antes dicha se une ahora la que deriva de la especial naturaleza de este recurso extraordinario, cuyo objeto no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, de la totalidad de los aspectos jurídicos y fácticos de la cuestión planteada, sino el más limitado de enjuiciar, en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial a quo, bien sea in indicando, es decir, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver las cuestiones objeto de debate, bien sea in procedendo, esto es, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas. Como bien se comprende, esa especial naturaleza del recurso de casación no admite sin riesgo de distorsión que el órgano judicial entre en contacto con un elenco de datos y aspectos del proceso, tanto fácticos como jurídicos, que siendo de necesaria valoración en la toma de la decisión cautelar, serán sin embargo en gran medida ajenos al objeto propio de aquel recurso. (Auto del 16 de febrero de 1999 de la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo Español²²⁴).

[...] como una lógica consecuencia de ser la suspensión una medida cautelar que debe acordarse, a instancia del actor, en cualquier momento que se evidencie la concurrencia de los requisitos que la condicionan, y debe dejarse sin efecto en cuanto aparezca su innecesariedad o su frontal oposición a los intereses públicos, de

223 El fallo 90-A-TC-2008, por ejemplo, se pronuncia en cuanto a la posibilidad de dictar medidas de cautela provisionales mientras se resuelve el recurso apelación. Este fallo indica: “estima este Tribunal que dado el efecto devolutivo del recurso de apelación, con su simple interposición o aún su admisión, no se evitaría que se ejecuten por parte del Gobierno local [...] las demoliciones en los inmuebles de la promovente, que es precisamente el objeto de este proceso. En vista de que la tutela cautelar pretende garantizar que una eventual sentencia estimatoria la parte gananciosa pueda hacer efectiva la resolución final, este Órgano considera procedente otorgar la medida provisionales solicitada, entre tanto se conoce el recurso de apelación presentado. Por lo expuesto, se concederá la medida provisionales solicitada, de modo que mientras se resuelva en definitiva el presente recurso; se ordena al Alcalde [...] no ejecutar la resolución dictada por ese Gobierno Local a las 9 horas del 4 de julio de 2008, en la que se dispuso derribar y demoler las construcciones ubicadas en el inmueble...” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 90-A-TC-2008 de las 16:00 hrs. del 14 de agosto de 2008).

224 Citado por CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, (Manuel). *Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativo de 1998*. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 149 (may-ago 1999), pp.121-123.

MEDIDAS CAUTELARES

forma que el daño que se trata de prevenir con la suspensión sea menor que el perjuicio de difícil o imposible reparación que la ejecución produzca a tales intereses públicos, sin que sea obstáculo a esta modificación o revocación de la suspensión el hecho de que el auto concediéndola estuviera apelado, pues, aunque al admitirse la apelación la Sala de instancia perdió su jurisdicción en virtud del efecto devolutivo del recurso, tal privación se limita a la concreta situación que el referido auto contempló, pero en modo alguno priva a dicho órgano judicial, que continúa conociendo del asunto principal, para modificar la situación anterior, tanto en el supuesto de que hubiera sido denegada la suspensión como en la hipótesis de que hubiera sido acordada ante el cambio de circunstancias sobrevenidas o conocidas con posterioridad²²⁵.

Nuestra legislación opta, en el sentido contrario, por la habilitación expresa para que sea el **órgano de alzada o el que conoce del recurso extraordinario** quien conozca también de las medidas cautelares necesarias en los asuntos bajo su conocimiento, lo cual ciertamente favorece al justiciable, por facilitar así los trámites requeridos para un pronunciamiento oportuno y eficaz. Pero además engarza con la estructura del proceso en el Código y con la naturaleza de la casación que este impulsa, ya que la casación en el CPCA tiene una función **nomofiláctica relativa**²²⁶, pues junto con la tutela del derecho objetivo, también procura que la decisión sea justa, de acuerdo con la nueva corriente italiana que ha encontrado reflejo en la doctrina española de la casación.

A la luz de esta función, es permisible ordenar la práctica de cualquier prueba o diligencia que permita resolver el recurso interpuesto de la mejor manera posible. Es decir, el código habilita al juez de casación para tener contacto en la búsqueda de dicha solución justa con un gran elenco de datos y aspectos del proceso, tanto fácticos como jurídicos, sin desmedro de su posición, lo cual empata ciertamente con esta habilitación cautelar. Es perfectamente posible entonces ofrecer y recibir prueba en sede recursiva, incluso prueba para *mejor resolver*²²⁷ ya sea en apelación o casación.

Sin embargo, en la práctica esto provoca que muchas veces se revoque lo decidido por el juez tramitador en apelación a la luz de una nueva prueba que se recibe directamente en sede de apelación. En tal caso, el fallo de primera instancia anota los yerros y luego el apelante corrige la situación en apelación. Es decir, se anulan decisiones no tanto porque estuvieran mal tomadas desde un principio, sino porque se aporta nueva prueba que hacía falta y que, como tal, fue señalada por el inferior.

225 Es referencia a criterios jurisprudenciales (*autos del 12 diciembre de 1962, 21 enero de 1975, 7 julio de 1978*) hecha por Tomás FONT I LLOBET y Joaquín TORNOS MAS, en *Contencioso Administrativo: En general* Sección de jurisprudencia de Revista de Administración Pública, n.º 103, Enero-abril 1984, p. 282.

226 Ver opinión de GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 519.

227 Sobre la procedencia de la prueba para mejor resolver en sede de apelación de la medida cautelar, véase la resolución del Tribunal de Casación Penal de lo Contencioso Administrativo n.º88-A-TC-2008 de las 10:30 hrs. del 8 de agosto de 2010, n.º 146-F-TC de las catorce horas cincuenta minutos del 29 de octubre de dos mil ocho y resolución 164-A-TC-2008. En la última de las resoluciones citadas indica el Tribunal de Casación: “... respecto de la probanza ofrecida por el recurrente, conviene señalar que el Código Procesal Contencioso Administrativo, acorde con la búsqueda de la verdad real de los hechos que debe propiciarse en el proceso, adopta una mayor apertura en la iniciativa probatoria. De esta forma, el promovente de la medida cautelar puede proponerla, aún en la fase recursiva. Sin embargo, el juzgador determinará su admisibilidad en forma concienzuda, en procura de que se trate de elementos útiles, necesarios y de indudable trascendencia para demostrar hechos relevantes y controvertidos en el caso, pues en realidad la primera instancia es el estadio natural propicio para proponer y evacuar la prueba de los asuntos que se afirman”. Podrían aplicarse también las cautelares en sede recursiva (ver en este sentido Tribunal de Casación resolución n.º 90-A-TC-2008). Es perfectamente posible practicar cualquier clase de reconocimiento o prueba técnica compleja. Sin embargo, esto tendrá un impacto en la duración del proceso. Asimismo, el Tribunal de Apelaciones ha dispuesto que la prueba para mejor proveer es admitida solo si es pertinente y novedosa (Res. 102-2010). Este mismo Tribunal ha señalado que es posible admitir en alzada cualquier prueba que tenga relación con la medida inclusive la que el Juez de instancia destacó como necesaria (Res. 96-2010).

MEDIDAS CAUTELARES

En el contexto de nuestra normativa, tampoco encuentra asidero la objeción de que sería contradictorio que el superior pudiera estar decidiendo sobre la adopción de medidas cautelares, mientras que el juez pudiera adoptar medidas contradictorias para garantizar la ejecución provisional de la sentencia, pues, por un lado, el 146 solo permite la “ejecución provisional” de la sentencia en lo que se encuentre firme (que no es medida cautelar, sino ejecución de lo no recurrido) y, por el otro, se trata de aspectos diferentes y, en último término, los tribunales están llamados a coordinar sus funciones.

Por último, en lo que respecta al recurso extraordinario de revisión (art. 154 CPCA), siendo un remedio excepcional por causas taxativas que potencia un fallo justo por encima incluso de la inmutabilidad de las sentencias firmes, como tal remedio excepcional que busca evitar la consolidación de fallos injustos, cabe perfectamente, por la misma razón, la habilitación cautelar a la Sala Primera, si es requerida en esa sede extraordinaria.

d.4.5. En fase de ejecución

El artículo 19 prevé expresamente que se deben tomar medidas cautelares en fase de ejecución. Las particularidades de estas serán derivadas de su especial vinculación con la fase procesal, pues estarán encaminadas al correcto, pronto y debido cumplimiento de la sentencia, según regula el 86 RCPCA²²⁸. Esto obedece a que en tal fase el condenado que antes era un simple obligado, en esta fase es un subjectus, sometido por la fuerza coercitiva de la sentencia que debe ser respetada. Lo que se deriva del principio elemental de que ejecutar es, a su vez, realizar y hacer efectivo lo resuelto, y la ejecución de sentencia es el procedimiento dirigido a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena. Su conocimiento será por regla del juez ejecutor, tanto en lo que se refiere a su adopción como a su ejecución efectiva.

MARTÍN DELGADO señala que respecto a la Administración:

[e]sa obligación se manifiesta en dos tipos de vinculación, negativa – que impide que la Administración perjudique la ventaja o altere de algún modo el contenido de la sentencia – y positiva – que exige la realización de una determinada actividad, entendida ésta en sentido amplio²²⁹.

Tal vinculación rige desde el momento mismo de la emanación de la sentencia, según lo dispone expresamente el 157 CPCA, lo cual faculta –y obliga– al juez contencioso, incluso mediando el plazo de cumplimiento “voluntario”²³⁰

228 “Artículo 86.—**De la competencia de los Jueces Ejecutores.** Los Jueces Ejecutores tendrán las siguientes competencias:

- 1) Ejecutar todas las sentencias y resoluciones firmes propias del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- 2) Dictar y ejecutar a instancia de parte, las medidas cautelares, que propicien el correcto, pronto y debido cumplimiento de la sentencia. Asimismo ejecutará las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los distintos órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, salvo lo dispuesto en el artículo 44 de este Reglamento [...]”.

229 MARTÍN DELGADO (Isaac). Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado. Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 195. En el mismo sentido, el autor en MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Lustel, Madrid, España, 2006, p. 243.

230 Nótese que el código no supedita los poderes del juez en la fase de ejecución a la constitución en “mora” de la administración o figura semejante; por el contrario, este contará con tales facultades ordenatorias y de anulación, incluso en la presencia de un plazo motivado para la ejecución dado a la administración en la sentencia que se ejecuta (art. 157 CPCA). Es decir, si el condenado intentara eludir el fallo por medio de cualesquiera conductas en dicho plazo, el juez posee una función fiscalizadora y de impulso de la pronta y debida ejecución que no puede ser supeditada o sujeta al condenado mismo, para cuya configuración y ejercicio la existencia de dicho plazo no constituye óbice alguno, porque, si así se quisiera interpretar, volveríamos a la irracional situación de dejar al condenado como obligado velador de la ejecución de su propio fallo condenatorio, lo cual es irrazonable y, aún más, contraviene el texto expreso de la normativa contencioso – administrativa.

MEDIDAS CAUTELARES

(art. 157 CPCA), a velar para que lo estipulado en sentencia sea cumplido en sus propios términos, en suma, a hacer ejecutar lo juzgado.

Esta vinculación negativa de la actividad administrativa hace que sea “*manifestación de una potestad administrativa que no es originaria (sino derivada del deber de cumplir los fallos jurisdiccionales y, por tanto, fundamentada jurídicamente en la propia resolución judicial), son consecuencia directa de esa sentencia [...]*”²³¹. De ahí surgen la nulidad de todos los actos administrativos contrarios a la sentencia (art. 175 CPCA) y la posibilidad de su declaratoria en sede ejecución directamente por el juez ejecutor²³², como consecuencia de esa vinculación y del sometimiento pleno de la Administración al ejercicio del poder jurisdiccional. Aquí no se aplicaría, en consecuencia, el régimen ordinario de impugnación de los actos administrativos no vinculados, sino que entra en juego el poder cognitivo y declarativo directo del juez de ejecución.

Nótese que la ulterior conducta administrativa que es necesaria para cumplimentar el fallo judicial –que acoja o desestime la pretensión objeto del proceso contencioso– está regida por sus propios principios, no siempre equiparables con el régimen común que rige a los actos de la Administración, ya que dicha conducta debe estar inescindiblemente ligada al fallo judicial, cuyo cumplimiento implica y que le sirve de fundamento último. En este caso, según las palabras del Tribunal Supremo Español, “*no nos encontramos ante una actuación administrativa autónoma, sino ante una resolución dictada en cumplimiento de una Sentencia*”²³³.

Es decir, la actividad de cumplimiento de un fallo judicial por parte de la Administración no es la manifestación pura de una potestad administrativa originaria, sino actos de ejecución voluntaria limitados negativamente por la fuerza coercitiva de la sentencia y donde el juez es el *señor de la ejecución* no solo en las palabras, sino también en los hechos. Se trata de una actividad cuya posición jurídica cambia, ya que mediando la sentencia, existe un deber de cumplir lo dispuesto en la sentencia firme y no evadirlo, por cualesquiera medios, lo que somete al juez su vigilancia y lo faculta a intervenir si es necesario anulando cualesquiera conductas contrarias a lo dispuesto en sentencia firme y, si es necesario, utilizando sus poderes de sustitución.

Después de firme la sentencia condenatoria, la Administración tiene el deber de cumplir el fallo, y toda persona (pública o privada) está obligada a prestar la colaboración requerida por los tribunales para la debida y completa ejecución de lo resuelto. Esta obligación es expresión del deber constitucional de colaboración (art. 140.9 constitucional y 156.2. CPCA). En tal caso hay una diferencia cualitativa, pues la conducta administrativa que se adopte no será actividad administrativa originaria, sino vinculada con la sentencia que le sirve de guía y fundamento, lo que conlleva que está sometida directamente al control del juez ejecutor, dentro del ámbito de lo jurisdiccional, mas no propiamente judicial, pues no es llevada a cabo por un órgano jurisdiccional o su comisario.

Pero si el juez entra directamente (con colaboradores o sin ellos) a sustituir a la Administración, o bien, encomienda a un tercero “comisario” su ejecución, siempre bajo su control, estamos ante una actividad formalmente jurisdiccional, y es al juez a quien se le imputa tal actuación, como manifestación de la función jurisdiccional de ejecutar lo juzgado (art. 153 constitucional). Sin que ello implique, por regla general, que la Administración se vea relegada en su deber de cumplir el fallo, pues tal deber coexistirá con la potestad jurisdiccional sustitutiva, y por ello, no podría, ni por asomo impedir u obstruir el pleno ejercicio de esta y, por su medio, el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en sentencia firme.

231 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 249.

232 GÓMEZ PUENTE indica: “*En sede de ejecución, por consiguiente, le es dado al órgano judicial declarar la nulidad de los referidos actos o disposiciones administrativas [...] y ordenar las actuaciones necesarias para reponer la situación al estado preexistente o al que exija el fallo, así como declarar y determinar la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento hubiere ocasionado*”. GÓMEZ PUENTE (Marcos). *Comentario al art. 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1998*. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Civitas, n.º 100 Oct-Dic, 1998, p. 774.

233 Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de noviembre de 2002, FJ 3º (RJ 2002/9869), citada por MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 196.

MEDIDAS CAUTELARES

Es decir, en la forma sintética que expresa el CPCA (art. 155.2.), en fase de ejecución, el juez ejecutor tiene “*todos los poderes y deberes necesarios para su plena efectividad y eficacia*”. Lo cual lo faculta expresamente, por habilitación que encuentra su raigambre constitucional directamente en el 153 de la Carta Magna, a tomar todas “*las medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución*”, incluso de anulación pues “*será contraria al ordenamiento jurídico la conducta administrativa que no se ajuste a lo dispuesto en sentencia firme*” (175.1. CPCA).

El Código supedita lo anterior a la “**solicitud de parte**” (art. 155.3. CPCA), lo cual, ciertamente, es cuestionable tratándose de *medidas cautelares*, pues si una situación de la inercia de la Administración, o bien la conducta de que el juez ejecutor está enterado, perjudica irrazonablemente la ventaja o altera de algún modo grave el contenido de la sentencia, **debería existir la posibilidad para este de tomar las cautelas adecuadas y necesarias para asegurar la plena eficacia de lo fallado**, y no debería estar supeditado lo anterior a una *solicitud de parte* –aun solo inicial y no de renovada procedencia–, ya que, según quedó dicho, las labores de aseguramiento de una ejecución son jurisdiccionales, y no habría intromisión en la Administración por ello.

Tal como veremos, aquel es el fundamento último de la habilitación oficiosa del 161.2. CPCA para que, cuando el contenido o la naturaleza de lo juzgado así lo exija, el juez pueda tomar **por su cuenta** las conductas que sean **necesarias y equivalentes** para su pleno cumplimiento, de lo cual se deriva la posibilidad de una **sustitución cautelar**, en manos del juez que, si se quisiera cuestionar por supuesta antinomia con el artículo 155.3 y el artículo 19 CPCA, tendría que ser resuelta a favor de la **efectiva ejecución**, ya que esta es, recuérdese, función enmarcada dentro de lo jurisdiccional.

En otras palabras, ante una sentencia firme, la Administración no solo puede, sino que debe ejecutar lo fallado, pues toda actividad posterior afectada por esta sería actividad vinculada con la potestad –deber de cumplir el fallo, por lo cual cae dentro de la órbita de control del juez ejecutor²³⁴. Es decir, la Administración, en su caso, no está en la misma condición o situación jurídica después de dictada la sentencia, lo cual sería motivo suficiente para la habilitación cautelar especial mencionada para la fase de ejecución. MARTÍN DELGADO nos recuerda, con cita de ORTEGA ÁLVAREZ que:

*tales actos no están ya presididos por el principio de división de poderes que impide un control de oficio de los tribunales sobre esta actuación, al contrario, el elemento que incorpora la potestad de hacer ejecutar lo juzgado es que esta actuación administrativa está plenamente sometida a la dirección del Juez de la ejecución*²³⁵.

234 Por esto el Tribunal Constitucional Español ha señalado que: “*si en el seno de un incidente de ejecución se dictan medidas de ejecución, como es el caso, que se considera que van más allá de lo que es ejecución estricta, ha de ser el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución quien las deje sin efecto, pues tales extralimitaciones han de ser atribuidas al órgano jurisdiccional, que es quien ejecuta la sentencia, y no al ente administrativo, que en el proceso de ejecución se limita a acordar lo que el órgano jurisdiccional ordena. En consecuencia, en el ámbito del proceso de ejecución los actos que se dicten, están bajo el control del órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución objeto de ejecución. Otra cosa es que la resolución en cuestión dictada formalmente en un proceso de ejecución, sea materialmente ajena a él. En esta hipótesis, ha de ser también el órgano jurisdiccional ejecutante quien desvincule tal decisión del incidente de ejecución, y producida la desvinculación formal del proceso de ejecución se abre el cauce de impugnación ordinario de la resolución controvertida*”. (Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de mayo de 1998, RJ 1998 / 3850, citada por MARTÍN DELGADO (Isaac). Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado. Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 197 en nota 182). Ahí mismo se comenta que la importancia de una correcta ejecución ha llevado al mismo Tribunal Supremo a indicar que “*los errores en la determinación del contenido o alcance de la ejecución con la adopción de medidas necesarias para llevarla a cabo tiene una especial trascendencia y, en cierta medida, son equivalentes a los errores cometidos en la sentencia misma*”. (Sentencia del 10 de noviembre de 1999, FJ 2º, RJ 1999/9514, citada por MARTÍN DELGADO (Isaac). Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado. Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 197 en nota 182).

235 MARTÍN DELGADO (Isaac). Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado, Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 200.

MEDIDAS CAUTELARES

Así, dicha actividad no es simple manifestación de la potestad administrativa, sino emanada del deber de ejecutar la sentencia “de tal modo que cualquier discrepancia que exista en torno a la forma de aplicar el acto deberá ser conocida por él, y no por la Administración”²³⁶ sea la sentencia confirmatoria o no de la conducta administrativa²³⁷.

Ahora bien, el Dr. GONZÁLEZ CAMACHO afirma que:

*para el mantenimiento de la justa paz colectiva, lo que se persigue a través de la función jurisdiccional es dar a cada quien lo que corresponde, no basta que los Tribunales dicten sentencia declarando si la pretensión está o no fundada; es necesario que lo mandado en la sentencia sea prontamente cumplido. Porque el respeto debido a las resoluciones judiciales en el Estado de Derecho, impone la necesidad de acatar lo ordenado, lo que se traduce en llevar a puro y debido efecto la sentencia, adoptando las resoluciones procedentes y practicando cuanto exija la efectividad de la parte dispositiva contenida en el fallo*²³⁸.

d.5. Interrogantes

Ya se han adelantado algunos de los interrogantes que supone la nueva regulación cautelar en esta primera aproximación, como es el caso de la modulación de la pretensión cautelar oficiosa una vez instada la tutela. Sin embargo, quedan aún otros por tratar, como lo relativo a la entrada en vigor del nuevo régimen de tutela cautelar y su posibilidad de aplicación a actos administrativos que adquirieron firmeza con anterioridad a la vigencia del CPCA, lo relativo a la posibilidad de ejecución sustitutiva cautelar, según se verá o incluso de una habilitación cautelar oficiosa para que, en casos extremos, se aseguren la ejecución de lo dispuesto en sentencia firme, así como detalles del procedimiento cautelar (carácter del auto, efecto de la apelación, plazos de tramitación particulares y otros), la posibilidad de una contracautela consustancial y no previa a la ejecución de la medida adoptada.

También cabe preguntarse si se puede acudir a una tutela cautelar *ante causam* en aquellos supuestos donde el recurso administrativo sea todavía requisito necesario para el acceso a la jurisdicción contenciosa²³⁹, y cómo se adaptarían entonces sus regulaciones o las particularidades procedimentales de cada cauce procesal, y dentro de estos detalles, por ejemplo, si podría darse la habilitación para que, si las circunstancias del caso lo requieren, el juez de casación del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, y no solo el de la Sala Primera, también pueda

236 MARTÍN DELGADO (Isaac). *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo*, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado, Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 200 en nota 192.

237 Es decir, lo anterior se aplica incluso mediando sentencias que desestiman una pretensión de anulación, o más bien, “confirman” la conducta administrativa sometida a conocimiento del juez, pues en tal caso, aunque la realidad fáctica no cambie la realidad jurídica sí lo hace, “el acto administrativo, a través del recurso, ha pasado al ámbito de lo judicial [...] La actividad administrativa queda, pues, afectada por la sentencia – incluso aunque ésta declare su conformidad con el ordenamiento jurídico-, en el aspecto relativo a la ejecución frente al administrado”. (MARTÍN DELGADO (Isaac). *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso–administrativo*, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado, Marcial Pons, Madrid, España, 2005, pp. 201-202). En este sentido la opinión del Tribunal Supremo Español de 9 de abril de 2002 (RJ 2002/3462): “una vez que el acto o disposición administrativa ha sido sometido a control de la jurisdicción, la ejecución de la decisión judicial, aunque se trate de sentencias confirmatorias, corresponde a este orden jurisdiccional, por lo que las partes están obligadas al cumplimiento de la sentencia”. MARTÍN DELGADO (Isaac). *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo*, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado, Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 200 en nota 192. El mismo autor recuerda que “Ello no ocurre en el supuesto de sentencias absolutorias en la instancia ni en los casos de inadmisión del recurso, porque en tales situaciones no ha existido ejercicio de la función de juzgar, sino una decisión judicial que considera que el recurso no cumple los requisitos normativamente exigidos para ser considerado en cuanto al fondo. Al no haber pronunciamiento alguno sobre la legalidad aplicable a la situación litigiosa sometida a enjuiciamiento del órgano judicial, no hay nada que ejecutar”. (MARTÍN DELGADO (Isaac). *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo*, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado, Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 202).

238 En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 577.

239 Tema al cual la jurisprudencia ha dado una respuesta favorable a la tutela cautelar, incluso mediando agotamiento preceptivo de la vía administrativa.

MEDIDAS CAUTELARES

ejecutar la medida dispuesta o el momento procesal oportuno para la impugnación de una medida adoptada *inaudita parte*, o bien si una vez rechazada una medida *ante causam* por la interposición del proceso fuera del plazo previsto en el 26 CPCA, cabe volver a solicitarla. Falta también por revisar lo relativo al régimen de eficacia y ejecutividad de las medidas cautelares adoptadas. Estas y algunas otras interrogantes se irán develando en los apartados siguientes.

Sección Tercera: Características de la tutela cautelar en el nuevo CPCA

DI IORIO afirma que la “*garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho: la misma está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra*”²⁴⁰.

Dada su particular misión, la medida cautelar posee una serie de características que le son propias y que han sido objeto de amplio tratamiento por la doctrina nacional y extranjera (apertura y atipicidad de contenido, necesidad, accesoriedad, funcionalidad, instrumentalidad gradual, provisionalidad, flexibilidad, cognición sumaria, jurisdiccionalidad, rogación, urgencia, proporcionalidad, modificabilidad, impugnabilidad, coercitividad, eficacia progresiva y extensiva, etc.). Por tanto, aquí nos limitaremos a enunciar solamente unas líneas generales sobre lo que a cada una de ellas refiere en lo esencial.

En su resolución n.º 3171-2005, la Sala Constitucional hace un recuento de las características que considera esenciales de la tutela cautelar en los siguientes términos:

*Ahora bien, la posibilidad que tienen las administraciones públicas para adoptar las medidas cautelares está subordinada a la concurrencia de los presupuestos y requisitos propios de las mismas. Dentro de las características de toda medida precautoria figuran la instrumentalidad y provisionalidad, lo primero significa que es accesorio respecto del procedimiento principal y lo segundo que tiene una eficacia limitada o *rebus sic stantibus*, esto es, se extingue cuando se dicta el acto final. Otra característica es la urgencia que permite, en ocasiones especiales e intensas, la derogación de las reglas generales del proceso. Finalmente, se tiene la cognición sumaria o *summaria cognitio*, que parte de la verosimilitud de los hechos y no de su determinación absoluta y completa, lo que presupone la verificación por parte del órgano administrativo del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*.*

*IV-. Sobre el particular, es preciso señalar que el carácter urgente de las medidas cautelares determina la posibilidad, excepcional, de los órganos administrativos de disponer las mismas antes del procedimiento administrativo principal (*ante causam*). Sin embargo, el ejercicio de esa potestad está condicionado, en virtud de la instrumentalidad, a la interposición del procedimiento principal en un término perentorio relativamente breve. De lo contrario, la medida precautoria deviene, ineluctablemente, ineficaz por la presunción de desinterés del beneficiario de la medida, y la necesidad de evitarle perjuicios al sujeto pasivo de la misma. Debe tomarse en consideración que de la relación de los artículos 229, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública, 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 243 del Código Procesal Civil, el plazo que tiene la Administración Pública para incoar el procedimiento administrativo aparte de ser decretada la medida cautelar *ante causam* es de un mes. En consecuencia, la Administración, al haber mantenido la medida cautelar que decomisó el vehículo del amparado sin iniciar el procedimiento administrativo respectivo en un plazo razonable, violentó los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. (Cfr. también, entre otras, las sentencias de Sala Constitucional 6786-94, 3463-92, 3929-95, 2004-9232, 2005-06224.)*

Posteriormente, la Sala también expresó lo siguiente sobre las características de la medida cautelar en el ámbito de lo administrativo:

240 DI IORIO (Alfrejo J), citado por RAQUEL NUTA (Ana) y otros, Medidas cautelares y bloqueo registral. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 21.

MEDIDAS CAUTELARES

IV.- Esta Sala ha señalado en oportunidades anteriores que las medidas cautelares tienen un carácter eminentemente excepcional, y por tal razón, deben responder a un criterio de necesidad en razón de la protección del interés público y al carácter grave, irreparable o difícil de reparar del daño que se pretende evitar, además de que debe ser temporal, por cuanto no puede la Administración a través de dicho mecanismo, crear situaciones de incerteza jurídica por un tiempo excesivo, convirtiéndola en una sanción implícita. No basta con afirmar que un medio sea adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. Esta Sala, refiriéndose a la naturaleza de las medidas cautelares, mediante resolución 7190-94 de las quince horas con veinticuatro minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, expresó en lo conducente:

La doctrina entiende que la instrumentalidad y la provisionalidad son dos características fundamentales de las medidas cautelares y que sus principales elementos configurativos, exigen que deban ser: a) lícitas y jurídicamente posibles; b) provisionales, puesto que se extinguen con el dictado del acto final; c) fundamentadas, es decir, tener un sustento fáctico real con relación al caso particular; d) modificables, en el sentido que son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; e) accesorias, puesto que se justifican dentro de un proceso principal; f) de naturaleza preventiva, ya que tienen como objeto evitar inconveniencias a los intereses y derechos representados en el proceso principal; g) de efectos asegurativos, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso, previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; h) ser homogéneas y no responder a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado, con el fin de que sean medidas preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución. (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res: 2001-09197 de las nueve horas con veintinueve minutos del catorce de setiembre de dos mil uno).

Es evidente que según la tipología, el uso, la clasificación y las notas distintivas varían. Sin embargo, haremos mención de las características que consideramos esenciales en lo que respecta al proceso contencioso administrativo, con el fin de analizar su manifestación en la regulación de nuestro CPCA, lo cual será sumamente útil para resolver futuros conflictos de los que podría generar la aplicación práctica de la normativa.

a) Apertura y “atipicidad” del contenido

Por su propia naturaleza, las medidas cautelares no se avienen a una tipología cerrada o a un listado taxativo, pues la clave del éxito de la tutela cautelar radica precisamente en su adaptabilidad a las circunstancias que el caso concreto impone. Por eso la regla del 20, párrafo 1º, es una tipología *abierta*, lo cual dota al órgano jurisdiccional de facultades amplias para adaptar su decisión, ya sea conservativas (negativas), como innovativas (positivas), inhibitorias, ordenatorias o, incluso, sustitutivas, para lo cual, hay cierto grado de *discrecionalidad del órgano jurisdiccional*²⁴¹. JINESTA señala que al respecto:

únicamente, operan los límites intrínsecos (presupuestos, características estructurales como la instrumentalidad y la provisionalidad, y la función de la tutela cautelar) y extrínsecos (principios dispositivo, de congruencia, debido proceso, proporcionalidad, “favor libertatis”, etc.).// La indeterminación del contenido le puede generar al órgano jurisdiccional un temor infundado, puesto que, como hemos visto existen una serie de límites objetivos, de modo que se debe superar cualquier tendencia a evadir el riesgo inherente al

241 LACERDA (Galeno) indica que “El poder cautelar general posee naturaleza discrecional y, en regla, jurisdiccional. La afirmación puede parecer extraña a aquellos que, inmersos en una determinada corriente administrativista, caracterizan como discrecional solamente a la actividad administrativa en oposición a la jurisdiccional, a la cual le es siempre vinculada esa discrecionalidad.” LACERDA (Galeno), Comentarios ao Código de Processo Civil. Citado por PICADO VARGAS (Carlos Adolfo). Medidas Cautelares en Procesos Comerciales. IJSA, San José, Costa Rica, 2005, p.52. En este contexto, como afirma BAPTISA DA SILVA “Discrecionalidad no significa arbitrariedad, sino libertad de escoger y de determinar dentro de los límites de la ley”. Citado por PICADO VARGAS (Carlos Adolfo). Medidas Cautelares en Procesos Comerciales. IJSA, San José, Costa Rica, 2005, p. 52.

MEDIDAS CAUTELARES

*dictado de una medida cautelar atípica, para hacerle frente a las exigencias constitucionales de proveer una justicia pronta y cumplida*²⁴².

Es decir, tal como lo indicamos antes, los artículos 19 y 20 CPCA dan cuenta expresa de tal característica esencial para la tutela cautelar efectiva, de manera que no se establece un tipo específico de pretensión cautelar o de resolución, ni se predetermina el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de una medida cautelar, de modo que pueden ser estas de toda índole, meramente declarativas, constitutivas, de condena, mixtas.

Incluso, tal como se vio *supra*, al posibilitar el código la imposición de cualesquiera medidas cautelares “*adecuadas y necesarias*” que podrán contener ya sea la *conservación*, o bien, efectos *anticipativos o innovativos*, en general, mediante la regulación o la satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídico sustancial, aquí sostenemos que la regulación positiva apreciada en su conjunto da cabida también, en supuestos extremos, para medidas con efectos equivalentes a lo que se ha llegado a denominar en doctrina como *tutela autosatisfactiva*, pasando de camino por la tutela anticipada. Si bien tales clases de tutela no participarían, en los términos del código, de *autonomía*, en el sentido de estar desvinculadas totalmente del proceso principal, tal como se explicará *infra*, la medida *autosatisfactiva*, aquella que designa una cuyo resultado anticipatorio hace prácticamente inútil la resolución de fondo, es posible en la nueva regulación contenciosa .

Y es que las medidas cautelares podrán ser **cualesquiera necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.**

Inclusive en la sede penal, donde ha habido gran resistencia a la aplicación de medidas cautelares “atípicas” (más bien, *innominadas*)²⁴³, se ha tenido que terminar aceptando que el derecho fundamental a la **tutela cautelar efectiva** impone la apertura en el contenido y las medidas posibles, sin más límites que los ya enunciados, en particular el estricto resguardo a los principios constitucionales de proporcionalidad de la medida impuesta y de razonabilidad en su contenido.

Así lo han resuelto, verbigracia, el Tribunal Penal de Juicio del II Circuito Judicial de San José, en el expediente n.º 97-446-274-PE 15:15 hrs. del 26 de junio de 1998, y el Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, a las 16:25 hrs. del 15 de agosto del 2006, al aceptar las medidas “atípicas” siempre y cuando “*la vinculación de los inmuebles con una actividad delictiva atribuida al encartado y la necesidad de evitar mayores consecuencias. A lo que se debe agregar la autorización del ordenamiento para disponer de una medida que necesariamente deba respetar el principio de proporcionalidad*”.

242 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 182-183.

243 Véase tan solo como ejemplo el razonamiento que aplica el Juzgado Penal del I Circuito Judicial de Alajuela, resolución de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veintitrés de enero de dos mil seis, donde rechaza la solicitud de inmovilización y anotación de un propiedad atendiendo a que “*en la materia penal que nos ocupa, el listado de medidas cautelares es taxativo, encontrándose las mismas reguladas en el libro cuarto del Código Procesal penal, en donde el título primero refiere a las medidas cautelares de carácter personal, y el título segundo hace mención a las medidas cautelares de carácter real. Ahora bien, si se aprecian la descripción de las citadas medidas nos podemos percatar que en ninguna de éstas se estipula la inmovilización de una finca [...] Por otra parte y con relación a la solicitud de anotación de la presente causa al margen de inscripción de la finca, la misma no es procedente toda vez que ella únicamente podrá decretarse en aquellos supuestos establecidos por el artículo 282 del Código procesal Civil, mismo que remite a su vez al artículo 468 del Código Civil, siendo que en el caso de marras no nos encontramos frente a estos supuestos*”.

MEDIDAS CAUTELARES

La autorización para tal contenido “atípico”, que mejor sería denominarlo *abierto*, es además de **ORDEN CONSTITUCIONAL**, por imponerlo así el derecho a la TUTELA CAUTELAR EFECTIVA, pues como hemos visto al examinar el derecho a la tutela judicial efectiva, este IMPLICA Y PRESUPONE la posibilidad de imponer las medidas adecuadas y necesarias para salvaguardar la situación jurídica que se aduce. Nuestra jurisprudencia ha señalado “[p]ara que esta garantía sea tal, debe proteger la plenitud de los derechos e intereses que en cada supuesto se presenten, y frente a cualquier tipo de conducta administrativa, la que, en ningún caso, debe estar vedada de esta posibilidad en forma apriorística, por su sola condición específica”²⁴⁴.

Es mucho menos gravoso aceptar tal apertura que dejar expuestos a los eventuales afectados a graves consecuencias dañosas sobre la situación aducida o decidida, solamente porque lo solicitado no se corresponde con un listado taxativo de posibles medidas. El legislador no puede ni debe prever todas las medidas posibles, porque la urgencia y necesidad de garantizar una tutela cautelar efectiva no empata con tales listados, por eso, al contrario ha dispuesto al respecto un sistema de *numerus apertus* y no *clausus*.

A la luz de la jurisprudencia constitucional vista *supra* (S.C.V. 2005-006224, 2006-1030 y 2006-009570, entre otros) no es posible negar el nexo entre lo dispuesto en los artículos 19 y 20 del CPCA y el derecho a la tutela judicial efectiva, pero, como hemos dicho ***aun en su ausencia***, el **apoderamiento judicial continuaría inalterado por exigirlo así directamente el Derecho de la Constitución.**

b) Jurisdiccionalidad

El Título III del CPCA precisa y presupone que las medidas cautelares son necesariamente jurisdiccionales, lo cual no obsta para que junto con las medidas cautelares de carácter jurisdiccional existan otras de naturaleza propiamente administrativa, adoptadas por la Administración Pública dentro del marco de un procedimiento administrativo, como las autorizadas por la LGAP. Lo dicho es en el sentido de que en el CPCA, es el órgano jurisdiccional el que, mediante auto fundado, tiene las facultades dichas para disponer las medidas que mejor se adecuen al derecho o interés que se intenta proteger.

Es por esto que, según se ha indicado, el juez no está limitado por lo pedido, sino que podría apartarse de la medida específica solicitada por la parte, aun sin mediar oposición de la contraria, para decidir la tutela adecuada y necesaria de la situación jurídica sustancial. Por esto es esencial que tales poderes se concentren en la autoridad jurisdiccional que, por su capacidad, experiencia y preparación técnica, podrá bastantear lo que las circunstancias del caso concreto imponen.

SIMÓN PADRÓS nos refiere que

*[h]asta los años' 40, cierta doctrina minoritaria sostenía que la tutela cautelar configuraba una actividad de carácter administrativo. Al respecto, se expresaba – con referencia a la suspensión del acto administrativo en el ordenamiento jurídico italiano – que por medio de ella se pone en marcha el ejercicio de una valoración que nada tiene que ver con la que el juez cumplirá en el juicio de mérito, por lo que la providencia cautelar configura un acto emanado en ejercicio de una función administrativa, del todo independiente del ejercicio de la jurisdicción*²⁴⁵.

Lo anterior se debe a una posición que sostuvo en su tiempo el *Consiglio di Stato* italiano, pero que está superada en la actualidad donde se afirmaba el carácter estrictamente administrativo de la actividad cautelar.

244 Cfr. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL, n.º 321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno.

245 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 154.

MEDIDAS CAUTELARES

En este sentido, expresaba Rocco que

[s]e podrá discutir si, dentro del ámbito de las finalidades que se propone la actividad jurisdiccional (declaración de certeza, ejecución), la providencia cautelar tiende o se aproxima a una de tales finalidades; se podrá discutir si tal tipo de actividad puede considerarse autónoma, o si debe siempre o en todo caso culminar en actividades típicas que se compendian en la declaración de certeza, en la condena o en la ejecución; pero no se podrá negar nunca el carácter estrictamente jurisdiccional de dicha actividad, aunque sea ejercida a veces mediante la providencia jurisdiccional típica de la jurisdicción voluntaria que está constituida por el decreto, y tenga normalmente inicio con una citación y en un contradictorio legal, sino con una solicitud contenida en un escrito, sobre el cual el juez puede también decidir inaudita altera parte²⁴⁶.

ROJAS GÓMEZ menciona que

[...] la utilidad de las medidas cautelares estriba en la eficacia de la función jurisdiccional del Estado, parece obvio que su determinación y práctica esté encomendada exclusivamente a quienes ejercen dicha función. En la adopción de la decisión final, como en la de medidas que garanticen su eficacia, el estado ejercita su función jurisdiccional, como que aquélla y éstas convergen al mismo propósito social: la efectiva actuación del derecho... Las medidas cautelares están indefectiblemente ligadas a la materialización de una decisión jurisdiccional que haya de adoptarse en relación con una pretensión determinada, independientemente de que la práctica de aquéllas anteceda o sea concomitante o subsiguiente al proceso en que haya de discutirse la pretensión a que le ha de ser útil. La medida cautelar no se explica por sí misma, sólo se justifica en cuanto sirve al propósito anunciado²⁴⁷.

En el mismo sentido, Manuel María DIEZ considera también separadamente la *judicialidad* como un carácter fundamental de la medida de cautela en el ámbito de lo contencioso:

Habiéndose el Estado encargado de la tutela del derecho y no siéndole posible a los ciudadanos hacerse justicia por mano propia, porque ello atentaría contra la existencia del orden jurídico, es indispensable que dentro de la función jurisdiccional que se le asigna al Estado, se le provea de los medios conducentes al mejor cumplimiento de su misión [...]El instituto cautelar resuelve este problema, acordando los medios de evitar la posibilidad de que la sentencia resulte ilusoria; constituye así un complemento de la función jurisdiccional; o, mejor dicho, una de las maneras mediante las cuales ésta se ejerce²⁴⁸.

Es decir, la facultad de adoptar las medidas cautelares adecuadas y necesarias es consustancial con la función judicial, y aun en ausencia de habilitación expresa en el CPCA permanecería inalterada por devenir de contenidos enraizados en el Derecho de la Constitución.

Pero, por ese mismo motivo, a la luz de lo anterior, el juez no puede renunciar al debido ejercicio de esos poderes frente a un conflicto concreto, ni menos aún, mediante argucias o apariencias, puede trasladar a otro órgano público, o peor aún a la misma parte, la decisión que solo a él le corresponde tomar.

Por esto, en la medida de sus posibilidades, el juez debe determinar siempre en sus decisiones cautelares los límites jurídicos inherentes a la ejecución de lo que dispone, incluso mediando potestades discrecionales, porque en esa medida aplica lo establecido en el artículo 128 CPCA, lo cual no solo se presenta como posible sino como necesario. Por este mismo motivo, el juzgador tampoco puede omitir resolver, aunque sea en forma velada, cómo

246 Citado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 155.

247 ROJAS GÓMEZ (Miguel Enrique). La teoría del proceso. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2002, pp. 223-224.

248 DIEZ (Manuel María). Derecho Procesal Administrativo (lo contencioso administrativo). Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 291.

MEDIDAS CAUTELARES

sería si en su fallo se enuncia un estado dubitativo, a la manera de decidir acoger la medida si se da un supuesto y rechazarlo si no se da²⁴⁹. Si el juez se encuentra en este estado dubitativo, lo más recomendable es ordenar la prueba necesaria para superar el estado de duda o bien postergar la decisión definitiva para el momento en que cuente con los elementos de convicción necesarios²⁵⁰.

El correlativo de lo anterior es que el abuso o la indebida utilización de estos poderes compromete la responsabilidad del Poder Judicial que, en los términos señalados por la Sala Constitucional, deriva directamente del

249 Esto equivaldría a no resolver el caso concreto sometido a su decisión por la vía de una resolución dubitativa. En este sentido el fallo 132-A-TC-2008 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo consideró que *“el dictado de la resolución recurrida provoca una absoluta inseguridad jurídica, pues finalmente no resuelve el punto debatido, - sea la adopción o denegatoria de la solicitud – sino que un razonamiento oscilante deja entrever dos potenciales alternativas de solución al conflicto, cuando en realidad el juzgador puede acoger total o parcialmente o bien, denegar la tutela cautelar petitionada, mas no dejarla ambivalente entre ambas posibilidades. Tal y como se apuntó en este Considerando, las resoluciones, además de ser debidamente motivadas también deben dictarse en forma razonable, clara y unívoca”* (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 132-A-TC-2008 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de octubre de dos mil ocho).

250 Algo parecido ocurrió en el caso dilucidado mediante la resolución dictada a las ocho horas veinticinco minutos del primero de agosto de 2008, dentro del expediente 08-396-1027-CA. Ahí se conoció del cierre de un hotel ordenado por el Ministerio de Salud ante una serie de falencias sanitarias. Ante el caso, el juzgador dio el plazo de un mes para cumplir con los requerimientos de la orden sanitaria, y luego de transcurrido ese mes, los personeros del Ministerio de Salud deberían comparecer al hotel a efectos de dilucidar si los incumplimientos fueron subsanados. Una vez dado ese informe, las partes deberían comparecer ante el juzgado nuevamente para efectos de resolver si se mantenían o no la orden de cierre y el dictado la resolución definitiva sobre la medida *ante causam*, de manera que el plazo para la interposición del proceso de quince días empezaba a correr a partir de lo resuelto en definitiva por el órgano jurisdiccional.

MEDIDAS CAUTELARES

Derecho de la Constitución²⁵¹, por lo que deberán ser siempre utilizados en un contexto de prudencia y de decisión reposada y debidamente motivada (artículo 57 del Código Procesal Contencioso Administrativo).

251 Está claro en el ordenamiento jurídico nacional que se trata de una RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL OBJETIVAMENTE MODERADA Y SOLIDARIA derivada directamente del parámetro de legitimidad constitucional. Así la Sala Constitucional lo ha dispuesto expresamente en las sentencias 5981-95 y 5027-97; y la propia Corte Plena, entre otros, ha hecho suyos los principios respectivos, en la decisión n.º 043-2003 de las 14:30 hrs. del tres de febrero de 2003. Lo anterior constituye una derivación directa de los indicados artículos 9, 11, 33, 41 y 154 de la suprema ley, al lado del numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que serían flagrantemente inaplicados si se partía de la base equivocada de que el ordenamiento jurídico no reconocía tal responsabilidad del Estado Juez que, como quedó señalado, era solidaria y objetivamente moderada. En la sentencia número 5981-95 de las quince horas con cincuenta y un minutos del siete de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, la Sala Constitucional se pronunció expresamente acerca de la existencia constitucional de la responsabilidad solidaria y objetiva del Estado por los actos jurisdiccionales. En dicho fallo, la Sala consideró: “V. DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL PODER JUDICIAL. PRINCIPIOS. En cuanto a la alegada inconstitucionalidad por omisión de los artículos 190, siguientes y concordantes de la Ley General de Administración Pública, que establecen la responsabilidad objetiva de la Administración Pública, por no consignar en forma expresa al Poder Judicial, de manera tal que la responsabilidad objetiva del Estado establecida en estas normas se refiera únicamente a actos y funciones administrativas, no pudiendo ser aplicables al Poder Judicial, en el tanto desarrolla el servicio público de la administración de justicia, la acción también resulta improcedente. **La responsabilidad del Estado derivada del ejercicio de la función jurisdiccional debe regirse de conformidad con lo establecido en la propia Constitución Política y en la ley, según lo dispuesto en la Carta Fundamental en su artículo 154:// “El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la Ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos.”; de lo cual se derivan dos conclusiones básicas: 1.) En primer término, constituye un principio constitucional la responsabilidad directa del Estado en los casos de error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia, la cual deriva precisamente de lo dispuesto concretamente en el artículo 9 constitucional, el cual dispone en lo que interesa:// “El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.”; en relación con los artículos 11, 33, 41 y 154 constitucionales, y que resulta congruente con los principios del Estado Social de Derecho, precisamente con el de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, el de seguridad jurídica e igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Esta responsabilidad se justifica por el hecho de que la función de juzgar es manifestación de un Poder, uno de los tres del Estado, lo cual implica su condición de servicio público, de organización de medios materiales y personales destinados a la satisfacción de la demanda social de justicia. En este sentido, en un Estado de Derecho, tanto la función administrativa como la jurisdiccional constituyen modos de ejecución de la ley, y su única distinción consiste en los efectos; a los tribunales de justicia les corresponde la comprobación de los hechos y del derecho mediante fallos que poseen una fuerza especial, el valor jurídico propio que se llama “cosa juzgada”, en virtud de la cual no puede ser modificada, discutida, retirada, retractada, sino únicamente mediante los recursos establecidos en la ley; la decisión de la Administración no tiene esta fuerza de verdad legal que se le reconoce a la cosa juzgada. Debe tenerse en claro que son dos funciones distintas, ambas responden a fines distintos; mientras que la función administrativa está destinada a proveer a las necesidades de la colectividad, la función jurisdiccional tiene por fin consolidar el orden público con la solución de las diferencias y la sanción a las violaciones de la ley; pero que, por igual están sujetas al régimen de responsabilidad del Estado, por cuanto **el daño causado por el ejercicio de cualquiera de estas funciones es imputable a un acto del Estado, y por lo tanto, susceptible de comprometer su responsabilidad.** En virtud de lo dispuesto en los transcritos artículos 9 en relación con el 153 constitucionales, en consonancia con el principio general de que “todo aquel que causa un agravio debe repararlo”, no podría eximirse de responsabilidad al Poder Judicial por el “error judicial” en el ejercicio de la función jurisdiccional. **Cabe señalar que esta responsabilidad objetiva del Estado resulta complemento de la responsabilidad civil, penal y disciplinaria a que está sujeto el juez, pues éstas no resultan suficientes para garantizar debidamente los intereses de los justiciables, que por las dificultades para su exigencia, convierten en una verdadera carrera de obstáculos la posible reclamación, y en la mayoría de los casos, deja al margen y sin protección aquellas situaciones en las que no es posible apreciar el dolo o culpa del juzgador. La responsabilidad debe provenir de una conducta dolosa o culposa del órgano jurisdiccional, constitutiva o no de delito [...] (Este es el voto que transcribe la Corte Plena en su resolución n.º 043-2003 de las 14:30 hrs. del tres de febrero de 2003, haciendo suyos los principios allí indicados)”. Luego, mediante resolución 5027-97, la misma Sala aclaró que dicha responsabilidad constitucionalmente fundada no distinguía incluso entre el error judicial o el simple actuar legítimo, confirmándose el carácter eminentemente **objetivo** de la responsabilidad del “Estado-Juez”.****

Continúa en la siguiente página

MEDIDAS CAUTELARES

El Dr. Óscar GONZÁLEZ CAMACHO señala la jurisdiccionalidad como una característica general de la medida cautelar, pues, en su opinión, *“las medidas cautelares son jurisdiccionales en cuanto adoptadas en un proceso judicial con el contenido y efectos ya conocidos. Por esto mismo se decide en forma de auto, el que para todos los efectos (procesales y de fondo), ha de estar debidamente motivado [...]”*²⁵².

La jurisdiccionalidad implica **fundamentación** de la medida que al respecto debe ser **necesaria y concreta**, a la luz del caso concreto, sin poder acudir a simples apariencias o a la mera remisión o cita de doctrina y jurisprudencia, si no se hace primero un enlace expreso con las circunstancias del caso concreto. Porque motivar es consustancial con la función jurisdiccional, ya que de nada valdría el derecho fundamental a un debido proceso, si con cualesquiera argucias o apariencias se pudiera evadir el elemental requisito de una decisión justificada y objetiva, imparcial, a la luz del caso concreto sometido al órgano jurisdiccional.

La resolución cautelar no motivada en tales términos carecería *a priori* de validez, tal como la jurisprudencia reiterada de la jurisdicción contencioso administrativa²⁵³ y la vinculante de la Sala Constitucional lo han establecido claramente para ese supuesto,²⁵⁴.

La utilización de afirmaciones dogmáticas y frases rutinarias no es fundamentar una decisión. Se debe explicar por qué a la luz de las circunstancias del caso concreto la medida que se adopta es la adecuada, necesaria, idónea y proporcional, mediante una ponderación circunstanciada de los intereses enfrentados, así como de los argumentos de las partes.

En ese voto, luego de transcribir en lo conducente lo resuelto en su sentencia 5981-95, el máximo tribunal constitucional expresó: “[...] Resulta entonces que la responsabilidad del Poder Judicial, constitucionalmente fundada, no distingue entre el error judicial o el simple actuar legítimo, siendo lo importante la producción de un daño al administrado”. (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA n.º 5027-97 de las dieciséis horas con veinticuatro minutos del veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y siete).

252 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 35.

253 Solo para citar un caso, el Tribunal Contencioso Administrativo, en su voto 82-2007 de las once horas diez minutos del dieciséis de febrero de dos mil siete, ha dispuesto con meridiana claridad: *“El juez, debe apreciar todas las alegaciones de las partes, por lo que es imprescindible, que los resultados de esa valoración y las motivaciones que lo hicieron arribar a una determinada conclusión, queden plasmados en la resolución, por imperativo constitucional (artículos 39 y 41 de la Carta Fundamental) y legal (artículo 155 del Código Procesal Civil), bajo pena de nulidad. Esto permite arribar a la conclusión de que todo Juzgador tiene, en esencia, la obligación de realizar un esfuerzo por incorporar en la sentencia, las razones que lo llevaron a optar por una u otra decisión, pues como bien lo ha señalado la Sala Constitucional: “[...] ese deber u obligación del juez de motivar las sentencias implica, en consecuencia, un derecho del ciudadano a obtener, de parte del órgano jurisdiccional, no sólo una resolución fundada en derecho sino también debidamente razonable, a partir de todos los elementos visibles para el caso concreto. Así, la motivación constituye el signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdiccional y sirve para demostrar que el fallo es justo y por qué es justo y para persuadir a la parte vencida de que (-la solución dada-) ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento, y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y la fuerza, sirviendo además, en una función más estrictamente jurídica, como conducto para la impugnación, lo que permite poner a las partes en condición de verificar si, en el razonamiento que ha conducido al juez a decidir en determinado sentido, puede descubrirse alguno de aquellos defectos que dan motivo a los diversos medios de impugnación ante los órganos competentes, constituyendo entonces la motivación, el espejo revelador de los errores del juzgador. Se entiende entonces que, el deber de fundamentación es una garantía primordial por cuanto incide directamente en el derecho de defensa y por ende, en el derecho al debido proceso y en el derecho a la tutela judicial efectiva. Esa fundamentación se ha de referir a todos los razonamientos y criterios por los cuales el Juez llega a la conclusión que plasma en la parte dispositiva de la sentencia, fundamentación que requiere un ítem lógico y que implica necesariamente que todos y cada uno de los elementos que obran en el expediente, deberían ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica racional”. (sentencia número 4846-96). – “VI.- Tal y como ha queda evidenciado, en estas condiciones, la falta de motivación, a no dudarlo, invalida en su totalidad el fallo, situación que obliga a decretar su nulidad, [...]”.*

254 Mediante sentencias números 3307-94, 3907-94, 3773-94, 4443-94, 6223-95 y 6571-95 y 3145-97, la Sala Constitucional estableció que la falta de fundamentación de una resolución constituía una violación a la garantía constitucional del debido proceso.

MEDIDAS CAUTELARES

La Sala Constitucional ha sido muy clara en establecer que el juez debe indicar sus razones para desechar todos y cada uno de los argumentos que se le presentan, y no simplemente debe limitarse a decir que su decisión es correcta:

La Sala estima que el deber del juzgador de fundamentar la sentencia, implica que éste debe indicar en todos y cada uno de los extremos a que aquélla se refiere, los motivos por los cuales opta por pronunciarse en uno u otro sentido... la fundamentación adquiere especial importancia, especialmente si se deniega, pues sólo si se tiene pleno conocimiento de las razones que para ello tuvo el juzgador, puede el imputado, o su defensor, ejercer los recursos que correspondan y defender plenamente sus intereses. (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto 6606-98 de las nueve horas del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho).

El Estado tiene el deber de asegurar una correcta Administración de Justicia (véase la resolución n.º 5238-94 de la Sala Constitucional y, en sentido similar, n.º 5498-94 y n.º 5693-93). Por eso la Sala Constitucional ha declarado reiteradamente (entre otras las sentencias n.º 015-90, n.º 669-91, n.º 2083-91, n.º 451-94, n.º 2090-94, n.º 3180-94, n.º 3214-94, n.º 3674-94, n.º 4944-94, n.º 5111-94, n.º 7-95 y n.º 981-95) que es una garantía fundamental obtener una decisión debidamente fundamentada.

De hecho, la fundamentación es la decisión misma, porque en su ausencia no existe ni se razona una decisión, porque concebir teóricamente la legitimidad de decisiones sin fundamentación implica eliminar primero hipotéticamente el principio de legalidad constitucional, ya que la esencia de la arbitrariedad radica precisamente en no estar sujeto a normas y no tener que dar cuentas de la decisión que es precisamente lo opuesto a la interdicción de arbitrariedad.

En suma, como hemos señalado, en el ámbito cautelar hay campo para el arbitrio mas nunca para la arbitrariedad. Sin embargo, no debemos confundir este requisito de fundamentación con la extensión de una resolución. En este caso, **el Tribunal Constitucional Español ha manifestado (STC 119/2001 del 24 de mayo, FJ 8) que la mayor o menor extensión de una resolución judicial no implica en sí vulneración de la tutela judicial efectiva:**

en cuanto se achaca a la resolución judicial escasa extensión de la argumentación, parece oportuno reiterar una vez más que del art. 24.1 CE no se deriva un derecho fundamental a un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado. Antes al contrario, para entender satisfechas las exigencias contenidas en el indicado precepto constitucional es suficiente con que el órgano judicial exprese las razones jurídicas en que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, su ratio decidendi (por todas, SSTC 187/2000 del 10 de julio; FJ 2; 214/2000 del 18 de septiembre; FJ 4 y 12/2001 del 29 de enero, FJ 2).

c) Necesidad de la medida

HERNÁNDEZ – MENDIBLE encuentra la *necesidad* de la medida como una característica fundamental de las medidas cautelares: “Las medidas cautelares que se concedan deben ser necesarias para evitar la producción de perjuicios graves e irreparables, o de tal naturaleza que no puedan repararse por la sentencia que ponga fin al proceso principal”²⁵⁵.

Tal característica es una manifestación del principio constitucional de **proporcionalidad**, en el sentido de que se deben emplear las medidas que lesionen menos los intereses subjetivos en juego, siempre que en una situación exista una base fáctica suficiente para decretarla, dado que, en su ausencia, se producirán graves daños o perjuicios, actuales o potenciales a esos mismos intereses subjetivos.

255 HERNÁNDEZ – MENDIBLE (Víctor Rafael). La Tutela Judicial Cautelar, en el contencioso administrativo. Editores Vadell Hermanos, Valencia – Venezuela – Caracas, 1998, p. 23.

MEDIDAS CAUTELARES

La Sala Constitucional ha dejado claro lo anterior en su jurisprudencia reiterada:

La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida.”(S.C.V. 6678-01, ver también, 3445-00, 17592-06, entre otras) y también “c) necesidad de la medida, esto es que el resultado que de ellas se espera no pueda ser obtenido por otros medios menos gravosos, pues si es posible sustituirla por una medida menos lesiva, esta última es la que ha de prevalecer”[...] (S.C.V.2175-96 y 1428-96, entre otras).

GONZÁLEZ CAMACHO señala que por

‘necesaria’ ha de entenderse la adecuada, requerida o imprescindible, cualquiera que ella sea, para la tutela del derecho o interés lesionado, y en consecuencia, no limitada a determinado tipo o figura preestablecida por el ordenamiento. Es decir, corresponderá al juez fijar en última instancia la medida justa para la situación planteada en atención al principio de flexibilidad que en esta materia rige [...]’²⁵⁶.

Es evidente entonces que la valoración de la adecuación de la medida para alcanzar el fin propuesto solo es posible hacerla en el caso concreto bastateando de manera fundada los diferentes intereses en juego. Esto enlaza directamente la necesidad con la flexibilidad, en el sentido de que la tutela cautelar no podrá limitarse a moldes rígidos o predeterminados en una norma, ni menos aún a un listado taxativo de medidas por aplicar, desvinculados de un contexto conflictivo real.

Pero más aún, por otro lado, la necesidad constituye también el freno o contrapeso a tal apertura, pues si bien la amplitud cautelar es inevitable, a la luz de una situación concreta, la gama de las medidas posibles debe verse restringida a aquellas que se ajustan a la necesidad de proteger y garantizar el objeto y la efectividad de la sentencia que son menos. De esta manera, la autoridad decisora debe tener en cuenta expresamente lo anterior a la hora de inclinarse por una medida concreta.

d) Flexibilidad y eficacia progresiva y extensiva

La Sala Constitucional ha indicado que “La tutela cautelar, flexible y expedita, es un componente esencial del derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, puesto que, los órganos administrativos deben garantizar la eficacia de la resolución definitiva en aras de proteger los intereses públicos”. (S.C.V. 7190-06).

Como vimos al referirnos a la *necesidad* de la medida, dicha característica nos remite directamente al principio de flexibilidad que, en palabras de CHINCHILLA MARÍN, significa:

Flexibilidad en el sentido de que deben adoptarse todas las medidas cautelares posibles y no sólo la suspensión, es decir, un sistema de medidas innominadas o de cláusula abierta; flexibilidad en el sentido de que puedan adoptarse tanto antes como después de la interposición del recurso administrativo o judicial; y flexibilidad, por último, en cuanto a los criterios que en cada caso concreto pueden y deben emplear los órganos judiciales para otorgar o denegar la tutela cautelar solicitada ²⁵⁷.

256 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 18, nota 9.

257 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *El Derecho a la Tutela Cautelar como Garantía de la Efectividad de las Resoluciones Judiciales*, citado por GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 18.

MEDIDAS CAUTELARES

Lo anterior engarza con lo dicho *supra* acerca de los derivados del derecho constitucional no escrito a la tutela cautelar, en cuanto la Sala expresamente dispuso (S.C.V. 6224-05) que el juez contencioso – administrativo debe utilizar sus poderes a fin de brindarle una **eficacia progresiva y extensiva** a tal derecho fundamental, nunca para limitarlo, lo cual sirve de guía a la interpretación de las medidas cautelares.

Es decir, en materia cautelar están proscritas cualesquiera criterios o disposiciones que coarten o limiten el ejercicio de un poder, derecho o facultad a quienes intervienen en el proceso. Más aún, en esta materia, deben entenderse autorizadas la interpretación extensiva y la analogía, mientras no constituyan una afectación seria de la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros o constituya un abuso de los sujetos del proceso.

También se ha señalado que esta característica

*implica, por una parte, que el órgano judicial está en todo caso autorizado para establecer la clase de medida adecuada a las circunstancias del caso y, por la otra, que el sujeto activo y el sujeto pasivo de la pretensión tienen la posibilidad de peticionar en cualquier momento, la modificación de la medida decretada*²⁵⁸.

O bien que

*las medidas cautelares se caracterizan por su flexibilidad o mutabilidad, por lo que su requirente podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución probando que la misma no cumple acabadamente con su función de garantía, y el afectado, su sustitución por otra menos gravosa, el reemplazo de los bienes cautelados por otros del mismo valor, o ya la reducción del monto por el que aquélla fue trabada*²⁵⁹.

En jurisprudencia comparada se ha manifestado que constituye

*una saludable política legislativa del proceso, no ceñir las distintas providencias de este tipo, susceptibles de dictarse, a rígidos cartabones o medidas típicas, y en cambio, instrumentar a los jueces con facultamientos amplios que posibiliten – viable la medida – adoptar la que resulte más adecuada a las circunstancias del caso (C1^oCC La Plata, Sala III, causa 155.764, reg. int. 132/73)*²⁶⁰.

Por tanto, la *flexibilidad* apuntada implica que no solo serán los tribunales los encargados de evaluar en cada caso las circunstancias presentes y lo que mejor se ajuste a los valores e intereses en juego, sino que las medidas cautelares deben ser plenamente *acumulables* y *complementarias*, cuando una sola no logre cubrir de manera suficiente la seguridad requerida, de manera que una de ellas decretada aisladamente solo cubra parcialmente lo que se requiere. Esto implica también que pueden darse en *acumulación progresiva*, en la medida que una sea necesaria para el ejercicio de otra, como podría ser la sustitución para la práctica de un aseguramiento urgente de bienes. Asimismo serán las medidas *fungibles* en la medida en que, a la hora de una práctica concreta, una de las decretadas pueda ser sustituida por otra, según se compruebe una mayor o menor intensidad de tutela y, en último término, serán siempre *sustituibles* cuando un cambio de circunstancias amerite el otorgamiento, cancelación o modificación de la medida.

Como derivado también de su *flexibilidad* en este aspecto son susceptibles de *ampliación* – extensión cuantitativa - o *mejora* – extensión cualitativa- , o bien, de sustitución *stricto sensu*, es decir, de la transformación de una medida decretada por otra que sea más o menos enérgica, pero de distinta entidad que la primera dictada, lo cual, evidentemente, y en todos los casos, provocará un efecto reflejo en la *contracautela* decretada ajustándose a las nuevas circunstancias y a la nueva configuración de la medida.

258 MARTÍNEZ BOTOS (Raúl). *Medidas Cautelares*. 2ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 82.

259 KIELMANOVICH (Jorge L.). *Medidas Cautelares*. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 47.

260 Citado por MARTÍNEZ BOTOS (Raúl). *Medidas Cautelares*. 2ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 83.

MEDIDAS CAUTELARES

En el último caso citado (ampliación, sustitución o renovada procedencia), a diferencia de lo que sucede con la solicitud inicial de una medida, el apoderamiento al juez **es tanto oficioso como a instancia de parte** (art. 29 CPCA). De tal manera, el trámite para su modificación, renovada procedencia o cancelación, deberá ser diligenciado de conformidad con lo establecido en dicha norma, y aunque en principio la *carga de la prueba* de las condiciones sobrevenidas recaerá en aquel que promueve el cambio en la situación cautelar. Esto no será siempre así, sino que la autoridad judicial podrá considerar nuevamente la procedencia de aquella tutela u de otra medida, o bien, su cancelación por no resultar necesaria o relevante en el nuevo contexto, incluso de manera oficiosa si es necesario.

En estos casos de modificación oficiosa de la medida, no está de más advertir, como lo hace PALACIO²⁶¹, que semejante facultad debe ser ejercida siempre con suma limitación y extrema prudencia, pues, por regla general, el juez no contará con elementos de juicio sometidos a contradicción, de tal manera que debe circunscribirse la sustitución o limitación oficiosa a aquellos supuestos en que el juez fundamente expresa y detalladamente que la medida resulta manifiestamente exorbitante o inapropiada en el nuevo contexto; en otras palabras, que esto sea evidente y manifiesto, sin necesidad de practicar prueba o diligencia alguna, y que esto quede expresamente justificado en la resolución que así lo decreta.

e) Rogación e inaplicabilidad de la regla de literal congruencia

Por rogación se entiende en líneas generales que al funcionario competente le es prohibido proceder de oficio, aunque conozca del acto o hecho que válidamente haya de dar origen a la resolución, ya que es ineludible que exista una solicitud previa que provenga de una persona, ya sea física o jurídica –pública o privada– que impulse el mecanismo procesal. Dicha rogación mediante la cual se solicita la intervención del órgano jurisdiccional debe inevitablemente seguir las formalidades contenidas en el CPCA, las cuales exigen la *instancia de parte*²⁶² como requisito formal para la adopción de la medida; en el caso que nos ocupa, por intermedio de una gestión debidamente motivada de la parte legitimada al efecto, tal como se vio *supra*.

Sin embargo, reiterando lo expuesto *supra*, debemos indicar aquí que por *rogación* no ha de entenderse jamás necesaria y puntual *correlación entre lo pedido y lo otorgado* mediante el auto que decreta la medida cautelar²⁶³.

261 Citado por MARTÍNEZ BOTOS (Raúl). Medidas Cautelares. 2ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 84.

262 Salvo el caso de las medidas *provisionalísimas* que según el 23 CPCA se pueden conceder de oficio. Esta es la regla general, sin embargo, aquí sostenemos la tesis de que en casos excepcionales, en la fase de ejecución de sentencia firme “*si su contenido o naturaleza así lo exigen, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento*” (art. 161.2. CPCA). De esta manera, ahí habría una habilitación oficiosa para el ejercicio de tales poderes. Asimismo, en hipótesis de renovada procedencia (art. 29.2. CPCA), también existe una habilitación oficiosa para considerar nuevamente la procedencia de la medida cautelar solicitada inicialmente, o bien, de otra medida cautelar que las circunstancias impongan.

263 Ha señalado el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo que en las medidas cautelares “*rige efectivamente el principio de rogación que para nada debe confundirse con el principio de congruencia, grave daño se provocaría a la tutela y al instituto de la tutela cautelar si amarrásemos las medidas al principio de congruencia y lo sujetásemos a un principio dispositivo de lo (sic) que pedido por la parte limita al juez. Hay que recordar sí que son rogadas pero luego permiten al juez adoptar lo que estime pertinente y necesario, como lo establece el Código, siempre que tenga vinculación con el objeto del proceso. Más aún, existen particularidades de la medida cautelar que permiten una actuación totalmente oficiosa sin siquiera la rogación, como ocurre con los artículos 23 y 29.2 cuando se trata de medidas provisionalísimas o bien de la revisión o adaptación de la medida cautelar por supuestos posteriores*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución n.º 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve. La transcripción es propia dado que se trata de un fallo oral, el video puede observarse en la página web del Tribunal). En el mismo sentido el fallo 95-F-TC-2009: “*en materia cautelar rige un principio de rogación pero no en forma estricta un principio de congruencia, y esto es digno de destacar nuevamente, no hay incongruencia en la medida en que la cautelar tenga un vínculo con el objeto de lo que se debata, aniquilaríamos la tutela cautelar en la medida en que la coloquemos en moldes rígidos de congruencia estricta*” (también transcripción propia del fallo oral).

MEDIDAS CAUTELARES

Debemos recordar que, más que un juez “tradicional” en un papel de simple espectador, el juez contencioso es un juez garantista de los derechos fundamentales de los que intervienen en el proceso, en cuenta su derecho fundamental a una tutela cautelar efectiva, siempre dentro del sistema de apoderamientos incluido en el Código.

Así, **instada la cautela, los poderes del juzgador pueden y deben ser ejercitados**. Al momento de dar la audiencia del 24 CPCA, el juez bien podría brindar una fundamentación distinta de la formulada por la parte, o bien, podría proponer una medida que considere adecuada y necesaria en las circunstancias del caso sometido a su conocimiento, dándoles a los interesados la oportunidad para formular sus alegatos al respecto, sin que el 19 CPCA sea un impedimento. Es decir, una vez que se *insta* la **cautela**, el juzgador ejerce sus poderes de dirección del proceso, sin que por eso vea empañada su imparcialidad ni la habilitación legal de su actuación.

Como ejemplo de los citados poderes de readecuación, podemos referir como ejemplo el voto n.º 270-08 de las 13:32 hrs. del 05 de mayo de 2008²⁶⁴, en el cual el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha señalado: “[...] *que en la medida cautelar no opera el principio estricto dispositivo o de congruencia y que bien puede el Tribunal señalar las adaptaciones y las medidas de contracautela pertinentes [...]*”. (Res. n.º 05-F-TC-2009 de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero de 2009. Cfr. 15:29:35 – 15:29:51 de la grabación digital correspondiente).

Al respecto, como indicamos antes, la doctrina afirma que

*en el juicio cautelar desplegará toda su virtualidad la doctrina según la cual la congruencia no requiere una correlación literal entre las pretensiones de las partes y la resolución que se dicte, sino que simplemente impone una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, no exigiendo otra cosa sino que el Tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad*²⁶⁵.

Con semejante proceder no hay vulneración del derecho de defensa, pues la sustancia de lo pedido “*por definición, tiene que ser el aseguramiento de la efectividad de la resolución que ponga fin al proceso*”, o bien, en los términos del CPCA “*proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*”²⁶⁶.

264 El juzgador rechaza la solicitud de suspender el acto de puesta en posesión ordenado en sede judicial (que era lo solicitado por el petente) y, en su lugar, nombra al actor depositario judicial del inmueble objeto del litigio. Dicha resolución del TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO de las trece horas treinta y dos minutos del cinco de mayo de 2008, dictada en el proceso 08-74-161-CA, en lo conducente, dispone: “[...] *yo no tengo competencia para suspender la puesta en posesión... siendo así esta juzgadora procede efectivamente a rechazar la medida cautelar de suspender la puesta en posesión. Sin embargo, como mis competencias así lo establecen, como medida precautoria y readecuando la medida cautelar solicitada, conforme al 19 y 21 [...]* en este acto nombro a Don [G] representante de comercializadora [J.S.A.] depositario judicial del inmueble [...] de este litigio, además hago indicación de que este asunto resuelve sin especial condenatoria en costas [...]”. (Cfr. 13:33:43 – 13:34:42 de la grabación digital correspondiente). Sobre la improcedencia de suspender en vía cautelar una *resolución jurisdiccional*, véase también TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, res. 398-08 de las once horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de junio de 2008. En este último fallo se indica que, si bien es cierto, es posible analizar en sede contencioso – administrativa la conducta administrativa del Poder Judicial, no se pueden analizar en esta vía las resoluciones jurisdiccionales de sus órganos (art. 62 CPCA). Así, declara que las resoluciones jurisdiccionales se atacan por la vía del recurso correspondiente en el proceso al que se refieren.

265 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, pp. 602-603. En el texto se hace referencia a expresiones literales del Tribunal Supremo Español del 8 de julio de 1997, Sala Tercera, RA 6211, y del 25 de mayo de 1995, Sala Primera, RA 4128.

266 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 603.

MEDIDAS CAUTELARES

Teniendo en cuenta además que **si la medida fue originalmente solicitada y rechazada, el juez sí puede, de oficio, volver a conocerla y adoptarla si varían las circunstancias que dieron motivo al rechazo**²⁶⁷.

f) *Summaria cognitio* y urgencia

La regla general contenida en el párrafo 1º del artículo 24 CPCA indica que el tribunal o el respectivo juez debe dar una simple audiencia de tres días **máximo** [...] **hasta por tres días** [...] acerca de la solicitud de cautela, salvo que se trate de una medida *inaudita altera parte* (art. 25 CPCA).

Transcurrido ese plazo, el órgano jurisdiccional encargado resolverá lo procedente, excepto si estima necesario realizar una segunda audiencia oral²⁶⁸ para contar con mayores elementos o evacuar alguna prueba, en cuyo caso tiene también un plazo máximo de tres días hábiles. Esto es fiel reflejo del carácter *sumario* del trámite cautelar “*que es propio de estas medidas, pues siendo formas provisionales que propenden a las finalidades señaladas, deben ser resueltas de forma breve para poder cumplir su función*”²⁶⁹. Las medidas cautelares “*son de previo y especial pronunciamiento; deben substanciarse sin pérdida de tiempo, posponiendo cualquier otro asunto o tema de distinta naturaleza.*”²⁷⁰.

Por otro lado, tal como se verá, *la urgencia* no es tanto una característica separada de la tutela cautelar, sino la justificación misma de su adopción en los términos que se han señalado y de la eficacia especial de la medida cautelar. Las medidas cautelares se adoptan con *urgencia*²⁷¹, inmediatamente, por la necesidad apremiante de evitar graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación jurídica aducida, no conciliable con la espera a que el tribunal pueda resolver reposadamente sobre la conducta administrativa impugnada. Es decir, lo que le permite al juez adoptar las medidas cautelares es la urgencia, actual o sobrevenida con sus especiales características.

La urgencia o sumariedad atiende a “*la necesaria celeridad con que han de ventilarse los procedimientos cautelares en aras de garantizar la protección de las situaciones jurídicas afectadas*”²⁷². GONZÁLEZ CAMACHO comenta que

[e]s característico de las medidas cautelares que han de adoptarse con urgencia, es decir, de manera inmediata, sin “las reposadas formas del proceso” (Calamandrei), lo que impide muchas veces el pleno

267 Al respecto de este tema, comenta el magistrado Ernesto JINESTA LOBO durante el proceso de discusión legislativa lo siguiente: “*En realidad como ven ustedes según el artículo 19 párrafo uno, durante todo el transcurso del proceso las partes pueden solicitar una medida cautelar. Si en un momento determinado fue levantada y se cesó, pues, con posterioridad, si vuelve a sobrevenir un nuevo peligro o una nueva amenaza de daño, puede la parte nuevamente solicitar o bien de oficio el Tribunal decretar la medida cautelar.*” (Acta n.º 8 del 16 de febrero de 2005, véase COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial anotado con las actas legislativas, 1ª ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 165).

268 Véase al respecto lo manifestado por JINESTA LOBO. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 167. Bien se podría fijar de inmediato una audiencia de tipo oral.

269 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución n.º 849-2010 de las 11:40 hrs. del 05 de marzo de 2010.

270 Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 80-2010 de las 17:00 hrs. del 2 de marzo de 2010.

271 Ya hemos señalado antes, pero bien cabe reiterar aquí lo dicho acerca de que sería un error de concepto confundir una medida cautelar, así sea provisionalísima, con un proceso de urgencia o de trámite preferente. Antes bien, la tutela cautelar no es incompatible con la tramitación preferente. En este sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo indicó: “[...] no debe perderse de vista que el nuevo sistema procesal se complementa [...] con un sistema de justicia cautelar [...] la justicia cautelar no es incompatible con la tramitación preferente [...] son complementos para concretar su finalidad” [...] “aún cuando se adopten, cuando el objeto del proceso requiera de una pronta resolución en los supuestos ya mencionados, procederá el trámite preferente”. (TCA, S.VI. resolución de las 14:00 hrs. del 5 de enero de 2009, dentro del exp. 08-14036-2017-CA).

272 DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 58.

MEDIDAS CAUTELARES

*conocimiento de los supuestos que la justifican. Esa urgencia que se refleja en la sumariedad de la gestión, conlleva una gran limitación de plazos, trámites y elementos probatorios, por lo que las posibilidades de error son grandes, circunstancia que justifica los amplios poderes del Juez para que pueda corregir la medida adoptada (si es errónea), o sustituirla en virtud de hechos nuevos que la conviertan en ilegítima. De allí que la medida cautelar sea revocable en aparición de hechos nuevos, que lleven al Juzgador al convencimiento de lo contrario, o al menos de lo diverso. Con ello se está señalando la sujeción a regla rebus sic standibus que permite la modificación de la medida al ritmo de las circunstancias que la justificaron*²⁷³.

Es la urgencia la que conlleva la reducción en los plazos procedimentales o, incluso, la posibilidad de su adopción *inaudita altera parte* o *ante causam*. Ella misma justifica la *flexibilidad* de la medida, antes destacada, así como la habilitación de medidas *provisionalísimas* enlazadas con la eficacia de la cautela principal, lo cual es una institución propia del régimen positivo de las cautelares. Y por último, como anverso de lo anterior, se encuentra el régimen de las *contracautelas* – consustanciales o de acreditación previa – como una derivación también necesaria del imperativo de paliar los eventuales efectos dañosos de las decisiones adoptadas con tal especial celeridad. Bien GONZÁLEZ CAMACHO ha señalado que

*esa posibilidad de error al que aludimos antes, provocada por la urgencia, justifica también, que en casos especiales se exija caución de la parte victoriosa, para que en el supuesto de lesión a los intereses públicos o de terceros y ante la desestimación de su demanda, sirva ésta como indemnización a los eventuales daños y perjuicios irrogados*²⁷⁴.

Susana DE LA SIERRA apunta con toda claridad que, en tales términos, la urgencia “[n]o se trata, por tanto, de una característica añadida de las medidas cautelares, sino que es la justificación misma su existencia”²⁷⁵. En el mismo sentido, según SIMÓN PADRÓS: “La urgencia es lo que permite al juez adoptar medidas provisorias. La urgencia constituye el fundamento mismo de toda decisión cautelar. Sin urgencia, las medidas cautelares no tienen sencillamente razón de ser”²⁷⁶.

La *urgencia* es un concepto que hace referencia a una circunstancia *objetiva* y no *subjetiva* y, por lo tanto, es independiente de la actitud procesal asumida por el solicitante. CLOSSET – MARCHAL²⁷⁷ nos dice que la prolongada inactividad procesal de la parte podría excluir la *urgencia*. Pero bien apunta SIMÓN PADRÓS que en tales casos

*debe distinguirse la actitud del actor de su situación objetiva. En este aspecto, a pesar de la inercia procesal del demandante, el juez estará obligado a conceder la tutela cautelar si – no obstante la forma en que aquél se ha conducido – hay una situación objetiva de urgencia, sea por haber sobrevenido nuevos elementos o por constatarse una degradación acelerada de la situación litigiosa que no admite – en las circunstancias concretas – mayor dilación*²⁷⁸.

Ahora bien, con el fin de asegurar la eficacia de la tutela cautelar, y dadas las condiciones de urgencia que motivan una medida de este tipo, el conocimiento judicial que se da previo a la adopción de la cautela es limitado y

273 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 24.

274 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 26.

275 DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo. un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 58.

276 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 149.

277 Citado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 150.

278 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 150.

MEDIDAS CAUTELARES

fragmentario, no equiparable al del proceso principal, y no es precedido siempre por un contradictorio pleno. Incluso, como se vio, tales medidas pueden tomarse *inaudita altera parte*, en cuyo caso la bilateralidad no se verá del todo eliminada, sino postergada, en aras de garantizar la eficacia de la medida por imponer²⁷⁹.

Según JINESTA

*[t]al cognición sumaria obedece al designio de la urgencia, como también a la necesidad de no transformar el auto que se pronuncia acerca de la cautelar en la sentencia de mérito, prejuzgando el fondo del asunto. Para que la medida cautelar despliegue eficientemente su función, el órgano jurisdiccional debe conformarse con la verosimilitud o probabilidad resultante de una cognición más expedita y superficial que la ordinaria.// El objeto de la cognición sumaria lo son las características de la medida y los presupuestos (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*) que deben concurrir concomitantemente²⁸⁰.*

La cognición se ve reducida entonces a juicios de probabilidad y verosimilitud.

JINESTA LOBO nos dice también que

[t]oda medida cautelar es adoptada en virtud de una cognición sumaria, puesto que, la plena solo resulta predicable del proceso principal. La cognición sumaria o prima facie cognitio, parte de la verosimilitud de los hechos y no de su determinación absoluta y completa, lo que no deja de ser delicado, por cuanto, el contradictorio y la pariedad de las partes se ven sensiblemente afectados²⁸¹.

MARTÍNEZ BOTOS señala que

[l]a superficialidad de la cognición judicial configura una característica propia y exclusiva de los procesos cautelares, cuya instrumentalidad, ya remarcada, determina que las resoluciones que en él se adoptan sean el resultado, no de un juicio de certeza, sino de mera probabilidad de la existencia del derecho alegado o discutido en el proceso principal.// De ahí que se haya señalado en reiteradas oportunidades que para que proceda una medida cautelar no es menester la prueba plena de la existencia del derecho, sino su verosimilitud comprobada en forma sumaria (CNCiv., Sala B, Rep. ED, t. 17. p. 647, n.º 22)²⁸².

No obstante, PICADO VARGAS bien indica que

*[l]a premura y urgencia de la garantía cautelar en la prevención de daños irreparables o en el peligro de ineficacia posterior de la sentencia (*periculum in mora*) exigen que el procedimiento cautelar sea expedito. Sin embargo, no se trata de un culto a la celeridad por sí misma, dado que estimamos que este trámite debe respetar las garantías constitucionales de las partes²⁸³.*

279 PICADO VARGAS ha señalado, haciendo eco de la opinión de PEYRANO, que “El factor sorpresa se pierde ante la notificación previa al demandado, quien, puesto en autos del procedimiento cautelar, perfectamente podría hacer nugatorio el objeto de la cautela.” PICADO VARGAS (Carlos Adolfo). Medidas Cautelares en Procesos Comerciales. IJSA, San José, Costa Rica, 2005, p. 81.

280 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 167.

281 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 167. Cabe aclarar aquí que dicho carácter de *sumaria cognitio* no es óbice para que este tipo de medidas sean adoptadas a su vez dentro de otro tipo de procesos que revisten el carácter de sumarios, como sucede con las cautelares dictadas dentro de un recurso de amparo.

282 MARTÍNEZ BOTOS (Raúl). Medidas Cautelares. 2ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 79.

283 PICADO VARGAS (Carlos Adolfo). Medidas Cautelares en Procesos Comerciales. IJSA, San José, Costa Rica, 2005, p.79.

MEDIDAS CAUTELARES

En este sentido, sumariedad no equivale a ausencia de prueba, pues toda medida cautelar debe estar respaldada por un fundamento probatorio adecuado y suficiente que permita comprobar la concurrencia de los presupuestos de la medida en su particular configuración para el caso concreto²⁸⁴.

La extensión y el mayor o menor grado de conocimiento que implique este trámite sumario variará dependiendo del contenido de la medida que se pretenda imponer, pues, tal como se ha visto, a mayor grado **sus presupuestos constituyen un umbral flexible**, a mayor intensidad de exigencia del interés general a la no adopción de la medida, mayor será el detrimento que justifique su adopción por encima de aquel, y mayor el nivel de conocimiento que se requiera para llegar a esa determinación.

Ante tales premisas, es necesario concluir que habrá casos en que, a pesar de concurrir *ab initio* situaciones de extrema urgencia, dado el interés general prevalente en la ejecución del acto, no procederá dar un trámite *inaudita altera parte*, sino que será necesario recabar mayores elementos de convicción para decretar la cautela. Es más, el mismo JINESTA reconoce que la

consecuencia de esa cognición superficial es la sensación de miedo e inseguridad experimentada por el órgano jurisdiccional al adoptar una medida especialmente intensa bajo condiciones precarias o limitadas de defensa y contradictorio, a diferencia de la certeza y seguridad cuando discurre por las reposadas formas del proceso de cognición plena. La manera de combatir esa sensación de incerteza (horror vacui) es reafirmando el deber de motivación y otorgando audiencia previa al sujeto pasivo – excepción hecha de los supuestos excepcionales y urgentes en que debe dictarse inaudita altera parte-²⁸⁵.

g) Instrumentalidad gradual, accesoriedad y funcionalidad

Según COLOMBO, la **accesoriedad** implica que la medida está “concatenada con el resultado final del proceso, que es lo que se trata de custodiar”²⁸⁶; es decir, la pretensión cautelar está concatenada, es accesorio, en tanto sirve de garantía de eficacia a la tutela judicial que se pretende por medio del proceso principal. Una manifestación de este principio es la caducidad de la medida operada *ante causam*, si no se deduce el proceso en el período de tiempo señalado en el 26 CPCA, la cual presupone este carácter accesorio, pues no subsistirá la medida en sí misma, sin la presentación de la demanda.

Por **funcionalidad** de la medida, debe entenderse que esta se encuentra *en función* de la pretensión que se ejercita en el principal, lo cual presupone una *cláusula abierta* de las medidas por conceder que encontramos en el 19.1. CPCA.

GONZÁLEZ CAMACHO indica que la

gran mayoría doctrinal sostiene que la medida cautelar debe adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se protege o pretende, en otras palabras, debe estar en función de la pretensión que se ejercita, y es a esto lo que denominan funcionalidad de la medida. En tanto más próxima o funcional sea con respecto a la sentencia definitiva, mejor será cumplida su finalidad, lo que en modo alguno permite prejuzgar sobre el asunto principal²⁸⁷.

284 En este sentido, la opinión de PICADO VARGAS (Carlos Adolfo). Medidas Cautelares en Procesos Comerciales. IJSA, San José, Costa Rica, 2005, p.79.

285 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique). JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 167.

286 COLOMBO (Carlos J.). Citado por RAQUEL NUTA (Ana) y otros. Medidas cautelares y bloqueo registral. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 23.

287 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 31.

MEDIDAS CAUTELARES

Es decir, la medida aunque funcional debe guardar total sumisión a la sentencia definitiva, pues la cognición sumaria, ya vista, no se aviene con una decisión del fondo de la causa.

Las medidas cautelares deben ser “instrumentales” al proceso principal²⁸⁸. La **instrumentalidad** está muy relacionada con las dos características vistas. CALAMANDREI sostiene con respecto a esto:

[...] Es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales no constituyen un fin por sí mismas, sino que están indudablemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico del cual aseguran preventivamente. Nacen por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios para su éxito [...] Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a la justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea, elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento²⁸⁹.

Sobre este aspecto, CHIOVENDA señala que “la medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley”²⁹⁰.

Y según PALACIO, “la tutela cautelar aparece configurada, con relación a la actuación del derecho sustancial, como una tutela mediata, [...] se vincula con la debida distinción que corresponde efectuar entre el proceso preventivo y el proceso cautelar, los cuales se encuentran en una relación de género a especie”²⁹¹.

288 El que exista una vinculación entre el objeto de la tutela cautelar y la pretensión en juicio, forma parte del análisis de la no temeridad de la demanda. El Tribunal de Casación de lo Contencioso indicó en el fallo 208-F-TC del año 2009 que en el caso de una medida cautelar anticipada no se puede valorar el apariencia de buen derecho dado que la demanda no ha sido aún interpuesta: “Entramos al análisis por parte de este Tribunal del cumplimiento de los requisitos que en toda medida cautelar deben ser valorados. El primero de esos elementos es la apariencia de buen derecho, al respecto fue valorado por el Tribunal que se está ante una medida cautelar anticipada en donde todavía la parte interesada en la medida cautelar no ha abierto proceso de conocimiento sobre el fondo, de ahí entonces que no se pueda valorar si la demanda pueda tener o no apariencia de buen derecho, o pueda o no cumplir con el principio de seriedad respectiva” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n°. 208-F-TC de las 11:06 hrs. del 11 de setiembre de 2009). El criterio de ese fallo es ciertamente cuestionable, por cuanto, si bien en el caso de una medida anticipada no existe todavía un proceso de conocimiento sobre el fondo, lo cierto es que al menos la gestión que solicita la medida cautelar debe aportar un mínimo de información respecto de los hechos o algún otro alegato que ponga de relieve que efectivamente la pretensión no es temeraria, o, en forma palmaria, carente de seriedad (*fumus non mali iuris*), de manera que el cumplimiento de este requisito, como en toda medida cautelar, debe ser satisfecho por la solicitud y valorado por el Tribunal, aún tratándose de medidas cautelares anticipadas.

289 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, pp. 44-45.

290 Citado por KIELMANOVICH (Jorge L.). Medidas Cautelares. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 42.

291 Citado por MARTÍNEZ BOTOS (Raúl). Medidas Cautelares. 2ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994, pp. 77-78.

MEDIDAS CAUTELARES

CAMPO CABAL nos indica por su parte que este carácter instrumental “hace referencia a que el proceso cautelar está preordenado, en general, a una decisión definitiva, de la cual asegura su fructuosidad”²⁹².

En el mismo sentido, se encuentran las opiniones de ORLANDO RAMÍREZ para quien “las providencias cautelares no constituyen un fin en sí mismas; nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, son instrumento del instrumento”²⁹³.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES también sostiene la instrumentalidad del proceso cautelar, pues en este “está preordenada la eficacia de una resolución, normalmente una sentencia de condena aún no dictada, y concluye diciendo que las medidas van encaminadas principalmente a prevenir un peligro y a evitar un daño injusto, que aparece como probable o posible, precisamente por la duración inexcusable del proceso”²⁹⁴.

SUSANA DE LA SIERRA apunta por su lado que “la instrumentalidad preside en todo caso el procedimiento de adopción de medidas de las medidas cautelares, esto es, la medida adoptada sólo puede serlo en la medida que sea útil para garantizar una eventual resolución de fondo, al margen de que, en función de las circunstancias concretas del caso, dicha resolución termine por no adoptarse”²⁹⁵.

Nuestra Sala Constitucional ha señalado que

*Dentro de las características de toda medida precautoria figuran la **instrumentalidad** y provisionalidad, lo primero significa que **es accesoria respecto del procedimiento principal** y lo segundo que tiene una eficacia limitada o rebuc sic stantibus, esto es, se extingue cuando se dicta el acto final. Otra característica es la urgencia que permite, en ocasiones especiales e intensas, la derogación de las reglas generales del proceso. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res. n.º 2006- 07190 de las quince horas y cincuenta y cinco minutos del diecinueve de mayo de dos mil seis).*

También la Sala ha dispuesto que dicho carácter de la tutela cautelar no impide la adopción de medidas ante causam como bien lo hemos señalado, y para ello enlazan con el derecho constitucional a la tutela cautelar misma:

La medida cautelar tiene un carácter instrumental de la decisión final, lo que determina su subordinación al proceso principal; es decir, es provisional, su eficacia se agota al momento de dictarse la resolución final, cuyo dictado no puede extenderse irrazonablemente, so pena de convertirse en una sanción anticipada. (S.C.V.13016-03) [...] no obstante que tanto la doctrina como la jurisprudencia de este Tribunal **han reconocido como una de las características esenciales de las medidas cautelares su instrumentalidad**, esto es su supeditación a la existencia de un procedimiento administrativo o jurisdiccional principales; ello no impide que, en razón del interés que se intenta proteger (por ejemplo, tratándose de la tutela de bienes perecederos, materia ambiental, o la tutela del interés superior del menor, estos últimos, según disposición constitucional, al tenor de los artículos 50 y 51), o la gravedad de los hechos acusados, en tanto pueda verse afectado seriamente el orden público, la moral o las buenas costumbres (artículo 28 constitucional), es que, resulta,

292 CAMPO CABAL (Juan Manuel). Medidas cautelares en el contencioso administrativo. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989, p. 10. En sentido similar, véase HERNÁNDEZ – MENDIBLE (Victor Rafael). La Tutela Judicial Cautelar, en el contencioso administrativo. Editores Vadell Hermanos, Valencia – Venezuela – Caracas, 1998, p. 22. Véase también ROJAS GÓMEZ (Miguel Enrique). La teoría del proceso. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2002, p. 224. RAMOS MÉNDEZ (Francisco). Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil. En: Justicia n.º 1, Librería Bosch, Barcelona, España, 1985, p. 77.

293 Citado por CAMPO CABAL (Juan Manuel). Medidas cautelares en el contencioso administrativo. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 11.

294 Citado por CAMPO CABAL (Juan Manuel). Medidas cautelares en el contencioso administrativo. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 11.

295 DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 56.

MEDIDAS CAUTELARES

no sólo **plenamente justificada, sino necesaria, la adopción de medidas cautelares tendentes a evitar la afectación de tales bienes o intereses**, sobre todo, si consta una denuncia o queja contra un servidor público por alguna falta presunta en el ejercicio de la función pública encomendada –sustento del régimen disciplinario público–, que deba valorar la Administración mediante un procedimiento al efecto. De donde, la instrumentalidad de las medidas cautelares en la vía administrativa debe ser entendida en su correcto sentido, en el tanto, no se quebranta esa cualidad por el hecho de que el órgano director no halla iniciado el procedimiento administrativo, pero adopte la medida cautelar dentro de la fase de la investigación preliminar. Nótese, según lo que se dijo en el Considerando anterior, es una etapa dispuesta por el ordenamiento jurídico para acreditar si hay mérito o no para iniciar el procedimiento formal, de donde, ante la gravedad de la falta y el interés que se intenta proteger, resulta, no sólo posible, sino necesario en algunos casos, facultar a la Administración a adoptar este tipo de medidas, aún en la fase preliminar, caso contrario, podría verse seriamente comprometido el efectivo ejercicio del acceso a la justicia y a la tutela cautelar, ambos, en su verdadera acepción de derechos fundamentales consagrados –se repite– en el artículo 41 de la Constitución Política. Asimismo, debe considerarse que se trata de una medida meramente preventiva, llamada a desaparecer una vez definida la situación que la motiva.(S.C.V. 8950-06).

GONZÁLEZ CAMACHO deriva las siguientes implicaciones:

a) Sólo pueden interponerse frente a un proceso principal, en curso o por incoarse... b) Se extinguen cuando el proceso principal termina. Si fue desestimado porque ya no tiene sentido; y si fue favorable, porque entran a regir las reglas de la ejecución.// c) Son un conjunto de efectos jurídicos diferentes, que por lo general, coinciden tan sólo parcialmente con los efectos de la sentencia principal, aunque en algunas oportunidades pueden llegar a coincidir plenamente con ésta, a condición de que sean provisionales.// Así, según se ha dicho, son accesorias porque sólo pueden darse en función de otro proceso, sin el cual o sin la suposición del cual, no podrían darse. Están unidas en consecuencia a la pretensión esgrimida en el proceso principal, de la que no pueden desvincularse totalmente²⁹⁶.

Finalmente, SIMÓN PADRÓS nos da cuenta que la moderna doctrina y la jurisprudencia, más que enlazar la medida cautelar directamente con el cumplimiento de la sentencia futura, han postulado un criterio más amplio que consiste en engarzar directamente a dichas medidas con la tutela judicial del derecho, y no solamente con la eficacia práctica de la sentencia de fondo.

Para estos efectos, hace referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional español del 29/04/1993: “la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue”²⁹⁷. Así como la Corte Costituzionale italiana que, en su sentencia 249 de 1996, sostiene que “La disponibilidad de la medida cautelar es instrumental a la efectividad de la tutela jurisdiccional y constituye una expresión del principio según el cual la duración del proceso no debe causar daños a quien tiene razón, en aplicación del art. 24 de la Constitución”²⁹⁸. Es decir, las medidas cautelares serán un **instrumento al servicio de la efectividad real de la tutela judicial**.

El autor de cita agrega al respecto:

De acuerdo con esta nueva interpretación, lo esencial para valorar la procedencia de las medidas precautorias contra la Administración Pública – especialmente en aquellos casos donde la pretensión cautelar reviste un

296 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, pp. 21-22. Véase en sentido idéntico, lo señalado por el Tribunal Contencioso en voto de la SECCIÓN SEGUNDA, n.º 321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno.

297 Citado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 138.

298 Citado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 138.

MEDIDAS CAUTELARES

contenido anticipatorio – no es ya, principalmente, si por el transcurso del tiempo la ejecución de la sentencia de mérito resultará materialmente imposible, sino que efectos provocará el transcurso del tiempo sobre el derecho. Bajo esta óptica, sostener que la tutela cautelar reviste carácter instrumental significa algo más que reconocer que está al servicio de una posible providencia definitiva, y que se encuentra dirigida a asegurar su éxito o los resultados de la decisión principal, que pudieran resultar burlados a causa de la inevitable duración del proceso, sino que implica, ante todo, reconocer que la tutela cautelar integra el contenido del derecho fundamental a la defensa judicial efectiva²⁹⁹.

El CPCA se orienta más a esta última posición, lo cual daría solución a supuestos como los señalados por GONZÁLEZ CAMACHO, en los cuales, por ejemplo, se considera una conducta posterior directamente lesiva para el administrado (v.gr. cierre de farmacia) no impugnada directamente en el proceso principal (v.gr. cesión de derechos denegada que antecedió esa orden de cierre), pero ese acto objeto del principal³⁰⁰ constituye una consecuencia derivada que se vería cubierta en este sentido.

La expresión indica entonces que la función de la tutela cautelar es proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, *instrumento del instrumento*, en los términos amplios antes señalados. Bien puede ser una instrumentalidad de **segundo grado** o elevada al cuadrado, por regla general, o bien, en el CPCA, incluso del **tercer grado** o elevada al cubo que son las *provisionalísimas*, las cuales buscan asegurar la eficacia de la principal, y por su medio están conectadas de una manera aún más indirecta con el proceso principal. Por esto se produce el carácter “gradual” que predicábamos al inicio de dicha instrumentalidad.

h) Necesaria ponderación de los intereses en juego

El CPCA no es un código que se orienta exclusivamente a favor del administrado, muy al contrario busca lograr un equilibrio entre los intereses generales involucrados y el interés del administrado.

De ello es fiel reflejo el artículo 22 CPCA que incluye el juicio de ponderación como un carácter estructural del otorgamiento de la medida donde el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad y, dentro de él, hace mención expresa al juicio de valoración sobre la eventual lesión al interés público, así como a los daños y perjuicios proyectados sobre la situación jurídica de terceros con el objetivo de que no se afecte de forma sustancial la gestión de la entidad ni que se afecte, eso sí, de forma grave, la situación de aquellos terceros.

Es decir, el Código exige examinar con cuidado, contrapesar y equilibrar la eventual lesión al interés general y de terceros con los daños y perjuicios provocados con la permanencia inalterada de la conducta.

Esto es vital, porque no bastará cualquier afectación de la situación jurídica para enervar la medida, tal como aquella de terceros o del propio interés general, propio y consustancial a cualquier medida cautelar, sobre todo aquellas que innovan y ordenan provisionalmente la situación fáctica o jurídica sustancial. En efecto, la afectación deberá ser grave, de tal entidad que bastantada con la opción que supone la implantación de la medida, imponga el rechazo de lo solicitado.

En este punto, lo importante es recordar lo que ya hemos señalado antes “(s)ólo un perjuicio al interés público o de un tercero cualitativa y cuantitativamente superior con relación al irrogado al ciudadano al mantener los efectos de la conducta impugnada puede enervar su derecho a la tutela cautelar”³⁰¹.

299 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, pp. 138-139.

300 Véase GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 22.

301 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.173.

MEDIDAS CAUTELARES

Por su parte, JINESTA LOBO indica que

La ponderación de los intereses en juego – del administrado, interés público y de terceros – no puede suponer, bajo ningún concepto, otorgarle prevalencia al interés público. Esto es, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar, no pueden ser sacrificados en el altar del interés público. En el Estado Social de Derecho es sabido que la satisfacción del interés general deriva, necesariamente, de la actuación conjunta Estado – Sociedad para el logro de los fines públicos, esto es, el interés público no coincide con el interés de la Administración, o lo que es lo mismo, el interés general no es patrimonio exclusivo de la última, sino que existen una serie de organizaciones colectivas y grupos de presión cuya actuación, también, se dirige a la satisfacción del interés general³⁰².

Lo anterior es reconocido por nuestra Ley General de la Administración Pública en su artículo 113, el cual reconoce que el interés público, entendido correctamente como la expresión coincidente de los intereses de los administrados, prevalecerá incluso sobre el interés de la Administración cuando puedan estar en conflicto.

Reiterando lo dicho, en tales condiciones, aun demostrando que la medida cautelar solicitada es *necesaria, idónea y proporcional*, y que si no se adopta, se producirán graves daños o perjuicios a la situación aducida, y aun mediando apariencia de legitimidad, la tutela cautelar puede ser denegada si del juicio de ponderación se desprende que ejecutar la medida causará un perjuicio al interés público o al de un tercero que es cualitativa y cuantitativamente *superior*, y por lo tanto, se impone mantener inalterada la conducta impugnada o el *status quo ante*.

El párrafo final del artículo 22 CPCA obliga al juez a *tomar en cuenta* las posibilidades y las previsiones financieras de la Administración Pública que esta deberá efectuar para la ejecución de la medida; pero no solo para aminorar su intensidad, sino también, opinamos, para **facilitar su ejecución o, incluso, para acrecentar su urgencia**, si es que existe, por ejemplo, una partida disponible, o bien, dichas posibilidades lo permiten.

Sin embargo, en la hipótesis de la minoración de eficacia, no debe olvidarse que los derechos fundamentales no pueden quedar nunca supeditados a contenidos presupuestarios. Ya desde 1982, el Tribunal Constitucional Español había adelantado la tensión entre los principios de legalidad presupuestaria y de tutela judicial efectiva. Sobre el particular GÓMEZ PUENTE afirma:

En la STC 32/1982, de 7 de junio (y más tarde en la 167/1987, de 28 de octubre), tras reconocer que en la ejecución de las sentencias que condenan a la Administración al pago de una cantidad de dinero se aprecia una tensión entre los principios constitucionales de seguridad jurídica (que obliga al cumplimiento de las sentencias) y de legalidad presupuestaria (que supedita dicho cumplimiento a la existencia de una partida presupuestaria asignada a ese fin), concluye que no por ello puede dejarse sin contenido el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce y garantiza. Por lo que en ningún caso el principio de legalidad presupuestaria puede justificar que la Administración posponga la ejecución de las sentencias más allá del tiempo necesario para obtener, actuando con la diligencia debida, las consignaciones presupuestarias en el caso de que éstas no hayan sido previstas³⁰³.

Es más, si no fuera así, el Tribunal Constitucional Español ha señalado también:

[...] el Estado podría demorar indefinidamente el pago o cumplimiento de sus obligaciones legales y dejar sin efecto los derechos subjetivos de crédito de los particulares válida y legítimamente contraídos, escudándose simplemente en la no inclusión en los Presupuestos Generales del Estado de los fondos necesarios para ello. Y claro es que un Estado de Derecho no puede desconocer una situación jurídicamente perfecta o una

302 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.172.

303 GÓMEZ PUENTE (Marcos). La inactividad de la Administración. Editorial Aranzadi S. A., 1997, Navarra, España, p. 216.

MEDIDAS CAUTELARES

obligación legalmente contraída por el mero hecho de que no exista crédito presupuestario (STC 32/1982, fundamento jurídico 3.)³⁰⁴.

Por lo tanto, el juez deberá tomar en cuenta estas variables presupuestarias, pero nunca deberá provocar una situación como la comentada aquí como resultado de ello, porque no cabe condicionar el goce y el ejercicio de un derecho fundamental a criterios meramente presupuestarios³⁰⁵.

Tales aspectos deberán incorporarse en la fundamentación de la medida, pues la Sala Constitucional ha manifestado que el deber de fundamentar implica publicitar las razones que tuvo el juez para pronunciar su resolución, entre ellas estas que el Código expresamente menciona, lo que sirve de instrumento de control por las partes y la ciudadanía en general; porque una decisión judicial no puede ser contradictoria, oscura u omisa en los elementos en que se apoya.

Más aún el juez con la sentencia debe mostrar que ha valorado las pruebas y ha aplicado las disposiciones legales de acuerdo con un justo criterio (ver sentencias de Sala Constitucional números 5964-93 de las 15:06 horas del 16 de noviembre de 1993; 6828-93 de las 8:30 horas del 24 de diciembre de 1993 y 3148-94 de las 15:00 horas del 28 de junio de 1994).

Finalmente, aunque no esté contemplado expresamente, en el caso de que la medida cautelar sea otorgada en contra de un particular, el juez deberá igualmente ponderar los efectos económicos que supone la medida sobre el patrimonio del sujeto privado que está obligado a soportarla³⁰⁶.

i) Proporcionalidad, idoneidad y necesidad

El artículo 22 del CPCA también hace una referencia expresa al principio de **proporcionalidad**³⁰⁷, el cual enlaza con el principio más general de *razonabilidad* y que se descompone a su vez en los subprincipios de: a) idoneidad, b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto. Tal principio de proporcionalidad ya está contenido en la expresión de “adecuadas” y “necesarias” de la norma general del 19 CPCA.

Sobre la razonabilidad en general, como parámetro general del principio de proporcionalidad, la Sala Constitucional ha manifestado:

La razonabilidad se conoce también con el rótulo de debido proceso sustantivo. Cuando se viola la razonabilidad no se transgrede el debido proceso en sentido objetivo o formal, como imposición de una forma o de un procedimiento que debe seguir los actos de cada órgano del Estado para ser formalmente válidos, sino que

304 Sentencia del Tribunal Constitucional Español 294/1994 del 7 de noviembre, citada por GÓMEZ PUENTE (Marcos). La inactividad de la Administración. Editorial Aranzadi S.A., 1997, Navarra, España, p. 216.

305 En este sentido, véase la opinión de JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.173.

306 Véase en este sentido, la opinión de ROJAS CHAVES (Magda Inés. En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 190.

307 Si se discute en doctrina acerca de si la ponderación realizada por el juez encuentra o no su origen en el principio de proporcionalidad en tanto el juez no interviene en la esfera de libertad sino que la protege (véase al respecto de la polémica ROJAS CHAVES (Magda Inés), en: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, pp. 191 a 194). Nosotros opinamos que dicho principio constitucional sí está en la base de dicho juicio ponderativo. Ahora bien, ROJAS CHAVES encuentra la base para acreditar la *proporcionalidad* como límite excepcional al otorgamiento o denegación de la tutela cautelar en que el juez debe “controlar su respeto por la Administración” (op. cit. p. 193), en tanto “puede sustituir a la Administración y al hacerlo debe sujetarse a las mismas reglas y principios que se imponen a la Administración” (op. cit. p. 194). Nosotros creemos que, simple y sencillamente, en tanto, la jurisdicción está sujeta al derecho de la Constitución, el respeto del principio de proporcionalidad es de aplicación inmediata, directa y obligante y, por tanto, permea el ejercicio de la tutela cautelar y obliga a realizar el juicio de ponderación de los intereses en juego.

MEDIDAS CAUTELARES

se trastorna una cuestión sustancial o de fondo: **el ajuste de toda norma y de todo acto, con el sentido de justicia que la constitución alberga. Lo razonable puede ser lo proporcionado e idóneo para alcanzar un fin propuesto, es decir es la adecuación mesurada de los medios al fin.** Lo razonable es lo justo, lo valioso por su ajuste al valor justicia y a otros valores del plexo axiológico; **lo razonable puede ser, también, lo que tiene razón suficiente, lo que es lógicamente válido** según las circunstancias del caso[...]. El principio de razonabilidad viene a exigir a las leyes y [sic] contenido razonable. Lo razonable se opone a lo arbitrario, y remite a una pauta de justicia, con la que **se completa el principio de legalidad** - que es de forma- **para componer uno solo, cuyo enunciado sería el siguiente: nadie puede se[r] obligado [a] hacer lo que la ley razonable no manda, ni privado de lo que la ley razonable [manda].** Pero este principio no se detiene en fijar un contenido en la leyes. Es indudable que toda actividad del poder, en cualesquiera de sus ámbitos y funciones, debe ejercerse siempre con un contenido razonable. **El control de razonabilidad es una forma de controlar la constitucionalidad, porque lo irrazonable es inconstitucional.** (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto 3834-92 de las diecinueve horas treinta minutos del primero de diciembre de mil novecientos noventa y dos, el texto entre paréntesis no es del original).

De tal manera, conforme al ordenamiento jurídico se está ante la violación de una ley por falta de debida aplicación, cuando el caso está contemplado en una ley que dejó de aplicarse o cuando de la lectura de la ley se extraen conclusiones **erradas o absurdas**, ya sea en forma meramente gramatical o violando su sentido para aplicarla o dejarla de aplicar. Así lo ha reconocido y aplicado también la Procuraduría General de la República en sus distintas opiniones legales:

De otro lado, **preciso es interpretar las disposiciones legislativas en la dirección más racional, en la que mejor corresponda al bien de la sociedad, a las necesidades y conveniencias del pueblo para quien se legisla, porque tal ha debido ser el propósito tenido en mente al dictarlas**” (Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las Personas*. Editorial Juricentro, San José, pp. 42-43). Para el caso de la Administración Pública y sobre todo tratándose de disposiciones o normativa administrativa, se tiene el artículo 10º de la Ley General de la Administración Pública. (Dictamen C-009-99, véase lo dicho en dictámenes C-022-99 y C-180-99).

El Tribunal Supremo de Elecciones también ha señalado sobre la razonabilidad constitucional que

se ha de rechazar cualquier entendimiento de los preceptos que conduzca a resultados absurdos; por otra parte, el sentido de la norma debe dilucidarse sin aislar a la norma en su contexto normativo y, además, prefiriendo aquella lectura que mejor garantice el fin público a que se dirige. Tratándose de normas constitucionales, debe asimismo comprendérseles en armonía con los valores y principios que resultan del Derecho de la Constitución. (Resolución n.º 0591-E-2002 de las 9:35 horas del 19 de abril de 2002).

Según el desarrollo que la Sala Constitucional ha realizado de este principio (S.C.V. 1739-92), dicha razonabilidad debe ser **técnica** que es, en resumen, la **proporcionalidad** entre medios y fines; razonabilidad **jurídica** o la adecuación a la Constitución (formal y material y sus principios y valores supremos como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., como patrones de razonabilidad) en general, y muy en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, **razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales**.

Como ha señalado la Sala **“[e]sa razonabilidad jurídica aparece cuando se bastatea el presupuesto fáctico de la norma con las consecuencias, prestaciones, deberes o facultades que ésta impone a sus destinatarios”** (Sala Constitucional de la Corte Suprema de justicia, sentencia n.º 3929-95 de las 15:24 horas del 18 de julio de 1995). Es decir, las medidas cautelares deben enmarcarse dentro de este sistema y deben respetar el principio general de razonabilidad aplicable a toda norma y acto público, y en particular a sus subprincipios de **necesidad**, ya visto *supra*, que obliga a elegir de entre varias interpretaciones aquella que **“afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona”**. (Cfr. Sala Constitucional votos 3933-98 y 5236-99); pero también el subprincipio de proporcionalidad y sus distintos componentes, según se verán, y lo exige así el artículo 22 CPCA.

MEDIDAS CAUTELARES

Según el tratamiento que ha dado la Sala al principio de proporcionalidad, se le puede descomponer en los subprincipios básicos de *legitimidad*, *idoneidad*, *necesidad* o intervención mínima y de *proporcionalidad stricto sensu* que, en palabras de la Sala, son:

*[...] **La legitimidad** se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; **la idoneidad** indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; **la necesidad** significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y **la proporcionalidad en sentido estricto** dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea “exigible” al individuo [...]. (Sentencia número 03933-98 de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho. Véase también voto 5236-99 de las catorce horas del siete de julio de 1999. Ver también sentencia 2001-00732 de las doce horas veinticuatro minutos del veintiséis de enero de dos mil uno y S.C.V. 6678-01).*

En la sentencia constitucional número 08858-98 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, fueron objeto de desarrollo esos mismos conceptos. En esta resolución se indicaron las pautas necesarias para su análisis que, en lo conducente, resultan aplicables al tema que nos ocupa:

*Así, un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es **necesario, idóneo y proporcional**. La **necesidad** de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La **idoneidad**, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La **idoneidad** de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la **proporcionalidad** nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.*

Parafraseando lo estipulado por la Sala en lo que refiere a nuestro tema, el objetivo pretendido con la medida no debe estar, al menos, legalmente prohibido, es decir, ha de ser **legítimo** para empezar.

Por otro lado, la **idoneidad** de la medida, concepto contenido en el término “*adecuadas*”³⁰⁸ del artículo 19 CPCA, importa un juicio referente a si el tipo de medida cautelar a ser adoptada cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad de proteger y garantizar el objeto del proceso así como la efectividad de la sentencia; es decir, si en el contexto concreto, es apta para paliar la amenaza de graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, sobre la situación jurídica aducida.

Podemos sintetizar la **necesidad** de la medida, concepto contenido expresamente también en el 19 CPCA y que ya hemos tenido oportunidad de analizar, como el criterio que obliga a elegir de entre varias medidas idóneas y legítimas (lícitas), aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de las personas destinatarias de la tutela, el interés general y el de terceros, así como disponer de base fáctica suficiente para su adopción.

308 Véase en este sentido la opinión de JINESTA LOBO. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.181.

MEDIDAS CAUTELARES

Por último, la **proporcionalidad** *stricto sensu* contenida en el 22 CPCA hace referencia al juicio de necesaria y fundada ponderación entre la finalidad perseguida por la tutela y el tipo de afectación que esta tendrá sobre el interés general, así como los potenciales daños y perjuicios que la medida provocará a terceros, de manera que la medida no sea de tal entidad que su aplicación implique perjuicios marcadamente superiores al beneficio que con ella se pretende obtener. En este caso, el principio de eficacia impondrá la continuidad del acto y no la aplicación de la medida, por imponerlo así los intereses cualitativamente superiores, tales como: la afectación de la gestión sustantiva de la entidad destinataria de la tutela o bien la afectación grave de la situación jurídica sustancial de los terceros.

j) **Eficacia temporal (provisionalidad), inmediata y especial de la medida cautelar**

En el voto 2004 -9232 de las quince horas con cuarenta minutos del veinticinco de agosto de dos mil cuatro, la Sala Constitucional indicó:

*Dentro de las características de toda medida precautoria figuran la instrumentalidad y provisionalidad, lo primero significa que es accesoria respecto del procedimiento principal y **lo segundo que tiene una eficacia limitada o rebus sic stantibus, esto es, se extingue cuando se dicta el acto final***³⁰⁹.

El Tribunal Contencioso Administrativo, por otro lado, ha señalado:

*...se trata de acciones que se encuentran al servicio del proceso principal de fondo, de ahí sus características provisional e instrumental. En el primer caso, en tanto lo acordado respecto de la cautelar mantendrá vigencia condicionada a lo que se resuelva en el proceso de fondo. Cabe resaltar que también ser cesada o modificada en cualquier momento, ante la variabilidad de las condiciones que originariamente le dieron cabida, o bien, adoptar la que de previo hubiere sido rechazada, tal y como lo estatuye el canon 29 del código de rito. En el segundo aspecto (instrumentalidad), guardan una marcada relación de accesoria con la sentencia final, pues en definitiva, sirven de instrumento para mantener la vigencia del objeto del proceso...*³¹⁰

Cuando CALAMANDREI se preguntaba por el criterio que servía para diferenciar a las que denominaba “providencias cautelares” de las otras providencias jurisdiccionales, refería a la opinión generalizada según la cual, este era su *provisoriedad*, según la cual dichas providencias no diferían de las demás por su cualidad, sino por una cierta limitación en el tiempo de los efectos de estas. Y el autor de cita refería:

*Es conveniente no pasar adelante sin advertir que el concepto de provisoriedad (y lo mismo el que coincide con él, de interinidad) es un poco diverso, y más restringido, que el de temporalidad. Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre: lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: provisorio es, en cambio, **lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo**, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio [...]. Teniendo presentes estas distinciones de terminología, la cualidad de provisoriedad dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas, como se dice, con la cláusula rebus sic stantibus, de las cuales pueden nacer efectos dispositivos o negociales destinados a durar mientras permanezcan sin variar ciertas circunstancias de hecho propias de la relación sustancial, o en absoluto a valer solamente por cierto tiempo, preestablecido por la ley [...], sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional,*

309 El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda también ha identificado la provisionalidad como característica de la tutela cautela. Véase al respecto los fallos #04-F-TC-08 de las diez horas con catorce minutos del 31 de enero de dos mil ocho y #0000 15-F-TC-2008 de las ocho horas del trece de marzo de dos mil ocho, entre muchos otros.

310 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución n.º 00849-2010 de las 11:40 horas del 05 de marzo de 2010.

MEDIDAS CAUTELARES

que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar dada la primera, con la calificación de definitiva³¹¹.

Sobre el tema, nos indica Manuel María DIEZ:

Por esencia, las medidas cautelares ejercen una función provisoria dentro del proceso; y si bien es cierto que pueden persistir durante todo el tiempo que llena su tramitación, no por eso dejan de ser tales, pues veremos cómo esa provisoriedad funciona no solamente con relación al tiempo, sino que está constituida por elementos típicos que la distinguen del sentido aquélla se acuerda en otros casos.// Dictada la sentencia de fondo, por imperio de la misma desaparece el instituto cautelar, para dar nacimiento a otra situación, variable según sea que se rechace la demanda a cuya sombra nació la medida precautoria, lo que producirá la extinción automática de esta última, o que, en cambio, se haya hecho lugar, y, en consecuencia, se transformará en uno de los tantos trámites del proceso de ejecución de sentencia, adoptando una forma definitiva³¹².

Por su parte, MARTÍNEZ BOTOS agrega que

ello implica que los efectos de la resolución que en él recaen tienen, inexorablemente, un dies ad quem representado por el momento en que adquiere carácter firme la resolución o sentencia pronunciada en el proceso principal o definitivo... Por otra parte, también se habla de provisionalidad del proceso cautelar con referencia al hecho de que las medidas que en él se decretan conservan su eficacia en tanto se mantenga la situación fáctica que las sustenta³¹³.

Según SIMÓN PADRÓS:

el carácter provisional de la tutela cautelar debe ser considerado desde un doble aspecto: i) teniendo en cuenta los efectos limitados de las providencias cautelares durante el proceso, en cuyo transcurso pueden ser sustituidas, modificadas o dejadas sin efecto cuando desaparecen las circunstancias que las originaron; ii) con relación al término de vigencia de la tutela cautelar, en virtud del cual las decisiones cautelares subsisten mientras dura el proceso y hasta que se dicta la sentencia definitiva.// Desde el primer punto de vista, la provisionalidad significa que las medidas cautelares son susceptibles de ser sustituidas, modificadas o suprimidas en cualquier estado del proceso, cuando se produce una variación en las circunstancias, fácticas o jurídicas, que inicialmente determinaron su dictado. De ahí que este tipo de resoluciones crean un estado jurídico provisorio que puede revisarse en todo momento, siempre que se produzca una variación en los presupuestos que motivaron al juez a ordenarlas o se juzgue inconveniente – en función de nuevos elementos de juicio – mantener las medidas que hubiesen sido decretadas [...]. Desde el segundo punto de vista, la provisionalidad supone la limitación temporal de la efectividad de la resolución cautelar que aparece, así, destinada a extinguirse en el momento mismo en que se dicta la sentencia definitiva del proceso al que se encuentra instrumentalmente vinculada³¹⁴.

311 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, pp. 36-37. Lo destacado no es del original.

312 DIEZ (Manuel María). Derecho Procesal Administrativo (lo contencioso administrativo). Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1983, pp. 291-292. Véase también lo dicho por ROJAS GÓMEZ (Miguel Enrique). La teoría del proceso. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2002, p. 224. HERNÁNDEZ – MENDIBLE (Víctor Rafael). La Tutela Judicial Cautelar, en el contencioso administrativo. Editores Vadell Hermanos, Valencia – Venezuela – Caracas, 1998, p. 22. KIELMANOVICH (Jorge L.). Medidas Cautelares. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 43 y ss, entre muchos otros.

313 MARTÍNEZ BOTOS (Raúl). Medidas Cautelares. 2ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 80.

314 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, pp. 139-141.

MEDIDAS CAUTELARES

Es decir, toda medida cautelar tiene una eficacia **limitada en el tiempo**, pero, según indicó CALAMANDREI, eso no es todo, sino que también es **especial**, provisoria, en tanto se extingue cuando se dicta la resolución de la causa principal (instrumentalidad) y se mantiene mientras se conserven las circunstancias que le dieron origen, pues, si tales circunstancias varían, ello implica necesariamente su cambio (*rebus sic stantibus*) al estar ligada a un proceso principal (instrumentalidad)³¹⁵.

La medida es mutable en el tiempo en tanto puede surgir inclusive una nueva conducta de la parte que haga necesario limitar la tutela ya dictada. Es decir, la medida cautelar es provisional por partida doble: a) depende del fallo definitivo, mientras el “*fallo final la sustituye y la extingue, aún si no está firme o pendiente el recurso de casación, salvo si éste fuera de doble efecto o de efecto suspensivo, pues con ello estaría impedida la ejecución de la sentencia, y en tal caso, la medida tendrá que mantenerse*”³¹⁶. En otras palabras, de la terminación de la instancia procesal en que se haya acordado la medida (por ejemplo, si se dicta en etapa de ejecución, luego de la sentencia en proceso de conocimiento), y b) depende del mantenimiento del *status quo* que la vio nacer.

Lo anterior implica la posibilidad de sustitución, reducción, ampliación, modificación o mejora de la medida, si las circunstancias cambian o bien si se reúnen requisitos antes incompletos. Esto nos lleva, inevitablemente, a tomar posición en cuanto a la discusión doctrinal acerca de si existe o no cosa juzgada en la resolución cautelar.

315 Al respecto comenta el magistrado Ernesto JINESTA LOBO durante el proceso de discusión legislativa lo siguiente: “*En realidad la norma [se refiere al art. 29 CPCA] refleja el principio según el cual las medidas cautelares siempre tienen una eficacia, digámoslo, provisional o una eficacia rebus sic stantibus. Es decir, cuando hay una variación de las circunstancias, pues tiene que haber desde luego que también un ajuste de la medida cautelar. Incluso, a la larga se logra demostrar y acreditar que el peligro que justificó la adopción de la medida cautelar ha cesado en cuyo caso habrá que levantar la medida cautela (sic) o por lo menos o también podría considerarse que el peligro ha variado en su magnitud en cuyo caso habría que modificarse*”. (Acta n.º 8 del 16 de febrero de 2005. Véase COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1º ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 164).

316 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 24.

MEDIDAS CAUTELARES

JINESTA LOBO indica que

*No existe contradicción alguna en reconocerle a la medida cautelar efectos de **cosa juzgada formal**, dentro de los límites indicados, siempre que descansa sobre idénticos presupuestos, esto es, la misma causa petendi, no obstante, si ésta varía, existen motivos suficientes para modificarla o revocarla³¹⁷.*

No podemos compartir esta opinión a partir de la posición que hemos asumido acerca de la naturaleza de la tutela cautelar como componente inescindible de la tutela judicial efectiva; es decir, como “ingrediente insoluble” (CHINCHILLA MARÍN) de esta - y no como una unidad separada e independiente- , y, luego, de la tutela cautelar como fase procesal y no como proceso en sí mismo considerado, ya que, a la luz de esta posición, en el CPCA la resolución que decide sobre medidas cautelares es un simple auto que carece de la autoridad de cosa juzgada y no pone término al proceso.

317 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.163. El punto es muy discutido en doctrina, en contra, para citar solo algunos, GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 24 y SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso - administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, pp. 141. También MESTRE DELGADO (Juan Francisco). Comentario al artículo 132 LJCA 1998. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Civitas, n.º 100 oct-dic, 1998, pp. 883-885. Este último hace ahí un recuento de la evolución jurisprudencial sobre el punto así: “Queda fuera de toda duda que la medida cautelar no produce el efecto de cosa juzgada; su vinculación con el resultado del proceso y su finalidad de garantía de efectividad de la tutela judicial obligan a considerar su carácter esencialmente modificable. Bien es cierto que no resulta sencillo equilibrar esta consecuencia con la necesaria estabilidad de la situación de hecho cautelarmente definida [...]. La jurisprudencia española ha venido declarando, de forma unívoca, que la suspensión es una “medida cautelar que no produce fuerza de cosa juzgada y que por tanto puede ser modificada en cualquier momento” (ATS de 2 de junio de 1992 – Ar. 4816-). Pero esta modificación no puede obtenerse libremente; la jurisprudencia lo supedita a la aparición de circunstancias nuevas, reprobando la modificación cuando se insiste en la petición inicial, o cuando se trata de modificar la decisión repitiendo las circunstancias que ya fueron tenidas en cuenta al resolver. “Precisamente por el carácter cautelar y revisable que tienen los acuerdos adoptados en la pieza de suspensión, los mismos pueden ser modificados en cualquier momento a la vista de nuevos datos o circunstancias puestas en conocimiento del Tribunal” (ATS de 24 de diciembre de 1991 – Ar. 369/92); aunque no produce el efecto de cosa juzgada, y puede modificarse la decisión, “ello sólo es posible por alteración de circunstancias” (ATS de 18 de mayo de 1993 –Ar. 3496-). De donde se sigue, en la interpretación jurisprudencial, que ni siquiera sería admisible la modificación de la medida adoptada cuando se razonase sobre circunstancias ya existentes que pudieron manejarse al adoptar la decisión: “el artículo 123 sólo permite reiterar la solicitud de suspensión cuando se produzcan circunstancias nuevas que no pudieron tenerse en cuenta cuando se resolvió anteriormente” (STS de 31 de enero de 1994 –Ar. 163-). Porque, como ha indicado el ATS de 4 de marzo de 1991 (Ar. 2104), cuando una de las partes solicita un cambio de la decisión basado en la reconsideración de los mismos hechos anteriores expuestos tardíamente con más detalle, y que eran conocidos por ella previamente, lo que se hace “es equiparable en la práctica a un recurso de súplica tardío y atípico que además se produce estando pendiente el recurso de apelación interpuesto” por la misma parte frente al ato que resolvió el incidente de suspensión.// En, el criterio está reflejado en la Sentencia de 28 de noviembre de 1997 (Ar. 8653) [...] “esa alteración hay que referirla a la modificación de los presupuestos de hecho, que, según el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional, son los determinantes del otorgamiento o no de la medida cautelar; es decir, cuando los daños que inicialmente no se consideraron de imposible o difícil reparación, devienen en esa consideración en virtud de daños sobrevenidos o desconocidos inicialmente; o cuando el interés público a proteger que en un momento se consideró prevalente, ha pasado a segundo plano por hechos posteriores al auto denegatorio o ignorados con anterioridad”. Sin llegar a los rigores de la jurisprudencia comentada por el auto, podemos señalar que la medida cautelar, aunque no produce cosa juzgada, no puede modificarse libremente sino en virtud de datos sobrevenidos o desconocidos inicialmente, o cuando los intereses contrapuestos que eran predominantes cuando se tomó la decisión pasan a segundo plano por hechos posteriores o que fueron ignorados al momento de adoptarse la medida primigenia. Es decir, no se trata de un simple cambio de criterio del juez desvinculado de un cambio de circunstancias debidamente fundado y probado.

MEDIDAS CAUTELARES

Como ha manifestado CHINCHILLA MARÍN³¹⁸ en el debate acerca de si existe un “proceso cautelar” distinto y autónomo “se debate, en realidad, un problema de mayor enjundia cual es el del reconocimiento de un derecho sustantivo a la tutela cautelar en el proceso. // Entiendo que el derecho a la tutela cautelar no es un derecho distinto al de la tutela judicial efectiva [...]”³¹⁹. También agrega que dentro

*del debate doctrinal acerca de si hay un proceso cautelar distinto y autónomo del juicio declarativo y del ejecutivo, o, si, por el contrario, no es más que una fase instrumental de ambos procesos, la tesis más acertada es, en mi opinión, la de considerar al proceso como una unidad de la que la tutela cautelar, la cognición o declaración y la ejecución son las diversas etapas*³²⁰.

Compartimos esta opinión por cuanto es consecuente con la posición de que el derecho a la tutela cautelar no es sino un componente inescindible de la tutela judicial efectiva. Como indica la autora: “Igual que el proceso es uno, la tutela judicial también es única, y para que su efectividad no padezca y resulte insatisfecha, es necesario rodear al proceso de las garantías necesarias para ello, tales como las medidas cautelares adecuadas [...]”³²¹. Es decir, si el derecho a la tutela cautelar es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, y, luego, no hay autonomía procesal de la tutela cautelar, sino que se constituye en una fase instrumental dentro del proceso como unidad, la resolución que decide sobre la tutela cautelar no pone fin a ningún proceso “cautelar”, sino que constituye una etapa dentro del proceso que continúa.

De esta manera, si como hemos dicho hasta aquí, la tutela cautelar no es proceso sino una fase instrumental del proceso, a la luz del artículo 153 CPC, no hay sentencia ni auto con “carácter de sentencia” por cuanto solo existe auto con “carácter de sentencia” cuando se decide sobre excepciones o pretensiones incidentales que pongan término al proceso, y es obvio, por lo dicho, que la resolución que decide sobre la tutela cautelar no pone fin a ningún proceso ni, menos aún, decide sobre el fondo del asunto, por lo que no se trata de una sentencia ni de un auto – sentencia. Por tanto, se trata de un “auto” simple, en tanto contiene un juicio valorativo acerca de los presupuestos de la medida a la luz del caso concreto y tiene eficacia *rebus sic stantibus*.

318 Cabe anotar, no obstante, que la misma autora llega en el mismo trabajo que se cita a la conclusión de que “desde el monto en que la resolución judicial que adopte la medida no sea susceptible de recurso, la decisión sí es definitiva y produce efectos de cosa juzgada, en el sentido de que ya no son revisables sus presupuestos y la apreciación y ponderación que de ellos realizó el Juez, sólo en este sentido puede hablarse de cosa juzgada”. CHINCHILLA MARÍN (Carmen). En: *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Judicial. N.º 7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

319 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). En: *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Judicial. N.º 7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

320 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). En: *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Judicial. N.º 7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

321 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). En: *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Judicial. N.º 7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

MEDIDAS CAUTELARES

GARCÍA DE ENTERRÍA nos habla de la tutela cautelar como “*tutela sin fuerza de cosa juzgada, como es natural, y a reserva de la ulterior Sentencia sobre el fondo*”³²². Ahora bien, como indica GONZÁLEZ CAMACHO, el punto clave para dilucidar si existe cosa juzgada formal o no consiste en determinar si “*a través del mismo procedimiento y por la misma vía “incidental”, pueda revisarse la decisión adoptada a la luz de nuevos hechos*”³²³, lo cual ciertamente se puede dar en esta materia.

No podemos dejar de señalar aquí primero algo que es evidente y es la incompatibilidad de la autoridad de “cosa juzgada material” con lo decidido en materia cautelar, ya que, por definición, hay cosa juzgada material cuando lo decidido es “inmutable”³²⁴ y lo decidido en materia cautelar es ciertamente mutable. Esto es, dado su carácter provisional, no podemos hablar de cosa juzgada material o sustancial, ya que lo decidido puede ciertamente mutar a lo largo del proceso, y se puede variar y ajustar por la esencia misma de la cautelar para hacer posible la tutela judicial efectiva³²⁵.

Ahora bien, resta dilucidar el problema de la cosa juzgada formal que, según nuestra jurisprudencia, consiste en “*la fuerza y en la autoridad que tienen una sentencia ejecutoria en el juicio en que se pronunció, pero no en juicio diverso [...]*”³²⁶ y “*se refiere al elemento inimpugnabilidad de una sentencia, por la cual no admite recurso alguno, pero sí la posibilidad de modificarse en un proceso posterior*”³²⁷.

Así se ha llegado a sostener que, siempre y cuando se entienda en el sentido de que descansa sobre idénticos presupuestos, se pueda enfocar la eficacia especial *rebus sic stantibus* de la resolución cautelar como cosa

322 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La batalla por las medidas cautelares*. Civitas, Madrid, 2. edic, 1995, p. 258. En el mismo sentido, el autor de cita indica que “*La extraordinaria plasticidad, deriva de su propia provisionalidad, que no produce, evidentemente, fuerza de cosa juzgada, que es propia de las medidas cautelares [...]*”. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La batalla por las medidas cautelares*. Civitas, Madrid, 2º edición, 1995, p. 235. Ambas citas son empleadas por GONZÁLEZ CAMACHO que llega a la conclusión de que la medida cautelar no produce cosa juzgada formal, ni mucho menos, cosa juzgada material (véase GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 24).

323 GONZÁLEZ CAMACHO (Oscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 25.

324 La jurisprudencia ha indicado que la cosa juzgada material o sustancial, “[...] *se refiere a la sentencia que además de ser inimpugnable, es inmutable, o sea que no se puede variar por ningún otro medio [...]*”. (Tribunal Superior Primero Civil, n.º 829 de las 8:25 hrs. del 23 de mayo de 1986), lo cual es evidente, no se produce en el caso de la medida cautelar que, como se indica en estas líneas, no es una sentencia que ponga fin al proceso, ni es inmutable.

325 Un ejemplo lo encontramos en el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo n.º181-F-TC donde las prácticas dilatorias de parte del actor provocaron un cambio en las condiciones por las que se adoptó la medida cautelar: “*El Código Procesal Contencioso Administrativo en su numeral 29, prevé la posibilidad de la modificación e incluso revocatoria de las medidas cautelares si varían las condiciones sobre las que se adoptaron. En el sublite observa este Tribunal que efectivamente han variado las circunstancias del caso por acción del propio actor, ya que si bien en su momento se le otorgó la medida, en razón al daño que se le ocasionaría por la imposibilidad del ejercicio de la profesión, correlativo al perjuicio económico al no percibir ingresos durante la tramitación del proceso – periculum in mora -, lo cierto del caso es que se han dado una serie de actuaciones procesales del promovente, tendientes a dilatar el curso del proceso, tales como la presentación de apelaciones improcedentes ante este Tribunal y ahora a través de repetidas solicitudes de cambio en la fecha para la celebración del juicio oral, prácticas que en efecto no se deben permitir.*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º181-F-TC-2008 de las 9:18 hrs. del 27 de noviembre de 2008).

326 Tribunal Superior Agrario, n.º 165 de las 9:20 horas del 11 de marzo de 1998.

327 Tribunal Superior Primero Civil, n.º 829 de las 8:25 hrs. del 23 de mayo de 1986. En este sentido, podemos entender que la eficacia de cosa juzgada formal se extiende a aquellas cuestiones que hayan podido tratarse en el juicio que, a pesar no ser objeto de nueva discusión en la misma vía procesal, sí pueden plantearse y discutirse en un proceso declarativo posterior donde se verán no ya de forma sumaria, sino plenaria. Es decir, que, por regla general, siempre cabe el derecho de la parte de recurrir a un juicio de conocimiento plenario donde puedan volverse a discutir los mismos puntos que hayan quedado probados o refutados en el juicio de conocimiento sumario.

MEDIDAS CAUTELARES

juzgada “formal”³²⁸. Sin embargo, nótese que la autoridad de cosa juzgada formal se predica respecto de la sentencia o el auto con carácter de sentencia, y la resolución que resuelve sobre la cautelar se trata de un simple auto, según justificamos antes, ya que no pone término a proceso ninguno. Por tanto, si lo decidido no pone término a proceso alguno, y puede variarse lo dispuesto a través del mismo procedimiento, no puede hablarse en el CPCA de “cosa juzgada formal” respecto de lo resuelto en la fase cautelar.

Ahora bien, la provisionalidad puede ser entendida en términos *funcionales* (mientras sirva de instrumento a la principal) o *temporales* (en tanto apela a su extensión limitada en el tiempo)³²⁹. La provisionalidad de los artículos 19 y 22 del CPCA, en nuestra opinión, emplea ambas acepciones de la provisionalidad, pues el legislador ha dejado regulados los límites pertinentes que garantizan la provisoriedad desde el punto de vista de la instrumentalidad de la medida. En tales términos, las medidas son *fungibles* y **modificables**, es decir, se pueden sustituir una por otra, si las circunstancias lo permiten y el juez así lo decide (eficacia *rebus sic stantibus*), lo cual deja claro el numeral 29 CPCA al disponer que

328 Véanse en este sentido, además de la posición citada de JINESTA LOBO, las opiniones de ARTAVIA BARRANTES, MONTERO AROCA, CHINCHILLA MARIN, CALAMANDREI. ARTAVIA BARRANTES agrega que “*la medida cautelar produce un efecto vinculante – está protegida por el manto de la cosa juzgada formal – mientras no se alteren los presupuestos que fundaron la resolución, ahora bien, una vez alteradas las condiciones o presupuestos, deja de producirse el mismo*”. ARTAVIA BARRANTES (Sergio). Derecho Procesal Civil. T.II., Dupas, 2004, p. 323. MONTERO AROCA indica: “*Si las circunstancias de hecho no se han alterado, a la petición de modificación, supresión o adopción de las medidas puede oponerse la excepción de cosa juzgada; si los hechos no son los mismos, por modificarse la causa de pedir, no puede utilizarse la excepción de cosa juzgada*”. (Citado por JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 114). También CHINCHILLA MARÍN: “*desde el momento en que la resolución judicial que adopte la medida no sea susceptible de recurso, la decisión sí es definitiva y produce efectos de cosa juzgada, en el sentido de que ya no son revisables sus presupuestos y la apreciación y ponderación que de ellos realizó el Juez, sólo en este sentido puede hablarse de cosa juzgada.// Prueba de su carácter definitivo es que la medida cautelar es susceptible de ejecución forzosa y que dicha ejecución forzosa puede tener también carácter irreversible. Sin embargo, y ello no impide sostener la afirmación anterior, es perfectamente factible modificar la medida adoptada, a la luz del cambio de las circunstancias en las que se adoptó. Pero, en este caso no se estará revisando si fue o no correcta aquella primera apreciación, sino algo bien distinto. Se estará constatando que las circunstancias han variado y que eso exige modificar la decisión adoptada. En realidad, se trata de una nueva medida cautelar, la que solicita la otra parte a la luz de un cambio de circunstancias que pone de manifiesto bien que los derechos del demandante han dejado de correr peligro, bien que son los derechos del demandado o, en nuestro caso, el interés público el que ahora necesita la protección cautelar, en sentido inverso al que se había establecido*”. CHINCHILLA MARÍN (Carmen) en: La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo. En: Cuadernos de Derecho Judicial. N.º 7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004. Y, finalmente, por todos CALAMANDREI, al referirse a la estabilidad e inmutabilidad de la decisión cautelar como “*declaración de certeza de las condiciones de la medida cautelar*”, esto es como “*declaración de la certeza de las condiciones necesarias para la constitución de tal relación*”. (Véase CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, impresión de 1984, p. 47). Apunta: “*la instrumentalidad, que es propia únicamente de las providencias cautelares: la cual no impide que la providencia cautelar gane la categoría de cosa juzgada como decisión sobre la acción cautelar y se convierta en irrevocable, rebus sic stantibus, en cuanto al extremo de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes para conceder, en espera de la providencia sobre el mérito, la medida cautelar pedida*”. (CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, impresión de 1984, p. 81). Y también, en la obra citada señala que “*el juicio principal tiene su origen en una acción diversa, no se puede, por tanto, considerar la providencia que declara la inexistencia del derecho principal como declaración retrospectiva de la inexistencia de una de las condiciones de la acción cautelar, y, por tanto, como revelación de la ilegitimidad de la medida cautelar concedida y actuada*”. (CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, impresión de 1984, p. 83). Lo último que indica el autor es totalmente cierto, sin embargo, consideramos que de ello no se deriva necesariamente el carácter de *cosa juzgada formal*, según lo explicado *supra*.

329 Véase DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 57.

MEDIDAS CAUTELARES

Cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de alguna medida cautelar, el tribunal, el juez o la juez respectiva, de oficio o a instancia de parte podrá modificarla o suprimirla. // 2) En igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al rechazo de la medida solicitada, el tribunal, el juez o la juez respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá considerar nuevamente la procedencia de aquélla u otra medida cautelar.

Nótese que, como se indicó antes, en tal caso hay una habilitación oficiosa al juzgador para proceder, y no tan solo a instancia de parte.

Según la normativa sobre el cambio de las circunstancias de *hecho*, cabe también cuestionarse la eficacia de una medida cautelar por cambio en las circunstancias de *derecho*, lo que el Tribunal Constitucional Español engloba en el término **alteración del marco jurídico de referencia**. (STC 42/93 del 8 de febrero, FJ 2º)³³⁰. Aquí cabe distinguir someramente entre el **cambio de legislación** – hipótesis extrema cuando entre el momento de entablarse la medida y la resolución de la ejecución se produce una alteración de la normativa aplicable, ya sea legal o infralegal – y la imposibilidad legal *stricto sensu*.

En el primer supuesto, la ejecución es posible, pero no tiene sentido atendiendo a la nueva realidad jurídico – material. Es decir, lo que era legal al interponerse la tutela al ejecutarse es ilegal. En este caso, simplemente no tiene sentido la ejecución por cambio de legislación. Así por ejemplo, si se juzga ilegal una conducta atendiendo a una normativa concreta y luego esta se modifica al llegar a la ejecución. Esto es si entre el momento de entablarse la medida y el de la resolución final, se produce una alteración de la normativa aplicable que legaliza la situación declarada provisionalmente ilegal; no es que sea imposible cumplir el fallo, sino que es irrazonable.

Si la ejecución de la tutela cautelar deviene imposible, por aplicación de lo que establece el Código en el artículo 174 que deberá indemnizarse en lo pertinente la frustración del derecho obtenido. Sin embargo, hay que destacar el supuesto de la imposibilidad legal sobrevenida del **dictado de disposiciones generales posteriores encaminadas directamente a modificar y hacer ineficaz lo establecido en la sentencia**. Podríamos denominarlas **disposiciones normativas obstaculizadoras**. Porque nada más fácil para una administración que derogar o modificar normativa para crear una “imposibilidad legal” artificial. En este caso, hay que distinguir a su vez dos supuestos, si lo que emite el condenado es una disposición normativa de rango *infralegal* a la vista de la resolución y con el designio de incumplirla por medio de esa variación normativa, se aplica el artículo 175 CPCA que dispone, en lo medular, que “*Será contraria al ordenamiento jurídico la conducta administrativa que no se ajuste a lo dispuesto en la sentencia firme*”.

De esta manera, tal norma será ilegal, y esto podrá ser declarado por el juez executor de la medida así para efectos de que la Administración se abstenga de aplicarlo, previa audiencia al condenado (175.2 CPCA), sin necesidad de incoar un nuevo proceso, pues estará enlazado con la eficacia de la tutela cautelar decretada.

Por último, queda el caso extremo de que la Administración pretenda lograr la inejecución de una medida cautelar concreta mediante una **ley ordinaria** en idénticas condiciones que las vistas; es decir, que con una ley especial se intente eludir la eficacia de lo ya decidido. En este caso, nos atrevemos a decir que la ley emitida así será **inconstitucional** por violar el derecho a la tutela judicial efectiva – en su modalidad de tutela cautelar - y constituye un exceso del mismo Poder Legislativo y una interferencia indebida de poderes. Sería como si se intentara por la vía de la “interpretación auténtica” de una legislación dejar sin efecto lo ya decidido en sede judicial.

En efecto, ahí no queda otra alternativa que el juez plantee la respectiva **consulta judicial** para que la Sala Constitucional sea la que declare con eficacia *erga omnes* la nulidad por inconstitucional de la normativa con rango legal, y luego proceder con la ejecución *in natura*, con la consecuente indemnización por tan irregular proceder. Había que distinguir entonces si la ley ordinaria que se dicta para restar eficacia a una tutela cautelar concreta será inconstitucional por lo dicho, sin que esto enerve la potestad regular de legislar en sí misma considerada, en cuyo caso, a lo sumo, la nueva norma no se aplicaría a los casos ya resueltos con anterioridad al cambio legislativo.

330 Citado por BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. p. 324.

MEDIDAS CAUTELARES

Ahora bien, las medidas estarán en vigor hasta el momento en que recaiga **sentencia en el fallo principal**. Por eso el 28 CPCA indica “*Levantada la medida al término del proceso o por cualquier otra causa [...]*”³³¹. Por tanto, el juez debe ser muy cuidadoso para que si median resoluciones previas relativas a medidas cautelares, haya un juicio considerativo sobre la ulterior vigencia de disposiciones antes reguladas en la cautelar.

En este sentido, el juez deberá “armar” bien su sentencia para no desvirtuar lo logrado con la tutela cautelar, incluso comisionando a autoridades o agentes en la misma sentencia, si es necesario, para que ello no ocurra. Si la sentencia es favorable a la posición de quien es beneficiario de la medida, en tal condición, la defensa de esa parte debe estar atenta para actuar con la mayor diligencia posible y evitar que un alzamiento inadecuado de la tutela cautelar pueda alterar la situación jurídica ya no solamente aducida, sino decidida por sentencia.

De manera que el alzamiento inadecuado de lo dispuesto originalmente en la tutela cautelar sin adecuada previsión puede generar graves daños o perjuicios antes de que se ejecute la sentencia, desvirtuándose así lo que se pretendió con la decisión precautoria inicial. En tales casos, lo mejor será que haya una instancia expresa al tribunal sentenciador de parte del beneficiado con la tutela cautelar para que no se levante lo dispuesto originalmente en la medida hasta tanto no se haya configurado la plena eficacia de lo resuelto.

Por otro lado, si la sentencia ha sido contraria a quien se benefició con la medida cautelar, la parte contraria deberá proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 28 *in fine* a reclamar los daños y perjuicios causados con la ejecución de la medida, por medio de simple escrito – motivado y detallado en cuanto a lo que pretende - tramitado por la vía especial sumarisima de resarcimiento que ahí se establece y que más adelante se verá.

331 Al respecto, el magistrado Ernesto JINESTA LOBO comenta durante el proceso de discusión legislativa lo siguiente: “*Por supuesto, que las medidas cautelares tienen también una de sus características fundamentales es la instrumentalidad hipotética respecto del proceso principal. Es decir, tienen eficacia y validez en tanto está pendiente y se esté sustanciando el proceso principal una vez que termine el proceso principal por sentencia ya no tienen ningún objetivo o fin específico. De ahí entonces que también su eficacia cesa con el dictado de la sentencia de mérito*”. (Acta n.º 8 del 16 de febrero de 2005. Véase COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1º ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 164). El punto podría dar lugar a distintos cuestionamientos, por ejemplo, en España se discute si la Administración puede hacer uso de sus potestades para ejecutar un acto suspendido en sede judicial si la resolución final desestimó la pretensión de anulación. TORNOS opina que en tal caso “*ya no hay acto, sino resolución judicial y, en consecuencia, corresponde al órgano judicial pronunciarse sobre la ejecución provisional de la misma (que en el fondo supondría la ejecución provisional del acto) después de la ponderación de los intereses en juego. Así, la suspensión del acto sólo desaparecerá si se acuerda la ejecución provisional solicitada por la Administración*”. (Citado por MARTÍN DELGADO (Isaac). Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado. Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 201 en nota 193. En sentido similar, la opinión de PÉREZ ANDRÉS). Nótese que en tal caso lo que se discute es si, en el fondo, una vez interpuesto el proceso, el acto administrativo ha pasado definitivamente al ámbito de lo judicial, y será el juez quien decida sobre la ejecución de lo resuelto, ya sea que esta resolución valide o no la conducta administrativa sujeta al proceso, lo cual, en nuestra opinión, es acertado. Ahora bien, **también cabría preguntarse hasta cuándo hay un fallo “definitivo” en la instancia correspondiente. ¿En el momento del dictado de la sentencia o bien en el momento de su firmeza?** Pues bien podría producirse el caso en que estando pendiente la apelación de la medida cautelar, se produzca el fallo en el juicio principal y que este sea contrario o diferente a lo establecido en la medida (problema de decaimiento sobrevenido de la apariencia de buen derecho – *fumus non mali iuris* para ser exactos – o de carencia de objeto sobrevenida, dependiendo de cómo se mire). Esto deriva, tal como se verá, de la ausencia en el CPCA de una regulación expresa sobre el tema de la **caducidad de las medidas cautelares** como sí lo tienen otras legislaciones (por ejemplo, el Nuevo Código Portugués del Proceso de los Tribunales Administrativos). Ante esta interrogante, bien cabe señalar que la estimación cierta de la inexistencia (o existencia) de un derecho material se producirá hasta la firmeza de la sentencia definitiva, así que, por razones de elemental prudencia, no recomendamos que simplemente se considere de pleno derecho y sin más que el dictado de la sentencia de instancia deja sin efecto de forma automática las medidas cautelares adoptadas a lo largo del proceso, sino, recomendamos, por el contrario, que dicho alzamiento de la tutela cautelar debe ser considerado por el tribunal resolutor para no desvirtuar lo logrado en tutela cautelar o, bien, para configurar con certeza dicha carencia de objeto sobrevenida. Pero tampoco esto le impide al superior (en este caso al Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo – Tribunal de Apelaciones) tomar por su cuenta otras medidas cautelares, en función del cambio de circunstancias sobrevenida con el pronunciamiento.

MEDIDAS CAUTELARES

Sin embargo, dadas las condiciones de *urgencia* que envuelven a la medida, tal eficacia especial también implica su **ejecutabilidad inmediata** por todos los medios necesarios, así lo reconoce el artículo 27 CPCA al disponer que “*El auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución [...]*”. Lo cual enlaza directamente con otra de sus características: su **coercitividad**.

Cabe reiterar aquí que algunas veces para proteger y garantizar el objeto del proceso es necesario, sin cambiar su esencia, que se dicten medidas de *anticipo* de jurisdicción respecto del fallo final de la causa. Por lo tanto, a la luz del código, si una medida tiene efectos *anticipativos*, no desnaturaliza ni cambia en su esencia la medida cautelar, sino que está expresamente permitido como uno de sus contenidos posibles (artículo 20 CPCA), sin que para ello sea óbice alguno la *provisionalidad*, es decir, la provisionalidad en su sentido funcional, ligada a la *instrumentalidad* en sentido amplio (engarzada a la tutela judicial efectiva) así lo impone.

Por último, menciona SIMÓN PADRÓS que

*no todos los efectos del proceso cautelar tiene carácter provisional. Vale recordar que el juicio de la apariencia del fumus boni iuris o de la certeza del periculum in mora, por el contrario, constituyen apreciaciones que una vez consideradas por el juez resultan plena y definitivamente fundadas, aun cuando posteriormente en el proceso pudiera comprobarse la inexistencia del derecho*³³².

En otras palabras, aunque en el juicio principal pueda establecerse luego que la apariencia de derecho no era real, esto no sirve para fundar un reclamo retroactivo por la supuesta ilegitimidad de la medida dictada.

k) Impugnabilidad

El derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior que procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho en materia cautelar está expresamente regulado en el CPCA, lo cual caracteriza la tutela cautelar en el nuevo sistema de justicia contencioso-administrativa.

Sin embargo, la regulación en el código presenta sus particularidades. Por un lado, los artículos 30 y 28.2. CPCA disponen:

Contra el auto que resuelva la medida cautelar cabrá recurso de apelación, con efecto devolutivo, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles.”, y “28.2) Contra el auto que resuelva la caución u otra contracautela, cabrá recurso de apelación, dentro del tercer día, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo.

Pero por otro lado, el artículo 27 *in fine* establece también:

*El auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución. El tribunal o el juez **respectivo podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente.***

Los recursos ordinarios son los que refiere el 132 CPCA (revocatoria para los autos y además apelación cuando expresamente se otorgue, pues según el punto 3) de esa norma solo cabe apelación en los casos dispuestos expresamente por el Código).

Ahora bien, como hemos visto, los artículos 27 *in fine*, 28.2. y 30 del CPCA disponen que contra el auto que resuelva la medida cautelar, contra el auto que resuelva caución u otra contracautela y contra las medidas adoptadas por el juez ejecutor para ejecutar la medida, cabe ciertamente impugnación.

332 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso - administrativa*. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 142.

MEDIDAS CAUTELARES

La regla del artículo 30 es la **apelación en efecto devolutivo**—no suspensivo—, de conocimiento del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, actualmente del denominado “Tribunal de Apelaciones”, interpuesto dentro del tercer día hábil, y eso mismo se aplica al artículo 28 en ausencia de regulación en contrario (en sentido concordante con el 133 CPCA).

Ahora bien, el artículo 27 *in fine* se refiere necesariamente a las resoluciones que toma el **juez ejecutor** en ejecución de la cautela (art. 155.3 CPCA y 86.2 RCPCA³³³), pues a este le corresponde por regla ejecutar las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los otros órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (con excepción del caso contemplado en el artículo 44.5 RCPCA, es decir, de la ejecución excepcional de medida cautelar por la Sala Primera en sede de casación cuando las circunstancias del caso así lo requieran). Pues es perfectamente posible que dicho juez disponga, para ejecutar la tutela cautelar resuelta, las medidas que considere adecuadas y necesarias para lograr su pronta y debida ejecución.

En estos casos, podría pensarse en los recursos ordinarios, con *trámite preferente*, lo cual es singular en su trámite, e implica que el asunto tendrá prioridad máxima en la agenda del tribunal encargado de resolver. Pero cabe aquí hacerse una pregunta, el Título VIII del código solo tiene una disposición relativa a los recursos, y el 178 a la letra dispone:

Artículo 178.-

Contra el auto que resuelva el embargo, cabrá recurso de revocatoria con apelación en subsidio ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, dentro del plazo de tres días hábiles. Contra el fallo final emitido en ejecución de sentencia en los términos establecidos en el artículo 137 del presente Código, cabrá recurso de casación, cuyo conocimiento corresponderá a la Sala Primera o al Tribunal de Casación, de acuerdo con la distribución de competencias establecida en los artículos 135 y 136 de este mismo Código.

Sin embargo, no se dice nada de los demás autos que resuelve el juez ejecutor, ante lo cual, opinamos, habría que resolver que sí **hay un supuesto de apelación más**, contra los autos en que el juez ejecutor disponga medidas con el fin de lograr la pronta y debida ejecución de la cautela, incluso fuera de un embargo, y que sean agraviantes para las partes. De no ser así, no tendría sentido que la norma estipulara el efecto “**devolutivo**” de la impugnación ordinaria, porque en la revocatoria no hay efecto devolutivo, lo cual se predica del recurso ordinario de apelación que puede ser en un efecto (devolutivo) o bien en ambos (devolutivo y suspensivo)³³⁴. Por tanto, es necesario concluir que existe un recurso de apelación ordinario con efecto devolutivo pensado en la hipótesis del 27 *in fine* y que, con esa regla, se cumple con el requisito de taxatividad impugnatoria del 132.3. CPCA.

Sin embargo es necesario anotar que el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, sin analizar los puntos antes señalados, ha resuelto que no cabe recurso de apelación contra la resolución que ordena los actos de ejecución de una medida cautelar. En este sentido, el voto n.º24-2010 del Tribunal de Apelaciones indica:

333 “Artículo 86.—**De la competencia de los Jueces Ejecutores.** Los Jueces Ejecutores tendrán las siguientes competencias:

- 1) Ejecutar todas las sentencias y resoluciones firmes propias del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- 2) Dictar y ejecutar a instancia de parte, las medidas cautelares, que propicien el correcto, pronto y debido cumplimiento de la sentencia. Asimismo ejecutará las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los distintos órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, salvo lo dispuesto en el artículo 44 de este Reglamento [...]”.

334 Nótese que el tema de los recursos fue incluido expresamente en la norma por el legislador, ya que fue agregado vía moción al texto del artículo del proyecto original, el cual no tenía la frase “[...] *incluyendo los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente*”. (Cfr. moción n.º6 [06-38-CJ] de varios diputados y que consta en el Acta n.º 38 del 21 de abril de 2006). Véase COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo, texto oficial, anotado con las actas legislativas. 1ºed., San José, Costa Rica, 2007, p. 159.

MEDIDAS CAUTELARES

“... en el caso en estudio, ambos demandados presentan recurso de apelación contra la resolución dictada por la señora Jueza ejecutora del Tribunal Contencioso Administrativo, en la audiencia oral celebrada el 29 de octubre de 2009 (folio 221), que dispuso ampliar la trocha, darle mantenimiento y rendir informes periódicos, como forma de cumplir la cautelar adoptada por el Tribunal de Casación, en resolución N° 131-F-TC-2009 (folio 190). Es evidente que esa resolución compulsiva, dirigida a obtener la plena efectividad y eficacia de la medida cautelar acordada, no tiene recurso alguno. En consecuencia y de conformidad con el numeral 132.3 del CPCA, no cabe el recurso propuesto, por lo que este Despacho se encuentra legalmente obligado a rechazar de plano la gestión planteada...” (Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 24-2010 de las 15:00 hrs. del 28 de enero de 2010).

No obstante este precedente, por las razones antes indicadas, es necesario concluir que se cumple con el requisito de la taxatividad impugnativa (132.3 CPCA), de modo que no resulta “evidente” en sí mismo, que la resolución compulsiva, dirigida a obtener la plena efectividad de la medida cautelar acordada, carezca de recurso de apelación. Se debe tomar en cuenta además que en casos patológicos medidas inadecuadas de ejecución podrían eventualmente desvirtuar la tutela que pretende la resolución cautelar acordada, por lo que el control vía recurso ante una autoridad superior resulta plenamente justificado. Si a esto sumamos lo dicho en cuanto a la interpretación del artículo 27 *in fine* CPCA, es necesario concluir que en este caso aplica el recurso ordinario de apelación en efecto devolutivo.

Por tanto, el principio de *doble instancia* se encuentra específicamente establecido los artículos 27 *in fine*, 28.2. y 30 CPCA para lo relativo a la materia cautelar³³⁵, donde se establece como garantía reforzada de defensa que intervendrán dos tribunales para revisar la decisión, estableciendo así un doble control sobre el juzgamiento del tema cautelar.

Una última pregunta que se podría plantear en este punto es lo relativo a la **casación**. Se ha señalado que

si bien el auto por el que se acoge o deniega la pretensión cautelar no le pone término al mérito del asunto, sí le pone punto final a la relevante controversia relativa a si el recurrente posee o no un derecho a la tutela cautelar, enmarcándose así en el supuesto del art. 153, inciso 4, CPC – auto con carácter de sentencia -. A mayor abundamiento, en el incidente cautelar el juez no maneja elementos puramente fácticos, sino que debe emplear conceptos jurídicos indeterminados axiológicos o normativos (fumus boni iuris, periculum in mora, interés público o de tercero), los cuales se insertan en el supuesto de hecho de la premisa mayor de la norma jurídica y admiten una única solución válida. En tal sentido, La LRJCA española, después de la reforma introducida el 30 de abril de 1992 (Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal), admite el recurso de casación contra el “auto que le pone término a la pieza separada de suspensión (art. 94.1.b.)”³³⁶.

Sin embargo y a pesar de que hemos tomado posición acerca de que la resolución de la fase cautelar no se trata de un auto – sentencia sino de un simple auto, aun viéndolo como tal, por las razones apuntadas, en lo que

335 Aquí se debe hacer especial referencia a lo señalado por el Dr. Manrique JIMÉNEZ MEZA en el Acta n.º 18 del 13 de abril de 2005 durante la discusión del proyecto del Código Procesal Contencioso Administrativo: “[...] cuando estuvimos analizando el proyecto inicialmente, partimos de una realidad procesal que era la existencia de los tribunales especiales, o la jurisdicción especial contencioso administrativo, que tienen una sola instancia. Y ahí establecimos de que partiéramos de lo que es excepcional, fuera lo normal y no a la inversa. Desde esta perspectiva, es importante señalar qué ha dicho la jurisprudencia de la Sala Constitucional y qué dice la jurisprudencia en materia de debido proceso. Y ha sido reiterado el concepto, de que siguiendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la doble instancia se exige en materia penal, única y exclusivamente. Tanto es así, que nosotros seguimos el criterio, precisamente, de esa especialidad jurisdiccional como una sola instancia”. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo, texto oficial, anotado con las actas legislativas. 1ª ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 752.

336 JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 328, en nota 406. Lo destacado no es del original.

MEDIDAS CAUTELARES

ciertamente hay discusión³³⁷, el 134 de nuestro CPCA limita el recurso extraordinario de casación a las sentencias y a los autos con carácter de sentencia que **tengan efecto de cosa juzgada material**, cuando sean contrarias al ordenamiento jurídico, lo cual, por lo ya visto, no reúnen los autos que resuelven sobre cautelares, pues en ninguna de las posiciones que hemos destacado cabría pensar en reconocerles el carácter de cosa juzgada material sino, a lo sumo “formal”. Por lo tanto, no cumplen en ningún supuesto con el requisito para la procedencia del recurso de casación.

I) Coercitividad

El artículo 27 CPCA establece:

El auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución. El Tribunal o el juez respectivo podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente.

Es decir, y esto es de suma importancia, al respecto de la tutela cautelar son aplicables **todas y cada una de las formas previstas en el Código para compeler al obligado al cumplimiento de cautela y dar fiel cumplimiento al fallo judicial en este sentido** (mecanismos de persuasión personal, auxilio de la Fuerza Pública, sanciones y multas, denuncia penal, ejecución comisarial y, en último término, la directa adopción judicial de la conducta administrativa impuesta o ejecución sustitutiva). Es decir, en el Código la **coercitividad**, está reforzada en grado máximo, y los medios para ello son sumamente amplios.

No vamos a tratar aquí todas y cada una de las posibles medidas de coerción sobre el obligado por la medida; pero sí nos detendremos someramente sobre una de las consecuencias más interesantes de la nueva concepción *preeminentemente subjetiva* que empapa el CPCA, esto es la posibilidad de una *sustitución cautelar*.

Como hemos visto, el título VIII al que se refiere el artículo 27 CPCA es el relativo a la **ejecución de sentencias** dentro del cual se encuentra el artículo 161 que da pie a la ejecución por sustitución.

Por tanto, es perfectamente posible una **sustitución cautelar**, si se dan las circunstancias de necesidad y urgencia, debido a la reticencia en la ejecución del auto que resuelva la medida cautelar. Esta posibilidad ya fue contemplada en el derecho comparado, como parte de la práctica del denominado *giudizio di ottemperanza* que se verá más adelante, como da cuenta FERNÁNDEZ SALMERÓN:

337 En sentido contrario se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, entre otros, en los votos 186-F-TC-2009, 137-F-TC-2009 y 134-F-TC-2009. En el último de los votos citados, el Tribunal de Casación manifiesta: “En realidad a nivel doctrinal podría ser discutible la naturaleza de la resolución que pone fin al proceso o procedimiento cautelar y **podría esgrimirse si se trata de un auto o si se trata de un auto con carácter de sentencia conforme a la concepción procesal tradicional. No obstante, la discusión ha quedado claramente zanjada en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 26, 27 y 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo cuando expresamente califica la resolución que resuelve el fondo de la cautelar la califica como auto.** En consecuencia, tratándose de un auto no implica pronunciamiento en costas toda vez que el artículo 193 del mismo cuerpo normativo dispone que tal pronunciamiento solo cabe contra sentencias finales de fondo o, en su caso, contra autos de carácter de sentencia siguiendo en ello las reglas generales y tradicionales bien conocidas del proceso a nivel costarricense, inclusive del proceso civil, en este aspecto la legislación no estaría haciendo innovación alguna. En concreto, no cabe pronunciamiento ni en costas personales ni en costas procesales cuando se resuelve una medida cautelar. En ese tanto el Tribunal dispone en este momento que ese aspecto concreto y exclusivamente ese aspecto debe ser anulado como ahora se dispone. El pronunciamiento en costas al resolver una medida cautelar no es procedente”. (El destacado es propio).

MEDIDAS CAUTELARES

[...] en el caso de que la Administración no haya procedido a cumplir la medida cautelar concedida, la parte interesada puede solicitar al Tribunal la adopción de las medidas oportunas que, en su caso, se llevarán a cabo a través del *giudizio di ottemperanza* o de ejecución de la sentencia, pudiéndose llegar a la virtual sustitución de la Administración a través del nombramiento de un comisario *ad acta* ³³⁸.

También CHINCHILLA MARÍN da cuenta del punto:

[...] se ha planteado en Italia la cuestión de si puede utilizarse la *ottemperanza* para la ejecución coactiva de los autos de suspensión de los actos administrativos impugnados. // Ante el contraste de jurisprudencia producido entre el Consejo de Estado – que siempre ha mantenido una posición negativa al respecto – y algunos TAR – que admiten el recurso para la ejecución de los autos de suspensión – las secciones cuarta y quinta plantearon la cuestión a la Adunanza Plenaria que en 1982 declaró inadmisibile el recurso de *ottemperanza* para garantizar la suspensión efectiva del acto, declarando al mismo tiempo que el recurrente podía pedir de nuevo al juez que adoptase las medidas necesarias para asegurar de dicha suspensión ³³⁹.

Asimismo, la posibilidad de tal *sustitución cautelar* también ha sido ensayada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco (Cfr. auto del 27 de octubre de 1994, Sección Tercera – orden directa a la Administración frente al acto negativo de denegatoria a la adscripción provisional a un puesto de trabajo – y auto del 9 de enero de 1995, Sección Segunda – sustitución cautelar y directa de la Administración mediante orden cautelar de exención de visado requerido), lo que se ha derivado directamente del derecho a la tutela judicial efectiva ³⁴⁰.

m) Respeto de los principios de la oralidad durante las audiencias

Uno de los puntos fundamentales de la reforma procesal a la justicia contencioso administrativa es la oralidad que, como JINESTA LOBO ha señalado, en realidad abarca un

conjunto, un as [sic] de sus principios: como por ejemplo: la concentración, la inmediación, la identidad física del juzgador y, sobre todo, la dignificación del proceso, en el sentido de que se establece una comunicación directa entre el justiciable y el juez, y eso reivindica la dignidad de la persona, porque ya no hay una muralla de papel, entre el juez y el justiciable, como ha existido siempre, en los procesos escritos, o predominantemente escritos, porque evidentemente, no hay, como lo dijo Mauro Capelletti, un proceso químicamente puro, porque tiene que ser una mixtura ahí, entre oralidad y escriturad ³⁴¹.

LÓPEZ GONZÁLEZ ha señalado también que el

principio de oralidad, una vez instaurado en un sistema procesal, lo impregna de humanidad y eleva la calidad de la justicia, al punto que su infracción, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye una vulneración a la tutela judicial, que modernamente quiere separarse de la frialdad de las comunicaciones escritas,

338 FERNÁNDEZ SALMERÓN (Manuel). NUEVAS TENDENCIAS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ITALIA: HACIA ALGUNAS QUIEBRAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE INTERESES LEGÍTIMOS Y DERECHOS SUBJETIVOS. En: Revista de la Administración Pública, n.º 154, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, Ene-Abr, 2001, p. 539.

339 CHINCHILLA MARÍN. La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: el *giudizio ottemperanza*, en Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo..N.º 59, jul-sep 1988, p. 435. Ahí se indica que incluso después de la decisión de la *Adunanza Plenaria* algunos TAR siguen aplicando el proceso de *ottemperanza* para la ejecución de la suspensión de los actos administrativos.

340 Cfr. análisis de esos fallos en GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, pp. 141 a 149.

341 Acta n.º 22 del 18 de mayo de 2005, Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). *Código Procesal Contencioso Administrativo*, texto oficial, anotado con las actas legislativas. 1º ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 505.

MEDIDAS CAUTELARES

*para dirigirse al contacto humano, a la percepción directa de los hechos y a una justa decisión. Inaplicar el principio de la oralidad, una vez concebido legislativamente, implica indiscutiblemente, un quebrantamiento del derecho al debido proceso*³⁴².

El artículo 85 CPCA indica que el juez tramitador encargado y el tribunal, según sea el caso, deberán asegurar, durante las audiencias, el pleno respeto de los principios de la oralidad. Asimismo, agrega que en el curso de estas, deberá promoverse el contradictorio como instrumento para la verificación de la verdad real de los hechos y deberá velarse por la concentración de los distintos actos procesales que correspondan celebrar.

Lo anterior es de plena aplicación a las audiencias de medidas cautelares. Así en su caso, se deberán respetar los principios y las técnicas de la oralidad cuando se celebran dichas audiencias. Sobre este tema, QUIRÓS CAMACHO ha manifestado:

*El Código Procesal Contencioso Administrativo prevé la celebración de una audiencia oral para resolver las medidas cautelares en caso de que el juez lo considere necesario (Art. 24.2). La norma no indica expresamente sobre la posibilidad de celebrar una audiencia cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de una medida cautelar o su rechazo (Art. 29)[.] Sin embargo, debe entenderse que en este caso es de aplicación el principio recogido en el numeral 85 del mismo Código, que establece que la jueza o el juez tramitador y el Tribunal, según sea el caso, deberán asegurar, durante las audiencias, el pleno respeto de los principios de la oralidad [...] eleva el contradictorio a la calidad de instrumento para la verificación de la verdad. De manera que, si ya sabemos que la mejor manera de expresar el contradictorio es la oralidad, lo correcto será estimar que existe posibilidad de que sea celebrada una audiencia cuando ello sea necesario para la correcta resolución [d]el caso*³⁴³.

En materia de medidas cautelares, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que

la oralidad en la audiencia de imposición de medidas cautelares pretende que las partes presenten sus peticiones y argumentos en forma verbal, en presencia del juez y de manera contradictoria, lo que significa, en forma paralela –por imperativo de la concentración– que los jueces deben resolver en forma oral e inmediata las peticiones sometidas a su consideración, sobre la base de la información discutida, exclusivamente, en la audiencia, en aras de garantizar el derecho a una resolución pronta y cumplida que analice la privación de libertad y la necesidad de mantener medidas cautelares (S.C.V. 17262-07).

Ahora bien, esto implica que las reglas del contradictorio tienen que ser *ajustadas* a la naturaleza propia de las medidas cautelares, así por ejemplo, por la etapa procesal y por la naturaleza misma de la medida cautelar, los hechos que se enuncian en la resolución oral son únicamente en grado de *probabilidad*, en tanto en el desarrollo del proceso principal podrán ser desvirtuados, o bien, confirmados. También debe haber mucha mayor *apertura* en lo que respecta a preguntas y repreguntas de las partes, en aras de buscar la verdad real y la solución justa del caso concreto.

La doctrina ha opinado sobre el desarrollo de estas audiencias en Costa Rica lo siguiente:

la mayor parte de ellas se han desarrollado de manera exitosa, con gran soltura y desformalización. En la mayoría de las audiencias los jueces se desenvolvieron con profesionalismo, en tanto los representantes de la Procuraduría General de la República demostraron dominio del caso, preparación y buen desempeño. Algunos defectos observados tienen que ver con la excesiva dependencia del papel y la lectura por parte de los litigantes, así como la estructura de las resoluciones orales tomadas, los cuales ya han sido corregidos

342 LÓPEZ GONZÁLEZ (Jorge Alberto). Teoría General sobre el principio de oralidad en el proceso civil. 1ª reimpresión de la 1ª ed., Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 2007, p. 44.

343 QUIRÓS CAMACHO (Jenny). Manual de Oralidad: desempeño efectivo en las audiencias penales, civiles de cobro, laborales y contencioso administrativas, 1º ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2008, pp. 144-145. El texto entre paréntesis cuadrados no es del original.

MEDIDAS CAUTELARES

en su mayor parte [...] El uso del tiempo ha sido el adecuado y queda claro que las partes han salido de esas audiencias sintiéndose escuchadas³⁴⁴.

El sistema de la oralidad en las audiencias exige que tanto el juez como las partes se expresen, por regla general³⁴⁵, verbalmente y ante el público presente en las audiencias. De esta manera, los intervinientes deben conocer profundamente y de antemano el caso y la legislación procesal y sustantiva aplicable, para poder realizar bien su función. Por tanto, es muy recomendable preparar el esquema de lo que se dirá y no llegar a estudiar piezas del expediente a la audiencia cautelar. Se ha anotado como un defecto grave en los litigantes utilizar un formato equivocado en sus argumentaciones:

[a]lgunos litigantes presentan la mala práctica de expresarse en las audiencias como si estuvieran escribiendo en lugar de hablando. Es decir, en lugar de transmitir al juzgador información de calidad de manera llana y sencilla, se expresan con el formato de la expresión escrita, lo cual le resta impacto a sus intervenciones³⁴⁶.

La audiencia deberá iniciarse con la verificación de la asistencia e identidad de los presentes, de la calidad por la que concurren al acto, así como los aspectos relativos a los poderes otorgados. Asimismo, es conveniente también al inicio de la audiencia que el juzgador encargado presente una serie de prevenciones relativas al correcto uso de los medios de grabación, a la prohibición de intervenciones indecorosas o injuriosas que riñan con la ética o que no tengan autorización del juzgador, y a los apercibimientos de las sanciones disciplinarias, en síntesis, las reglas para la intervención en la audiencia a celebrar.

Es importante indicar que cualesquiera que sean las objeciones de las partes, estas deben ser pertinentes y fundamentadas, esto es interpuestas en el momento justo y con una base relevante para la resolución del tema cautelar. Muchos jueces inclusive han hecho indicación en esta audiencia sobre la medida cautelar acerca de la posibilidad que tienen las partes de conciliar³⁴⁷.

Se trata, eso sí, de una audiencia más informal, flexible, de manera que el orden de realización de estos actos es siempre maleable, sin que nos ajustemos a un procedimiento rígido que limite los fines de tutela de la audiencia cautelar o que implique la realización de actos manifiestamente innecesarios o carentes de sentido en el caso concreto. Incluso se ha incorporado en la práctica la posibilidad de realizar audiencias *conjuntas* ante casos similares, sin necesidad de acumular los procesos, en cuyo caso se dicta una resolución para cada caso.

Una vez terminadas las prevenciones iniciales, se dará paso a las argumentaciones del solicitante y de las demás partes intervinientes sobre los motivos de procedencia o improcedencia de la medida, estos deben indicar si existe la necesidad de evacuar alguna prueba en la audiencia. También es posible que antes de dar paso a las argumentaciones, se realice una pequeña etapa de "saneamiento", v. gr. si hay algún problema subsanable en el poder de alguno de los intervinientes.

344 QUIRÓS CAMACHO (Jenny). Manual de Oralidad: desempeño efectivo en las audiencias penales, civiles de cobro, laborales y contencioso administrativas, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2008, p. 145. Uno de esos defectos que hemos podido constatar en las grabaciones es que algunas resoluciones orales dictadas en el TPCA carecen de una numeración y son identificadas solamente por la fecha y la hora del dictado de esta, lo cual, en su mayor parte, ha sido corregido en la jurisprudencia reciente del TPCA.

345 Nada impide, por ejemplo, que para mayor exactitud, el juzgador pueda leer el contenido de la parte dispositiva de la resolución que dicta. Así por ejemplo, se hizo en resolución n.º 05-F-TC-2009 de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero de 2009, donde el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo indicó que procederá con la parte dispositiva: *"que por claridad, por precisión y para no dejar aspectos de alguna relevancia al vacío me voy a permitir aquí sí, por necesidad y por excepción, leer [...]".* (Cfr. 15:30:40 - 15:30:58 de la grabación digital correspondiente).

346 QUIRÓS CAMACHO (Jenny). Manual de Oralidad: desempeño efectivo en las audiencias penales, civiles de cobro, laborales y contencioso administrativas. 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2008, p. 145.

347 Véase como un ejemplo de este punto la indicación hecha al final de la audiencia celebrada el día veintiocho de mayo de dos mil ocho en el expediente 08-74-161-CA.

MEDIDAS CAUTELARES

Luego de la exposición de los motivos y los argumentos, en su caso, se evacuará la prueba ofrecida atendiendo las reglas correspondientes. Por ejemplo, en el caso del interrogatorio de testigos, iniciará quien lo propuso, y continuarán las otras partes en el orden que el juzgador considere pertinente, luego el juzgador podrá interrogar. El juez moderará en todo caso el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, sin presiones indebidas y sin ofender su dignidad (art. 107.3 CPCA). Es decir, si bien el juez no debe hacer “objeciones” en sentido estricto, no puede permitir, por ejemplo, aun sin oposición de la parte contraria, que el abogado de una parte conduzca una línea de interrogatorio que confunda al testigo ofrecido.

Ahora bien, como indicamos, el tribunal administra el uso de la palabra en la audiencia de medida cautelar, cada parte dispondrá de un tiempo razonable para hacer su exposición, empezando por la parte que solicita la medida y luego la accionada, así como los demás intervinientes. Luego de la intervención inicial, el juzgador puede plantear sus preguntas y, en su caso, puede admitir las pruebas ofrecidas en el momento mismo de la audiencia. Por último, cada parte puede hacer un breve cierre. Una vez agotado lo anterior, se da por terminada la audiencia en esta etapa y se citará a las partes para el dictado de la resolución correspondiente.

La resolución cautelar es generalmente oral, queda notificada en el momento mismo de la audiencia correspondiente y permanece consignada en la grabación digital respectiva. Asimismo, por la etapa procesal y por la naturaleza misma de la medida cautelar, los hechos que se enuncian en esa resolución son únicamente en grado de *probabilidad*, en tanto en el desarrollo del proceso principal, podrán ser desvirtuados, o bien, confirmados.

Como señalamos, la intervención en la audiencia de medida cautelar es oral, de manera que la lectura de algún elemento de prueba o documento será únicamente para algún aspecto puntual y preciso. Se permite el uso de cualquier soporte técnico de proyección, con la salvedad dicha de que no se sustituya la presentación oral³⁴⁸. Las manifestaciones de dicha audiencia quedan consignadas únicamente en un archivo de audio y video, del cual, si así lo desean, pueden obtener un respaldo, por lo que se debe aportar el día de la audiencia un dispositivo de almacenamiento de información para ese efecto³⁴⁹.

La única constancia escrita de la audiencia es una minuta simple. En dicha minuta elaborada por el auxiliar judicial, no se incluyen las argumentaciones de las partes, sino solamente una descripción lacónica de las actuaciones de la audiencia. La Sala Constitucional ha manifestado que

la oralidad en los procesos ante la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se ve, aún más, potenciada y reforzada, puesto que, basta con levantar un acta lacónica que indique, grosso modo, las vicisitudes de la audiencia, dado que, es gravada y respaldada en un DVD, del cual pueden las partes solicitar copia para ejercer el derecho de defensa. Por su parte, cualquier otra instancia que deba verificar la motivación o fundamentación de las resoluciones orales adoptadas, también puede acudir a ese medio. Estas nuevas herramientas tecnológicas le permiten al órgano jurisdiccional ocuparse de la audiencia y las resoluciones que dicte verbalmente, más que de su respaldo escrito. (S.C.V. 2007-017955).

Es importante reiterar que las manifestaciones en la audiencia de medida cautelar **deben ser referidas únicamente al caso concreto** y en lo conducente; esto es, no al fondo del asunto sino a los presupuestos de la medida cautelar o contracautela solicitada (*fumus non mali iuris, periculum in mora* y *ponderación de los intereses en juego*).

348 Es importante que si la parte desea utilizar algún medio de proyección o apoyo audiovisual, debe coordinar con anticipación ante el TPCA o bien ante la Secretaría de la Sala Primera, para que se realicen las previsiones del caso. Lo mismo aplica en las audiencias ante el Tribunal de Apelaciones, en el cual la parte interesada debe coordinar, por lo general, con al menos tres días de anticipación a efecto de que realicen las previsiones pertinentes.

349 Por el momento, el Tribunal de Casación de lo Contencioso admite que este medio sea un disco compacto (DVD) o bien, una memoria USB (ver resolución de las diez horas treinta minutos del veintiséis de marzo de dos mil nueve).

MEDIDAS CAUTELARES

Un error muy común en los litigantes es extender sus argumentaciones orales al fondo del asunto, lo que hace perder el sentido de la audiencia cautelar y, a fin de cuentas, va en contra de sus propios intereses en la defensa efectiva de su posición.

El sistema de la oralidad implica un contacto directo entre juez, abogado y partes, lo que implica un mínimo de **respeto y decoro** en las expresiones, y, por parte del juez, la vigilancia constante para que se observen las reglas éticas que rigen las intervenciones en la audiencia, evitando así expresiones indebidas o fuera de lugar. Como ha dispuesto la doctrina, el sistema de la oralidad implica un perfil mucho más exigente para el litigante:

Necesita grandes condiciones intelectuales y de dominio del derecho, debe ser claro y breve en la exposición, ágil mentalmente para saber cuando guardar silencio, renunciar a una prueba o proponer un arreglo, respetuoso, paciente, imperturbable, saber interrogar y exponer breve y convincentemente las razones que le asisten a su cliente. Respecto de la parte contraria, debe abstenerse de cualquier acto u omisión que implique una lesión injusta o trato desconsiderado o descortés, manteniendo conductas amparadas en la probidad, la lealtad y la veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones³⁵⁰.

Es necesario recordar que es posible ofrecer en sede cautelar todo tipo de prueba, incluso en el momento mismo de la audiencia oral, en cuyo caso el juzgador dará la audiencia correspondiente para poner lo ofrecido en conocimiento inmediato de las partes, y que, en su caso, se refieran a su contenido o se opongan de forma fundada³⁵¹.

Sobre el punto, la doctrina ha anotado que

En los sistemas así concebidos, es muy importante que los litigantes sean leales. No es adecuado provocar o permitir una resolución de primera instancia guardándose la prueba para presentarla en la instancia subsiguiente, cuando ya la contraparte ha mostrado sus armas. Los tribunales de casación deben ser muy exigentes en cuando a motivar a las partes a que expliquen las razones por las cuales un testigo, por ejemplo, no fue ofrecido en la audiencia de instancia que ordenó o negó la medida cautelar. Esto debe ser tomado en cuenta al resolver³⁵².

Es recomendable tener presente el uso adecuado del equipo de grabación, de manera que quede encendido y apagado según se haga uso de la palabra, a efecto de que permanezcan debidamente registradas la audiencia y las manifestaciones de las partes³⁵³.

Los principios de la oralidad deben respetarse igualmente en las audiencias ante el Tribunal de Apelaciones, en su caso, donde cada parte dispondrá por lo general de un máximo de quince minutos para su exposición y cinco minutos adicionales para la réplica, sin perjuicio de las facultades de administración del tiempo que ejerce el Tribunal. Podrá hacerse uso en dichas audiencias de cualquier soporte técnico de proyección, mientras que no sustituya la presentación oral.

350 LÓPEZ GONZÁLEZ (Jorge Alberto). Teoría General sobre el principio de oralidad en el proceso civil. 1ª reimpresión de la 1ª ed., Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 2007, pp. 114-115.

351 Sobre la procedencia de la prueba para mejor resolver en sede de apelación de la medida cautelar, véase la resolución del Tribunal de Casación Penal de lo Contencioso Administrativo n.º 146-F-TC de las catorce horas cincuenta minutos del 29 de octubre de dos mil ocho.

352 QUIRÓS CAMACHO (Jenny). Manual de Oralidad: desempeño efectivo en las audiencias penales, civiles de cobro, laborales y contencioso administrativas. 1ª ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2008, p. 146. Es importante señalar que el momento procesal oportuno para referirse a la admisión o inadmisión de la prueba ofrecida en la audiencia es al final de esta.

353 Algunas veces por el uso inadecuado del equipo de grabación, los argumentos no quedan debidamente documentados. Asimismo, no es conveniente acercarse demasiado al micrófono porque su sensibilidad impide que se grabe adecuadamente lo dicho y dificulta su posterior consulta.

MEDIDAS CAUTELARES

Finalmente, la doctrina se ha preguntado: ¿qué debe hacerse si en una audiencia, al fundamentar su resolución sobre una medida cautelar, el juez no entra a valorar los argumentos de las partes?³⁵⁴. En el hipotético caso de que un juez que se encuentra frente a las partes con obligación de pronunciarse sobre los aspectos debatidos no lo hace e ignora hechos y peligros argumentados por las partes, procedería plantear *aclaración y adición* en la misma audiencia y en forma oral, o bien, por escrito dentro del tercer día.

Si esta aclaración o adición se trata de una resolución oral, en su caso, se tramita al término de la audiencia, y se ha resuelto también en forma oral³⁵⁵. No obstante, se ha interpretado además que procede interponerla dentro del tercer día en forma escrita³⁵⁶. En el remoto caso de que la irregularidad persista, debe ser enmendada por el superior mediante el recurso de apelación correspondiente.

354 QUIRÓS CAMACHO (Jenny). Manual de Oralidad: desempeño efectivo en las audiencias penales, civiles de cobro, laborales y contencioso administrativas. 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2008, p. 210.

355 Véase como un ejemplo la aclaración del juez a lo resuelto en el fallo 270-08 de las trece horas treinta y dos minutos del cinco de mayo de 2008, resolución dictada en el proceso 08-74-161-CA (Cfr. 13:35:33 – 13:36:35 de la grabación digital correspondiente). Cabe recordar que, tal como la Sala Constitucional ha dispuesto, esto es un derivado del principio de *concentración* que rige la audiencia: *“la oralidad en la audiencia de imposición de medidas cautelares pretende que las partes presenten sus peticiones y argumentos en forma verbal, en presencia del juez y de manera contradictoria, lo que significa, en forma paralela –por imperativo de la concentración- que los jueces deben resolver en forma oral e inmediata las peticiones sometidas a su consideración, sobre la base de la información discutida, exclusivamente, en la audiencia, en aras de garantizar el derecho a una resolución pronta y cumplida que analice la privación de libertad y la necesidad de mantener medidas cautelares”*. (S.C.V. 17262-07).

356 Posición sostenida por la jueza tramitadora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, Marisol Salas Fallas, en entrevista realizada durante el curso de esta investigación. Obstáculos para la tutela cautelar en el CPCA. Realizada por José Álvaro López Camacho, el 27 de mayo de 2009.

CAPÍTULO SEGUNDO

MODALIDADES, PRESUPUESTOS Y CAUCES PROCESALES

Justice delayed is justice denied.

William Gladstone
(1809 - 1898)

La Administración Pública tiene grandes poderes jurídicos –normativos y no normativos– capaces de alterar de forma inmediata todos los intereses y las libertades de los ciudadanos y de los cuales puede usar o abusar. Por lo tanto, los administrados deben contar con instrumentos judiciales idóneos para poder luchar con alguna posibilidad de justicia cuando se enfrenta a un abuso de quien ha sido llamado a velar por sus intereses³⁵⁷. El apartado cautelar se constituye así en el escudo correlativo al poder de la Administración moderna, en mayor medida y en el elemento clave para la sustanciación de una real tutela judicial.

Este capítulo del CPCA introduce un cambio cualitativo en la justicia administrativa, y no solo para el administrado, sino también para la Administración cuando sea ella la que vea en riesgo sus intereses frente a una conducta desmedida y arbitraria de su contraparte en la relación jurídico–administrativa³⁵⁸ y necesite de una justicia “provisional”, mientras espera el tiempo normal que lleva a la sentencia de fondo. La depuración de la justicia y el respeto de los valores y los principios constitucionales hacían imperativo la introducción de un sistema moderno de tutela cautelar, como el que presenta el CPCA.

357 Sin desmerecer lo dicho, es necesario enfatizar que **el poder cautelar puede ser también plenamente aplicado por el Estado y los demás entes públicos**. Ha dicho la jurisprudencia: “*las medidas cautelares no solamente están otorgadas por el Ordenamiento Procesal Contencioso Administrativo para ser utilizadas por los particulares, sino que el Estado también puede utilizar las medidas cautelares para proteger el interés público*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 22-F-TC-09 de las 10:03 hrs. del 13 de febrero de 2009, el caso se refería a la protección del patrimonio arqueológico nacional). Otro ejemplo claro de esto es la resolución emitida por el TPCA a las 8:35 hrs. del 25 de mayo de 2009, exp. 09-001261-1027-CA del Estado c/ Grupo de Inversiones Coris de Costa Rica S.A., donde el juez concede **medida cautelar anticipada solicitada por el Estado**, la cual consiste, entre otros aspectos, de la anotación de la demanda al margen de la finca, suspensión inmediata de cualquier trámite tendiente a otorgar algún derecho sobre el bien, y orden de mantener en posesión inmediata y material del inmueble al Área de Conservación Pacífico Central del MINAET. Otro ejemplo es la medida cautelar tramitada en el exp. 08-1179-1027-CA que es medida cautelar *inaudita altera parte* del Estado contra la Municipalidad de Puntarenas, donde se pide la suspensión de la orden de demolición de una malla ubicada en la Estación de Guardacostas de Puntarenas que había dispuesto la Municipalidad de Puntarenas. Ver también sobre el tema, sentencia TPCA 1468-2009, donde se concede medida cautelar pedida por el Estado contra [G.C.B S.A.] que consiste en anotación registral de demanda al margen de la finca, inmovilización registral de la finca y orden a la propietaria particular de abstenerse de construir, deslindar con cercas o realizar cualquier actividad que altere el inmueble ubicado en la Zona Marítimo Terrestre. Se han concedido entonces, entre otras, inclusive *inaudita altera parte* medidas cautelares a favor del Estado que comprenden: **a) anotación de demanda en registro; b) prohibición de edificación; c) suspensión de permisos de construcción en municipalidad; d) suspensión de trámites en Setena y f) suspensión de trámites de expropiación**, entre muchas dictadas en este sentido. (Ver sentencia número del TPCA n.º 178-2009 de las 11:58 hrs. del dos de febrero de 2009. También pueden haber medidas cautelares en contenciosos *interadministrativos*, pero en ocasiones se presentan problemas de concepción cuando una entidad pública pide medidas cautelares contra sus propios “subalternos” para que estos actúen en determinado sentido (por ejemplo, en el caso de la CCSS), pero tales medidas no son procedentes por tratarse de la misma administración. En tales casos, la Administración no debe pedir “tutela cautelar” contra sus subalternos, sino debe aplicar sus apoderamientos legales.

358 Hemos de definir someramente la relación jurídico–administrativa como un correlato entre una situación jurídica de poder y una situación jurídica de deber donde la Administración Pública se encuentra, al menos, en uno de sus vértices y que se rige por el derecho público en general y por el administrativo en particular.

MEDIDAS CAUTELARES

Por lo tanto, superada ya la fase introductoria, nos concentraremos en los presupuestos, modalidades, manifestaciones y cauces de la tutela cautelar que el Código de lo Contencioso Administrativo introduce.

Sección Primera: Los presupuestos de la tutela cautelar

Los jueces tienen plena libertad para valorar y, en consecuencia, acoger o denegar la medida, por cualquiera de sus cauces procesales, cuando a partir de las piezas y los argumentos que se les han hecho llegar, determinen que se reúnen los requisitos y los presupuestos exigidos por el código. Es decir, mediante un juicio provisional y sumario, se determine que la ejecución del acto producirá graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, sobre la situación aducida (*periculum in mora – requisito positivo*), y que no existe evidente temeridad de lo planteado o la demanda carece de toda seriedad, por lo cual, ni siquiera en apariencia habría un buen derecho digno de protección por la vía de la tutela inmediata (*fumus boni iuris – requisito negativo*– casi asimilable a un *fumus non mali iuris*)³⁵⁹, aunado al hecho de que la ejecución de la medida no produzca una afectación cualitativamente superior, según un fundado juicio de ponderación, a la gestión sustantiva de la entidad o a la situación jurídica de terceros (*bilateralidad del periculum in mora*). Es decir, aun en relación con el aparente mal desempeño de la Administración o del demandado, hay un motivo de evidente interés general que impone la ejecución de la conducta en los términos en que ha sido establecida hasta ese entonces.

En todo caso, por regla, la judicatura deberá establecer la *cautela* procedente para la protección de los derechos e intereses de las partes involucradas. Son entonces tres los presupuestos centrales de la tutela cautelar (*fumus boni iuris, periculum in mora* y ponderación de intereses en juego)³⁶⁰. Todo ello es, en síntesis, lo que a continuación se detalla.

359 Ver la expresión en BACIGALUPO (Mariano., *La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo*, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 148. La jurisprudencia contencioso – administrativa ha asumido este enfoque: “Basta entonces una apariencia superficial e inicial de seriedad para tener por satisfecho este presupuesto. Recientemente, la Sala Primera, fungiendo como Tribunal de Casación, ha establecido que este presupuesto debe ser entendido como el denominado “*fumus non mali iuris*” (resolución No. 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve), sea, que la solicitud cautelar no sea, de manera palmaria y evidente, carente de seriedad” (Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 1420-2010 de las 13:15 horas del 22 de abril de 2010). En este sentido también el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo 129-F-TC-2009, entre otros.

360 El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ha manifestado, “Es bien sabido que son tres los requisitos o presupuestos, mas bien presupuestos, de la medida cautelar, el que conocemos como *fumus boni iuris* entendido como la seriedad de la demanda, o probabilidad de acierto en las pretensiones esgrimidas, el llamado *periculum in mora* o peligro en la demora por la tramitación del proceso, y un tercero, que lo es como tercer requisito, independientemente de alguna corriente doctrinal que no viene aquí al caso, la ponderación de los intereses en juego en donde el Tribunal debe sopesar tanto el interés particular como el interés público [...]”. (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución 57-F-TC-08 de las nueve horas con treinta minutos del diecisiete de junio de dos mil ocho). Sobre los presupuestos de la tutela cautelar dentro del CPCA, véase en líneas generales también lo señalado en los fallos 26-F-TC-08, 43-F-TC-08, 58-F-TC-08, 59-F-TC-08 y 70-F-TC-08, y TPCA res. 376-2009 y 4074-2010, entre muchos otros. En el fallo n.º 95-F-TC-2009 el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo deja claro que el tercer requisito se corresponde con el “equilibrio en los intereses” y que la ponderación de los intereses es condicionante de la tutela cautelar. Sobre el deber de analizar todos los presupuestos véase el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso 99-F-TC-2009. En el citado voto 4074-2010 el Tribunal Contencioso señala “los presupuestos de la tutela cautelar son tres, el peligro en la demora, la apariencia de buen derecho y la ponderación de los intereses, particularmente el interés público” y “[s]ólo en la concurrencia de los tres elementos, es decir, de la apariencia de buen derecho, del peligro en la demora y que del análisis de ponderación de intereses se considere que daño sufrido por el particular debe tutelarse por encima de los demás intereses en juego, puede proceder el despacho a conceder la medida cautelar solicitada” (Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 4074-2010 de las 13:21 hrs. del 29 de octubre de 2010).

MEDIDAS CAUTELARES

a) Presupuestos procesales y subjetivos

Antes de entrar al estudio de los **presupuestos sustantivos** de la medida cautelar (*fumus boni iuris, periculum in mora y ponderación de intereses contrapuestos*), vamos a presentar someramente los que podríamos denominar ahora **presupuestos procesales y subjetivos** de la medida.

En este apartado, para no redundar en lo ya aclarado durante el desarrollo que hicimos en el capítulo anterior (específicamente en el apartado referente a requisitos procesales, subjetivos, objetivos y de actividad de la medida, al cual nos remitimos), vamos a concentrarnos en reiterar, adicionar y aclarar nuestra posición sobre tres puntos concretos de gran importancia. El primero, si la tutela cautelar será siempre y en todos los casos *a instancia de parte*, lo que deja proscrito una habilitación oficiosa de tal tutela cautelar; el segundo, el *órgano jurisdiccional* encargado de verificar tal tutela; y el tercero, el *interés subjetivo* necesario para que sea procedente la tutela cautelar de la situación jurídica sustancial de quien lo solicita (en otras palabras, hasta dónde el código exige una afectación en la situación jurídica aducida como detonante de la tutela cautelar). Estos puntos son clave al momento de enfrentar el caso concreto de tutela sometido al tribunal o al juez respectivo.

Sobre el primero de esos temas, debemos reiterar que si bien el Código Procesal Contencioso Administrativo establece en el artículo 19 que la habilitación para el ejercicio de la tutela cautelar por el tribunal o el juez respectivo es "**a instancia de parte**", esa es una regla general añadida durante el proceso de discusión en la subcomisión³⁶¹. La

361 Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo, texto oficial, anotado con las actas legislativas. 1°ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 137.

MEDIDAS CAUTELARES

posición de la PGR³⁶² siempre fue contraria a una habilitación oficiosa. Así, fue mediante moción n.º 1 (01-37-CJ) –de varios diputados– que se suprimió la posibilidad de ordenarlas de *oficio*, salvo en el artículo 23 (lo referente a medidas *provisionalísimas*) que sí permaneció con esa mención expresa.

Como hemos adelantado, la supresión de la habilitación oficiosa deja la redacción del apartado 2) del artículo 19 sin un mayor significado, pues bastaría con la simple mención “antes del iniciado el proceso [...]” en el apartado 1) de la misma norma y no dedicarle un apartado entero. En su redacción original, ese tratamiento separado sí tenía un profundo sentido, tal como se indicó, pues la mención aparte obedecía a la habilitación oficiosa de la tutela cautelar durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, mas nunca de previo al inicio del proceso, lo cual tenía plena coherencia con el espíritu del código y la distribución constitucional de funciones. Es decir, antes de interpuesto el proceso, si eran posibles, pero a instancia de parte. Con el cambio, tal sentido se pierde, pues lo que se hace en ambos párrafos 1º y 2º es establecer que la habilitación es *a instancia de parte*.

Ahora bien, la regla general del 19 CPCA tiene sus excepciones, la más notoria es el caso de las medidas *provisionalísimas* que, según el 23 CPCA, se pueden conceder de *oficio*, si el caso reviste la urgencia necesaria – puede discutirse si es necesario que la urgencia sea “extrema” que es el requisito para la medida principal “inaudita altera parte” – ya que no toda inaudita altera parte es *provisionalísima* (puede ser principal también) pero toda *provisionalísima* sí es *prima facie*–.

362 Cabe hacer referencia aquí a que la opinión de la Procuraduría General de la República fue claramente opuesta a tal posibilidad. Lo anterior es evidente si tomamos en cuenta las intervenciones de la Licda. Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora General de la República, las cuales constan en el Acta n.º 9 del 2 de marzo del 2005: “[...] *la Procuraduría se opone a todo el capítulo de medidas cautelares, por considerar que son excesivas, en particular, a la posibilidad de que de oficio se apliquen medidas cautelares. Siempre en la línea que ha mantenido, de que sí hay que ampliar obviamente la única medida cautelar que hay en este momento. Pero, que en nuestro criterio hay un exceso en los artículos de referencia [...] La preocupación nuestra es que básicamente, por ejemplo, en el artículo 19 se establece la posibilidad de ordenar de oficio o a instancia de parte las medidas necesarias cautelares adecuadas para proteger y garantizar el objeto del proceso. // Nosotros en este sentido tenemos objeciones a la posibilidad de que oficio se declaren medidas cautelares. O sea, nos cuenta tal vez visualizar que sin la interposición de un proceso determinado el juez adopte medidas cautelares y las aplique a la Administración. // Yo vengo insistiendo en que hay que tener claro que la Administración debe estar sujeta al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como está sujeta al control de la Sala Constitucional. Pero, también se requiere que la Administración tenga una posibilidad de actuar y de ejecutar sus actos. // Entonces, en esa medida esas posibilidades amplias a los jueces pueden impedir que en algún momento la Administración pueda actuar, inclusive, en cumplimiento de fines públicos. // La preocupación va en [...] y sin duda de la capacidad de los jueces contenciosos que de los que yo conozco todos son muy buenos. Pero ¿Cuándo puede venir un juez y de oficio empezar a dictar una serie de medidas cautelares que van que ya no es la suspensión del acto? Como es actualmente, si no que va mucho más allá y puede incluso ordenarle conductas a la Administración. // Esa es la preocupación básica que ha tenido la Procuraduría en las discusiones inclusive que hemos tenido a lo interno, donde nos parece que esas facultades para dictar medidas de hacer o no hacer de oficio, sin gestión de parte son excesivas”.* (Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). *Código Procesal Contencioso Administrativo*, texto oficial, anotado con las actas legislativas. 1ºed., San José, Costa Rica, 2007, pp. 138-139). Ante las preocupaciones que apuntaba la PGR, cabe anotar dos cosas: a) como bien JINESTA LOBO señala: “La tutela cautelar lejos de paralizar la función administrativa o de atentar contra los principios de celeridad, eficiencia, eficacia, buena administración, continuidad y regularidad que la informan, preserva el equilibrio entre los derechos fundamentales de los administrados y las prerrogativas de la Administración Pública//. El derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida sin denegación (artículo 41 Constitución Política), constituye un límite infranqueable a la autotutela declarativa y ejecutiva de las administraciones públicas”. Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). *Código Procesal Contencioso Administrativo*, texto oficial, anotado con las actas legislativas. 1ºed., San José, Costa Rica, 2007, p. 150. A lo cual hemos de sumar las reflexiones hechas *supra* sobre la correcta dimensión en este tema del principio de **eficacia**, pues en tales circunstancias el anclaje constitucional abstracto o genérico de la autotutela cede frente a la necesidad de verificar que es lo que realmente exige el interés general. Ahora bien, tampoco la habilitación del proyecto permitía adoptar al juez **sin la interposición de un proceso determinado** por su cuenta medidas cautelares y aplicarlas a la administración, como suponía la PGR, nótese que el texto original del 19.2. CPCA supeditaba a la *instancia de parte*, las medidas tomadas antes de iniciado el proceso. Es durante el transcurso del proceso o en fase de ejecución cuando el 19.1. CPCA permitía al juez respectivo ordenar de *oficio* las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Es decir, la objeción no encontraba asidero en el texto del proyecto.

MEDIDAS CAUTELARES

Al fin y al cabo, en nuestra opinión, bastará con que la premura de la situación ordene imponer una medida de manera inmediata para garantizar la efectividad de la medida que se adopte finalmente, sin que sea necesario que sea de carácter “extremo”.

La segunda excepción a la regla de la rogación es el caso de la ampliación, sustitución o renovada procedencia de la tutela cautelar, pues, a diferencia de lo que sucede con la solicitud inicial de una medida, el apoderamiento al juez **es tanto oficioso como a instancia de parte** (art. 29 CPCA). De tal manera, el trámite para su modificación, renovada procedencia o cancelación, deberá ser tramitado de conformidad con lo establecido en dicha norma especial.

Pero aún hay, en nuestra opinión, una excepción más a la regla general, pues aquí sostenemos la tesis también de que en casos excepcionales, en la **fase de ejecución de sentencia firme** “*si su contenido o naturaleza así lo exigen, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento*” (art. 161.2. CPCA). De esta forma, ahí habría **una habilitación oficiosa** para el ejercicio de tales poderes, lo cual se aplica también, por remisión expresa que hace el artículo 27 al título VIII del Código, a las medidas que se dispongan para ejecutar la tutela cautelar dispuesta con eficacia inmediata.

En esta hipótesis, en manos del juez se hallan idénticos poderes a los establecidos en el artículo 161.2 para lograr la pronta y debida ejecución de lo ordenado en la tutela cautelar, incluso de oficio. Ambos casos podrían dar pie a una **sustitución cautelar** oficiosa, si es necesario.

Y es que, como también hemos apuntado antes, debemos destacar con énfasis aquí que dicha instauración de un régimen de rogación para la tutela cautelar, en lo que corresponda, no puede ni podría significar un valladar para que el juez se vea vinculado estricta y literalmente por lo que la parte le solicita o requiere; en palabras más simples, rogación mas no vinculación al juez sobre la medida cautelar. El límite será entonces **la racional adecuación del fallo a las pretensiones sustanciales de las partes y los hechos sometidos a su conocimiento.**

El juez es señor de la tutela cautelar y es el llamado por la ley y por imperio de la Constitución a velar para que la permanencia de la conducta sometida a proceso no produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, sobre la situación jurídica aducida.

Es decir, es el juez quien tiene el arbitrio – mas nunca la habilitación vacía, es decir, pura y simple arbitrariedad– para resolver, de una manera fundamentada, cuál es -de frente al caso concreto- la medida cautelar procedente (habilitación amplia de hacer, no hacer o de dar, y en general, de imponer cualquier conducta necesaria para proscribir la afectación grave de la situación aducida), en un juicio de probabilidad, mediando valoración racional de la prueba sometida acerca de la configuración de los presupuestos subjetivos de la medida que impone para todos los efectos, plena e inmediata eficacia sobre el obligado por la resolución de tutela cautelar.

En segundo lugar, debe existir también como presupuesto un **órgano jurisdiccional competente** para dictar la medida, el cual, dada su instrumentalidad, será el encargado de conocer la pretensión principal. El Tribunal Procesal Contencioso Administrativo ha admitido que en las medidas cautelares **la falta de competencia puede ser objetada** por las partes:

MEDIDAS CAUTELARES

[...] la competencia cuando es alegada por una de las partes obliga a su pronunciamiento inmediato, esto porque la competencia es la medida de la jurisdicción asignada a un órgano del Poder Judicial por razón de la materia, cuantía y territorio. La competencia inhibe a un juzgador, cuando no lo es, a poder conocer de un proceso³⁶³.

(Ver resolución 258 de las catorce horas del treinta de abril de 2008, a la altura de las 14:03:37 - 14:03:58 de la grabación digital correspondiente. Véase también la resolución n.º 214 de las nueve horas cuarenta minutos del 16 de abril de 2008, dictada en el expediente 08-10-1027-CA³⁶⁴, así como la resolución n.º 233-08 de las catorce horas con veinte minutos del 21 de abril de dos mil ocho, dictada en el expediente 08-40-1027-CA sobre incompetencia ante materia *agraria*³⁶⁵, tampoco tiene competencia el juzgador para dictar resolución en sede cautelar, si ya una hay sentencia con autoridad de *cosa juzgada* –aun dictada dentro de otro proceso– sobre lo mismo que se solicita con la medida³⁶⁶).

- 363 En el caso se refiere a la exclusión que hace el CPCA en su artículo 3º de lo relacionado con empleo público y materia laboral, porque se discute un cierre de negocio derivado de la falta de pago de cuotas obrero-patronales, y ahí se declara que las cuotas obrero – patronales se circunscriben a la materia laboral. Asimismo, esto lo resuelve el juzgador en vista del artículo 402 del Código de Trabajo que le otorga la competencia al juez laboral en lo relacionado con la seguridad social. En el mismo fallo, se aclara que el juez de trabajo puede conocer de nulidad de actos administrativos y puede dictar medidas cautelares, incluso ante la existencia de un eventual vacío normativo en el Código de Trabajo, pues este podría integrar el ordenamiento, en su caso, con las normas que procedan. Sobre incompetencia en materia laboral, en particular lo relativo a *riesgos del trabajo*, véase también el fallo del TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, n.º 111-08 de las diez horas treinta y cinco minutos del cinco de marzo de 2008, dentro del expediente 08-136-161-CA. Finalmente el tema fue resuelto por Sala Constitucional en voto No. 009928-2010 de las 15:00 horas del 9 de junio del 2010 (BJ# 130 de 6 de julio del 2010). Es interesante cuestionarse el caso de una medida *ante causam* donde todavía no se conocen las pretensiones definitivas del demandante. Sin embargo, en este caso, el juzgador deberá examinar si de forma evidente lo pretendido en la medida cautelar no se relaciona con la materia encomendada a la Jurisdicción Contencioso – Administrativa y Civil de Hacienda, si es así no hay competencia para proceder, pero si no es así, bien podría pensarse en la posibilidad de dar trámite a la medida solicitada.
- 364 Se discutía la suspensión del eventual desalojo de un agricultor de su parcela, mientras que el IDA argumentaba que se trataba de un ocupante ilegal. El juzgador indicó: “[...] existen impedimentos para que los órganos jurisdiccionales se pronuncien y uno de ellos cuando existe una evidente incompetencia por razón de la materia. Cuando se le pregunta al actor a qué se dedica... también se desprende del expediente, el indica que es agricultor, argumenta en relación con la parcela en discusión que la misma mide ocho hectáreas y que se dedica al cultivo del arroz, aunado a la plantación de algunos árboles frutales. Por tal motivo, y atendiendo a la naturaleza del fundo, a la calidad del actor, y siendo que la materia tutela y protege, en este caso, el interés de la parte más desprotegida que es el agricultor, y siendo de un análisis de la pretensión de la medida cautelar se desprende que lo que pide la parte es mas el reconocimiento de su derecho de posesión, más que tender a evitar un desalojo, porque es un desalojo que de la revisión de los autos no se ha concretado, es un desalojo potencial, este órgano jurisdiccional llega a la conclusión de que efectivamente estamos en un asunto de naturaleza agraria. Por tal motivo, se declara incompetente y ordena la remisión de esta medida cautelar a la jurisdicción agraria competente en relación con el lugar de residencia del actor [...]” (Cfr. 9:36:25-9:38:01 de la grabación digital correspondiente).
- 365 Igualmente se discutía la suspensión del eventual desalojo de una parcela agraria: “[...] lo que se dicta es oralmente una incompetencia por razón de la materia en vista de que en este caso es muy claro que el objeto del desalojo administrativo tiene como relación subyacente el destino de una propiedad agraria, o sea, de una parcela que tiene actividad agraria. Esto se infiere por lo indicado por la misma parte actora en su escrito de demanda a la hora de interponer la cautelar, de que es una parcela agraria por lo que de conformidad con el artículo 5[...] debo declararme incompetente, no es competencia del Tribunal Contencioso Administrativo ver esto, y se declara incompetente por razón de la materia y ordena remitir esta cautelar al Juzgado Agrario de Pococí que es al que le corresponde por territorio donde se ubica el inmueble. [...] Los Tribunales agrarios tienen la posibilidad de dictar medidas cautelares, si bien es cierto[...] está impugnando una conducta administrativa de desalojo hay que ver la relación subyacente que hay en la conducta administrativa que no es eminentemente de carácter administrativo sino eminentemente de carácter agrario [...]”. (Cfr. 14:19:29 – 14:20:43 de la grabación digital correspondiente).
- 366 Cfr. Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, n.º 249-08 de las 11:15 hrs. del 29 de abril de 2008. En el caso concreto, se pretendía suspender la firma del contrato de una licitación particular, y, en relación con este punto concreto, ya existía otro proceso judicial donde se había emitido sentencia sobre el mismo tema. El juzgador considera en ese fallo que no puede resolver, por cuanto lo dispuesto en el otro proceso se encontraba firme (por no haber sido recurrido), y resolver en este proceso iría entonces en contra de la cosa juzgada ante la posibilidad de fallos contradictorios. Por tanto, el juzgador considera que no se puede dictar resolución en la medida cautelar, porque de hacerlo así iría en contra de lo resuelto en la sentencia firme antes referida.

MEDIDAS CAUTELARES

Ahora bien, en el caso de que se haya dictado una medida *provisionalísima* y se detecte la falta de competencia, no se puede dejar sin efecto por eso mismo la medida dictada, sino que será el juez que en definitiva resulte competente quien definirá su levantamiento o permanencia³⁶⁷.

La jurisprudencia ha determinado también que no hay “*prejudicialidad*” ni es procedente suspender el conocimiento de la medida cautelar a la espera de las resultas de un proceso penal³⁶⁸.

Un caso interesante se presentaba en materia de *empleo público*,³⁶⁹ si se solicitaba una medida cautelar principal y luego se detectaba una incompetencia. En tal caso, se había interpretado en su momento que era necesario resolver su procedencia por imperativo constitucional, ya que no podía demorarse la resolución del tema cautelar ante la pendencia de un cuestionamiento constitucional³⁷⁰.

La incompetencia podría ser advertida incluso en sede de apelación, en cuyo caso se debe remitir el expediente para que sea el juez que, en definitiva, resulte competente, quien continúe el procedimiento conforme a derecho (art. 44 CPC) y reponga, en su caso, el procedimiento al estado necesario para que tome su curso normal.

Un caso particularmente interesante se ha dado cuando se trata de **paralizar un remate o la entrada en posesión ordenada en un proceso de cobro**³⁷¹. En este caso, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha señalado lo siguiente:

367 Esta posición fue sostenida por la jueza tramitadora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, Marisol Salas Fallas, en entrevista realizada durante el curso de esta investigación. Obstáculos para la tutela cautelar en el CPCA. Realizada por José Álvaro López Camacho, el 27 de mayo de 2009. Una solución similar se podría plantear en un caso donde *ex ante*, no se puede determinar a ciencia cierta una incompetencia en una medida *ante causam*.

368 “*Recuérdese que la naturaleza de la prejudicialidad es – entre otras cosas – la de evitar fallos contradictorios, o bien contar con cierta información que se considere trascendental para la resolución del proceso contencioso a fin de lograr una decisión justa. Por lo expuesto, entendido a contrario sensu lo establecido en el numeral 202, inciso 2) del Código Procesal Civil, la decisión del proceso penal instaurado, no influye en la resolución de la presente medida cautelar, por lo que no se configura prejudicialidad que amerite, suspender el conocimiento del proceso de fondo y por ende tampoco, el de la medida cautelar*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 22-A-TC-2009 de las trece horas treinta y cinco minutos del doce de febrero del dos mil nueve).

369 La exclusión competencial fue cuestionada en sede constitucional mediante Acción n.º 08-012174-0007-CO. Finalmente la Sala Constitucional resolvió declarar inconstitucional el inciso a) del artículo 3 del CPCA mediante el voto No. 009928-2010 de las 15:00 horas del 9 de junio del 2010 (BJ# 130 de 6 de julio del 2010).

370 Posición sostenida por la jueza tramitadora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, Marisol Salas Fallas, en entrevista realizada durante el curso de esta investigación. Obstáculos para la tutela cautelar en el CPCA. Realizada por José Álvaro López Camacho, el 27 de mayo de 2009.

371 Véase voto del TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución 270-08 de las trece horas treinta y dos minutos del cinco de mayo de 2008, dictada en proceso 08-74-161-CA que en lo conducente dispone: “[...] yo no tengo competencia para suspender la puesta en posesión [...] siendo así esta juzgadora procede efectivamente a rechazar la medida cautelar de suspender la puesta en posesión. Sin embargo, como mis competencias así lo establecen, como medida precautoria y readecuando la medida cautelar solicitada, conforme al 19 y 21 [...] en este acto nombro a Don [G] representante de comercializadora [J.S.A.] depositario judicial del inmueble [...] de este litigio, además hago indicación de que este asunto resuelve sin especial condenatoria en costas [...]” (Cfr. 13:33:43 – 13:34:42 de la grabación digital correspondiente). También sobre la imposibilidad de suspender un acto jurisdiccional por la vía cautelar véase TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución 30-08 de las diez horas veinticinco minutos del cinco de febrero de 2008. Ahí igualmente, a pesar de rechazar la cautela positiva, se le da un término perentorio a la Administración para que proceda con la conducta debida. Nótese que, posteriormente, por resolución n.º 00009-F-TC-2008, dictada por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda a las ocho horas del 22 de febrero de 2008, se declaró incompetente al Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ubicado en el Anexo A del Segundo Circuito Judicial de San José para conocer de la medida cautelar incoada, se anuló la resolución n.º 30-2008 y ordenó remitir el expediente al Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda para que continúe con la tramitación del asunto. Sobre la tramitación de este último caso, véase también el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda #000010-A-TC-2008 de las ocho horas cinco minutos del veintidós de febrero de dos mil ocho. También sobre la materia de cobro judicial cuestionada a través de un proceso de conocimiento véase la resolución del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo n.º 86-F-TC-2008 de las diez horas diez minutos del ocho de agosto de dos mil ocho.

MEDIDAS CAUTELARES

[...] cuando se solicita como medida cautelar la suspensión del remate o de la entrada en posesión ordenada en un proceso de cobro, no se excede el ámbito competencial de la jurisdicción Contenciosa Administrativa en modo alguno, sino que se acude, según se ha dicho, a la justicia cautelar que por Constitución, por ley y principio, tiene derecho quien accede al proceso plenario. Esto, claro está, sin perjuicio de la procedencia o no por el fondo de lo cautelarmente requerido por el gestionante de conformidad con el Código Procesal Contencioso Administrativo, amén de la garantía que se reitera una vez más, deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 498 y siguientes del Código Procesal Civil, salvo situaciones excepcionales debidamente comprobadas, que permitan y obliguen a una variación de la medida cautelar en los términos que el juez estime pertinentes. // VI.- Dicho lo anterior, se observa que el presente caso no constituye una excepción en la cual el juzgador pueda exigir una contracautela distinta a la contemplada en las normas indicadas del Código Procesal Civil y considerando que el actor no rindió garantía suficiente en el momento procesal oportuno, concluye este Tribunal, indicando que no procede paralizar el remate y puesta en posesión del inmueble. A mayor abundamiento, cabe destacar que al introducir el legislador estas normas en el Código Procesal Civil, pretendió crear un equilibrio entre el deudor y el acreedor, así como proteger lo resuelto en los procesos sumarios de cobro, de posibles demandas espurias o temerarias. En razón de lo anterior, este Tribunal ha llegado a la conclusión que deberá rechazarse el recurso de apelación interpuesto por Fermín Pérez Hernández y confirmarse lo dispuesto por el Juez Tramitador. (TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución 00094-F-TC-2008 de las ocho horas quince minutos del veintidós de agosto de dos mil ocho. Véase también fallo de este Tribunal n°280-F-TC-2009 de las ocho horas cincuenta minutos del diecinueve de noviembre de dos mil nueve).

Como hemos señalado, el **órgano jurisdiccional competente** variará dependiendo de la fase de la tramitación. Antes de la fase de juicio, será el juez tramitador (arts. 19 y 59 CPCA, 23 y 61.1. del RCPCA³⁷²), o bien el conciliador (art. 78 CPCA).

372 Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda (circular n.º 001-08 celebrada en la sesión n.º 02-08 del 21 de enero del 2008, en adelante RCPCA). Publicado en La Gaceta n.º 49 del 10 de marzo de 2008. Las normas disponen:

Artículo 23.—Atención de medidas cautelares

- 1) La medida cautelar podrá ser solicitada al Tribunal por cualquiera de los medios que dispone el artículo 6 bis LOPJ y el Título III del presente Reglamento. En tal caso, el Juez respectivo concederá audiencia a la contraparte en los términos establecidos por el artículo 24 del CPCA, salvo que se trate de extrema urgencia, en cuyo caso, procederá conforme al artículo 25 del mismo Código. En tal supuesto, cuando lo estime necesario confirmará la autenticidad del remitente.
- 2) Las medidas cautelares de carácter urgente gestionadas antes del inicio del proceso, o estando el proceso en trámite, presentadas fuera de la jornada ordinaria, serán atendidas por el Juez de turno, aún cuando el expediente no se encuentre en una etapa procesal bajo su cargo.
- 3) Una vez solicitada la medida cautelar, si el Juez en disponibilidad apreciare urgencia especial, podrá adoptar las medidas provisionales que considere necesarias a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 del CPCA

Artículo 61.—**Funciones de los Jueces Tramitadores.** Corresponde a los jueces tramitadores realizar las siguientes funciones:

1) Medidas Cautelares:

- a.- A instancia de parte, el Juez Tramitador podrá adoptar las medidas cautelares que estime necesarias, aún antes que el proceso inicie y en tanto se encuentre bajo su conocimiento. Podrá ordenar además, de oficio o a instancia de parte, medidas provisionales de manera inmediata y prima facie, que aseguren la eficacia de la cautelar que se acoja finalmente.
- b.- En los casos en los cuales el Juez Tramitador hubiese acogido una medida cautelar ante causam, y la demanda correspondiente no se presente en el plazo establecido por la Ley, en el mismo auto en el cual ordene el levantamiento de la medida, condenará a la parte que la solicitó, al pago de daños y perjuicios, los cuales serán liquidados por la vía de ejecución de sentencia ante el juez ejecutor.

MEDIDAS CAUTELARES

Durante la fase de juicio, el juez designado de la Sección Colegiada del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo (Cfr. Título V, Capítulo VII CPCA, art. 19 CPCA, 72. a) y 73.1) RCPCA)³⁷³.

Y después de la fase de juicio, en fase de ejecución de la sentencia, será el juez ejecutor (art. 155.3 CPCA y 86.2 RCPCA³⁷⁴), quien además tiene la habilitación especial de ejecutar todas las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los otros órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con excepción del caso contemplado en el artículo 44.5 RCPCA; es decir, de la ejecución excepcional de medida cautelar por la Sala Primera en sede de casación cuando las circunstancias del caso así lo requieran, por la natural inconveniencia que el tiempo entre una y otra instancia podría ocasionar (no así al Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo). Sobre la fase recursiva véase lo dicho *supra*.

También tiene habilitación para ejercer tutela cautelar el juez decisorio – no el tramitador - del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (arts. 87 y 90.2 RCPCA³⁷⁵) o, incluso, un juez de casación si así lo impone el caso (art. 44.5) y 51.6. RCPCA)³⁷⁶.

Es decir, como hemos adelantado, la competencia para conocer, analizar la prueba y determinar la medida dependerá de la fase procesal en que se encuentre la causa.

También es necesario, aunque se trata de una medida cautelar, *integrar correctamente la litis*, por cuanto, por disposición expresa del CPCA, el ***litis consorcio necesario*** debe ser integrado de oficio o a gestión de parte (art. 71 CPCA)³⁷⁷.

373 El artículo 72 indica en lo conducente que les corresponde a los jueces de juicio conocer de todas las cuestiones relativas al proceso a partir del momento en que se señalen hora y fecha para la celebración de la audiencia. Mientras que, expresamente, el artículo 73 dispone:

“Artículo 73.—**De las funciones del juez de juicio.** En su gestión, los jueces de juicio tendrán un rol activo y conformador. Deberán realizar todas aquellas actuaciones y probanzas tendientes a determinar la verdad real de los hechos, garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia que dicten. Por lo cual, concluida la fase inicial, según se refirió, les corresponderá, entre otras funciones, las siguientes:

1) Adoptar, a instancia de parte, las medidas cautelares que estime necesarias, y ordenar de oficio, o a instancia de parte, medidas provisionales y prima facie que aseguren la eficacia de la cautelar que se acoja finalmente (artículo 19 del CPCA) [...]”.

374 “Artículo 86.—**De la competencia de los Jueces Ejecutores.** Los Jueces Ejecutores tendrán las siguientes competencias:

1) Ejecutar todas las sentencias y resoluciones firmes propias del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
2) Dictar y ejecutar a instancia de parte, las medidas cautelares, que propicien el correcto, pronto y debido cumplimiento de la sentencia. Asimismo ejecutará las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los distintos órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, salvo lo dispuesto en el artículo 44 de este Reglamento [...]”.

375 “Artículo 90.—**Jueces Decisorios.** Corresponderá a ellos realizar las siguientes funciones, sin perjuicio de las otras que les asigne la ley: [...] 2) Decidir sobre la adopción o no, de las medidas cautelares que se soliciten de manera anticipada o en el curso del proceso [...]”.

376 No contiene la habilitación expresa el reglamento para el juez del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, pues el texto del reglamento dispone en las normas que interesan: “Artículo 44.—**Competencias.** Corresponde a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, conocer y resolver: [...] 5) De la adopción de las medidas cautelares **y excepcionalmente de su ejecución** cuando las circunstancias del caso así lo requieran”. Mientras que el 51.6 no contiene semejante habilitación: “Artículo 51.—**Competencias.** Corresponderá al Tribunal de Casación, conocer y resolver: [...] 6) Dictar las medidas cautelares necesarias, en los asuntos bajo su conocimiento.” Cabría preguntarse si *de lege ferenda* podría darse la habilitación para que, si las circunstancias del caso lo requieran, el juez de casación del Tribunal de casación también pueda ejecutar la medida, ante lo cual nos inclinamos por la respuesta afirmativa por ser el fundamento el mismo y por la regla de que ante supuestos análogos la solución legal ha de ser la misma. El texto del 86.2. no da pie a dar por incluida tácitamente la habilitación para el Juez del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo.

377 Posición sostenida por la jueza tramitadora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo Marisol Salas Fallas, en entrevista realizada durante el curso de esta investigación. Obstáculos para la tutela cautelar en el CPCA. Realizada por José Álvaro López Camacho el 27 de mayo de 2009.

MEDIDAS CAUTELARES

El Dr. Óscar GONZÁLEZ CAMACHO ha señalado que la “interdicción de órdenes lesivas a los intereses de terceros ajenos al proceso” es

*un principio básico de derecho procesal traducido en litis consorcio necesario (pasivo o activos) intrínseco a la medida cautelar, pero que conviene resaltar como un requisito más, en vista del riesgo que esta medida conlleva para los intereses y derechos de terceros, que deberán estar presentes siempre en el proceso, con la posibilidad de una plena participación procesal, so pena de nulidad de lo que se resuelva*³⁷⁸.

Otro requisito íntimamente ligado con el anterior es el **interés actual en la medida** que fue referido por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo en el fallo 68-08 de las nueve horas cuarenta minutos del 20 de febrero de 2008:

[...] toda medida cautelar tiene que tener un interés actual, en el presente caso no se cumplen los requisitos del art. 20 y ss. del Código Procesal Contencioso Administrativo porque quedó demostrado en autos que ya hay una resolución judicial que suspende la orden de lanzamiento decretada por el Ministerio de Seguridad, por lo tanto, redundar en esta sede sobre una medida que ya ha sido suspendida no tiene razón de ser [...] (Cfr. 9:39:15 – 9:39:45 de la grabación digital correspondiente, expediente 08-88-161-CA)³⁷⁹.

Ahora bien, por último, debemos hacer referencia al requisito de la afectación a la **situación jurídico sustancial** aducida que establece así, en términos **amplios**, la normativa del Código.

378 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 161.

379 Lo que pretendía la medida era la suspensión de una orden de lanzamiento que había sido suspendida en sede agraria. Sobre este tema, también puede verse el fallo del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo #141-08 de las nueve horas cincuenta minutos del doce de marzo de dos mil ocho, dentro del exp. 08-137-161-CA. En esta última resolución, se rechaza la solicitud de entrega de una documentación específica como medida cautelar debido a que ya había sido entregada por el demandado. También puede verse lo resuelto en el expediente 08-191-1027-CA en la audiencia de las 2:02 hrs. del 09 de junio de 2008 (satisfacción extraprocesal enterada en audiencia de medida cautelar por lo cual se omite resolver sobre la medida solicitada; en el caso concreto se anuló en vía administrativa el procedimiento sancionatorio en que la empresa solicitante de la medida había sido suspendida para contratar con la Administración Pública). Ese criterio fue confirmado por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo al decir: “*En el caso concreto, tomando en cuenta que los poderes de ordenación del juez permiten a éste desechar cualquier solicitud o articulación que sea notoriamente improcedente o que implique dilatar en forma injustificada los procesos, es claro que carece de utilidad convocar a una audiencia oral para resolver el recurso interpuesto, toda vez que la tutela cautelar pretendida por el inconforme en alzada, ya fue otorgada por otra autoridad jurisdiccional. Así, la apelación resulta improponible por cuanto al haberse (s)atisfecho efectivamente la pretensión cautelar del apelante, ningún daño o perjuicio se ocasiona a su situación jurídica subjetiva*”. (TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Res: 0000 15-F-TC-2008 de las ocho horas del trece de marzo de dos mil ocho). Asimismo, sobre este mismo tema, puede verse lo resuelto en el fallo n.º 22-F-TC-08 de las once horas y veintidós minutos del dieciséis de abril de dos mil ocho, en tanto ahí el Tribunal de Casación –en función de tribunal de apelación– revocó una medida cautelar que impedía el uso de un bien de dominio público a la Municipalidad de San José (mercado del “Paso de la Vaca”), dado que los locatarios ya lo habían desalojado y mantuvo sus derechos para exigir una eventual responsabilidad de la corporación municipal. También el fallo del Tribunal de Casación n.º 75-A-TC-2009 de las 15:10 hrs. del 15 de abril de 2009, donde se indica que el debate sobre la procedencia de una medida cautelar carece de interés actual cuando ya hay un pronunciamiento sobre el fondo, así como el fallo n.º 15-F-TC-2008 de las 8:00 hrs. del 13 de marzo del 2008, donde se indica la improcedencia de la apelación por falta de interés actual de la medida al haberse acogido dicha medida cautelar por otra autoridad judicial.

MEDIDAS CAUTELARES

Dicha **situación jurídico sustancial** consistirá en la afectación de la esfera jurídico subjetiva de quien solicita la tutela cautelar. En otras palabras, el Código no exige – necesariamente– la configuración de un **derecho subjetivo**, sino también, por ejemplo, se contempla dentro de ella, la afectación grave de un **interés legítimo**, pues la terminología del código es amplia en sus términos de tutela, al referirse a la afectación a la esfera de los **intereses subjetivos**³⁸⁰.

En efecto, podríamos entender comprendido dentro de la afectación que podría dar pie a la tutela cautelar tanto aquella que recaiga sobre un derecho subjetivo entendido como:

*el poder de obrar válidamente dentro de ciertos límites, y de exigir de los demás, por un medio coactivo si es preciso, una conducta concreta y específica, que otorga el ordenamiento jurídico a un sujeto, para la satisfacción de aquellos fines o intereses propios jurídicamente relevantes*³⁸¹.

Así como también de cara a un interés legítimo que, con buen tino, el Tribunal Supremo Español ha entendido como

*el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los Poderes Públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando, con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aún cuando la actuación de que se trate no les ocasione en concreto un beneficio o un servicio inmediato*³⁸².

380 Se sugiere “interés subjetivo” o “intereses subjetivos” (plural) como fórmula suficientemente amplia para asumir las situaciones jurídicas derivadas del ordenamiento que comprenden tanto el “derecho subjetivo” *stricto sensu* como el “interés legítimo”; es decir, equivalente a “derechos e intereses legalmente protegidos”. El uso de dicha expresión se puede ubicar en la obra citada de GONZÁLEZ CAMACHO (ver GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo II, El Control Judicial de la Inactividad Administrativa. IJSA, 2002, San José, Costa Rica, pp. 94, 126, 127 y 282) al indicar “una lesión a los intereses subjetivos del administrado [...]”. (Op. cit., p.94) “la afectación ocasionada en los intereses subjetivos del administrado por una conducta suya [...]”. (Op. cit., p. 126) “el comportamiento o incidencia desfavorable sobre los intereses subjetivos del administrado [...]”. (Op. cit., p. 127) y “lesión a intereses subjetivos o generales, que facultan a exigir su ejercicio efectivo, aunque no necesariamente a favor de una persona determinada”. (Op. cit., p. 282) como fórmula válida en el sentido dicho. Sobre el tema de las situaciones jurídicas subjetivas en general, véase SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso). Fundamentos de Derecho Administrativo. 1° edición, Tomo I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. España, 1991, p. 874 y ss.

381 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo II, El Control Judicial de la Inactividad Administrativa, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 175.

382 Sentencia del Tribunal Supremo del 1 de julio de 1985 referenciada por GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo II, El Control Judicial de la Inactividad Administrativa, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 205 en nota 338.

MEDIDAS CAUTELARES

Lo anterior se halla en atención del umbral mínimo derivado del 49 constitucional.

Pero el CPCA va también más allá, lo que haría posible la fundamentación de la tutela cautelar por la afectación de intereses **colectivos, difusos e individuales homogéneos**³⁸³, los cuales igualmente estarían cubiertos. Para ello basta con imaginarse el caso de la afectación de una situación supraindividual, como sería la derivada de una publicidad engañosa, o bien, de una compilación de intereses divisible, cuyo origen radique en cuestiones comunes de hecho, como sería la de aquellos afectados por la distribución de un producto adulterado. Estas situaciones jurídicas son susceptibles de tutela cautelar.

Por tanto, dicha situación aducida ha de ser considerada en términos amplios, no necesariamente debe tratarse de una situación jurídica favorable preexistente a la conducta administrativa que se impugna, sino también, incluso, la denegación injusta de una situación favorable que, por la vía de la anticipación de los efectos de la tutela, permita el goce inmediato de los efectos de la situación jurídica a ser reconocida en el juicio principal, si es que el juicio de ponderación de los intereses contrapuestos hacen imperativo que tal goce se presente, con un juicio, por regla de principio, de carácter provisorio.

b) *Fumus boni iuris*

Los presupuestos básicos de la medida cautelar son: a) peligro en la demora (*periculum in mora*); b) apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y c) ponderación razonable de los intereses contrapuestos (en particular del interés general).

El orden que hemos escogido para su análisis obedece a que, según ha quedado regulado en el CPCA, el *fumus boni iuris* es un *requisito negativo*, es decir, basta que la demanda no sea evidentemente improcedente para dar paso en el análisis de la tutela cautelar, dicho requisito es el pisó mínimo requerido (casi asimilable a un *fumus*

383 Véase el GIDI (Antonio) y FERRER MAC – GREGOR (Eduardo). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Editorial Porrúa, México, 2004, 780 p. En particular, véase el apartado sobre anticipación de los efectos de la tutela en la propuesta de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de ARRUDA ALVIM WAMBIER (Teresa), pp. 174 y ss. de la citada obra. Al respecto GIDI agrega que el “*derecho difuso pertenece a una comunidad formada de personas indeterminadas e indeterminables: El derecho colectivo pertenece a una colectividad (grupo, categoría, clase) formada de personas indeterminadas más determinables, los derechos individuales homogéneos pertenecen a una comunidad formada de personas perfectamente individualizadas que también son indeterminadas y determinables*”. (Op. cit., pp. 29-30). Sin embargo, las clasificaciones varían, según GONZÁLEZ “*La clasificación interna que de ellos se hace, no es del todo unánime, ya que para algunos, los colectivos son el tronco común de donde derivan los difusos y colectivos stricto sensu; mientras que para otros, es al contrario, pues los difusos darían origen a la subclasificación de los colectivos. Consideramos más adecuada la primera clasificación [...] Así las cosas, ha de entenderse por interés difuso “el correspondiente a una categoría de sujetos laxa, no estructurada en una colectividad determinada o de perfiles poco definidos” (consumidores, vecinos, usuarios, jóvenes, etc.) Lo básico de los intereses difusos es la pluralidad de sujetos receptores, que no están unificados en una colectividad, no tienen titular, pero al mismo tiempo pertenece a todos y cada uno de los miembros del grupo [...]. Por su parte, el estricto interés colectivo, se identifica con un interés de categoría, corresponde a un grupo identificable, a una colectividad o comunidad menor, por ejemplo los estudiantes de una Universidad determinada, o los trabajadores metalúrgicos o mineros, o los de una determinada zona, Se ciñen a una comunidad determinada, a un grupo concreto e identificables, con características, problemas y aspiraciones sociales comunes. Los colectivos no son más que el interés difuso de las colectividades menores, es decir, son aquellos intereses difusos que ulteriormente son susceptibles de concretarse.*” GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo II, El Control Judicial de la Inactividad Administrativa, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, pp. 223-225.

MEDIDAS CAUTELARES

non mali iuris)³⁸⁴. Una vez superado ese piso mínimo, habrá que determinarse si se da el requisito positivo que es el *periculum in mora*, el cual determinará si la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso producirá graves daños o perjuicios sobre la situación jurídica aducida.

Finalmente, superado ese umbral, lo que determinará la denegación u otorgamiento de la medida cautelar será el juicio de ponderación de los intereses contrapuestos. Como resulta evidente, ese orden es al que nos ajustaremos a continuación, empezando aquí por el umbral mínimo que es la apariencia de buen derecho.

b.1. Definición

El artículo 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo alude a este cuando pone como condición para la procedencia de la tutela, además del peligro en la demora, “**que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad**”. La redacción es negativa, afirma que la demanda “no sea temeraria”. Nótese cómo lo dispuesto en la norma no aplica enteramente los principios civilistas que, de conformidad con el 242 CPC, autorizaban la tutela cautelar “*cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra una lesión grave y de difícil reparación*”.

La concepción más común de la **apariencia de buen derecho** parte de la consideración de este juicio de probabilidad:

[...] esa verosimilitud o apariencia de buen derecho no necesita ser profunda o plenamente convincente, basta con que sea aparente. No se trata de tener plena certeza de que el derecho reclamado va a ser acogido, eso queda para la sentencia, pues de exigirse plena prueba se estaría anticipando la fase probatoria y dilatando la ejecución de la medida cautelar, precisamente lo que se pretende obviar con tales medidas. Entonces, lo que se requiere es, una cognición sumaria, pero que exceda de la simple afirmación superficial del derecho. Esto es, que aparezca jurídicamente aceptable la pretensión del actor, sin que se exija, eso sí, una probabilidad cualificada, o prueba por escrito – como lo exige el artículo 1428 del Código Español. El Código, refiriéndose a este concepto, lo ha fijado como el “fundado temor” – Art. 242 CPC-, esto es, que siendo probable el derecho, existirá el temor fundado de su desaparición³⁸⁵.

En el mismo sentido, KIELMANOVICH refiere que

Las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite, si bien aquélla debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y prima facie lo demuestren³⁸⁶.

384 Ver la expresión en BACIGALUPO (Mariano). La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 148. La jurisprudencia contencioso – administrativa ha asumido este enfoque: “Basta entonces una apariencia superficial e inicial de seriedad para tener por satisfecho este presupuesto. Recientemente, la Sala Primera, fungiendo como Tribunal de Casación, ha establecido que este presupuesto debe ser entendido como el denominado “*fumus non mali iuris*” (resolución No. 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve), sea, que la solicitud cautelar no sea, de manera palmaria y evidente, carente de seriedad” (Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 1420-2010 de las 13:15 horas del 22 de abril de 2010). En este sentido también el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo 129-F-TC-2009, entre otros.

385 ARTAVIA BARRANTES (Sergio). Derecho Procesal Civil, T.II., Dupas, 2004, p. 326.

386 KIELMANOVICH (Jorge L.). Medidas Cautelares. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2000, p.51.

MEDIDAS CAUTELARES

Por su parte, MARTÍNEZ BOTOS nos indica que al respecto no es necesario un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sino que basta “*verificar que existen elementos de juicio bastantes para tener por sustentada dicha verosimilitud para admitir una medida cautelar [...]*”³⁸⁷.

Don Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA señala que dicho requisito

*[...] debe consistir en una “justificación inicial” de la pretensión ejercida, precisamente. La justificación o seriedad de la impugnación podrá ser todo lo amplia que el demandante quiera, pero no una justificación plena e incuestionable porque ésta sólo podrá resultar del desarrollo de la totalidad del proceso y de la Sentencia final. Hay aquí, indudablemente, una “cierta zona de incertidumbre”, en los términos bien conocidos de la teoría del ‘margen de apreciación’*³⁸⁸.

Desde esta óptica, el juicio acerca de la verosimilitud del derecho que se invoca es el resultado de un análisis superficial o sumario acerca de la probabilidad de lo que se pretende, sin que se requiera de una prueba acabada acerca de la existencia o validez de lo que se intenta en juicio. Así lo ha considerado, en líneas generales, nuestra jurisprudencia al señalar:

*el “fumus boni iuris” o apariencia de buen derecho, se refiere al juicio hipotético, a priori, de “probabilidad o verosimilitud” acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial y éxito de la pretensión principal en la sentencia definitiva, elemento que se manifiesta en la seriedad, fundamento y consistencia de las pretensiones involucradas por el articulante*³⁸⁹.

GONZÁLEZ CAMACHO establece que el denominado *fumus boni iuris* “*para la doctrina no es otra cosa que la probable estimación posterior del derecho material del actor de la sentencia*”³⁹⁰. Es decir:

*No se trata entonces, de comprobar el certero fundamento jurídico de la pretensión, ni de prejuzgar sobre el fondo, o de establecer siquiera un “criterio sumario de las expectativas de estimación del recurso”, sino tan sólo que aquélla no sea descabellada ni temeraria, de modo que pueda evitarse la emisión de una medida cautelar en perjuicio de la Administración o de terceros, sin ninguna posibilidad de triunfo en el derecho pretendido*³⁹¹.

Y luego indica:

*esa apariencia de buen derecho, exige un doble análisis: de un lado, la posible existencia del derecho o interés material del recurrente, y por otro, la probabilidad de que la conducta administrativa (activa u omisiva) sea antijurídica. Así en Italia la Adunanza Plenaria del Consejo de Estado, en la decisión N° 1/78, declaró que el fumus boni iris no se identifica tanto con la posibilidad de éxito del recurso, sino con la valoración sumaria de su no manifiesta falta de fundamentación*³⁹².

387 MARTÍNEZ BOTOS (Raúl). *Medidas Cautelares*. 2ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 124.

388 Citado por GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 39.

389 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, n.º. 45-2007 de las catorce horas con cinco minutos del treinta y uno de agosto de dos mil siete.

390 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 39.

391 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 39.

392 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 40.

MEDIDAS CAUTELARES

CHINCHILLA MARÍN también señala que

*[...] la comprobación del fumus implica, de un lado, la indagación sobre si el recurrente en apariencia es o no titular de un derecho o interés legítimo que corre peligro en la mora de un proceso, y, de otro, si, además, aparentemente no tiene el deber jurídico de soportarlo, por derivarse de un acto administrativo también aparentemente ilegal*³⁹³.

En este mismo sentido, ROJAS FRANCO ha definido la apariencia de buen derecho así:

*El fumus boni iuris [sic] es, en términos generales, la probable estimación posterior del derecho material del actor en la sentencia, una apariencia de buen derecho. No se trata entonces, de comprobar el certero fundamento jurídico de la pretensión, ni de prejuzgar sobre el fondo, sino tan sólo que aquella no sea descabellada ni temeraria*³⁹⁴. *Se fundamenta en la apreciación que hace el juzgador de la pretensión al considerar que el derecho invocado tiene apariencia de probabilidad [...]*³⁹⁵.

Y según JINESTA LOBO, el presupuesto

*llamado, también, apariencia o humo de buen derecho se traduce en un juicio de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial que invoca la parte promoverte y que, aparentemente, la legítima o del éxito eventual de la pretensión en la sentencia definitiva – probabilidad de salir vencedor de la litis*³⁹⁶.

Acerca de la evolución del criterio, don EDUARDO ORTIZ ORTIZ reseña que su desarrollo conceptual y práctico se remonta a la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia, donde fue considerado condición tan decisiva e importante como el carácter “grave o irreparable” del daño, y hace un recuento de las tres formas en que se ha concebido este requisito a lo largo del tiempo:

*La doctrina ha mantenido viva por decenios una empeñada polémica sobre la relación entre la apreciación de tal requisito de seriedad de la demanda principal y el mérito de fondo de la misma.// La jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia que empezó por definir esa seriedad de fondo como la cualidad de todo motivo de impugnación del acto que fuera no dilatorio y no rechazable de plano (noción amplia y liberal), redujo posteriormente su fórmula a la mucho más estricta de que el motivo de impugnación hiciera posible – aunque no probable ni segura – la anulación del acto, para desembocar en el criterio severo y de excepcional cumplimiento de que serio es única y exclusivamente el motivo que hace muy probable o casi segura la anulación final del acto*³⁹⁷.

De las distintas formas de concebir el *fumus*, como veremos, nuestra jurisprudencia y el CPCA (art. 21) han adoptado la noción amplia “que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad” casi

393 CHINCHILLA MARÍN (Carmen) en: *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Judicial. N.º7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial. Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

394 ROJAS FRANCO (Enrique). Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, p. 74.

395 ROJAS FRANCO (Enrique). La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial. Cuarta edición, Mundo Gráfico S.A., San José, Costa Rica, 1999, pp. 90-91. Ahí refiere a Eduardo Ortiz, en su libro de Justicia Administrativa en Costa Rica (De. Lil. 1 de 1990, San José, p. 352).

396 En JIMÉNEZ MEZA (Manrique). JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 173.

397 ORTIZ ORTIZ (Eduardo). “*Suspensión del acto impugnado en la vía contencioso – administrativa en Costa Rica*”. En: Revista de Ciencias Jurídicas. N.º17, Junio, 1971, pp. 260-261.

MEDIDAS CAUTELARES

equivalente a un *fumus non mali iuris*, lo cual facilita la tutela cautelar ante supuestos de complejidad técnica o fáctica que no permitan *prima facie* determinar si es probable la recepción de los argumentos del accionante en la sentencia de fondo.

Ahora bien, el tratamiento del *fumus boni iuris* como requisito de la tutela cautelar ha tenido diferentes tratamientos, desde la aceptación expresa de este como presupuesto de la cautelar hasta el extremo de denegarlo del todo como un supuesto “adelanto” sobre el fondo del litigio. Llegando luego a una posición que podríamos denominar “intermedia”, donde se le da su lugar como requisito independiente pero en relación de recíproca influencia con el *periculum in mora* y la ponderación de los intereses en juego. Ha pasado de ser considerado por algunos, si se nos permite aplicar una analogía, el “rey” de los presupuestos a un simple mendigo y, a fin de cuentas, a ser restituido como un miembro influyente de la Corte.

*Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA indica en su “Batalla por las medidas cautelares” que No puede haber propiamente un interés general en impedir la justicia efectiva; el artículo 24 de la Constitución no autoriza tamaña excepción. Como luego insistiremos, la cuestión debe resolverse en el plano del fumus boni iuris, siempre que sin la medida cautelar se arriesgase la ineffectividad de la Sentencia de fondo; el carácter irreparable o de difícil reparación del perjuicio es la condición de la medida, no su causa*³⁹⁸.

Ahí mismo, analizando las conclusiones de Guiseppe TESAURO, GARCÍA DE ENTERRÍA señala que la

*situación de ‘apariencia de derecho’ es la razón misma de la medida cautelar. Corresponde al juez valorar si la apariencia del derecho invocado es o no lo suficientemente relevante para otorgar o denegar la tutela cautelar “en base a criterios sustanciales, ligados a la mayor o menor apariencia de legitimidad de las disposiciones controvertidas (fumus boni iuris), así como a la posibilidad de que una u otra de las posiciones enfrentadas resulten perjudicadas en la espera de la decisión definitiva del juicio (periculum in mora)*³⁹⁹.

Para finalmente concluir: “el *fumus boni iuris*, ni mencionado en la Ley, ni utilizado, que yo sepa, por la jurisprudencia, es siempre la verdadera causa; la irreparabilidad de los perjuicios, o mejor la frustración en otro caso de la Sentencia es una condición previa”⁴⁰⁰.

Luego de esto, la sentencia del Tribunal Supremo Español (auto del 20 de diciembre de 1990) llegó incluso a considerar que “Esta apariencia, aun siendo sólo eso – dice el Auto – basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada”⁴⁰¹ o el ATS de 17 de enero de 1991 “la apariencia de buen derecho ha de ser la base determinante en la configuración de las medidas cautelares”⁴⁰². Lo cual llevó a parte de la doctrina a señalar: “el tan

398 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2.ª edic., 1995, p. 56 en nota 2.

399 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2.ª edic., 1995, pp. 122-123.

400 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2.ª edic., 1995, p. 136.

401 Referencia hecha por GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2.ª edic., 1995, p. 189. A esta afirmación tajante criticaba CHINCHILLA MARÍN: “El propio ATS, de 20 de diciembre de 1990, a pesar de la afirmación de que la apariencia de buen derecho “basta” para otorgar la tutela cautelar, contiene una correcta ponderación de los tres elementos integrantes del juicio cautelar: el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y las exigencias del interés público. En el mismo sentido el ATS de 10 de julio de 1991, que suspendió el Reglamento de Transportes Terrestres, es un buen ejemplo de resolución que pondera los criterios antes mencionados y que, incluso, coloca en un lugar prioritario el *periculum in mora*”. CHINCHILLA MARÍN (Carmen). El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales. En: Revista de la Administración Pública. N.º 131 (may - ago 1993), p. 174. Y luego: “Lo dicho pone de manifiesto, en mi opinión, que tras las grandes declaraciones hechas en el sentido de que el “*fumus*” basta para otorgar la medida cautelar solicitada, se esconden unos juicios ponderativos y enormemente prudentes que cumplen con creces el difícil reto de adoptar medidas cautelares en el proceso contencioso – administrativo”. (Op. cit. p. 175).

402 Citado por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales. En: Revista de la Administración Pública. N.º 131 (may. – ago. 1993), p. 173.

MEDIDAS CAUTELARES

traído y llevado *fumus boni iuris* parece haberse convertido en el presupuesto esencial y suficiente de la adopción de las medidas cautelares⁴⁰³.

Esta posición suscitó una lógica reacción por cuanto es “difícil sostener que existe un derecho fundamental a la tutela cautelar por el solo hecho de tener aparentemente razón”⁴⁰⁴.

CHINCHILLA MARÍN agrega:

en la ya célebre frase de CHIOVENDA (“il tempo necessario ad aver ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione”) [...] la ‘mora’ (il tempo) y el ‘periculum’ (danno), que es necesario evitar, aparecen en primera línea. Por eso también nuestro TC, en su Auto de 12 de febrero de 1992, ha declarado [...] ‘aunque es cierto que este Tribunal ha admitido que el *fumus boni iuris* constituye un criterio que debe ponderarse a la hora de decidir sobre la suspensión del acto que es objeto de recurso de amparo (ATC 77/1981), no lo es menos que dicha ponderación debe llevarse a cabo siempre y cuando se dé el presupuesto de hecho necesario para la adopción de la medida cautelar prevista [...] es decir, la irreparabilidad o difícil reparación del perjuicio que la ejecutividad pueda causar⁴⁰⁵.

Nótese lo dicho por la autora en el sentido de que el núcleo o peso del principio chiovendano está precisamente en la “mora” (il tempo) y el “periculum” (danno), lo cual va ciertamente en contra del protagonismo exclusivo del criterio del *fumus boni iuris* en esta materia.

Después del claro despegue a favor del *fumus* iniciado por los autos del 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991, inspirados en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en la referida sentencia *Factortame*), el Tribunal Supremo Español llegó después al otro extremo a sostener posiciones altamente restrictivas condenando el análisis del *fumus boni iuris* como un “adelanto” de la decisión de fondo.

403 Palabras de CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. En: Revista de la Administración Pública. N.º 131 (may. - ago. 1993), p. 172.

404 Palabras de CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. En: Revista de la Administración Pública. N.º 131 (may. - ago. 1993), p. 173.

405 Palabras de CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. En: Revista de la Administración Pública. N.º 131 (May. - Ago 1993), p. 174.

MEDIDAS CAUTELARES

En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA criticaba dicha evolución de

una buena parte de la jurisprudencia hacia las posiciones más restrictivas tradicionales sobre medidas cautelares, posición restrictiva que ha llegado al máximo cuando el Proyecto BELLOCH de Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1995 condenó de manera expresa en su Exposición de Motivos tanto la doctrina del fumus boni iuris, base de toda la institución, como la posibilidad de «adelantar la decisión de fondo» [...]»⁴⁰⁶.

El autor critica dicha posición y responde a las críticas de LEGUINA, SÁNCHEZ MORÓN y ORTEGA, quienes condenan al *fumus*, con base en tres sentencias centrales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (*Factortame* del 19 de junio de 1990, *Zuckerfabrik* del 21 de febrero de 1991 y *Atlanta* del 9 de noviembre de 1995), según dice, basadas precisamente en la doctrina del *fumus*, e indica:

Las meras apariencias' a que tan displicentemente se refería el Proyecto y ahora sus defensores, no son, por cierto, contra lo que parecen creer, simples impresiones o intuiciones; son el resultado de un juicio perfectamente meditado y riguroso sobre la seriedad de las razones que se esgrimen en la acción que se ejercita y sobre la correlativa falta de seriedad o debilidad de la oposición con que se enfrenta. Puede incluso ser una decisión tanto o más fundamentada que la decisión de fondo. Lo característico es que no intenta, como se dice con ligereza, anticipar el fondo, sino privar de su ventaja procesal de hecho a quien está abusando de la misma para retrasar la remoción judicial de su ventaja ilícita. Ésta en el caso de la Administración, que goza del formidable privilegio de la decisión previa ejecutoria, es un abuso fácilmente realizable y, de hecho, con bastante frecuencia presente en su actuación»⁴⁰⁷.

En la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española (1998), no se menciona expresamente el *fumus boni iuris* (ver art. 130); pero tampoco se le condena, de lo cual ha derivado la doctrina más reciente que se ha

406 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé-provision). A propósito del auto del presidente del tribunal de justicia de las comunidades europeas de 29 de enero de 1997 (asunto antonissen)*. En: Revista de Administración Pública. N.º 142 (ene – abr. 1997), pp. 232-233. En ese trabajo cita como la exposición de motivos del proyecto a que se refiere indicaba, nada menos, que «La justicia cautelar se desnaturaliza, con riesgo de convertirse en una especie de justicia sumaria, si se fundara en meras apariencias jurídicas, insuficientemente constatables». Ahí mismo indica el citado autor: “No sería nada difícil ofrecer un elenco de Autos y Sentencias recientes en este sentido, pero quizás baste con notar la sorprendente e inesperada invocación del propio artículo 24 de la Constitución para oponerse a la posibilidad de que en el incidente de suspensión se pueda otorgar tutela provisional en base al *fumus boni iuris*, tutela provisional o cautelar que habría que reducir a una mínima parcela de supuestos: los que son reiteración de procesos ya fallados y los que se refieren a impugnación de actos de aplicación de disposiciones generales anuladas anteriormente, nada más. He aquí alguna de estas decisiones más recientes. Auto de 18 de octubre de 1996 (Aranzadi, 7074): «dicha doctrina [del *fumus boni iuris*] tan difundida como necesitada de prudente aplicación debe tenerse en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general declarada previamente nula de pleno derecho, o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al impugnarse un acto administrativo en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una tutela judicial se vulneraría otro derecho también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la vigente Constitución, cual es el derecho a un proceso con las garantías debidas de contradicción y prueban. *Idéntica doctrina* en Sentencias de 19 de abril de 1996, 19 de septiembre de 1996, 26 de julio de 1996; Autos de 22 de noviembre de 1993, 2 de noviembre de 1993, 19 de noviembre de 1993, 31 de enero de 1994, 10 de julio de 1989, etc. Es una verdadera reducción al absurdo, contraria, además, a la doctrina consagrada del Tribunal Constitucional (y, por supuesto, al mismo auto estudiado del Tribunal de Justicia), el que se invoque el artículo 24 de la Constitución para reducir el campo de la tutela cautelar a un supuesto ínfimo y en la práctica muy excepcional. Este claro retroceso de la mejor línea jurisprudencial que habían inaugurado los autos del 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991 lo he denunciado en el trabajo *Sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa: una réplica, incluido en mi libro Democracia, jueces y control de la Administración, 2.a ed., Madrid, 1996, p. 292.*”

407 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). Democracia, jueces y control de la administración. Quinta edición ampliada, reimpresión, Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2005, pp. 298-299.

MEDIDAS CAUTELARES

partido del *periculum in mora* como presupuesto esencial y básico en la adopción de la tutela cautelar, pero que, como ha demostrado E. GARCÍA DE ENTERRÍA, no es posible prescindir del todo del análisis del *fumus boni iuris* para resolver correctamente la adopción de las medidas cautelares.

Con base en esta posición que denominamos “intermedia”, CHINCHILLA MARÍN señala que el *fumus boni iuris*

debería, pues, haber sido mencionado explícitamente por el artículo 130 al definir los presupuestos de la adopción de las medidas cautelares, ya que es un criterio que no puede marginarse en la toma de una decisión tan difícil de adoptar como la de las medidas cautelares, en la que todos los criterios y elementos de juicio son pocos para tomar una decisión acertada. Una vez más la flexibilidad reclama que el criterio de la apariencia de buen derecho sea tomado también en cuenta para adoptar las decisiones en materia de tutela cautelar, pues de la misma forma que la intensidad con la que el interés reclama la ejecución de un acto es tomada en cuenta por los Tribunales para determinar la intensidad del perjuicio que se exige para adoptar la medida cautelar, la intensidad con que se manifieste la apariencia de buen derecho, que es tanto como decir la apariencia de ilegalidad del acto administrativo, debe también tomarse en consideración para determinar la medida del daño que cabe exigir para apreciar la existencia del periculum in mora necesario para otorgar la medida cautelar solicitada ⁴⁰⁸.

También la autora de cita comenta que

*si bien es cierto que de algún modo la decisión cautelar -cualquiera que sea su contenido- da a conocer una primera apreciación del Juez, no lo es menos que esa apreciación no prejuzga la decisión final, ni genera ninguna certeza respecto de ella. Por otro lado, el juicio del fumus no adelanta el fondo más que la propia medida cautelar adoptada que de hecho anticipa la ejecución de la sentencia misma*⁴⁰⁹.

En este sentido, el Tribunal Supremo Español ha indicado en su auto del 20 de octubre de 1995:

*La existencia de un ‘fumus boni iuris’ no puede ser por sí solo causa determinante de la suspensión de los actos recurridos, sino criterio complementario con el principal de la existencia de daños y perjuicios de difícil o imposible reparación, como ha señalado esta Sala en Auto de 17 marzo 1995 [...]*⁴¹⁰.

La doctrina ha evolucionado entonces hacia la aceptación del *fumus boni iuris* como un presupuesto con una función determinada y propia, no determinante, esencial, básica y suficiente en sí misma para provocar la tutela cautelar, pero necesaria, en la que, sin prejuzgarse sobre el fondo del asunto ni sobre puntos concretos de derecho o hecho del litigio, se permite superar en *summaria cognitio* la barrera inicial de la probabilidad (concepción positiva) o de la no temeridad (concepción negativa adoptada en el CPCA) de la pretensión del gestionante, lo que está en relación de recíproca influencia con los otros elementos de la tutela cautelar.

Así, en los fallos 26-F-TC-08, 43-F-TC-08, 58-F-TC-08, 59-F-TC-08 y 70-F-TC-08, y TPCA resolución 376-2009, entre muchos otros, nuestra jurisprudencia ha hecho referencia al *fumus boni iuris* como uno de los tres grandes presupuestos de la tutela cautelar; pero nunca como determinante por sí mismo para la adopción de la medida, por cuanto más bien ha sido el *periculum in mora* el adoptado como la “*columna vertebral de cualquier medida cautelar*” (voto 19-F-TC-08).

408 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Comentario al artículo 130 LJCA 1998*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas, n.º 100 Oct.-Dic., 1998, p. 875.

409 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). En: *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. N.º7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

410 Citado por GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 42.

MEDIDAS CAUTELARES

Así, en conclusión, si se me permite nuevamente la comparación, en lo que corresponde a su papel como presupuesto de la tutela cautelar, el *fumus* pasó de ser rey a vasallo y, en estos momentos, ha sido restituido como un miembro influyente de la corte.

b.2. Juicio de probabilidad

Acerca del juicio de probabilidad, por sus particularidades en el contencioso administrativo, CHINCHILLA MARÍN ha señalado:

*presentará, por lo general, dos aspectos fundamentales, pues se tratará de comprobar, además de la aparente existencia de un derecho o interés jurídico que se encuentra sometido al peligro de sufrir un daño irreversible, la probable ilegitimidad del acto o conducta administrativa impugnada*⁴¹¹.

Dicho juicio de probabilidad de la argumentación debe ser enfocado desde una **perspectiva ex ante**; es decir, sin prejuzgar la decisión que sobre el fondo debe ser pronunciada en su día⁴¹², pero también **cualificada**, en el sentido de que es el **juez** quien hace tal apreciación, quien, por su experiencia y preparación, tiene un juicio no equiparable al que haría un observador sin dichas condiciones. Por eso se dice que el *fumus* es una “emanación vaporosa” que solamente se “intuye” por el juez, esto es una valoración subjetiva y discrecional⁴¹³.

Sin embargo, dicho juicio aproximativo sobre la situación jurídica sustancial aducida debe ser **razonablemente fundada**, de manera que el órgano jurisdiccional realiza un juicio hipotético que arribe al convencimiento acerca de la no temeridad de la pretensión. Como expresa gráficamente GARCÍA DE ENTERRÍA no se trata

*de apelar al flair o al olfato del juez (el ‘humo de buen derecho’ no se aprecia por la nariz, sino por el juicio objetivo, imponiendo la valoración anticipada y ‘a primera vista’ del fondo del proceso, sin lo cual la decisión eventual pierde cualquier norte y entra en el reino de lo subjetivo e inaprehensible, lo que es difícilmente cohonestable con una justicia actuando en un Estado de Derecho), sino de ‘administrar justicia legal’, esto es, de acudir a criterios jurídicos perfectamente objetivables*⁴¹⁴.

411 Citada por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 185.

412 El Tribunal de Casación de lo Contencioso indicó en el fallo 208-F-TC del año 2009 que en el caso de una medida cautelar anticipada no se puede valorar el apariencia de buen derecho dado que la demanda no ha sido aún interpuesta: “Entramos al análisis por parte de este Tribunal del cumplimiento de los requisitos que en toda medida cautelar deben ser valorados. El primero de esos elementos es la apariencia de buen derecho, al respecto fue valorado por el Tribunal que se está ante una medida cautelar anticipada en donde todavía la parte interesada en la medida cautelar no ha abierto proceso de conocimiento sobre el fondo, de ahí entonces que no se pueda valorar si la demanda pueda tener o no apariencia de buen derecho, o pueda o no cumplir con el principio de seriedad respectiva” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n°. 208-F-TC de las 11:06 hrs. del 11 de setiembre de 2009). El criterio de ese fallo es ciertamente cuestionable, por cuanto, si bien en el caso de una medida anticipada no existe todavía un proceso de conocimiento sobre el fondo, lo cierto es que al menos la gestión que solicita la medida cautelar debe aportar un mínimo de información respecto de los hechos o algún otro alegato que ponga de relieve que efectivamente la pretensión no es temeraria, o, en forma palmaria, carente de seriedad (*fumus non mali iuris*), de manera que el cumplimiento de este requisito, como en toda medida cautelar, debe ser satisfecho por la solicitud y valorado por el Tribunal, aún tratándose de medidas cautelares anticipadas.

413 JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 140.

414 Citado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso - administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 189.

MEDIDAS CAUTELARES

SUSANA DE LA SIERRA apunta que el

*juez realiza un cálculo de probabilidades, sin que haya de preocuparse por una eventual convalidación en una resolución judicial posterior, lo que significa que la resolución principal no subsana la resolución cautelar, por cuanto ambos procedimientos versan sobre objetos diferentes*⁴¹⁵.

La jurisprudencia ha establecido que el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho es

*traducido en un juicio hipotético de verosimilitud acerca de la situación jurídica sustancial y su correspondiente éxito de la pretensión principal en la sentencia definitiva. No puede obviarse el hecho de que los actos de la administración tienen una presunción de legalidad al estar destinados a preservar el fin público para el que fueron dictados, de forma tal que acceder a la suspensión significa interrumpir la tutela del interés público que le sirve de fundamento y procede o debe proceder al demostrarse que su ejecución causa daños y perjuicios de muy difícil o bien imposible reparación y que el interés público de por medio aconseja su procedencia*⁴¹⁶.

Es decir, se trata de un juicio de verosimilitud que tiene “*un carácter instrumental, en contraposición al juicio de verdad, que tiene un carácter final [...] es un juicio emitido, no sobre el hecho, sino sobre la afirmación del hecho [...]*”⁴¹⁷.

Ahora bien, dicho juicio hipotético en el CPCA, según se verá, no exige la convicción provisoria del éxito de la pretensión, sino, al contrario, de su **no temeridad** como límite o umbral mínimo. En este respecto, la apariencia de buen derecho en el código se presenta en una **fórmula negativa (invertida)**⁴¹⁸ o **presupuesto negativo** de la tutela cautelar, para nuestros efectos. Es decir, no es que para que la medida proceda, debe demostrarse la total veracidad del argumento en el caso concreto, sino que basta con que no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad la pretensión esgrimida para proceder con la tutela de la situación jurídica en sede cautelar. Tal como veremos, con la fórmula negativa, se suaviza este requisito, y no se requiere un nivel de argumentación rayano en el exigido para la cuestión de fondo.

Por ejemplo, en su auto del 10 de julio de 1991 antes comentado⁴¹⁹ el Tribunal Supremo Español refirió como suficiente para apreciar una apariencia de buen *derecho* “*la mera enunciación del argumento de esta falta de cobertura*

415 DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 281.

416 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. N.º 482-2007 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veintitrés de noviembre de dos mil siete. El destacado es nuestro.

417 CALAMANDREI citado por JINESTALOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 142.

418 La jurisprudencia ha adoptado eventualmente esta posición, así el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha indicado: “*lo que en el aforismo latino suele llamarse el Fumus Boni Iuris, esto que no es más que la seriedad en la demanda y el Código de lo Contencioso regula de manera invertida y así lo ha establecido este Tribunal de Casación en múltiples ocasiones, lo que no implica desconocerlo, no debe llevarse a confusión, de que esa visión invertida implica ninguna basculación, ni ningún desconocimiento sobre este requisito imprescindible. Lo que afirma es que la parte promovente no tiene la carga de demostrar una seriedad, y una posibilidad efectiva de triunfo, esa es una carga muy gravosa, cuando se habla del Fumus en forma invertida. Debe entenderse, que se refiere a aquella demanda que no es temeraria, aquella demanda que no es infructuosa o improcedente de manera palmaria y esta es la correcta interpretación del artículo y esta es la línea en que este Tribunal ha venido haciendo tratamiento del Fumus Bonis (sic) Iuris, sin que implique en modo alguno desconocimiento del requisito que como se ha dicho es imprescindible...*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 153-F-TC-08 de las 15:35 hrs. del 5 de noviembre de 2008).

419 Tribunal Supremo Español en auto de la Sala 3ª, Sección 3ª, de fecha 10 de julio de 1991, en: GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*. En: Revista de Administración Pública. Nº 125, mayo – agosto, 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, p. 416.

MEDIDAS CAUTELARES

legal del insólito monopolio establecido por el Reglamento recurrido⁴²⁰. No obstante, dicha mera enunciación debe ser razonablemente esbozada, de manera que el argumento *ad intra* y según los autos, no se vuelva evidentemente contradictorio o temerario.

b.3. Prueba

Se ha indicado que la ley autoriza al juez a dictar el juicio de probabilidad como base en “*pruebas leviores, o como también se dice, en pruebas prima facie*”⁴²¹. Basta la prueba disponible en el expediente, sin que exija en el Código algún tipo de “principio de prueba por escrito” o juicio calificado de verosimilitud, ni menos aún sustituir el simple *fumus boni iuris* por una demostración de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, porque eso implicaría exigir una argumentación concluyente del derecho material alegado.

En este sentido, JINESTA LOBO ha señalado que

*Basta, entonces, que el juez compruebe y arribe al convencimiento, en virtud de la prueba disponible, que el derecho o interés legítimo invocado por el solicitante probable o presumiblemente será reconocido en la sentencia definitiva de mérito. Esto es, la situación jurídica sustancial debe presentar “prima facie” admisibilidad y fundamento jurídico, una razonable apariencia; o si se quiere, en un sentido negativo, que los motivos de la pretensión aducida no sean manifiestamente infundados, por lo que el recurrente tiene la probabilidad de salir vencedor de la contienda*⁴²².

El mismo autor en otro lugar comenta:

*cuando la ley concede relevancia al juicio de probabilidad, como etapa diferente al juicio de verdad, transforma la alegación en prueba provisional; con lo que el juez no puede permanecer inerte ante la alegación de la parte, sino que debe estimarla creíble al efecto de conceder la cautelar procedente*⁴²³.

En efecto, la verificación de este presupuesto debe ser efectuada por el órgano jurisdiccional a manera de simple cognición sumaria y sobre la base de las pruebas y alegatos disponibles, ni por asomo, asimilables a las que requeriría un juicio de verdad, como juicio de verosimilitud que es (Cfr. en este sentido, lo dicho por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo en la resolución n.º 190-08 de las 16:32 hrs. del siete de abril de dos mil ocho). Por ejemplo, se ha establecido que la sola existencia de un cuestionamiento de constitucionalidad ante la Sala correspondiente constituye en sí mismo un elemento de apariencia de buen derecho (ver Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo. Resolución n.º 103-F-TC-09 de las 9:26 hrs. del 29 de mayo de 2009) y, por otro lado, en el caso de medidas cautelares interpuestas contra vías de hecho de la administración la inexistencia del acto otorga fortaleza a dicha apariencia de buen derecho (ver fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo 96-F-TC-2009 de las 16:25 hrs. del 15 de mayo del 2009).

Como hemos señalado, en nuestra opinión, el Código no exige que la pretensión sea evidentemente procedente, ni la demostración de la probabilidad de la situación jurídico sustancial aducida al grado que la conducta administrativa aparezca verosímilmente de tal calibre que no merezca la prerrogativa de ejecutividad, sino todo lo contrario, que *prima facie* la pretensión **no sea** (requisito negativo) *temeraria* o, en forma palmaria, carente de toda seriedad.

420 En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*. En: Revista de Administración Pública. N.º 125, mayo – agosto, 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, p. 414.

421 JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo, Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 144. En este sentido, CALAMANDREI, citado por el autor.

422 JINESTA LOBO (Ernesto). Manual del proceso contencioso administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 92.

423 En JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 177.

MEDIDAS CAUTELARES

Esto es importante, porque la estructura del CPCA trasladaría el *onus probandi* (carga de la prueba) a la contraparte de la medida, teniendo esta que demostrar, una **vez superado el umbral de la temeridad evidente**, la ilegitimidad de lo pedido para desvirtuar este requisito. Es decir, superado aquel baremo limitador inicial, el requisito del *fumus boni iuris* se presenta completo, y el análisis de ponderación debe proseguir.

b.4. Requisito negativo

Antes de la vigencia del CPCA, para la acreditación del requisito del *fumus boni iuris*, podría decirse que el *fumus boni iuris* estaba orientado en un sentido positivo, lo que implicaba que el solicitante tenía una especie de **carga** de proporcionarle al juez, al decir de MICHELI “*los elementos que hacen probable, según el id quod plerumque accidit, la existencia del derecho para cuya tutela provisoria está dispuesta la medida cautelar*”⁴²⁴; es decir, una razonable previsión de las posibilidades de éxito de la demanda.

Al decir del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, ese *fumus boni iuris* “*no sólo está rodeado por la fundamentación técnico jurídica, sino por el buen hacer del derecho por la probidad y la lealtad procesal que las partes deben no sólo a sus contrarias sino también al órgano jurisdiccional [...]*”. (Res: 102-F-TC-08 de las diez horas y cuarenta y ocho minutos del veintisiete de agosto de dos mil ocho).

La visión del Código Procesal Contencioso Administrativo ha vuelto la visión orientadora del *fumus* hacia una **fórmula negativa**, inclinada más en el sentido utilizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Como bien apunta SIMÓN PADRÓS, la

*apariencia de buen derecho exigida como requisito para la procedencia de las medidas cautelares en el ámbito del proceso contencioso – administrativo, es susceptible de interpretarse de dos maneras diferentes, a saber: 1) según que se considere necesario acreditar, en un sentido positivo, que la acción procesal tiene suficiente probabilidad de éxito; o, por el contrario, 2) que la acción de acuerdo con un análisis preliminar y de contenido negativo, no aparece desprovista de fundamentos serios. Mientras que la primera concepción es la que se ha impuesto en sistemas como el italiano, alemán y norteamericano, la segunda es la que autoriza el référé provision del derecho francés y, asimismo, es la formulación del requisito del fumus que se observa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*⁴²⁵.

En el mismo sentido, BACIGALUPO advierte que el examen del *fumus boni iuris* tiene una concepción **negativa o positiva** dependiendo de

*si exige un juicio positivo, relativamente certero, que acredite la probabilidad de que el recurso principal prospere o tan sólo, por el contrario, un juicio negativo en el sentido de que la pretensión de fondo no aparece a primera vista desprovista de fundamento*⁴²⁶.

También VIDAL FERNÁNDEZ indica que existe

*una concepción más rigurosa (del fumus boni iuris), según la cual la pretensión principal de la parte que solicita las medidas debe tener perspectivas de efectivo éxito, y otra más amplia y más acorde [...] con las exigencias de una tutela judicial global [...] para la cual basta con acreditar que la pretensión principal no está desprovista de fundamento*⁴²⁷.

424 Citado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso - administrativa*. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 183.

425 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa*. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, pp. 190-191.

426 BACIGALUPO (Mariano). *La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo*, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, pp. 67-68.

427 Citado por BACIGALUPO (Mariano). *La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo*, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 68.

MEDIDAS CAUTELARES

De las dos maneras posibles de concebir el *fumus boni iuris*, sin duda alguna, la que es más favorable a la tutela judicial efectiva es la **concepción negativa**, ya que la positiva (en tanto es más rigurosa) constituye una barrera más alta para el acceso de las medidas cautelares. Bien BACIGALUPO señala:

*con esta última concepción [se refiere a la positiva] no podría otorgarse tutela cautelar en aquellas situaciones (nada infrecuentes, por cierto, cuando el asunto litigioso presente un elevado grado de complejidad fáctica y/o jurídica) en las que, a pesar de no aparecer el recurso principal a primera vista desprovisto de fundamento, no resulta, sin embargo, predecible, ni siquiera en el marco de un primer examen, provisional y sumario, de la pretensión de fondo, si ésta tiene visos de prosperar o no*⁴²⁸.

Al contrario, ante una incertidumbre *ex ante* sobre la probabilidad del pronunciamiento que va a recaer en el principal, la fórmula negativa se ve satisfecha si, a primera vista, no aparece la pretensión desprovista de todo fundamento. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA comenta que la “*vertiente negativa del principio del fumus boni iuris [...] facilita notablemente, como se comprende, la estimación de su presencia en los casos concretos*”⁴²⁹.

DÍAZ JIMÉNEZ, analizando los principios del derecho procesal comunitario europeo, ha llegado a la misma conclusión:

*Aunque la expresión «fumus boni iuris» fue criticada por algún sector doctrinal, la jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado a favor de la utilización de ésta fórmula, siempre que exista una apariencia de buen derecho, cuando la demanda principal no se encuentre manifiestamente desprovista de fundamento o existan indicios de seriedad y razonabilidad de la pretensión o concurra una fuerte presunción a favor de la procedencia de la pretensión ejercitada en la demanda principal.// El «fumus boni iuris» no significa que el Tribunal prejuzgue sobre la sentencia, basta sólo con que concurra una apariencia de buen derecho, sin que ello suponga ningún prejuicio sobre la resolución que se adoptará en el proceso principal*⁴³⁰.

En esta misma línea, parece haberse orientado el Consejo de Estado Francés, para quien el requisito de la apariencia de buen derecho, según SIMÓN PADRÓS:

*mas que identificarse con la probabilidad de éxito del recurso contencioso – administrativo, se vincula a la sumaria valoración de su no manifiesta falta de fundamentación, observándose – como señalan Debbash y Ricci – un deslizamiento de la exigencia jurisprudencial que tiende a sustituir la noción de moyen sérieux por aquella otra de moyen fondé*⁴³¹.

En este sentido, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo también se ha expresado:

[...] la apariencia de buen derecho conforme a la nueva legislación, no constituye una carga gravosa de demostración de la seriedad de la demanda sino la valoración incluso interna del juez de que aquella sentencia no es temeraria de que no es carente de seriedad que es una visión invertida por cierto del denominado fumus boni iuris [...]. (05-F-TC-08 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del seis de febrero del dos mil ocho).

428 BACIGALUPO (Mariano). La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 68.

429 E. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas...* Citado por BACIGALUPO (Mariano). La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 69 en nota 132.

430 DÍAZ JIMÉNEZ (María del Carmen). Principios de Derecho Procesal Comunitario. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, España, 1996, pp. 59-60.

431 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso - administrativa. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 191.

MEDIDAS CAUTELARES

Ese Tribunal de Casación además ha manifestado “que las medidas cautelares como tales tienen asiento en tanto haya alguna viabilidad jurídica del cuestionamiento jurídico que se hace [...]” (Res: 116-F-TC-08 de las catorce horas y diez minutos del veinticuatro de setiembre de dos mil ocho)⁴³².

El mismo Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha aclarado el sentido que se le da a la fórmula “invertida” y su valoración en el “fuero interno” del juez:

[...] en lo que corresponde a la apariencia de buen derecho también conviene aclarar para despejar dudas y malos entendimientos que efectivamente la normativa aprobó una especie de fumus invertido, en la medida en que no se somete a la parte actora a una carga de comprobar la veracidad del fondo de su asunto, esto sería tanto como definir en justifica cautelar la justicia definitiva que no podríamos exigir, esto sería provocar que el juez resuelva el fondo del asunto prácticamente en la cautelar. Es obvio que esto no puede ser, y sabemos que el retraso razonable de un proceso es imprescindible en la justicia humana. Por tanto, lo que el juez deberá valorar es la inexistencia de una pretensión temeraria y sólo en ese evento ponderar la improcedencia o no de la medida cautelar, lo contrario sería obligar a la parte a demostrar reitero un fondo absolutamente veraz que no puede ser. De tal modo que cuando este Tribunal y la propia Sala han indicado que se trata de una valoración del fuero interno no es porque no se haga o no pueda objetivarse sino por la sencilla razón de que pronunciarse sobre la seriedad de la demanda definitiva roza de manera peligrosa con el fondo del asunto [...]. (Res. 58-F-TC-08 de las once horas y un minuto del dieciocho de junio de dos mil ocho)⁴³³.

Este Tribunal de Casación también ha señalado más recientemente:

En cuanto al fumus o el fomis boni iuris esa apariencia de buen derecho que también los aquí presentes conocemos, debe también aclararse alguna duda que ha venido surgiendo en los primeros meses de funcionamiento de la legislación actual. Y no es que hay una transformación de esa seriedad o apariencia de buen derecho, sino y simplemente que se analiza desde otra perspectiva que podríamos señalar como invertida, invertida en la medida en que no constituye una carga probatoria para quien solicita la medida cautelar, esto como es obvio sería sumamente gravoso que el promovente tenga que comprobar ante el Tribunal que su medida cautelar tendrá un destino muy probablemente exitoso. No ésa no es la perspectiva en que debe analizarse la seriedad de la demanda, sino y como señala muy bien el Código la ausencia de temeridad, la ausencia de informalidad, el despejar aquélla posibilidad de que la demanda sea absolutamente temeraria. Y en este caso particular esa inversión, o esa particular perspectiva de este requisito pues se cumple a cabalidad puesto que no hay atisbos de una demanda temeraria, ni poco seria, ni muchísimo menos con el exclusivo propósito de un fraude procesal. Queda pues comprobado este primer requisito (Res. n.º 05-F-TC-2009 de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero de 2009. Cfr. 15:25:31 – 15: 27: 17 de la grabación digital correspondiente)⁴³⁴.

Encontramos también otro ejemplo de la aplicación de esta “fórmula negativa” en el fallo del TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, n.º190-08 de las 16:32 hrs. del siete de abril de dos mil ocho:

- 432 En el caso concreto, el tribunal estimó que la viabilidad jurídica de la pretensión era más que “nublada” o “débil” y, por tanto, insuficiente para la adopción de una medida cautelar.
- 433 Sobre el tema del *fumus boni iuris* como requisito invertido y su valoración realizada por el juzgador, véase también lo dicho por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en la resolución 57-F-TC-08 de las nueve horas con treinta minutos del diecisiete de junio de dos mil ocho, así como la resolución 153-F-TC-08 de las quince horas treinta y cinco minutos del cinco de noviembre del dos mil ocho
- 434 Como hemos indicado antes, en nuestra opinión, el Código Procesal Contencioso Administrativo ha tornado la visión orientadora del *fumus* hacia una fórmula negativa, inclinada más en el sentido utilizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, lo cual, ciertamente, podría ser interpretado como un cambio de perspectiva favorable a la tutela judicial efectiva y con efectos prácticos sobre casos de complejidad jurídica o fáctica que sí puede ser considerado como un cambio relevante de perspectiva en dicho requisito.

MEDIDAS CAUTELARES

[...] considera esta autoridad que el asunto de fondo en este caso es muy simple es ver si las máquinas que fueron clausuradas son ilegales o no, pero eso es un asunto de fondo. Ahora a nivel de los presupuestos de la medida cautelar estas pretensiones sobre la legalidad o ilegalidad de la clausura, que se resumen a si las máquinas son legales o ilegales que es la cuestión de fondo, no es una pretensión temeraria ni mucho menos una pretensión carente de seriedad, por lo tanto este presupuesto también se está presentando en autos [...] (Cfr. 16:34:26 – 16:34:58 de la grabación digital correspondiente, dentro del exp. judicial 08-162-161-CA).

De tal manera, la expresión del Código establece una suerte de **umbral mínimo** de análisis representado por la **ausencia de temeridad** o la superación del límite representado por la palmaria **carencia de seriedad** (requisito negativo casi asimilable a un *fumus non mali iuris*)⁴³⁵, superado ese umbral mínimo, el análisis proseguiría hacia un balance de ponderación entre los intereses involucrados y los graves daños o perjuicios sobre la situación aducida producto de la ejecución o permanencia de la conducta impugnada.

En efecto, **el análisis del *fumus* no debe ser exhaustivo o profundo, porque si así lo fuera, sería prácticamente equiparable al estudio para la cuestión de fondo, sino únicamente el necesario para superar la barrera mínima de la evidente carencia de seriedad. Hemos visto que la jurisprudencia ha sido muy flexible y benevolente en lo que respecta a las exigencias de este análisis (05-F-TC-08).**

Ahora bien, como expresa GARCÍA DE ENTERRÍA⁴³⁶, **en la valoración de la apariencia de buen derecho, deben contrastarse tanto la consistencia de lo que invoca quien persigue la medida como la seriedad (o falta de ella) de la respuesta de la Administración y, en este sentido, el “*fumus*” también es bilateral.**

Aquí conviene nuevamente tener presente una visión tópica de la problemática cautelar, **la medida cautelar y sus presupuestos se adaptan al caso y no al revés.** La medida a adoptar en cada supuesto será la adecuada a su finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva a luz del caso sometido a conocimiento. Es decir, el nivel de análisis requerido **se adapta al caso**. Al poner el acento en el **problema** y no en el “sistema”, veremos cómo la **fórmula negativa** del CPCA se convierte, a su vez, también en un **umbral flexible**, dependiendo del caso concreto.

Por consiguiente, no será el mismo análisis que se requiera para determinar la superación del límite mínimo en el caso de una nulidad evidente y manifiesta, o bien de una grosera inactividad material que el requerido para una medida cautelar con efectos autosatisfactivos.

En el marco del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, incluso se ha llegado a sostener

*que el juez comunitario puede disponer la tutela cautelar sobre la base de la **sola presencia de un fumus boni iuris relevante**, sin que deba acreditarse la concurrencia de peligro alguno en la demora, cuando en el marco de un primer análisis provisional de la acción interpuesta, surja con evidencia su perspectiva de éxito*⁴³⁷.

435 Ver la expresión en BACIGALUPO (Mariano). La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 148. La jurisprudencia contencioso – administrativa ha asumido este enfoque: “Basta entonces una apariencia superficial e inicial de seriedad para tener por satisfecho este presupuesto. Recientemente, la Sala Primera, fungiendo como Tribunal de Casación, ha establecido que este presupuesto debe ser entendido como el denominado “*fumus non mali iuris*” (resolución No. 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve), sea, que la solicitud cautelar no sea, de manera palmaria y evidente, carente de seriedad” (Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 1420-2010 de las 13:15 horas del 22 de abril de 2010). En este sentido también el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo 129-F-TC-2009, entre otros.

436 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2. edic, 1995, p. 209.

437 TJCE 7/7/1981 “IBM v. Comisión” referido por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso - administrativa. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 192.

MEDIDAS CAUTELARES

Así ALONSO GARCÍA agrega que, ante tales autos del TJCE,

*estaríamos ante una cuestión de **graduación** [...]: la apariencia de buen derecho en la pretensión del recurrente sería, en principio, un requisito de los varios a tener en cuenta a la hora de adoptar una medida cautelar; pero cuando en lugar de apariencia, tenemos cuasi evidencia, ésta bastaría, por sí sola, para acceder a la demanda de la medida provisional⁴³⁸.*

Sin llegar a este extremo, debemos admitir que la acreditación de verosimilitud puede admitir **distintos grados**⁴³⁹, de manera que el umbral flexible que también constituye la “**gravedad**” de los daños y perjuicios sobre la situación aducida está en relación de **correlación y recíproca influencia**⁴⁴⁰ con el *fumus boni iuris*.

De esta manera, sin llegar al extremo de prescindir del todo del requisito del *periculum in mora*, podemos decir que ante una situación en que tenemos *cuasi evidencia* de la pretensión, el *umbral* de lo que constituye una afectación grave a la situación jurídica aducida se ve necesariamente repercutido, de manera que en un caso de *evidente razón* en lo que se pide, la exigencia en la demostración y argumentación para el requisito positivo del *periculum in mora* se ve necesariamente minorada.

438 Citado por BACIGALUPO (Mariano). *La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo*, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 69 en nota 134.

439 En este sentido, CALAMANDREI ilustra el tema – analizando otro punto, pero cuyo razonamiento es aplicable al que nos interesa - al decir que presenta dificultades “*establecer una precisa diferencia que resulte prácticamente utilizable en sede judicial, entre las nociones de posibilidad, verosimilitud y probabilidad*”. “*Posible es lo que puede ser verdadero; verosímil es lo que tiene la apariencia de ser verdadero. Probable sería, etimológicamente, lo que se puede probar como verdadero*”. “*Pero estas diferencias – continúa – no tienen una precisa correspondencia en el vocabulario de los juristas: a lo más, si se toma como término de referencia la comprobación de la verdad, se puede decir que estas tres calificaciones (posible, verosímil y probable) constituye (sic), en ese orden, una gradual aproximación, una progresiva actuación, hacia el reconocimiento de lo que es verdadero. Quien dice que un hecho es verosímil, está más próximo a reconocerlo verdadero que quien se limita a decir que es posible; y quien dice que es probable, está todavía más avanzado que quien dice que es verosímil, ya que va más allá de la apariencia y comienza a admitir que hay argumento para hacer creer que a la apariencia corresponda la realidad*”. CALAMANDREI *Verdad y verosimilitud en el proceso civil*. En *Derecho Procesal Civil*. T.III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1962, pp. 317 y ss. en página 325, citado a su vez por VALLEFÍN (Carlos A.). *Protección cautelar frente al estado*. 1° ed., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 61 en nota 151.

440 Cabe señalar que la indicada denominación de principio de “*recíproca influencia*” junto con el término de “*umbral flexible*” fueron incorporados inicialmente en el trabajo final de investigación sometido a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Derecho de la UCR, para optar por el grado de Magíster en Derecho Público (2009), los cuales son la base de la presente investigación. Para satisfacción de este autor, luego ambos conceptos fueron reconocidos por la jurisprudencia en tales términos. Véase en este sentido las resoluciones 129-F-TC-2009 y 95-F-TC-2009. “*una visión tópica del problema. El problema es el que determina la solución y la cautelar se amolda a los problemas y a la realidad social*” (129-F-TC-2009), y sobre el principio de “*influencia recíproca*” (95-F-TC-09 y 129-F-TC-209). En el voto 95-F-TC-2009 se indica: “*esos tres principios se rigen por el principio de influencia recíproca un principio que señala obviamente que a mayor seriedad de la demanda menor rigurosidad en la lesión o del periculum in mora y viceversa y a mayor interés público en la adopción o denegatoria de la medida, menor rigurosidad en el periculum. Hay una interrelación evidente entre ellos de tal manera que cuando hay un interés público superior los daños que han de requerirse para la adopción de la medida cautelar no pueden ser simples o comunes*”. En el fallo 99-F-TC-09 se habla de “*interdependencia*” de los presupuestos de la medida cautelar. El citado voto 95-F-TC-09 indica que “*... el periculum in mora se constituye en la cautelar como el requisito positivo y esto tiene que también quedar claro y ese periculum in mora se maneja en un umbral flexible dentro de la connotación de la nueva legislación de tal manera que cuando la legislación apunta a daños graves apunta a la lesión intermedia teniendo como techo o umbral máximo el irreparable y como mínimo y piso básico el leve, ese que es consustancial ese que corresponde a cualquier acto desfavorable de la administración pero que el administrado tiene que soportar. La medida cautelar atiende o es atendible por tanto en la medida en que haya una lesión grave o bien que haya una lesión irreparable que supere esto [...]. No siempre se satisface mediante el dinero algunos daños que por sí son irreparables*” (transcripción propia del fallo oral. También sobre el tema véase el fallo 96-F-TC-09).

MEDIDAS CAUTELARES

b.5. Manifestaciones concretas

Sobre el tema el profesor JINESTA LOBO nos indica que el *fumus boni iuris*

sólo puede apreciarse, en tesis de principio, en el momento de la demanda, al carecer, antes de esa oportunidad, de elementos de juicio suficientes. No obstante, habrá ocasiones en las que, necesariamente, la medida cautelar debe y puede adoptarse “ante causam”, por lo que para subsanar posibles inconvenientes, el solicitante podrá aportar todos los datos posibles y el tribunal valorar la conducta y comportamiento de las partes⁴⁴¹.

Como hemos dicho, se trata de una cuestión de admitir distintos grados, por ejemplo, si la sentencia está firme y en sede de ejecución, se refuerza la apariencia de la posición del solicitante para sus pretensiones cautelares relacionadas con la ejecución de lo dispuesto en esta, lo mismo si la sentencia está en casación.

En materia de **impugnación de actividad formal**, el mismo autor de cita señala con elocuencia cómo la Recomendación del Consejo de Europa relativa a la protección jurisdiccional provisional en materia administrativa de 1989 (Principio II) señala que el juez puede adoptar la tutela cautelar cuando “*existe un argumento jurídico aparentemente válido frente a la ilegalidad del acto administrativo*”⁴⁴². Además señala que mediando “*la nulidad absoluta del acto o disposición cuya ejecución se pide suspender apreciada prima facie, sobre todo cuanto es evidente y manifiesta, puede resultar suficiente para adoptar tal medida cautelar*”⁴⁴³. Para lo cual, aduce que ninguna presunción de legitimidad puede tener tales actos (art. 169 LGAP) y, por tanto, no opera su “ejecutividad inmediata”.

En el mismo sentido, SIMÓN PADRÓS indica que frente a nulidad manifiesta:

parece indudable que, cuando la constatación del vicio surge de manera evidente del acto impugnado, de las constancias del expediente administrativo o de otras pruebas aportadas por el particular administrado, no existirá mayor dificultad para que el juez acuerde la tutela cautelar – aun cuando la demostración del peligro de demora no resulte concluyente –, restableciendo de ese modo el imperio de la legalidad y suspendiendo los efectos del acto viciado⁴⁴⁴.

Otros aspectos que pueden abonar en la determinación del *fumus boni iuris* son la *tardanza u omisión en el envío del expediente administrativo*⁴⁴⁵, o bien, incluso si la Administración Pública **no da respuesta** a los argumentos esgrimidos por el promovente de la medida cautelar, pues como expresa GARCÍA DE ENTERRÍA, **en la valoración de la apariencia de buen derecho deben contrastarse tanto la consistencia de lo que invoca quien persigue la medida como la seriedad (o falta de ella) de la respuesta de la Administración:**

El silencio administrativo, en que la Administración se permite apoyarse en un simple privilegio posicional general y abstracto para desdeñar, considerar siquiera las razones con que los ciudadanos se oponen a sus actos, ha de jugar una “importancia” destacada ‘en el campo de las medidas cautelares’. Se comprende

441 En JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 177.

442 Citado en JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 178. También véase JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 146.

443 JINESTA LOBO en JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 178.

444 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso - administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 193.

445 Opinión de JINESTA LOBO en JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 179.

MEDIDAS CAUTELARES

inmediatamente que así deba ser: el silencio administrativo, juegue el papel que juegue a otros efectos, es la expresión misma de una radical falta de 'contestación sería' por parte de la Administración a las pretensiones 'aparentemente' fundadas de los ciudadanos. Ha de convertirse, por tanto, en un supuesto absolutamente normal de aplicación de las medidas cautelares, de todas, tanto las meramente suspensivas del acto recurrido, como, de manera quizá especialmente oportuna, del otorgamiento cautelar de los actos administrativos omitidos cuando son reglamentamente debidos".⁴⁴⁶ Sobre el tema también se ha apuntado, que "[f]rente a la pretensión cautelar esgrimida por el recurrente, en apariencia bien fundada, la simple actitud omisiva de la Administración Pública, que ni siquiera contesta la procedencia de aquélla, constituye suficiente razón en apoyo de la tutela precautoria. Se diría que en este supuesto – el silencio rifiuto a que alude el art. 2º, ley italiana del 21/7/2000 – el silencio de la autoridad que dictó el acto administrativo impugnado hace presumir la conciencia acerca de la existencia de un vicio de ilegitimidad en su propia decisión, lo que impone sin más, el despacho favorable de la medida cautelar"⁴⁴⁷.

En este sentido, como hemos apuntado, el "fumus" también es bilateral.

Ahora bien, tratándose de **inactividad formal o material** de la Administración, JINESTA explica que

no existe un acto administrativo que impugnar y, por consiguiente. (sic) no existe una [sic] expediente administrativo, de modo que el juez debe valorar las circunstancias y condiciones en que se produjo la omisión, su gravedad y trascendencia para los derechos del justiciable y si se trata de un acto debido que no fue dictado o de una prestación debida de un servicio público que tampoco se ha brindado [...] tratándose de la inactividad formal, el asunto se complica cuando se trata de actos omitidos de carácter discrecional, sin embargo, el órgano jurisdiccional podría ordenar cautelarmente que la administración observe los límites de la discrecionalidad"⁴⁴⁸.

Un caso particular relacionado con estos supuestos es de los **reglamentos**. El auto de la Sala 3ª, Sección 3ª del Tribunal Supremo Español (10/07/1991) significó la recepción en el derecho español del criterio del *fumus boni iuris* o "apariencia de buen derecho" para adoptar en los procesos medidas cautelares inmediatas en el caso de la impugnación directa de **reglamentos**. Lo anterior se halla sobre la base del artículo 24 de la Constitución española, el cual consagra el derecho a la *tutela judicial efectiva*, según da cuenta el propio Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en el mencionado fallo

446 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2. edición, 1995, p. 209.

447 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso - administrativa. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 193.

448 JINESTA LOBO en JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 179-180.

MEDIDAS CAUTELARES

por prima vez se aplica ese nuevo criterio al recurso directo contra Reglamentos. Un precepto reglamentario, el artículo 139.3 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobados por Real Decreto 1211/1990, de 28 de setiembre, se ha visto suspendido en sus efectos generales de forma cautelar por el Tribunal Supremo en base a la “apariencia de buen derecho” de la pretensión anulatoria formulada contra el mismo por varias empresas de transporte funerario y de pompas fúnebres, antes incluso que la demanda en el proceso contencioso haya podido formularse y argumentarse⁴⁴⁹.

El autor de cita bien ha manifestado que

no existe la menor razón para dar a la voluntad administrativa expresada en Reglamentos el menor plus de consistencia respecto a la expresada en actos; antes bien lo contrario, dada la mayor peligrosidad del Reglamento por su alcance general y tendencialmente permanente respecto de los simples actos singulares⁴⁵⁰.

En sentido positivo a la posibilidad de sustitución de un reglamento, también puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional Español n.º 148/1993 del 29 de abril de 1993⁴⁵¹. Ahora bien, en estos supuestos cabe señalar que por afectarse una pluralidad indeterminada de personas, sería conveniente adoptar concomitantemente la publicación de la medida en un medio de comunicación (v.gr. periódico o diario oficial) para que pueda ser conocida

449 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 125, mayo – agosto, 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, pp. 411-412. Según comenta el autor: “El artículo 139.3. del Reglamento de la Ley de ordenación de los Transportes Terrestres, que fue aprobado, de conformidad con el Consejo de Estado, por Real Decreto de 28 de septiembre de 1990, dispuso que el transporte funerario “deberá tener su origen en el municipio en que la empresa de pompas fúnebres tenga su sede”. Esta regla prohíbe, en consecuencia, el traslado de cadáveres a toda empresa que tenga su sede en municipios distintos del de origen de dicho traslado”. (GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*. (Op. cit., p. 412). Ocurría entonces que ese precepto venía a consagrar un monopolio comercial exclusivo a favor de las empresas de transporte funerario de las grandes capitales en evidente perjuicio de las empresas puramente locales. Invocando la ausencia de base legal “[...] los recurrentes adujeron también, en su solicitud de suspensión del precepto en cuestión, que si dicha suspensión no se acordaba, la mayoría de las empresas recurrentes se arruinarían con seguridad, frustrando así toda posibilidad de que la Sentencia final pudiese otorgarles la tutela judicial efectiva que el artículo 24 de la Constitución les otorga”. (GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*. Op. cit., p. 413). El autor celebra la fundamentación del auto al hacer referencia al criterio de la apariencia de buen derecho, al transcribir el siguiente razonamiento del tribunal: “En segundo lugar, y a mayor abundamiento del anterior razonamiento que ya de por sí sería suficiente para acceder a la suspensión solicitada por los ahora recurrentes, existe también en el presente caso una “**apariencia de buen derecho**” bastante para suspender por este motivo la disposición contenida en el párrafo tercero del artículo 139 del Reglamento aprobado en el Real Decreto 1211/1990, ya que sin prejuzgar en modo alguno la cuestión de fondo suscitada en este proceso, se alega por los recurrentes una nulidad de pleno derecho de la precitada norma, que no tiene la necesaria cobertura legal de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, y aunque en el informe de la Dirección General de Transportes Terrestres aportado a las piezas separadas de suspensión de los recursos números 2015 y 2026 de 1990, se aluda a que la nueva normativa no innova la situación, que ya, a su juicio, se encontraba contemplada en el artículo 2.º-2 del Real Decreto 2025/1984, de 17 de octubre, la controversia expuesta es suficiente, según ya hemos dicho, para apreciar en la misma una “apariencia de buen derecho” bastante para provocar la suspensión interesada, dicho todo ello, insistimos, sin prejuzgar la decisión que sobre el fondo ha de pronunciarse en su día”. (Op. cit. p. 416).

450 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*. Op. cit., pp. 417-418.

451 Comentada en GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 94.

MEDIDAS CAUTELARES

oportunamente⁴⁵². Sobre la impugnación de disposiciones generales en sede cautelar se ha pronunciado el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en fallo 88-F-TC-09 de las quince horas treinta y cinco minutos del seis de mayo del dos mil nueve, donde se consideró que la disposición general, en grado de probabilidad, provocaba un daño potencial para la empresa solicitante y, por tanto, se acoge la medida formulada y se suspenden los efectos de la resolución de alcance general.

Ahora bien, tratándose de **actuaciones materiales**, JINESTA LOBO nos explica también que el juez “*debe ponderar las circunstancias y condiciones en que se produce, la intensidad con que afecta los derechos del justiciable y si se trata, prima facie, de una actuación material ilícita – v. gr. vía de hecho –*”⁴⁵³.

Debemos recordar que ninguna afectación sustancial de la esfera jurídica del administrado puede adoptarse sin la existencia de una autorización jurídicamente válida dictada con anterioridad. De esta manera, si las autoridades proceden en ausencia de dicha autorización o con evidente desborde de la dada, el juez podrá y deberá verificar si se configura lo que la doctrina denomina *vía de hecho administrativa (voie de fait)*, en cuyo caso, los requisitos de la tutela cautelar necesariamente requieren una **modulación especial**, debido a que la tutela cautelar frente a una vía de hecho bien podrá requerir el dictado no solo de una medida que paralice los efectos del obrar ilegal –posible por la vía de la clásica suspensión de la conducta administrativa (negativa)– sino también, inclusive, el dictado de una medida innovativa o anticipatoria (positiva), en cuyo caso los requisitos de verosimilitud del derecho y el *periculum in mora* necesariamente deben ser **minorados**, a fin de posibilitar la cesación de los efectos de un obrar manifiestamente ilegal⁴⁵⁴.

En último término, hemos de tratar el tema de las medidas con efectos “**autosatisfactivos**”, pues ya hemos dicho que el piso o umbral mínimo no puede ser el mismo tratándose de estas últimas que nosotros admitimos como posibles dentro del CPCA. Es decir, en nuestra opinión, el margen de convicción superará en grado sugerido para la clásica medida cautelar, exigiendo, si bien no certeza, lo que el derecho norteamericano denominaría una “*evidencia clara y convincente*” (*clear and convincing evidence*)⁴⁵⁵, pues, en nuestra opinión, si bien el juicio de verosimilitud o de probabilidad es una fórmula negativa, no se presenta como bloque monolítico, sino que contiene también varios grados que se corresponden a la naturaleza de la medida que se adopta⁴⁵⁶.

452 En este sentido, CHINCHILLA MARÍN señala cómo la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española (Ley 30/1992, del 26 de noviembre) incorpora esta regla: “*El nuevo régimen de suspensión de la Ley 30/1992 se cierra con una regla relativa a la publicación de la suspensión de los actos que afecten a una pluralidad indeterminada de personas. Según el apartado 5º del artículo 111, cuando el recurso tenga por objeto un acto de este tipo, la suspensión de su eficacia habrá de ser publicada en el periódico oficial en el que aquél se insertó*”. CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. En: *Revista de la Administración Pública*. N.º 131 (may - ago 1993), p. 182.

453 JINESTA LOBO en JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 180.

454 Véase en este sentido SIMÓN PADRÓS (Ramiro). *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso - administrativa*. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 204.

455 Véase en este sentido la opinión de Abraham VARGAS referido por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso - administrativa*. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 35.

456 Con respecto a este punto véase, por ejemplo, lo resuelto por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo en el fallo 79-A-TC-2008 donde se indica que la apariencia de buen derecho en materia de expropiaciones debe ser “reforzada”: “*por las características de la potestad expropiatoria, considera este Órgano, se requiere de un “fumus reforzado”, pues no cualquier probabilidad de sentencia estimatoria debe llevar a la paralización de las obras o la prestación de servicios que realiza la Administración y que, precisamente justifican la adopción del decreto expropiatorio de base.*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 79-A-TC-2008 de las ocho horas diez minutos del ocho de agosto de dos mil ocho).

MEDIDAS CAUTELARES

Además, podríamos señalar también como particularidad de la medida de tutela cautelar con efectos autosatisfactivos, el hecho de que, por regla, requerirá de audiencia⁴⁵⁷, de manera que las pruebas del *fumus boni iuris* en tales casos presentarán un nivel más alto.

En este sentido, la jurisprudencia argentina ha sido especialmente severa, en el caso de las medidas **innovativas** por cuanto

*es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en los recaudos que hacen a su admisión*⁴⁵⁸

No imitaríamos este criterio en todo caso donde medie una medida innovativa, sino en aquellos casos en que el resultado anticipatorio hace prácticamente inútil la resolución de fondo. Ahí aplicaría el requisito aplicado por la Cám. Civ. y Com. Fed. Argentina en el caso *Turisur SRL (2000)*: “*la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa*”⁴⁵⁹.

El auto del presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 29 de enero de 1997 (*asunto antonissen*) aplicó un criterio similar cuando señaló acerca de esta clase de medidas:

*Ciertamente, el recurso a este tipo de medida, que es más que otra susceptible de producir, realmente, efectos irreversibles, en particular en caso de insolvencia ulterior del recurrente, debe ser ejercida con restricción y limitarse a los casos en los cuales el fumus boni iuris aparece particularmente sólido y la urgencia de las medidas solicitadas incontestables. En todo caso, tal apreciación debe ser efectuada en función de las circunstancias de cada caso singular*⁴⁶⁰.

c) **Periculum in mora**

Una vez superado el umbral mínimo y descartada la temeridad de lo que se pretende, procede seguir con el análisis del peligro en la demora, el cual es el temor fundado de que el tiempo consustancial al desarrollo del proceso pueda lesionar gravemente la situación jurídico sustancial. El *periculum in mora* ha sido denominado por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo como la “*columna vertebral de cualquier medida cautelar*” (voto 19-F-TC-08)⁴⁶¹ y la parte accionante debe señalar en su petición cautelar cómo se configura en el caso concreto.

457 Como hemos dicho, no tendría sentido que habiéndose adoptado la medida irreversible, se otorgue audiencia a las partes sin efectos suspensivos, pues en tal caso la audiencia carecería de sentido. En efecto, en nuestra opinión, la medida *inaudita altera parte* no puede ser, por regla general, autosatisfactiva. Lo dicho, claro está, salvo que las circunstancias de extrema urgencia, suficientemente acreditadas mediante prueba idónea, impongan al juzgador la solución cautelar sin la audiencia al destinatario de la medida. Sin embargo, tales casos serán extremos de colisión de valores fundamentales y de muy restrictiva interpretación al estar en juego una garantía de rango constitucional.

458 VALLEFÍN (Carlos A.). Protección cautelar frente al estado. 1° ed., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 62.

459 Citado por VALLEFÍN (Carlos A.). Protección cautelar frente al estado. 1° ed., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 62.

460 Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé-provision). A propósito del auto del presidente del tribunal de justicia de las comunidades europeas de 29 de enero de 1997 (asunto antonissen)*. En: Revista de Administración Pública. n.º 142 (ene – abr 1997), p. 231.

461 En el mismo sentido el Tribunal Contencioso ha señalado: “*En el análisis de las cautelares, el juzgador no debe dar mayor importancia o potenciar uno de los tres presupuestos aludidos, pues cada uno de ellos forma parte de factores de una ecuación que permite determinar la procedencia o no de la medida. Uno solo de los elementos no puede llegar a determinar la pertinencia de la solicitud, pues solo de converger los tres supuestos, la medida sería viable. [...] Con todo, de lo indicado por el numeral 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo se observa una marcada tendencia a tener como elemento de especial consideración, evitar la ocurrencia de graves daños, actuales o potenciales, merced de la tardanza de la emisión de la sentencia de fondo.*” (Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 1420-2010 de las 13:15 horas del 22 de abril de 2010).

MEDIDAS CAUTELARES

Como hemos dicho antes, en lo que respecta al *periculum in mora*, **nótese que la ley no utiliza la pretérita expresión de “daños de imposible o difícil reparación [...]”,** cambiándola por *graves daños o perjuicios*, término que irá decantando la jurisprudencia.

El texto original del artículo 21 en el proyecto no tenía ni siquiera la expresión “*graves*”⁴⁶², lo cual obedece al simple hecho elemental de que la necesaria y circunstanciada **ponderación** de los intereses en juego ya presupone el requisito en su correcta acepción. Así la exigencia de daños o perjuicios “*graves...*” no implica que han de ser irreparables, sino todo lo contrario, que, como hemos adelantado, guarden una relación de **mayor valía en el juicio de ponderación** con los contrapuestos en el caso dado. Sin embargo, también habrá, por oposición, daños “*leves*” que no cumplan el requisito.

No se trata de un simple cambio de palabras para expresar la misma idea de la legislación pretérita, sino todo lo contrario, el cambio de expresión supone un cambio en el régimen sustancial de la medida **a favor del juicio concreto de ponderación** que, claro está, no se puede identificar simplemente con cualquier posible daño o perjuicio o con el hecho mismo de esperar hasta que se dicte la resolución que ponga fin al proceso. Si así fuera, habría que otorgar la medida en todos los casos que se pidiera, lo cual no tiene sentido.

En otras palabras, en lo que se refiere a este tema, sí se puede sostener que ha habido una flexibilización del mínimo legal, a favor de un juicio concreto de ponderación de los intereses contrapuestos.

En este mismo sentido, el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo ha indicado que el CPCA flexibiliza el criterio:

[...] la actual legislación viene a establecer una flexibilización del antiguo sistema procesal que hablaba de “imposible o difícil reparación” – o sea, era rígido –, pasamos de una posición sumamente rígida de demostración de esos daños y perjuicios de “imposible y difícil reparación” a un sistema más flexible, precisamente en la filosofía de apertura de las cautelares [...] a un rango de “gravedad” que tienen que llenar los perjuicios. Por lo tanto, hablar de que se tienen que demostrar graves daños de difícil o imposible reparación es una frase que ya no existe [...] Pero el límite, y esto es lo que es importante, de justamente que establece el artículo 21 son “graves” la palabra “graves”, de esa gravedad “hacia arriba” procede la cautelar, de esa gravedad “hacia abajo” lo que no pueda entrar y clasificarse como grave no entra dentro del presupuesto de la cautelar. En otras palabras si los daños no alcanzan ese rango de “gravedad” la medida no procede [...]. (TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Resolución 286-08 de las doce horas treinta minutos del nueve de mayo de 2008. Cfr. 12:34:22 – 12:35:27 de la grabación digital correspondiente, exp. 08-35-1027-CA)⁴⁶³.

462 Véase COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1° edición, San José, Costa Rica, 2007, p. 137. La moción n.º 2 (02-38-CJ) introdujo la expresión.

463 El tribunal continúa su razonamiento para establecer la existencia de daños que podríamos llamar “leves”, mas no “graves” y, por tanto, no susceptibles de tutela cautelar: “[...] *justamente en este caso desde la imposición de la medida los datos analizados en la audiencia oral, y que se tienen por hechos probados, indican a esta autoridad que la cantidad de inversionistas que se encuentran en los fondos de inversión a largo plazo se ha mantenido muy estable, incluso con una tendencia a la baja, que determina que los daños y perjuicios que eventualmente puedan sufrir las sociedades de fondos de inversión es muy leve, casi inexistente, y que no llega al rango de gravedad que exige el artículo 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo para que proceda la medida. Incluso es difícil para esta autoridad determinar si estos daños potencialmente vayan en el futuro a llegar a niveles de gravedad o a los niveles de gravedad requeridos por el artículo 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo, ya que estamos hablando de efectos inciertos y de mercados financieros y que en este momento no pueden ser probados. En consecuencia, este presupuesto del peligro en la demora no se cumple en el presente caso [...]*”. (TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución 286-08 de las doce horas treinta minutos del nueve de mayo de 2008. Cfr. 12:35:27 – 12:36:26 de la grabación digital correspondiente, exp. 08-35-1027-CA. Podemos observar un antecedente importante y un primigenio desarrollo de este criterio en la resolución dictada a las doce horas del dieciséis de enero de dos mil ocho, dentro del expediente 08-01-161-CA). Sobre el tema de esta “flexibilización” del umbral del *periculum in mora*, véase también el fallo del TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO #190-08 de las 16:32 hrs. del siete de abril de dos mil ocho, dictada dentro del exp. 08-162-161-CA donde el juez indica que la clausura de las 18 máquinas de “*pinball*” hecha por la municipalidad provoca que la persona no pueda realizar su ordinaria actividad comercial, cumpliendo con el presupuesto del artículo 21 CPCA.

MEDIDAS CAUTELARES

En el mismo sentido, el Tribunal Procesal Contencioso ha manifestado:

[...] el Código Procesal Contencioso Administrativo en el 21 [CPCA] [...] ha flexibilizado enormemente lo que la antigua legislación - Ley Reguladora - decía con daños de “imposible o difícil reparación” [...] se exigía [...] una prueba muy rígida, muy fuerte para llegar a probar estos daños de imposible o difícil reparación. La nueva legislación [...] ha variado con indicar que se produzca “graves” daños y perjuicios, habla de “graves” daños y perjuicios, o sea no de “imposible o difícil reparación”, es un término intermedio que flexibiliza y que tiene la filosofía de ampliar la posibilidad de acceder a las medidas cautelares o la tutela cautelar efectiva [...]. (TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución 296 de las dieciséis horas treinta y dos minutos del trece de mayo de 2008. Cfr. 16:35:15 - 16:35:39 de la grabación digital correspondiente).

“A) Peligro en la demora. Este presupuesto se traduce en el riesgo o peligrosidad de la tardanza o demora del proceso principal, sea, en términos más simples, los daños [...] que puedan llegar a producirse por la dilación de obtener una sentencia definitiva. Así, su causa justificante se sustenta en el riesgo que produce la tardanza del proceso principal en el objeto debatido dentro del conflicto, por ende, de no existir ese riesgo, aún potencial, la medida cautelar no tendría motivo legítimo para adoptarse. Así se desprende del numeral 21 referido en cuanto señala: “La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida...”. Nótese que la normativa actual supera el limitado criterio de daños de difícil o imposible reparación, para optar por un referente por demás amplio, como es, la posibilidad de que la ejecución de la conducta produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales. Lo anterior supone la posibilidad de tutela cautelar de potencialidades de daños. Ahora bien, es claro que el daño requerido para el amparo cautelar ha de ser efectivo o potencial, con independencia de si es material, moral o de otro orden. Si bien es cierto no es preciso que sea actual, pues bien puede ser potencial, es decir, a futuro, ciertamente el daño ha de ser concreto y cierto. Este presupuesto busca entonces, como se ha dicho, la integridad del bien jurídico tutelado, no así su eventual reparabilidad, pues se insiste, el justiciable busca que ese objeto permanezca íntegro, no que se indemnice, sea, no se procura una suerte de mutabilidad de pretensiones, sino una tutela efectiva. En suma, no todo daño debe desembocar en una cautelar, sino solo aquel que cumpla con las exigencias apuntadas”(Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º1420-2010 de las 13:15 horas del 22 de abril de 2010).

c.1. Definición

CHIOVENDA estableció desde inicios del siglo pasado que “el tiempo necesario para tener razón no ha de perjudicar a quien la tiene”⁴⁶⁴ (“il tempo necessario ad aver ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione”⁴⁶⁵). De esta manera, la mora procesal puede ocasionar a los intereses implicados en el proceso un perjuicio, detrimento cuya evitación es la esencia y razón de ser de la medida cautelar. Nótese que, según indica CHINCHILLA MARÍN⁴⁶⁶, el núcleo o peso del principio chiovendano está precisamente en la “mora” (*il tempo*) y el “periculum” (*danno*).

En sus conclusiones ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para el asunto *Factortame*, el abogado general TESAURO afirmaba que el *periculum in mora* es

el elemento que define la esencia de las medidas cautelares, ya que éstas surgen como respuesta (en el complejo contexto exigido por un sistema moderno de protección judicial) a la falta de contemporaneidad

464 Citado por DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 223.

465 Citado por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. En: Revista de la Administración Pública, N.º 131 (may-ago 1993), p. 171. Referencia a la sentencia de la Corte Constitucional italiana 190/1985.

466 Ver CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. En: Revista de la Administración Pública, N.º 131 (may.–ago. 1993), p. 174.

MEDIDAS CAUTELARES

*entre el momento en que un derecho cobra vida y el momento en que la existencia de este derecho es definitivamente (procesalmente) establecida*⁴⁶⁷.

En líneas generales, el *periculum in mora* ha sido entendido como “la posibilidad, razonable y objetivamente fundada, de una lesión grave e irreparable a la situación jurídica del gestionante, por el transcurso del tiempo necesario para el dictado de la sentencia principal”⁴⁶⁸.

Nótese que el CPCA **no habla de “irreparable” o de “difícil reparación”** como parte del baremo limitador, sino de grave lesión o bien

*el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a dictarse en el proceso principal no puede, en los hechos, hacerse efectiva [...] un temor fundado en la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, ésta permanezca incumplida*⁴⁶⁹.

En el mismo sentido, KIELMANOVICH apunta:

*la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda pueda frustrarse en los hechos, porque, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable, o por la propia actitud de la parte contraria [...]*⁴⁷⁰.

ARTAVIA BARRANTES considera que el

*“periculum in mora” no es el peligro genérico de un daño, sino que, específicamente, es el peligro del ulterior daño marginal, que se origina con la lentitud del proceso e incluye, cualquier supuesto de irreparabilidad del derecho, irretractabilidad, abuso del derecho ajeno, “infructuosidad, insatisfacción o ineffectividad de la sentencia”*⁴⁷¹.

GARCÍA PULLÉS nos dice que

*no debe perderse de vista que este peligro se vincula con la pérdida, a manos del demandado, del bien de la vida, que constituye la base de la pretensión que habrá de postularse a la jurisdicción y que, si no se acredita esta “probabilidad”, la medida deberá rechazarse*⁴⁷².

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha señalado con respecto a este requisito el siguiente desarrollo que por su elocuencia se transcribe a continuación:

a.-) Periculum in mora: en efecto, esa posibilidad, razonable y objetivamente fundada, de una lesión grave e irreparable a la situación jurídica del gestionante, por el transcurso del tiempo necesario para el dictado de la sentencia principal (periculum in mora), se presenta, no sólo como base imprescindible de la medida

467 *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factotame Ltd. Y otros, as. C-213-89, Rec. 1990. Citado en este sentido por DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 223.*

468 ROJAS FRANCO (Enrique). Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, p. 74.

469 MARTÍNEZ BOTOS (Raúl). Medidas Cautelares. 2ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 52.

470 KIELMANOVICH (Jorge L.). Medidas Cautelares. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 52.

471 ARTAVIA BARRANTES (Sergio). Derecho Procesal Civil. T.II., Dupas, 2004, p. 327.

472 GARCÍA PULLÉS (Fernando R.). Medidas “cautelares autónomas” en el contencioso administrativo. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 115.

MEDIDAS CAUTELARES

cautelar, sino como su presupuesto básico y central, sobre el que realmente gira toda su existencia. El peligro en la demora, implica -según la doble concepción de CALAMANDREI-, peligro en la infructuosidad y peligro de tardanza de la resolución principal, que en términos más simples, no es más que el retraso en la obtención de una sentencia definitiva, y el daño marginal que se produce, precisamente, a causa de este retraso (daño inminente y demora en el proceso principal). El instituto del que se habla, tiene su justificación y su razón de ser, en el riesgo que para el derecho debatido supone la dilación en la definición definitiva del conflicto planteado. De no existir esa peligrosidad para cualquiera de los bienes del recurrente, la medida cautelar pretendida está condenada al fracaso, pues no tiene razón de ser. Sin embargo, sabemos que la existencia del contradictorio es imprescindible, pues "sólo Dios puede juzgar sin necesidad del mismo", y el hablar de proceso, implica irremediablemente un lapsus temporal. Lapsus que por sí mismo produce un daño para el titular del derecho litigioso, que se agrava muchas veces, por la especulación que el obligado hace de las ventajas que ello le depara, en tanto se de un retraso en la resolución judicial firme. Por eso, se ha dicho líneas arriba, que la justicia cautelar pretende conservar o en su caso propiciar, una situación fáctico-jurídica real y efectiva, que mantenga vivas las expectativas generadas en el principal, de cuya victoria pueda obtenerse luego, una ejecución eficaz y cabal, en cumplimiento pleno de lo ejecutoriado. Pero si la amenaza contra el objeto del debate es inexistente, no puede sostenerse con fundamento la necesidad de este especial y preventivo auxilio judicial. Sin embargo, una vez que el desafío se hace presente, la medida cautelar nos permite "hacer las cosas pronto y hacerlas bien". En pocas palabras, se trata "de evitar la frustración práctica del proceso, amenazado con larguísimo años de demora en su resolución". Ya se ha insistido sobre la naturaleza del daño requerido para la procedencia de la pretensión cautelar, pues obviamente no basta con cualquier acción dañosa, sino que deberá ser real y efectivo; material, moral, religioso o de cualquier otra índole; concreto y cierto, aunque no necesariamente actual, pues bien puede ser futuro. Sí interesa destacar, que dicho daño ha de ser de difícil o imposible reparación, no en el sentido de que sea irresarcible, sino irreversible, pues los daños leves o fácilmente reversibles en su totalidad, no pueden servir al efecto, y por el contrario, existen lesiones que aunque resarcibles, no son necesariamente reversibles. La irreparabilidad no es equiparable a la irresarcibilidad, pues quien solicita la tutela cautelar quiere que el bien tutelado permanezca íntegro y no que se le asegure una indemnización. La certeza del daño, no exige sin embargo, su plena prueba, pues en vista de la sumariedad de la gestión cautelar, de la urgencia y algunas veces de la potencialidad del daño mismo, es prácticamente imposible su comprobación. Algunas veces incluso, son consecuencia lógica e ineludible de la conducta pública, por lo que no exigen mayor elemento probatorio. En este caso, debe darse una comprobación a "través del principio racional de prueba", que no es otra cosa que el necesario y posible en cada caso particular. (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ N.º1-2007 de las once horas del doce de enero de dos mil siete, citando voto TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, número 167-2002, de las once horas diez minutos del treinta y uno de mayo de dos mil dos).

Sobre el tema **VALLS GOMBAU** apunta:

Es aceptado mayoritariamente por la doctrina que el periculum in mora sobre el que se asientan las medidas cautelares constituye el fundamento de la institución y viene a responder no al daño jurídico -tutelado por lo general en el proceso ordinario- sino el peligro de ulterior daño marginal derivado de la lentitud del proceso, es decir, según la tesis mayormente admitida serían dos sus presupuestos: pendencia del proceso (incluso de ejecución, como hemos dicho) y daño marginal que la falta de respuesta inmediata produce en el demandante⁴⁷³.

También el autor de cita indica que este *periculum* puede

incidir sobre situaciones jurídicas cautelables de muy distinto contenido (no solamente de condena, sino también de tipo declarativo e incluso constitutivo, pues también pueden ser objeto de ejecución aunque sea

473 VALLS GOMBAU (José Francisco). Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales. En: CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL. Consejo General del Poder Judicial. N.º 27, 1993. CD-ROM 27, Biblioteca del Poder Judicial.

MEDIDAS CAUTELARES

*ésta impropia, además de poder ser acumuladas varias de diversa naturaleza), el peligro que se trata de erradicar tiene o puede tener también contenido muy diferente. Por tanto, hemos de deducir la existencia de una pluralidad de manifestaciones de dicho periculum, [...]*⁴⁷⁴.

En nuestro criterio, el término que emplea el CPCA se refiere a un detrimento **patrimonial o no**, actual o potencial, que no guarde proporción razonable con el mantenimiento del *status quo ante*, de tal manera que el no otorgar la medida cause a la situación aducida un perjuicio **mayor y relevante** confrontado con la opción opuesta; es decir, que en tales circunstancias, no resulte razonable, o bien, resulte más bien excesivo, el tener que esperar sin la medida a que se dicte la sentencia definitiva en el proceso principal. Es decir, **se trata de un umbral flexible**⁴⁷⁵, dado que a mayor intensidad de exigencia del interés general a la no adopción de la medida, mayor será el detrimento que justifique su adopción por encima de aquel, presupuesto que a su vez se encuentra en relación de recíproca influencia con el *fumus boni iuris*.

El techo del umbral se alcanzará cuando el daño deje de ser simplemente “grave” para convertirse en **irreparable o de muy difícil reparación** – que sería lo más y por tanto, de por sí, por encima del umbral y de sobra cumplidor del requisito positivo – cuando, como CHINCHILLA MARÍN nos dice que: “*no pueda restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente, no que no pueda resarcirse con el pago de una cantidad. La Administración siempre podrá pagar; pero reparar, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, no es pagar o resarcir, sino dejar indemne*”⁴⁷⁶. Y por **debajo** de aquel margen se ubica el requisito del código, sin llegar al piso inferior en que el daño no es grave sino leve o levisimo, incluso consustancial a la existencia misma del proceso, daño este último que no supera cualitativamente el provocado en los intereses contrapuestos; es decir – que es lo menos– no tutelable cautelarmente, según la máxima conforme a la cual “*de lo mínimo no se ocupa el pretor – juez*”⁴⁷⁷.

Tal concepto de *umbral flexible* se enmarcaría en lo que hemos denominado visión *tópica* de la tutela cautelar que defendemos aquí, y dentro de lo que ha defendido el Tribunal Supremo Español, al decir que al determinar las

474 VALLS GOMBAU (José Francisco). Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales. En: CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL. Consejo General del Poder Judicial. N.º 27, 1993, CD-ROM 27, Biblioteca del Poder Judicial.

475 Cabe señalar que la indicada denominación de “*umbral flexible*” junto con el principio que aquí se denomina de “*influencia recíproca*” fueron incorporados inicialmente en el trabajo final de investigación sometido a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Derecho de la UCR, para optar por el grado de Magíster en Derecho Público (2009) que es la base de la presente investigación. Para satisfacción de este autor, luego ambos conceptos fueron reconocidos por la jurisprudencia en tales términos. Véase en este sentido las resoluciones 129-F-TC-2009 y 95-F-TC-2009. “*una visión tópica del problema. El problema es el que determina la solución y la cautelar se amolda a los problemas y a la realidad social*” (129-F-TC-2009), y sobre el principio de “*influencia recíproca*” (95-F-TC-09 y 129-F-TC-209). En el voto 95-F-TC-2009 se indica: “*esos tres principios se rigen por el principio de influencia recíproca un principio que señala obviamente que a mayor seriedad de la demanda menor rigurosidad en la lesión o del periculum in mora y viceversa y a mayor interés público en la adopción o denegatoria de la medida, menor rigurosidad en el periculum. Hay una interrelación evidente entre ellos de tal manera que cuando hay un interés público superior los daños que han de requerirse para la adopción de la medida cautelar no pueden ser simples o comunes*”. En el fallo 99-F-TC-09 se habla de “*interdependencia*” de los presupuestos de la medida cautelar. El citado voto 95-F-TC-09 indica que “*... el periculum in mora se constituye en la cautelar como el requisito positivo y esto tiene que también quedar claro y ese periculum in mora se maneja en un umbral flexible dentro de la connotación de la nueva legislación de tal manera que cuando la legislación apunta a daños graves apunta a la lesión intermedia teniendo como techo o umbral máximo el irreparable y como mínimo y piso básico el leve, ese que es consustancial ese que corresponde a cualquier acto desfavorable de la administración pero que el administrado tiene que soportar. La medida cautelar atiende o es atendible por tanto en la medida en que haya una lesión grave o bien que haya una lesión irreparable que supere esto [...]. No siempre se satisface mediante el dinero algunos daños que por sí son irreparables*” (transcripción propia del fallo oral. También sobre el tema véase el fallo 96-F-TC-09).

476 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 611 en nota 37.

477 JINESTA LOBO (Ernesto). *Manual del proceso contencioso administrativo*. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 90.

MEDIDAS CAUTELARES

condiciones requeridas para el otorgamiento de la tutela cautelar “no se debe partir de un criterio único y absoluto sino prestar atención preferente a las singularidades del caso debatido, lo que implica un relativismo, reñido con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos y uniformes [...]”⁴⁷⁸.

En palabras simples, la lesión grave que puede provocar la ejecución o permanencia de la conducta impugnada a que se refiere el 21 CPCA es **algo más que una lesión leve**; pero no tan exigente como un daño o perjuicio de imposible o muy difícil reparación. Se trata de un **umbral flexible** relacionado con el caso concreto que, superado el “piso” suficiente que se encuentra en el **grave** daño, cumplimenta el requisito positivo que da pie al juicio de ponderación final con los intereses contrapuestos. Gráficamente podemos describirlo así:

Por último a este respecto, debemos indicar que el *periculum in mora* estaría directamente relacionado con la caución, mientras que el *fumus boni iuris*, de estarlo lo sería solo indirectamente. Es decir, puede accederse a la medida cautelar sin exigirse caución alguna a quienes impulsan la medida al no apreciarse perjuicio o daño para los intereses públicos; pero el juicio de ponderación sobre la seriedad de la argumentación jurídica que sostiene la demanda no está directamente relacionado con este aspecto.

c.2. Tipología

El concepto de “*graves daños o perjuicios [...]*” es sin duda alguna un concepto jurídico indeterminado que no puede ser encasillado en una categoría dogmática rígida, sino que, como hemos visto, se debe enfocar desde un abordaje tópico, pues la cautelar se amolda al caso y no el caso al sistema cautelar.

Sin embargo, la doctrina ha identificado dos grandes manifestaciones del peligro en la demora, las cuales refirió CALAMANDREI, a partir de su particular concepción del *periculum in mora*: “*el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable, la que hace surgir el interés por la emanación de la medida provisoria [...]*”⁴⁷⁹ como: a) **peligro de infructuosidad** y b) **peligro de tardanza**⁴⁸⁰. Dependiendo de si lo que está en peligro son los medios para la formación⁴⁸¹ o ejecución de la sentencia o, bien, en estricto sentido, el acaecimiento de un daño *marginal* (FINZI) que el retardo en su emisión provocaría sobre quien la promueve.

478 Auto del 20/1/1985 citado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso - administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 164.

479 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 42. Cabe hacer notar que la expresión de *daño marginal* es de ENRICO FINZI (1926).

480 Véase al respecto además de lo señalado aquí, a GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 36 y JINESTA LOBO en JIMÉNEZ MEZA (Manrique). JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 169.

481 Cabe anotar que según criterio emitido por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo en la resolución n.º 141-08 de las nueve horas cincuenta minutos del doce de marzo de dos mil ocho, dentro del exp. 08-137-161-CA, es procedente pedir como medida cautelar documentos que son necesarios como prueba esencial para un proceso. VILLALOBOS SOTO denomina medidas cautelares “típicas” tanto la recepción urgente de prueba (art. 84 CPCA) como el acceso al expediente administrativo (art. 56 CPCA) (véase al respecto VILLALOBOS SOTO (Joaquín). Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo. IJSA, San José, Costa Rica, 2008, pp. 221-222). No obstante, es necesario advertir que la jurisprudencia del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha señalado: “es necesario indicar que la finalidad de la justicia cautelar, y el objetivo que se pretende alcanzar con el procedimiento reglado en el canon 56 del Código Procesal Contencioso Administrativo son distintos. En el primero de los casos – el de la justicia cautelar –, este Tribunal reiteradamente ha indicado que con ella, entre otros fines, se pretende asegurar los eventuales efectos de una sentencia estimatoria. En el segundo trámite, pese a estar frente a una intervención del Juzgador en una etapa prejudicial de la controversia, como también sucede en el supuesto de las medidas cautelares anticipadas, este particular instituto procesal busca garantizar al administrado el acceso al expediente, cuando alguna administración pública haya impedido u obstaculizado su análisis o reproducción, sin que medie autorización de tal conducta basada en una norma de rango legal.” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 87-A-TC-2008 de las 10:25 hrs. del 8 de agosto de 2008).

MEDIDAS CAUTELARES

Dichas configuraciones clásicas del periculum in mora son retomadas por el autor de cita, a partir de si lo temido es la desaparición de los medios necesarios para formación o ejecución de la providencia principal o, bien, si la providencia recae sobre la relación sustancial controvertida directamente que, a causa de las dilaciones del proceso principal, corre riesgo de insatisfacción efectiva.

Dicha bifurcación fue señalada en primer lugar por GÜTHE para quien se distinguen

los casos en que las providencias cautelares tratan de asegurar la satisfacción del derecho (contra el peligro de que el derecho no resulte satisfecho) de los casos que tratan de evitar el retardo del cumplimiento (contra el peligro de que el derecho sea satisfecho demasiado tarde) [...]»⁴⁸².

A partir de esa bifurcación, CALAMANDREI nos ilustra la distinción con un ejemplo así:

diferencia entre estos tipos de peligro, a los que corresponden, como hemos indicado, diversos tipos de providencias cautelares, resulta evidente de un ejemplo práctico. Si el titular de un crédito que no se siente en modo alguno perjudicado por el hecho de haber de esperar largo tiempo la satisfacción de su crédito, teme que durante la espera su deudor se deshaga de todas sus sustancias mobiliarias, en forma que haga prácticamente vana a ejecución forzosa que pueda intentarse contra él dentro de algún tiempo, buscará auxilio contra este peligro, en el secuestro conservativo. Pero si el acreedor, por particulares razones de necesidad (porque, supongamos, ha quedado reducido a la miseria y encuentra en el cobro de su crédito la única esperanza de sometimiento), teme el daño acaso irreparable que se le derivaría del hecho de deber esperar por largo tiempo la satisfacción de su derecho, no lo protegerán contra este peligro las medidas cautelares que únicamente estén dirigidas a tener en reserva para el día de la ejecución forzada los bienes del deudor, necesitando, en cuanto el derecho positivo las prevea, medidas cautelares aptas para acelerar la ejecución forzada. En el primer caso el acreedor está dispuesto a esperar, pero quiere estar seguro de que su espera no será vana; en el segundo caso, aun teniendo la seguridad de poder encontrar en el patrimonio del deudor, después de un cierto período de espera, los medios para satisfacerse, quiere, sobre todo, escapar a los daños que se le derivarían de tal espera, al final de la cual la providencia principal, aun siendo objetivamente eficaz, llegaría demasiado tarde para poderle ayudar»⁴⁸³.

El autor continúa señalando a partir de lo dicho:

en ambos la providencia sirve para asegurar la eficacia práctica de la providencia principal, pero mientras en el primero esta eficacia práctica está considerada bajo un aspecto objetivo y directo (conservación de los bienes que deben subsistir para que produzca su fruto la ejecución forzada), en el segundo caso está valorada desde un punto de vista subjetivo e indirecto, poniendo en relación los efectos de la providencia principal con la situación personal de necesidad del reclamante, en vista de la cual una ejecución forzada, fructífera pero diferida, podría resultar subjetivamente tan inútil como una ejecución forzada infructuosa por la falta de bienes contra los cuales dirigirse»⁴⁸⁴.

VALLS GOMBAU nos presenta otro ejemplo práctico de esta bifurcación:

se encuentran recogidos en las leyes especiales y ha sido estimado por la jurisprudencia (p. ej. en materia de medidas cautelares para la protección de la propiedad intelectual): “[...] (el) periculum in mora que puede ser entendido como peligro de que con el transcurso del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o de grave daño por el retraso en la ejecución... en el presente caso nos hallamos ante un supuesto en que el transcurso del tiempo no dificultará la ejecución de la sentencia que haya de dictarse, pero, en cambio,

482 Referenciado por CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 42 en nota 1.

483 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, pp. 72-73.

484 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 73.

MEDIDAS CAUTELARES

se seguiría grave daño del retraso en su ejecución, puesto que, de no adoptarse ahora medida alguna que impida la continuación de la comunicación pública no autorizada (lo que nosotros aludimos como prolongada situación de insatisfacción derivada de la continuación en la actividad verosíblemente ilícita) se permitiría que a medio de una actuación que prima facie aparece como antijurídica se siguiera vulnerando el derecho moral del autor hasta tanto recaiga sentencia firme, lesión no susceptible de reparación por más que llegara a abonarse la contraprestación patrimonial correspondiente [...]. AAP. Barcelona 24 mayo 1990 (RJC. 1990 IV, p. 1.023)⁴⁸⁵.

En el caso de un **peligro de infructuosidad** o bien “inutilidad” de la sentencia de mérito (JINESTA LOBO), se puede conjurar dicho peligro de que durante el desarrollo del proceso se verifiquen hechos que hagan difícil la efectividad plena de lo sentenciado

*cristalizando la situación de hecho o de derecho hasta el dictado de la sentencia [...] a través de las medidas cautelares conservativas o negativas, por ejemplo, la suspensión de la ejecución del acto administrativo [...] en cuanto impide que la situación de hecho o derecho sobre la que recaerá la sentencia principal se modifique durante la pendencia o mora del proceso*⁴⁸⁶.

Mientras que el **peligro de tardanza** se “[...] neutraliza anticipando provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva, a través de medidas positivas o innovativas⁴⁸⁷. Sin embargo, creemos nosotros que esa es solamente una regla general, porque **no podemos descartar casos en que el peligro de infructuosidad se vea conjurado a través de una medida positiva o, a la inversa, el peligro de tardanza por medio de una conservativa.**

Ahora bien, dejando de lado las categorías doctrinales generales, se ha indicado que para la configuración del *periculum in mora*

*no basta con cualquier acción dañosa, sino que el mismo deberá ser real y efectivo, material, moral, religioso o de cualquier índole; concreto y cierto, aunque no necesariamente actual, pues bien puede ser futuro [...] los daños leves o fácilmente reversibles en su totalidad, no pueden servir al efecto, y por el contrario, existen daños que aunque resarcibles, no son necesariamente reversibles*⁴⁸⁸.

Es decir, la **resarcibilidad o no resarcibilidad** no es determinante en sí misma para la configuración del *periculum in mora* tutelable. Sobre este tema, se ha señalado también en el derecho comparado:

Por eso, hasta la propia exposición de motivos de la Ley de 1956 especificaba que “respecto a la dificultad de reparación no cabe excluirla sin más por la circunstancia que podría derivarse de que la ejecución sea valorable económicamente”. Incluso en los casos en los que el daño causado es de naturaleza exclusivamente económica, el Tribunal Supremo tiene dicho que “la reparabilidad del daño no debe contemplarse exclusivamente desde la perspectiva de la Administración a los efectos de devolver lo ya ingresado [...], sino también desde la vertiente del patrimonio del administrado que con esa ejecución puede ponerse en situación de inestabilidad tal que haga imposible su recuperación [...]” (STS de 6 de mayo de 1996, RA 4151). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha manifestado que no puede rechazarse automáticamente toda medida cautelar por el hecho de que el derecho debatido en el proceso tenga contenido patrimonial,

485 VALLS GOMBAU (José Francisco). Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales. En: CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL. Consejo General del Poder Judicial. N.º 27, 1993. CD-ROM 27, Biblioteca del Poder Judicial.

486 JINESTA LOBO en JIMÉNEZ MEZA (Manrique). JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 169.

487 JINESTA LOBO en JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 169.

488 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 38. Véase también, entre otros, TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. N.º321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno.

MEDIDAS CAUTELARES

ya que la indemnización a posteriori puede resultar insuficiente para restaurar en su plenitud el derecho en cuestión (SSTC 238/1992 y 218/1994)⁴⁸⁹.

El Código habla de **daños o perjuicios, actuales o potenciales**. No es este el momento ni el lugar para diferenciar entre *daños* y *perjuicios*, para cuyo efecto la amplia jurisprudencia y la doctrina existente en materia de responsabilidad ya se han ocupado. Sin embargo, basta hacer la siguiente distinción básica que con respecto al concepto de daño nuestra jurisprudencia ha realizado:

El daño constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual (agregamos nosotros que también lo es de la contractual), por cuanto el deber de resarcir solamente se configura si ha mediado un hecho lícito dañoso que lesione un interés jurídicamente relevante, susceptible de ser tutelado por el ordenamiento jurídico. El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesis, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador. En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo⁴⁹⁰.

En este sentido, nuestra jurisprudencia se orienta por los siguientes principios:

[...] han de confluir, básicamente las siguientes características para ser un “daño resarcible”: A) Debe ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturales. El daño no pierde esta característica si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación o prueba; tampoco debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto pero futuro; asimismo, no cabe confundir el daño futuro con el lucro cesante o perjuicio, pues el primero está referido a aquél que surge como una consecuencia necesaria derivada del hecho causal o generado del daño, es decir, sus repercusiones no se proyectan al incoarse el proceso. En lo relativo a la magnitud o monto (seriedad) del daño, ello constituye un extremo de incumbencia subjetiva única del damnificado, empero el derecho no puede ocuparse de pretensiones fundadas en daños insignificantes, derivadas de la excesiva susceptibilidad. B) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo. Así puede haber un damnificado directo y otro indirecto: el primero es la víctima del hecho dañoso, y el segundo serán los sucesores de la víctima. C) Deberá ser causado por un tercero, y subsistente, esto es, si ha sido reparado por el responsable o un tercero (asegurador) resulta insubsistente. D) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño⁴⁹¹.

El “daño emergente” comprende la pérdida experimentada, y el “lucro cesante” la falta de una ganancia derivada del daño causado. DE CUPIS⁴⁹² nos señala el origen de tal distinción:

489 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 611 en nota 37.

490 *Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*. N.º 112 de las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos.

491 *Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*. N.º 112 de las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos. Sobre el tema de la necesaria relación de causalidad entre los daños o perjuicios alegados y la conducta objeto de tutela cautelar, véase lo dicho en el fallo 0000 15-F-TC-2008 de las ocho horas del trece de marzo de dos mil ocho,

492 DE CUPIS (Adriano). *“El Daño” Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, traducción de la 2º edición italiana, 1975, pp. 312-313.

MEDIDAS CAUTELARES

La distinción que exponemos encuentra sus fundamentos en las fuentes romanas, de donde ha sido trasplantada a los Códigos modernos “[...] quantum mihi abest quantumque lucrari, potui” se expresaba al respecto el jurisperito Paulo (D. 46.8.13 pr.), y el quantum mihi abest se traduce actualmente por “daño emergente” y el quantum lucrari potui por “daño por lucro cesante”. Su justificación se hace coincidir con el interés y el momento en que se considera: Si el objeto del daño es un interés actual o sea, el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente, pero, si por el contrario, el objeto del daño es un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene un daño lucro cesante.// Los ejemplos ilustrarán los conceptos. El automovilista que atropella a un peatón, perjudica no sólo los beneficios del ahorro de los gastos quirúrgicos y hospitalarios (daño emergente), sino también los que en el futuro hubiese podido adquirir por la permanencia inalterada de su integridad física (lucro cesante).

Claro está que el “lucro cesante” debe estar en estricta relación causal con el daño causado. Además nuestra jurisprudencia lo ha subrayado expresamente:

Uno de los elementos configurantes de la responsabilidad extracontractual subjetiva, lo constituye la relación de causalidad directa o eficiente que debe existir entre el comportamiento o conducta antijurídica y el daño, siendo este último el presupuesto de cualquier tipo de responsabilidad extracontractual por lo que su demostración también constituye un requisito sine qua non para que prospere la pretensión resarcitoria⁴⁹³.

Al respecto DE CUPIS señala:

Veamos ahora ilustrados con algunos ejemplos, cómo se comporta la relación de causalidad en relación con el lucro cesante. En el supuesto atropello de un peatón por un automovilista, el daño que el atropellado experimenta por la falta de sus ingresos profesionales es un daño mediato, que deriva directamente del perjuicio ocasionado a su integridad física, por ser normal, según el curso de los acontecimientos, que disminuida la integridad física se reduzca también la capacidad de obtener beneficios profesionales; y si el juez tiene el convencimiento de que, si no se hubiese producido el hecho habría obtenido mayores ingresos, concurren los elementos necesarios –relación causal y certidumbre del objeto- para la resarcibilidad del daño de que se trata⁴⁹⁴.

Una distinción importante debe darse entre el **daño futuro y el lucro cesante**. No debe confundirse la diferencia entre *damnum emergens* y *lucrum cesans* con la clasificación de daño *presente* y daño *futuro*, la cual hace referencia a otra particularidad. DE CUPIS nos dice:

[...] por daño presente hay que entender aquel que ya se ha producido cuando se juzga acerca del mismo, y por daño futuro, aquel que si bien hasta entonces no ha nacido es cierto que aparecerá en el futuro. Y tanto para juzgar del daño presente como del futuro, habrá, por supuesto, que tomar en consideración todos los elementos de conocimiento que existen en el momento del juicio [...]⁴⁹⁵.

El mismo Adriano DE CUPIS subraya esta distinción así:

Por daño presente se entiende el daño que ya se ha producido, y que, por tanto, existe en el acto, en el instante en que se considera el nacimiento de la responsabilidad. Por daño futuro, se comprende aquel que aún no se ha llegado a producir, considerado en tal momento [...] **El daño emergente puede ser**

493 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. N.º17 de las quince horas del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y dos.

494 DE CUPIS (Adriano). “El Daño” Teoría General de la Responsabilidad Civil. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, traducción de la 2ª edición italiana, 1975, p. 318.

495 DE CUPIS (Adriano). “El Daño” Teoría General de la Responsabilidad Civil. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, traducción de la 2ª edición italiana, 1975, p. 324.

MEDIDAS CAUTELARES

tanto presente como futuro y lo mismo se puede referir para el lucro cesante... *Quede claro, pues, que el daño por lucro cesante, que siempre tiene la condición de futuro respecto al momento en que se ha producido (en cuanto a su objeto es un interés todavía futuro) puede ser presente o futuro relacionado con el instante en que se produce el juicio. De análoga manera la distinción entre daño presente y futuro puede aplicarse también al daño emergente [...] Con todo, hemos podido apreciar (núm. 38) que el lucro cesante al insertarse en un campo hipotético, no puede ser tildado de cierto, más que en un sentido relativo, por lo que, respecto de su producción futura no podrá exigirse una certidumbre absoluta. Bastará probar que Ticio, según una razonable y fundada consideración, habría obtenido determinadas ganancias profesionales y que producida la lesión, de igual manera le es ya imposible adquirir.// La función, que querríamos llamar profética, que corresponde al juez respecto a los daños futuros, está fundada en la posibilidad de un conocimiento, por descontado que imperfecto, de lo que aún no existe*⁴⁹⁶.

Superada esta elemental distinción, el *daño* a que se hace referencia no se equipara necesariamente en el Código Procesal Contencioso Administrativo al **daño patrimonial**, bien se ha señalado que un **hecho dañoso**: “[...] constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona, el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haberse dado el hecho dañoso”. (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. RESOLUCIÓN 000636-F-2006 de las once horas del seis de setiembre de dos mil seis. Véase también Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y Resolución 584 de las 10 horas 40 minutos del 11 de agosto de 2005 entre otras).

En efecto, podría pensarse en la hipótesis de ponderación de daños en la **esfera jurídica extrapatrimonial**, ya sea que repercutan (caso del daño moral objetivo) o no (como sería el caso de un daño moral subjetivo o “puro” o de afección) en la esfera patrimonial para efectos de la valoración de la procedencia de una medida cautelar⁴⁹⁷.

El daño además de grave debe ser **antijurídico**, tal como lo ha establecido la jurisprudencia (Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 3055-2010 de las 10:00 hrs. del 17 de agosto del 2010⁴⁹⁸).

Nos interesa la distinción entre “**actuales**” y “**potenciales**”, pues podría generar confusión. **No se puede equiparar simplemente el término “potenciales” con eventuales**⁴⁹⁹, o de configuración incierta, pues en tal caso, no hay daño medible que sirva de parámetro de comparación, al contrario debe ser razonablemente fundado⁵⁰⁰. Ni tampoco siempre y en todos los casos, se puede equipar con daños **futuros** –no actuales– pero **ciertos**, sino también, en nuestra opinión, con los casos en que la desidia produzca un efecto negativo en la situación jurídica

496 DE CUPIS (Adriano). “El Daño” *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, traducción de la 2ª edición italiana, 1975, pp. 320-323.

497 Véase Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 000308-F-2006 de las diez horas treinta minutos del veinticinco de mayo de dos mil seis.

498 El Tribunal Contencioso indica en la sentencia: “... si bien, y eso sería de esperar, como consecuencia de un cierre eventual del negocio, se pueden generar daños en el actor – de eso no cabe duda a este juzgador – y si se quiere por una suerte de automatismo tales daños eventuales podrían ser considerados graves, (nótese que no se aporta prueba de poseer una familia que dependa del actor) no resulta posible, al amparo de una medida cautelar, el prolongar una actividad económica que confiesa el mismo actor, carece de licencia autorizante para el ejercicio de la misma...”

499 En sentido contrario tenemos la opinión de ROJAS CHAVES, para quien: “[...] el Código permite que el daño sea potencial, se sigue que no es indispensable que sea real y efectivo. Puede ser daño eventual.[...]un daño potencial no es un daño real y cierto. Precisamente la eventualidad de que se produzca revela que no es real y gramaticalmente lo potencial se contrapone a lo cierto”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. *Código Procesal Contencioso Administrativo comentado*. 1ª edición, Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 164). Es decir, para la autora citada, este presupuesto manifiesta la urgencia de proteger la situación del solicitante para impedir que el daño sea efectivo.

500 Sobre falta de prueba del *daño potencial*, véase la resolución del TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, n.º 311-2008 de las quince horas veinte minutos del dieciséis de mayo de 2008. Ahí se rechaza la medida cautelar solicitada por la empresa en contra de la municipalidad, para que esta se abstuviera de ingresar arbitrariamente a sus instalaciones. El juez no tiene por demostrado la perturbación o el daño potencial y les recuerda a las partes que no es necesaria una medida cautelar para que una institución se vea obligada a cumplir con la ley.

MEDIDAS CAUTELARES

aducida, ya sea **preexistente o potencial** para el titular de un interés subjetivo por la vía de un detrimento “con lesión directa de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, ya sea que altere o no una relación jurídico-administrativa preexistente, o impida el nacimiento de una potencial”. (Véase SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, RESOLUCIÓN 000074-F-2007 de las diez horas quince minutos del dos de febrero de dos mil siete)⁵⁰¹.

En términos más simples, se trata de **daños actuales**, si la conducta administrativa produce un efecto negativo en una situación jurídica **preexistente** y son **daños potenciales**, si son **futuros pero ciertos** o, bien, si por la desidia frente a la conducta sometida a proceso, se **impide el nacimiento de una potencial** al titular de un interés subjetivo; es decir, que se comprende además del titular de un derecho subjetivo a aquel que lo es solamente de un *interés legítimo*. También podría equipararse para efectos de tutela, un daño o perjuicio potencial sobre la situación aducida, aquel que reviste de las características grave amenaza sobre la situación jurídica aducida, no configurada, pero **inminente, pues en tal caso, mal haría el sistema de justicia si exige primero la consumación del daño para luego tutelar cautelarmente**.

En este sentido, aunque refiriéndose al *periculum in mora* en líneas generales, JINESTA LOBO nos dice que el

*daño grave e inminente supone una probabilidad cercana, de ahí la urgencia con que debe ser adoptada la medida cautelar, pues de no ser así el daño temido deviene en efectivo. En general, cualquier riesgo que pueda suponer amenaza de ineficacia de la sentencia es, potencialmente, un posible peligro que la cautelar está llamada a conjurar*⁵⁰².

También GARCÍA CARBALLO ha indicado en relación con el requisito del peligro en la demora (21 CPCA):

*que la medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios actuales o potenciales de la situación aducida. Lo anterior presupone que debe de existir aunque sea una probabilidad cercana para la parte interesada, de que su situación jurídico sustancial, se pueda ver lesionada en caso de no acogerse la medida, con motivo del transcurso del tiempo y que ello le va a ocasionar graves daños, sin embargo estos daños tal y como lo ha sostenido el Tribunal de Casación Contencioso, deben ser acreditados, con prueba pertinente*⁵⁰³.

Un caso en que el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo ha determinado como amparable en sede cautelar un daño “potencial” es el dilucidado en la resolución n.º 289 de las quince horas quince minutos del doce de mayo de 2008, expediente 08-00134-1027-CA referente a contratación administrativa: “[...] se plantea como necesario el requisito de contar con una frecuencia inalámbrica y que se plantea en los puntos 2.5.9 y 2.5.10 podrían realmente causar un daño potencial a la actora que se vería afectada en su giro comercial normal [...]”. (Cfr. 15:20:10-15:20:35 de la grabación digital correspondiente)⁵⁰⁴.

501 En realidad sería más propio hablar de lesión a la situación jurídico-subjetiva del solicitante, y no solo de derecho subjetivo o interés legítimo.

502 JINESTA LOBO (Ernesto). Manual del proceso contencioso administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, pp. 90-91. En sentido similar VILLALOBOS SOTO indica: “El artículo usa la expresión “daños graves o perjuicios, actuales o potenciales”, lo que indica que la lesión que se invoca no necesariamente se está dando en el momento de la gestión, pero que con la prueba y las reglas de la lógica se puede establecer su inminencia, es decir, la posibilidad de que suceda en un futuro cercano y posible”. (VILLALOBOS SOTO (Joaquín). Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo, IJSA, San José, Costa Rica, 2008, p. 217).

503 En: GARCÍA CARBALLO (Laura). *Incidencias del nuevo código procesal contencioso en el derecho tributario*. Documento extraído de Internet el 22 de mayo de 2009 de <http://www.impositus.com/MlxCarpetas.aspx?pad=6&item=43083>.

504 La medida cautelar *ante causam* se orientaba a suspender la apertura de ofertas dentro de una licitación pública del Banco Popular.

MEDIDAS CAUTELARES

En consecuencia ordena: “[...] que se suspenda la apertura de las ofertas que se presenten en el procedimiento licitatorio ya indicado... en el entendido de que las ya recibidas se mantengan en custodia sin abrirlas hasta tanto el presente proceso no sea resuelto por el fondo [...]”. (Cfr. 15:21:29 – 15:22:00 de la grabación digital correspondiente)⁵⁰⁵.

El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha admitido por su parte el daño “potencial” como amparable en sede cautelar. Ejemplo de esto es su resolución n.º 05-F-TC-2009 de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero de 2009, en la cual señala:

El periculum como muy bien señala el representante estatal aunque potencial para este Tribunal resulta aceptable una eventual afectación del patrimonio de la empresa, sin que quepa ahora hacer divagaciones técnicas sobre el vocablo de capital – patrimonio que pudiera sufrir de cara a una liquidación de bienes apresurada y en este momento histórico en el que se atraviesa, en ese sentido por tratarse de un hecho notorio, aunque potencial, podría y se toma como cierto. (Cfr. 15:27:18 – 15:28:13 de la grabación digital correspondiente).

En otro fallo el Tribunal Contencioso indica

“Nótese que la normativa actual supera el limitado criterio de daños de difícil o imposible reparación, para optar por un referente por demás amplio, como es, la posibilidad de que la ejecución de la conducta produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales. Lo anterior supone la posibilidad de tutela cautelar de potencialidades de daños. Ahora bien, es claro que el daño requerido para el amparo cautelar ha de ser efectivo o potencial, con independencia de si es material, moral o de otro orden. Si bien es cierto no es preciso que sea actual, pues bien puede ser potencial, es decir, a futuro, ciertamente el daño ha de ser concreto y cierto.”(Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 1420-2010 de las 13:15 horas del 22 de abril de 2010).

c.3. Principio racional de prueba

Nos dice GONZÁLEZ CAMACHO que la

certeza del daño no exige, sin embargo, una plena prueba, pues en vista de la sumariidad de la gestión cautelar, de la urgencia y algunas veces de la potencialidad del daño mismo, es prácticamente imposible su comprobación. En oportunidades especiales, son incluso consecuencia lógica e ineludible de la conducta pública, por lo que no exigen mayor elemento probatorio. Por ello, el Tribunal Supremo habla en este caso de una comprobación a “través del principio racional de prueba, que no es otra cosa que el necesario y posible en cada caso particular”⁵⁰⁶.

JINESTA LOBO indica que

lo normal y ordinario, es que el administrado que solicita la medida cautelar, acredite el periculum in mora, hasta lograr un grado de certeza razonable acerca de la amenaza inminente de un daño a la situación jurídica

505 El fallo aclara que el plazo previsto para recibir ofertas dispuesto por el banco no fue prorrogado ni modificado por parte del tribunal. Encontramos otro caso interesante sobre un “daño potencial” en el fallo n.º 353-08 de las catorce horas treinta minutos del dos de junio de 2008, donde el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo indica lo configura el hecho de que la administración tributaria pueda seguir pidiendo al solicitante el requisito del “sello blanco” al momento de legalizar los libros de una sociedad, lo cual, según se indica ahí, configura un daño “potencial” amparable en sede cautelar pues limita de manera ilegítima el ejercicio de su profesión como abogado. En este tanto, este último fallo ordena a la Dirección General de Tributación que no vuelva a exigir, tal y como lo había exigido, la imposición del sello blanco en los formularios para la presentación de legalización de libros. En segunda instancia de este último caso, mediante fallo n.º 70-F-TC-08 de las once horas doce minutos del veintitrés de julio de dos mil ocho, se indicó que de mantenerse la práctica referida, se configuraría un daño potencial y, por tanto, acoge la totalidad de la medida cautelar.

506 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 38.

MEDIDAS CAUTELARES

sustancial de la que, probablemente, es titular. En tal sentido, la doctrina afirma que la cognición acerca del periculum debe asumir un nivel de certeza sobre la existencia de las condiciones de hecho⁵⁰⁷.

La **carga de la prueba** en este extremo le corresponde, en principio, a la parte que promueve la medida (Cfr. Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, n.º 447-08 de las dieciséis horas veinticinco minutos del catorce de julio de 2008 y resolución dictada a las ocho horas veinticinco minutos del primero de agosto de 2008, dentro del expediente 08-396-1027-CA⁵⁰⁸; del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 87-A-TC-2008 de las 10:25 hrs. del 8 de agosto de 2008⁵⁰⁹, y del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 168-2010 de las 8:30 hrs. del 26 de abril de 2010)⁵¹⁰.

507 JINESTA LOBO en JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 170.

508 En dicha resolución se resuelve sobre la solicitud de suspensión de la orden de cierre de un hotel ordenada por el Ministerio de Salud: “[...] de igual forma es ayuno la parte actora en demostrar concretamente con prueba fehaciente los daños que supuestamente dice podría sufrir el hotel ... si bien es cierto todo cierre de un establecimiento comercial por sí implica daños, la Sala Primera actuando como Tribunal de Casación ha sido insistente en que le corresponde a la parte promovente de la medida cautelar acreditar los daños y los perjuicios, sobretodo desde el punto de vista del peligro en la demora. La parte actora no logra acreditar el número de empleados que laboran en el hotel, tampoco logra demostrar cuál era la ocupación en ese momento del hotel a efectos de poder determinar qué daños podría sufrir el mismo en caso de hacerse el cierre respectivo, tampoco logra acreditar a cuánto ascendía el monto de pago por habitación promedio a efectos de determinar también al amparo del número de ocupación cuál sería el perjuicio económico que podría sufrir la empresa, tampoco demuestra con las respectiva órdenes patronales de la Caja Costarricense a cuánto asciende el número de la planilla de los empleados, hechos importantes a efectos de poder llegar al convencimiento de que efectivamente podría haber un peligro grave en la demora [...]”. (Cfr. 8:34:00 – 8:35:12 de la grabación digital correspondiente).

509 El Tribunal de Casación consideró que la prueba del daño debe ser proveída por el apelante y no por el Tribunal: “En su escrito de apelación el apoderado general judicial de la sociedad D.E.S.A., indica que el A quo consideró que en el caso concreto se cumple el presupuesto del peligro en la mora en vista de que la única actividad comercial que realiza la promovente de la medida cautelar es la venta de planchas para cabello, por lo que la cancelación de su registro marcaría conlleva a la posibilidad de quiebra, dado el tiempo que tarda la tramitación del proceso plenario. Afirma, este punto corresponde a un hecho no conocido con anterioridad y del cual no existe fundamento probatorio, por lo que ofrece prueba documental para ser evacuada en alzada [...] se debe rechazar la solicitud en lo relativo a que la obtención de probanzas sean gestionadas por este Tribunal, cuando en realidad, nada impide que el apelante proceda a su solicitud directamente ante las autoridades administrativas correspondientes.” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 87-A-TC-2008 de las 10:25 hrs. del 8 de agosto de 2008).

510 En el fallo indicado el Tribunal de Apelaciones resuelve “[...] la parte actora no ha hecho referencia puntual a esos daños graves actuales, o potenciales que le causaría la ejecución del acto cuya suspensión transitoria pretende, no se ha hecho ninguna argumentación en ese sentido, en realidad el tribunal en este aspecto, si bien en algunos casos podría inferirlo como lo ha hecho, lo cierto es que al menos necesita información respecto de los hechos o algún otro alegato que ponga de relieve efectivamente ese daño grave actual o potencial que sufriría la situación jurídica aducida de no accederse la medida cautelar pretendida” (Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 168-2010 de las 8:30 hrs. del 26 de abril de 2010).

MEDIDAS CAUTELARES

Sin embargo, cabe sugerir el complemento de este principio con la aplicación de la doctrina de las **cargas probatorias dinámicas**⁵¹¹, según la cual

*más allá del carácter de actor demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla. Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se vería imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad*⁵¹².

511 No son este el momento ni el lugar para ocuparnos de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, para ello remitimos a la obra de PEYRANO (Jorge Wálter), Y LÉPORI WHITE (Inés). Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004, 638 p.). Sin embargo, para los efectos que interesan, basta indicar que la doctrina y jurisprudencia comparada han flexibilizado el viejo rigor formalista de la carga de la prueba, en particular aquel que le imponía la carga de la prueba al accionante, esto es, no el poder de probar sino las reglas de distribución del riesgo de no hacerlo. De manera que la corriente contemporánea ha perfilado la existencia reglas “dinámicas” de las cargas probatorias o de desplazamiento de la carga probatoria en virtud de reglas elementales de solidaridad, colaboración y buena fe, y de la obligación que tienen ambas partes litigantes de colaborar en el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, lo cual exige ciertas cargas probatorias a la parte que se halle en situación de poder cumplirlas, para ser más exactos, a quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir la prueba necesaria, quien posee o tiene a su alcance con mayor facilidad los medios para atraer el conocimiento necesario al juzgador en aras de la verdad real y una solución justa – según las circunstancias del caso concreto-. En síntesis, según el principio de las cargas probatorias dinámicas **se coloca la carga probatoria en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones de producirla**. Así la jurisprudencia comparada ha dicho que “*En materia probatoria, no existen reglas absolutas ni inamoviblemente rígidas; el principio de la carga probatoria dinámica impone la prueba a la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla, pues ambos litigantes están obligados a colaborar en el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva*”. (CNCom., sala B, 23-2-99 “Banco de Galicia y Buenos Aires, c/Il., P.M.N y otros” citado en PEYRANO (Jorge Wálter), Y LÉPORI WHITE (Inés). Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 551.). Y también: “*Las reglas de distribución de la carga probatoria asumen un carácter dinámico, en cuanto dependen de las circunstancias del caso concreto, por cuanto pueden recaer en cabeza del actor y demandado según fueren las circunstancias y la situación procesal de las partes*” (CCCom, de Resistencia, sala IV, 23-4-96, “C. de G, E. c/l.J.R” citado en PEYRANO (Jorge Walter), Y LÉPORI WHITE (Inés), Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 551.). Ahora bien, también se dicho que lo anterior no habilita para que en cualquier contienda resulte aplicable, sino que “*su aplicación quede sujeta a casos excepcionales y siempre que la complejidad, alta especialización u otras circunstancias de excepción lo hagan propicio, en aras de decidir con mayor amplitud de elementos de prueba aportados*”. (CN.Fed. CC, sala III, 3-8-94 “Grandes Pinturerías del Centro SA c/ Transportes San Jorge SRL” citado en PEYRANO (Jorge Wálter), Y LÉPORI WHITE (Inés). Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 561.). Es decir que “*las reglas que rigen la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del caso sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, dada la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de las normas procesales, a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal*” (del voto de disidencia de los Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert) CSJN, 16-1-99, “San Martín Aguilar, Julio C. y otro” citado en PEYRANO (Jorge Wálter), Y LÉPORI WHITE (Inés), Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 562.). En síntesis, conforme con la teoría de las cargas probatorias “dinámicas” “*se considera como regla de distribución de la carga de la prueba, el colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla*”. (SJT de Santiago del Estero, Sala Civ. y Com., 14-7-97 “Ruiz Héctor y otros c/Bunge y Born” citado en PEYRANO (Jorge Wálter), Y LÉPORI WHITE (Inés). Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 562). La justificación de este principio es el principio de verdad real y la búsqueda de la solución justa según las circunstancias del caso concreto, lo cual engarza con la más elemental *buena fe* como norma de conducta y criterio para enjuiciar la validez de los actos públicos y privados. Es decir, “*configura un principio procesal de buena fe conforme al cual quien se encuentra en mejores condiciones para justificar el hecho constitutivo de su defensa debe realizar los aportes probatorios consiguientes y no ampararse en una mera negativa o transferir la responsabilidad de la prueba a la otra parte, invocando criterios absolutos o rígidos en la materia*”. (CCMPaz y Trib. n.º 4 de Mendoza 4-5-99 fallo 99194639 citado en PEYRANO (Jorge Wálter), y LÉPORI WHITE (Inés). Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 558.).

512 LÉPORI WHITE (Inés). Cargas probatorias dinámicas. En PEYRANO (Jorge Wálter) Y LÉPORI WHITE (Inés). Cargas probatorias dinámicas. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 60.

MEDIDAS CAUTELARES

Según, PEYRANO dicha orientación

*importa un desplazamiento del onus probandi, según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos*⁵¹³.

Hay casos en que la evidencia del daño o perjuicio resulta del planteamiento mismo de la cuestión. JINESTA LOBO señala cómo el Tribunal Superior Contencioso Administrativo ha admitido en el auto 402-95 que “*en ocasiones tales daños inminentes resultan acreditados a partir del planteamiento de la cuestión de fondo, donde pueden quedar de relieve por su propia evidencia [...]*”⁵¹⁴. Es decir, hay condiciones en que la propia naturaleza del acto hace presumir la condición de urgencia requerida para la procedencia de la tutela cautelar.

Encontramos un ejemplo de lo anterior en el fallo dictado por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo a las nueve horas cincuenta minutos del 17 de abril de 2008 dentro del expediente 08-169-161-CA. En dicho fallo, el juzgador consideró necesaria la anotación de la demanda al margen del asiento de inscripción, como medida asegurativa, por estar en discusión la suerte del bien inmueble, aunque ya constaran en este bien tres anotaciones de demanda y unas advertencias administrativas⁵¹⁵.

513 PEYRANO, Jorge Wálter, citado por LÉPORI WHITE (Inés). *Cargas probatorias dinámicas*. En PEYRANO (Jorge Wálter) Y LÉPORI WHITE (Inés). Cargas probatorias dinámicas. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 61.

514 Citado por JINESTA LOBO en JIMÉNEZ MEZA (Manrique). JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 169.

515 Lo que indica concretamente el juzgador es lo siguiente: “[...] la anotación de la demanda es una medida asegurativa, es una medida preventiva, que tiene como finalidad alertar a terceros poseedores eventuales de buena fe de la existencia de procesos judiciales, a efectos de que las partes tengan conocimiento de los mismos y determinen, eventualmente, la disposición, la compra, o la no negociación respecto de los mismos. Por la naturaleza de esta medida asegurativa este órgano jurisdiccional considera que se rompe un poco el principio sostenido por la Sala Primera porque es difícil la demostración de los daños en estos casos. Ahora bien, si bien es cierto la parte no los acredita, porque no los acredita, este órgano jurisdiccional es del criterio de que este tipo de medidas, y haciendo una ponderación del interés público, mas bien lo que viene a hacer es alertar a posibles ciudadanos de la existencia de procesos judiciales. Mal haría esta juzgadora en no realizar la anotación, independientemente de la cantidad de anotaciones que existan sobre el inmueble. Hay que aclarar que no existe una limitación registral en cuanto a las anotaciones que se pueden realizar [...] y por lo tanto, ponderando el interés de terceros adquirentes de buena fe es que este órgano jurisdiccional llega a la conclusión de que la presente medida tiene que anotarse y se acoge en ese aspecto [...]”. (Cfr. 10:48:43 – 10:50:10 de la grabación digital correspondiente). Asimismo rechaza un reconocimiento judicial solicitado (84 CPCA) por no ser ésta la vía pertinente ya que se trata de una prueba anticipada y no de una medida cautelar. Nosotros no consideramos, como queda en evidencia mas arriba, que el caso de la anotación de la demanda sobre un bien inmueble sea un supuesto de “excepción” al principio racional de prueba, sino todo lo contrario, su confirmación. Ya que en este caso en particular es evidente que al estar en discusión la suerte del inmueble resulta la necesidad de evitar inminentes daños sobre posibles terceros de buena fe, los cuales se verían eventualmente involucrados con el bien y afectados, directa o indirectamente, por la suerte que este corra en el proceso. En efecto, la acreditación de tales daños inminentes sobre terceros de buena fe desconocedores del proceso resultaba de los propios autos y del planteamiento del caso. En este sentido, como indicamos, es nuestra opinión que la anotación de la demanda sobre un asiento registral no resulta una excepción a lo establecido por la Sala Primera.

MEDIDAS CAUTELARES

Hallamos otro ejemplo en el fallo dictado dentro del expediente 08-12-161-CA a las diez horas y dieciocho minutos del veinticuatro de enero de dos mil ocho, en tanto considera que la suspensión misma en el ejercicio del notariado para cualquier profesional - notario público daña su imagen y patrimonio y, en ese tanto, considera cumplido el requisito que impone el 21 CPCA⁵¹⁶.

El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ha indicado por su parte “[...] *el Tribunal ha mantenido el criterio de que ciertamente la suspensión en el ejercicio de una profesión cualquiera que ésta sea causa un daño en diferentes vertientes de la vida personal y profesional de una persona que puede incluso tener trascendencia en el círculo familiar [...]*”⁵¹⁷.

Sin embargo, este último criterio no es unánime, pues el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha decidido por otro lado (véase el fallo n.º 129-F-TC de las quince horas con veintitrés minutos del quince octubre de dos mil ocho) que es requisito necesario aportar prueba racional sobre los ingresos notariales y el carácter esencial de dichos ingresos para el gestionante de la medida en su entorno familiar y núcleo social⁵¹⁸.

Por otro lado, hay condiciones en los propios hechos donde se fundamenta la medida que hacen evidente la inexistencia de tal *periculum in mora*. Como ejemplo de esto, podemos ver el caso ventilado en la sentencia n.º 70-2008 del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, donde a los gestionantes se les había retirado su placa de taxi desde el 2001, y no fue sino hasta el 2008 cuando intentaron una medida “cautelar” para que se les permitiera seguir operando el servicio de taxi (ya sea con esas placas o mediante la gestión de otras nuevas, restituyéndolos como oferentes “elegibles”). El tribunal con toda razón estableció ante semejante pretensión que

[...] el peligro en la mora, referido a los graves daños y perjuicios de conformidad con el artículo 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en este caso no se presentan [sic] ya que se tiene por probado [...] que los gestionantes desde el año 2000 y 2001 ya se les había retirado las placas de taxis por lo que desde hace tiempo vienen gestionando el servicio de taxi sin contar con sus respectivas placas, o sea, [...] la conducta

516 Cfr. TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución de las diez horas y dieciocho minutos del veinticuatro de enero de dos mil ocho, dentro del expediente 08-12-161-CA. También puede verse sobre el tema el fallo dictado dentro del expediente 08-06-161-CA a las diez horas treinta minutos del 22 de enero de dos mil ocho, donde el juez indica que aunque la parte promovente no demuestra a qué se dedica la sociedad que es desalojada en la vía administrativa o el perjuicio que se le causaría a esta, el efecto evidente de la orden de desalojo dictada por el Ministerio de Seguridad es el lanzamiento, y, dado que había un contrato de arrendamiento de por medio -aunque este se extinga- (art. 113 LGAUS), se debe acudir al proceso de desahucio, por tanto, mantiene la medida cautelar adoptada.

517 Se trata del fallo n.º 108-F-TC-08 de las quince horas treinta y cinco del diez de setiembre de dos mil ocho. Ahí se resolvió sobre la tutela cautelar de frente a una suspensión ordenada por el Colegio de Abogados. El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda revocó la resolución del Tribunal Procesal y sí acogió la solicitud de suspensión de la sanción. El mismo criterio, también fue sostenido por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo en el fallo n.º 72-F-TC-08 de las once horas con treinta y siete minutos del treinta de julio de 2008, y el fallo n.º 133-F-TC-08.

518 En sentido similar, el criterio de mayoría del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución 146-F-TC de las catorce horas cincuenta minutos del 29 de octubre de dos mil ocho, la cual declara con lugar el recurso de apelación y revoca la resolución número 591-2008 de las 9 horas 45 minutos del 2 de setiembre de 2008 dictada por el Tribunal Procesal Contencioso. En su lugar, se rechaza la medida cautelar. El Tribunal de Casación considera en su fallo 146-F-TC que “*ciertamente este Tribunal ha considerado que la suspensión en el ejercicio de una profesión o de función, como sucede en este caso, en sí misma causa un daño, pero eso no quita el deber procesal que impone la legislación a quien lo aduce de cumplir con ciertos presupuestos básicos en cuanto a su origen, alcances y formas de cuantificación, lo cual efectivamente en la especie echa de menos este Tribunal [...]*”. Sobre el tema también puede consultarse el fallo del Tribunal Contencioso Administrativo n.º 4074-2010 de las trece horas veintiún minutos del veintinueve de octubre de dos mil diez donde se advierte “*este Tribunal ha considerado que la suspensión de un profesional ciertamente tiene efectos perniciosos en la esfera jurídica del sujeto sancionado; sin embargo, es absolutamente necesario que el promovente acredite, al menos mediante aproximaciones probatorias o indicios, los daños o perjuicios, actuales o potenciales, que habrían de producirse con la ejecución del acto (resolución no. 58-F-TC-08 de las 11 horas 01 minuto del 18 de junio de 2008)*”.

MEDIDAS CAUTELARES

administrativa que está haciendo la administración en este momento, no veo la afectación o el daño ya que ellos no tienen ya las placas, entonces la solicitud de pedir estas placas o que se les siga gestionando con otro número de placa no tiene asidero jurídico”. (Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, resolución n.º 70-2008 de las 11:30 hrs. del 21 de febrero de 2008, expediente 08-09-161-CA, 11:34:07 - 11:34:52 hrs. de la grabación digital correspondiente)⁵¹⁹.

Respecto de este tema, también puede verse el voto del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo n.º 251-08 de las quince horas quince minutos del 29 de abril de dos mil ocho, dictada en el expediente 08-48-1027-CA que respecto de la necesidad de probar la afectación de la situación jurídico-subjetiva dispone:

[...] el representante de la parte actora fue omisa en demostrar los daños y perjuicios porque si bien es cierto señala de que pues eso puede causar un perjuicio (sic), la actuación de la administración, no demuestra ni concreta cuáles serían esos daños concretos que se les podría causar a los actores en caso de que esta medida no se acoja. Y esto es muy importante por lo siguiente: el art. 19 y ss. del Código Procesal Contencioso Administrativo dispone que para que proceda una medida cautelar que tiene como objeto asegurar el objeto del proceso contra el objeto pernicioso del tiempo en los procesos, a efecto de que una posible sentencia no se haga nugatoria, o sea la sentencia pueda tener efectividad en el caso de que se acoja, lo cierto es que los presupuestos que establece el art. 19 y ss. la parte actora no los acreditó, los daños y perjuicios que es eje el vértice sobre el cuál gira la medida cautelar no fueron demostrados, además de eso tampoco se aporta documentos que puedan evidenciar a esta juzgadora el perjuicio que podría ocasionarles a las partes el despojo de este inmueble cuando ellos no viven ahí [...]. (Cfr. 15:13:12 – 15:14:39 de la grabación digital correspondiente⁵²⁰).

519 En el fallo del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, n.º 75-2008 de las doce horas del veintidós de febrero de 2008, se analiza un supuesto semejante, pues resuelve el supuesto de *precariedad* de los derechos de los permisionarios de una placa de taxi confrontada con la conducta administrativa desplegada por el Consejo de Transporte Público, para efectos del necesario juicio de ponderación de los intereses en juego de los concesionarios y los usuarios del servicio. También en la resolución 308-08 de las dieciséis horas veinte minutos del veintitrés de mayo de 2008 referente a la *precariedad* de una construcción realizada sin permiso dentro de la zona marítimo terrestre, pues, a pesar de que había una solicitud de concesión, esta no da derecho al particular. Así su derecho es calificado de “casi inexistente” y se rechaza la medida cautelar de suspender la demolición de lo construido en dicha zona.

520 En este fallo, es interesante destacar que, si bien el juzgador no tuvo por demostrado el *periculum in mora*, porque no fue demostrado que los actores vivieran en el inmueble, la juzgadora sí ordena al IDA **evaluar las mejoras hechas en el bien inmueble a efectos de que sean canceladas a los actores**, como paso previo a ejercer cualquier tipo de acción. Dicho criterio fue confirmado por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en la resolución n.º 57-F-TC-08 de las nueve horas con treinta minutos del diecisiete de junio de dos mil ocho. Sobre el tema de la **acreditación racional del *periculum in mora***, véase también la resolución n.º 38 de las 9:50 hrs. del 08 de febrero de 2008, dentro del expediente 08-54-161-CA, así como también la resolución del TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO n.º 199-08 de las 14:15 hrs. del nueve de abril de dos mil ocho, dictada en el proceso 08-11-1017-CA (inexistencia de daño potencial porque el impulsor de la medida sí fue invitado al proceso de contratación) y la resolución n.º 186-08 de las 16:30 hrs. del tres de abril de dos mil ocho dictada dentro del expediente 08-01-1027-CA (no acreditación de un daño o perjuicio “grave” actual o potencial en contraposición con el principio de continuidad del servicio público). También sobre la demostración del daño o perjuicio grave la resolución n.º 469-08 de las quince horas del veintiuno de julio de 2008 (no se acredita debidamente la afectación que la eliminación de la declaratoria turística por parte del I.C.T. tendría sobre el giro comercial de la sociedad actora que explota un centro turístico, ni se prueba tampoco que la patente de licores de los restaurantes ubicados dentro del centro recreativo dependa directamente de la declaratoria turística). Sobre el *periculum in mora* como elemento clave en sede cautelar y el vértice sobre el cual gira el sistema cautelar, véase el fallo Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, n.º 367-08 de las doce horas cuarenta minutos del nueve de junio de 2008. También sobre la finalidad de la tutela cautelar en general, pueden verse los fallos del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo n.º 4-F-TC-08, n.º 5-F-TC-08, n.º 13-F-TC-08, n.º 14-F-TC-08 y n.º 15-F-TC-08, entre muchos otros. Asimismo, el Tribunal de Apelaciones también ha destacado sobre el tema: a) que el daño debe ser grave para que realmente haya peligro en la demora (res. 106-2010), b) que la demostración del peligro en la demora puede ser hasta indiciaria (res. 94-2010), c) que la cuantía del daño no es lo mismo que la intensidad del daño (res. 102-2010), y d) en el caso del cierre de la actividad de porteo que este puede constituir un grave daño, sin que esto prejuzgue sobre la licitud o ilicitud de la actividad (res. 101-2010).

MEDIDAS CAUTELARES

Ahora bien, GONZÁLEZ PÉREZ ha señalado que “la sola alegación de un perjuicio grave o irreparable no basta para disponer la tutela cautelar [...]”⁵²¹. SIMÓN PADRÓS comenta que sobre dicha base

*la jurisprudencia del Tribunal Supremo español es uniforme en cuanto a que la prueba del daño debe basarse en datos concretos y no genéricos, estando a cargo del peticionante de la medida cautelar justificar las causas que provocan los daños de imposible o difícil reparación. En esta medida, están excluidas las conjeturas, los perjuicios eventuales e inciertos. Sin embargo, se ha señalado con buen criterio, que no será preciso aportar las pruebas encaminadas a justificar la presencia de los daños y perjuicios cuando el periculum in mora se presupone habida cuenta del contenido del acto administrativo que se trata*⁵²².

El principio racional de prueba ha sido reiteradamente destacado por la jurisprudencia de nuestros tribunales contenciosos, de manera que basta con prueba posible y necesaria para establecer la certeza razonable del *periculum in mora*, no se necesita plena prueba, pero tampoco es equiparable a la simple enunciación de su existencia, pues por la sumariedad del proceso, basta con establecer su potencialidad razonable y fundada que sea consecuencia lógica suficiente de la conducta pública impugnada, así se aplicará el **principio racional de prueba** ⁵²³.

En este mismo sentido, se está orientando la jurisprudencia del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo que, en su resolución **05-F-TC-08** de las 10:45 horas del 06 de febrero de 2008, ha dispuesto la validez para nuestro ordenamiento del PRINCIPIO DE LA PRUEBA RACIONAL EN EL ÁMBITO CAUTELAR:

*[...] que se corresponde con una **prueba de equilibrio** si bien es cierto no se requiere de una prueba contundente porque no puede serlo en la medida cautelar, tampoco lo podemos dejar al arbitrio del solo dicho de quien recurre, hay de por medio también eventuales intereses públicos [...].*

(Véase también el contenido del voto 18-F-TC-08 de las 9:04 hrs. del 28 de marzo de dos mil ocho).

El tema ha sido tratado y explicitado en el marco del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo que, por ejemplo, ha señalado:

[...] es verdad que en estos aspectos la prueba de la medida cautelar no es una prueba contundente, no podríamos exigir una prueba veraz, cierta, efectiva, pero sí indicios, sí un nexo de causalidad, sí aproximaciones probatorias que lleven a un convencimiento sobre el tema. El tribunal está consciente de que se trata de una sumario cognitivo, y por tanto las valoraciones probatorias están restringidas, y dentro de ese marco lo que aquí también se ha discutido es esa lesión potencial del mercado de los fondos, y el Tribunal ha determinado que la parte actora no logra demostrar, no ha aportado suficientes elementos para determinar que el comportamiento financiero que se ha mostrado tanto en elementos técnicos de uno como de otro sector, sean consecuencia directa de un impacto en el sistema o en la creación del sistema de compensación. Esa prueba ayuna no permite al Tribunal establecer con certeza, o al menos, con valoración

521 Referenciado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso- administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 181.

522 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso- administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 182.

523 Véase al respecto, entre otros, los votos del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. N.º 171-2001 de las diez horas treinta minutos del diecinueve de junio de dos mil uno. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, II CIRCUITO JUDICIAL. N.º 20-2002 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del ocho de febrero de dos mil dos. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. N.º 287-2002 de las once horas treinta minutos del veintitrés de agosto de dos mil dos. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Segunda, Segundo Circuito Judicial de San José, N.º 308-2003 de las once horas quince minutos del once de junio de año dos mil tres. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Segundo Circuito Judicial de San José, n.º 327-2003 de las once horas diez minutos del veinte de junio de dos mil tres. Del TPCA, entre otros, el fallo 376-2009, de las nueve horas con cincuenta minutos del nueve marzo de dos mil nueve.

MEDIDAS CAUTELARES

suficiente, la existencia de un daño potencial que es viable proteger...no con el nuevo Código Procesal sino de siempre [...]. (Res: 58-F-TC-08 de las once horas y un minuto del dieciocho de junio de dos mil ocho)⁵²⁴.

Cabe destacar finalmente que la ausencia de prueba racional sobre el *periculum in mora* es el defecto más común del que adolecen las peticiones de medida cautelar que se interponen en sede contencioso – administrativa⁵²⁵.

d) Ponderación de intereses contrapuestos

No por la urgencia de tutelar, la situación jurídica del administrado deja de lado del código la necesaria ponderación del interés público comprometido (art. 22 CPCA), pues, tal como se indicó en subcomisión:

El proyecto busca un equilibrio entre administración y administrados, es un proyecto de garantía y equilibrio. No es un proyecto pensado ni a favor de la Administración, un proyecto estatista, tampoco es un proyecto exclusivamente pro-administrado y exclusivamente con miramiento a él, esta sería una visión equivocada⁵²⁶.

E incluso ha señalado la jurisprudencia

[l]as medidas cautelares no solamente están otorgadas por el Ordenamiento Procesal Contencioso Administrativo para ser utilizadas por los particulares, sino que el Estado también puede utilizar las medidas cautelares para proteger el interés público⁵²⁷

SUSANA DE LA SIERRA ha prestado particular interés a la ponderación que denomina el “eje” de la tutela cautelar contencioso-administrativa⁵²⁸, y un mandato de orden superior dirigido al juez “*para la resolución del conflicto de carácter indeterminado, por cuanto es una resolución provisional que permanece vigente durante un tiempo concreto y desaparece en todo caso una vez pronunciada la sentencia de fondo*⁵²⁹”.

Por su parte, CHINCHILLA MARÍN ha señalado que la tutela cautelar

es un problema que se resuelve con la ponderación y armonización de los derechos e intereses enfrentados en cada caso concreto. Ni puede mantenerse que el recurso sea automáticamente suspensivo, con independencia de que haya o no periculum, fumus, etc. [...], pues eso supondría paralizar la actuación

524 Sobre este tema del principio racional de prueba, véase también el fallo del TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, n.º 108-F-TC-08 de las quince horas treinta y cinco del diez de setiembre de dos mil ocho, y n.º 129-F-TC de las quince horas con veintitrés minutos del quince octubre de dos mil ocho, y sobre el tema de la necesaria relación de causalidad entre los daños o perjuicios alegados y la conducta objeto de tutela cautelar, véase lo dicho en el fallo de ese Tribunal de Casación 0000 15-F-TC-2008 de las ocho horas del trece de marzo de dos mil ocho. Asimismo, sobre el presupuesto del *periculum in mora* y su prueba, véase el fallo TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución n.º 77-F-TC-09 de las quince horas cinco minutos del 22 de abril de 2009.

525 Esta es una apreciación sostenida por la jueza tramitadora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, Marisol Salas Fallas, en entrevista realizada durante el curso de esta investigación. Obstáculos para la tutela cautelar en el CPCA. Realizada por José Álvaro López Camacho, el 27 de mayo del 2009.

526 Expediente 15134 Acta n.º 02 del 13-10-2004 citado por CASTRO LORÍA (Juan Carlos). *El control pleno de la Administración Pública en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: *Ivstitia* n.º 251-252, año 21, nov – dic 2007, p. 28.

527 Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 22-F-TC-09 de las 10:03 hrs. del 13 de febrero de 2009.

528 DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 368.

529 DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 368.

MEDIDAS CAUTELARES

administrativa y colocar los intereses privados por encima de los públicos sin que haya una razón que lo justifique; ni tampoco sostener -a modo de credo y dogma indiscutible- que la ejecutividad del acto administrativo viene siempre impuesta por el interés general de los ciudadanos. Es el Juez quien tiene que medir la intensidad de las exigencias del interés público con la intensidad del periculum in mora del ciudadano, y la proporcionalidad -respecto del interés que deba prevalecer- de la medida a adoptar. Esta es, según creo, una tarea de los Jueces, sin duda delicada y, también, incómoda pues se trata de la búsqueda de un difícil equilibrio⁵³⁰.

Sobre el papel de este juicio de ponderación y los límites de la tutela cautelar volveremos luego⁵³¹; pero basta ahora definir lo que queremos explicitar con este juicio de ponderación:

La ponderación es, como decía, un mecanismo de argumentación, de evaluación del peso de unos determinados intereses, intereses que en el marco de la tutela cautelar vienen determinados por la urgencia y el fumus boni iuris. Por ello, el contenido concreto de este elemento se encuentra en la jurisprudencia que desarrolla ambos conceptos [...] La ponderación implica, en primer lugar, integrar el periculum in mora y confrontar el riesgo que conlleva la adopción de la medida cautelar o, en su caso, la no adopción de la misma para todos los intereses implicados. Dicha valoración, además, ha de venir acompañada de la toma en consideración del fumus boni iuris, de manera que sólo las situaciones jurídicas prima facie susceptibles de ser protegidas pueden tener cabida en el discurso del juez cautelar. En fin, los intereses que se aleguen en el pleito han de ser concretos y no es válida la alusión genérica a los mismos como justificación del periculum que comporta la mora procesal, tal y como realiza, a título de ejemplo, el Tribunal Supremo en su auto de 13 de mayo de 1991⁵³².

En la necesaria ponderación de los intereses en juego, en efecto, se presenta la síntesis final del juicio cautelar.

530 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). En: *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Judicial. N.º 7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

531 ROJAS CHAVES señala que “[...] el Código sólo consagra como presupuestos de la tutela cautelar el periculum in mora y la apariencia de buen derecho. El interés público no se considera un tercer presupuesto, sino que deviene uno de los elementos que deben ser ponderados al otorgar o denegar la medida”. (Cfr. ROJAS CHAVES (Magda Inés). En AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 170). Tal como hemos dicho, consideramos que la no afectación de un interés público o de terceros prevalente es un presupuesto no escrito de la tutela cautelar en el CPCA, con lo cual, sí sería considerado un presupuesto incluido en el CPCA.

532 DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 368.

MEDIDAS CAUTELARES

Por tanto, la necesaria ponderación de intereses en juego será siempre **condición indispensable** para su adopción⁵³³, al grado de que justificaría la improcedencia de la medida en casos donde, en principio, hubiera prosperado. En este sentido, desde hace más de una década, nuestra jurisprudencia había apuntado lo relativo al **interés público** como parte del análisis cautelar:

[...] c.-) Interés Público Por último, debe ponderarse si frente a ese interés o derecho privado cuya tutela cautelar se pretende, existe o no un interés público contrapuesto que convierta en gravosa la petición esbozada, pues de ser así, sería difícil, cuando no imposible, acoger la medida requerida. Se impone aclarar aquí, que no se trata de cualquier interés público, sino solamente de aquel que posea el mismo rango del derecho fundamental a la tutela cautelar (incluido como parte del derecho fundamental de la tutela judicial, también consagrado en nuestra Constitución Política), y por ende, que sea capaz de relegarlo por intereses superiores. En todo caso, ese interés general (referido a derechos fundamentales de la colectividad o de terceros), no debe prevalecer en todos y cada uno de los supuestos, como tampoco, excluirse en forma indiscriminada, en todos ellos, y para el evento de que exista, deberá estar claramente expresado en el motivo o contenido de la conducta, o en su caso, comprobado en el procedimiento cautelar".(TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ N.º1-2007 de las once horas del doce de enero de dos mil siete, citando voto TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, número 167-2002, de las once horas diez minutos del treinta y uno de mayo de dos mil dos).

533 Se ha señalado que la "ponderación de intereses se impone desde el momento en que se reconoce que la situación administrativa es bipolar o multipolar y que la conducta administrativa puede tener doble efecto. De lo cual se deriva que no siempre procede el reconocimiento de la cautela y que en la determinación de esa procedencia se sigue un método que tiende a valorar intereses, así como los efectos de las decisiones que pueden ser tomadas". ROJAS CHAVES señala que "[...] el Código sólo consagra como presupuestos de la tutela cautelar el *periculum in mora* y la apariencia de buen derecho. El interés público no se considera un tercer presupuesto, sino que deviene uno de los elementos que deben ser ponderados al otorgar o denegar la medida". (Cfr. ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 179). Sin embargo, sí se trata de un presupuesto, así el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda lo ha indicado: "Es bien sabido que son tres los requisitos o presupuestos, mas bien presupuestos, de la medida cautelar, el que conocemos como *fumus boni iuris* entendido como la seriedad de la demanda, o probabilidad de acierto en las pretensiones esgrimidas, el llamado *periculum in mora* o peligro en la demora por la tramitación del proceso, y un tercero, que lo es como tercer requisito, independientemente de alguna corriente doctrinal que no viene aquí al caso, la ponderación de los intereses en juego en donde el Tribunal debe sopesar tanto el interés particular como el interés público [...]". (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 57-F-TC-08 de las nueve horas con treinta minutos del diecisiete de junio de dos mil ocho). Sobre los presupuestos de la tutela cautelar dentro del CPCA, véase en líneas generales también lo dicho en los fallos 26-F-TC-08, 43-F-TC-08, 58-F-TC-08, 59-F-TC-08 y 70-F-TC-08, y TPCA res. 376-2009 y 4074-2010, entre muchos otros. En el fallo n.º 95-F-TC-2009 el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo deja claro que el tercer requisito se corresponde con el "equilibrio en los intereses" y que la ponderación de los intereses es condicionante de la tutela cautelar. Sobre el deber de analizar todos los presupuestos véase el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso 99-F-TC-2009. En el citado voto 4074-2010 el Tribunal Contencioso señala "los presupuestos de la tutela cautelar son tres, el peligro en la demora, la apariencia de buen derecho y la ponderación de los intereses, particularmente el interés público" y "[s]ólo en la concurrencia de los tres elementos, es decir, de la apariencia de buen derecho, del peligro en la demora y que del análisis de ponderación de intereses se considere que daño sufrido por el particular debe tutelarse por encima de los demás intereses en juego, puede proceder el despacho a conceder la medida cautelar solicitada" (Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 4074-2010 de las 13:21 hrs. del 29 de octubre de 2010). Lo anterior engarza con la denominada "heterogeneidad" de los intereses públicos que nos lleva a superar la visión reducida del conflicto ventilado en sede contencioso – administrativo (interés público - interés particular), pues, conforme la sociedad se vuelve más compleja, los conflictos pueden involucrar distintos intereses generales que estén en pugna entre sí (v.gr. ambiente – producción, espacios públicos recreación deportiva – desarrollo vial, etc.) o bien, inclusive, que el particular potencie el interés público indebidamente apreciado por la Administración.

MEDIDAS CAUTELARES

La jurisprudencia constitucional también se ha referido al juicio de ponderación:

*Sobre el particular, es menester indicar que las medidas cautelares pretenden garantizar la eficacia de una eventual sentencia estimatoria –función esencial de la tutela cautelar-, si se cumplen los presupuestos de ésta, es decir, la apariencia de buen derecho -fumus boni iuris- y el peligro en la mora -periculum in mora-, característica que, en el caso concreto, se matiza por otro perfil que es la bilateralidad del periculum in mora, o bien, principio de proporcionalidad. Esto es que, atendiendo el interés público que está de por medio, se valora la suspensión o no de la ejecución del acto impugnado, **ponderando los intereses** que se suscitan en torno a su suspensión. En el caso que se examina, **al balancear el interés de la sociedad amparada frente al inminente daño al medio ambiente, la salud pública y el interés público en general, este Tribunal opta por garantizar la tutela al medio ambiente para que no se perpetúen los desequilibrios a la naturaleza. Nótese que el eventual daño medio ambiental y contra la salud pública, puede ser cualitativa y cuantitativamente mayor al perjuicio que le podría ocasionar a la empresa, la ejecución de las sanciones administrativas adoptadas por el Tribunal Ambiental Administrativo. Se insiste que, en el caso concreto y debido a la ponderación y vigencia que se debe dar a la tutela ambiental, el peligro en la mora puede ser más intenso para los intereses públicos que la ejecución concreta causaría a la empresa amparada. Asimismo, estima este Tribunal que la suspensión de los actos administrativos cuestionados supera la razonabilidad del fin que se busca con la decisión del Tribunal Ambiental Administrativo, que es, precisamente, la tutela y resguardo del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y las sanciones dispuestas en perjuicio de la empresa amparada pueden ser soportadas sin que se vaya en detrimento de la necesaria tutela al equilibrio ecológico.** (S.C.V. 15956-06).*

Y referencias primigenias a este pueden verse ahora en el **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, cuando alude en sus resoluciones a un **juicio de ponderación** en carácter de probabilidad, pues, según se afirma en su jurisprudencia “[...] simplemente **ponderamos** el impacto de esta medida para la institución actora y para la demandada [...]”. (Resolución **18-F-TC-08** de las 9:04 hrs. del 28 de marzo de dos mil ocho) y en otras se habla de la **“compensación de intereses en juego”**. (Resolución **04-F-TC-08** de las diez horas con catorce minutos del 31 de enero de dos mil ocho).

Dentro de este, como apunta JINESTA: *“debe ubicarse lo que la doctrina italiana ha denominado la **“bilateralidad del periculum in mora”** – principio de proporcionalidad – que le impone al órgano jurisdiccional ponderar los diversos intereses involucrados al dictar una medida cautelar”*.

Lo anterior ha sido reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo, para citar solo un caso, en el voto 256-06 de la Sección Primera, apuntó que

*lo que en doctrina se ha denominado **“bilateralidad del periculum in mora”**, ... impone aplicar el principio de proporcionalidad, ponderando los diversos intereses involucrados al acceder a la suspensión de la ejecución, debiendo así valorar el interés del solicitante (privado) frente a los intereses públicos o de terceros, por lo que sólo se otorgará la medida cuando el perjuicio que pueda sufrir el solicitante, sea cualitativa y cuantitativamente superior al daño sufrido por la contraparte⁵³⁴.*

Tal requisito está contemplado expresamente, como se vio al analizar la regulación, en el párrafo 1º del artículo 22 CPCA en cuanto obliga a lo siguiente:

*Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, **ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros**, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros.*

534 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. II Circuito judicial de San José, Goicoechea, n.º 256 -2006 de las catorce horas del primero de junio de dos mil seis.

MEDIDAS CAUTELARES

Sobre el tema señala CHINCHILLA MARÍN:

*Qué duda cabe que un interés general, capaz de justificar la denegación de una medida cautelar en presencia del periculum in mora y fumus boni iuris, sólo será el que pueda compararse en pie de igualdad con el derecho fundamental a la tutela cautelar [...] Ese interés general debe referirse, pues, a derechos fundamentales de la colectividad o de terceros, no tiene porqué prevalecer en cualquier caso, pero no puede descartarse que así sea según las circunstancias concretas de cada supuesto. Como tampoco puede excluirse que ese criterio de la ponderación del interés general pueda jugar también en favor de la adopción de medidas cautelares frente al acto administrativo*⁵³⁵.

Al respecto de este necesario juicio de balance, nos dice JINESTA en otro lugar que

*[d]ebe valorarse comparativamente el interés del sujeto activo con el interés público y el de terceros; la medida sólo se puede denegar cuando el perjuicio sufrido por la colectividad o terceros es cualitativamente superior al experimentado por el solicitante sin su otorgamiento*⁵³⁶.

Y más adelante comenta: “Este elemento del periculum in mora, pone de manifiesto la necesidad de armonizar o equilibrar la eficiencia y continuidad de la actuación administrativa con el derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida del administrado (artículo 8° LGAP)”⁵³⁷. El mismo autor advierte ahí que

*tal ponderación no puede suponer una potenciación del interés público, puesto que el artículo 41 de la Constitución Política, no permite que los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar estén condicionados o excepcionados por la relevancia o no de un interés público o supuesta «razón de Estado» [...]. Es importante advertir que cuando el ente público demandado o un tercero aducen una lesión por la eventual adopción de una medida cautelar, **se invierte la carga de la prueba** (onus probandi), por lo que éstos deben demostrarla para enervar el derecho a la tutela cautelar del solicitante*⁵³⁸.

Así por ejemplo, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha manifestado que solo una afectación **severa** al servicio público podría servir de baremo limitador a la eficacia de la cautelar (Cfr. Resolución **04-F-TC-08** de las diez horas con catorce minutos del 31 de enero de dos mil ocho).

La aplicación del juicio de ponderación que ordena el artículo 22 CPCA ha sido reiterada también por el **Tribunal Procesal Contencioso Administrativo**. En el fallo n.° 392-08 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del dieciséis de junio de 2008 donde el juzgador indica que “[...] cuando se adopta una medida cautelar necesariamente tiene que hacerse un juicio de proporcionalidad (sic): ¿qué pasa si la medida no se acoge? y ¿qué pasa si la medida se acoge? y ¿cuáles intereses se lesionan en caso de adoptarse por una u otra decisión? [...]”. (Cfr. 10:59:27 – 10:59:43 de la grabación digital correspondiente expediente 08-184-1027-CA)⁵³⁹.

535 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. En: *Revista de la Administración Pública*. N.° 131 (May - Ago 1993), p. 178.

536 JINESTA LOBO (Ernesto). *Manual del proceso contencioso administrativo*. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 94.

537 JINESTA LOBO (Ernesto). *Manual del proceso contencioso administrativo*. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 94.

538 JINESTA LOBO (Ernesto). *Manual del proceso contencioso administrativo*. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, pp. 94-95.

539 En el mismo sentido, véase TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución 367-08 de las doce horas cuarenta minutos del nueve de junio de 2008. En el fallo n.° 95-F-TC-2009 el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo indica que el juicio de ponderación como tercer requisito “se reduce a establecer ¿qué pasa si se acoge la medida cautelar? y ¿qué pasa si no se acoge? frente a un baremo de afectación, como en este caso, del servicio público, una afectación en la doble vertiente cuantitativa y cualitativa del servicio”

MEDIDAS CAUTELARES

Como ejemplo de este juicio de ponderación, podemos ver lo dispuesto en el fallo 70-2008, ya antes referido, donde el juzgador resuelve lo siguiente respecto de este extremo:

respecto de la ponderación de los intereses en juego que el artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo es claro que aquí tenemos al Consejo del Transporte Público y al Estado que tienden en sus conductas a proteger los intereses legítimos de los concesionarios, valga la redundancia “legítimos”, y de los usuarios del servicio público de taxi o de transporte mediante taxis y también hay una idea ... que el interés es poner en orden en [sic] este tema todo lo que es este servicio público de conformidad con el mandato de la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la modalidad de Taxis [...] la ley es clara que trata de poner orden en esto y la conducta administrativa del Estado y del Consejo de Transporte Público se dirige a eso, por lo tanto hay un interés público superior que está sobre el interés particular de los gestionantes, que de acuerdo al marco de hechos que he dado, es obvio de que su derecho es precario, débil, tenemos un interés superior de orden en lo que es materia de servicios públicos y unos prestatarios aparentes, precarios, que no tienen suficiente asidero como para mantener la situación, o sea, que de que yo le ordene sacrificar el interés público por el interés particular no es lo conveniente y esto es lo que trata de indicar el artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo. (Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, resolución n.º 70-2008 de las 11:30 hrs. del 21 de febrero de 2008, expediente 08-09-161-CA, 11:34:52 – 11:36:35 hrs. de la grabación digital correspondiente. Véanse también sobre el tema de la ponderación de los intereses los fallos n.º 75-2008 de las doce horas del veintidós de febrero de 2008; n.º 222-08 de las 10:40 hrs. del dieciocho de abril de dos mil ocho y n.º 286-08 de las doce horas treinta minutos del nueve de mayo de 2008, y resolución dictada dentro del expediente 08-180-161-CA de las catorce horas del tres de abril de 2008⁵⁴⁰, entre muchos otros. Del Tribunal de Apelaciones, véase, entre otros el fallo n.º 142-2010⁵⁴¹).

540 En este caso, se trataba del cierre de un *albergue para personas con discapacidad mental* por parte del Ministerio de Salud, el cual, según reconocimiento judicial practicado al efecto, no reunía las condiciones básicas en cuanto a seguridad e infraestructura que la atención de personas en una situación de sujeción especial semejante requerían (infraestructura adecuada, atención por parte de profesionales que vigilen su desarrollo, lugares de esparcimiento, etc.). Por tanto, en tutela de dichas personas en situación de sujeción especial, el juzgador confirma las órdenes sanitarias, pues priva el interés de las personas que tienen una discapacidad a una vida íntegra y a mejores condiciones de vida sobre la situación particular del titular del centro. Hay que destacar en dicha resolución que el juzgador, atendiendo a estos intereses, también *modula* la resolución dando un plazo de 15 días para que se proceda al traslado ordenado y reubicación de las personas ubicadas en el albergue por parte de sus tutores legales. Dicha resolución fue revocada en apelación por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo que en resolución 26-F-TC-08 de las once horas veinte minutos del veintitrés de abril de dos mil ocho, atendiendo también a la ponderación de los intereses en juego, indicó que el cierre inmediato del albergue a quien más perjudicaba era a las personas discapacitadas, al no contarse con un plan alerno institucional para su reubicación, y por tanto: “*revoca la resolución recurrida y en su lugar se suspende el cierre únicamente por tres meses, en los que deberá iniciarse, al menos, las condiciones ordenadas por el Ministerio de Salud para adecuar el albergue o la casa a aquellos requisitos que a la fecha no han sido cumplidos. Vencido este plazo corresponderá al Tribunal de origen hacer un reconocimiento previo a efectos de determinar que va resolver sobre el particular*”.

541 El caso se refiere a la negativa de suspender una orden de desalojo basada en criterios técnicos, no cuestionados, para proteger el derecho a la vida de las personas involucradas. Ahí dispone el Tribunal de Apelaciones “*la ponderación entre evitar un daño a la dignidad humana y a la carencia de una vivienda digna y el daño a perder la vida, este Despacho tiene que inclinarse necesariamente por disposición de la Constitución Política en su artículo 21 y todo el resto del ordenamiento jurídico, en que proteger la vida (sic). Por tanto no le queda a este Despacho otra solución que revocar la medida cautelar dispuesta en la resolución venida enalzada y rechazar la gestión de suspensión de las órdenes de desalojo*” (Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 142-2010 de las 16:15 hrs. del 13 de abril de 2010).

MEDIDAS CAUTELARES

Así según hemos visto hasta ahora, el *fumus boni iuris* es un *requisito negativo* (casi asimilable a un *fumus non mali iuris*)⁵⁴²; es decir, basta que la demanda no sea evidentemente improcedente para dar el paso siguiente en el análisis de la tutela cautelar, ya que dicho requisito es el piso mínimo requerido.

Una vez superado ese piso mínimo, habrá que determinar si se da el *requisito positivo* que es el *periculum in mora* que establecerá si la ejecución o la permanencia de la conducta sometida a proceso producirá graves daños o perjuicios sobre la situación jurídica aducida. Finalmente, superado ese umbral, lo que determinará finalmente la denegación u otorgamiento de la medida cautelar será el **juicio de ponderación** de los intereses contrapuestos.

El artículo 22 del CPCA agrega como requisito necesario la **ponderación** del interés público involucrado (art. 22 CPCA). Como hemos indicado, según apunta BARCELONA LLOP⁵⁴³, ante la medida cautelar el anclaje constitucional abstracto o genérico de la autotutela cede frente a la necesidad de verificar qué es lo que realmente exige el interés general.

Debemos recordar siempre que *“el interés de la Administración Pública no siempre es coincidente con el interés público, por lo que no debe partirse de una tesis pro interés de la administración, el denominado in Dubbio pro Interés Público, sino que deben ponderarse las circunstancias en cada concreto y demostrarse la afectación de ese interés público. En todo caso, es una ponderación de intereses en juego y no una verificación del interés de la administración.”*⁵⁴⁴. Asimismo, también ha reconocido la jurisprudencia que *“el interés público máximo que persigue el Estado de Derecho es lograr que la actividad administrativa esté plenamente ajustadas (sic) a las reglas jurídicas que exige el Principio de Legalidad.”*⁵⁴⁵

542 Ver la expresión en BACIGALUPO (Mariano). La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 148. La jurisprudencia contencioso – administrativa ha asumido este enfoque: *“Basta entonces una apariencia superficial e inicial de seriedad para tener por satisfecho este presupuesto. Recientemente, la Sala Primera, fungiendo como Tribunal de Casación, ha establecido que este presupuesto debe ser entendido como el denominado “fumus non mali iuris” (resolución No. 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve), sea, que la solicitud cautelar no sea, de manera palmaria y evidente, carente de seriedad”* (Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 1420-2010 de las 13:15 horas del 22 de abril de 2010). En este sentido también el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo 129-F-TC-2009, entre otros.

543 Véase LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 588. Ahí apunta en el mismo sentido CHINCHILLA MARÍN: *“Si el fundamento de la ejecutividad del acto administrativo se encuentra en la necesidad de servir con eficacia a los intereses generales, en buena lógica habrá que concluir que el acto administrativo se verá privado de dicha cualidad cuando el interés general no exija la ejecutividad inmediata del mismo o cuando, aún exigiéndola, la protección cautelar frente al acto sea necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia, evitando que el tiempo que dura el proceso termine por privarlo de su finalidad. Asimismo, si el fundamento de la ejecutividad es la eficacia, y no la presunción de legalidad del acto, la no ejecución del mismo no puede ser una consecuencia de la ruptura de la presunción de legalidad, sino de la ausencia de fundamento (porque el interés general no reclame la ejecutividad del acto) o de la prevalencia, por encima de ese fundamento, del derecho a la tutela judicial efectiva (porque aun reclamándolo, sea necesario paralizar su eficacia o adoptar otras medidas para asegurar la efectividad de la sentencia”*. (Ibid. p. 589). Más adelante agrega también: *“La medida en que el interés general exija o no la ejecutividad del acto ha de calibrarse en cada caso concreto, y será el factor determinante en la adopción de las medidas cautelares, a que existe una relación de proporcionalidad entre la intensidad del daño que la ejecutividad causa al destinatario del acto, que, obviamente, no puede ser la misma cuando el interés general reclama el cumplimiento inmediato del acto, que cuando no lo reclama. Quiere decirse con ello que mientras menor sea la necesidad que el interés público tiene de que el acto se ejecute inmediatamente, menor será el perjuicio que tiene que producir la ejecutividad del acto en el destinatario del mismo para que se otorgue la medida cautelar”*. (Ibid. p. 592).

544 Ver fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 114-F-TC-08 de las 9:45 hrs. del 24 de setiembre de 2008. En el mismo sentido véase la resolución de Tribunal de Casación citado n.º 124-F-TC-2008 de las 9:00 hrs. del 3 de octubre del 2008.

545 Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 115-F-TC-08 de las 11:26 hrs. del 24 de setiembre de 2008.

MEDIDAS CAUTELARES

También hemos señalado, por otro lado, que tanto el *fumus boni iuris* como el *periculum in mora* se encuentran en relación de recíproca influencia⁵⁴⁶; es decir que ante la gravedad e inminencia extrema del daño, el rigor mínimo del *fumus* se puede ver disminuido aún más, y a mayor verosimilitud del derecho, el piso del umbral del *periculum* puede no ser tan alto, de tal manera que sus presupuestos constituyen todos un umbral flexible, **pues también el *periculum in mora* se encuentra relacionado con los intereses contrapuestos. Cuanto mayor sea la intensidad de la exigencia del interés general de que no se adopte la medida, debe ser mayor también el detrimento en los intereses subjetivos que justifique la adopción de la medida por encima de aquel.**

Ante tales premisas, es necesario concluir que habrá casos en que, a pesar de concurrir *ab initio* situaciones de extrema urgencia, dado el interés general prevalente en la ejecución del acto, no procederá dar, por ejemplo, un trámite *inaudita altera parte*, sino que será necesario recabar mayores elementos de convicción para decretar la cautela.

En consecuencia, es nuestra opinión que **la supresión que hace el CPCA de la fórmula tradicional del daño de “imposible o difícil reparación” por “graves” como umbral flexible, no se trata de un simple cambio de palabras para expresar la misma idea, sino todo lo contrario, el cambio de expresión supone un cambio en el régimen sustancial de la medida a favor del juicio concreto de ponderación⁵⁴⁷.**

Dicha ponderación deberá tomar en cuenta necesariamente el papel de una posible **contracautela** – consustancial o de verificación previa – que, a pesar de que será objeto de desarrollo posterior en este mismo capítulo, basta ahora definir, según TARAMONA como “[...] la garantía que deben aportar aquellos que solicitan alguna

546 Cabe señalar que la indicada denominación de principio de “*reciproca influencia*” junto con el término de “*umbral flexible*” fueron incorporados inicialmente en el trabajo final de investigación sometido a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Derecho de la UCR, para optar por el grado de Magíster en Derecho Público (2009), los cuales son la base de la presente investigación. Para satisfacción de este autor, luego ambos conceptos fueron reconocidos por la jurisprudencia en tales términos. Véase en este sentido las resoluciones 129-F-TC-2009 y 95-F-TC-2009. “*una visión tópica del problema. El problema es el que determina la solución y la cautelar se amolda a los problemas y a la realidad social*” (129-F-TC-2009), y sobre el principio de “*influencia recíproca*” (95-F-TC-09 y 129-TC-2009). En el voto 95-F-TC-2009 se indica: “*esos tres principios se rigen por el principio de influencia recíproca un principio que señala obviamente que a mayor seriedad de la demanda menor rigurosidad en la lesión o del periculum in mora y viceversa y a mayor interés público en la adopción o denegatoria de la medida, menor rigurosidad en el periculum. Hay una interrelación evidente entre ellos de tal manera que cuando hay un interés público superior los daños que han de requerirse para la adopción de la medida cautelar no pueden ser simples o comunes*”. En el fallo 99-F-TC-09 se habla de “*interdependencia*” de los presupuestos de la medida cautelar.

547 Es interesante apuntar aquí la referencia que hace ROJAS CHAVES acerca de teoría francesa del *balance* entre ventajas y desventajas como técnica de control del interés general a partir del carácter multipolar de la relación jurídico – administrativa “*derivado del enfrentamiento de diversos intereses, públicos y privados, los cuales pueden resultar tanto afectados como beneficiados por el acto cuestionado*”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 192). Sobre la técnica del *bilan* nos refiere la autora que “[...] la presencia del interés general debe derivar del resultado de la comparación entre los inconvenientes que origina la medida (sean estos lesiones a derechos, lesiones a otros intereses públicos, el costo financiero, etc.) y la ventaja obtenida por el acto que se cuestiona. En la base de la aplicación del “*bilan coût – avantages*” está la consideración del carácter triangular de la relación administrativa. Esta no es una relación binaria entre administración administrado, interés público – interés privado. Por el contrario, hay una presencia multipolar, derivada del enfrentamiento de diversos intereses, públicos y privados, los cuales pueden resultar tanto afectados como beneficiados por la conducta cuestionada”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 180). Haciendo referencia a la decisión conocida como *Ville Nouvelle Est* indica la autora como el Consejo de Estado estableció que “*una operación no puede legalmente ser declarada de utilidad pública si las lesiones a la propiedad privada, el costo financiero y eventualmente los inconvenientes de orden social que provoca son excesivos en relación con el interés que persigue. El interés público presente en ese acto puede oponerse a otros intereses públicos y al interés general. Ergo, la decisión administrativa puede enfrentar las diversas autoridades públicas así como el interés financiero de la colectividad*”. (Cfr. ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 181).

MEDIDAS CAUTELARES

*medida cautelar, para asegurar por la traba de ellas en el supuesto de haber sido decretadas indebidamente [...]. La contracautela supone una garantía por la realización de un acto jurídico procesal injusto*⁵⁴⁸, y que aparece regulada en el 28 CPCA, porque la necesaria contracautela permitirá sopesar y conjurar la protección de los intereses de las partes, de terceros y del interés general.

En virtud de este juicio obligado de ponderación, el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad y, dentro de él, el impacto sobre el interés público que supone la medida, así como a los daños y perjuicios proyectados sobre la situación jurídica de terceros, con el objetivo de que no se afecten de forma sustancial la gestión de la entidad ni, eso sí, de forma grave la situación de aquellos terceros. (Cfr. res, **04-F-TC-08** de las diez horas con catorce minutos del 31 de enero de dos mil ocho).

Es decir, el código exige examinar con cuidado, contrapesar y equilibrar la eventual lesión al interés general y de terceros con los daños y perjuicios provocados con la medida.

Esto es vital, porque no bastará cualquier afectación de la situación jurídica de terceros, propia y consustancial a cualquier medida cautelar, sobre todo aquellas que innovan y ordenan provisionalmente la situación fáctica o jurídica sustancial. En efecto, la afectación deberá ser **grave o severa**, de tal entidad que bastantada con la opción contraria que supone la medida, imponga una solución contraria a la que ordinariamente procedería.

En este punto, lo importante es recordar lo ya que hemos señalado antes “(s)ólo un perjuicio al interés público o de un tercero cualitativa y cuantitativamente superior con relación al irrogado al ciudadano al mantener los efectos de la conducta impugnada puede enervar su derecho a la tutela cautelar”⁵⁴⁹. JINESTA LOBO indica que

*La ponderación de los intereses en juego – del administrado, interés público y de terceros – no puede suponer, bajo ningún concepto, otorgarle prevalencia al interés público. Esto es, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar, no pueden ser sacrificados en el altar del interés público. En el Estado Social de Derecho es sabido que la satisfacción del interés general deriva, necesariamente, de la actuación conjunta Estado – Sociedad para el logro de los fines públicos, esto es, el interés público no coincide con el interés de la Administración, o lo que es lo mismo, el interés general no es patrimonio exclusivo de la última, sino que existen una serie de organizaciones colectivas y grupos de presión cuya actuación, también, se dirige a la satisfacción del interés general*⁵⁵⁰.

Lo anterior es reconocido por nuestra Ley General de la Administración Pública en su artículo 113, el cual indica que el interés público, entendido correctamente como la expresión coincidente de los intereses de los administrados, prevalecerá incluso sobre el interés de la Administración cuando puedan estar en conflicto.

Por ello, lo señalado en el párrafo 2º del artículo 22 CPCA debe ser tomado con extrema cautela, puesto que

*la primera impresión que produce es que trata de condicionar el ejercicio del derecho fundamental a la tutela cautelar a cuestiones presupuestarias y financieras. Sin embargo, lo cierto es que constituye un mandato para que el órgano jurisdiccional tome en consideración, entre otros extremos, las posibilidades y previsiones financieras, sin que éstas puedan enervar el goce y el disfrute del derecho fundamental a la tutela cautelar, pues que, en caso de mediar algún impedimento presupuestario aparentemente insalvable, el órgano jurisdiccional debe superarlo dimensionando o modulando el contenido de la medida cautelar en el tiempo*⁵⁵¹.

548 Citado por YAYA ZUMAETA (Ulises). *La contracautela: requisito de ejecución de las medidas cautelares*. En Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia, Centro de Investigaciones Judiciales. Año 3, n.º 8, Abril – Junio 2005, p. 96.

549 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.173.

550 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.172.

551 JINESTA LOBO (Ernesto). Manual del proceso contencioso administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 95.

MEDIDAS CAUTELARES

Antes bien, el interés general en juego puede más bien **acrecentar la necesidad de imponer la medida**, tal como sucedió en el caso resuelto por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo en la resolución n.º 226 de las quince horas cinco minutos del 18 de abril de 2008. En ese caso, suspendió el desalojo de un restaurante ubicado en la frontera norte (único que existía en la región y cuyos servicios sanitarios eran los únicos que brindaban ese servicio a todas las personas que transitaban por esa frontera). En ese caso concreto, el juzgador consideró que el mismo **interés público impulsaba** la suspensión de la orden de lanzamiento ordenada por el ICT, incluso aunque el actor no había acreditado con documentos idóneos los daños y las pérdidas que alegaba, ante la posibilidad de que las personas que pasaban por la frontera se quedaran sin los servicios que recibían en esas instalaciones y ante la inexistencia de un plan de contingencia en ese sentido impulsado por el demandado⁵⁵².

El párrafo final del artículo 22 CPCA obliga al juez a *tomar en cuenta* las posibilidades y previsiones financieras de la Administración Pública que esta deberá efectuar para la ejecución de la medida, pero no solo para aminorar su intensidad, sino también, opinamos, para **facilitar su ejecución o, incluso, para acrecentar su urgencia**, si es que existe, por ejemplo, una partida disponible, o bien, dichas posibilidades lo permiten. Sin embargo, en la hipótesis de la minoración de eficacia, no debe olvidarse que los derechos fundamentales no pueden quedar nunca supeditados a contenidos presupuestarios.

Reiterando lo dicho, en virtud de la ponderación de intereses contrapuestos, aun demostrando que la medida cautelar solicitada es *necesaria, idónea y proporcional*, y que si no se adopta se producirán graves daños o perjuicios a la situación aducida, y aun mediando apariencia de legitimidad, la tutela cautelar puede ser **denegada** si del juicio de ponderación se llega a la conclusión de que al ejecutarla se causará un perjuicio al interés público o al de un tercero que es **cualitativa y cuantitativamente** superior y, por lo tanto, se impone mantener la conducta impugnada.

Podemos ver el ejercicio de ponderación en la citada resolución **18-F-TC-08** de las 9:04 hrs. del 28 de marzo de 2008-05-08 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, la cual hace referencia a la **ponderación del periculum in mora** para denegar una cautelar solicitada por la CCSS en el sentido de suspender una pensión que había otorgado, según su dicho, ilícitamente:

*[...] simplemente **ponderamos** el impacto de esta medida para la institución actora y para la demandada [...] es lo cierto que el tribunal estima que de suspenderse la pensión a la demandada se le dejaría en una situación bastante precaria, la misma Caja con sus argumentos de algún modo refuerza el argumento, casi como argumentación reaccional de lo que señala la actora, es verdad que se manifiesta una preocupación... la preocupación nace de la escasez de recursos, en este sentido sin que este tribunal desconozca los problemas que una sentencia estimatoria podrían derivar [sic] es lo cierto que **no hay un interés público o no se observa de tal naturaleza que motiven la lesión importante también del interés de la demandada, en consecuencia ese “periculum in mora” no está perfectamente consolidado y eso nos permite abordar a la conclusión de la denegatoria de la cautelar [...]**⁵⁵³.*

552 La resolución indica, en lo conducente, lo siguiente: “[...] existe un interés por el cual yo debo velar, y es el hecho de que existe una gran cantidad de personas que pasan por esa zona que en caso de cerrarse el restaurante sin las medidas correspondientes para poder brindar ese tipo de servicios, que tal y como se desprende de las manifestaciones del ICT no se ha previsto, no podrían ser satisfechas, no tendrían acceso a servicios de alimentación necesarios ni tendrían acceso a servicios sanitarios, lo cual iría contra las normas de salud. Por otra parte, es importante señalar que existen situaciones intrínsecas al desalojo que causan perjuicios a la persona que ha venido detentando, como en este caso, un negocio comercial. El cierre de por sí de un negocio comercial acarrea perjuicios porque cesa la prestación del servicio alimentario, como en este caso, por lo tanto el cierre de un negocio genera de por sí un daño. Aunado a posibles mejoras que tienen eventualmente que ser reconocidas en el caso de que se den. Además, existe la necesidad, como lo señalaba anteriormente, de que el Instituto haga una previsión en el caso del cierre del negocio de qué forma va a solucionar el problema que señalaba anteriormente de la alimentación y de los servicios [...]”. (Cfr. 15:10:27 – 15:12:03 de la grabación digital correspondiente, expediente 08-37-1027-CA). Cabe anotar que el juzgador llama en esa resolución a las partes para llegar a acuerdos, haciéndolo saber al tribunal, si ellas así lo tenían a bien.

553 Sobre el tema también pueden verse los votos del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda n.º 4-F-TC-08, n.º 26-F-TC-08, n.º 72-F-TC-08, n.º 43-F-TC-2008 y n.º 129-F-TC, entre muchos otros.

MEDIDAS CAUTELARES

Otro ejemplo de lo anterior es constituido por la resolución n.º 05-F-TC-2009 de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero de 2009, donde el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo señala:

[...] en lo que corresponde a la ponderación de los intereses en juego el Tribunal estima que, sin duda alguna, debe de evitarse ese eventual daño para la parte promovente pero sin detrimento de la garantía de los intereses del Estado, el equilibrio entre ambos debe señalarse y los alegatos aquí expuestos tan bien por el señor representante del Estado con acierto y agudeza señalan, con buen tino, que no pueden dejarse al descubierto los intereses del Estado. El Tribunal entiende entre otras cosas, y esto también debe destacarse, que las partes no encuentran objeción grave a la fijación de una contracautela y que ambas partes, en tanto se garanticen los intereses del Estado que impidan ese daño, también están anuentes a una medida cautelar, que por lo demás no está sujeta a los pedimentos de las partes, porque hay que señalar quizá por último que en la medida cautelar no opera el principio estricto dispositivo o de congruencia y que bien puede el Tribunal señalar las adaptaciones y las medidas de contracautela pertinentes, una contracautela que también, como ha sido señalada con buen tino en esta audiencia oral, se constituiría como innovativa, todo ello al tenor de lo dispuesto, según lo que va dicho, por los artículos 20, 21, 28 y 30 del Código. En definitiva el Tribunal estima procedente la medida cautelar estableciendo una medida de contracautela que garantice los intereses del Estado, como ahora se dispone, en el plazo que se dirá y sujeta a las condiciones que también se establecen en la parte dispositiva. (Cfr. 15: 28: 16 – 15:30:40 de la grabación digital correspondiente).

En un fallo aún más reciente el Tribunal Contencioso destaca sobre este presupuesto:

“C) Equilibrio de intereses en juego. *En este tipo de medidas es de rigor ponderar los efectos que la eventual medida pueda llegar a generar en el ámbito del interés particular del petente versus el que se concrete en el interés público. Esta exigencia, a nivel doctrinario ha sido también objeto de comprensión en lo que se ha denominado bilateralidad del peligro en la demora. El juzgador, de previo a adoptar una medida cautelar, debe mesurar las implicaciones que esta decisión puede llegar a producir en el interés público, a la situación jurídica de terceras personas. Así en efecto lo dispone el numeral 22.1 del Código Procesal Contencioso Administrativo. En tal equilibrio, es necesario ponderar la incidencia que la cautelar produzca en la actividad ordinaria de la Administración Pública, pues bien puede llegar a truncar o afectar la gestión sustantiva de una determinada organización administrativa. En esta línea, la correcta ponderación del interés público conlleva a determinar el rechazo de la petición cautelar cuando el perjuicio al interés público sea superior al interés privado. De ahí que el citado mandato imponga como criterio valorativo en este particular, la consideración de la no afectación de la gestión sustantiva del órgano o ente. Así mismo, deben ser objeto de consideración las previsiones financieras o presupuestarias que debe adoptar la Administración Pública para ejecutar la medida cautelar. En el análisis de las cautelares, el juzgador no debe dar mayor importancia o potenciar uno de los tres presupuestos aludidos, pues cada uno de ellos forma parte de factores de una ecuación que permite determinar la procedencia o no de la medida. Uno solo de los elementos no puede llegar a determinar la pertinencia de la solicitud, pues solo de converger los tres supuestos, la medida sería viable. Bien puede darse un caso en que la ejecución de la conducta pública produzca un daño, la demanda no sea infundada, pero la medida solicitada, caso de disponerse, cause un daño aún mayor en la esfera del interés público o de derechos de terceros directa o indirectamente afectados, caso en el cual, en tesis de principio, sería inviable. Ergo, el juzgador debe sopesar cada uno de ellos para de manera integral, llegar a una decisión.”*(Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 1420-2010 de las 13:15 horas del 22 de abril de 2010).

Sección Segunda: Modalidades de la tutela cautelar

La pretensión tutelar tiene una relación de instrumentalidad con el proceso principal, de tal manera, debe haber una coherencia entre la pretensión ejercitada en el proceso principal y aquella que se pretende hacer valer en la sede cautelar. Por ejemplo, si lo que se reclama es una extralimitación en el ejercicio de una potestad, la tutela deberá ir encaminada a la correcta limitación de esta, o si lo que se reclama es la anulación de un acto indebidamente emitido, la suspensión de la eficacia de este podría ser lo más adecuado.

MEDIDAS CAUTELARES

En síntesis, la modalidad que la tutela cautelar asuma en una situación vital concreta debe guardar una razonable coherencia con lo que se pretende tutelar en el proceso principal. Sin embargo, es verdad que existe un margen legítimo de configuración de la medida a la luz del caso concreto, de manera que lo que aquí se enumere será una simple **caracterización**, mas nunca una tipología taxativa de las posibles medidas a adoptar.

La antigua clasificación según la forma en que aparecían legisladas las medidas cautelares en “típicas” y “atípicas” carece de utilidad en el contexto del CPCA, pues, según aparecen ampliamente reguladas (*numerus apertus*) después de la vigencia del Código de lo Contencioso – Administrativo, serán admisibles todas las adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. La jurisprudencia ha destacado que “*la justicia cautelar debe trascender la mera orden suspensiva como sub-especie de las medidas conservativas de contenido negativo, para introducir medidas innovativas, de contenido positivo, sean estas inhibitorias, ordenatorias o sustitutivas, pero siempre valorando, en cada caso, los alcances de los poderes del juez en torno al control de la discrecionalidad administrativa (ordinales 20, 42 f), 122 f) y 128 del Código Procesal Contencioso Administrativo)*”⁵⁵⁴.

a) Medidas conservativas (negativas, por regla de principio)

La distinción elemental es referida por HERNÁNDEZ – MENDIBLE así:

*Las medidas conservativas, de aseguramiento o de efectos negativos, que producen el efecto de impedir que se modifique la situación existente, **mantienen el status quo**. Dentro de este tipo de medidas podemos mencionar la suspensión de la ejecución del acto, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar. // Las medidas cautelares innovativas, de regulación o de efectos positivos, **introducen un cambio** – aunque de manera provisional, mientras dura el proceso – en la situación jurídica existente, permitiendo la prestación de una determinada conducta o autorizando una actividad; impidiendo de esta manera que pueda producirse un perjuicio de no otorgarse dicha medida cautelar*⁵⁵⁵.

Si bien las medidas “cautelares” tienen por finalidad primordial constituir “cautela” o proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, contra un peligro determinado, no todas las medidas cautelares son *conservativas*, ya que la cautela que por ellas se constituye no implica siempre y en todos los casos la conservación del *status quo ante* sino, en muchas ocasiones, lo contrario la *modificación, modulación o cambio* de ese estado preexistente de cosas, por uno nuevo o la anticipación de un estado de cosas que no podría normalmente presentarse, sino es por intermedio de la medida específicamente establecida al efecto. En ambos casos, la función conservativa o innovativa se orienta por la instrumentalidad y se coordina necesariamente con el proceso principal.

Ya desde hace mucho CARNELUTTI había hecho esta distinción, según da cuenta GALLEGOS FEDRIANI:

*entre **proceso cautelar conservativo** (“prevención conservativa”) y el **proceso cautelar innovativo** (“prevención innovativa”). La diferencia es explicada con claridad por REIMUNDÍN, para quien destaca que, en el primero se trata de conservar una situación de hecho, para impedir que su cambio pueda frustrar el resultado práctico del proceso principal, mientras que en el segundo la técnica consiste en disponer, desde el inicio, un determinado cambio en el estado de hecho*⁵⁵⁶.

554 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución n.º 250-2010 de las 8:00 hrs. del 29 de enero de 2010.

555 HERNÁNDEZ – MENDIBLE (Víctor Rafael). La Tutela Judicial Cautelar, en el contencioso administrativo. Editores Vadell Hermanos, Valencia – Venezuela – Caracas, 1998, p. 23.

556 GALLEGOS FEDRIANI (Pablo O.). Las medidas cautelares contra la Administración Pública. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 48.

MEDIDAS CAUTELARES

El sentido de la distinción entre medidas “**positivas**” y “**negativas**” se basaba en que las medidas positivas se “*imponen conductas a la Administración y no sólo suspenden sus actos*”⁵⁵⁷.

En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA comentaba los fallos de algunas Salas de lo contencioso – administrativo, introduciendo una “*medida cautelar «positiva» esto es, que, frente a un acto administrativo denegatorio de la Administración impone a ésta como medida provisional, mientras el proceso se substancia, una determinada conducta y una decisión de condena, en términos procesales*”⁵⁵⁸. Y luego comentando la sentencia constitucional del 29 de abril de 1993 celebraba que el Tribunal Constitucional:

ha despejado de manera definitiva el viejo y resistente mito del «carácter revisor» de la jurisdicción contencioso – administrativa, que ha jugado, y desgraciadamente sigue jugando, como este mismo caso demuestra, un papel limitador y restrictivo de los poderes jurisdiccionales [...] El juez no sólo puede, sino que debe otorgar esta tutela en cuanto resulte necesario para la efectividad de ese derecho y de los intereses legítimos por él tutelados [...] De ahí que la existencia de las medidas cautelares no ha de limitarse, según el sistema tradicional, a la suspensión del acto impugnado; puede y debe incluir cuanto «sea adecuado a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue». Obsérvese que al Tribunal, como dice de manera expresa, le es indiferente si ha habido o no mera suspensión o modificación del acto impugnado; es decir, acepta expresamente la licitud (y la constitucionalidad, específicamente) de una medida cautelar que hubiese consistido en la modificación del acto impugnado. De este modo, han quedado definitivamente consolidadas por la autoridad del Tribunal Constitucional medidas cautelares positivas [...]»⁵⁵⁹.

Así en términos simples, la medida positiva impone a la Administración un deber de una determinada conducta por virtud de la tutela cautelar ordenada y, en términos más exactos, GONZÁLEZ CAMACHO la define como:

aquella decisión judicial que con carácter precautorio y provisional, suple comúnmente la inactividad de la Administración o su acto negativo (y en algunas ocasiones del tercero particular demandado), ordenado la adopción de una conducta activa idónea (de aseguramiento, creación, o regulación), o de ser posible y necesario, emitiéndola directamente, con el objeto de crear una condición jurídica particular hasta el momento inexistente, o de garantizar la que ya impera, permitiendo así la satisfacción real y efectiva de los derechos e intereses lesionados al actor, susceptibles de reconocimiento en una eventual sentencia estimatoria⁵⁶⁰.

557 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso – administrativas y su ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y “jurisdicción plenaria” de los Tribunales contencioso – administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales*. En: *Revista española de Derecho Administrativo*. Civitas, n.º 79, Julio – Setiembre, 1993, p. 476.

558 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La batalla por las medidas cautelares*. Civitas, Madrid, 2. edic, 1995, 225 p.

559 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso – administrativas y su ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y “jurisdicción plenaria” de los Tribunales contencioso – administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales*. En: *Revista española de Derecho Administrativo*. Civitas, N.º 79, Julio – Setiembre, 1993, p. 486.

560 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 59. Otra definición de las medidas positivas es la siguiente: “*La medida cautelar positiva permite suplir la inactividad de la Administración o bien, su acto negativo (decisión de rechazo de la pretensión en vía administrativa). Por ende, a través de la medida positiva se puede ordenar la adopción de una conducta activa idónea de aseguramiento, creación o regulación para crear una condición jurídica particular hasta el momento inexistente o garantizar la imperante; así puede configurar o regular una situación jurídica. En ese sentido, el juez va a dejar de ser “administración negativa”, el poder que anula y asegura la conformidad del acto administrativo con el derecho para contribuir a la acción pública e incluso con la política pública*”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. *Código Procesal Contencioso Administrativo comentado*. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 153). Al respecto de lo último debemos remarcar que el juez cuando anula y asegura la conformidad de la conducta pública no es nunca “administración negativa” en sentido estricto, sino que ejerce su habilitación constitucional, como garante de la legalidad del funcionamiento de la conducta pública.

MEDIDAS CAUTELARES

Si el acto impugnado es un típico **acto negativo** – que por su propia naturaleza deniega lo que no debe u omite lo que debe, pero en modo alguno constituye o innova - ni aún teóricamente cabría suspenderlo por su propia naturaleza de acto negativo. Ni la propia Sala Constitucional ha admitido suspender actos negativos, porque, como bien ha dispuesto, **estos actos no se suspenden**: “*Estima la Sala que los actos negativos no se suspenden con la interposición y admisión de un recurso de amparo, por lo que debe mantenerse la ejecución de los actos impugnados*”. (Voto 3972-93 de las 15:12 hrs. del 18 de agosto de 1993. En el mismo sentido, el voto 3768-93 de las 14:36 hrs. del 6 de agosto de 1993).

En palabras simples, si se suspende la nada, igual no se obtiene nada, pues el administrado **se queda en igual posición frente a la inactividad** donde se encontraba antes de establecer la medida. Aunque se haya dicho que la suspensión de un acto negativo y la medida cautelar positiva son “*dos caras de una misma moneda*”⁵⁶¹, nos parece que, en sentido estricto, la suspensión de la nada no es *per se* igual a algo, por lo tanto, lo que procede es el dictado de una medida *positiva* que innove la situación jurídica preexistente, incluso mediando actos de *efecto mixto*⁵⁶².

Ahora bien, y a pesar de que por lo general, la medida cautelar conservativa (que mantiene el *status quo ante*) por excelencia es la clásica suspensión de la ejecución del acto impugnado (actividad formal administrativa), la conservación va mucho más allá.

El propio JINESTA LOBO ha destacado que las medidas cautelares conservativas “*impiden que la situación de hecho o de derecho sobre la cual recaerá la sentencia principal, se modifique durante la pendency o mora del proceso dirigido a obtener el pronunciamiento de anulación del acto y a asegurar que éste intervenga red adhuc integra [...]*”⁵⁶³.

CALAMANDREI indica también que en

*todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal naturaleza que, si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar apunta a conservar aquél estado de hecho, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos [...]*⁵⁶⁴.

Sin embargo, nótese que el aseguramiento del *no hacer*, que comprende incluso abstención ante acciones del beneficiario, requerirá en muchos casos acciones positivas. La conservación de una situación implicaría muchas veces incluso medidas a la Administración en cuanto al deshacer lo mal hecho, con lo que tampoco aquí tendríamos una simple suspensión u orden de contenido negativo, sino POSITIVO. Aún más, si el caso lo exige, el juez bien puede y debe **asegurar el NO HACER** mediante órdenes de **contenido positivo**.

561 Véase GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 101.

562 Sobre el tema véase GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, pp. 112 y siguientes. Actos de efecto *mixto* son aquellos que siendo negativos producen a su vez algún efecto positivo, como serían los mencionados por el autor, la denegación de una licencia y la correspondiente orden de demolición, o bien, la denegación de residencia y la orden de expulsión conjunta. VILLALOBOS SOTO indica sobre el tema que “*el problema del acto negativo de una persona que solicita una patente para abrir un local comercial que le es negada por una autoridad; en este caso el concepto de suspensión de una actividad administrativa carece de sentido; lo que el juez puede considerar es ordenar que se le dé una patente provisional al administrado, o sea, crear una situación nueva; otro caso es el de que se le niegue a la persona un servicio, por ejemplo el suministro de agua o la recolección de basura, o la atención médica, en donde puede disponerse que se otorgue ese servicio en forma provisional, y condicionado al resultado de la sentencia*”. (VILLALOBOS SOTO (Joaquín). Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo. IJSA, San José, Costa Rica, 2008, p.220).

563 JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 159.

564 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 48. Ver también GALLEGOS FEDRIANI (Pablo O.). Las medidas cautelares contra la Administración Pública. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 48.

MEDIDAS CAUTELARES

Por tanto, en estos términos, asumiremos la clasificación primigenia de CARNELUTTI y CALAMANDREI⁵⁶⁵, distinguiendo entre medidas **conservativas e innovativas** – y dentro de estas, las anticipativas – dependiendo de si lo ordenado en la medida cautelar tiende a mantener el *status quo ante* o, bien, por el contrario, lo cambia para posibilitar la tutela judicial efectiva.

b) Medidas anticipativas o innovativas (positivas, por regla de principio)

Su efecto consiste básicamente en las modificación de las situaciones jurídicas existentes o en el mantenimiento, realización o tutela de situaciones jurídicas preexistentes; pero innovándolas en otras. Las medidas anticipativas tienen efectos de prevención, mientras que la innovativa, en sentido estricto, crea una nueva situación jurídica o restaura la situación anterior indebidamente alterada por el acto.

En este sentido, FENOCHIETTO Y ARAZI enseñan que la “*medida cautelar innovativa*”, se refiere a “*la que “tiende a variar el estado de hecho existente al momento de iniciarse el juicio, a retrotraer las cosas al estado anterior al acto o hecho cuestionado en el proceso [...]”*⁵⁶⁶ ; es decir, operan incluso frente a actos consumados para volver el estado de las cosas a su origen previo a la conducta administrativa impugnada.

Bien CALAMANDREI manifiesta que cuando

*se trata de que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas innovativas del mundo exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la providencia principal podrá llegar a constituir tales efectos, debe tener no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos e innovativos, que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables....A base de tales consideraciones se pueden diferenciar las providencias cautelares en conservativas e innovativas*⁵⁶⁷.

Las medidas *anticipatorias* “*se orientan a satisfacer anticipadamente, total o parcialmente, y con carácter provisional la situación jurídica cautelada*”⁵⁶⁸.

Según la clasificación de SICA, referida por JINESTA LOBO⁵⁶⁹, estas se clasifican en *inhibitorias, ordenatorias y sustitutivas* que se detallan a continuación.

b.1. Inhibitorias

Las *medidas inhibitorias* constituyen órdenes concretas que traducen en la interdicción de hacer algo o la imposición de acciones concretas de abstención encaminadas a salvaguardar la esfera tutelada, o para asegurar el no hacer ordenado. Por ejemplo, órdenes de no enajenar, destruir o deteriorar un determinado bien. En virtud de la cual, el obligado deberá mantener la cosa para ser luego entregada al vencedor del proceso.

En nuestra opinión, comprenden incluso abstención ante acciones del beneficiario, lo cual requerirá en muchos casos acciones positivas concomitantes y aparejadas con la inhibición dispuesta. Piénsese, por ejemplo, en el nombramiento de un *comisario ad acta*, para efectos de supervisar lo hecho por la Administración en este extremo, y luego rendir un informe al juez tramitador encargado del caso.

565 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, pp. 48-49.

566 Ver referencia en KIELMANOVICH (Jorge L.). Medidas Cautelares, Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 372.

567 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, pp. 48-49.

568 JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 160.

569 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp.184-185.

MEDIDAS CAUTELARES

Nos indica JINESTA LOBO que se

traducen en órdenes de no hacer o imposición de obligaciones de abstención a la Administración, tienen una finalidad de prevenir o impedir la lesión temida más que una reparadora. Este tipo de medidas son muy adecuadas y necesarias tratándose de actuaciones materiales ilegítimas (v.gr. vía de hecho), por cuanto, su objeto es que cese inmediatamente, a través de una orden de no hacer, y, desde luego, la superación del estado creado por la actuación espuria, aspecto este último que puede suponer una medida ordenatoria⁵⁷⁰.

b.2. Ordenatorias

Las cautelas ordenatorias establecen prestaciones *in natura* a cargo de la Administración o del condenado cautelarmente. JINESTA LOBO afirma que

se concretan en órdenes de hacer algo genérico o específico impuestas a la Administración Pública (v.gr. condena a pagar una suma proporcional de dinero – por responsabilidad administrativa, al estilo del referé provisión francés -, a extender una certificación cuando es debida por la ley la dirigida a obtener una prestación positiva)⁵⁷¹.

En este extremo, consisten en la imposición de órdenes de hacer o de dar, con respeto, por regla de principio, del ámbito de discrecionalidad administrativa (art. 20.2. y 128 CPCA), es decir, se puede afectar el *an* (qué hacer), pero, por regla, no el *quomodo* (forma de llevarlo a cabo), lo cual dependerá de la concreta potestad administrativa ejercida y de la densidad normativa y el espacio que la norma deje a la Administración.

Basta agregar que GARCÍA DE ENTERRÍA ha señalado que

*los Tribunales Contencioso – Administrativos pueden suplir, pues, en vía cautelar, las denegaciones o las omisiones de la Administración, no sólo imponiendo a ésta una determinada conducta, sino **habilitando directamente al ciudadano** cuya actividad está bloqueada por la previa actuación administrativa⁵⁷².*

Esta posibilidad queda abierta en nuestro ordenamiento para eventuales desarrollos.

b.3. Sustitución cautelar

La última de las categorías de SICA incluye el caso en que el

juez sustituye a la administración Pública al dictar una medida preventiva mientras se conoce el fondo, lógicamente, sin invadir el núcleo duro de la discrecionalidad administrativa, en los términos que ya fueron indicados del artículo 20, párrafo 2º y 128 del CPCA⁵⁷³.

570 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.185. También véase JINESTA LOBO (Ernesto). Manual del proceso contencioso administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 87.

571 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.185. También véase JINESTA LOBO (Ernesto). Manual del proceso contencioso administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 88.

572 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2º edic., 1995, p. 263.

573 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.185. También véase JINESTA LOBO (Ernesto). Manual del proceso contencioso administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 88.

MEDIDAS CAUTELARES

Tal figura, nos parece, puede ser objeto de una interesante aplicación jurisprudencial, sobre todo en lo que corresponde a la etapa de ejecución de lo decidido, según se verá a continuación.

La figura nos parece harto interesante, pues en particular tratándose de la fase de ejecución “*el juez ejecutor tendrá todos los poderes y deberes necesarios para su plena eficacia*”. (art. 155.2. CPCA), y entonces: “*Firme la sentencia, el juez ejecutor dictará (deber dispositivo) o dispondrá (poder), a solicitud de parte, (presupuesto de acción necesaria) tomar las medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución*”(art. 155.3. CPCA)⁵⁷⁴.

Vemos por tanto un primer aspecto, se requiere la **solicitud de la parte**, no es, por regla oficiosa la sustitución, ya que, como bien señala la doctrina “*será preferible la ejecución in natura llevada a cabo por el propio ejecutado, presionado en su voluntad a través de medidas indirectas de ejecución, a la ejecución de las sentencias en sus propios términos pero por sustitución*”⁵⁷⁵.

Sin embargo, el 161.2. CPCA establece la posibilidad de que “*si su contenido o naturaleza así lo exigen [...]*”, como lo hemos apuntado, el juez “*podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento*”. Aquí al parecer no está el condicionamiento dado en el 155.3. CPCA, claro está, ante situaciones de **excepcionalísima gravedad**. Luego, además del supuesto normal para la ejecución por sustitución directa (persistencia injustificada de la Administración en el cumplimiento de lo ordenado, pese a la imposición de las multas referidas en el 159 CPCA), este segundo está también de base legal expresa.

Como bien apunta MARTÍN DELGADO, la preferencia de la ejecución *in natura* por el mismo obligado no significa:

*que en muchos casos sea no sólo preferible, sino, además, oportuno, hacer uso del poder de sustitución en primer lugar, sobre todo para evitar llegar al extremo – que, en cualquier caso, ha de ser siempre la última solución – de la imposibilidad de ejecución o de la ejecución por equivalente*⁵⁷⁶.

Piénsese por ejemplo, en el caso en que la Administración haya advertido expresamente que no ha ejecutado ni ejecutará lo resuelto por el juez; es decir, casos en que esta haya manifestado claramente su negativa a cumplir, o bien, que las circunstancias del caso hagan a la sustitución el medio de ejecución prioritario.

En nuestro ordenamiento, no se requiere como en el *giudizio di ottemperanza* la constitución en mora. En esto es expreso el 161.3. CPCA, “*la ejecución de lo ordenado no exigirá requerimiento ni constitución en mora, por parte del juez ejecutor*”. Si bien apunta el Dr. GONZÁLEZ CAMACHO:

*El CPCA, se encuentra lleno de instrumentos para que el Juez pueda ejecutar coactivamente sus sentencias, sin embargo estas medidas no pueden ser adoptadas en forma directa, **debe darse primero el incumplimiento del obligado**. “*Quien tiene plazo nada debe*”, reza el viejo aforismo. **Para que el Juez Ejecutor pueda entrar con todas sus armas a realizar el cumplimiento omitido, ha de haber renuencia en el cumplimiento de lo sentenciado en firme***⁵⁷⁷.

574 Las frases entre paréntesis no son del original.

575 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 101. BONET NAVARRO ha comentado que esto no significa nunca sustituir la ejecución *in natura* por su equivalente económico “*no actuar con tal falta de interés que convierta la obligación de hacer en una obligación de hacer el ejecutado lo que él quiera, porque siempre buscará lo que le cause menos incomodidad o le resulte más barato*”. (Citado por el autor, en nota 161 p. 101).

576 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 101.

577 En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique). JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 582.

MEDIDAS CAUTELARES

Sin embargo, la tesis de principio –válida sin lugar a dudas– debe ser modulada, porque, agregamos aquí, **“si su contenido o naturaleza así lo exigen [...]”** (161.2. CPCA), el juez puede usar sus “armas” y entra a realizar el cumplimiento de lo omitido, aun sin renuencia en el sentenciado, por imponerlo así razones de urgente necesidad. Claro está, **ese será un supuesto extremo y el límite final de la sustitución directa**.

No obstante, nos atrevemos a indicar que si la situación así lo impone, el juez no solo puede, sino que **debe** hacerlo. Por ejemplo, si ante la inminente amenaza para la salud de una persona, el Estado ha omitido la conducta debida y la espera -normal- (no estamos hablando de intromisión indebida) pueda poner en **severo riesgo su vida misma**; el juez podría tomar las medidas necesarias para *cumplimentar* el fallo directamente, o bien, por la vía de un comisario *ad acta*.

Una de las consecuencias de la nueva concepción *preeminentemente subjetiva* del CPCA es entonces, en nuestra opinión, la habilitación para una *sustitución cautelar* en casos excepcionalísimos. El artículo 27 CPCA establece:

El auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución. El Tribunal o el juez respectivo podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente.

Como hemos visto, el título VIII al que se refiere el artículo 27 CPCA es el relativo a la **ejecución de sentencias** dentro del cual se encuentra el artículo 161 que da pie a la ejecución por sustitución.

Por tanto, es perfectamente posible una **sustitución cautelar**, si se dan las circunstancias de necesidad y urgencia, debido a la reticencia en la ejecución del auto que resuelva la medida cautelar, o si su contenido y naturaleza así lo exigen. Como hemos manifestado antes, esta posibilidad ya fue contemplada en el derecho comparado, como parte de la práctica del denominado *giudizio di ottemperanza* que se verá más adelante, como da cuenta FERNÁNDEZ SALMERÓN:

*[...] en el caso de que la Administración no haya procedido a cumplir la medida cautelar concedida, la parte interesada puede solicitar al Tribunal la adopción de las medidas oportunas que, en su caso, se llevarán a cabo a través del *giudizio di ottemperanza* o de ejecución de la sentencia, pudiéndose llegar a la virtual sustitución de la Administración a través del nombramiento de un comisario *ad acta*⁵⁷⁸.*

También CHINCHILLA MARÍN da cuenta del punto:

[...] se ha planteado en Italia la cuestión de si puede utilizarse la ottemperanza para la ejecución coactiva de los autos de suspensión de los actos administrativos impugnados. // Ante el contraste de jurisprudencia producido entre el Consejo de Estado – que siempre ha mantenido una posición negativa al respecto – y algunos TAR – que admiten el recurso para la ejecución de los autos de suspensión – las secciones cuarta y quinta plantearon la cuestión a la Adunanza Plenaria que en 1982 declaró inadmisibile el recurso de ottemperanza para garantizar la suspensión efectiva del acto, declarando al mismo tiempo que el recurrente podía pedir de nuevo al juez que adoptase las medidas necesarias para asegurar de dicha suspensión⁵⁷⁹.

578 FERNÁNDEZ SALMERÓN (Manuel). NUEVAS TENDENCIAS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ITALIA: HACIA ALGUNAS QUIEBRAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE INTERESES LEGÍTIMOS Y DERECHOS SUBJETIVOS. En: Revista de la Administración Pública, n.º 154, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, ene-abr, 2001, p. 539.

579 CHINCHILLA MARÍN. La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: el *giudizio ottemperanza*, en Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo. N.º 59, jul-set 1988, p. 436. Ahí se indica que incluso después de la decisión de la *Adunanza Plenaria*, algunos TAR siguen aplicando el proceso de *ottemperanza* para la ejecución de la suspensión de los actos administrativos.

MEDIDAS CAUTELARES

Asimismo, como hemos visto también, la posibilidad de tal *sustitución cautelar* también ha sido ensayada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco (Cfr. auto del 27 de octubre de 1994, Sección Tercera – orden directa a la Administración frente a acto negativo de denegatoria a la adscripción provisional a un puesto de trabajo – y auto del 9 de enero de 1995, Sección Segunda –sustitución cautelar y directa de la Administración mediante orden cautelar de exención de visado requerido–), lo que se ha derivado directamente del derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁸⁰.

Por su parte, MARTÍN DELGADO señala cómo en el ordenamiento italiano, uno de los argumentos claves según los cuales se ha integrado el poder de sustitución como parte esencial de la competencia *jurisdiccional* es, precisamente “la creación por la jurisprudencia de la acción de ejecución para las medidas cautelares y para las sentencias no firmes”⁵⁸¹. También señala que, a partir de esa extensión, se ha llegado a replantear la función del “comisario”:

*[a] partir de la entrada en vigor de la Ley 205/2000 que ha supuesto la mención expresa del comisario para los supuestos del recurso contra el silencio administrativo y la **extensión de su aplicación para la ejecución de las medidas cautelares** y de las sentencias que aún no han alcanzado firmeza, la doctrina comienza a replantearse la función que posee el comisario en el sistema jurídico general, pues ha pasado de ser una simple técnica administrativa de control para el correcto ejercicio de la potestad administrativa a una técnica jurisdiccional para la ejecución de las sentencias dictadas por el Juez administrativo, y de ahí a una técnica general que cumple una función pública propia, cual es la llevar a efecto una obligación en sustitución de la Administración – siempre dentro del marco de la actividad jurisdiccional -, cuando ésta no lo hace voluntariamente. En este sentido, CAPUTI JAMBRENCHI es partidario de calificar el papel desempeñado por el comisario de función administrativa ‘judicial’.*⁵⁸²

También este autor señala que

*[...] el juez de la ejecución es libre a la hora de determinar qué es necesario para dar ejecución a un fallo judicial, ello no significa que no pueda con normalidad proceder él mismo o a través de comisario a llevar a cabo la actividad requerida por la sentencia cuando la sustitución sea la medida más idónea a tales efectos. Efectivamente, debe darse preferencia a la ejecución voluntaria y el poder de sustitución no debe ser la medida ejecutivo prevalente, pero debe igualmente tenerse en cuenta hoy día está ya superada la distinción entre ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado [...]*⁵⁸³.

En el ámbito de la ejecución de sentencia, el código supedita a la “**solicitud de parte**” (art. 155.3. CPCA) las medidas adecuadas y necesarias para la pronta y debida ejecución, lo cual, ciertamente, es cuestionable tratándose de **medidas cautelares**, pues si una situación de la inercia de la Administración o bien la conducta de que el juez ejecutor está enterado perjudica irrazonablemente la ventaja o altera de algún modo grave el contenido de la sentencia, debería existir la posibilidad para este de tomar las cautelas adecuadas y necesarias para asegurar la plena eficacia de lo fallado, y no debería estar supeditado lo anterior a una *solicitud de parte* –aun solo inicial y no de renovada procedencia– , ya que, según sostenemos aquí, **las labores de aseguramiento de una ejecución son jurisdiccionales**, y no habría intromisión en la Administración por ello.

580 Cfr. análisis de esos fallos en GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, pp. 141 a 149.

581 MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 37.

582 MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Iustel, Madrid, España, 2006, p.63 en nota 73.

583 MARTÍN DELGADO (Isaac)., *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Iustel, Madrid, España, 2006, p.98 en nota 156. Esta distinción entre medidas indirectas (hacer ejecutar lo juzgado) y directas (ejecutar lo juzgado) es un argumento más a favor del poder de sustitución del juez, pues el artículo 153 constitucional hace expresa referencia a ejecutar lo juzgado como parte de la función jurisdiccional.

MEDIDAS CAUTELARES

Aquel es el fundamento último de la habilitación oficiosa del 161.2. CPCA para que, cuando el contenido o la naturaleza de lo juzgado así lo exija, el juez pueda tomar **por su cuenta** las conductas que sean **necesarias y equivalentes** para su pleno cumplimiento, de lo cual se deriva la posibilidad de una **sustitución cautelar**, en manos del juez encargado que, si se quisiera cuestionar por supuesta antinomia entre el 155.3 y el 19 CPCA, tendría que ser resuelta a favor de la **efectiva ejecución**, ya que esta es, recuérdese, función enmarcada dentro de lo jurisdiccional.

En otras palabras, ante una sentencia firme, la Administración no solo puede, sino también debe ejecutar lo fallado, pues toda actividad posterior afectada por esta sería actividad vinculada con la potestad – deber de cumplir el fallo, por lo cual cae dentro de la órbita de control del juez ejecutor⁵⁸⁴. Es decir, la Administración, en su caso, no está en la misma condición o situación jurídica después de dictada la sentencia, lo cual sería motivo suficiente para la habilitación cautelar especial mencionada para la fase de ejecución.

MARTÍN DELGADO nos recuerda, con cita de ORTEGA ÁLVAREZ que

*tales actos no están ya presididos por el principio de división de poderes que impide un control de oficio de los tribunales sobre esta actuación, al contrario, el elemento que incorpora la potestad de hacer ejecutar lo juzgado es que esta actuación administrativa está plenamente sometida a la dirección del Juez de la ejecución*⁵⁸⁵.

584 Por esto el Tribunal Constitucional Español ha señalado que: “*si en el seno de un incidente de ejecución se dictan medidas de ejecución, como es el caso, que se considera que van más allá de lo que es ejecución estricta, ha de ser el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución quien las deje sin efecto, pues tales extralimitaciones han de ser atribuidas al órgano jurisdiccional, que es quien ejecuta la sentencia, y no al ente administrativo, que en el proceso de ejecución se limita a acordar lo que el órgano jurisdiccional ordena. En consecuencia, en el ámbito del proceso de ejecución los actos que se dicten, están bajo el control del órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución objeto de ejecución. Otra cosa es que la resolución en cuestión dictada formalmente en un proceso de ejecución, sea materialmente ajena a él. En esta hipótesis, ha de ser también el órgano jurisdiccional ejecutante quien desvincule tal decisión del incidente de ejecución, y producida la desvinculación formal del proceso de ejecución se abre el cauce de impugnación ordinario de la resolución controvertida*”. (Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de mayo de 1998, RJ 1998 / 3850, citada por MARTÍN DELGADO (Isaac). Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado. Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 197 en nota 182). Ahí mismo se comenta que la importancia de una correcta ejecución ha llevado al mismo Tribunal Supremo a decir que “*los errores en la determinación del contenido o alcance de la ejecución con la adopción de medidas necesarias para llevarla a cabo tiene una especial trascendencia y, en cierta medida, son equivalentes a los errores cometidos en la sentencia misma*”. (Sentencia del 10 de noviembre de 1999, FJ 2º, RJ 1999/9514, citada por MARTÍN DELGADO (Isaac). Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado. Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 197 en nota 182).

585 MARTÍN DELGADO (Isaac). Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado. Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 200.

MEDIDAS CAUTELARES

Así dicha actividad no es simple manifestación de la potestad administrativa, sino emanada del deber de ejecutar la sentencia “de tal modo que cualquier discrepancia que exista en torno a la forma de aplicar el acto deberá ser conocida por él, y no por la Administración”⁵⁸⁶, sea la sentencia confirmatoria o no de la conducta administrativa⁵⁸⁷.

Finalmente, como hemos dicho, una modalidad de sustitución **cautelar** sería la dictada por el juez en aras de lograr la pronta y debida ejecución de una **medida cautelar**, pues en tal caso, el artículo 27 *in fine* establece:

El auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución. El tribunal o el juez respectivo podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente.

El artículo 27 *in fine* se refiere necesariamente a las resoluciones que toma el **juez ejecutor en ejecución de la cautela** (art. 155.3 CPCA y 86.2 RCPCA⁵⁸⁸), pues a este le corresponde por regla ejecutar las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los otros órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (con excepción del caso contemplado en el artículo 44.5 RCPCA; es decir, de la ejecución excepcional de medida cautelar por la Sala Primera en sede de casación cuando las circunstancias del caso así lo requieran). Pues es perfectamente posible que dicho juez disponga, para ejecutar la tutela cautelar resuelta, las medidas que considere adecuadas y necesarias para lograr su pronta y debida ejecución, entre ellas el ejercicio del **poder de sustitución**. Así, según esa norma especial, artículo 27 *in fine* CPCA, hay un supuesto especial más para el ejercicio del poder de sustitución.

Serán objeto de tratamiento aparte las interrogantes derivadas de la interesante posibilidad de “sustitución directa” o de directa adopción de la conducta dispuesta que, opinamos, introduce el CPCA, así como su comparación con los fundamentos y los alcances de la figura que aquí se analiza, ya que creemos que se desborda por mucho el objeto de esta investigación

586 MARTÍN DELGADO (Isaac). *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo*, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado, Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 200 en nota 192.

587 Es decir, lo anterior se aplica incluso mediando sentencias que desestiman una pretensión de anulación, o más bien, “confirman” la conducta administrativa sometida a conocimiento del juez, pues en tal caso, aunque al realidad fáctica no cambie la realidad jurídica, sí lo hace, “*el acto administrativo, a través del recurso, ha pasado al ámbito de lo judicial [...] La actividad administrativa queda, pues, afectada por la sentencia – incluso aunque ésta declare su conformidad con el ordenamiento jurídico–, en el aspecto relativo a la ejecución frente al administrado*”. (MARTÍN DELGADO (Isaac). *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo*, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado. Marcial Pons, Madrid, España, 2005, pp. 201-202). En este sentido, la opinión del Tribunal Supremo Español del 9 de abril de 2002 (RJ 2002/3462): “*una vez que el acto o disposición administrativa ha sido sometido a control de la jurisdicción, la ejecución de la decisión judicial, aunque se trate de sentencias confirmatorias, corresponde a este orden jurisdiccional, por lo que las partes están obligadas al cumplimiento de la sentencia*”. MARTÍN DELGADO (Isaac). *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo*, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado. Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 200 en nota 192. El mismo autor recuerda que “*Ello no ocurre en el supuesto de sentencias absolutorias en la instancia ni en los casos de inadmisión del recurso, porque en tales situaciones no ha existido ejercicio de la función de juzgar, sino una decisión judicial que considera que el recurso no cumple los requisitos normativamente exigidos para ser considerado en cuanto al fondo. Al no haber pronunciamiento alguno sobre la legalidad aplicable a la situación litigiosa sometida a enjuiciamiento del órgano judicial, no hay nada que ejecutar*”. (MARTÍN DELGADO (Isaac). *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo*, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado. Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 202).

588 “Artículo 86.—**De la competencia de los Jueces Ejecutores.** Los Jueces Ejecutores tendrán las siguientes competencias:

- 1) Ejecutar todas las sentencias y resoluciones firmes propias del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- 2) Dictar y ejecutar a instancia de parte, las medidas cautelares, que propicien el correcto, pronto y debida cumplimiento de la sentencia. Asimismo ejecutará las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los distintos órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, salvo lo dispuesto en el artículo 44 de este Reglamento [...]”.

MEDIDAS CAUTELARES

Sección Tercera: Cauces procesales

Una vez completado el análisis de los requisitos y las características estructurales de la tutela cautelar en el Código Procesal Contencioso Administrativo (arts. 19 al 22 del CPCA, principalmente), nos resulta necesario abordar el contenido de los artículos 23, 24, 25 y 26 de la regulación normativa. Es decir, no nos ocuparemos aquí de los aspectos generales de la tramitación (ver sección quinta: procedimiento), sino más bien de los cauces procesales especiales que el código habilita: a) las medidas *provisionalísimas*, b) *inaudita altera parte* y c) medidas *ante causam* para culminar con una somera reflexión sobre las posibilidades de combinación entre ellas (*mixtas*).

No es nuestra intención agotar el tema, puesto que cada uno de los cauces procesales posee particularidades que los harían merecedores de tratamiento y análisis separado, sino dejar sentadas las bases de nuestra posición y de los que constituyen, en nuestra opinión, los principales rasgos diferenciadores de cada uno de ellos.

a) Provisionalísimas

Son medidas que se adoptan entre tanto se resuelve la medida cautelar definitiva a fin de asegurar la efectividad de la resolución que podría recaer luego en esta y que están relacionadas con la pretensión cautelar directamente, y tan solo indirectamente con la principal. Se trata de casos especiales en que la efectividad de la medida cautelar que se adopte finalmente corre riesgo incluso con el trámite sumario previsto para la cautelar principal. El artículo 23 del Código Procesal Contencioso Administrativo dispone al respecto:

Artículo 23.- *Una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar medidas provisionalísimas de manera inmediata y prima facie, a fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente. Tales medidas deberán guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida.*

La regulación relativa a las medidas provisionalísimas es totalmente nueva en nuestro contexto normativo, aunque se tramitan, con sus particularidades, como medida cautelar *prima facie* y de eficacia inmediata.

Sobre este artículo ROJAS FRANCO comenta:

Establece el referee francés, en el sentido que el Juez puede adoptar y ordenar medidas de inmediato ante causa, que es con el objeto de garantizar la efectividad de la medida cautelar que finalmente se adopte. Esas medidas de carácter muy urgente deben tener un vínculo necesario entre el objeto del proceso y la medida cautelar requerida, aunque es innecesario cuando se trata de un proceso que no ha nacido, como el ante causam⁵⁸⁹.

A lo dicho, hay que matizar que después de la reforma introducida al proceso administrativo francés, (ley del 30/6/2000) –relativa a los *référé administratif*– se ha adoptado por una derogación del régimen de la suspensión provisoria o *présursis* –“*referee- surcis*”, de manera que ahora es posible enmarcarlo en el *referee* –*suspension*. Pero no todos los *référé*s están surborinados a la condición de urgencia, como sí la provisionalísima, ya que la categoría de *référé ordinaires* –*référé constat, référé instruction y référé provision*– no está subordinada a la condición de urgencia⁵⁹⁰.

589 ROJAS FRANCO (Enrique). Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. E. Rojas F. San José, Costa Rica, 2008, p. 86.

590 Véase SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso- administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 333 y ss. En el mismo sentido, ver ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 165 nota 27.

MEDIDAS CAUTELARES

Ahora bien, SIMÓN PADRÓS nos señala que

[c]on el nombre de medidas cautelares provisionalísimas o precautelares se conoce la posibilidad, atribuida a los jueces administrativos en la mayoría de los sistemas europeos de raíz continental, de disponer inaudita parte y en situaciones de extrema urgencia medidas destinadas a asegurar – pendiente la sustanciación del proceso o incidente cautelar – la efectividad de la resolución a recaer en el mismo⁵⁹¹.

Sobre la medida *precautelar*, en argentina GALLEGOS FEDRIANI nos habla de la siguiente forma:

existe en nuestra práctica jurisprudencial una medida precautoria previa la cautelar prevista en el Código Procesal y es aquella que el juez dicta hasta contar con los antecedentes administrativos previos al dictado del acto administrativo o del accionar de la administración; los que una allegados al tribunal y considerados por el juzgador permitirán al juez dictar una medida cautelar, la que asegurará – oportunamente – el objeto del litigio⁵⁹².

Con arreglo a los artículos 131 y ss. de la LJCA de 1998, en España también se han aceptado las medidas cautelares provisionalísimas. De esto dan cuenta incluso los mismos redactores del Código que en subcomisión comentaron sobre lo que sería el actual 23 CPCA:

[...] En realidad el tema de las provisionalísimas son aquellas que se adoptan incluso antes de adoptar la cautelar que sea procedente. Ha sido desarrollado el concepto por básicamente el Tribunal Constitucional Español, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, luego en nuestro país hemos tenido también la experiencia de que algunos jueces, digámoslo, con buen tino han dictado algunas medidas provisionalísimas. Es decir, no se esperan a la tramitación de un incidente de suspensión, por ejemplo, que es la medida cautelar que existe actualmente, sino que de forma provisionalísima, es decir, antes de conocer el incidente, digámoslo, de una vez decretan la suspensión de la ejecución⁵⁹³.

a.1. Instrumentalidad de tercer grado

Es decir, se encuentran en relación de *instrumentalidad de tercer grado* o de instrumentalidad “al cubo”. Así como la cautelar es el instrumento del instrumento – que es el proceso–, la medida provisionalísima es el “instrumento del instrumento del instrumento”. La expresión indica entonces que la función de la tutela cautelar es proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, *instrumento del instrumento*, en los términos amplios antes señalados. Bien puede ser una instrumentalidad de segundo grado o elevada al cuadrado, por regla general, o bien, en el CPCA, incluso del tercero grado o elevada al cubo que es precisamente el caso de las *provisionalísimas*, las cuales buscan asegurar la eficacia de la principal y, por su medio, están conectadas de una manera aún más indirecta con el proceso principal.

El término que se usa en el artículo es “*medidas provisionalísimas*” – así en plural– lo cual significa que **puede ser más de una**, cuantas sean necesarias para asegurar la efectividad de la tutela cautelar requerida.

591 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso- administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 375.

592 GALLEGOS FEDRIANI (Pablo O.). Las medidas cautelares contra la Administración Pública. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 156-157.

593 Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo, texto oficial anotado con las actas legislativas, 1°ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 148.

MEDIDAS CAUTELARES

a.2. Competencia

El juez tramitador o el encargado, en su caso, debe recibir la solicitud, valorarla junto con la prueba presentada por las partes y debe *determinar si ordena medidas provisionales* inmediatamente de conformidad con lo establecido en el artículo 23 CPCA.

Tanto en el caso de que se dispongan medidas provisionales, *prima facie*, como en el de la resolución donde se convoca a las partes, el notificador encargado procederá con la *notificación* de la resolución en forma inmediata a las partes del proceso, según lo establece el artículo 27 CPCA.

a.3. Solicitud de la medida

De la redacción de la norma podemos observar el primer rasgo diferenciador que contempla una excepción a la regla general del 19 CPCA, por cuanto las medidas *provisionales* se pueden conceder de **oficio**⁵⁹⁴.

El Código no establece un supuesto especial de “**urgencia**”, de manera que si el caso reviste la urgencia necesaria, el juez podrá ordenar de manera inmediata y *prima facie*, tales medidas que deberán guardar el vínculo necesario tanto con el objeto del proceso como con la medida cautelar principal.

Como hemos indicado, puede discutirse si es necesario que la urgencia sea “extrema” que es el requisito para la medida principal “*inaudita altera parte*” – ya que no toda *inaudita altera parte* es provisional (puede ser principal también), pero toda provisional sí es *prima facie*–.

Al fin y al cabo, en nuestra opinión, bastará con que la premura de la situación ordene imponer una medida de manera inmediata para garantizar la efectividad de la medida que se adopte finalmente, sin que sea necesario que sea de carácter “extremo”, en el sentido de máxima severidad o intensidad.

En sentido contrario, JINESTA LOBO opina que las medidas principales o provisionales pueden adoptarse sin haber oído a la parte contraria (art. 25) en casos de **extrema urgencia**⁵⁹⁵, donde así se imponga para garantizar su eficacia y actuación concreta, al señalar que “[r]ealmente proceden en situaciones urgentísimas o de extrema urgencia, aunque el CPCA no haga referencia a tales conceptos jurídicos indeterminados”⁵⁹⁶.

a.4. Resolución judicial

Ahora bien, dado que se trata de una medida *inaudita altera parte* que, por un lado se adopta *a limine* y, por el otro, sin recurso alguno, se impone una **fundamentación agravadamente circunstanciada**, sin omitir particularidades y con toda menudencia en su consideración, nunca una aplicación apriorística, rutinaria o inconsistente con sus supuestos excepcionalísimos.

594 Esta es la regla general, sin embargo, aquí sostenemos la tesis de que en casos excepcionales, en la fase de ejecución de sentencia firme, “*si su contenido o naturaleza así lo exigen, el juez executor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento*” (art. 161.2. CPCA), de manera que ahí habría una habilitación oficiosa para el ejercicio de tales poderes. Asimismo, en hipótesis de renovada procedencia (art. 29.2. CPCA), también existe una habilitación oficiosa para considerar nuevamente la procedencia de la medida cautelar solicitada inicialmente, o bien, de otra medida cautelar que las circunstancias impongan.

595 Según JINESTA LOBO: “*no se trata de una simple urgencia sino de una cualificada, puesto que, requiere que sea última, severa o intensa, calificación que, en buena medida, obedece a la derogación de la bilateralidad de la audiencia o del contradictorio como garantía del debido proceso o de la defensa*”. JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 164-165. Cfr. también página 166.

596 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 166. Ver también JINESTA LOBO (Ernesto). Manual del proceso contencioso administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 96.

MEDIDAS CAUTELARES

En nuestra opinión, la resolución que decreta una medida provisionalísima se trata de un simple auto que habrá de ser inmediato, dadas sus características; es un **simple auto** porque su eficacia está supeditada a lo que se resuelva en definitiva sobre la tutela cautelar, de manera que ni siquiera resuelve en forma final la cautelar solicitada.

a.5. Duración de las medidas provisionalísimas

Al respecto la doctrina nos indica:

Resulta obvio que la medida provisionalísima es levantada o modificada cuando se adopta la principal. Obsérvese como la parte final de comentario exige la presencia inescindible de la instrumentalidad (“vinculo necesario”) respecto del objeto del proceso – pretensiones – y la cautela principales⁵⁹⁷.

Es decir, dado que mantiene una relación de instrumentalidad con la principal, su subsistencia **está subordinada a la complementariedad o no con la principal**, de manera que lo dispuesto **no necesariamente sucumbe cuando se dicta la principal**, sino únicamente en el caso de que la existencia de la principal devenga incompatible con la permanencia de la provisionalísima dictada. Si no es incompatible, bien puede asumirla la principal como parte de su contenido, aunque en tal caso, *stricto sensu* la disposición dejará de ser provisionalísima para integrar el contenido de la principal.

a.6. ¿Audiencia a la parte contraria? ¿Recursos?

JINESTA LOBO nos dice que

Este precepto, además de novedoso en nuestro medio jurídico y del Derecho comparado, prevé la posibilidad de decretar medidas cautelares, incluso, ex officio, de forma inmediata, esto es, sin dilación alguna y cuando se hace referencia al término prima facie se está indicado que la medida pueda ser adoptada inaudita altera parte, esto es, sin contradictorio o audiencia por la premura de la situación. En esta hipótesis no se aplica el párrafo 2° del artículo 25 del CPCA, puesto que, este tipo de cautelas tienen una eficacia provisionalísima, de modo que la ausencia de ese trámite queda subsanado con la audiencia o traslado general de 3 días que debe otorgar el órgano jurisdiccional al adoptar la medida cautelar final (artículo 24 CPCA)⁵⁹⁸.

Se deberán adoptar estas medidas excepcionales, si el juez considera que existe un grave riesgo de que se puedan frustrar los efectos de la eventual resolución estimatoria de la pretensión cautelar principal en su ausencia. Por lo tanto, dada su naturaleza provisionalísima, debe ser adoptada de inmediato, sin audiencia, y, con

597 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 166 - 167.

598 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 166 - 167.

MEDIDAS CAUTELARES

mayor razón, **sin apelación**⁵⁹⁹, pues será después de la audiencia cuando se tomará la resolución definitiva. La jurisprudencia ha aceptado que se dicten estas medidas en tanto se resuelve una apelación⁶⁰⁰. La habilitación de medidas provisionalísimas es para los jueces un especial reto, porque podemos adelantar que no va a resultarles fácil actuar con la rapidez que el Código les exige.

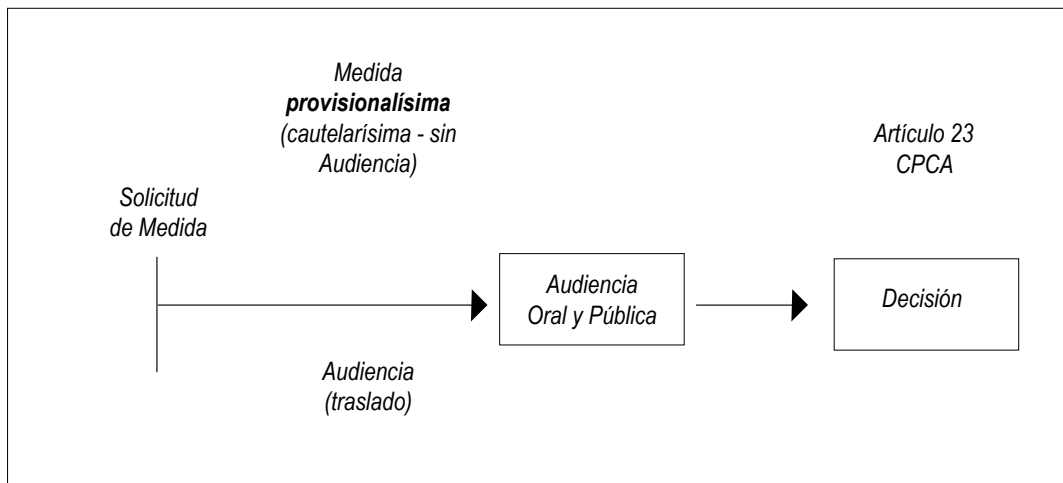
a.7. Esquema

El esquema de la medida provisionalísima, en síntesis, es el siguiente:

599 Si se permitiera recurrir de las medidas provisionalísimas, el sistema se cae y pierde su efecto. Así se ha resuelto en España, véase por ejemplo el ATS 21 de octubre de 1996, citado por CASTILLO BLANCO (Federico A.). *La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1998*. En: Revista del Poder Judicial. 4º época, n.º 52, 1998, Consejo General del Poder Judicial, p. 315. También así lo ha dispuesto expresamente el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en la resolución 104-A-TC-2008 de las ocho horas cinco minutos del veintinueve de agosto de dos mil ocho y resolución 62-A-TC-2008 de las 9 horas 30 minutos del 19 de junio de 2008. En el primero de esos fallos, el Tribunal de Casación indicó: “*El Código Procesal Contencioso Administrativo introduce un sistema cautelar abierto en aras de garantizar la tutela cautelar como derecho fundamental. Dentro de este esquema, reconoce diversos tipos de medidas cautelares, entre las que destacan las “provisionalísimas”, que regula el artículo 23 del Código de rito. Conforme al numeral de cita, una vez solicitada aquélla, el juzgador podrá ordenar, incluso de oficio, las medidas provisionalísimas necesarias para garantizar la efectividad de la cautela que se adopte finalmente. Son, por tanto, medidas transitorias que se convierten en un instrumento de la cautela que pueda decretarse finalmente. Su función, como lo señala la norma de cita, es asegurar la consecución efectiva de la cautelar principal y serán revocadas o modificadas cuando se adopte esta última. De ahí el vínculo que deben guardar con el objeto del proceso y la medida cautelar que como principal se gestiona. El auto que homologa, modifica o revoca la resolución que ordena la medida provisionalísima, conforme al artículo 30 del código de rito, tiene recurso de apelación con efecto devolutivo ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, dentro del tercer día hábil siguiente a su notificación. En el caso de examen, se recurre la resolución no. 504-2008 dictada a las 08 horas 25 minutos del 01 de agosto de 2008 por la Jueza Tramitadora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, que dispuso acoger la tutela solicitada en forma provisionalísima y ordenar la no ejecución de las medidas cautelares impuestas por el Ministerio de Salud en la orden sanitaria RCSARSHMR-27-2008. Este Tribunal ha indicado que el auto provisional impugnado carece de recurso, pues la “provisionalísima” acordada no es definitiva, sus efectos son transitorios y no causan estado en lo que corresponde a la medida. (Consúltense al respecto el voto no. 62-A-TC-2008 de las 9 horas 30 minutos del 19 de junio de 2008). La apelación, como se indicó, está prevista para objetar el auto que resuelve, en forma definitiva, la tutela cautelar solicitada. Por las razones dadas, deberá rechazarse la apelación interpuesta [...]”.* Sobre el tema pueden consultarse también los fallos 7-A-TC-2008 de las 14:05 hrs. del 14 de febrero del 2008 y 148-A-TC-2008 de las 8:35 hrs. del 31 de octubre del 2008.

600 El fallo 90-A-TC-2008 indica: “*estima este Tribunal que dado el efecto devolutivo del recurso de apelación, con su simple interposición o aún su admisión, no se evitaría que se ejecuten por parte del Gobierno local [...] las demoliciones en los inmuebles de la promovente, que es precisamente el objeto de este proceso. En vista de que la tutela cautelar pretende garantizar que una eventual sentencia estimatoria la parte gananciosa pueda hacer efectiva la resolución final, este Órgano considera procedente otorgar la medida provisionalísima solicitada, entre tanto se conoce el recurso de apelación presentado. Por lo expuesto, se concederá la medida provisionalísima solicitada, de modo que mientras se resuelva en definitiva el presente recurso; se ordena al Alcalde [...] no ejecutar la resolución dictada por ese Gobierno Local a las 9 horas del 4 de julio de 2008, en la que se dispuso derribar y demoler las construcciones ubicadas en el inmueble...”* (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 90-A-TC-2008 de las 16:00 hrs. del 14 de agosto de 2008).

MEDIDAS CAUTELARES



b) Inaudita altera parte

Como hemos comentado, las medidas cautelares se pueden adoptar a pedido de la parte y previa audiencia, o bien, *inaudita altera parte*, esto es, según KIELMANOVICH: “sin sustanciación previa con el afectado de las mismas, difiriéndose tal etapa y el principio de bilateralidad o contradicción que aquélla aprehende para el momento en que la misma se encuentre producida, otorgándose entonces, en ejercicio del derecho de defensa en juicio, la facultad de interponer contra ellas los recursos [...]”⁶⁰¹. Al respecto, el artículo 25 del Código Procesal Contencioso Administrativo dispone:

Artículo 25.-

- 1) En casos de extrema urgencia, el tribunal o el juez respectivo, a solicitud de parte, podrá disponer las medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia. Para tal efecto, el Tribunal o el respectivo juez podrá fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 de este Código.
- 2) Habiéndose adoptado la medida cautelar en las condiciones señaladas en el apartado anterior, se dará audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez podrá hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados, para mantener, modificar o revocar lo dispuesto.

Se trata de una **medida cautelar principal**, por lo que es susceptible de una instrumentalidad de **segundo grado**, aunque una medida *provisionalísima* puede depender de ella, a su vez, en nivel de instrumentalidad de tercer grado, adoptada de manera inmediata y *prima facie*, a fin de garantizar la efectividad de la principal *inaudita parte*, siempre y cuando guarde el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida.

b.1. Concepto

Al respecto de este artículo, comenta ROJAS FRANCO:

*Este artículo establece más precisamente el “Referee” francés y debe guardarse una única redacción, si en el artículo 23 se dijo medidas provisionalísimas, de manera inmediata, aquí se usa el giro “en casos de extrema urgencia”. O sea, las condiciones para ordenar esta clase de medida son las siguientes: A) Exista extrema urgencia. B) Se debe ordenar medias provisionalísimas de manera inmediata, o C) pedir cualquier contracautela en los términos dispuestos en el artículo 28 de este Código*⁶⁰².

601 KIELMANOVICH (Jorge L.). Medidas Cautelares. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 24.

602 ROJAS FRANCO (Enrique). Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, p. 87.

MEDIDAS CAUTELARES

Debemos reiterar lo dicho antes, pues hay que matizar que después de la reforma introducida al proceso administrativo francés, (ley del 30/6/2000) – relativa a los *référé administratifs* – se ha adoptado por una derogación del régimen de la suspensión provisoria o *présursis* – “*referee – surcis*”; pero según la regulación dicha, no todos los *référé*s están subordinados a la condición de urgencia, como sí lo es la provisionalísima o la *inaudita altera parte* (principal), ya que la categoría de *référé ordinaires* –*référé constat, référé instruction* y *référé provision*– no están subordinados a la condición de urgencia⁶⁰³. Además la exigencia de la urgencia “extrema” es el requisito para la medida principal “*inaudita altera parte*” –ya que no toda *inaudita altera parte* es provisionalísima (puede ser principal también), pero toda provisionalísima sí es *prima facie*–.

Nótese que la figura no es extraña al derecho comparado, como VALLEFÍN da cuenta:

El derecho extranjero también suministra ejemplos. En este sentido, el norteamericano conoce los mandatos preliminares (preliminary o interlocutory injunctions) que requieren para ser dictados la previa intervención del demandado y el otorgamiento de contracautela suficiente y, por otra parte, las órdenes de restricción temporaria (temporary restraining orders) que se emiten sin noticia del demandado pero, como surge de su propia denominación, tienen una vigencia limitada que, por lo general, no supera los diez días. En este último caso el actor debe acreditar que tiene una necesidad tan apremiante de obtener el remedio cautelar que no es posible conferir traslado de su presentación y aguardar a su contestación. En España, el art. 131 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa dispone que “el incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, en un plazo que no excederá de diez días” pero, a su turno, el art. 135 dice que el “juez o tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria”⁶⁰⁴.

En España, en ocasiones se denominan “provisionalísimas” las medidas adoptadas *inaudita altera parte* que regula el artículo 135 de la LJCA 1998 española. Dicha norma establece que

El Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Consta este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales⁶⁰⁵.

Sobre la excepción al principio del contradictorio que se presenta en este caso, nos comenta RODRÍGUEZ – ARANA:

Estas excepciones al principio del contradictorio ya se recogen en el Derecho Comunitario (arts. 83 y 84 del Reglamento del Procedimiento del TJCE de 1991) y pueden encontrar su fundamento en la tutela judicial efectiva que exige la propia efectividad o utilidad del procedimiento cautelar⁶⁰⁶.

No obstante, bien se hizo en subcomisión la distinción de esta habilitación entre las medidas *provisionalísimas, inaudita altera parte* y *ante causam*, pues la medida *inaudita parte* no siempre es provisionalísima, se trata de una medida cautelar, por decirlo así “principal” y que sí causa “estado” en lo que corresponde a la medida, adoptada sin audiencia a la parte contraria:

603 Véase SIMÓN PADRÓS (Ramiro). *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso- administrativa*. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 333 y ss. Ver también ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. *Código Procesal Contencioso Administrativo comentado*. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 165 nota 27.

604 VALLEFÍN (Carlos A.). *Protección cautelar frente al estado*. 1° ed., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 129.

605 Citado por RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOS (Jaime). *Comentario al artículo 133 LJCA 1998*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas, n.º 100 Oct-Dic, 1998, p. 886-887.

606 RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOS (Jaime). *Comentario al artículo 133 LJCA 1998*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas, n.º 100 Oct-Dic, 1998, p. 890.

MEDIDAS CAUTELARES

La medida cautelar tiene de alguna manera un trámite, una audiencia, hay que escuchar a la contraparte y en muchas ocasiones ni siquiera da tiempo de esa audiencia. Estamos habilitando entonces al juez en **una doble vertiente** que muy bien ha señalado como siempre el magistrado Jinesta, que por demás, es experto en el tema. Tanto la medida cautelar anticipada es previa al proceso y aquella **otra que iniciada por la vía normal no da oportunidad a las audiencias pertinentes de la contraparte**, sino que requiere de una medida urgente. // Se me ocurre un ejemplo, la deportación o la expulsión inmediata de un ciudadano extranjero. Bueno, es que, en está (sic) hipótesis si esperamos ante la medida cautelar a escuchar a la contraparte a la audiencia por tres días, probablemente tenemos que ir a buscar al cristiano a Berlín a la “conchinchina” o un daños (sic) ambiental que también suele ocurrir, habría que adoptar allí ipso facto, una medida cautelar urgente para proteger por ejemplo, la contaminación o la tala de unos árboles, un daño ambiental grave⁶⁰⁷.

Por tanto, los rasgos más destacados de la medida *inaudita altera parte* son los siguientes:

- 1) *La habilitación de adoptar la medida cautelar inaudita parte , aunque podríamos decir que en este caso el contradictorio se ve postergado, mas no eliminado, al fijarse una audiencia preceptiva por el brevísimo plazo de tres días al afectado, sin efectos suspensivos.*
- 2) *La posibilidad de mantener, modificar o revocar lo dispuesto, una vez valorados los alegatos y las pruebas aportadas en la audiencia. Es decir, luego de escuchadas las partes y los interesados, puede determinarse la confirmación o revocación, o bien, su modificación para adaptarla a la situación comprobada provisionalmente.*
- 3) *El carácter irrecurrible que, si bien no está dispuesto expresamente en nuestra normativa, como sí sucede en el 135 LJCA 1998 español, opinamos que sí puede desprenderse de la lógica del proceso, pues no tendría sentido alguno someter a recurso a una medida que será revisada finalmente luego de la brevísima audiencia de tres días que en esta se otorga por regla. Si luego de esta audiencia, se mantiene, sí podrá ser ciertamente recurrida.*

607 Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor), PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo, texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1°ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 149.

MEDIDAS CAUTELARES

b.2. Competencia

Como hemos reiterado, debe existir un **órgano jurisdiccional competente** para dictar la medida que, dada su instrumentalidad, será el encargado de conocer la pretensión principal. Dependiendo de la fase de la tramitación, el juez encargado será distinto, ya sea juez tramitador (arts. 19 y 59 CPCA, 23 y 61.1. del RCPCA⁶⁰⁸), conciliador (art. 78 CPCA), ejecutor (art. 155.3 CPCA y 86.2 RCPCA⁶⁰⁹), juez designado de la Sección Colegiada del Tribunal Procesal

608 Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda (circular n.º 001-08 celebrada en sesión n.º 02-08 del 21 de enero de 2008, en adelante RCPCA). Publicado en La Gaceta n.º 49 del 10 de marzo de 2008. Las normas disponen:

Artículo 23.—Atención de medidas cautelares

- 1) La medida cautelar podrá ser solicitada al Tribunal por cualquiera de los medios que dispone el artículo 6 bis LOPJ y el Título III del presente Reglamento. En tal caso, el Juez respectivo concederá audiencia a la contraparte en los términos establecidos por el artículo 24 del CPCA, salvo que se trate de extrema urgencia, en cuyo caso, procederá conforme al artículo 25 del mismo Código. En tal supuesto, cuando lo estime necesario confirmará la autenticidad del remitente.
- 2) Las medidas cautelares de carácter urgente gestionadas antes del inicio del proceso, o estando el proceso en trámite, presentadas fuera de la jornada ordinaria, serán atendidas por el Juez de turno, aún cuando el expediente no se encuentre en una etapa procesal bajo su cargo.
- 3) Una vez solicitada la medida cautelar, si el Juez en disponibilidad apreciare urgencia especial, podrá adoptar las medidas provisionales que considere necesarias a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 del CPCA

Artículo 61.—**Funciones de los Jueces Tramitadores.** Corresponde a los jueces tramitadores realizar las siguientes funciones:

- 1) Medidas Cautelares:
 - a.- A instancia de parte, el Juez Tramitador podrá adoptar las medidas cautelares que estime necesarias, aún antes que el proceso inicie y en tanto se encuentre bajo su conocimiento. Podrá ordenar además, de oficio o a instancia de parte, medidas provisionales de manera inmediata y prima facie, que aseguren la eficacia de la cautelar que se acoja finalmente.
 - b.- En los casos en los cuales el Juez Tramitador hubiese acogido una medida cautelar ante causam, y la demanda correspondiente no se presente en el plazo establecido por la Ley, en el mismo auto en el cual ordene el levantamiento de la medida, condenará a la parte que la solicitó, al pago de daños y perjuicios, los cuales serán liquidados por la vía de ejecución de sentencia ante el juez ejecutor.

609 “Artículo 86.—**De la competencia de los Jueces Ejecutores.** Los Jueces Ejecutores tendrán las siguientes competencias:

- 1) Ejecutar todas las sentencias y resoluciones firmes propias del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- 2) Dictar y ejecutar a instancia de parte, las medidas cautelares, que propicien el correcto, pronto y debido cumplimiento de la sentencia. Asimismo ejecutará las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los distintos órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, salvo lo dispuesto en el artículo 44 de este Reglamento [...].”

MEDIDAS CAUTELARES

Contencioso Administrativo (Cfr. Título V, Capítulo VII CPCA, art. 19 CPCA, 72. a) y 73.1) RCPCA)⁶¹⁰, juez decisorio –no el tramitador– del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (arts. 87 y 90.2 RCPCA⁶¹¹) o incluso un juez de casación si así lo impone el caso (art. 44.5) y 51.6. RCPCA)⁶¹².

En el caso de que se dispongan medidas *prima facie*, la resolución donde se adopta y se convoca a las partes se entregará al notificador encargado, quien procederá con la *notificación* de la resolución en forma inmediata, según lo establece el artículo 27 CPCA.

b.3. Solicitud de la medida

La regla que establece el artículo 25 es que procede **a solicitud de parte**, de manera que, a diferencia de lo que se establece para las provisionalísimas o cautelarísimas, no proceden por regla de oficio.

SIMÓN PADRÓS nos dice comentando el 135 LJCA español que “*Las circunstancias de especial urgencia que permiten dictar esta clase de medidas aluden a situaciones de urgencia inminente, excepcional o extraordinaria – equivalente a la extrema gravità del derecho italiano – [...]*”⁶¹³.

Así en casos de *extrema urgencia* y a solicitud de parte, la medida será adoptada *inaudita altera parte*, y se dará la audiencia por tres días a las partes y los interesados, la cual será sin efectos suspensivos para la ejecución de tal medida, y una vez transcurrido dicho plazo, el juez deberá valorar sus alegatos y pruebas para mantener, modificar o revocar lo dispuesto.

Ahora bien, con el fin de asegurar la eficacia de la tutela cautelar, y dadas las condiciones de urgencia que motivan una medida de este tipo, el conocimiento judicial que se da previo a la adopción de la cautela es limitado y fragmentario, no equiparable al del proceso principal, en cuyo caso la bilateralidad no se verá del todo eliminada, sino postergada, en aras de garantizar la eficacia de la medida por imponer⁶¹⁴.

610 El artículo 72 indica en lo conducente que les corresponde a los jueces de juicio conocer de todas las cuestiones relativas al proceso a partir del momento en que se señalen hora y fecha para la celebración de la audiencia. Mientras que, expresamente, el artículo 73 dispone:

“Artículo 73.—**De las funciones del juez de juicio.** En su gestión, los jueces de juicio tendrán un rol activo y conformador. Deberán realizar todas aquellas actuaciones y probanzas tendientes a determinar la verdad real de los hechos, garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia que dicten. Por lo cual, concluida la fase inicial, según se refirió, les corresponderá, entre otras funciones, las siguientes:

1) Adoptar, a instancia de parte, las medidas cautelares que estime necesarias, y ordenar de oficio, o a instancia de parte, medidas provisionalísimas y *prima facie* que aseguren la eficacia de la cautelar que se acoja finalmente (artículo 19 del CPCA) [...]”.

611 “Artículo 90.—**Jueces Decisorios.** Corresponderá a ellos realizar las siguientes funciones, sin perjuicio de las otras que les asigne la ley: [...] 2) Decidir sobre la adopción o no, de las medidas cautelares que se soliciten de manera anticipada o en el curso del proceso [...]”.

612 El reglamento para el juez del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda no contiene la habilitación expresa, pues el texto del reglamento dispone en las normas que interesan: “**Artículo 44.—Competencias.** Corresponde a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, conocer y resolver: [...] 5) **De la adopción de las medidas cautelares y excepcionalmente de su ejecución cuando las circunstancias del caso así lo requieran**”. Mientras que el 51.6 no contiene semejante habilitación: “**Artículo 51.—Competencias.** Corresponderá al Tribunal de Casación, conocer y resolver: [...] 6) **Dictar las medidas cautelares necesarias, en los asuntos bajo su conocimiento**”. Cabría preguntarse si *de lege ferenda* podría darse la habilitación para que, si las circunstancias del caso lo requieran, el juez de casación del Tribunal de casación también pueda ejecutar la medida, ante lo cual nos inclinamos por la respuesta afirmativa por ser el fundamento el mismo y por la regla de que ante supuestos análogos la solución legal ha de ser la misma. El texto del 86.2. no da pie a dar por incluida tácitamente la habilitación para el Juez del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo.

613 SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso- administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 378.

614 PICADO VARGAS ha señalado, haciendo eco de la opinión de PEYRANO, que “*El factor sorpresa se pierde ante la notificación previa al demandado, quien, puesto en autos del procedimiento cautelar, perfectamente podría hacer nugatorio el objeto de la cautela*”. PICADO VARGAS (Carlos Adolfo). Medidas Cautelares en Procesos Comerciales. IJSA, San José, Costa Rica, 2005, p. 81.

MEDIDAS CAUTELARES

JINESTA LOBO reitera que solo procede en casos de **extrema urgencia**⁶¹⁵, dado que se adopta *a limine* y sin recurso alguno.

b.4. Resolución judicial

Las condiciones en que se adopta la medida inaudita parte, imponen una fundamentación agravadamente circunstanciada, sin omitir particularidades y con toda menudencia en su consideración, nunca una aplicación apriorística, rutinaria o inconsistente con sus supuestos excepcionalísimos.

Como hemos indicado, el carácter especial y de reforzada prudencia, ponderación y medida justifica la referencia expresa que hace el articulado del código a la **posibilidad** –mas no imposición cierta e inflexible– de decretar una caución o cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 CPCA (Cfr. párrafo 1° del 25 CPCA).

En nuestra opinión, la resolución que decreta una medida inaudita altera parte se trata de un **simple auto** que se especifica para su adopción que habrá de ser inmediata, dadas sus características; es un **simple auto** por las razones ya señaladas supra acerca de la naturaleza de la resolución cautelar como simple auto con eficacia rebus sic stantibus, cuya permanencia en este caso está también supeditada a lo que se resuelva luego de la audiencia sobre la tutela cautelar dispuesta.

Precisamente por esto no resulta apelable la resolución inicial, sino luego de la audiencia, porque no tendría sentido alguno someter a recurso a una medida que será revisada finalmente luego de la brevísima audiencia de tres días que en esta se otorga por regla. Si luego de esta audiencia se mantiene, sí podrá ser ciertamente recurrida.

La audiencia en este caso se da ex post sin efectos suspensivos, por el plazo de tres días, a las partes, que, en opinión de la doctrina debe ser “oral y los elementos de convicción que se logren recabar le permitirán al órgano jurisdiccional contar con mayores y más fundados elementos para mantener la medida, modificarla o revocarla”. El código no prevé expresamente tal audiencia oral, sino solo una audiencia “por tres días”⁶¹⁶; pero sí se podría aconsejar su celebración para lograr que el juez tenga de primera mano los elementos que requiere para formar el juicio cautelar definitivo.

Ahora bien, **la fórmula que el Código utiliza tiene en el artículo 25.2. CPCA al decir que el juez “podrá”**⁶¹⁷ hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados en esa audiencia, para los efectos de mantener, modificar o revocar lo dispuesto, debe entenderse en el sentido de que el juez, una vez escuchada la posición de las partes, ponderará sus intereses y la eventual lesión que puedan sufrir con la medida que es lo propio, porque antes el juez no contaba con los elementos que ahora tiene, y es mediante esta audiencia cuando se cumple con el principio del contradictorio, y se puede, en su caso, completar la fundamentación de la medida en forma completa.

615 Según JINESTA LOBO “no se trata de una simple urgencia sino de una cualificada, puesto que, requiere que sea última, severa o intensa, calificación que, en buena medida, obedece a la derogación de la bilateralidad de la audiencia o del contradictorio como garantía del debido proceso o de la defensa”. JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 164-165. Cfr. también página 166.

616 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 165.

617 Cabe anotar que esta figura de la audiencia ex post obedece a un **agregado** (Moción n.º 5 [05-38-CJ] ver Acta n.º 38 del 21 de abril de 2006) que se hizo en la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, ya que el texto original de la norma únicamente disponía lo siguiente: “En casos de extrema urgencia, el Tribunal o Juez respectivo podrá, a solitud de parte, disponer las medidas cautelares sin necesidad de conceder audiencia. A tal efecto, el Tribunal o Juez respectivo podrá fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos por el artículo 28 de este Código”. Este agregado (25.2.) ciertamente trastoca la idea original, ya que en su concepción inicial, el juez compensaba el factor sorpresa y la celeridad de la medida *inaudita altera parte* con una garantía o contracautela únicamente, para así evitar el abuso del derecho.

MEDIDAS CAUTELARES

En nuestra opinión, sí es recomendable cuando no necesario (aunque el código no lo exija) hacer una resolución (aunque sea oral) donde se razone el motivo por el cual se mantiene, modifica o levanta la cautelar decretada *inaudita parte*, por cuanto solo así las partes pueden tener acceso al razonamiento que emplea el juez luego de la audiencia, sobre todo en el caso de que mantenga su decisión, lo cual ciertamente abona al cabal cumplimiento del derecho de defensa de las partes del proceso y a la transparencia de la función jurisdiccional.

Sin embargo, en tanto, según se ha dicho, la resolución que resuelve la medida cautelar se trata de un auto con eficacia *rebus sic stantibus*, a lo que el CPCA refiere es que el juez ya ha hecho una valoración en cuanto al extremo de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes para conceder, en espera de la resolución de fondo, la medida cautelar pedida.

Así no puede definirse *a priori* que tales circunstancias variarán luego de la audiencia, pueden variar, pero no necesariamente. Si luego de lo aportado en la audiencia las condiciones no varían, el juez no está necesariamente obligado a dictar una nueva resolución, por cuanto, la dictada se mantiene como declaración *rebus sic stantibus* acerca de las condiciones necesarias para la constitución de tal relación que, en palabras de CALAMANDREI, es una que califica de relación “a término” (*dies certus an, incertus quando*) estable en sí misma hasta tanto no varían las circunstancias o sobrevenga el fallo de fondo. Es decir, si las condiciones no varían, la resolución anterior es definitiva en sí misma en el sentido dicho.

Ahora bien, si la parte gestionante no se presenta a sostener la medida adoptada *inaudita altera parte* a la audiencia establecida al efecto, y ante la ausencia de motivos suficientes para mantener la medida cautelar dictada en tales condiciones, procedería, en su caso, no solo la comunicación al Colegio de Abogados para lo que corresponda, sino también procedería revocar la medida dictada⁶¹⁸.

b.5. Duración de las medidas *inaudita altera parte*

Al respecto opinamos que, dada su mecánica procesal, resulta evidente que lo dispuesto *inaudita parte* será levantado, modificado o mantenido una vez que se realice la audiencia posterior.

Dado que por disposición legal su vigencia es objeto de revisión luego de la audiencia, en sentido estricto, después se transformará en cautelar ordinaria, cuando, en su caso, el juez incorpore en su fundamentación los elementos producto del contradictorio, de manera que lo dispuesto no necesariamente sucumbe con la audiencia.

No puede definirse *a priori* si las circunstancias variarán luego de la audiencia, pueden variar pero no necesariamente, de manera que lo decidido puede mantenerse. Pero en este caso, si bien es dictada unilateralmente la decisión, con el trámite se bilateraliza y se transforma entonces en una medida con previa audiencia. Es decir, luego de la audiencia, *stricto sensu* también dejará de ser medida *inaudita altera parte* para integrar el contenido de una medida dictada con audiencia de parte que luego, por supuesto, podrá apelar del contenido de lo resuelto.

Reiteramos nuevamente que sí es recomendable cuando no necesario (aunque el Código no lo exija) hacer una resolución (aunque sea oral) donde se razone el motivo por el cual se mantiene, modifica o levanta la cautelar decretada *inaudita parte*, por cuanto solo así las partes pueden tener acceso al razonamiento que emplea el juez luego de la audiencia, sobre todo en el caso de que mantenga su decisión, lo cual ciertamente abona al cabal cumplimiento del derecho de defensa de las partes del proceso y a la transparencia de la función jurisdiccional.

618 Véase en este sentido TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución n.º 16-08 de las 08:10 hrs. del 28 de enero de 2008. Es nuestra opinión que el deber de fundamentación de la resolución se mantiene, aun si la parte no se presenta a la audiencia.

MEDIDAS CAUTELARES

b.6. ¿Cuestionamiento de la unilateralidad? ¿Recursos?

Nos dice ROJAS FRANCO:

[...] habiéndose adoptado la medida cautelar, se da audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos de la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. O sea, una vez ordenada la medida cautelar se da la audiencia, no obstante, lo que se da a entender es que, el Juez, de acuerdo a los alegatos con motivo de esa audiencia, puede hacer una revaloración de los alegatos de las pruebas aportadas, para mantener, modificar o revocar la medida cautelar. Porque ¿cuál sería la lógica de decretar la medida y luego dar una audiencia a las partes interesadas en esa medida cautelar?⁶¹⁹.

Ya hemos señalado *supra* cómo debe entenderse la fórmula que emplea el 25.2. CPCA al señalar que el juez “podrá” hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados en esa audiencia. Si luego de lo aportado en la audiencia las condiciones no varían el juez no está necesariamente obligado a dictar una nueva resolución, por cuanto, la dictada se mantiene como declaración *rebus sic stantibus* acerca de las condiciones necesarias para la constitución de tal relación que, en palabras de CALAMANDREI, es una que califica de relación “a término” (*dies certus an, incertus quando*) estable en sí misma hasta tanto no varían las circunstancias o sobrevenga el fallo de fondo. Es decir, si las condiciones no varían la resolución anterior es definitiva en sí misma en el sentido dicho.

Sin embargo, sí recomendamos hacer una resolución (aunque sea oral) donde se razone el motivo por el cual se mantiene, modifica o levanta la cautelar decretada *inaudita parte*, ya sea inclusive para decir que las condiciones no han variado para una mayor claridad de las partes intervinientes.

Debe reiterarse que para adoptar la medida *inaudita altera parte*, deben darse circunstancias de “*extrema urgencia*” y no de simple urgencia, entendida como circunstancias de excepcional premura que impongan la acción inmediata del órgano jurisdiccional, lo cual justifica su regularidad constitucional.

Sobre la validez de frente al parámetro de legitimidad constitucional de adoptar medidas *inaudita altera parte*, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha dispuesto lo siguiente:

*Este tipo de medidas, precisamente por esa naturaleza preventiva que poseen, no suponen un prejuzgamiento sobre el fondo del asunto discutido, ni tienen carácter definitivo respecto del patrimonio del supuesto infractor. Simplemente pretenden tutelar prima facie el derecho invocado, con la finalidad de asegurar los resultados del proceso principal en donde se discute la pretensión del gestionante, la que habrá de ser resuelta en forma definitiva en un momento posterior. Como ya ha señalado esta Sala, “Las medidas asegurativas o cautelares según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello pueden conceptualizarse como “un conjunto de potestades procesales del juez –sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final” [...]. (Resolución número 3929 de las 15:24 hrs. del 18 de julio de 1995). Ante el peligro de sufrir un daño jurídico potencial como consecuencia de la larga duración de un proceso, se requiere de medidas rápidas, que por tal exigencia no pueden revestir la forma ordinaria, lo que se justifica por las especiales circunstancias en que son adoptadas. En razón de estas características que comparten las medidas cautelares, en esta y otras materias, **es admisible que se puedan ordenar una vez examinada la seriedad de los motivos del interesado que las solicita, aún sin previa notificación al sujeto afectado**, lo cual es reconocido en las diversas ramas del derecho. En efecto, generalmente la medida cautelar debe ser adoptada **sin darle traslado previo al afectado**, pues de lo contrario puede tornarse inocua: al poner sobre aviso al presunto infractor, éste puede colocar a salvo sus bienes, dejando impotente para afectarlo un posterior pronunciamiento de la autoridad que conoce del asunto. En suma, este tipo de medida persigue impedir que una determinada situación incida negativamente*

619 ROJAS FRANCO (Enrique). *Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo*. E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, p. 88.

MEDIDAS CAUTELARES

sobre los fines del proceso, todo lo cual lleva a concluir que la forma en que el proyecto contempla las medidas cautelares dentro de los procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual, no resulta violatoria del debido proceso⁶²⁰.

Esta jurisprudencia engarza también con opiniones semejantes del Tribunal Constitucional Español, quien inclusive declaró que también “la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar [...]”⁶²¹.

Como hemos dicho, a pesar de concurrir *ab initio* situaciones de extrema urgencia, dado el interés general prevalente en la ejecución del acto, habrá casos en que no procederá dar un trámite *inaudita altera parte*, sino que será necesario recabar mayores elementos de convicción para decretar la cautela. O bien, cuando la evidente complejidad del pleito, conjugada con la importancia que para el interés general revista la permanencia o ejecución de la conducta impugnada, habrá casos que aconsejen la denegación de una medida *inaudita parte*, donde lo mejor será esperar a la audiencia para luego resolver si se estima o se desestima la tutela solicitada.

Ahora bien, el carácter irrecurrible que, si bien no está dispuesto expresamente en nuestra normativa, como sí sucede en el 135 LJCA 1998 español, sí puede desprenderse de la lógica del proceso, pues no tendría sentido alguno someter a recurso a una medida que será objeto de revisión luego de la brevísima audiencia de tres días que en esta se otorga por regla.

620 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 2000-04530 de las catorce horas con cincuenta y un minutos del treinta y uno de mayo de dos mil.

621 Se trata de la STC 14/1992 del 10 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la validez del embargo preventivo “*inaudita parte debitoris*”. El texto es el siguiente: “*no puede merecer reparo de inconstitucionalidad, pues en sí misma considerada la orden de embargo no es más que una medida cautelar, cuya emisión no requiere de plena certeza del derecho provisionalmente protegido, ni es forzoso tampoco que se oiga con antelación a quien la sufre [...] Es más: la audiencia previa al afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar [...]*”. Citado por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 625 en nota 64.

MEDIDAS CAUTELARES

En este sentido, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ha determinado el carácter irrecurrible del que denomina también “*auto provisional*”⁶²² y reserva la apelación para la decisión posterior en que, una vez transcurrido el plazo indicado por el 25 CPCA, el juez hará la valoración de los alegatos y las pruebas aportadas para mantener, modificar o revocar lo dispuesto.

Por último, podríamos señalar entonces como particularidad para el caso de la medida de tutela cautelar con efectos autosatisfactivos, el hecho de que, por regla, requerirá de audiencia –aunque esta sea reducida a límites mínimos– y es de carácter restrictivo su aplicación, ya que implica una satisfacción del reclamo que resuelve en la práctica el objeto del eventual fallo final, anotando entonces una restricción inicial a la posibilidad de tutela *inaudita altera parte*⁶²³.

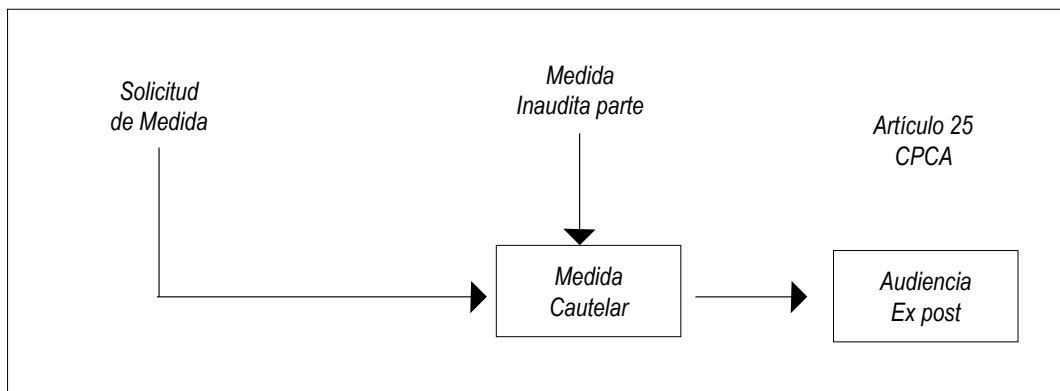
622 *“De conformidad con el artículo 25 del Código Procesal Contencioso administrativo, en casos de extrema urgencia, a solicitud de parte el juez puede disponer medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia, pudiendo fijarse caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 del código de marras. En tal supuesto, en el auto en el que se adopte la medida cautelar inaudita altera parte, el juzgador debe dar audiencia por tres días a las partes, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez hará una valoración de los alegatos y las pruebas aportadas, para mantener, modificar o revocar lo dispuesto. Por su parte, el artículo 24 de este mismo texto normativo establece que, una vez transcurrido el plazo de los tres días de la audiencia a las partes, el juzgador resolverá en definitiva lo procedente excepto si estima necesario realizar una comparecencia oral, en cuyo caso la realizará en un plazo máximo de tres días hábiles en la que se decidirá si se mantiene o se revoca la medida cautelar otorgada inaudita parte. Así es que en ambos supuestos, con o sin comparecencia oral, en los tres días hábiles siguientes a la audiencia a las partes; el juez debe resolver si mantiene, modifica o revoca lo dispuesto en la resolución inicial. El auto que homologa, modifica o revoca la resolución inicial, conforme al artículo 30 del código de rito, tiene recurso de apelación con efecto devolutivo, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, dentro del tercer día hábil siguiente a su notificación. En el caso de examen, se recurre contra la resolución del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo de las 16 horas 25 minutos, notificada el 30 de enero del 2008, que dispuso prima facie, acoger una medida cautelar de suspensión de acto administrativo, ante causam e inaudita altera parte contra las resoluciones del Ministerio de Seguridad Pública 3378-07 DM y 151-08 DM, auto que no es definitivo. **El auto provisional recurrido carece de recurso**, pues la apelación está prevista para objetar lo que resuelva el juzgador de instancia respecto a lo dictado en el auto inicial. Nótese que el propio Código Procesal Contencioso Administrativo establece en el numeral 25 inciso 2), la definición del asunto en primera instancia, lo que realizará el mismo juzgador en un plazo sumario. Por las razones dadas, deberá rechazarse la apelación interpuesta por el Estado”. (TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución 00007-A-TC-2008 de las catorce horas cinco minutos del catorce de febrero de dos mil ocho). Bien puede ser objeto de crítica que aquí se haga referencia también a “auto provisional” como se hace en el caso de las provisionales, porque si el auto es “provisional”, el juez no solamente puede, sino que debe elaborar un auto “definitivo” después de la audiencia.*

623 Como hemos señalado, no tendría sentido que habiéndose adoptado la medida irreversible, se otorgue audiencia a las partes sin efectos suspensivos, pues en el tal caso, la audiencia carecería de sentido. En efecto, en nuestra opinión, la medida *inaudita altera parte* no puede ser, por regla general, autosatisfactiva. Lo dicho, claro está, salvo que las circunstancias de extrema urgencia, suficientemente acreditadas mediante prueba idónea, impongan al juzgador la solución cautelar sin la audiencia al destinatario de la medida. Sin embargo, tales casos serán extremos de colisión de valores fundamentales y de muy restrictiva interpretación al estar en juego una garantía de rango constitucional.

MEDIDAS CAUTELARES

b.7. Esquema

El esquema de la medida dictada *inaudita altera parte*, en su contexto y en síntesis, es el siguiente:



c) Ante causam

Como hemos señalado antes, la medida cautelar *ante causam* se denomina así porque se dicta **previamente** al inicio del proceso, y debe respetar, como cualquier medida, los principios que la rigen, en especial, la proporcionalidad y la razonabilidad de lo ordenado en ella. Al respecto JINESTA comenta que la

urgencia determina la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de interponerse el proceso principal, la que debe ser excepcional porque la apariencia de buen derecho depende, en buena medida, de la demanda y de los documentos que se acompañen a ésta⁶²⁴.

Son medidas principales que se adoptan antes de que inicie el proceso, de conformidad con el 26 CPCA, y sujetas a la condición de que se interponga la demanda en el plazo de quince días (deben entenderse hábiles), contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge, bajo pena de ordenar su levantamiento y condenar al pago de los daños y perjuicios causados, liquidables por el trámite de ejecución de sentencia. La resolución que ordena el levantamiento por no presentar la demanda dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento carece de recurso de apelación⁶²⁵.

c.1. Concepto

El artículo 26 del Código Procesal Contencioso Administrativo dispone al respecto:

Artículo 26.- // 1) Cuando se solicite una medida cautelar antes de que inicie el proceso esta será del conocimiento del juez tramitador o de la jueza tramitadora a quien el tribunal designe que, por turno, le corresponde el conocimiento del asunto.//2) En caso de que la medida cautelar sea concedida, la demanda deberá presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán por el trámite de ejecución de sentencia.

624 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 165.

625 En este sentido el fallo 195-A-TC-2009 del Tribunal de Casación indica: "... resulta claro que el fallo que ordena el levantamiento de las medidas cautelares por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 inciso 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo, carece de apelación, razón por la cual el recurso planteado debe rechazarse" (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 195-A-TC-2009 de las 8:50 hrs. del 10 de setiembre de 2009).

MEDIDAS CAUTELARES

Antes del CPCA se había señalado lo discutible de la adopción de medidas antes de incoarse el proceso⁶²⁶. Sin embargo, también en doctrina, sobre la posibilidad de la *adopción anticipada* de medidas cautelares, GONZÁLEZ CAMACHO comenta:

[...] es decir, aún y cuando no se hubiera interpuesto la demanda principal. Con ello, se rompía la dependencia plena y nociva de este tipo de medidas al proceso central, ruptura que se justifica por circunstancias de urgencia originadas frente a la inactividad o vía de hecho⁶²⁷.

Así, a semejanza de ordenamientos como el alemán (art. 123.1. VwGO)⁶²⁸, nuestro CPCA ha introducido expresamente la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares, incluso antes de interponer el proceso contencioso administrativo (*ante causam*), las cuales se tramitan de conformidad con lo establecido en el 26 CPCA antes citado. Se trata de una **medida cautelar principal**, por lo que es susceptible de una instrumentalidad de **segundo grado**, aunque de ella puede depender, a su vez, una medida *provisionalísima* en nivel de instrumentalidad de tercer grado.

c.2. Competencia

En este caso, dado que no hay proceso todavía, conoce del caso el juez tramitador, o bien, el juez al que por turno corresponda. Tales solicitudes se tramitan según las reglas propias de la medida principal, en tanto es una medida principal y no *provisionalísima*.

c.3. Solicitud de la medida

Como hemos dicho, tanto la medida *ante causam* como la *inaudita parte* requieren instancia de parte todas ellas, salvo la *provisionalísima o cautelarísima* que se puede adoptar de oficio⁶²⁹.

Como también hemos señalado antes, el 26 del CPCA indica que la demanda deberá presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge, bajo pena de ordenar su levantamiento y condenar al pago de los daños y perjuicios causados.

626 JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 324.

627 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 185.

628 Cfr. BACIGALUPO (Mariano). La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo. (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 188.

629 Esta es la regla general, sin embargo, aquí sostenemos la tesis de que en casos excepcionales, en la fase de ejecución de sentencia firme “*si su contenido o naturaleza así lo exigen, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento*”. (Art. 161.2. CPCA), de manera que ahí habría una habilitación oficiosa para el ejercicio de tales poderes. Asimismo, en hipótesis de renovada procedencia (art. 29.2. CPCA), también existe una habilitación oficiosa para considerar nuevamente la procedencia de la medida cautelar solicitada inicialmente, o bien, de otra medida cautelar que las circunstancias impongan.

MEDIDAS CAUTELARES

Así, la eficacia de la medida queda supeditada a una **condición resolutoria** consistente en la interposición en tiempo del proceso principal. De manera que si no se interpone el proceso, y por tanto, se abusa de la tutela cautelar por esta vía, quien así proceda debe indemnizar en fase de ejecución de sentencia lo conducente. La doctrina ha dispuesto que este plazo es de *caducidad* mucho menor que el establecido en el 243 del Código Procesal Civil⁶³⁰.

El Código no exige que al momento de interponer el proceso principal se ratifique la solicitud de medida cautelar, de manera que bastará que se interponga dentro del plazo establecido para entender cumplidos los requisitos que exige la normativa a este respecto. Si no se deduce el proceso en el período de tiempo señalado en el 26 CPCA, la caducidad de la medida operada *ante causam* es una manifestación del principio de *accesoriedad* de la medida cautelar, pues no subsistirá la medida en sí misma, sin la presentación de la demanda.

Es importante señalar que el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha llegado a sostener que el plazo de quince días contemplado en el artículo 26 CPCA empezará a correr a partir del momento en que la medida cautelar apelada queda confirmada en apelación⁶³¹, lo cual ciertamente es cuestionable a la luz de la eficacia inmediata de la resolución que ordena una medida cautelar (art. 27 CPCA). En defensa de esta posición, la doctrina ha manifestado:

Una de las bondades del Código Procesal Contencioso Administrativo, es que tiene un sistema muy fuerte en medidas cautelares, abierto - las que sean necesarias-, lo que permite aplicar medidas atípicas de cualquier tipo, en cualquier fase del proceso, e incluso ante causam (condicionada al establecimiento del proceso principal en el plazo de quince días posteriores a su adopción art 26 inciso 2 CPCA, pues si no se hace la medida decae, en razón de su accesoriedad al proceso principal). El citado plazo cuando la medida es apelada (Art 30C PCA) empieza a correr a partir de lo resuelto por el Tribunal de Casación Contencioso – hoy Sala de Casación actuando en esa función – pues sin la medida es revocada no tendría ningún sentido la urgencia del mismo⁶³².

Por otro lado, la eficacia inmediata de la medida daría pie a sostener que el plazo de quince días para plantear la demanda corre a partir del día siguiente a la notificación del auto del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo que acoge la medida, independientemente de si esta ha sido apelada.

No obstante, la tesis antes destacada del Tribunal de Casación de lo Contencioso ha sido asumida por también por el Tribunal de Apelaciones al resolver sobre medidas cautelares anticipadas:

630 Véase JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 166. Sobre la caducidad se ha dicho: “La caducidad por su parte, afecta a derechos que la ley o la voluntad de particulares concede con vida ya limitada de antemano para su ejercicio, por lo que se extinguirán fatalmente cuando haya transcurrido el plazo. Opera pues, por el mero transcurso del tiempo que le ha sido fijado, pudiendo ser tenida en cuenta de oficio por el juez, a diferencia de la prescripción en que debe ser alegada en forma de excepción por el que pretende beneficiarse de sus efectos, ya que mientras no se invoque, el derecho ejercitado, aún después de la prescripción despliega su eficacia. La caducidad hace referencia a la duración del mismo derecho, de manera que su transcurso provoca la decadencia o extinción y con ello la de la acción que del mismo dimana; por el contrario, la prescripción hace referencia a la acción y se funda en la necesidad de seguridad jurídica, como sanción a la inactividad por parte del titular de un derecho que no ejercita la acción que le es inherente. Se puede afirmar que en la prescripción el derecho se pierde porque se ha extinguido la acción, y en la caducidad, por el contrario, desaparece la acción por haberse extinguido el derecho, por el transcurso del plazo de duración que tenía fijado”. (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RES: 000055-F-2000 dea las quince horas cinco minutos del veintiséis de enero de dos mil).

631 Véase en este sentido, el fallo del TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. N.º 77-F-TC-09 de las quince horas cinco minutos del 22 de abril de 2009 y 304-F-TC-2009. En último de de los fallos citados se indica: “cuando se trata de una medida cautelar anticipada existe un plazo para interponer el proceso, quince días hábiles que este tribunal también ha establecido que corren a partir del día hábil siguiente después de adoptada la medida o resuelta en firme la medida cautelar. Una vez caída en firmeza la medida cautelar, empieza a correr el plazo de quince días, no con la resolución de primera instancia” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución N°304-F-TC-2009 de las 14:32 hrs. del 4 de diciembre del 2009).

632 En: GARCÍA CARBALLO (Laura). *Incidencias del nuevo código procesal contencioso en el derecho tributario*. Documento extraído de Internet el 22 de mayo de 2009 de <http://www.impositus.com/MlxCarpetas.aspx?pad=6&item=43083>.

MEDIDAS CAUTELARES

“Se declara sin lugar el recurso de apelación...También se advierte a la parte actora que de conformidad con el artículo 26.2 del CPCA, debe presentar la demanda principal dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir del día de mañana, apercibido de que sino (sic) lo hace, se ordenará el levantamiento de la cautelar y se le condenará al pago de los daños y perjuicios causados, los que se liquidarán en el trámite de ejecución de sentencia...” (TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL, N° 14-2010 de las catorce horas quince minutos del veinte de enero de dos mil diez. En el mismo sentido, las resoluciones de este Tribunal de Apelaciones N° 08-2010, N° 19-2010, N° 69-2010, N° 96-2010 y N° 431-2011, entre muchas otras).

Otro punto interesante, derivado del anterior, sería el caso de que, otorgado ese plazo de quince días por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y ya habiendo presentado el accionante de la medida la demanda en el plazo de quince días contado a partir del auto del TPCA, este intente *ampliar* su libelo de demanda con fundamento en el nuevo plazo otorgado en la sede de apelación.

Tampoco el Código indica nada sobre cuánto antes deben ser solicitadas las medidas en caso de hacerlo *ante causam*. Sin embargo, deberá acudirse entonces al plazo previsto para la interposición del proceso (art. 39 CPCA), pues precisamente de la urgencia de su interposición, se justifica la solicitud antes del inicio del proceso.

Cabe preguntarse también si se puede acudir a una tutela cautelar *ante causam* en aquellos supuestos en los que el recurso administrativo sea todavía requisito necesario para el acceso a la jurisdicción contenciosa, a lo que respondemos que sí, al ser una exigencia derivada del Derecho de la Constitución.

La pregunta sería cómo se adaptarían entonces sus regulaciones, a lo cual habría que responder afirmando enfáticamente la posibilidad de que el órgano jurisdiccional está en posición de pronunciarse sobre la pretensión cautelar, incluso si la vía administrativa previa no se ha agotado, pero deberá entonces adaptarse a la nueva situación procesal, lo cual merece ser objeto de un tratamiento separado. Sobre este tema CHINCHILLA MARÍN se pronuncia afirmativamente:

Si la tutela judicial efectiva se satisface, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sometiendo la ejecutividad de los actos administrativos a una decisión judicial, una de dos: o dicha ejecución se paraliza en el momento mismo en que se interpone el recurso administrativo – si así se solicita, claro está - ; o hay que admitir que mientras el recurso administrativo se resuelve, el interesado puede someter la ejecutividad del acto administrativo a la decisión de los Tribunales, solicitando, por tanto, antes de la interposición del recurso contencioso – en estos casos necesaria e involuntariamente retrasada – cuantas medidas sean necesarias para garantizar la efectividad de la hipotética y futura tutela judicial⁶³³.

633 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 624. Así parece también entender ROJAS CHAVES al decir que *“la tutela cautelar ante causam puede ser un paliativo frente a los efectos del principio de ejecutividad del acto administrativo o bien, cuando fuere exigido el agotamiento de la vía administrativa”*. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. *Código Procesal Contencioso Administrativo comentado*. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 158). En sentido contrario parece pronunciarse el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo que en la resolución n.º 246-08 de las diez horas treinta minutos del 28 de abril de 2008, supedita el dictado de la resolución cautelar al posterior dictado del acto de respuesta por parte de la municipalidad, pues, según afirma, no puede conocer de lo pedido, aunque sí da un plazo de un mes para la pronta respuesta al administrado en sede municipal. Sin embargo, luego de estos fallos iniciales, la jurisprudencia ha admitido expresamente la tutela cautelar, incluso mediando agotamiento preceptivo de la vía administrativa. El fallo del Tribunal de Apelaciones n.º 195-2010 indicó que no es necesario agotar la vía administrativa para solicitar tutela cautelar: *“...el hecho de que haya un acto administrativo que al momento de presentar la demanda esté recurrido no es obstáculo para que la acción sea presentada y tramitada y en principio tampoco es obstáculo para conocer una medida cautelar. El hecho de que un acto administrativo disponga una sanción que afecte al administrado gravemente y este acto esté pendiente de una resolución que puede ser eventualmente confirmatoria, tal y como aquí se ha alegado que existe la posibilidad y que una de las partes considera que va a ser el resultado, pues establece una situación potencial de riesgo y peligro que la ley prevé como digna de ser protegida.”* (Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 195-2010 de las 14:00 hrs. del 6 de mayo de 2010).

MEDIDAS CAUTELARES

También cabe preguntarse si una vez rechazada una medida *ante causam* por la interposición del proceso fuera del plazo previsto en el 26 CPCA, cabe volver a solicitarla, a lo cual también se debe responder afirmativamente, pues solo así cabe pronunciarse ante una exigencia constitucional y la ausencia de regulación en contrario.

c.4. Resolución judicial

Dado que se trata de la adopción anticipada de la tutela cautelar principal, la resolución implica **fundamentación** de la medida que al respecto ha de ser **necesaria y concreta**, a la luz del caso concreto, sin poder acudir a simples apariencias o a la mera remisión o cita de doctrina y jurisprudencia, sino se hace primero un enlace expreso con las circunstancias del caso concreto⁶³⁴. Como hemos señalado si bien es discutible la naturaleza de dicha resolución, no es discutible que el juez debe hacer un análisis de los presupuestos a la luz del supuesto de hecho concreto. En este sentido, y a partir de su posición, JINESTA LOBO manifiesta:

el auto por el que se acoge o deniega la pretensión cautelar no le pone término al mérito del asunto, sí le pone punto final a la relevante controversia relativa a si el recurrente posee o no un derecho a la tutela cautelar, enmarcándose así en el supuesto del art. 153, inciso 4, CPC – auto con carácter de sentencia -. A mayor abundamiento, en el incidente cautelar el juez no maneja elementos puramente fácticos, sino que debe emplear conceptos jurídicos indeterminados axiológicos o normativos (fumus boni iuris, periculum in mora, interés público o de tercero), los cuales se insertan en el supuesto de hecho de la premisa mayor de la norma jurídica y admiten una única solución válida. En tal sentido, La LRJCA española, después de la reforma introducida el 30 de abril de 1992 (Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal), admite el recurso de casación contra el “auto que le pone término a la pieza separada de suspensión (art. 94.1.b.)”⁶³⁵.

Hemos tomado por nuestra parte posición, a partir de la configuración de la tutela cautelar como componente inescindible de la tutela cautelar y no derecho distinto al de la tutela judicial efectiva, y, de ahí, de la tutela cautelar como fase y no como proceso en sí mismo considerado, y, luego, acerca de la naturaleza de la resolución que resuelve la medida como *simple auto* con eficacia *rebus sic stantibus* y no como *auto con carácter de sentencia* (en todo caso, en dicha hipótesis con un valor, a lo sumo, de cosa juzgada **formal** y no material).

La jurisprudencia ha indicado que la resolución que resuelve sobre una medida anticipada se trata efectivamente de un **auto** sin que quepa la posibilidad de pronunciamiento en costas⁶³⁶.

634 El Tribunal de Casación de lo Contencioso indicó en el fallo 208-F-TC del año 2009 que en el caso de una medida cautelar anticipada no se puede valorar el apariencia de buen derecho dado que la demanda no ha sido aún interpuesta: “Entramos al análisis por parte de este Tribunal del cumplimiento de los requisitos que en toda medida cautelar deben ser valorados. El primero de esos elementos es la apariencia de buen derecho, al respecto fue valorado por el Tribunal que se está ante una medida cautelar anticipada en donde todavía la parte interesada en la medida cautelar no ha abierto proceso de conocimiento sobre el fondo, de ahí entonces que no se pueda valorar si la demanda pueda tener o no apariencia de buen derecho, o pueda o no cumplir con el principio de seriedad respectiva” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n°. 208-F-TC de las 11:06 hrs. del 11 de setiembre de 2009). El criterio de ese fallo es ciertamente cuestionable, por cuanto, si bien en el caso de una medida anticipada no existe todavía un proceso de conocimiento sobre el fondo, lo cierto es que al menos la gestión que solicita la medida cautelar debe aportar un mínimo de información respecto de los hechos o algún otro alegato que ponga de relieve que efectivamente la pretensión no es temeraria, o, en forma palmaria, carente de seriedad (*fumus non mali iuris*), de manera que el cumplimiento de este requisito, como en toda medida cautelar, debe ser satisfecho por la solicitud y valorado por el Tribunal, aún tratándose de medidas cautelares anticipadas.

635 JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 328 en nota 406. Lo destacado no es del original.

636 En este sentido el fallo n°. 304-F-TC-2009 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo señala: “La resolución que dispone o resuelve una medida cautelar constituye un auto, y por serlo no cabe hacer a este auto pronunciamiento en costas, que solo cabe para la sentencia o el auto con carácter de sentencia...”

MEDIDAS CAUTELARES

Se trata entonces de un auto que es apelable por orden expresa del 30 CPCA. Con la particularidad de que debe contemplar la prevención de que si no se presenta la demanda dentro del plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge⁶³⁷, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán mediante el trámite de ejecución de sentencia. Como se señaló antes la resolución que ordena el levantamiento por no presentar la demanda dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento carece de recurso de apelación⁶³⁸.

Debemos en este punto llamar la atención sobre lo siguiente: si se suprime, como se ha hecho y se analizará más adelante, toda posibilidad de condena en costas en el ámbito cautelar (más allá de la hipótesis del 26 párrafo 2 CPCA), corremos un riesgo innegable tratándose de cautelares *ante causam*, porque en el seno del principal sí existe ciertamente la posibilidad de cobrar las costas del proceso que comprenden y compensan, en su caso, lo correspondiente. De esta manera, si concedida una medida cautelar *ante causam*, el proceso es interpuesto con posterioridad, las costas serán liquidadas, en su caso, en el principal, pero si la parte perdedora de una medida cautelar *ante causam* no interpone el proceso, no habrá entonces posibilidad alguna de cobrar costas.

En tal supuesto, los tribunales contenciosos enfrentan el riesgo inminente de un colapso ante una eventual avalancha de cautelares, muchas de las cuales se plantearían sin motivos serios y por el mero afán litigioso, ante la ausencia de amenaza alguna para quienes las plantean, siquiera de costas, en el caso de perder la cautelar *ante causam*.

Es necesaria entonces una reforma legal que se plantea aquí como solución de *lege ferenda*, en el sentido de que en toda cautelar anticipada que sea denegada, debe existir ciertamente la posibilidad de condenar en costas, ante el innegable efecto práctico que podría tener su ausencia.

Aquí nuevamente toma relevancia el enfoque *tópico* de la cautelar, pues para evitar el abuso del derecho que podría configurarse ante la ausencia de dicha posibilidad en cautelares *ante causam*, es necesario que el legislador plantee una solución al problema existente. Sería un caso *sui generis* de condena en costas, requerido por la realidad que impone su solución. En caso contrario, enfrentaríamos una ironía innegable. Como GARCÍA DE ENTERRÍA indicó, la existencia misma del sistema cautelar es necesario para evitar el “cinismo” dentro del proceso⁶³⁹; pero ante la ausencia de condena en costas en una cautelar anticipada, puede darse tal “cinismo” precisamente por intermedio de las cautelares.

637 Esto salvo casos excepcionalísimos en que, por las particularidades del caso, el órgano jurisdiccional dimensione el dictado de la resolución definitiva ante una medida *provisionalísima* y difiera el dictado de dicha resolución definitiva para resolver sobre la medida *ante causam*. Esto ocurrió en el caso dilucidado mediante la resolución dictada a las ocho horas veinticinco minutos del primero de agosto de 2008, dentro del expediente 08-396-1027-CA. Ahí se conocía del cierre de un hotel ordenado por el Ministerio de Salud ante una serie de falencias sanitarias. Ante el caso, el juzgador dio el plazo de un mes para cumplir con los requerimientos de la orden sanitaria, y luego de transcurrido ese mes, los personeros del Ministerio de Salud deberían comparecer al hotel a efectos de dilucidar si los incumplimientos fueron subsanados. Una vez dado ese informe, las partes deberían comparecer ante el juzgado nuevamente para efectos de resolver si se mantenían o no la orden de cierre y el dictado la resolución definitiva sobre la medida *ante causam*, de manera que el plazo para la interposición del proceso de quince días empezaba a correr a partir de lo resuelto en definitiva por el órgano jurisdiccional.

638 En este sentido el fallo 195-A-TC-2009 del Tribunal de Casación indica: “... resulta claro que el fallo que ordena el levantamiento de las medidas cautelares por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 inciso 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo, carece de apelación, razón por la cual el recurso planteado debe rechazarse” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 195-A-TC-2009 de las 8:50 hrs. del 10 de setiembre de 2009).

639 Al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA manifiesta: “sin éstas el proceso se convierte en ciertas circunstancias en un instrumento de frustrar la justicia, de incumplir las obligaciones y deberes, de destruir o reducir el alcance de los derechos”. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2º edic, 1995, p. 130.

MEDIDAS CAUTELARES

c.5. Duración de las medidas *ante causam*

ROJAS FRANCO comenta:

[s]i la medida se deniega, no hay problema, pero si se concede, la demanda debe presentarse en el plazo de quince días a partir de la notificación del auto que acoge la medida, caso contrario se debe levantar la medida y también se condena al solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán por el trámite de ejecución de sentencia⁶⁴⁰.

A lo anterior hay que señalar lo visto *supra* acerca de la ausencia de toda posibilidad de cobrar costas si rechazada la medida *ante causam*, la parte no interpone después ningún proceso.

Como hemos señalado, por disposición legal, su vigencia **está subordinada a una condición resolutoria** consistente en la interposición en tiempo del proceso principal. De manera que si no se interpone el proceso, y por tanto, se abusa de la tutela cautelar por esta vía, quien así proceda debe indemnizar en fase de ejecución de sentencia lo conducente. **En efecto, su mantenimiento está subordinado a esa condición, pero cumplida la condición, se consolidan como medidas definitivas.** En este caso, ya interpuesta la causa, la medida se transforma entonces en una medida *lite pendiente*. Es decir, luego de cumplida la condición, la que fue medida *ante causam* sujeta a condición, se transforma en medida cautelar plena *lite pendiente*.

Debe tomarse en cuenta lo establecido en el artículo 29 CPCA, de manera que cuando las circunstancias de hecho que dieron motivo a su adopción o rechazo varíen, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a instancia de parte, podrá modificarla, suprimirla o bien, en su caso, podrá decretar su renovada procedencia a la luz del nuevo cuadro fáctico del proceso (eficacia *rebus sic stantibus*).

c.6. Constitucionalidad de la medida *ante causam*

Como anotaba el Dr. GONZÁLEZ CAMACHO⁶⁴¹, la posibilidad de solicitar una tutela cautelar antes de que inicie el proceso es **una exigencia derivada del Derecho de la Constitución**, para todo caso en que la ejecutividad de la conducta administrativa ponga en peligro la efectividad de la tutela. La constitucionalidad de las medidas cautelares *anticipadas* ya fue zanjada por la Sala Constitucional desde que se pronunció en relación con el tema de las medidas cautelares “atípicas”. Así, en la sentencia 2000-4530 del treinta y uno de mayo de 2000, indicó:

V.- Sobre el plazo de las medidas cautelares *ante causam*. *La adopción de medidas cautelares ante causam resulta posible, siempre y cuando la administración proceda en un plazo razonable a incoar un procedimiento administrativo, respecto del cual la medida provisional es instrumental y accesorio. De lo contrario se desnaturalizarían las características estructurales básicas de toda medida cautelar (instrumentalidad y provisionalidad).(S.C.V. 252-07)*

También en la sentencia 1030-06, la Sala reiteró la posibilidad de tomar medidas anticipadas, lo cual no desvirtúa su *instrumentalidad*. La Sala se pronunció ahí sobre la legitimidad y la pertinencia de las medidas cautelares que han sido impuestas sobre la base de una investigación preliminar:

Sin embargo, no obstante que tanto la doctrina como la jurisprudencia de este Tribunal han reconocido como una de las características esenciales de las medidas cautelares su instrumentalidad, esto es su supeditación a la existencia de un procedimiento administrativo o jurisdiccional principales; ello no impide que, en razón del interés que se intenta proteger (por ejemplo, tratándose de la tutela de bienes perecederos, materia

640 ROJAS FRANCO (Enrique), Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo, E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, p. 89.

641 Cfr. GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa,. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 185.

MEDIDAS CAUTELARES

*ambiental, o la tutela del interés superior del menor, estos últimos, según disposición constitucional, al tenor de los artículos 50 y 51), o la gravedad de los hechos acusados, en tanto pueda verse afectado seriamente el orden público, la moral o las buenas costumbres (artículo 28 constitucional), es que, resulta, no sólo plenamente justificada, sino necesaria. la adopción de medidas cautelares tendentes a evitar la afectación de tales bienes o intereses, sobre todo, si consta una denuncia o queja contra un servidor público por alguna falta presunta en el ejercicio de la función pública encomendada –sustento del régimen disciplinario público–, que deba valorar la Administración mediante un procedimiento al efecto. De donde, la instrumentalidad de las medidas cautelares en la vía administrativa debe ser entendida en su correcto sentido, en el tanto, no se quebranta esa cualidad por el hecho de que el órgano director no halla iniciado el procedimiento administrativo, pero adopte la medida cautelar dentro de la fase de la investigación preliminar. Nótese, según lo que se dijo en el Considerando anterior, es una etapa dispuesta por el ordenamiento jurídico para acreditar si hay mérito o no para iniciar el procedimiento formal, de donde, ante la gravedad de la falta y el interés que se intenta proteger, **resulta, no sólo posible, sino necesario en algunos casos, facultar a la Administración a adoptar este tipo de medidas, aún en la fase preliminar, caso contrario, podría verse seriamente comprometido el efectivo ejercicio del acceso a la justicia y a la tutela cautelar**, ambos, en su verdadera acepción de derechos fundamentales consagrados –se repite– en el artículo 41 de la Constitución Política. Asimismo, debe considerarse que se trata de una medida meramente preventiva, llamada a desaparecer una vez definida la situación que la motiva, por lo que en consecuencia, podrá dictarse en su lugar la revocatoria de la medida preventiva impuesta (suspensión o traslado) o, en su defecto, la apertura del procedimiento correspondiente. (Véase también, por ejemplo, en la sentencia número 5796-96 de las dieciséis horas cuarenta y dos minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y seis; 05358-99 de las diez horas con doce minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y nueve; 2005-06044 de las dieciséis horas cuarenta y cuatro minutos del veinticuatro de mayo de dos mil cinco: n.º 2006-08950 de las diez horas y cuarenta y tres minutos del veintitrés de junio de dos mil seis, y n.º 2006-11529 de las catorce horas y cincuenta y siete minutos del nueve de agosto de dos mil seis, entre muchas otras).*

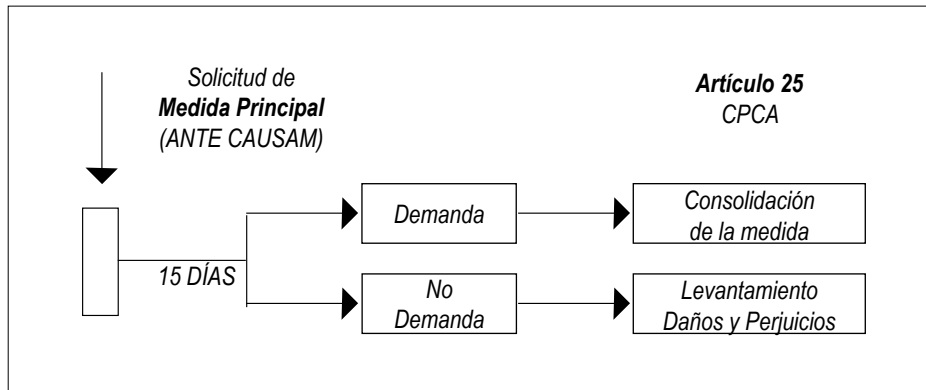
Así en su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha analizado la razonabilidad de la adopción de medidas cautelares **ante causam**, bajo la condición del respeto al principio de instrumentalidad que las caracteriza; es decir, estas son posibles siempre que estén sujetas a un término perentorio breve⁶⁴². La regulación del CPCA se enmarca entonces dentro de tales parámetros o lineamientos constitucionales básicos.

642 Refiriéndose eso sí a las medidas dentro de un procedimiento administrativo la Sala indicó: “[...] es preciso señalar que el carácter urgente de la medidas cautelares determina **la posibilidad, excepcional, de los órganos administrativos de disponer las mismas antes del procedimiento administrativo principal (ante causam)**. Sin embargo, el ejercicio de esa potestad está condicionado, en virtud de la instrumentalidad, a la interposición del procedimiento principal en un término perentorio relativamente breve. De lo contrario, la medida precautoria deviene, ineluctablemente, ineficaz por la presunción de desinterés del beneficiario de la medida, y la necesidad de evitarle perjuicios al sujeto pasivo de la misma. Debe tomarse en consideración que de la relación de los artículos 229, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública, 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 243 del Código Procesal Civil, el plazo que tiene la administración pública para incoar el procedimiento administrativo a partir de ser decretada la medida cautelar ante causam es de un mes. En consecuencia, la Administración, al haber mantenido la medida cautelar que decomisó el vehículo del amparado sin iniciar el procedimiento administrativo respectivo en un plazo razonable, violentó los artículos 39 y 41 de la Constitución Política”. Sentencia n.º 2004-09232 de las 15:40 hrs. del 25 de agosto de 2004. En igual sentido, votos 2005-17485 de las 18:30 hrs. del 20 de diciembre de 2005 y n.º 2006-011395 de las 15:15 hrs. del 8 de agosto de 2006”. (Sala Constitucional n.º 2007-006482 de las diez horas y cuarenta y siete minutos del once de mayo de dos mil siete).

MEDIDAS CAUTELARES

c.7. Esquema

El esquema de la medida dictada *inaudita altera parte*, en muy resumidas cuentas, es el siguiente:



d) Mixtas

Vistos los cauces procesales especiales que el Código habilita, es decir, las medidas *provisionalísimas*, *inaudita altera parte* y *ante causam*, debemos apuntar que es posible que se den **combinaciones** entre ellas. A dichos supuestos los llamaremos medidas **mixtas**.

Dentro de las diferentes opciones, podríamos imaginar, someramente, las siguientes:

- 1) **Ante causam – inaudita altera parte:** sí es posible porque no toda medida *ante causam* es *inaudita parte*, al menos el código no lo dice así expresamente, pero sí es posible la adopción de una medida *inaudita parte* en casos de extremísima urgencia – si bien no será lo más recomendado– con los elementos que se hagan llegar por la parte al juzgador, incluso antes de iniciado el proceso, en cuyo caso se dará la audiencia *ex post* y se adaptará la prevención de presentación de la demanda.
- 2) **Provisionalísima – ante causam:** Dado que la medida *ante causam* se trata de una **medida cautelar principal**, es susceptible de que, en nivel de instrumentalidad de tercer grado, se le engarce una medida *provisionalísima*, adoptada de manera inmediata y *prima facie*, a fin de garantizar la efectividad de la principal *ante causam*, y mientras transcurre la audiencia de hasta tres días necesaria para su imposición. Siempre y cuando guarde la medida *provisionalísima* el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida. Dado que no hay limitación temporal para el dictado de la medida en el 23 CPCA, se entiende que una vez solicitada la medida cautelar –incluso *ante causam*– el juez respectivo podrá adoptar y ordenar, incluso de oficio, las medidas *provisionalísimas* que considere necesarias para garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente.
- 3) **No toda inaudita altera parte es provisionalísima:** la medida dictada *inaudita parte* puede ser principal también. Al revés, toda *provisionalísima* sí es *prima facie*. En efecto, dado que la medida *inaudita altera parte* se trata de una **medida cautelar principal**, es susceptible de que a ella se engarce en nivel de instrumentalidad de tercer grado una medida *provisionalísima*, adoptada de manera inmediata y *prima facie*, a fin de garantizar la efectividad de la principal *inaudita parte* que todavía no entrará a regir.
- 4) **Provisionalísima, ante causam (principal), prima facie:** no es posible, porque la *ante causam*, que es en sí una medida principal, excluiría la combinación de las tres variables.

MEDIDAS CAUTELARES

Sección Cuarta: Contracautela

El artículo 28 del Código Procesal Contencioso Administrativo establece en lo conducente:

Artículo 28.- // 1) El tribunal respectivo, el juez o la jueza al disponer la medida cautelar, podrá exigir que se rinda caución o cualquier otra medida de contracautela, suficiente y proporcionada para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés público.//2) Contra el auto que resuelva la caución u otra contracautela, cabrá recurso de apelación, dentro del tercer día, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso- Administrativo.//3) La caución o garantía podrá constituirse en cualesquiera de las formas admitidas en Derecho// 4) La medida cautelar dispuesta no se ejecutará hasta que se compruebe haber cumplido con la contracautela o, en su caso, hasta tanto la caución esté rendida y acreditada en autos. //5) Levantada la medida cautelar al término del proceso o por cualquier otra causa, la Administración Pública o la persona que pretenda tener derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados con su ejecución, deberá solicitarlo ante el tribunal, el juez o la jueza respectiva, por medio de un simple escrito, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cesación de los efectos de la medida. Si la solicitud no se formula dentro de dicho plazo o no se acredita el derecho, la garantía constituida se cancelará seguidamente y se devolverá a quien corresponda.

Así el anverso de la cautela es la contracautela. Como hemos indicado, el artículo 133 de la LJCA española de 1998 establece una norma muy similar, al disponer:

1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.
2. La caución o garantía podrá constituir en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente.
3. Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida⁶⁴³.

RODRÍGUEZ – ARANA apunta con respecto a las medidas de *contracautela* reguladas en el 133 de la LJCA española de 1998:

La medida cautelar, como ya hemos tenido ocasión de examinar, se adopta para garantizar la eficacia de la sentencia frente al periculum in mora; sin embargo, es evidente que estas mismas medidas pueden a su vez provocar perjuicios que deben ser evitados. Ahora bien, la preservación de intereses en conflicto, exigidos por el derecho a la tutela judicial efectiva, se opera a costa del titular que se beneficia de la medida, a través de la contracautela⁶⁴⁴.

643 Citado por RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOS (Jaime). *Comentario al artículo 133 LJCA 1998*. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Civitas, n.º 100 Oct-Dic, 1998, p. 886.

644 RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOS (Jaime). *Comentario al artículo 133 LJCA 1998*. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Civitas, n.º100 Oct-Dic, 1998, p. 888.

MEDIDAS CAUTELARES

Tal es el fundamento de la regulación establecida también en nuestro CPCA en su artículo 28 (apartados 1 a 5) que contempla una regulación amplia (cláusula abierta) de las medidas que el juez puede exigir al disponer una medida cautelar, con el objeto de que se rindan caución, garantía o cualquier clase de *contracautela* que sea suficiente y proporcionada para que se protejan adecuadamente los derechos e intereses de las partes, los terceros y el interés general.

Como hemos señalado, la norma constituye el anverso de la amplia habilitación cautelar, de tal manera que el régimen de las *contracautelas* –consustanciales o de acreditación previa– constituye una derivación también necesaria del imperativo de paliar los eventuales efectos dañosos de las decisiones adoptadas con la especial celeridad que caracteriza a las cautelares. Como bien GONZÁLEZ CAMACHO ha indicado:

*esa posibilidad de error al que aludíamos antes, provocada por la urgencia, justifica también, que en casos especiales se exija caución de la parte victoriosa, para que en el supuesto de lesión a los intereses públicos o de terceros y ante la desestimación de su demanda, sirva ésta como indemnización a los eventuales daños y perjuicios irrogados*⁶⁴⁵.

a) Concepto

La exigencia de medidas de contracautela es una de las manifestaciones más evidentes de los amplios poderes de modulación que tiene el juez en la tutela cautelar. La medida de contracautela (expresión de CHIOVENDA⁶⁴⁶) consistirá en cualesquiera condiciones, modos y términos, suficientes y proporcionadas para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés público afectados con la ejecución de la cautelar que determinará el juez tramitador o bien el juez al que por turno corresponda, luego de la audiencia (oral o escrita) –salvo el caso de las medidas dictadas *inaudita parte*, o si, fundadamente, el juez así lo dispone–, donde una vez valorados los alegatos y las pruebas que se aportaron, se *resolverán en definitiva* las medidas que son indispensables para evitar o paliar cualesquiera perjuicios que la tutela cautelar pueda provocar, en los términos del 28 CPCA.

Según CALAMANDREI:

*la caución funciona, pues, en calidad de cautela de la cautela, o, como se ha dicho autorizadamente, de contracautela: mientras la providencia cautelar sirve para prevenir los daños que podrían nacer del retardo de la providencia principal, y sacrifica a tal objeto, en vista de la urgencia, las exigencias de la justicia a las de la celeridad, la caución que se acompaña a la providencia cautelar sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, y de este modo restablece el equilibrio entre las dos exigencias discordantes*⁶⁴⁷.

Otro que se pronuncia en términos similares es HERNÁNDEZ – MENDIBLE, para quien la

*caución o la fianza procesal constituyen el instrumento a través del cual se garantiza que las partes del proceso queden cubiertas de los eventuales daños o perjuicios que pueden experimentar por el otorgamiento de una medida cautelar en su contra, mientras se espera la providencia principal*⁶⁴⁸.

645 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 26.

646 Citado por CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 64.

647 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 64.

648 HERNÁNDEZ – MENDIBLE (Víctor Rafael). La Tutela Judicial Cautelar, en el contencioso administrativo. Editores Vadell Hermanos, Valencia – Venezuela – Caracas, 1998, p. 27.

MEDIDAS CAUTELARES

ROJAS GÓMEZ nos dice que

[a]sí como se adoptan medidas para garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia cuyo contenido se prevé, también es bueno tomarlas para asegurarle al afectado el pago de la indemnización a que tiene derecho si la sentencia no resulta como se había previsto. A estas medidas que tienen una finalidad correlativa a la de las medidas cautelares se les conoce bajo el nombre de contracautelas⁶⁴⁹.

Carmen CHINCHILLA MARÍN nos explica al respecto de las medidas de contracautela:

Este tipo de medidas que CALAMANDREI llamó cautela de cautela y CHIOVENDA contracautela son inherentes a la tutela cautelar pues pretenden evitar o paliar los daños que se deriven de la misma y asegurar un eventual derecho de resarcimiento. Constituyen una forma de contrarrestar el riesgo inevitable que para toda medida cautelar supone la urgencia y el estado de incertidumbre en que se adopta⁶⁵⁰.

Como hemos visto, la urgencia que sirve de fundamento al juicio sobre bases de verosimilitud, por oposición a los juicios de verdad, hace posible el error e, incluso, sin error, la ejecución de la cautela puede ocasionar daños a terceros o al interés general que pueden ser paliados por la medida de contracautela.

Es decir, en la tutela cautelar hay un grado de incertidumbre necesario y permitido al momento en que se adopta que hace necesario, por un lado, prudencia al adoptarla, y por el otro, cautela al ejecutarla, de lo cual se encargan las medidas de contracautela.

Sobre el tema de la contracautela, RODRÍGUEZ ARANA señala:

La medida cautelar, como ya hemos tenido ocasión de examinar, se adopta para garantizar la eficacia de la sentencia frente al periculum in mora; sin embargo, es evidente que estas mismas medidas pueden a su vez provocar perjuicios que deben ser evitados. Ahora bien, la preservación de los intereses en conflicto, exigidos por el derecho a la tutela judicial efectiva, se opera a costa del titular que se beneficia de la medida, a través de la contracautela⁶⁵¹.

Es importante distinguir la contracautela del *dimensionamiento* del fallo cautelar. Esto será muy sencillo tratándose de una caución tradicional, pero la diferenciación se tornará más complicada cuando se trate de condiciones, modos y términos impuestos como contracautela de la medida, en particular si estos términos son impuestos en forma consustancial y no como requisito de acreditación previa.

Para diferenciar ambos conceptos, será conveniente tener en mente que el dimensionamiento define el alcance de la medida en sí misma considerada; la contracautela delimita y frena el alcance de la cautela ya definida para impedir cualesquiera efectos perniciosos sobre una de las partes, sobre el interés público o de terceros afectados. Es decir, la medida de contracautela está fuera del contenido de la cautela ordenada; pero constituye una condición de eficacia de esta.

Así por ejemplo, piénsese en el caso que veremos más adelante de una medida cautelar que permita la explotación de un determinado recurso natural; pero sujeto a ciertos límites y bajo la supervisión efectiva de un **comisario ad acta** nombrado por el mismo juez tramitador a efecto de impedir que dicha explotación perjudique a terceros involucrados.

649 ROJAS GÓMEZ (Miguel Enrique). *La teoría del proceso*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2002, p. 226.

650 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 606.

651 RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOS (Jaime). *Comentario al artículo 133 LJCA 1998*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas, n. °100 Oct-Dic, 1998, p. 888.

MEDIDAS CAUTELARES

El alcance (geográfico y temporal) de dicha explotación será el dimensionamiento concreto de la medida en sí misma considerada, mientras que la supervisión del comisario *ad acta* para impedir que la explotación así delimitada perjudique de cualquier forma a terceros será *contracautela* y condición de eficacia de la medida.

Otro caso similar fue resuelto por el TPCA en su fallo n.º **43-F-TC-08**. Ahí el TPCA detiene un desalojo administrativo en zona marítimo terrestre y conjuntamente ordena al juez ejecutor que, con la colaboración del ICT y de una asociación apersonada, dentro del plazo de tres días hábiles que se desplace a la zona y que realice un censo que especifique con claridad quiénes son los ocupantes actuales, sus nombres, lotes, las medidas de estos a efectos de evitar la proliferación de nuevos ocupantes en la zona. En este caso, la elaboración del censo es una medida de contracautela de la medida de suspensión de la orden de desalojo.

Bien podría pensarse que aunque la regla es que la caución o contracautela se opera a costa del titular del que se beneficia de la medida, es decir, se trataría en principio de una prestación a cargo del beneficiario de la medida que opera como condición de eficacia de la tutela cautelar, no podemos decir que es necesariamente siempre así, sino que, como hemos indicado, según el CPCA podrá consistir en cualesquiera condiciones, modos y términos, de manera que, inclusive, podemos llegar a pensar en casos donde la contracautela sea en sí misma *inocua* para el beneficiario de la medida en sí; pero que sirva a su vez a los intereses de protección de los derechos de algunas de las partes involucradas.

Ahora bien, sobre la naturaleza jurídica de la *contracautela*, el autor de cita afirma que esta se

*instrumenta como una carga procesal y conditio iuris de la eficacia de la propia medida cautelar, como señala Fenor de la Maza, ya que la medida cautelar acordada – dice el 133.2 - no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos. A ello se añade que la propia afección de la caución, durante un año, al abono de los daños que la práctica de la medida cautelar hubiese podido originar conforme a principios similares a los que rigen la responsabilidad extracontractual [...].*⁶⁵²

Si bien, como señala CALDERÓN CUADRADO⁶⁵³ hay una polémica doctrinal, pues para unos (CALAMANDREI) se trata de una cautela –en relación de instrumentalidad con la medida cautelar que se dicta e indirectamente con la principal, tal como se verá de seguido – y para otros es un “presupuesto” de la medida cautelar. Nosotros optamos aquí por lo dicho, al configurar una condición no siempre necesaria para la plena eficacia de la tutela cautelar⁶⁵⁴.

b) Fundamento

El fundamento de la medida de contracautela es **garantizar la protección de los derechos e intereses** involucrados, tanto de las partes, como de terceros y del interés general; es decir, servir de **medio de equilibrio y ponderación en la ejecución** de la tutela, así como el aseguramiento del eventual derecho al resarcimiento de daños que podrían surgir si la medida cautelar es ejecutada, ya sea a la Administración o a la persona afectada directamente por la ejecución de la medida. Como bien apunta CHINCHILLA MARÍN el

*hecho de que la Ley no haya limitado la adopción de medidas de contracautela a la caución pone de manifiesto que la función que cumplen estas medidas va más allá de la de asegurar el pago de la medida adoptada, pues lo que con ellas se pretende es evitar o paliar los perjuicios de cualquier naturaleza, y no solamente económica, que pudiera causar la adopción de medidas cautelares*⁶⁵⁵.

652 RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOS (Jaime). *Comentario al artículo 133 LJCA 1998*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas, n.º 100 Oct-Dic, 1998, p. 889.

653 Citada por YAYA ZUMAETA (Ulises). *La contracautela: requisito de ejecución de las medidas cautelares*. En: Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia. Centro de Investigaciones Judiciales. Año 3, n.º 8, abr –jun 2005, p. 97.

654 Para ahondar sobre la naturaleza de la *contracautela*, véase YAYA ZUMAETA (Ulises). *La contracautela: requisito de ejecución de las medidas cautelares*. En: Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia. Centro de Investigaciones Judiciales. Año 3, n.º 8, abril – junio 2005, pp. 97 y ss.

655 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 607.

MEDIDAS CAUTELARES

Lo dicho es enteramente procedente a la luz de nuestra normativa que, además de la caución, refiere “o cualquier otra medida de contracautela” (art. 28.1. CPCA) y “caución u otra contracautela” (art. 28.2. CPCA), con lo cual se evidencia esta múltiple funcionalidad, no limitada a asegurar pagos de eventuales indemnizaciones monetarias, sino que sirve para paliar u aminorar el impacto negativo sobre cualesquiera derechos o intereses contrapuestos a la ejecución de la medida.

JINESTA LOBO nos explica que toda medida cautelar

*supone por su especial intensidad y determinación en condiciones precarias, un alto riesgo al estar sustentada en una cognición sumaria, la que, en ocasiones, es fuente de un daño injusto irrogado al destinatario pasivo de la medida cautelar, a terceros o el interés público, ese peligro es el que trata de conjurar la contracautela. Cualquier medida supone, por esencia, un riesgo o margen de error que constituye el precio de la rapidez o del “hacer pronto”, el cual debe recaer, en tesis de principio, en las espaldas de quien se beneficia del mismo*⁶⁵⁶.

En otras palabras, se trata de medidas destinadas a “funcionar como cautelas contra el peligro derivado de la ejecución de una providencia judicial, la cual a su vez puede ser [...] una providencia cautelar dirigida a prevenir el peligro derivado del retardo de la providencia principal”⁶⁵⁷.

Como hemos señalado antes, CALAMANDREI opina que incluso

*existe una relación de instrumentalidad entre la providencia que ordena la caución y la providencia provisoria que la acompaña: e incluso la relación de instrumentalidad existe también, mediatamente y, por decirlo así, en segundo grado, con la ulterior providencia principal [...]*⁶⁵⁸.

Nótese que, en su opinión, sucede algo parecido a lo que señalamos en las medidas *provisionalísimas* que guardan vínculo directo con la cautelar e indirecto con el principal.

El autor continúa explicando que tal relación de instrumentalidad es **positiva y negativa** con

*respecto a la providencia provisoria a que acompaña, la caución tiene carácter instrumental negativo, en cuanto le impide perjudicar, o sea, para decirlo con mayor precisión, ofrece anticipadamente los medios, casi diríamos el contraveneno, para remediar eficazmente el daño que pueda derivar de su injusticia: con respecto a la providencia principal, a la que está reservado el decidir si la providencia provisoria es injusta, la caución tiene carácter instrumental positivo, en cuanto asegura preventivamente la realización práctica del derecho al resarcimiento de los daños que encontrará su título en la providencia principal, cuando ésta haya revocado por injusta la provisoria*⁶⁵⁹.

Es decir, para ponerlo en términos más simples, la contracautela es instrumento de la cautelar – para paliar sus daños y potenciar su correcta eficacia– y esta, a su vez, es instrumento para prevenir el *periculum in mora* derivado del retardo del juicio principal.

Ahora bien, según RODRÍGUEZ ARANA la contracautela:

[...] no constituye obstáculo para la adopción y práctica de cualquier clase de medida cautelar, presupuesta su necesidad para evitar la preservación del interés preponderante, la eventual causación de daños o perjuicios

656 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.186.

657 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 64.

658 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 64.

659 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, pp. 64-65.

MEDIDAS CAUTELARES

*irreparables o de muy difícil reparación u otros intereses concurrentes en conflicto, pues éstos encontrarán su garantía en todo caso en la mayor extensión de la caución*⁶⁶⁰.

Es decir, **no debe verse la contracautela como un obstáculo o límite de la cautela, sino como una condición para su adecuada y más cabal eficacia**. Lo cual, como bien apunta S. DE LA SIERRA, no puede ser indebidamente interpretado:

*no puede derivarse [...] que la prestación de garantía justifica siempre y en todo caso la adopción de la medida. La prestación de garantía no es sino un añadido a las condiciones de adopción de las medidas cautelares – el periculum y el fumus convenientemente ponderados–, pero no un tercer criterio que determine la adopción o no de la medida*⁶⁶¹.

Si una entidad o empresa tiene suficiente patrimonio como para rendir garantía – cualquiera el monto– por las eventuales repercusiones económicas de la tutela que solicita, no se justifica *per se* el otorgamiento de la medida. Para esto basta pensar en el caso de que se pretenda la suspensión de una decisión que le prohíbe a la empresa *deforestar* un bosque con especies endémicas, o de una que ordena suspender la descarga de desechos a un acuífero.

El Tribunal Supremo Español ha considerado (auto del 21 de enero de 1992) que “*sin que la simple y alegada circunstancia de la existencia de una fianza generalizada pueda comportar, por sí sola motivo suficiente y determinante de la suspensión [...]*”⁶⁶².

Al otro extremo, en ciertos casos de personas de rentas muy bajas, piénsese en lo injusto que sería exigir la prestación efectiva de una garantía en efectivo o aval bancario, para pensar solo un ejemplo, como requisito para que acceda a la efectiva tutela cautelar.

c) Válvula de escape del sistema cautelar

Al servir de mecanismo de modulación de los eventuales conflictos entre los intereses discordantes en el ámbito de la tutela cautelar, las medidas de contracautela o caución constituyen, por decirlo así, una “válvula de escape” dentro del sistema cautelar que permite aminorar o, inclusive, paliar por completo los roces y conflictos que la instauración de un sistema cautelar amplio conllevan. Como BACIGALUPO indica: “*La misma posibilidad de su adopción impide, pues, fundar la denegación de una medida cautelar en el único argumento de que de ésta pudiera resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero [...]*”⁶⁶³.

Este carácter ha sido destacado por S. DE LA SIERRA expresamente:

*Con este instrumento se pretende equilibrar el riesgo que conlleva la adopción de la medida para los intereses en juego, incluyendo una cierta **válvula de escape en el sistema**. De esta manera, en la medida en que se establece una suerte de protección final, el juez podrá adoptar resoluciones más “valientes”, garantizando, además una cierta reparación a posteriori del interés que haya resultado afectado por su decisión*⁶⁶⁴.

660 Para esto sigue el desarrollo de FENOR DE LA MAZA, Cfr. RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOS (Jaime). *Comentario al artículo 133 LJCA*, 1998. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas. n.º 100 oct-dic, 1998, p. 889.

661 DE LA SIERRA (Susana). *Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo*, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 215.

662 Citado por DE LA SIERRA (Susana). *Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo*, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 217.

663 BACIGALUPO (Mariano). *La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo*, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, pp. 193-194.

664 DE LA SIERRA (Susana). *Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo*, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 214.

MEDIDAS CAUTELARES

JINESTA LOBO nos dice que

un sistema abierto y proporcionado de contracautelas, como el establecido en el CPCA, facilita el otorgamiento de todo tipo de medidas cautelares, al garantizar la indemnidad del sujeto pasivo, de terceros y del interés público, ampliar el arbitrio judicial y reducir la exigencia de la prueba “prima facie”, sin llegar, desde luego, al extremo de sustituirla⁶⁶⁵.

Estamos plenamente de acuerdo con el hecho de que la instauración de un régimen amplio de contracautelas en el CPCA constituye un acicate a la creatividad del juez, de manera que este no se vea constreñido, sino protegido por una suerte de garantía sobre el resultado final de la cautela.

Es el juez quien está llamado a graduar la calidad y, en su caso, el monto de la caución, la cual debe ser real y no meramente aparente, considerada en relación con los intereses en juego; pero tampoco tan gravosa que haga nugatorio el efecto de la cautela para quien la pide. Por ejemplo, sería irrazonable exigir el depósito en efectivo del dinero que quiere que se le adelante el perjudicado con una operación quirúrgica realizada de forma evidentemente anómala, porque, en tal caso, el efecto de la “caución” haría nugatorio el beneficio del adelanto de la indemnización y, con ello, el sostenimiento de la persona mientras dura el proceso.

La regulación detallada del 28 CPCA debe ser entendida entonces como un incentivo para jueces más “valientes”, a los cuales les está permitido exigir cuantas garantías estime oportunas, en tanto estén vinculadas con la medida cautelar por tomar. En tal sentido, una cláusula abierta como la del 28.1. y 28.3. CPCA constituye más bien una forma de potenciar la tutela cautelar en general y no de limitarla. Como afirma CHINCHILLA MARÍN, esto le permite al juez ponderar y conciliar en el caso concreto los intereses afectados, dignos de tutela provisional, e incluso

permitirá, un último término, que en supuestos en los que sea difícil otorgar la medida solicitada, por la gravedad de las consecuencias que pueda entrañar, sea posible su otorgamiento precisamente porque es posible adoptar medidas para contrarrestar o, incluso, evitar tales consecuencias indeseadas⁶⁶⁶.

Un claro ejemplo de la función que desempeña la *contracautela* es lo decidido por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, en su resolución n.º 05-F-TC-2009 de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero de 2009 que, por su relevancia y por la particularidad de referirse a la *materia tributaria*, nos permitimos destacar en lo conducente:

El Tribunal entiende entre otras cosas, y esto también debe destacarse, que las partes no encuentran objeción grave a la fijación de una contracautela y que ambas partes, en tanto se garanticen los intereses del Estado que impidan ese daño, también están anuentes a una medida cautelar, que por lo demás no está sujeta a los pedimentos de las partes, porque hay que señalar quizá por último que en la medida cautelar no opera el principio estricto dispositivo o de congruencia y que bien puede el Tribunal señalar las adaptaciones y las medidas de contracautela pertinentes, una contracautela que también, como ha sido señalada con buen tino en esta audiencia oral, se constituiría como innovativa, todo ello al tenor de lo dispuesto, según lo que va dicho, por los artículos 20, 21, 28 y 30 del Código. En definitiva el Tribunal estima procedente la medida cautelar estableciendo una medida de contracautela que garantice los intereses del Estado, como ahora se dispone, en el plazo que se dirá y sujeta a las condiciones que también se establecen en la parte dispositiva. Que por claridad, por precisión y para no dejar aspectos de alguna relevancia al vacío me voy a permitir aquí sí, por necesidad y por excepción, leer si las partes así me lo permiten.// Por tanto: se declara con lugar el recurso de apelación interpuesto por el promovente, en consecuencia se revoca la resolución número 946 – 2008 de las diez horas treinta minutos

665 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.187.

666 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 607.

MEDIDAS CAUTELARES

del cuatro de noviembre del dos mil ocho dictada por el juez tramitador del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo. En su lugar, se acoge la medida cautelar en los siguientes términos: se suspenden los efectos de los actos administrativos impugnados por la empresa [M.C.R. S.A.] en el presente asunto, sujeta dicha suspensión a que el plazo de treinta días que correrán a partir de esta fecha la empresa promovente otorgue como contracautela garantía hipotecaria suficiente, libre de gravámenes y otras condiciones que la limiten, por el monto de capital que exige la administración tributaria más sus intereses a esta fecha, el valor real y actual de los bienes a darse en garantía será determinado por un perito designado por el juez ejecutor del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo cuyos honorarios serán cubiertos por la parte gestionante de la presente medida cautelar, previa fijación efectuada por el juzgador indicado. Quedan en consecuencia notificadas las partes en este momento consignado el presente voto en el libro electrónico que el despacho lleva de votos a ese efecto y el Tribunal les desea una muy buena tarde [...]. (TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, resolución n.º 05-F-TC-2009 de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero de 2009. Cfr. 15:29:00 - 15:32:57 de la grabación digital correspondiente⁶⁶⁷).

d) Requisitos

La medida de contracautela **no está sujeta a la instancia de parte**. Así se desprende del artículo 28 CPCA, al disponer que “El tribunal respectivo, el juez o la jueza al disponer la medida cautelar, podrá exigir que se rinda caución o cualquier otra medida de contracautela [...]”, agregamos, incluso en sede de apelación⁶⁶⁸. Lo anterior no es óbice para que el interesado la pida, incluso el propio accionante de la medida. Sin embargo, en uno u otro caso, la medida de contracautela es una decisión del juez, no supeditada al tenor literal de la petición de la parte o el interesado.

La contracautela es de carácter **potestativo no preceptivo**, lo cual se desprende que el Código utilice la fórmula “podrá exigir [...]” y no “deberá exigir [...]”, lo cual resulta del elemental hecho de que solo será aplicable si se configura la afectación que la requiere. Así pues, de acuerdo con nuestra regulación positiva, no es requisito necesario, mas si eventual, la existencia de una contracautela al momento de la ejecución de la tutela cautelar, y se determina en el momento mismo en que se dispone la medida cautelar.

No obstante, parte de la doctrina ha considerado que la adopción de garantías “es preceptiva, y no facultativa, para el órgano jurisdiccional si se constata que, en efecto, la medida es susceptible de ocasionar perjuicios [...]”⁶⁶⁹.

BACIGALUPO señala que el hecho de que no sea preceptiva

*resulta de suma importancia en aquellos casos en que, dada la elevada cuantía de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la medida cautelar, la imposición de “cauciones económicas preceptivas [...] equivale a hacer imposible la medida cautelar”. Piénsese sólo en el caso de la suspensión de las obras del embalse de Itoiz en que la medida cautelar resultó condicionada a la prestación de una caución o garantía por valor de ¡14.000 millones de pesetas!, cuya constitución, como es natural, no se encuentra al alcance de la media de los justiciables [...]*⁶⁷⁰.

667 Sobre el tema de las medidas cautelares en materia de derecho tributario sancionador, ver resolución del JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N.º 402-2009 de las quince horas del dieciséis de febrero de dos mil nueve, relativa al cierre de negocios y el principio racional de prueba en sede cautelar. También se ha dicho que las referidas medidas “pueden ser solicitadas en el caso particular por la administración tributaria – reconocimiento, anotaciones ante el Registro, aseguramiento de bienes, o por el administrado parte en un proceso, como podría ser la solicitud para no hacer efectivo el cierre de un negocio, siempre y cuando se den los supuestos previstos en el artículo 19, 21 CPCA”. En: GARCÍA CARBALLO (Laura). *Incidencias del nuevo código procesal contencioso en el derecho tributario*. Documento extraído de Internet el 22 de mayo de 2009 de <http://www.impositus.com/MlxCarpetas.aspx?pad=6&item=43083>.

668 Véase el fallo 95-F-TC-09 donde en alzada se imponen medidas de contracautela en resguardo del interés público.

669 Véase la opinión de GIL IBÁÑEZ referenciada por DE LA SIERRA (Susana). *Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo*, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 218.

670 BACIGALUPO (Mariano). *La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo*, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 194.

MEDIDAS CAUTELARES

Para que proceda la contracautela, debe haberse acreditado en cognición sumaria y a un grado de probabilidad la existencia de **afectaciones a derechos e intereses** de: a) alguna de las partes; b) terceros involucrados con la medida y c) el interés general en sí mismo considerado. Así se desprende de la redacción del 28.1 CPCA. Dicha afectación puede ser de carácter patrimonial o no patrimonial y es susceptible o no de evaluación o indemnización –como sería el caso de la pérdida de un bien único, un patrimonio de la humanidad o de valor indeterminado –.

Hay una vinculación necesaria entre la contracautela y el principio de **proporcionalidad**, como la doctrina alemana da cuenta, referida por S. DE LA SIERRA:

la doctrina alemana ha vinculado la exigencia de este tipo de garantías con la aplicación del principio de proporcionalidad, en cuya virtud se ha de realizar una ponderación entre las necesidades de ejecución del acto administrativo y de suspensión del mismo, admitiendo las garantías como mecanismos de modulación del interés que haya salido perdedor en dicha ponderación⁶⁷¹.

GALLEGOS FEDRIANI nos dice que la

decisión de modificar la contracautela debe basarse no sólo en la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso, sino también en la magnitud del menoscabo patrimonial que eventualmente pudiera derivarse, elementos de ponderación que la ley ritual deja encomendada a la discreción y a la prudencia del juzgador⁶⁷².

Por tanto, la adopción de contratutelas no debe hacer “*virtualmente imposible o excesivamente difícil*” la obtención de dicha tutela [...]⁶⁷³. Esto resulta elemental, pero, a la vez, importante de recordar.

Entonces y como derivado de la fórmula de “*suficiente y proporcionada [...]*” empleada en nuestro Código, debemos entender que la medida debe cumplir con el triple requisito de ser **necesaria, idónea y proporcional (Cfr. S.C.V. 08858-98** de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho).

Es decir, el objetivo pretendido con la medida de contracautela no debe estar, al menos, legalmente prohibido: debe ser **legítima** para empezar. Por otro lado, la **idoneidad** de la medida de contracautela, concepto contenido en el término “*proporcionada*”⁶⁷⁴ del artículo 28.1. CPCA, importa un juicio referente a si el tipo de medida a ser adoptada cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad de proteger y garantizar los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés general; en otras palabras, si en el contexto concreto en que se adopta la medida, es apta para paliar la posible afectación de tales derechos e intereses, y, en su caso, de asegurar los daños o perjuicios, actuales o potenciales que la ejecución de la tutela implique.

La **necesidad** de la medida de contracautela, concepto contenido también en la fórmula del 28.1. CPCA y que ya hemos tenido oportunidad de analizar antes, la podemos sintetizar aquí como el criterio que obliga a elegir de entre varias medidas idóneas y legítimas (lícitas) aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de las personas destinatarias de la tutela, el interés general y el de terceros.

671 DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 217.

672 GALLEGOS FEDRIANI (Pablo O.). *Las medidas cautelares*. En: CASSAGNE (Juan Carlos), Dir. y otros. Procedimiento y proceso administrativo. Lexis Nexis, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2005, pp. 601-602.

673 BACIGALUPO (Mariano). La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 195.

674 Véase en este sentido la opinión de JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.181.

MEDIDAS CAUTELARES

Y por último, la **proporcionalidad** *stricto sensu* hace referencia aquí al juicio de necesaria y fundada ponderación entre la finalidad perseguida por la tutela cautelar y el tipo de afectación que esta tendrá sobre el interés general, así como los potenciales daños y perjuicios que la medida provocará a terceros, de manera que la medida no sea de tal entidad que su aplicación implique perjuicios marcadamente superiores al beneficio que con ella se pretende obtener, o bien, de ser posible, la imposición de una condición, modo, término o, en general, de cualquier prestación o conducta que hagan compatible la ejecución de la tutela con aquellos otros intereses y derechos.

Por último, la medida de contracautela debe estar en directa **relación y vínculo con la cautelar decretada**, de manera que debemos reiterar que **no siempre será de carácter patrimonial**. Por ejemplo, tratándose de una disposición que permita talar árboles dentro de determinada zona y hasta cierto límite, bien podría disponerse como contracautela que se debe sembrarse una cantidad equivalente de árboles y regarlos para compensar la pérdida de los servicios ambientales que brindaban los talados.

e) Contenido y formas

Si bien la medida de contracautela por excelencia es la *caución*, el CPCA tiene una amplia gama de posibilidades de constituir garantía, pues, superando el esquema de la pretérita LRJCA de 1966 que exigía la constitución de garantía en “*dinero efectivo, valores públicos o aval bancario [...]*” (art. 93.1.2.), la nueva regulación contencioso – administrativa opta por una regulación amplia que se corresponde con la tipología abierta de las medidas de cautela. Es decir, se trata del anverso y reverso de la cautela, de manera que la contracautela se puede constituir por cualquier de las formas admitidas en el derecho público, sin limitación alguna.

La doctrina ha afirmado con buen tino que

*[d]e la misma forma que los órganos judiciales pueden adoptar cualquier medida cautelar para evitar o reducir las consecuencias dañosas que de aquéllas pudieran derivarse, siempre, claro está, que con ello no se haga inviable la eficacia de la medida que se ha considerado necesaria para preservar la efectividad de la tutela cautelar*⁶⁷⁵.

Tipologías hay muchas, GALLEGOS FEDRIANI nos habla de que hay *tres clases* de contracautela:

*a) juratoria, que consiste en la manifestación formal de quien obtiene la medida, efectuada por escrito en el expediente, de que se hace cargo de los eventuales perjuicios; // b) personal, cuando un tercero con solvencia económica asume la responsabilidad consecuyente afectando su patrimonio; y c) real, que importa afectar un bien o bienes determinados a las resultas de esa responsabilidad (puede instrumentarse mediante embargo de un inmueble, o depósito de determinada suma de dinero, o caución de títulos, etc.)*⁶⁷⁶.

El mismo autor nos señala que la caución “juratoria” debe ser excepcional y reservada a casos de máxima verosimilitud, porque en la práctica resulta irrelevante.

675 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 607.

676 GALLEGOS FEDRIANI (Pablo O.). *Las medidas cautelares*. En: CASSAGNE (Juan Carlos), Dir. y otros. Procedimiento y proceso administrativo. Lexis Nexis, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 603.

MEDIDAS CAUTELARES

No obstante, debemos recordar que, dada la habilitación abierta, se tratará de cualesquiera condiciones, términos, modos, necesarios y adecuados para la protección de los intereses en juego. Existen incluso casos especiales, como la caución exigida para suspensión de remates antes comentada⁶⁷⁷. Y es que, dada la amplia gama de posibles contracautelas, nos interesa destacar únicamente las siguientes dos categorías:

e.1. Patrimoniales y no patrimoniales

El artículo 28.3. CPCA dispone que *“La caución o garantía podrá constituirse en cualesquiera de las formas admitidas en Derecho”*. En efecto, bien puede tratarse, como hemos indicado, de medidas de contracautela *patrimoniales o no patrimoniales*. Si es que la naturaleza y el contenido de la cautela así lo exigen.

El artículo 28.4. CPCA nos señala que *“La medida cautelar dispuesta no se ejecutará hasta que se compruebe haber cumplido con la contracautela, o, en su caso, hasta tanto la caución esté rendida y acreditada en autos”*. De esta manera, por un lado, se da a entender que no siempre la caución es una suma monetaria o garantía económica que debe estar acreditada en autos, sino también puede ser una prestación que se compruebe que se ha cumplido ante el juez.

Así de acuerdo con nuestra regulación positiva, solo en el caso de que la ejecución de la medida pueda ocasionar afectaciones –cuantificables o no– en los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o, incluso, del público, los jueces podrán –no tendrán necesariamente que exigir– que se adopten medidas para evitarlos o paliarlos, y en su caso, ya sea en forma concomitante, separada, anticipada o alternativa, la prestación efectiva y acreditada de una caución o garantía suficiente para responder de aquellas afectaciones.

e.2. Anticipadas y consustanciales

Se parte en el Código de que la medida de contracautela es **anticipada**, por eso se indica en el 28.4. CPCA que *“La medida cautelar dispuesta no se ejecutará hasta que se compruebe haber cumplido con la contracautela, o, en su caso, hasta tanto la caución esté rendida y acreditada en autos”*.

La fórmula que emplea el Código es similar a la del 133 LJCA 1998 española; pero ambas tienen el defecto de que no se percibe que puede darse el caso de una contracautela que es **consustancial** y *no necesariamente anticipada*.

677 En este caso, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha señalado lo siguiente: “[...] **cuando se solicita como medida cautelar la suspensión del remate o de la entrada en posesión ordenada en un proceso de cobro, no se excede el ámbito competencial de la jurisdicción Contenciosa Administrativa en modo alguno, sino que se acude, según se ha dicho, a la justicia cautelar que por Constitución, por ley y principio, tiene derecho quien accede al proceso plenario. Esto, claro está, sin perjuicio de la procedencia o no por el fondo de lo cautelarmente requerido por el gestionante de conformidad con el Código Procesal Contencioso Administrativo, amén de la garantía que se reitera una vez más, deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 498 y siguientes del Código Procesal Civil, salvo situaciones excepcionales debidamente comprobadas, que permitan y obliguen a una variación de la medida cautelar en los términos que el juez estime pertinentes. // VI.- Dicho lo anterior, se observa que el presente caso no constituye una excepción en la cual el juzgador pueda exigir una contracautela distinta a la contemplada en las normas indicadas del Código Procesal Civil y considerando que el actor no rindió garantía suficiente en el momento procesal oportuno, concluye este Tribunal, indicando que no procede paralizar el remate y puesta en posesión del inmueble. A mayor abundamiento, cabe destacar que al introducir el legislador estas normas en el Código Procesal Civil, pretendió crear un equilibrio entre el deudor y el acreedor, así como proteger lo resuelto en los procesos sumarios de cobro, de posibles demandas espurias o temerarias. En razón de lo anterior, este Tribunal ha llegado a la conclusión que deberá rechazarse el recurso de apelación interpuesto por Fermín Pérez Hernández y confirmarse lo dispuesto por el Juez Tramitador.** (TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución 00094-F-TC-2008 de las ocho horas quince minutos del veintidós de agosto de dos mil ocho. Véase también fallo de este Tribunal n°280-F-TC-2009 de las ocho horas cincuenta minutos del diecinueve de noviembre de dos mil nueve).

MEDIDAS CAUTELARES

Es decir, volvemos a repetir, se puede tratar de cualesquiera formas, términos, modos y condiciones necesarios para la ejecución de la tutela cautelar decretada. De manera que, no siempre será necesario depositar y acreditar el depósito de una suma de dinero en el despacho, o bien, comprobar que se ha cumplido **antes** con la contracautela para proceder con la ejecución de la cautela.

Por ejemplo, pensemos en el caso de que se permita la explotación de un determinado recurso natural; pero **sujeto a la condición de respetar ciertos límites y bajo la supervisión de un comisario ad acta nombrado por el mismo juez tramitador al efecto.**

Encontramos otro ejemplo en el fallo n.º 43-F-TC-08 del seis de junio de dos mil ocho. En este último fallo, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo detiene un desalojo administrativo sobre la zona marítimo terrestre y como medida de contracautela ordena al juez ejecutor del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo para que, con la colaboración del Instituto Costarricense de Turismo y de la Asociación de Desarrollo Agrícola Turística y Ecológica de Nuevo Nueve Millas, dentro del plazo de tres días hábiles, se desplace a la zona y realice un censo que especifique con claridad quiénes son los ocupantes actuales, sus nombres, lotes, las medidas de estos. Asimismo, el tribunal ordena que se constate y consigne de forma detallada el estado de las edificaciones, cultivos, zonas boscosas, carriles, cercas o linderos si los hubiera, a efectos de evitar nuevos ocupantes en la zona, para evitar otra invasión al terreno en tanto se resuelva el proceso.

En los casos dichos, nótese que la ejecución de la cautelar no está supeditada al cumplimiento previo de la contracautela, sino que cautela y contracautela son consustanciales, de manera que la ejecución de una supone el ejercicio efectivo de la otra.

En conclusión, aunque el Código no lo contemple en el 28.4., la posibilidad y la habilitación de la contracautela consustancial son **necesarias**, y deben entenderse incluidas en la habilitación amplia que hace el 28.1. CPCA, y por tanto, están permitidas en el nuevo régimen tutelar.

f) Impugnabilidad

Como hemos visto, los artículos 27 *in fine*, 28.2. y 30 del CPCA disponen que contra el auto que resuelva la medida cautelar, contra el auto que resuelva caución u otra contracautela y contra las medidas adoptadas por el juez ejecutor para ejecutar la medida, cabe ciertamente impugnación.

La regla del artículo 30 es la **apelación en efecto devolutivo**⁶⁷⁸ – *no suspensivo*– de conocimiento del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, actualmente del denominado “Tribunal de Apelaciones”, interpuesto dentro de tercer día hábil, y eso mismo se aplica al artículo 28 en ausencia de regulación en contrario (en sentido concordante con el 133 CPCA).

678 La apelación en un solo efecto implica que el obligado por la resolución cautelar deberá cumplir lo dispuesto mientras se resuelve la apelación (ver en este sentido fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo n.º 103-F-TC-09). Por esta razón se han dictado medidas provisionales mientras se resuelve la apelación. En su momento indicó el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo: *“estima este Tribunal que dado el efecto devolutivo del recurso de apelación, con su simple interposición o aún su admisión, no se evitaría que se ejecuten por parte del Gobierno local [...] las demoliciones en los inmuebles de la promovente, que es precisamente el objeto de este proceso. En vista de que la tutela cautelar pretende garantizar que una eventual sentencia estimatoria la parte gananciosa pueda hacer efectiva la resolución final, este Órgano considera procedente otorgar la medida provisionalísima solicitada, entre tanto se conoce el recurso de apelación presentado. Por lo expuesto, se concederá la medida provisionalísima solicitada, de modo que mientras se resuelva en definitiva el presente recurso; se ordena al Alcalde [...] no ejecutar la resolución dictada por ese Gobierno Local a las 9 horas del 4 de julio de 2008, en la que se dispuso derribar y demoler las construcciones ubicadas en el inmueble...”* (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 90-A-TC-2008 de las 16:00 hrs. del 14 de agosto de 2008). Por la vía de excepción el Tribunal de Apelaciones ha admitido jurisprudencialmente apelaciones con efecto suspensivo, aunque esto no está previsto en el CPCA.

MEDIDAS CAUTELARES

Además, el efecto **devolutivo** del recurso de apelación en contra del auto que resuelve caución u otra contracautela se desprende de la integración de la normativa procesal civil y penal. El Código Procesal Penal establece en el artículo 256, párrafos 1° y 2° que la apelación en sede cautelar es por regla **sin efecto suspensivo**:

Artículo 256.- Recurso

Durante el procedimiento preparatorio e intermedio, la resolución que decrete por primera vez la prisión preventiva o, transcurridos los primeros tres meses, rechace una medida sustitutiva, será apelable sin efecto suspensivo.

*También **serán apelables, sin efecto suspensivo, las resoluciones que impongan cualquier otra medida cautelar** o rechacen una medida sustitutiva cuando se dicten durante el procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que no se esté en los casos del párrafo primero [...].*

Y el artículo el 563 párrafo 2° del Código Procesal Civil dispone:

Salvo los casos expresamente comprendidos, los autos en proceso ordinario, en los otros tipos de procesos, y en procedimientos cautelares, serán apelables en efecto devolutivo.

Esto obedece a la lógica de la eficacia especial e inmediata de la medida cautelar, pues para qué disponer mecanismos expeditos de tutela si con cualesquiera impugnaciones podría suspenderse la eficacia de la tutela cautelar ordenada, o bien, de contracautela dispuesta con ella.

ROJAS FRANCO ha criticado la regulación del Código al respecto y señala:

El auto que resuelva la caución u otra contratutela tendrá Recurso de apelación dentro de tercero día, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo. Jamás debió establecerse este recurso, pues hará nugatoria la medida cautelar, sobre todo la de carácter urgentísimo, a menos que sea en el efecto devolutivo no suspensivo, pero no se dice expresamente. (Subrayado del original)⁶⁷⁹.

Al respecto cabe comentar, como hemos dicho que, si bien el Código no dice expresamente que es únicamente en efecto devolutivo y no suspensivo, así tiene que ser interpretado por integración normativa y por principio procesal elemental de la tutela cautelar, por lo que el hecho de que el Código no lo diga, no constituye un defecto de la regulación normativa.

Por último, cabe señalar que el tribunal que conoce en apelación bien puede, al momento de resolver, imponer una contracautela. Véase por ejemplo lo resuelto por el Tribunal de Apelaciones en la resolución n.º 122-2010 de las dieciséis horas treinta minutos del veinticuatro de marzo de dos mil diez, donde se revoca la denegatoria de la medida cautelar solicitada (relacionada con una orden sanitaria para clausura de bar y restaurante), pero sujeto a contracautelas que fija directamente el Tribunal de Apelaciones (se fija una garantía económica por cinco millones de colones que será acreditada previamente en efectivo o CDP, para protección del interés general y de terceros).

Concomitantemente se indica que no pueden realizarse espectáculos públicos, bailes, karaoke ni actividad alguna fuera del permiso sanitario de bar y restaurante, todo bajo un estricto respeto de los niveles permitidos de ruido, bajo la advertencia expresa de que, en caso de no cumplirse con lo ordenado, se procederá a la ejecución inmediata de la garantía y se cancelará el permiso dado.

679 ROJAS FRANCO (Enrique), Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, p. 90.

MEDIDAS CAUTELARES

g) Efectos y extinción de la contracautela

Como principal efecto del auto que resuelva la caución o contracautela en general, está el condicionamiento de la eficacia de la medida cautelar. Así lo dispone expresamente el artículo 28.4 CPCA:

[...] 4) *La medida cautelar dispuesta no se ejecutará hasta que se compruebe haber cumplido con la contracautela o, en su caso, hasta tanto la caución esté rendida y acreditada en autos.*

Además, de este **efecto inmediato**, también podemos señalar lo que establece el artículo 28.5. CPCA como un **efecto derivado**, la posibilidad o habilitación procesal de reclamar los *daños y perjuicios* causados por una “vía rápida” establecida expresamente al efecto:

[...] 5) *Levantada la medida cautelar al término del proceso o por cualquier otra causa, la Administración Pública o la persona que pretenda tener derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados con su ejecución, deberá solicitarlo ante el tribunal, el juez o la jueza respectiva, por medio de un simple escrito, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cesación de los efectos de la medida. Si la solicitud no se formula dentro de dicho plazo o no se acredita el derecho, la garantía constituida se cancelará seguidamente y se devolverá a quien corresponda”*

Nótese que se refiere tanto a la Administración Pública como a cualquier persona que pretenda que ha sido afectada con la ejecución de la medida cautelar⁶⁸⁰; pero supeditada a la condición de que la medida haya sido levantada, al término del proceso o por cualquier otra causa (como sería el caso de un cambio de circunstancias, cfr. art. 29 CPCA), o que, tratándose de una medida provisionalísima, al final se rechace la petición, o bien, de la anulación por vía de apelación de la cautelar decretada (art. 30 CPCA).

Esta vía rápida para obtener el resarcimiento no será un “incidente” – como sucede en la LJCA 1998 española, artículo 133.3 – sino un simple escrito – obviamente motivado, con indicación de los daños y perjuicios – que se tramitará de conformidad con la norma citada. Nótese que el plazo es muy reducido (dos meses a la cesación de los efectos de la medida) y no se incluye el supuesto de *renuncia* a esta, lo cual debe entenderse permitido.

ROJAS FRANCO comenta que: “[...] *lo importante es que deben probarse y demostrarse los daños y perjuicios, originados con la medida cautelar, o sea, no basta pedir su resarcimiento simplemente [...]”*⁶⁸¹. En lo cual estamos de acuerdo, de manera que hay dos supuestos distintos para la cancelación y la devolución de la garantía rendida:

- a) *La no presentación de la petición de daños y perjuicios dentro del referido plazo de dos meses, contados a partir de la cesación de los efectos de la medida, o bien,*
- b) *aun presentado ese escrito, si no se acredita el derecho al resarcimiento.*

En cualquiera de estos supuestos, la garantía se reintegrará al que la haya rendido.

Ahora bien, cabe indicar también que, como derivado de su *flexibilidad*, si las circunstancias varían las medidas de *contratutela*, son susceptibles de *ampliación* – extensión cuantitativa– o *mejora* – extensión cualitativa– , o bien, de sustitución *stricto sensu*, es decir, de la transformación de una medida decretada por otra que sea más o menos enérgica, pero de distinta entidad que la primera dictada, lo cual, evidentemente, y en todos los casos, es un efecto reflejo de un cambio en la *tutela* decretada ajustándose a las nuevas circunstancias y a la nueva configuración de la medida.

680 Véase al respecto BACIGALUPO (Mariano). La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, pp. 195 y ss.

681 ROJAS FRANCO (Enrique). Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, p. 91.

MEDIDAS CAUTELARES

Por último, cabe señalar que la posibilidad destacada de reclamar los **daños y perjuicios** causados por la tutela por la vía rápida podrían incentivar su utilización o bien podría tener el efecto adverso a largo plazo, dependiendo de la jurisprudencia. En este sentido, ORTELLS RAMOS señala que un “*régimen efectivo de la responsabilidad por la utilización de la tutela cautelar contribuye a facilitar que esa tutela se otorgue con mayor frecuencia*”⁶⁸².

S. DE LA SIERRA también señala la otra cara de la moneda:

*la exigencia de responsabilidades por la solicitud (y obtención) de medidas cautelares pudiera redundar en perjuicio de la tutela judicial efectiva, toda vez que las rentas más bajas se abstendrían, quizás, de solicitar este tipo de medidas, ante la posibilidad de tener que rendir cuentas por su petición*⁶⁸³.

Sección Quinta: Procedimiento

Habiendo ya superado el análisis de las particularidades de cada uno de los cauces procesales especiales (medidas *provisionalísimas, ante causam e inaudita altera parte*), así como el tema de la contracautelas, nos podemos enfocar aquí en los aspectos generales de la tramitación.

a) Consideraciones generales

Como hemos visto a lo largo de estas páginas, se trata de un procedimiento sumario (*sumaria cognitio*) que debería ser tramitado en pieza separada y con un reducido número de actos procesales, en el que el órgano jurisdiccional establecerá la concurrencia o no de los presupuestos de la tutela cautelar solicitada. La idea es lograr un trámite ágil y célere para la resolución de una situación de urgencia.

682 Citado por DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 214.

683 DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, pp. 214-215.

MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares podrán ser adoptadas a **instancia de parte**, lo cual supone que estará **legitimada activadamente** para que la parte demandante solicite la medida cautelar en el proceso principal⁶⁸⁴, o bien su coadyuvante activo (art. 13.2. CPCA). En efecto, serán **legitimados pasivos** aquellos frente a quienes se ejerce directamente la pretensión cautelar y a quienes intervengan para discutir y oponerse a la pretensión del solicitante, o bien, a aquellos a quienes por ley les corresponda oponerse a dicha pretensión (v. gr. terceros afectados con la medida).

a.1. Vía para solicitar la cautela

A diferencia de lo que ocurre en sede administrativa (Cfr. artículo 332 LGAP), en el proceso contencioso administrativo, las medidas cautelares se adoptan a **instancia de parte** (art. 19 CPCA), con las excepciones vistas. Es decir, salvados los casos del supuesto especial del 161.2 CPCA, o bien de la modificación, supresión o adopción de la medida originalmente rechazada, sí puede pronunciarse **de oficio** cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de la medida o su particular configuración (art. 29 CPCA). En otras palabras, la **mutación de la situación cautelar** sometida a conocimiento del juzgador ya no está supeditada a la instancia de parte. Lo mismo ocurre con las provisionálsimas que se pueden adoptar de oficio por disposición expresa de ley.

684 Al respecto de la legitimación, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha establecido: “*La legitimatio ad causam alude a la aptitud de un sujeto para ser considerado parte en un proceso concreto. La determinación de esta idoneidad procesal está íntimamente ligada con la pretensión deducida en la acción, y sólo quien se encuentre en determinada relación con ésta puede ser parte en el respectivo proceso. La legitimación activa, a su vez, se refiere a esa suficiencia procesal del sujeto demandante [...]*”. (Sala Primera, n.º 11 de las 15:00 hrs. del 22 de enero de 1993). Además, la jurisprudencia nacional ha señalado con toda claridad: “*La legitimatio ad causam constituye, entonces condición para el dictado de la sentencia de fondo o mérito, pero no de la sentencia favorable. Al no poder el órgano jurisdiccional resolver la existencia o no del derecho material pretendido, o al declarar que se encuentra inhibido para pronunciarse, no se produce la cosa juzgada pues el punto de fondo no se ha decidido. La legitimación constituye un presupuesto de la pretensión formulada en la demanda y de la oposición hecha por el demandado, para hacer posible la sentencia de fondo que las resuelve; consecuentemente la legitimación en la causa no constituye un presupuesto procesal, en tanto **no se refiere al procedimiento o al válido ejercicio de la acción, antes bien se refiere a la relación sustancial que debe existir entre actor y demandado y al interés sustancial que se discute en el proceso.** La legitimación en la causa se refiere a la relación sustancial que se pretende existente entre las partes del proceso y el interés sustancial en litigio. **El demandado debe ser la persona a quien le corresponde por ley oponerse a la pretensión del actor o frente a la cual la ley permite que se declare la relación jurídica sustancial objeto de la demanda; y el actor la persona que a tenor de la ley puede formular las pretensiones de la demanda, aunque el derecho sustancial pretendido no exista o le corresponda a otro.** Lo anterior significa que no se precisa ser titular o sujeto activo o pasivo del derecho o relación jurídica material, sino **del interés para que se decida si en efecto existe, esto es se trata de una legitimación para obtener sentencia de fondo o mérito.** De acuerdo al sujeto legitimado o a su posición en la relación procesal se puede distinguir entre **legitimación activa y pasiva**, la primera le corresponde al actor y a las personas que con posterioridad intervengan para defender su causa, la segunda le pertenece al demandado y a quienes intervengan para discutir y oponerse a la pretensión del actor”. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, n.º 83 de las 15:10 hrs. del 24-09-97; en el mismo sentido véase n.º 89 de las 14:50 hrs. del 19-06-91, n.º 84 de las 15:15 hrs. del 24-09-97, y de la Sala de Casación n.º 76 de las 15:15 hrs. del 27-07-1959; n.º 34 de las 10:20 hrs. del 22-03-1961; n.º 101 de las 10:15 hrs. del 06-09-1961; n.º 72 de las 16:15 hrs. del 07-07-1965 y n.º 44 de las 10:15 hrs. del 30-04-1969, así como del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, n.º 304 de las 14.55 hrs. del 29-07-1999, citadas por Artavia Barrantes (Sergio). *Derecho Procesal Civi., T.III., Dupas, 2004, p. 135*).*

MEDIDAS CAUTELARES

La parte interesada debe presentar la **solicitud motivada** de medida cautelar ante la Oficina de Recepción y Distribución de Documentos Judiciales (ante el Tribunal Contencioso Administrativo), con las copias que indica el artículo 49 CPCA. Esta solicitud podrá ser presentada por cualquiera de los medios que disponen el artículo 6 bis LOPJ⁶⁸⁵ y el artículo 23 del Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda (circular n.º 001-08 celebrada en sesión n.º 02-08 del 21 de enero de 2008, RCPCA)⁶⁸⁶ y, en nuestra opinión, debe ser tramitada en **una pieza separada, aunque no se trate de un incidente** (el único “incidente” contemplado en el CPCA está en el artículo 146 que, al contrario de lo que se ha opinado,⁶⁸⁷ **no se trata de una medida cautelar**, sino de la ejecución de lo que se encuentre firme de la sentencia; es decir, la ejecución de lo no objetado en casación que, por constituir una decisión jurisdiccional firme, puede y debe ser ejecutado).

Después de solicitada la medida, el auxiliar administrativo debe **recibir** la solicitud para entregarla al Tribunal Contencioso, siguiendo para estos efectos lo establecido en el procedimiento para la Oficina de Recepción de Documentos.

685 *“Artículo 6 bis.- (*) Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original, los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos o producidos por nuevas tecnologías, destinados a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales. Lo anterior siempre que cumplan con los procedimientos establecidos para garantizar su autenticidad, integridad y seguridad.//Las alteraciones que afecten la autenticidad o integridad de dichos soportes los harán perder el valor jurídico que se les otorga en el párrafo anterior.//Cuando un juez utilice los medios indicados en el primer párrafo de este artículo, para consignar sus actos o resoluciones, los medios de protección del sistema resultan suficientes para acreditar la autenticidad, aunque no se impriman en papel ni sean firmados.// Las autoridades judiciales podrán utilizar los medios referidos para comunicarse oficialmente entre sí, remitiéndose informes, comisiones y cualquier otra documentación. Las partes también podrán utilizar esos medios para presentar sus solicitudes y recursos a los tribunales, siempre que remitan el documento original dentro de los tres días siguientes, en cuyo caso la presentación de la petición o recurso se tendrá como realizada en el momento de recibida la primera comunicación.//La Corte Suprema de Justicia dictará los reglamentos necesarios para normar el envío, recepción, trámite y almacenamiento de los citados medios; para garantizar su seguridad y conservación; así como para determinar el acceso del público a la información contenida en las bases de datos, conforme a la ley”. Por paridad de trato, la contestación de la medida debería tener igual tratamiento.*

686 Se refiere al TÍTULO III del Reglamento, relativo al “**Trámite y Proceso Electrónico**”.

687 Cfr. ROJAS FRANCO (Enrique). Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, p. 287.

MEDIDAS CAUTELARES

El proyecto del Código originalmente no contemplaba el requisito de la *instancia de parte*, sino que posibilitaba al tribunal o juez respectivo a ordenar “*de oficio o a instancia de parte, [...]*” las medidas cautelares adecuadas y necesarias⁶⁸⁸. La posición de la PGR⁶⁸⁹ siempre fue contraria a esa habilitación. Luego, mediante moción n.º 1 (01-37-CJ) – de varios diputados – se suprimió la posibilidad de ordenarlas *de oficio*, salvo en el artículo 23 (lo referente a medidas *provisionalísimas*) que sí permaneció con esa mención.

688 Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo, texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1ºed., San José, Costa Rica, 2007, p. 137.

689 Cabe hacer referencia aquí a que la opinión de la Procuraduría General de la República fue claramente opuesta a tal posibilidad. Lo anterior es evidente si tomamos en cuenta las intervenciones de la Licda. Ana Lorena Brenes Esquivel, procuradora general de la República, las cuales constan en el Acta n.º 9 de 2 de marzo del 2005: “[...] *la Procuraduría se opone a todo el capítulo de medidas cautelares, por considerar que son excesivas, en particular, a la posibilidad de que de oficio se apliquen medidas cautelares. Siempre en la línea que ha mantenido, de que sí hay que ampliar obviamente la única medida cautelar que hay en este momento. Pero, que en nuestro criterio hay un exceso en los artículos de referencia... La preocupación nuestra es que básicamente, por ejemplo, en el artículo 19 se establece la posibilidad de ordenar de oficio o a instancia de parte las medidas necesarias cautelares adecuadas para proteger y garantizar el objeto del proceso. // Nosotros en este sentido tenemos objeciones a la posibilidad de que oficio se declaren medidas cautelares. O sea, nos cuenta tal vez visualizar que sin la interposición de un proceso determinado el juez llegue adopte medidas cautelares y las aplique a la Administración. // Yo vengo insistiendo en que hay que tener claro que la Administración debe estar sujeta al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como está sujeta al control de la Sala Constitucional. Pero, también se requiere que la Administración tenga una posibilidad de actuar y de ejecutar sus actos. // Entonces, en esa medida esas posibilidades amplias a los jueces pueden impedir que en algún momento la Administración pueda actuar, inclusive, en cumplimiento de fines públicos. // La preocupación va en... y sin duda de la capacidad de los jueces contenciosos que de los que yo conozco todos son muy buenos. Pero ¿Cuándo puede venir un juez y de oficio empezar a dictar una serie de medidas cautelares que van que ya no es la suspensión del acto? Como es actualmente, si no que va mucho más allá y puede incluso ordenarle conductas a la Administración. // Esa es la preocupación básica que ha tenido la Procuraduría en las discusiones inclusive que hemos tenido a lo interno, donde nos parece que esas facultades para dictar medidas de hacer o no hacer de oficio, sin gestión de parte son excesivas”.* (Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo, texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1ºed., San José, Costa Rica, 2007, pp. 138-139). Ante las preocupaciones que apuntaba la PGR, cabe anotar dos situaciones: a) como bien dice JINESTA LOBO “*La tutela cautelar lejos de paralizar la función administrativa o de atentar contra los principios de celeridad, eficiencia, eficacia, buena administración, continuidad y regularidad que la informan, preserva el equilibrio entre los derechos fundamentales de los administrados y las prerrogativas de la Administración Pública//. El derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida sin denegación (artículo 41 Constitución Política), constituye un límite infranqueable a la autotutela declarativa y ejecutiva de las administraciones públicas”.* Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo, texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1ºed., San José, Costa Rica, 2007, p. 150. A lo cual hemos de sumar las reflexiones hechas *supra* sobre la correcta dimensión en este tema del principio de **eficacia**, pues en tales circunstancias el anclaje constitucional abstracto o genérico de la autotutela cede frente a la necesidad de verificar qué es lo que realmente exige el interés general. Ahora bien, tampoco es que la habilitación del proyecto permitía al juez *sin la interposición de un proceso determinado* adoptar por su cuenta medidas cautelares y aplicarlas a la Administración, como suponía la PGR, nótese que el texto original del 19.2. CPCA supeditaba a la *instancia de parte*, las medidas tomadas antes de iniciado el proceso. Es durante el transcurso del proceso o en fase de ejecución que el 19.1. CPCA permitía al juez respectivo ordenar de oficio las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Es decir, la objeción no encontraba asidero en el texto del proyecto.

MEDIDAS CAUTELARES

Sin embargo, valga reiterar aquí que **una situación es que el Código indique que las medidas se otorgan “a instancia de parte”** (salvo las provisionálísimas)⁶⁹⁰, **y otra muy distinta que los órganos jurisdiccionales solamente puedan otorgar aquellas medidas taxativamente solicitadas por la parte.**

a.2. Momento procesal

Por lo que se refiere al “cuándo”, deben ser adoptadas las medidas cautelares, debemos decir simplemente que “en cualquier momento”, ya sea antes de iniciado el proceso, durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Esta regla se desprende del contenido expreso del artículo 19 CPCA, lo que, como hemos visto, se aplica incluso mediando el agotamiento de vía administrativa (sede municipal y de contratación administrativa), según expresamos al ver las medidas *ante causam*⁶⁹¹.

Ya hemos explicado las particularidades de cada una de esas fases (anticipadas, en tramitación, en conciliación, en fase de ejecución) antes en el apartado d.4. de la sección segunda del capítulo primero; por lo tanto, ahí nos remitimos para efectos de una mayor claridad.

b) Fases del procedimiento

Por lo que se refiere a las fases de la tramitación del proceso cautelar, este sigue un determinado camino que puede ser, en líneas generales, encasillado en una serie de fases o etapas que agrupan esos pasos lineales,

690 Como dijimos, esta es la regla general, sin embargo, aquí sostenemos la tesis de que en casos excepcionales, en la fase de ejecución de sentencia firme “*si su contenido o naturaleza así lo exigen, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento*”. (Art. 161.2. CPCA). De esta manera ahí habría una habilitación oficiosa para el ejercicio de tales poderes. Asimismo, en hipótesis de renovada procedencia (art. 29.2. CPCA), también existe una habilitación oficiosa para considerar nuevamente la procedencia de la medida cautelar solicitada inicialmente, o bien, de otra medida cautelar que las circunstancias impongan.

691 Sobre este tema se pronuncia afirmativamente CHINCHILLA MARÍN: “*Si la tutela judicial efectiva se satisface, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sometiendo la ejecutividad de los actos administrativos a una decisión judicial, una de dos: o dicha ejecución se paraliza en el momento mismo en que se interpone el recurso administrativo – si así se solicita, claro está - ; o hay que admitir que mientras el recurso administrativo se resuelve, el interesado puede someter la ejecutividad del acto administrativo a la decisión de los Tribunales, solicitando, por tanto, antes de la interposición del recurso contencioso – en estos casos necesaria e involuntariamente retrasada – cuantas medidas sean necesarias para garantizar la efectividad de la hipotética y futura tutela judicial*”. CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 624. Así parece entender también ROJAS CHAVES al decir que “*la tutela cautelar ante causam puede ser un paliativo frente a los efectos del principio de ejecutividad del acto administrativo o bien, cuando fuere exigido el agotamiento de la vía administrativa*”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. *Código Procesal Contencioso Administrativo comentado*. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 158). En sentido contrario, el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo parece pronunciarse que en la resolución n.º 246-08 de las diez horas treinta minutos del 28 de abril de 2008, supedita el dictado de la resolución cautelar al posterior dictado del acto de respuesta por parte de la municipalidad, pues, según afirma, no puede conocer de lo pedido aunque sí da un plazo de un mes para la pronta respuesta al administrado en sede municipal Sin embargo, luego de estos fallos iniciales, la jurisprudencia ha admitido expresamente la tutela cautelar, incluso mediando agotamiento preceptivo de la vía administrativa. El fallo del Tribunal de Apelaciones n.º 195-2010 indicó que no es necesario agotar la vía administrativa para solicitar tutela cautelar: “*...el hecho de que haya un acto administrativo que al momento de presentar la demanda esté recurrido no es obstáculo para que la acción sea presentada y tramitada y en principio tampoco es obstáculo para conocer una medida cautelar. El hecho de que un acto administrativo disponga una sanción que afecte al administrado gravemente y este acto esté pendiente de una resolución que puede ser eventualmente confirmatoria, tal y como aquí se ha alegado que existe la posibilidad y que una de las partes considera que va a ser el resultado, pues establece una situación potencial de riesgo y peligro que la ley prevé como digna de ser protegida.*” (Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 195-2010 de las 14:00 hrs. del 6 de mayo de 2010).

MEDIDAS CAUTELARES

concatenados y ordenados que resultan necesarios para la satisfacción de la pretensión de tutela cautelar y su resolución oportuna.

b.1. Iniciación

Ahora bien, como se ha visto, una vez en el Tribunal Contencioso, el auxiliar judicial (auxiliar judicial 3) debe recibir la solicitud, verificar que pertenezca al despacho, sellarla y detallar su contenido, debe registrarla y trasladarla para distribuirla al juez que le corresponda resolver.

Luego de esto, se deberá *acceder la solicitud* en el Sistema de Gestión, ubicar el registro electrónico e incorporar el nombre del juez al que le va a corresponder resolver, de acuerdo con la fase procesal, tal como se indicó, y se deberán actualizar los movimientos.

El documento se *trasladará* luego a la oficina del juez tramitador (o, en su caso, al que le corresponda), en horas hábiles, o bien, fuera de estas a quien toque la disponibilidad. El artículo 23 del RCPCA dispone que las medidas de carácter urgente gestionadas antes del inicio del proceso, o estando el proceso en trámite, presentadas fuera de la jornada ordinaria, serán atendidas por el juez de turno *“aún cuando el expediente no se encuentre en una etapa procesal bajo su cargo”*, configurándose en este caso una habilitación especial para proceder. Si el juez en disponibilidad considera que la urgencia especial lo amerita, podrá adoptar incluso medidas *provisionalísimas*, según lo disponen el 23 del CPCA y el 23 del reglamento.

Así el juez tramitador o el encargado, en su caso, debe recibir la solicitud, valorarla junto con la prueba presentada por las partes y *determinar si ordena medidas provisionalísimas* inmediatamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 CPCA.

Si no es del caso que falte algún requisito mínimo, en cuyo caso prevendrá su subsanación, este elabora de seguido una resolución donde les da *audiencia* por tres días hábiles a las partes acerca de la solicitud (art. 24.1. CPCA), y luego, en su caso, convoca a una audiencia oral (art. 24.2. CPCA)⁶⁹² que realizará en el plazo máximo de tres días hábiles, salvo que se trate de un supuesto de extrema urgencia en cuyo caso procederá conforme lo establece el artículo 25 del mismo código (art. 23 RCPCA). En el último caso, el RCPCA indica que, cuando lo estime pertinente, conformará la autenticidad del remitente.

Es necesario indicar que la audiencia **por escrito** no es un paso necesario, pues bien puede ser que se considere necesario *ab initio* realizar la audiencia oral, en cuyo caso, la convocará en un plazo máximo de tres días hábiles y, de seguido, la resolución oral. En los casos de urgencia, se han convocado incluso audiencias en veinticuatro horas y se ha citado a las partes por vía telefónica⁶⁹³. También se ha incorporado en la práctica la posibilidad de realizar audiencias *conjuntas* ante casos similares, sin necesidad de acumular los procesos, y se dicta una resolución para cada caso.

692 La doctrina señala que *“En la práctica, el Tribunal ha optado por aplicar la norma en el mismo auto de darle curso, ordenando la audiencia oral en el plazo de tres días. De esta manera, se aplica el principio de la oralidad (artículo 85) y se logra “escuchar” a las partes y tener una idea directa y personal de los motivos para pedir la medida, de las características y de los intereses públicos en juego, así como para aclarar cualquier duda o aspecto oscuro que puedan tener por parte de los jueces. // El abogado debe llegar con la información que prepara para solicitar la medida y, si es del caso, puede aportar cualquier prueba adicional que haya podido localizar desde aquel momento, y que puede ofrecer durante la audiencia. Si fuere documental debe recordar traer las copias necesarias en el acto; también puede traer testigos y ofrecer su recepción en el acto, todo lo cual puede ser considerado por el tribunal y eventualmente admitido si es necesario”*. (VILLALOBOS SOTO (Joaquín). *Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo*. IJSA, San José, Costa Rica, 2008, pp. 222-223).

693 Véase lo dicho por VILLALOBOS SOTO (Joaquín). *Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo*. IJSA, San José, Costa Rica, 2008, p. 224.

MEDIDAS CAUTELARES

Tanto en el caso de que se dispongan medidas provisionales, *prima facie*, como en el de la resolución donde se convoca a las partes, el notificador encargado procederá con la *notificación* de la resolución en forma inmediata a las partes del proceso, según lo establece el artículo 27 CPCA.

La jurisprudencia ha dispuesto que aunque el promovente intente una medida cautelar anticipada abiertamente improcedente **no puede ser rechazada de plano** sin dar la audiencia que dispone el 24 CPCA, así lo reconoce el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo en su resolución 3-F-TC-2008:

*La resolución no. 09-08 recurrida, dispuso el rechazo de la cautelar solicitada, sin que el A quo brindara la audiencia que regula el ordinal 24 del mismo cuerpo normativo. Por lo anterior, este órgano considera que **no existe fundamento jurídico que permita el rechazo de la medida cautelar sin que se brinde la correspondiente audiencia.** Con lo resuelto por el Juez de instancia, se ha dejado al promovente en una situación de posible indefensión, por lo que a fin de enderezar los procedimientos y en aras de garantizar el debido proceso, este órgano revocará el auto en cuestión y procederá a remitir las piezas al Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, a fin de que se otorgue la debida audiencia y se resuelva por el fondo lo que corresponda, la cual deberá asignarse a un juzgador diverso del que dictó la resolución venida en alzada. (Cfr. Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución 000003-F-TC-2008, ocho horas y cincuenta y cinco minutos del treinta de enero de dos mil ocho. En el mismo sentido la resolución 000002-F-TC-2008 de las ocho horas cincuenta minutos del treinta de enero de dos mil ocho, entre otras).*

Esta posición fue criticada por algunos de los jueces del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo⁶⁹⁴, quienes consideraban que si la medida no supera ni siquiera el límite mínimo y es abiertamente improcedente, puede ser rechazada *de plano*, sin necesidad de dar audiencia, tal como lo hace incluso la Sala Constitucional tratándose de recursos de amparo.

Nos parece que si la pretensión es carente de toda seriedad y abiertamente temeraria, no hay vulneración alguna en rechazar de plano una gestión cautelar, pues con esto más bien se agiliza el trámite de aquellas que sí sobrepasan el umbral mínimo. Tal posición ha sido reconocida abiertamente por la jurisprudencia en fecha reciente.

b.2. Tramitación y resolución

Una vez recibida la solicitud de tutela cautelar, el tribunal o el respectivo juez **dará audiencia** de conformidad con lo establecido en el artículo 24:

Artículo 24.-

- 1) El tribunal o el respectivo juez o la jueza dará audiencia a las partes hasta por tres días, acerca de la solicitud de la medida, salvo lo previsto en el artículo siguiente, de este Código.*
- 2) Transcurrido ese plazo, el tribunal o el respectivo juez o jueza resolverá lo procedente, excepto si estima necesario realizar una audiencia oral, en cuyo caso la realizará en un plazo máximo de tres días hábiles.*

Nótese que el plazo es un MÁXIMO, es decir, se trata de un período de tiempo con un límite o “techo” de TRES DÍAS, pero bien puede ser **menor el plazo**, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, lo cual el juez que tramita la cautelar está en poder de decidir.

694 Entrevista sostenida con el juez tramitador Otto González Vilchez. Procedimiento cautelar en el CPCA. Tribunal Procesal Contencioso Administrativo. Realizada por José Álvaro López Camacho el 06 de mayo de 2008.

MEDIDAS CAUTELARES

Es necesario reiterar que la audiencia **por escrito** no es un paso necesario, pues bien puede ser que se considere necesario *ab initio* realizar la **audiencia oral y pública**⁶⁹⁵, en cuyo caso, la **convocará y realizará** en un plazo máximo de tres días hábiles, y, de seguido, la resolución oral. Nótese que el Código no dice que tendrá que convocarse en los tres días siguientes, sino que la *realizará* en un plazo *máximo* de tres días hábiles. Una vez convocada la audiencia oral, si la parte solicitante no se presenta, la jurisprudencia ha resuelto tener por **desistido** el requerimiento cautelar⁶⁹⁶.

ROJAS FRANCO le ha criticado a la regulación que

*todos estos plazos son total y absolutamente irreales, en primer término, no se deroga del todo en esta Ley el privilegio procesal que tiene la Procuraduría General de la República de solicitar la ampliación del plazo que se le otorga para contestar audiencias, traslados o requerimientos procesales; ya que si bien se reduce el periodo por el que se puede pedir la ampliación con la reforma al artículo 23 a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, dicho privilegio persiste. De modo que, no se eliminó en este Código esos privilegios procesales que hacen que la Justicia en Costa Rica sea, no sólo desigual, sino que sea lentísima*⁶⁹⁷.

Luego de la audiencia (oral u escrita), el juez debe valorar los alegatos y las pruebas que se aportaron o las que se han incorporado (por ejemplo: un *reconocimiento judicial*⁶⁹⁸ del lugar de los hechos), y debe **resolver en definitiva** la medida cautelar. Para estos efectos, valorará la procedencia o no de una *contracautela* en los términos del 28.1. CPCA. La notificación también será practicada de inmediato.

Un error muy común de los abogados en audiencia es proceder con el análisis del fondo del asunto y no concentrarse en los presupuestos de la tutela cautelar. Por esta razón, durante la audiencia oral el juzgador debe **evitar que se entre a cuestionar el fondo del proceso**. Como afirma enfáticamente nuestra jurisprudencia, la cautelar

*[...] no es una valoración del fondo del proceso, ni puede serlo, ni debe serlo, no puede confundir el juzgador los requisitos propios de una cautelar con un procedimiento definitivo sobre la validez o antijuricidad de una conducta administrativa, esto nos llevaría a una justicia definitiva por la vía cautelar y esto no es la finalidad del objeto. (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, voto 05-F-TC-08 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del seis de febrero de dos mil ocho)*⁶⁹⁹.

En el caso de la medida adoptada *inaudita altera parte*, la audiencia por tres días a las partes será sin efectos

695 En esta audiencia, los principios que regulan el juicio oral aplican en lo conducente. Cabe destacar que se trata de una **audiencia pública** y no privada, lo cual no excluye restricciones en el uso de la sala para efectos de orden y administración de su cupo. (Véase en este sentido el acta de la audiencia de medida cautelar dentro del expediente 08-15-1027-CA a la altura de las 10:32:12 – 10:35:25 de la grabación digital correspondiente).

696 En este sentido incluso se ha llegado a considerar aplicable el numeral 133 inciso 4, en lugar del 86 inciso 2, por cuanto se ha considerado que la inasistencia evidencia una falta de interés de la parte, por lo cual se tiene por desistido el requerimiento cautelar (ver resolución del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, n.º 497-2012-T, del 2 de marzo del 2012).

697 ROJAS FRANCO (Enrique). Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, pp. 86-87.

698 Véase por ejemplo en este sentido la tramitación de los expedientes 08-180-161-CA y (reconocimiento judicial de albergue para personas con discapacidad mental que el Ministerio de Salud ordenó cerrar) y 08-407-1027-CA (reconocimiento judicial de casino ordenado por el Ministerio de Salud).

699 En el mismo sentido, puede verse lo dicho por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo en la resolución 286-08 de las doce horas treinta minutos del nueve de mayo de 2008, entre muchos otros pronunciamientos en este sentido. En ese fallo, se aclara que las cuestiones de fondo no son parte de la cautelar y, por lo tanto, el juzgador no emite pronunciamiento a su respecto ya que es irrelevante. También puede verse sobre el tema el fallo n.º 392-08 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del dieciséis de junio de 2008. El Tribunal de Apelaciones ha indicado que el propósito de una medida cautelar *“desde luego no es resolver por el fondo, ni mucho menos adelantar criterios sobre la forma en que se va a resolver, sino garantizar que una eventual sentencia de un juicio en el evento de que pueda ser acogida la demanda se pueda realizar”* (Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 218-2010 de las 14:57 hrs. del 13 de mayo de 2010).

MEDIDAS CAUTELARES

suspensivos para la ejecución de tal medida, y una vez transcurrido dicho plazo, el juez deberá valorar sus alegatos y pruebas para mantener, modificar o revocar lo dispuesto.

Así luego de la audiencia escrita y dentro de tercer día (o bien, inmediatamente tratándose de la audiencia oral, salvo casos de excepcional complejidad donde deberá notificarse en un plazo máximo de quince días hábiles siguientes – artículo 111.1 CPCA por aplicación analógica-) el tribunal o el juez correspondiente realizará el estudio y la valoración **para decidir si deniega u otorga la medida cautelar**, aplicando al efecto el principio de proporcionalidad y ponderando en su resolución, las eventuales afectaciones a terceros, al interés general, de modo que lo que se resuelva no afecte la gestión sustantiva de la entidad que debe hacer frente a la tutela cautelar, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros.

Según lo ordena el 22, párrafo 2° del CPCA, el juez deberá considerar las posibilidades y las previsiones financieras que la Administración Pública tiene que efectuar para ejecutar la medida ordenada.

La resolución se trata de un **simple auto** que no tiene valor de cosa juzgada formal ni material; pero sí es apelable según el 30 CPCA. Ahora bien, el Código **no establece una sanción por el no dictado de la resolución dentro de un plazo determinado, ya sea tercer día posterior a la audiencia o no**, lo cual, en la práctica, podría ocasionar que se cuestione la validez de lo resuelto fuera de ese plazo.

Como hemos indicado, la práctica del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo ha consagrado la posibilidad de un **auto oral**, dictada al finalizar la audiencia sobre la medida cautelar que queda notificada en el acto (art. 88 CPCA) y cuya grabación se entrega a las partes en forma de grabación digital (CD o DVD), lo cual, ciertamente, el Código no prevé expresamente⁷⁰⁰, sino el Reglamento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (RCPCA) que en su artículo 83 dispone:

Artículo 83.—De la forma y contenido de la sentencia

- 1) *La sentencia será dictada en forma oral, consignándola debidamente en los medios tecnológicos correspondientes que posea y disponga el Poder Judicial. Cuando sea estrictamente necesario podrá dictarse en forma escrita.// Cuando resulte imprescindible transcribirla para su ejecución, sólo se consignarán los aspectos necesarios. // 2) En los supuestos en que se dicte tan solo la parte dispositiva de la sentencia, los jueces expondrán lacónicamente a las partes y al público los fundamentos de su decisión.// 3) Para la interposición de recursos, serán aplicables las reglas estipuladas en el Título VI del CPCA así como el artículo 47 del presente Reglamento.*

Sin embargo, ya sea oral o escrita, la resolución deberá guardar una serie de requisitos mínimos. Sobre el tema de las resoluciones inmediatas en general, GONZÁLEZ CAMACHO comenta:

[...] en este nuevo régimen procesal, en el que se reducen plazos, se introducen fases de oralidad, se desformalizan los procedimientos y se obliga, por regla, al dictado de los pronunciamientos en forma inmediata,

700 Sobre el tema, véase lo dicho por GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 409-410. Cabe anotar que mediante circular n.º 66-09 del 22 de junio de 2009, relativa al almacenamiento de los juicios orales, la Corte Suprema de Justicia ha comunicado a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y al público en general lo siguiente: “*El Consejo Superior en sesión N° 56-09, celebrada el 26 de mayo de 2009, artículo LXXIII, dispuso que debido a la cantidad de espacio requerida para el registro de imágenes y, que el sistema informático del Poder Judicial no tiene la capacidad suficiente, el almacenamiento de los juicios orales en materia contenciosa administrativa, se realizará en forma definitiva por medio de audio*”. Es decir, la grabación se realizará únicamente en formato de audio y no de video, con la pérdida que implica la ausencia de un registro de imágenes para quien tiene contacto con la grabación. No es lo mismo observar y escuchar a los distintos sujetos intervinientes que limitarse a oír sus palabras en una grabación. Sin duda alguna, se gana en cantidad de espacio para el registro, pero se pierde en la calidad de la información ahí registrada. En el TPCA se nos ha informado que se limitará ese formato a audiencia preliminar y ejecución de sentencia, no así a medidas cautelares y juicios orales.

MEDIDAS CAUTELARES

todo apunta y obliga a una sentencia suscinta, concreta, específica sobre el problema planteado, sin gran extensión. De esta manera, los hechos probados y no probados (con su respectivo respaldo probatorio), deberán seleccionarse cuidadosamente, a fin de cubrir tan solo los necesarios en la resolución del caso. Y de igual forma ocurrirá con la fundamentación jurídica, que habrá de ser la pertinente para la definición en Derecho del conflicto planteado. Sí es bueno recordar que en la parte dispositiva será imprescindible guardar el rigor técnico, haciendo pronunciamiento sobre de las nulidades eventuales, hechos o documentos nuevos, excepciones, pretensiones y costas⁷⁰¹.

En efecto, sin llegar a extremos formalismo, **sí consideramos indispensable que, ya sea escrita u oral, se dé una “brevisima fundamentación necesaria”** (Cfr. Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, voto 05-F-TC-08 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del seis de febrero de dos mil ocho) que por breve no implica la ausencia de tal, ni menos aún la omisión de extremos esenciales al momento de fundamentar, pues la simple utilización de afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias no es fundamentar una decisión. Se debe explicar por qué a la luz de las circunstancias del caso concreto, la medida que se adopta es la adecuada, necesaria, idónea y proporcional, mediante una ponderación circunstanciada de los intereses enfrentados, así como de los argumentos de las partes. Es decir, no debemos confundir oralidad con ausencia de una fundamentación adecuada. En la resolución oral, debe quedar claro el *iter* lógico utilizado por el juzgador para tomar su decisión, para así dar la posibilidad a las partes de controlar la corrección del razonamiento, en especial en temas tan relevantes como una medida cautelar.

Ahora bien, hay que tener presente también que, como **el Tribunal Constitucional Español ha dispuesto (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 8), la mayor o menor extensión de una resolución judicial no implica en sí vulneración de la tutela judicial efectiva:**

en cuanto se achaca a la resolución judicial escasa extensión de la argumentación, parece oportuno reiterar una vez más que del art. 24.1 CE no se deriva un derecho fundamental a un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado. Antes al contrario, para entender satisfechas las exigencias contenidas en el indicado precepto constitucional es suficiente con que el órgano judicial exprese las razones jurídicas en que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, esto es, su ratio decidendi (por todas, SSTC 187/2000 del 10 de julio, FJ 2; 214/2000 del 18 de septiembre, FJ 4 y 12/2001 del 29 de enero, FJ 2).

701 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 410.

MEDIDAS CAUTELARES

Tratándose de medidas cautelares, la *Sala Constitucional* ya ha aceptado la posibilidad de que la fundamentación de la medida conste en un medio de respaldo digital (DVD por ejemplo)⁷⁰².

702 En este sentido, el voto 17262-07 que indica: *“También se ha indicado que la oralidad en la audiencia de imposición de medidas cautelares pretende que las partes presenten sus peticiones y argumentos en forma verbal, en presencia del juez y de manera contradictoria, lo que significa, en forma paralela –por imperativo de la concentración- que los jueces deben resolver en forma oral e inmediata las peticiones sometidas a su consideración, sobre la base de la información discutida, exclusivamente, en la audiencia, en aras de garantizar el derecho a una resolución pronta y cumplida que analice la privación de libertad y la necesidad de mantener medidas cautelares. Por lo anterior, contrario al criterio del recurrente, la fundamentación oral de una resolución, es plenamente aceptada y garantista de los derechos del imputado, siendo que la decisión del Juez se plasma de manera oral, debiendo dejarse un acta de la audiencia con el propósito que la decisión pueda ser revisada posteriormente por un Superior, pero la amplitud de la fundamentación es necesaria en la audiencia llevada a cabo oralmente con la participación de todos los involucrados, siendo únicamente necesario que quede un registro de lo dicho y actuado en la audiencia oral. En el caso concreto es evidente que el Juzgado recurrido cumplió a cabalidad con los principios integrantes de la oralidad: convocó a la audiencia, recibió a las partes y dictó una resolución privativa de libertad, con la adecuada fundamentación, lo cual hizo de manera oral y para ello se guarda un registro de lo dicho en esa audiencia, el cual ha sido aportado a los autos y ha sido escuchado por este Tribunal. Desde esta perspectiva, no lleva razón el recurrente entonces al afirmar que no se guarda un registro de la audiencia pues si bien no se hizo una transcripción escrita del desarrollo de la audiencia, lo cierto del caso es que lo que ahí se desarrolló consta en un DVD y se levantó un acta en la que se indican los elementos mínimos que han sido exigidos para tales efectos, observándose la fundamentación de la prisión preventiva en el registro de la audiencia”.* (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución n.º 2007-017262 de las dieciséis horas y cincuenta y cinco minutos del veintisiete de noviembre de dos mil siete). En sentido similar, el voto de Sala Constitucional n.º 2007-017955 de las catorce horas y treinta y cinco minutos del doce de diciembre de dos mil siete al decir: *“la oralidad en los procesos ante la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se ve, aún más, potenciada y reforzada, puesto que, basta con levantar un acta lacónica que indique, grosso modo, las vicisitudes de la audiencia, dado que, es gravada y respaldada en un DVD, del cual pueden las partes solicitar copia para ejercer el derecho de defensa. Por su parte, cualquier otra instancia que deba verificar la motivación o fundamentación de las resoluciones orales adoptadas, también puede acudir a ese medio. Estas nuevas herramientas tecnológicas le permiten al órgano jurisdiccional ocuparse de la audiencia y las resoluciones que dicte verbalmente, más que de su respaldo escrito”.* También véase sobre este tema, S.C.V. 5034-08 de las diecinueve horas y cuarenta y seis minutos del primero de abril de dos mil ocho y S.C.V. 2009-3117 de las quince horas y tres minutos del 28 de febrero de 2009. En este último voto, la Sala indica que *“Cuando se procede oralmente, el acta de la audiencia no requiere más especificación que la relacionada con el cumplimiento de las formalidades sobre lugar y tiempo en que se desarrolló el acto, la asistencia de jueces y partes, así como la conclusión a que se llega, siempre y cuando, como se señala en el fallo transcrito inmediatamente anterior, se grabe debidamente lo ocurrido. Cuando ello no ocurre, el acta debe ser prolija en cuanto a las cuestiones planteadas: el dicho de los testigos, las alegaciones presentadas, la fundamentación del pronunciamiento y la decisión sobre lo planteado. Con lo anterior se revisa y concluye de manera diferente a como se hizo, cuando se señaló en ese fallo [se refiere al voto #15841-2008] que “aun cuando se grabe la audiencia, el juez debe consignar en el acta, de forma adecuada y suficiente y no escueta como en este caso, los fundamentos de su resolución.”, pues el hecho de que la fundamentación debida conste en uno de los dos sistemas de registro de la resolución (grabación o acta), resulta suficiente”.* (El texto entre paréntesis cuadrados es propio).

MEDIDAS CAUTELARES

De esta manera, está aceptado jurisprudencialmente el hecho de que el fallo dictado verbalmente y respaldado en documento electrónico cumple la misma función del fallo escrito y no causa perjuicio alguno a las partes⁷⁰³.

Sin embargo, opinamos que sería muy recomendable que aparte de la grabación de la resolución que se les entrega a los interesados, la resolución debería tener **además** por escrito, al menos una **síntesis**⁷⁰⁴ somera del razonamiento empleado por el juzgador y el texto del “por tanto”, sino la gente que no domina los sistemas informáticos

703 Véase en este sentido el criterio del Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José, Res. 2008-534 de las ocho horas veinte minutos del trece de junio de dos mil ocho. También véase sobre el tema la resolución constitucional N°2009-3117 de las quince horas y tres minutos del 28 de febrero del 2009, donde se admite la validez constitucional de la resolución oral aunque se aclara que “este fallo no debe entenderse en el sentido de que todas las sentencias deban ser dictadas oralmente, sino que lo que aquí se resuelve, va en el sentido de que la práctica del dictado oral de la sentencia no es inconstitucional. La adquisición de las destrezas en expresión oral forense, la experiencia y capacidad de cada juez, la complejidad de cada caso, así como la difusión de la cultura oral con registro tecnológico en sede judicial, sin duda irán marcando la medida en que esta práctica se difunda”. En esta última sentencia también se indica como “En el fallo 2007-017262 de las dieciséis horas cincuenta y cinco minutos del veintisiete de noviembre del dos mil siete, se señaló, además, que la fundamentación de la resolución que ordena una medida cautelar se puede realizar en forma oral, sin que la ausencia de un documento escrito produzca indefensión o vulneración a algún derecho fundamental [...]”. También reconoce la Sala que “Es cierto que la fundamentación de una sentencia puede resultar más complicada que la de una resolución dictada dentro de la tramitación de una investigación previa, pero el hecho de que en una y otra se utilice la oralidad y no la escritura para dejar asentado lo estimado por el juzgador como razón de su decisión, no es por sí sola inconstitucional. La opción de una u otra posibilidad está directamente relacionada con la capacidad del juez para razonar de manera oral o escrita, pues lo que interesa es que la fundamentación sea suficiente, completa, clara y precisa” (S.C.V. 2009-3117). En efecto, la deficiente fundamentación, tanto oral como escrita, constituye un vicio insalvable del pronunciamiento judicial. En este sentido, la Sala dice en el voto antes citado: “Con fundamento en todo lo dicho, es criterio de este Tribunal que la práctica judicial de dictar las sentencias en forma oral, no comporta ningún menoscabo a los derechos y garantías de las partes en el proceso y tampoco al principio de legalidad.[...] por lo que ninguna garantía sería vulnerada, con el hecho de que lo resuelto, la sentencia, no se escriba en un papel, sino que oralmente se comunique a las partes intervinientes. Ahora, el hecho de que se dicte la sentencia en forma oral, en modo alguno puede interpretarse que la misma pueda carecer de una adecuada fundamentación. [...]El dictado de la sentencia en forma oral y debidamente documentada con medios audiovisuales garantiza que los jueces que participaron en el debate son los redactores de la resolución, con lo cual se asegura plenamente la identidad del juzgador y la transparencia de la actuación. Mediante esta resolución, la Sala Constitucional varía el criterio vertido en su sentencia número 1025 de las 10:30 horas del 29 de agosto de 1990 que indicó: “la sentencia acto, aunque diversa de la sentencia documento, no existe mientras no se plasme en el acto externo que es el documento que la exprese”. En aquel momento, el único documento posible para registrar la decisión era el papel. En este momento, resulta claro que existen otras formas de registro. De manera que la sentencia es, como lo reconoce parte de la doctrina “el acto de decisión motivado del Juez o Tribunal competente para conocer de la fase de juicio, fundado en el resultado del mismo, que pone fin al proceso, resolviendo definitivamente las pretensiones de las partes” En Costa Rica, dicho acto se cumple cuando el tribunal toma la decisión respecto de los aspectos sometidos a su conocimiento y expresa a los presentes una explicación de su razonamiento. En todos estos actos debe participar el tribunal con su total integración. La sentencia como acto jurisdiccional no debe ser confundida con el documento o papel que eventualmente sirva de registro de lo resuelto”.

704 Nótese que lo que se sugiere es un resumen o “abstract” de la resolución y no de una copia textual de todo el razonamiento, únicamente lo necesario para entender la aplicación concreta de la ley que el juez está plasmando en su resolución, suficiente para orientar al usuario y a quien intente sistematizar los criterios empleados por los Tribunales de Justicia, a la manera de los resúmenes de jurisprudencia que la Sala Constitucional acostumbra sistemáticamente divulgar. La mayor o menor extensión de este resumen dependerá del caso concreto.

MEDIDAS CAUTELARES

podría enfrentar situaciones de inequidad⁷⁰⁵. Incluso, esto sería importante para efectos de la **sistematización de la jurisprudencia** emitida por la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

705 Este argumento ha sido valorado por la Sala Constitucional, quien, por regla de principio, ha establecido que es el juzgador – plural o unipersonal – el que debe evaluar las características del caso particular al decidir, si opta por plasmar la motivación intelectual de su decisión en cuanto a los hechos y el derecho a aplicar ya por escrito u oralmente. Además, ha indicado que si una persona solicita y justifica que la sentencia le sea notificada por escrito, en razón del principio de autonomía del ser humano, así deberá procederse. Además, que el Poder Judicial deberá suplir lectores de DVD en sus edificios para garantizar el acceso al justiciable de lo resuelto por el juzgador. La Sala indicó al respecto en su voto 3117-2009 referido a la materia penal: “[...] el Tribunal Consultante señala que el registro audiovisual no está al alcance de la mayoría de las personas y requiere de una tecnología muy cara, que de hecho es inaccesible o inmanejable para muchísimas personas, especialmente para los privados de libertad. Se alega que la sentencia escrita (ya sea impresa en papel o presentada en otros soportes) tiene la ventaja de poder compendiar y ordenar las experiencias y conocimientos producidos. [...]La administración de justicia no puede estar de espaldas al desarrollo tecnológico, sino que debe valerse de él para mejorar el servicio que presta a los ciudadanos. En todo caso, si una persona solicita y justifica que la sentencia le debe ser notificada por escrito, en razón del principio de autonomía del ser humano, así deberá procederse. Ya esta Sala se refirió a este tema, entre otras, en las sentencias 2006-14593 de las quince horas quince minutos del veintinueve de setiembre del dos mil seis y 2006-12723 de las diecinueve horas quince minutos del treinta de agosto del dos mil seis, en las que se reconoce el derecho que le asiste a una persona con discapacidad visual, para recibir por un medio que le sea entendible, un pronunciamiento jurisdiccional, principio que debe aplicarse también en relación con el tema planteado, de manera que aunque el fallo le sea entregado por escrito a la parte, si a ésta le resulta indispensable recibirla en otro formato, por ejemplo en el sistema de lectura braille, así debe entregársele. [...]Lo propio ocurre en aquellos casos en que se produzcan problemas, ya sea porque el interesado no cuente con los medios tecnológicos, para imponerse del contenido de la sentencia, se produzca una falta de la energía eléctrica u otra circunstancia similar para realizar debidamente la grabación, pues en este caso, es indudable que debe hacerse de manera escrita, ya sea incluyéndola en el acta que debe levantarse de la audiencia, o en el documento propio de la sentencia. Para cumplir con las exigencias anteriores, debe el Poder Judicial suplir lectores de DVD en sus edificios, obligación que también tiene el Estado en general cuando deba poner a disposición de los ciudadanos los medios para imponerse de las resoluciones jurisdiccionales. En el proceso penal la sentencia se notifica mediante lectura según lo dispone el numeral 364 del Código Procesal Penal y es a partir de ese momento que corre el plazo para la interposición del recurso de casación. Según lo establecido en el artículo 445 de ese mismo cuerpo de leyes, cuando el imputado no pudiere imponerse del contenido del fallo por ese medio, por ser sordo por ejemplo, son de aplicación las normas transcritas supra. Tema distinto es el de acceso a la sentencia luego de notificada, para revisarla, estudiarla, etc.; en este caso, cuando por privación cultural o limitaciones socioeconómicas, el imputado no puede revisarla en una computadora, el Estado está en la obligación de garantizarle el acceso ya sea proveyéndole un lugar en el despacho para que la revise con su defensor cuantas veces lo necesite, o bien mediante transcripción, en un plazo razonable”. Finalmente, la Sala sentenció lo siguiente: “A criterio de esta Sala, dependiendo de la capacidad del juez para razonar de una u otra forma, la oral y la escrita, se puede cumplir debidamente con las exigencias legales, constitucionales y convencionales respecto de las sentencias, incluida su fundamentación, razón por la que optar por el hacerlo de manera oral no presenta ningún problema de constitucionalidad, respondiéndose de esta forma la consulta realizada por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. El uso de las nuevas tecnologías debe tomar en consideración las brechas culturales que aún mantienen las personas que no han tenido la oportunidad de capacitarse para utilizarlas debidamente, o que no tienen los recursos para acceder a los equipos que permiten esa utilización, de manera que quienes aún no tengan esa posibilidad, no encuentren en ello un obstáculo insalvable para conocer el contenido de la resolución, con los razonamientos que la sustentan. Como ya se apuntó es obligación del Estado suplir esas necesidades, para que los avances tecnológicos no se constituyan en un valladar para el ejercicio efectivo de los derechos de las partes, principalmente para el ejercicio del derecho de defensa, por ello el artículo 5 de la nueva Ley de Notificaciones debe interpretarse de manera amplia, respecto al problema que se analiza en esta sentencia, de forma que al legislarse allí en relación con la protección de las personas con discapacidad, se entienda que ese principio cubre también cualquier otra limitación, además de la física, que pueda dificultar el tener efectivo acceso a lo dispuesto por el juzgador.[...] En todo caso, el juzgador –tribunal plural o unipersonal-, debe evaluar las características de los hechos juzgados, así como su alcance jurídico, para determinar si la motivación intelectual de la decisión en cuanto a los hechos y el derecho a aplicar, puede dictarse oralmente o si por el contrario, se requiere que la fundamentación de la sentencia se haga por escrito, pues en algunos casos, por ejemplo, las causas complejas o los procesos de larga duración, es posible que la motivación oral de la decisión, no asegure una fundamentación constitucionalmente aceptable. [...]De conformidad con lo expuesto, estima la Sala que la práctica judicial, de omitir la redacción de la sentencian (sic) documento, sustituyendo éste por una resolución emitida en forma oral no es contraria al principio de legalidad, ni contraria a ningún derecho constitucional, o convencional, siempre y cuando se suministre a la parte el registro audiovisual en DVD, o en cualquier otro medio que permita la reproducción de ese registro y se le provea, en las instalaciones del Poder Judicial, de los medios necesarios para accederla, en caso de que no cuente con los recursos propios para ello. Asimismo, en los casos en que la persona solicite y justifique que la sentencia le debe ser entregada por escrito, o con utilización de otras formas, así deberá procederse cuando las circunstancias propias así lo exijan para no lesionar el principio de defensa.

Continua en la siguiente página

MEDIDAS CAUTELARES

De esta manera, aunque célere - a menos que los tribunales rindieran un servicio de transcripción (a costo accesible) - la justicia saldría perdiendo de frente a su **accesibilidad para el justiciable**⁷⁰⁶.

Ciertamente a esta posición se le podría criticar que el justiciable debe tener en sede contencioso – administrativa un “patrocinio letrado”, y que el abogado sí podría tener acceso al razonamiento en respaldo digital.

De igual forma deberá procederse en aquellos casos en que se produzcan problemas técnicos, falta de energía eléctrica u otra circunstancia similar. [...]Se evacua la consulta formulada en el sentido de que la práctica judicial, de omitir la redacción de la sentencia documento, sustituyendo éste por una resolución emitida en forma oral, no es contraria al principio de legalidad, siempre y cuando se suministre a la parte el registro que le permita en ejercicio del principio de autonomía del ser humano, conocer de lo resuelto y se le provea en las instalaciones del Poder Judicial de los medios necesarios para accederla, en caso de que no cuente con los recursos propios para ello. Deben los jueces que utilicen esta práctica, tomar las previsiones del caso para asegurar que el registro del fallo se produzca efectivamente”.

706 Asimismo, la incorporación de esta síntesis del razonamiento permitiría salvaguardar la validez del sistema de frente a lo dicho por la jurisprudencia constitucional sobre el derecho del usuario del servicio a tener acceso a la información, en particular las personas con discapacidad. En este sentido, la Sala Constitucional ha dicho que, a la luz del artículo 51 constitucional y de la Ley de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad (N.º 7600) es necesario poner a disposición de todas las personas, según sus necesidades particulares, el contenido de la información dirigida al público, tal como sería la información sobre la jurisprudencia nacional. Así sería necesario que las personas que no tienen acceso a la grabación digital, por ejemplo no pueden escuchar lo que ahí se dice, puedan entonces tener acceso pronto a los razonamientos de la jurisprudencia. La Sala Constitucional ha dispuesto sobre este derecho, por ejemplo, lo siguiente: *“La tutela efectiva de los derechos de las personas discapacitadas consagrados, constitucionalmente, es uno de los medios por los cuales este grupo de población puede tener un libre desarrollo de la personalidad y una vida digna y de calidad, facilitando su integración plena a la sociedad. Es evidente que una de las formas de resguardar esos derechos consiste en tener acceso a la información que se tenga para el público, tal como sería la información sobre la normativa nacional. Al respecto, la Ley 7600 establece claramente la obligación, tanto de las instituciones públicas como de las instituciones privadas, de garantizar que la información dirigida al público sea accesible a todas las personas (artículo 50), por lo tanto todos los sistemas de información y comunicación, materiales divulgativos, así como los medios tecnológicos utilizados para estos fines deben adaptarse a las necesidades de las personas con discapacidad (artículo 177 del Reglamento a la Ley 7600). De esta forma, para hacer plenamente efectivo el derecho a la igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), para el ejercicio de otros derechos fundamentales, tales como el derecho de acceso a la información administrativa (artículo 30 de la Constitución Política) y para el ejercicio del derecho de acceso a información dirigida al público, las instituciones públicas y las privadas que brinden servicios al público, están en la obligación de realizar las adaptaciones necesarias con el fin de que las personas con alguna discapacidad puedan tener acceso a dicha información. [...]De la normativa aquí trascrita -relacionada con la posición asumida por esta Sala en cuanto a la protección especial que debe brindarse a las personas discapacitadas, en los términos del artículo 51 constitucional-; resulta congruente con el marco que brinda el artículo 30 de la Constitución Política afirmar que tiene el Estado, **-lo que incluye a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como a las administraciones descentralizadas, todas las instituciones públicas y aquellas privadas de servicio público-, el deber de poner a disposición de las personas con discapacidad la información pública que esté en su poder, lo que incluye como ya se dijo, los textos oficiales legislativos, ejecutivos o judiciales, así como también debe procurar y facilitar su acceso; lo que incluye poner a disposición el contenido de la información en todo su sentido: esto es, favoreciendo el uso de las tecnologías de información y comunicación en salvaguarda de ese derecho a la información del público en general, procurando tanto la visualización de los archivos como su copia, descarga e impresión, así como facilitando a las personas que así lo requieran, convertir esos documentos a voz, sin poner traba alguna desde la página electrónica, a los programas informáticos o “software” que sirvan para tales efectos y que la persona interesada escoja al ingresar a la página web de la institución, desde su computadora u ordenador.[...] IX.- CONCLUSIÓN. De lo anteriormente expuesto estima la Sala que la utilización -por parte de las administraciones públicas y organizaciones privadas destinadas a realizar funciones públicas -, de formatos electrónicos tales como “pdf” o “adobe”, que son propios de empresas con fines lucrativos, que bloquean el libre acceso a la información y cuya utilización depende de las condiciones que las empresas propietarias de tales ediciones electrónicas decidan imponer a sus usuarios; resulta contraria del derecho a la información que establece el artículo 30 de la Constitución Política; y deben utilizar INTECO y la Imprenta Nacional, en La Gaceta Digital y demás páginas electrónicas un formato abierto, que garantice el acceso universal a la información y remedie además la accesibilidad de toda información pública de las personas con discapacidad desde el ingreso a la página electrónica sin necesidad de requisitos adicionales; haciendo posible convertir los textos en los formatos electrónicos y almacenar los datos mediante la utilización de los software que decidan y según sus necesidades. Como corolario de lo anterior procede declarar con lugar el recurso en relación la Imprenta Nacional en los términos que se dirán en la parte dispositiva de esta sentencia”. (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 2006-008995 de las once horas veintiocho minutos del veintitrés de junio de dos mil seis).***

MEDIDAS CAUTELARES

Sin embargo, opinamos, la resolución es para el justiciable y no para el abogado, y es de frente al justiciable como debe enjuiciarse el acceso o no al razonamiento. Si bien es cierto, el justiciable podrá pedir su transcripción, lo dicho podría coadyuvar en el planteamiento de trámites y aspectos procesales posteriores, al contar con una síntesis escrita del despliegue lógico del juzgador, por lo cual es recomendable la práctica señalada.

Por otro lado, ciertamente **es cuestionable si la resolución cautelar debe contener condena en costas (procesales)**⁷⁰⁷, al extremo de que algunos jueces opinan que este aspecto podría desincentivar a los justiciables a interponer tales medidas, precisamente por temor a la condena en costas⁷⁰⁸, e, incluso, **la jurisprudencia más reciente ha rechazado expresamente la condenatoria en costas**, argumentando que no está prevista en la medida cautelar por tratarse el auto que resuelve la medida cautelar de un simple auto y no de un auto con carácter de sentencia. (Ver adición del fallo del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo n.º 249-08 de las 11:15 hrs. del 29 de abril de 2008, 11:19:24 hrs. y ss. de la grabación digital correspondiente, expediente 08-223-161-CA y resolución 75-2008 de las doce horas del veintidós de febrero de 2008, ver 12:07:06 y ss. de la grabación digital correspondiente, expediente 008-95-161-CA).

En el último de los fallos citados, el juzgador indicó:

[...] la resolución de una medida cautelar es un auto mutable por la propia naturaleza de las medidas cautelares no produce cosa juzgada en general, no termina el asunto, y adicionalmente aunque tenga apelación eso no lo convierte en una sentencia o un auto con carácter de sentencia, por lo tanto no entra dentro del 193 [CPCA] y por lo tanto no debe haber pronunciamiento en costas [...]. (Cfr. 12:07:40 -12:08:08 de la grabación digital correspondiente, el paréntesis no es del original).

Ciertamente existen fallos del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo donde se ha pronunciado sobre la posibilidad de condena en costas⁷⁰⁹. Dada la naturaleza de la medida cautelar, tales costas deben ser **procesales** y no personales. (Véase también en este sentido, el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo 05-F-TC-08 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del seis de febrero de dos mil ocho, y el fallo del Tribunal de Casación 20-A-TC-08 de las ocho horas cinco minutos del cuatro de abril de dos mil ocho). En el último de los fallos citados el Tribunal de Casación da una serie de fundamentos para justificar una eventual condena en costas procesales en la sede cautelar:

707 Esto fuera de la hipótesis prevista en el artículo 26 párrafo 2 del CPCA (ver fallo del Tribunal de Apelaciones n.º 21-2011: “De conformidad con el artículo 26 párrafo 2º del Código Procesal Contencioso administrativo, se ordena el levantamiento de la cautelar concedida en primera instancia y se condena al actor pago de las costas, daños y perjuicios causados con la medida al actor, los cuales se podrán liquidar y demostrar mediante el trámite de ejecución de sentencia.” (TRIBUNAL DE APELACIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 21-2011 de las diez horas cuarenta minutos del veinticuatro de enero de dos mil once).

708 En este sentido, la opinión del juez tramitador Otto González Vilchez, en entrevista sobre el “Procedimiento cautelar en el CPCA, Tribunal Procesal Contencioso Administrativo”. Realizada por José Álvaro López Camacho el 06 de mayo de 2008. En derecho comparado podemos encontrar, como antecedente interesante, el auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco del 27 de octubre de 1994, Sección Tercera, el cual contiene una condena al pago de las costas ocasionadas a la Administración dada su “mala fe” al no haber contestado la solicitud de medida cautelar. (Comentario en GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa, Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 143).

709 En otros fallos del Tribunal Procesal, se ha señalado que se dicta la resolución “sin especial condenatoria en costas”. (Véase TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución 30-08 de las diez horas veinticinco minutos del cinco de febrero de 2008, resolución 270-08 de las trece horas treinta y dos minutos del cinco de mayo de 2008, y resolución 469-08 de las quince horas del veintiuno de julio de 2008, entre otras), lo cual daría pie a suponer que el juzgador ha considerado tal condena como un extremo posible, aunque no encontró motivo para su imposición. Es más, hay casos en que se ha condenado en costas, en tal sentido el fallo n.º 16-08 de las 08:10 hrs. del 28 de enero de 2008 y el fallo n.º 353-08 de las catorce horas treinta minutos del dos de junio de 2008. Cabe hacer notar que el pronunciamiento sobre costas que hizo este último fallo 353-08 fue **mantenido en sede de apelación por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo** mediante el fallo n.º 70-F-TC-08 de las once horas doce minutos del veintitrés de julio de dos mil ocho.

MEDIDAS CAUTELARES

III.- En realidad la representante de la entidad recurrente alega en su reclamo dos argumentos: 1) que el Código Procesal Civil dispone en su numeral 222 que cuando se litiga de buena fe, debe darse declararse la exención de costas y, que como en el caso concreto su poderdante ha actuado de buena fe y sin procura de dilaciones, debe aplicársele la dispensa referida y; 2) que el Código Procesal Contencioso Administrativo no dispone la condena en costas para las resoluciones judiciales que no pongan fin al proceso principal, por lo que afirma, en el auto recurrido no debió disponerse su condena.

IV. En relación al primer argumento debe señalarse que en lo que compete a la jurisdicción contencioso administrativa, se ha establecido jurisprudencialmente que "...la regla general en esta temática, es que las costas se imponen al vencido por el hecho de serlo. Es decir, por perder el litigio, sin que por tal se le considere litigante temerario o de mala fe, siendo la excepción, la liberación del pago de tales extremos, en los supuestos definidos por el legislador" (Al respecto pueden consultarse las resoluciones de la Sala Primera no. 262 de las 10 horas 20 minutos del 13 de abril del 2007 y no. 323 de las 10 horas 25 minutos del 4 de mayo, ambas del 2007). Ergo, no puede ni debe considerarse que al habersele impuesto a la recurrente el pago de las costas procesales, se concluyó que hubiese litigado de mala fe, sino que dicha condena obedece a un pronunciamiento que debe hacer el juez, aún de manera oficiosa, sin perjuicio de la dispensa por vía de excepción se disponga. En todo caso, debe señalarse que tal y como se expuso de forma detallada en el auto no. 16-A-TC-2008 dictado por este Tribunal a las 8 horas 5 minutos del 13 de marzo del 2008; en el asunto de examen la entidad recurrente pretendía la nulidad de una notificación pese a que dicha actuación procesal no le provocaba ninguna indefensión, por lo que no hubo por parte de la C.C.S.S. motivo suficiente para litigar. Aunado a ello, resulta importante destacar que en el subexámine se analiza una solicitud de medida cautelar ante causam, la que por su naturaleza requiere un tratamiento sumario, lo que obliga a evitar con mayor rigor, que en el proceso se den dilaciones indebidas. En otro orden de ideas, los numerales del Código Procesal Contencioso Administrativo que se citan en el agravio se refieren a: a) asuntos que terminen por resolución final en casación (artículo 150), b) sentencias y autos con carácter de sentencia (canon 193) y, c) la resolución que se dicta cuando el proceso finaliza por desistimiento, allanamiento o satisfacción extraprocesal (artículo 197). En realidad, las cuestiones incidentales no están previstas en dicho cuerpo normativo, por lo que de conformidad con el canon 220 del Código de cita se deben aplicar los principios del derecho público y procesal en general. En tal sentido, de las cuestiones incidentales que no pongan término al proceso se condena al pago de las costas procesales (numeral 221 del Código Procesal Civil). De todos modos, debe resaltarse que en el Código Procesal Contencioso Administrativo se mantiene la regla de condenar al vencido al pago de las costas procesales y personales, lo que deberá hacerse de oficio. Únicamente se exonerará por excepción, cuando la sentencia se dicte en virtud de pruebas cuya existencia verosíblemente no haya conocido la parte contraria y, por causa de ello se haya ajustado la oposición de la parte y, en aquellos casos en que por la naturaleza de las cuestiones debatidas haya existido, a juicio del Tribunal, motivo bastante para litigar (precepto 193). Acorde con las razones expuestas, sí existe suficiente asidero legal para disponer la condena en costas por cuestiones incidentales, tal y como se dispuso en el subexámine contra la recurrente. (TRIBUNAL DE CASACION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 000020-A-TC-2008 de las ocho horas cinco minutos del cuatro de abril de dos mil ocho).

Sin embargo, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha rechazado también, como se mencionó, y con argumentos similares a los señalados del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, la posibilidad de condenar en costas en la sede cautelar. Se dispuso esto en sus fallos n.º 186-F-TC-2009 de las 15:41 hrs. del 28 de agosto de dos mil nueve, n.º 137-F-TC-2009 de las 9:55 hrs. del 24 de julio de dos mil nueve, n.º 134-F-TC-2009 de las 14:12 hrs. del 10 de julio de dos mil nueve, y n.º 304-F-TC-2009 de las 14:32 hrs. del 4 de diciembre de 2009, para citar algunos de los más relevantes.

En la citada resolución n.º 186-F-TC-2009, el Tribunal de Casación argumenta que el pronunciamiento sobre la materia de costas no tiene aplicación en el trámite de medidas cautelares:

MEDIDAS CAUTELARES

[...] debe quedar claro a las partes aquí presentes de que en el trámite de las medidas cautelares, como ha sido de manera reiterada manifestado por el Tribunal de Apelaciones, en este caso integrado por las y los magistradas de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, el tema de costas no es aplicable, porque el auto que se dicta en una medida cautelar es un auto que no genera ni causa estado y por lo tanto el tema de hacer mención a costas no es de recibo, y debemos decirlo así claramente para que esto no genere confusión en las partes que han intervenido en este proceso.

Asimismo, en votos n.º 134-F-TC-2009 antes citado, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo señala también:

*En realidad a nivel doctrinal podría ser discutible la naturaleza de la resolución que pone fin al proceso o procedimiento cautelar y **podría esgrimirse si se trata de un auto o si se trata de un auto con carácter de sentencia** conforme a la concepción procesal tradicional. **No obstante, la discusión ha quedado claramente zanjada en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 26, 27 y 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo cuando expresamente califica la resolución que resuelve el fondo de la cautelar la califica como auto.** En consecuencia, tratándose de un auto no implica pronunciamiento en costas toda vez que el artículo 193 del mismo cuerpo normativo dispone que tal pronunciamiento solo cabe contra sentencias finales de fondo o, en su caso, contra autos de carácter de sentencia siguiendo en ello las reglas generales y tradicionales bien conocidas del proceso a nivel costarricense, inclusive del proceso civil, en este aspecto la legislación no estaría haciendo innovación alguna. En concreto, no cabe pronunciamiento ni en costas personales ni en costas procesales cuando se resuelve una medida cautelar. En ese tanto el Tribunal dispone en este momento que ese aspecto concreto y exclusivamente ese aspecto debe ser anulado como ahora se dispone. El pronunciamiento en costas al resolver una medida cautelar no es procedente (véase en sentido similar el fallo n.º 137-F-TC-2009).*

En el mismo sentido un fallo más reciente del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo señala:

“La resolución que dispone o resuelve una medida cautelar constituye un auto, y por serlo no cabe hacer a este auto pronunciamiento en costas, que solo cabe para la sentencia o el auto con carácter de sentencia...” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º. 304-F-TC-2009 de las 14:32 hrs. del 4 de diciembre de 2009).

Sin embargo, en este punto, debemos disentir de la fundamentación que utiliza el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, no así de su resolución por el fondo.

El hecho de que los artículos 26, 27 y 30 del CPCA hagan referencia al “auto” que resuelve el fondo de la medida cautelar no nos permite dilucidar con toda certeza si este se trata de un simple auto o, bien, por el contrario, de un auto con el carácter de sentencia. Nótese que el artículo 193 del mismo cuerpo normativo hace referencia a la figura del auto con carácter de sentencia, y en todo el CPCA, no hay un solo artículo que califique expresamente de auto con carácter de sentencia a un auto concreto.

En efecto, si siguiéramos el razonamiento que el Tribunal de Casación de lo Contencioso aplica a sus extremos, tendría que decirse que no hay entonces en el CPCA autos con carácter de sentencia, porque ningún artículo del Código califica de tal a un auto concreto, cuando lo cierto es que, como bien el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo lo indica, en este aspecto la legislación procesal de cita no ha hecho innovación alguna.

Por tanto, el hecho de que los artículos 26, 27 y 30 CPCA no califiquen expresamente de auto con carácter de sentencia a la resolución que resuelve el fondo de una medida cautelar no quiere decir necesariamente que esta no lo sea. El análisis debe entonces adentrarse en la naturaleza jurídica de dicha resolución y de la tutela cautelar que, según hemos justificado, se trata de una fase procesal dentro del proceso y la resolución que decide sobre la cautela de un simple auto. Véase, por ejemplo, lo indicado en el artículo 197.2 CPCA, también ubicado dentro del título X del Código. El texto del artículo citado señala:

MEDIDAS CAUTELARES

2) Cuando se produzca con posterioridad a la realización de la audiencia preliminar, si la parte interesada lo reclama, dentro de los tres días hábiles posteriores a la notificación del **auto** que tenga por concluido el proceso, se impondrá, por adición, el pago de las costas personales y procesales causadas, siempre que el Tribunal halle mérito para la condenatoria.

Así la norma citada del Código habla del “auto” y, texto seguido, de la posibilidad de imponer por adición el pago de costas personales y procesales. Es cierto que tales autos a que hace referencia el 197.2. CPCA sí ponen término al proceso, pero, entonces, el argumento utilizado por la jurisprudencia para suprimir el pronunciamiento en costas y determinar el carácter de la resolución de fondo en el ámbito de la tutela cautelar no es completamente convincente si se lo toma solamente por su valor facial.

Alguien podría intentar argumentar que el auto que resuelve la medida cautelar constituye la conclusión de un proceso (cautelar) separado que tiene condiciones distintas e independientes de aquel al que se refiere el principal, y que es definitivo en cuanto al extremo de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes para conceder, en espera de la resolución de fondo, la medida cautelar pedida, esto es, si se tiene o no derecho a la tutela cautelar en el caso concreto. Es decir, bajo este argumento se podría intentar justificar la naturaleza de auto – sentencia de la resolución cautelar, lo que, como hemos señalado, no es correcto.

Por nuestra parte, ya hemos indicado y justificado *supra* que el auto que resuelve una medida cautelar se trata de un *simple auto*, sin valor de cosa juzgada **formal** o material, apelable según el 30 CPCA, a partir de nuestra posición sobre la tutela cautelar como parte inescindible de la tutela judicial efectiva y, de ahí, de la cautelar como fase procesal y no como proceso en sí mismo considerado.

No constituye argumento en contra de esta calificación el hecho de que el artículo 27 CPCA indique que para la ejecución de lo resuelto en la medida cautelar aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII del Código; es decir, el título referido a la ejecución de sentencias, por cuanto es una decisión expresa del legislador que otorga dichos mecanismos de ejecución reforzados. En este sentido, se trata de un auto con mecanismos de ejecución especialmente reforzados por decisión expresa del legislador.

Asimismo, ya hemos indicado que no hay contradicción entre dicho carácter y su eficacia especial *rebus sic stantibus*, ya que la valoración de los presupuestos que haga el juez en el caso concreto se mantiene en tanto no varíen las circunstancias. De esta manera, el juicio de fondo acerca de la existencia o inexistencia del derecho no implica declaración retrospectiva ninguna respecto de la existencia o inexistencia de las condiciones de la tutela cautelar dictada, y, por tanto, como revelación de ilegitimidad o confirmación de la medida cautelar concedida.

No obstante, debemos llamar la atención vehementemente sobre lo siguiente: si se suprime (más allá de la hipótesis del 26 párrafo 2 CPCA), como se ha hecho, toda posibilidad de condena en costas en el ámbito cautelar, corremos un riesgo innegable tratándose de cautelares *ante causam*, porque en el seno del principal sí existe ciertamente la posibilidad de cobrar las costas del proceso que comprenden y compensan, en su caso, lo correspondiente.

Por tanto, si concedida una medida cautelar *ante causam*, el proceso es interpuesto con posterioridad, las costas serán liquidadas, en su caso, en el principal. Pero si la parte perdedora de una medida cautelar *ante causam* no interpone el proceso, no habrá entonces posibilidad alguna de cobrar costas.

En tal supuesto, los tribunales contenciosos enfrentan el riesgo inminente de un colapso ante una eventual avalancha de cautelares, muchas de las cuales se plantearían sin motivos serios y por el mero afán litigioso, ante la ausencia de amenaza alguna para quienes las plantean, siquiera de costas, en el caso de perder la cautelar *ante causam*.

Es necesaria entonces una reforma legal que se plantea aquí como solución de *lege ferenda*, en el sentido de que en toda cautelar anticipada que sea denegada, debe existir ciertamente la posibilidad de condenar en costas, ante el innegable efecto práctico que podría tener su ausencia.

MEDIDAS CAUTELARES

Aquí nuevamente el enfoque *tópico* de la cautelar toma relevancia, pues para evitar el abuso del derecho que podría configurarse ante la ausencia de dicha posibilidad en cautelares *ante causam*, es necesario que el legislador plantee una solución al problema existente. Sería este un caso *sui generis* de condena en costas, requerido por la realidad que impone su solución. En caso contrario, enfrentaríamos una ironía innegable.

Como GARCÍA DE ENTERRÍA nos indicó, la existencia misma del sistema cautelar es necesario para evitar el “cinismo” dentro del proceso⁷¹⁰; pero ante la ausencia de condena en costas en una cautelar anticipada, puede darse tal “cinismo” precisamente por intermedio de las cautelares.

Ahora bien, por último, cabe preguntarse si caben **aclaración y adición** de lo resuelto, a lo que la jurisprudencia ha dado respuesta afirmativa. La figura de la **aclaración y adición** está expresamente reconocida en el artículo 139 del CPCA –aunque referida a otro tema–. Ahí también se reconoce el principio de que en tal caso el plazo indicado empezará a correr a partir del día hábil siguiente a la fecha en que sean notificadas todas las partes acerca de lo resuelto sobre ello.

En efecto, si proceden la aclaración y la adición del auto que resuelve la medida cautelar y, en su caso, el plazo para apelar de lo resuelto no empezará a correr hasta que se notifique lo resuelto sobre dicha gestión. Esto obedece al simple hecho de que se aclara lo oscuro y se adiciona lo omitido, de manera que si una resolución cautelar no es clara, o bien, lo que es más difícil, omite resolver lo que se pidió, es necesario que se presente un remedio procesal para solventar el problema. Esta aclaración o adición, en su caso, si se trata de una resolución oral, se tramita al término de la audiencia y se ha resuelto también en forma oral⁷¹¹, aunque se ha interpretado que también cabe interponerla por escrito dentro del tercer día⁷¹².

b.3. Apelación en sede cautelar

De conformidad con los artículos 30 y 133 del CPCA, el **recurso de apelación**⁷¹³ resulta admisible en efecto **devolutivo** y así deberá declararse, lo cual implica que el obligado por la resolución cautelar deberá cumplir lo dispuesto mientras se resuelve la apelación (Cfr. Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución 000003-F-TC-2008 de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos del treinta de enero de dos mil ocho; resolución 000002-F-TC-2008 de las ocho horas cincuenta minutos del treinta de enero de dos mil ocho, resolución

710 Al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA señala: “*sin éstas el proceso se convierte en ciertas circunstancias en un instrumento de frustrar la justicia, de incumplir las obligaciones y deberes, de destruir o reducir el alcance de los derechos*”. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2°. edic, 1995, p. 130.

711 Véase como un ejemplo la aclaración del juez a lo resuelto en el fallo 270-08 de las trece horas treinta y dos minutos del cinco de mayo de 2008, resolución dictada en proceso 08-74-161-CA (Cfr. 13:35:33 – 13:36:35 de la grabación digital correspondiente). Cabe recordar que, tal como la Sala Constitucional ha dispuesto, esto es un derivado del principio de *concentración* que rige la audiencia: “*la oralidad en la audiencia de imposición de medidas cautelares pretende que las partes presenten sus peticiones y argumentos en forma verbal, en presencia del juez y de manera contradictoria, lo que significa, en forma paralela –por imperativo de la concentración– que los jueces deben resolver en forma oral e inmediata las peticiones sometidas a su consideración, sobre la base de la información discutida, exclusivamente, en la audiencia, en aras de garantizar el derecho a una resolución pronta y cumplida que analice la privación de libertad y la necesidad de mantener medidas cautelares*”. (S.C.V. 17262-07).

712 Posición sostenida por la jueza tramitadora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, Marisol Salas Fallas, en entrevista realizada durante el curso de esta investigación. Obstáculos para la tutela cautelar en el CPCA. Realizada por José Álvaro López Camacho el 27 de mayo de 2009.

713 **No es admisible el recurso de revocatoria en contra de lo resuelto por el TPCA sobre la medida cautelar**. Esta posición es sostenida por la jueza tramitadora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, Marisol Salas Fallas, en entrevista realizada durante el curso de esta investigación. Obstáculos para la tutela cautelar en el CPCA. Realizada por José Álvaro López Camacho el 27 de mayo de 2009. Tal posición habría que confrontarla con la naturaleza de la resolución cautelar, porque si se tratara de un simple auto, salvo disposición concreta en contrario, cabría en principio un recurso de revocatoria (art. 132.2 y 133.3. CPCA).

MEDIDAS CAUTELARES

n.º 90-A-TC-2008 de las dieciséis horas del catorce de agosto de dos mil ocho⁷¹⁴ y resolución n.º 103-F-TC-09 de las 9:26 hrs. del 29 de mayo de 2009).

Esto obedece a la lógica de la eficacia **especial e inmediata** de la medida cautelar, pues para qué disponer mecanismos expeditos de tutela, si con cualesquiera impugnaciones, podría suspenderse la eficacia de la tutela.

Los argumentos de la apelación deben ser expuestos en forma clara, consistente y coherente. A su vez, tales argumentos deben encontrar respaldo probatorio sin que se haya exigido que la exposición sea excesivamente formal⁷¹⁵.

Ahora bien, el superior (antes el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y luego del 04 de enero de 2010, el denominado “Tribunal de Apelaciones”⁷¹⁶) conocerá de los motivos de impugnación y, en su caso, confirmará, anulará o modificará lo resuelto, con base en las circunstancias del caso concreto y la prueba recibida. De tal manera, este puede resolver en justicia con los elementos que tenga a su disposición sin ataduras formales, debido a la naturaleza de las diligencias de medida cautelar. Es perfectamente posible ofrecer y recibir prueba en sede

714 En su momento indicó el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo: *“estima este Tribunal que dado el efecto devolutivo del recurso de apelación, con su simple interposición o aún su admisión, no se evitaría que se ejecuten por parte del Gobierno local [...] las demoliciones en los inmuebles de la promovente, que es precisamente el objeto de este proceso. En vista de que la tutela cautelar pretende garantizar que una eventual sentencia estimatoria la parte gananciosa pueda hacer efectiva la resolución final, este Órgano considera procedente otorgar la medida provisionalísima solicitada, entre tanto se conoce el recurso de apelación presentado. Por lo expuesto, se concederá la medida provisionalísima solicitada, de modo que mientras se resuelva en definitiva el presente recurso; se ordena al Alcalde [...] no ejecutar la resolución dictada por ese Gobierno Local a las 9 horas del 4 de julio de 2008, en la que se dispuso derribar y demoler las construcciones ubicadas en el inmueble...”* (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 90-A-TC-2008 de las 16:00 hrs. del 14 de agosto de 2008). Por la vía de excepción el Tribunal de Apelaciones ha admitido jurisprudencialmente apelaciones con efecto suspensivo, aunque esto no está previsto en el CPCA.

715 Ver fallo del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda n.º 106-2010 de las once horas veinte minutos del diecisiete de marzo de dos mil diez.

716 En su momento, opinamos que si bien la competencia para conocer de la apelación estaba conferida por el CPCA al Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, nada obstaba para que, por razones de eficiencia y pronta respuesta al justiciable, dicha competencia fuera encomendada a un Tribunal de Apelaciones por la vía de una reforma legal practicada al efecto. De hecho, separar la competencia de apelación en materia cautelar de la Sala Primera (que había asumido en su momento todas las funciones del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo) podía acelerar el trámite y tiempo de respuesta en esta fase. Ahora bien, la Corte Plena decidió en la sesión celebrada el 05 de octubre de 2009 (artículo VIII) que, mientras no se apruebe la reforma legal acordada por la Corte (concentración de la Casación en la Sala Primera y de las apelaciones en el Tribunal de Apelaciones) el recurso de apelación previsto en el CPCA fuera de conocimiento del denominado “Tribunal de Apelaciones” que tiene su sede en el Anexo A del II Circuito Judicial de San José. Dicha decisión se amparó en el 59, inciso 16) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en lo establecido en el Transitorio I del CPCA. En lo interno de la Corte Plena, se dio una discusión muy interesante acerca de si se podía o no hacer semejante habilitación que consta en el acta correspondiente, y de si esto implicaba o no quitarle competencias legales a un tribunal creado por ley ordinaria. La conclusión de la mayoría, que nos parece acertada, fue aprobar dicha habilitación, dado que si, por razones de interés público, la Corte puede unificar y separar las competencias de una instancia, y si el CPCA le da a la Corte Plena la capacidad de poner en funcionamiento mediante acuerdo al Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, cuando las circunstancias jurídicas o de hecho así lo exijan, lo que estaba haciendo la Corte Plena era simplemente autorizar el funcionamiento de dicho tribunal, para que ejerza únicamente sus competencias como Tribunal de Apelaciones, y, mientras tanto, la Sala Primera continúa asumiendo el conocimiento de todas las casaciones. Es decir, en lugar del cien por ciento, se autoriza el funcionamiento del tribunal únicamente para conocer de las apelaciones. Así en sentido estricto, lo que está en funcionamiento a la fecha no es el Tribunal de Apelaciones que propone la reforma legal, sino el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda; pero únicamente ejerciendo como Tribunal de Apelaciones, mientras que la Sala Primera continúa ejerciendo las competencias de este tribunal en las casaciones. La situación se mantendrá así hasta tanto no haya una reforma legal que, en todo caso, sería lo recomendable.

MEDIDAS CAUTELARES

de apelación cautelar, incluso prueba para *mejor resolver*⁷¹⁷, y el resultado de esta puede determinar un cambio en la situación del apelante.

Ya hemos adelantado que tratándose de medidas provisionalísimas *prima facie* o de las principales dictadas *inaudita altera parte*, dada su naturaleza inmediata, sin audiencia, no tienen **apelación**⁷¹⁸, pues será después de la audiencia *ex post* cuando se tomará la resolución definitiva, la cual sí será apelable en tanto constituye la resolución cautelar definitiva. Asimismo que la resolución que ordena el levantamiento de la medida cautelar por no presentar la demanda dentro de los 15 días que ordena el 26 inciso 2 CPCA carece también de apelación⁷¹⁹.

Sobre las reglas y los trámites generales de la apelación en el CPCA, nos remitimos a desarrollos más puntuales sobre el tema⁷²⁰. Sin embargo, cabe aclarar algunos puntos muy concretos.

-
- 717 Sobre la procedencia de la prueba para mejor resolver en sede de apelación de la medida cautelar, véase la resolución del Tribunal de Casación Penal de lo Contencioso Administrativo n.º 88-A-TC-2008 de las 10:30 hrs. del 8 de agosto de 2010, n.º 146-F-TC de las catorce horas cincuenta minutos del 29 de octubre de dos mil ocho y resolución 164-A-TC-2008. En la última de las resoluciones citadas indica el Tribunal de Casación: "... respecto de la probanza ofrecida por el recurrente, conviene señalar que el Código Procesal Contencioso Administrativo, acorde con la búsqueda de la verdad real de los hechos que debe propiciarse en el proceso, adopta una mayor apertura en la iniciativa probatoria. De esta forma, el promovente de la medida cautelar puede proponerla, aún en la fase recursiva. Sin embargo, el juzgador determinará su admisibilidad en forma concienzuda, en procura de que se trate de elementos útiles, necesarios y de indudable trascendencia para demostrar hechos relevantes y controvertidos en el caso, pues en realidad la primera instancia es el estadio natural propicio para proponer y evacuar la prueba de los asuntos que se afirman". Podrían aplicarse también las cautelares en sede recursiva (ver en este sentido Tribunal de Casación resolución n.º 90-A-TC-2008). Es perfectamente posible practicar cualquier clase de reconocimiento o prueba técnica compleja. Sin embargo, esto tendrá un impacto en la duración del proceso. Asimismo, el Tribunal de Apelaciones ha dispuesto que la prueba para mejor proveer es admitida solo si es pertinente y novedosa (Res. 102-2010). Este mismo Tribunal ha señalado que es posible admitir en alzada cualquier prueba que tenga relación con la medida inclusive la que el Juez de instancia destacó como necesaria (Res. 96-2010).
- 718 Así se ha resuelto en España, véase por ejemplo el ATS 21 de octubre de 1996, citado por CASTILLO BLANCO (Federico A.). *La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1998*. En: Revista del Poder Judicial. 4º época, n.º 52, 1998, Consejo General del Poder Judicial, p. 315.
- 719 En este sentido el fallo 195-A-TC-2009 del Tribunal de Casación indica: "... resulta claro que el fallo que ordena el levantamiento de las medidas cautelares por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 inciso 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo, carece de apelación, razón por la cual el recurso planteado debe rechazarse" (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 195-A-TC-2009 de las 8:50 hrs. del 10 de setiembre de 2009).
- 720 Véase sobre el tema GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 507 y ss. Así como, JINESTA LOBO (Ernesto). Manual del proceso contencioso administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, pp. 253 y ss.

MEDIDAS CAUTELARES

Para empezar este, se presenta dentro del tercer día, en su momento **directamente ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, luego del 04 de enero de 2010 ante el denominado Tribunal de Apelaciones del II Circuito Judicial de San José⁷²¹, si no es así podría expirar el plazo y el recurso devenir extemporáneo⁷²².**

La jurisprudencia ha establecido que la apelación en sede cautelar requiere legitimación⁷²³ **e interés actual⁷²⁴ para su éxito.**

Como se indicó, el recurso **deberá referirse a los motivos concretos de impugnación** (v. gr. falta de prueba de la gravedad de los daños y perjuicios aducidos, afectación desproporcional del interés público, temeridad de la acción y viceversa).

721 Al respecto de las apelaciones en cautelar en su momento se comentó: “[...] deben presentarse directamente ante el Tribunal de Casación (hoy día la Sala Primera en ejercicio de este despacho, hasta nueva orden). Es importante recordar que no se puede dirigir el recurso ante el Tribunal de Juicio. Hacerlo así es perder tiempo valioso, pues el plazo es de tres días y, si se presenta en el lugar equivocado el último día, al remitirse a la Sala llegará en forma extemporánea. Se reitera que presentarlo ante el Tribunal de Juicio no es válido, ni se toma en cuenta la fecha en que éste la reciba”. (VILLALOBOS SOTO (Joaquín). *Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo*. IJSA, San José, Costa Rica, 2008, pp. 226-227). Actualmente, por acuerdo de la Corte Plena n.º 34-09, se presentan ante el denominado Tribunal de Apelaciones que tiene su sede en el Anexo A del II Circuito Judicial de San José, Calle Blancos, Goicoechea, frente a Café Dorado. Esto es, en la oficina de recepción de documentos dirigido directamente al Tribunal de Apelaciones.

722 En este sentido el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha resuelto: “*De conformidad con los artículos 28 y 133, ambos del Código Procesal Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe presentarse ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación del auto que resuelve la solicitud de medida cautelar. En el caso bajo examen, la resolución no. 30-2008 fue notificada a todas las partes el 5 de febrero del 2008 al dictarse la sentencia en la audiencia oral, lo que implica que el plazo para recurrir venció el 8 de febrero último. Pese a que los recursos interpuestos por la Compañía de Inversiones L.T.S.A. y el Consejo Nacional de Transportes fueron presentados en esa fecha, dicha presentación fue ante el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, órgano que los remitió el 12 de febrero a este Tribunal de Casación, cuando el plazo había expirado, deviniendo, por ende, en extemporáneo y así debe declararse, de conformidad con el numeral 953 del Código Procesal Civil*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 08-F-TC-2008 de las 14:10 hrs. del 14 de febrero de 2008. En el mismo sentido el fallo de este Tribunal n.º 79-A-TC-2008 de las 8:10 hrs. del 8 de agosto de 2008).

723 Al respecto de las apelaciones en cautelar en su momento se comentó: “[...] *deben presentarse directamente ante el Tribunal de Casación (hoy día la Sala Primera en ejercicio de este despacho, hasta nueva orden). Es importante recordar que no se puede dirigir el recurso ante el Tribunal de Juicio. Hacerlo así es perder tiempo valioso, pues el plazo es de tres días y, si se presenta en el lugar equivocado el último día, al remitirse a la Sala llegará en forma extemporánea. Se reitera que presentarlo ante el Tribunal de Juicio no es válido, ni se toma en cuenta la fecha en que éste la reciba*”. (VILLALOBOS SOTO (Joaquín). *Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo*. IJSA, San José, Costa Rica, 2008, pp. 226-227). Actualmente, por acuerdo de la Corte Plena n.º 34-09, se presentan ante el denominado Tribunal de Apelaciones que tiene su sede en el Anexo A del II Circuito Judicial de San José, Calle Blancos, Goicoechea, frente a Café Dorado. Esto es, en la oficina de recepción de documentos dirigido directamente al Tribunal de Apelaciones.

724 El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha señalado que la apelación resulta “improponible” si se ha satisfecho efectivamente la pretensión cautelar: “*En el caso concreto, tomando en cuenta que los poderes de ordenación del juez permiten a éste desechar cualquier solicitud o articulación que sea notoriamente improcedente o que implique dilatar en forma injustificada los procesos, es claro que carece de utilidad convocar a una audiencia oral para resolver el recurso interpuesto, toda vez que la tutela cautelar pretendida por el inconforme en alzada, ya fue otorgada por otra autoridad jurisdiccional. Así, la apelación resulta improponible por cuanto al haberse (s) atisfecho efectivamente la pretensión cautelar del apelante, ningún daño o perjuicio se ocasiona a su situación jurídica subjetiva*”. (TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución 0000 15-F-TC-2008 de las ocho horas del trece de marzo de dos mil ocho). Nótese que el Tribunal de Casación indicó en ese fallo que de conformidad con los numerales 30 y 133, ambos del Código Procesal Contencioso Administrativo, el recurso resultaba admisible y así se declaró. También el fallo del Tribunal de Casación n.º 75-A-TC-2009 de las 15:10 hrs. del 15 de abril de 2009, donde se indica que el debate sobre la procedencia de una medida cautelar carece de interés actual cuando ya hay un pronunciamiento sobre el fondo.

MEDIDAS CAUTELARES

Una vez planteada la apelación, el superior solicitará la remisión del expediente, y es recomendable acudir ante este para señalar medio y lugar para atender notificaciones. Esta oportunidad puede ser aprovechada para argumentar sobre los motivos de impugnación. Sin embargo, la verdadera argumentación se deberá deducir oralmente ante el tribunal en la comparecencia dispuesta al efecto.

El superior recibe el expediente, y de conformidad con lo dispuesto en los numerales 30 y 133 CPCA, en caso de admitirlo para su estudio, así lo declarará y citará a las partes a una comparecencia oral y pública que se realizará en la Sala de Vistas correspondiente, a fin de que las partes expresen agravios y formulen las conclusiones del caso⁷²⁵, las cuales deberán ser expuestas en forma clara y coherente.

Si la parte recurrente no asiste sin justa causa a esa audiencia⁷²⁶, de conformidad con lo establecido en los numerales 3 y 4 del artículo 133 CPCA, se tendrá por desistida la impugnación interpuesta, y el director del proceso será sancionado con uno a cinco días multa (art. 144 CPCA), sin perjuicio de eventuales sanciones disciplinarias por ello ante el Colegio de Abogados.

Ahora bien, el tribunal administra el uso de la palabra en la audiencia. Cada parte dispondrá, en principio, de un máximo de quince minutos para hacer su exposición, empezando por la parte recurrente. Luego de la intervención inicial de quince minutos de cada parte, el tribunal puede plantear sus preguntas, y, de seguido, cada parte tiene cinco minutos para replicar las manifestaciones hechas en la audiencia. Una vez agotado este plazo, se da por terminada la audiencia en esta etapa y se cita a las partes para el dictado de la resolución correspondiente.

La resolución es por regla oral, queda notificada en el momento mismo de la audiencia correspondiente y queda consignada en el libro electrónico de votos del tribunal. Asimismo, por la etapa procesal y por la naturaleza misma de la medida cautelar, los hechos que se enuncian en esa resolución son únicamente en grado de probabilidad en tanto en el desarrollo del proceso principal podrán ser desvirtuados, o bien, confirmados.

La intervención en la audiencia de apelación en medida cautelar es oral, de manera que la lectura de algún elemento de prueba o documento será únicamente para algún aspecto puntual y preciso. Se permite el uso de cualquier soporte técnico de proyección, con la salvedad dicha de que no se sustituya la presentación oral⁷²⁷. Las manifestaciones de dicha audiencia quedan consignadas únicamente en un archivo de audio y video, del cual, si así lo desean, pueden obtener un respaldo aportando el día de la audiencia un dispositivo de almacenamiento de información a ese efecto⁷²⁸.

La única constancia escrita de esta audiencia que el tribunal elabora es la denominada “minuta de audiencia en medida cautelar”. Sin embargo, en dicha minuta elaborada por el auxiliar judicial, no se presentan las argumentaciones de las partes, sino solamente una descripción lacónica de las presencias de las partes presentes, y de los momentos de inicio, cierre y cuando se le otorga la palabra a cada uno, así como una copia del “Por tanto” de la resolución.

725 Se podría discutir la razonabilidad o no de dicha audiencia en el supuesto de una impugnación evidentemente improcedente o carente de razón, en cuyo caso la confirmación sería necesaria. Sin embargo, el CPCA no parece contemplar la posibilidad de prescindir de dicha audiencia, lo cual sería todavía más desaconsejable si existe la posibilidad de variar el contenido de la medida. De hecho, no se podría revertir lo decidido o modificar lo resuelto sin audiencia, lo cual aconsejaría su realización en todo caso.

726 A este efecto, en principio, si alguna de las partes tiene justa causa para no asistir a la audiencia, debe acreditarlo ante el tribunal dentro de los tres días hábiles posteriores a su convocatoria.

727 Es importante que si la parte desea utilizar algún medio de proyección o apoyo audiovisual, debe coordinar con anticipación ante el TPCA o bien ante la Secretaría de la Sala Primera, para que se realicen las previsiones del caso. Lo mismo aplica en las audiencias ante el Tribunal de Apelaciones, en el cual la parte interesada debe coordinar, por lo general, con al menos tres días de anticipación a efecto de que realicen las previsiones pertinentes.

728 Por el momento, el Tribunal de Casación de lo Contencioso admite que este medio sea un disco compacto (DVD) o bien, una memoria USB (ver resolución de las diez horas treinta minutos del veintiséis de marzo de dos mil nueve). El Tribunal de Apelaciones también admite el uso de DVD como medio de respaldo.

MEDIDAS CAUTELARES

Es importante reiterar que las manifestaciones en esta audiencia de medida cautelar deben ser referidas al caso concreto y, en el caso de la apelación, en particular a los motivos de impugnación. Asimismo, que es posible, incluso en sede cautelar, ofrecer prueba, en cuyo caso el tribunal procederá a dar la audiencia correspondiente⁷²⁹.

Es recomendable tener presente el uso adecuado del equipo de grabación, de manera que permanezca encendido y apagado según se haga uso de la palabra, a efecto de que queden debidamente la audiencia y las manifestaciones de las partes⁷³⁰.

Por último, valga repetir aquí lo dicho con respecto a la regulación impugnativa del código en sede cautelar, pues esta presenta sus particularidades.

Por un lado, los artículos 30 y 28.2. CPCA disponen:

*Contra el auto que resuelva la medida cautelar cabrá recurso de apelación, con **efecto devolutivo**, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles.”; y “28.2) Contra el auto que resuelva la caución u otra contracautela, cabrá recurso de apelación, dentro del tercer día, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo.”;*

Sin embargo, el artículo 27 *in fine* establece también:

*“El auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución. El tribunal o el juez **respectivo podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias**; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, **incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente.**”*

Los recursos ordinarios son los que refiere el 132 CPCA (revocatoria para los autos y además apelación cuando expresamente se otorgue, pues según el punto 3) de esa norma solo cabe apelación en los casos dispuestos expresamente por el código).

Ahora bien, como hemos visto, los artículos 27 *in fine*, 28.2. y 30 del CPCA disponen que contra el auto que resuelva la medida cautelar, contra el auto que resuelva caución u otra contracautela y contra las medidas adoptadas por el juez ejecutor para ejecutar la medida, cabe ciertamente impugnación. La regla del artículo 30 es la **apelación**

729 Sobre la procedencia de la prueba para mejor resolver en sede de apelación de la medida cautelar, véase la resolución del Tribunal de Casación Penal de lo Contencioso Administrativo n.º 88-A-TC-2008 de las 10:30 hrs. del 8 de agosto de 2010, n.º 146-F-TC de las catorce horas cincuenta minutos del 29 de octubre de dos mil ocho y resolución 164-A-TC-2008. En la última de las resoluciones citadas indica el Tribunal de Casación: “... respecto de la probanza ofrecida por el recurrente, conviene señalar que el Código Procesal Contencioso Administrativo, acorde con la búsqueda de la verdad real de los hechos que debe propiciarse en el proceso, adopta una mayor apertura en la iniciativa probatoria. De esta forma, el promovente de la medida cautelar puede proponerla, aún en la fase recursiva. Sin embargo, el juzgador determinará su admisibilidad en forma concienzuda, en procura de que se trate de elementos útiles, necesarios y de indudable trascendencia para demostrar hechos relevantes y controvertidos en el caso, pues en realidad la primera instancia es el estadio natural propicio para proponer y evacuar la prueba de los asuntos que se afirman”. Podrían aplicarse también las cautelares en sede recursiva (ver en este sentido Tribunal de Casación resolución n.º 90-A-TC-2008). Es perfectamente posible practicar cualquier clase de reconocimiento o prueba técnica compleja. Sin embargo, esto tendrá un impacto en la duración del proceso. Asimismo, el Tribunal de Apelaciones ha dispuesto que la prueba para mejor proveer es admitida solo si es pertinente y novedosa (Res. 102-2010). Este mismo Tribunal ha señalado que es posible admitir en alzada cualquier prueba que tenga relación con la medida inclusive la que el Juez de instancia destacó como necesaria (Res. 96-2010).

730 Algunas veces por el uso inadecuado del equipo de grabación, los argumentos no quedan debidamente documentados. Asimismo, no es conveniente acercarse demasiado al micrófono, porque su sensibilidad impide que se grabe adecuadamente lo dicho y dificulta su posterior consulta.

MEDIDAS CAUTELARES

en efecto devolutivo – *no suspensivo*– , de conocimiento del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, actualmente del denominado “Tribunal de Apelaciones”, interpuesto dentro de tercer día hábil, y eso mismo se aplica al artículo 28 en ausencia de regulación en contrario (en sentido concordante con el 133 CPCA).

Ahora bien, el 27 *in fine* se refiere necesariamente a las resoluciones que el **juez ejecutor** toma en ejecución de la cautela (art. 155.3 CPCA y 86.2 RCPCA⁷³¹), pues a este le corresponde siempre ejecutar las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los otros órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (con excepción del caso contemplado en el artículo 44.5 RCPCA; es decir, de la ejecución excepcional de medida cautelar por la Sala Primera en sede de casación cuando las circunstancias del caso así lo requieran). Pues es perfectamente posible que dicho juez disponga, para ejecutar la tutela cautelar resuelta, las medidas que considere adecuadas y necesarias para lograr su pronta y debida ejecución.

En estos casos, podría pensarse en los recursos ordinarios con *trámite preferente*, lo cual es singular en su trámite e implica posponer todo lo demás y que el asunto tendrá prioridad máxima en la agenda del tribunal encargado de resolver. Pero cabe aquí hacerse una pregunta, el Título VIII del Código solo tiene una disposición relativa a los recursos y es el 178 que a la letra dispone:

Artículo 178.-

Contra el auto que resuelva el embargo, cabrá recurso de revocatoria con apelación en subsidio ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, dentro del plazo de tres días hábiles. Contra el fallo final emitido en ejecución de sentencia en los términos establecidos en el artículo 137 del presente Código, cabrá recurso de casación, cuyo conocimiento corresponderá a la Sala Primera o al Tribunal de Casación, de acuerdo con la distribución de competencias establecida en los artículos 135 y 136 de este mismo Código.

Sin embargo, no se dice nada de los demás autos que el juez ejecutor resuelve, ante lo cual, como se ha anotado antes, habría que resolver que sí **hay una apelación más** contra los autos que en que el juez ejecutor disponga medidas con el fin de lograr la pronta y debida ejecución de la cautela, incluso fuera de un embargo, y que sean agraviantes para las partes. De no ser así, no tendría sentido que la norma estipulara el efecto “**devolutivo**” de la impugnación ordinaria, porque en la revocatoria no hay efecto devolutivo, lo cual se predica del recurso ordinario de apelación que puede ser en un efecto (devolutivo) o bien en ambos (devolutivo y suspensivo)⁷³².

Por tanto, es necesario concluir que existe un recurso de apelación ordinario con efecto devolutivo pensado en la hipótesis del 27 *in fine*, y que, con esa regla, se cumple con el requisito de taxatividad impugnativa del 132.3. CPCA.

Sin embargo es necesario anotar que el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, sin analizar los puntos antes señalados, ha resuelto que no cabe recurso de apelación contra la resolución que ordena los actos de ejecución de una medida cautelar. En este sentido, el voto n.º24-2010 del Tribunal de Apelaciones indica:

731 “Artículo 86.—**De la competencia de los Jueces Ejecutores.** Los Jueces Ejecutores tendrán las siguientes competencias:

- 1) Ejecutar todas las sentencias y resoluciones firmes propias del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- 2) Dictar y ejecutar a instancia de parte, las medidas cautelares, que propicien el correcto, pronto y debido cumplimiento de la sentencia. Asimismo ejecutará las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los distintos órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, salvo lo dispuesto en el artículo 44 de este Reglamento [...]”.

732 Nótese que el tema de los recursos fue incluido expresamente en la norma por el legislador, ya que fue agregado vía moción al texto del artículo del proyecto original, el cual no tenía la frase “[...] *incluyendo los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente*” (Cfr. moción n.º 6 [06-38-CJ] de varios diputados y que consta en el Acta n.º 38 del 21 de abril de 2006). Véase COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1º ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 159.

MEDIDAS CAUTELARES

“... en el caso en estudio, ambos demandados presentan recurso de apelación contra la resolución dictada por la señora Jueza ejecutora del Tribunal Contencioso Administrativo, en la audiencia oral celebrada el 29 de octubre de 2009 (folio 221), que dispuso ampliar la trocha, darle mantenimiento y rendir informes periódicos, como forma de cumplir la cautelar adoptada por el Tribunal de Casación, en resolución N° 131-F-TC-2009 (folio 190). Es evidente que esa resolución compulsiva, dirigida a obtener la plena efectividad y eficacia de la medida cautelar acordada, no tiene recurso alguno. En consecuencia y de conformidad con el numeral 132.3 del CPCA, no cabe el recurso propuesto, por lo que este Despacho se encuentra legalmente obligado a rechazar de plano la gestión planteada...” (Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, resolución n.° 24-2010 de las 15:00 hrs. del 28 de enero de 2010).

No obstante este precedente, por las razones antes indicadas, es necesario concluir que se cumple con el requisito de la taxatividad impugnativa (132.3 CPCA), de modo que no resulta “evidente” en sí mismo, que la resolución compulsiva, dirigida a obtener la plena efectividad de la medida cautelar acordada, carezca de recurso de apelación. Se debe tomar en cuenta además que en casos patológicos medidas inadecuadas de ejecución podrían eventualmente desvirtuar la tutela que pretende la resolución cautelar acordada, por lo que el control vía recurso ante una autoridad superior resulta plenamente justificado. Si a esto sumamos lo dicho en cuanto a la interpretación del artículo 27 *in fine* CPCA, es necesario concluir que en este caso aplica el recurso ordinario de apelación en efecto devolutivo.

Por tanto, el principio de *doble instancia* se encuentra específicamente establecido en el artículos 27 *in fine*, 28.2. y 30 CPCA para lo relativo a la materia cautelar⁷³³, donde se establece como garantía reforzada de defensa que intervendrán dos tribunales para revisar la decisión, estableciendo así un doble control sobre el juzgamiento del tema cautelar. Ciertamente la existencia de apelación es un refuerzo, mas no un paso o trámite necesario, al extremo de que algunos han llegado a opinar que podría incluso suprimirse⁷³⁴.

b.4. Ejecución de la medida

Según el texto del 27 CPCA, el auto que ordena una medida cautelar se **comunica de inmediato** y tiene efectos a partir de ese momento. Esto salvo el caso especial de que el juez haya ordenado una caución o bien una contracautela distinta, cuya acreditación no conste en autos (art. 28.4 CPCA), en este caso dicha condición será requerida para la eficacia plena de lo resuelto.

Es decir, por regla, la tutela cautelar decretada tiene eficacia desde el momento **sin que la apelación tenga efectos suspensivos** sobre la ejecución de la tutela, la cual deberá realizarse por todos los medios de que dispone el título VIII del Código Procesal Contencioso Administrativo.

733 Aquí se debe hacer especial referencia a lo señalado por el Dr. Manrique JIMÉNEZ MEZA en el Acta n.° 18 del 13 de abril de 2005 durante la discusión del proyecto del Código Procesal Contencioso Administrativo: “[...] cuando estuvimos analizando el proyecto inicialmente, partimos de una realidad procesal que era la existencia de los tribunales especiales, o la jurisdicción especial contencioso administrativo, que tienen una sola instancia. Y ahí establecimos de que partiéramos de lo que es excepcional, fuera lo normal y no a la inversa. Desde esta perspectiva, es importante señalar qué ha dicho la jurisprudencia de la Sala Constitucional y qué dice la jurisprudencia en materia de debido proceso. Y ha sido reiterado el concepto, de que siguiendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la doble instancia se exige en materia penal, única y exclusivamente. Tanto es así, que nosotros seguimos el criterio, precisamente, de esa especialidad jurisdiccional como una sola instancia”. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1°ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 752.

734 En este sentido, entrevista sostenida con el juez tramitador Otto González Vilchez. Procedimiento cautelar en el CPCA, Tribunal Procesal Contencioso Administrativo. Realizada por José Álvaro López Camacho el 06 de mayo de 2008. Otra opción era habilitar el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo únicamente como Tribunal de Apelaciones, opción que, como hemos visto, ha sido adoptada por la Corte Plena.

MEDIDAS CAUTELARES

Por tanto, según el CPCA hay un derecho a que lo resuelto en sede cautelar sea **ejecutado en sus propios términos** (art. 156.1. CPCA), disponiendo al efecto todas las medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución (art. 155.3. CPCA). Lo que implica, entre otros aspectos, que la conducta administrativa que no se ajuste a lo dispuesto en la resolución cautelar será contraria al ordenamiento jurídico (art. 175.1. CPCA), además la imposición de multas y todo tipo de medidas coercitivas, y, en último término, la posibilidad vista de emplear los poderes de *sustitución – directa*, ya sea con el empleo de simples colaboradores o sin él, o bien, *comisarial – contemplados en el 161 CPCA*.

CHINCHILLA MARÍN expone:

*De nada serviría el sistema de tutela cautelar si el cumplimiento de las medidas cautelares adoptadas por los órganos judiciales no pudiera imponerse forzosamente a quien resulta obligado a ello, y por eso hay que entender que el derecho a la ejecución de las medidas cautelares – que, obviamente, es inherente al derecho a obtenerla – incluye el derecho a solicitar del órgano judicial su ejecución forzosa [...]*⁷³⁵.

En tal sentido, resultan aplicables **todos los preceptos que regulan la ejecución de sentencias**, en lo que resulte compatible con su eficacia **inmediata**.

Como hemos señalado antes, el artículo 27 CPCA zanja una antigua discusión y declara la **eficacia inmediata** de la medida, a fin de lograr su pronta y debida ejecución, y para ello, ordena comunicar de forma inmediata el auto que decreta la tutela cautelar. De seguido, dispone: “*El tribunal o el juez respectivo podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente*”. Lo anterior implica una importante remisión a **todos los amplios mecanismos de ejecución judicial** que regula el CPCA (incluyendo la posibilidad de ejecución *sustitutiva* de la Administración, si es necesario, tal como se verá oportunamente), así como una vía de revisión de lo decidido que pospone todo lo demás por su naturaleza preferente.

Y ese carácter ejecutorio no opera únicamente dentro del ámbito de lo contencioso – administrativo, sino que **va más allá**, causa sus efectos en el área civil, penal, administrativa, y en cualquier otra. Por ello, respecto de la valoración dada ahí provisionalmente a la relación jurídico – administrativa y al examen de la conducta administrativa involucrada, ninguna otra jurisdicción podrá volver a resolver para oponerse a la ejecución de la tutela cautelar, sino el propio juez contencioso-administrativo.

Le corresponde al *juez ejecutor* ejecutar todas las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los otros órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con excepción del caso contemplado en el artículo 44.5 RCPA, es decir, de la ejecución excepcional de medida cautelar por la Sala Primera en sede de casación cuando las circunstancias del caso así lo requieran, por la natural inconveniencia que el tiempo entre una y otra instancia podría ocasionar.

Un último tema aquí con respecto a la eficacia y la ejecutividad de las medidas cautelares es si la simple solicitud de la medida cautelar en vía judicial tiene o no efectos automáticos sobre la ejecutividad del acto administrativo. En este aspecto, en doctrina hay opiniones favorables a la suspensión automática⁷³⁶, sobre la base de que si la Administración decide sobre la ejecutividad del acto, sería ella y no el juez quien toma la decisión sobre dicha ejecutividad.

735 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 633.

736 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 629.

MEDIDAS CAUTELARES

No obstante, sin llegar a esos extremos, sí creemos que la Administración no puede tomar una vez solicitada la cautela, decisiones o conductas con efectos irreversibles en lo cuestionado, pues si así fuera, haría nugatoria la tutela cautelar solicitada, y con ello, entraría en contradicción con el Derecho de la Constitución que contempla como derecho el poder someter la decisión a control judicial efectivo.

b.5. Modificación, supresión o renovada procedencia

El artículo 29 CPCA⁷³⁷ regula también expresamente la *eficacia especial* de la medida cautelar (*rebus sic stantibus*), decretando que cuando varíen las circunstancias que motivaron su adopción o rechazo, el juez podrá variar lo decidido, incluso de oficio. En este aspecto, son susceptibles de *ampliación* –extensión cuantitativa– o *mejora* –extensión cualitativa–, o bien, de sustitución *stricto sensu*, es decir, de la transformación de una medida decretada por otra que sea más o menos enérgica, pero de distinta entidad que la primera dictada, lo cual, evidentemente, y en todos los casos, provocará un efecto reflejo en la *contracautela* decretada ajustándose a las nuevas circunstancias y a la nueva configuración de la medida⁷³⁸.

737 “**Artículo 29.-** // 1) Cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de alguna medida cautelar, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá modificarla o suprimirla. // 2) En igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al rechazo de la medida solicitada, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá considerar nuevamente la procedencia de aquella u otra medida cautelar.”

738 Un ejemplo lo encontramos en el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo n°181-F-TC donde las prácticas dilatorias de parte del actor provocaron un cambio en las condiciones por las que se adoptó la medida cautelar: “El Código Procesal Contencioso Administrativo en su numeral 29, prevé la posibilidad de la modificación e incluso revocatoria de las medidas cautelares si varían las condiciones sobre las que se adoptaron. En el sublite observa este Tribunal que efectivamente han variado las circunstancias del caso por acción del propio actor, ya que si bien en su momento se le otorgó la medida, en razón al daño que se le ocasionaría por la imposibilidad del ejercicio de la profesión, correlativo al perjuicio económico al no percibir ingresos durante la tramitación del proceso – *periculum in mora* -, lo cierto del caso es que se han dado una serie de actuaciones procesales del promovente, tendientes a dilatar el curso del proceso, tales como la presentación de apelaciones improcedentes ante este Tribunal y ahora a través de repetidas solicitudes de cambio en la fecha para la celebración del juicio oral, prácticas que en efecto no se deben permitir.” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º181-F-TC-2008 de las 9:18 hrs. del 27 de noviembre de 2008).

MEDIDAS CAUTELARES

Ahora bien, las medidas cautelares tendrán eficacia desde el momento en que se adoptan hasta el momento en que recaiga el pronunciamiento definitivo en el proceso principal; en otras palabras, de la terminación de la instancia procesal en que se haya acordado la medida (por ejemplo, si se dicta en etapa de ejecución, luego de la sentencia en proceso de conocimiento), cambien las circunstancias de hecho⁷³⁹(*rebus sic stantibus*), o bien, sea anulado por el superior lo resuelto. La resolución que se pronuncia sobre la tutela cautelar **no produce cosa juzgada**, pero, a la luz de lo estipulado en el artículo 29 CPCA, no puede ser libremente revocada⁷⁴⁰.

La modificación de lo ya resuelto **no puede provenir de un simple cambio de opinión** del órgano jurisdiccional sobre lo decidido. Dicha modificación no puede obtenerse libremente, sino en virtud de datos sobrevenidos o desconocidos inicialmente, o cuando los intereses contrapuestos que eran predominantes cuando se tomó la decisión pasan a un segundo plano por hechos posteriores o que fueron ignorados al momento de adoptarse la medida primigenia. Es decir, no se trata de un simple cambio de criterio del juez desvinculado de un cambio de circunstancias debidamente fundado y probado.

739 Véase lo dicho en apartado j), de la Sección Tercera, Capítulo Primero, sobre los diferentes escenarios posibles y sus consecuencias. Incluso podría pensarse en un cambio en el marco jurídico de referencia, según lo que ahí se analiza.

740 El punto es ciertamente muy discutido en la doctrina, como se indica en la sección dedicada a la eficacia especial de la tutela cautelar. En apoyo a esta posición, cabe citar, por ejemplo, a GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 24 y SIMÓN PADRÓS (Ramiro). *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso - administrativa*. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, pp. 141. También MESTRE DELGADO (Juan Francisco). *Comentario al artículo 132 LJCA 1998*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas, n.º100 oct-dic, 1998, pp. 883-885. Este último hace ahí un recuento de la evolución jurisprudencial sobre el punto así: *“Queda fuera de toda duda que la medida cautelar no produce el efecto de cosa juzgada; su vinculación con el resultado del proceso y su finalidad de garantía de efectividad de la tutela judicial obligan a considerar su carácter esencialmente modificable. Bien es cierto que no resulta sencillo equilibrar esta consecuencia con la necesaria estabilidad de la situación de hecho cautelarmente definida [...] La jurisprudencia española ha venido declarando, de forma unívoca, que la suspensión es una “medida cautelar que no produce fuerza de cosa juzgada y que por tanto puede ser modificada en cualquier momento” (ATS de 2 de junio de 1992 – Ar. 4816-). Pero esta modificación no puede obtenerse libremente; la jurisprudencia lo supedita a la aparición de circunstancias nuevas, reprobando la modificación cuando se insiste en la petición inicial, o cuando se trata de modificar la decisión repitiendo las circunstancias que ya fueron tenidas en cuenta al resolver. “Precisamente por el carácter cautelar y revisable que tienen los acuerdos adoptados en la pieza de suspensión, los mismos pueden ser modificados en cualquier momento a la vista de nuevos datos o circunstancias puestas en conocimiento del Tribunal” (ATS de 24 de diciembre de 1991 – Ar. 369/92); aunque no produce el efecto de cosa juzgada, y puede modificarse la decisión, “ello sólo es posible por alteración de circunstancias” (ATS de 18 de mayo de 1993 –Ar. 3496-). De donde se sigue, en la interpretación jurisprudencial, que ni siquiera sería admisible la modificación de la medida adoptada cuando se razonase sobre circunstancias ya existentes que pudieron manejarse al adoptar la decisión: “el artículo 123 sólo permite reiterar la solicitud de suspensión cuando se produzcan circunstancias nuevas que no pudieron tenerse en cuenta cuando se resolvió anteriormente” (STS de 31 de enero de 1994 –Ar. 163-). Porque, como ha indicado el ATS de 4 de marzo de 1991 (Ar. 2104), cuando una de las partes solicita un cambio de la decisión basado en la reconsideración de los mismos hechos anteriores expuestos tardíamente con más detalle, y que eran conocidos por ella previamente, lo que se hace “es equiparable en la práctica a un recurso de súplica tardío y atípico que además se produce estando pendiente el recurso de apelación interpuesto” por la misma parte frente al ato que resolvió el incidente de suspensión.// En, el criterio está reflejado en la Sentencia de 28 de noviembre de 1997 (Ar. 8653) [...] “esa alteración hay que referirla a la modificación de los presupuestos de hecho, que, según el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional, son los determinantes del otorgamiento o no de la medida cautelar; es decir, cuando los daños que inicialmente no se consideraron de imposible o difícil reparación, devienen en esa consideración en virtud de daños sobrevenidos o desconocidos inicialmente; o cuando el interés público a proteger que en un momento se consideró prevalente, ha pasado a segundo plano por hechos posteriores al auto denegatorio o ignorados con anterioridad”*. Sin llegar a los rigores de la jurisprudencia comentada por el auto, podemos decir que la medida cautelar, aunque no produce cosa juzgada, no puede modificarse libremente, sino en virtud de datos sobrevenidos o desconocidos inicialmente, o cuando los intereses contrapuestos que eran predominantes cuando se tomó la decisión, pasan a un segundo plano por hechos posteriores o que fueron ignorados al momento de adoptarse la medida primigenia. Es decir, no se trata de un simple cambio de criterio del juez desvinculado de un cambio de circunstancias debidamente fundado y probado.

MEDIDAS CAUTELARES

En este sentido, es enfática la doctrina:

[...] una vez que la resolución cautelar no es susceptible de recurso, la decisión es definitiva, en el sentido de que ya no son revisables la apreciación y ponderación que el órgano judicial hizo en su día de los presupuestos existentes, lo que no impide que la resolución se modifique como consecuencia de un cambio operado en las circunstancias que determinaron esa resolución⁷⁴¹.

El mismo CALAMANDREI nos explica que, derivado del carácter especial de la medida cautelar, destinada a tener eficacia *rebus sic stantibus* hasta el pronunciamiento definitivo en el proceso principal (lo que califica de relación “a término” *dies certus an, incertus quando*), se trata de una comprobación **definitiva** de una relación jurídica a término, con dicha eficacia especial *rebus sic stantibus*. Dicho autor nos indica:

En términos prácticos el problema puede formularse así: puesto que en la mayor parte de los casos las medidas cautelares proveen a eliminar el peligro mediante la constitución de una relación provisoria, preordenada al mejor rendimiento práctico de la futura providencia principal, se trata de determinar cuál es la duración de esta relación cautelar constituida ope iudice, o sea, en otras palabras, de determinar cuándo y cómo están destinados a desaparecer los efectos derivados de la medida cautelar [...]⁷⁴².

El autor nos llama a no confundir la *variabilidad* de las medidas cautelares y la extinción *ipso iure* de la medida cautelar por el juicio definitivo – positivo o negativo – que vendrá necesariamente a reemplazar al juicio cautelar, independientemente del resultado, es decir, no solo si declara la inexistencia de lo declarado cautelarmente, sino también cuando declara que existe.

En este sentido, aclara que la variabilidad por circunstancias sobrevenidas es común a todas las resoluciones con la cláusula *rebus sic stantibus*:

[...] las medidas cautelares, como providencias que dan vida a una relación continuativa, construida, por decirlo así, a medida, por el juez, según las exigencias del caso particular valorado, pueden estar sujetas, aun antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva providencia, considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante este tiempo. Esta variabilidad de las medidas cautelares en correspondencia con la variación de las circunstancias, no es un fenómeno exclusivo de las providencias cautelares: la doctrina conoce toda una categoría de sentencias constitutivas o determinativas (llamadas sentencias con la cláusula “rebus sic stantibus”), cuyos efectos, no obstante haber alcanzado las mismas la categoría de cosa juzgada, pueden ser modificados en todo tiempo por una nueva sentencia, cuantas veces se verifique una “mutación en las condiciones” de hecho... de la relación sustancial anteriormente decidida⁷⁴³.

Por esto hemos dicho que se trata la resolución de un *auto* con eficacia *rebus sic stantibus* en tanto se trata de la comprobación de una relación jurídica a término, con dicha eficacia especial *rebus sic stantibus*. En tal sentido, el autor de cita ha señalado: “el juicio principal sobre el derecho no se puede considerar [...] como un nuevo examen sobre la legitimidad de la medida cautelar: el *thema decidendum* del juicio principal es diverso del decidido en el juicio cautelar [...]”⁷⁴⁴.

741 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 629.

742 CALAMANDREI (Piero). *Providencias cautelares*. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 89.

743 CALAMANDREI (Piero). *Providencias cautelares*. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, pp. 89-90.

744 CALAMANDREI (Piero). *Providencias cautelares*. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 92.

MEDIDAS CAUTELARES

Por tanto, el reemplazo de la declaración cautelar por el fallo final en el proceso principal es un simple resultado automático de la realización del evento esperado (fallo en el proceso principal); pero no una revocación sucesiva de la tutela cautelar. Es más, el propio CALAMANDREI se encarga de explicitar lo siguiente:

El fallo cautelar, como declaración de certeza de las condiciones necesarias y suficientes para obtener la medida cautelar pedida, es en sí definitivo (como son definitivas, en cuanto son constatación de condiciones existentes, todas las declaraciones de certeza sobre las que se basa la constitución de una nueva relación jurídica sustancial destinada a durar en el porvenir rebus sic stantibus, [...]); pero es temporal la regulación que se constituye a base de tal declaración definitiva. Se podría decir, en suma, que el fallo cautelar es la declaración definitiva de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes, para obtener la constitución ope iudicis de una relación jurídica a término, destinada a tener eficacia, rebus sic stantibus, hasta la emanación del fallo principal⁷⁴⁵.

Es decir, se trata ahora de preguntarnos: ¿hasta cuándo estará en vigor la medida? Y el 28 CPCA da la respuesta, según el cual las medidas estarán en vigor hasta el momento en que recaiga **sentencia en el proceso principal**. Por eso el citado 28 CPCA indica: “*Levantada la medida al término del proceso o por cualquier otra causa [...]*”⁷⁴⁶.

Por tanto, dado que la medida cautelar pierde eficacia ex se con el fallo principal, sin necesidad de una declaratoria expresa al respecto, el juez debe ser muy cuidadoso para que si median resoluciones previas relativas a medidas cautelares, haya un juicio considerativo sobre la ulterior vigencia de disposiciones antes reguladas en la cautelar.

745 CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 94.

746 Al respecto el magistrado Ernesto JINESTA LOBO comenta durante el proceso de discusión legislativa lo siguiente: “*Por supuesto, que las medidas cautelares tienen también una de sus características fundamentales es la instrumentalidad hipotética respecto del proceso principal. Es decir, tienen eficacia y validez en tanto está pendiente y se esté sustanciando el proceso principal una vez que termine el proceso principal por sentencia ya no tienen ningún objetivo o fin específico. De ahí entonces que también su eficacia cesa con el dictado de la sentencia de mérito*”. (Acta n.º 8 del 16 de febrero de 2005, véase COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1º ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 164). El punto podría dar lugar a distintos cuestionamientos, por ejemplo, en España se discute si la Administración puede hacer uso de sus potestades para proceder a ejecutar un acto suspendido en sede judicial, si la resolución final desestimó la pretensión de anulación. TORNOS opina que, en tal caso, “*ya no hay acto, sino resolución judicial y, en consecuencia, corresponde al órgano judicial pronunciarse sobre la ejecución provisional de la misma (que en el fondo supondría la ejecución provisional del acto) después de la ponderación de los intereses en juego. Así, la suspensión del acto sólo desaparecerá si se acuerda le ejecución provisional solicitada por la Administración*”. (Citado por MARTÍN DELGADO (Isaac). Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado. Marcial Pons, Madrid, España, 2005, p. 201 en nota 193. En sentido similar, la opinión de PÉREZ ANDRÉS). Nótese que en tal caso lo que se discute es si, en el fondo, una vez interpuesto el proceso, el acto administrativo ha pasado definitivamente al ámbito de lo judicial, y será el juez quien decida sobre la ejecución de lo resuelto, sea que esta resolución valide o no la conducta administrativa sujeta al proceso, lo cual, en nuestra opinión, es acertado.

MEDIDAS CAUTELARES

En este sentido, el juez deberá “armar” bien su sentencia para no desvirtuar lo logrado con la tutela cautelar, incluso comisionando a autoridades o agentes en la misma sentencia, si es necesario, para que ello no ocurra (comisario *ad acta*). Para utilizar una fórmula coloquial, debe ser completa “*en el qué, el cómo, cuándo y dónde, y por quién ha de ser ejecutado lo que se declara*”. Incluso, si es necesario, podría **contemplar directamente el nombramiento de un comisario** para lo que ella declara, si es que se considera indispensable para no desmejorar lo logrado hasta el momento y para efectos de que su contenido sea determinante en lograr la eficacia de su ejecución⁷⁴⁷.

Si la sentencia es favorable a la posición de quien es beneficiario de la medida, en tal condición, la defensa de esa parte debe estar atenta para actuar con la mayor diligencia posible y evitar que un alzamiento inadecuado de lo dispuesto originalmente en la tutela cautelar pueda alterar la situación jurídica ya no solamente aducida, sino decida por sentencia.

De manera que el alzamiento de la cautela sin adecuada previsión puede generar graves daños o perjuicios antes de que se ejecute la sentencia, desvirtuándose así lo que se pretendió con la decisión precautoria inicial. En tales casos, lo mejor será que haya una instancia expresa al tribunal sentenciador de parte del beneficiado con la tutela cautelar, para que no se levante lo dispuesto originalmente en la medida hasta tanto no se haya configurado la plena eficacia de lo resuelto.

747 Un ejemplo de una sentencia bien armada que encontramos en doctrina es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía del 28 de junio de 1991, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo Español del 29 de abril de 1997, cuyo texto es el siguiente: “*FALLAMOS: Estimamos en parte la demanda interpuesta por D.F.G. – D.D., Concejal del Ayuntamiento de San Roque en relación con la denegación presunta por dicho Ayuntamiento de la solicitud formulada el 1 de setiembre de 1987 para que denegase a la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos (CAMPSA) la licencia de obras para la construcción de una terminal de carga, se ordenase la demolición de lo construido sin licencia y se impusiesen las sanciones oportunas por la infracción cometida, así como por la desobediencia a la orden de paralización emitida el 26 de marzo de 1987 con los siguientes pronunciamientos: 1.º Declaramos que la codemandada CAMPSA ha llevado a cabo las obras de instalación de la citada terminal de carga sin previa licencia de obras, que no cumplió la orden de paralización emitida el 26 de marzo de 1987 y que tiene en funcionamiento la actividad sin licencia de apertura. 2.º Condenamos al Ayuntamiento demandado a que, en el plazo de dos meses, a contar desde la firmeza de esta sentencia, dicte, si no lo ha hecho antes, resolución expresa sobre la licencia de obras solicitada el 28 de agosto de 1986. Este plazo únicamente podrá cumplir, por el tiempo indispensable, en caso de subsanación de defectos conforme al artículo 9.º 1, ap. 4.º y 6.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Para la efectividad de este pronunciamiento ordenamos al Secretario de la Corporación que, bajo su personal responsabilidad, bajo apercibimiento expreso de poder incurrir en delito de desobediencia, y en el plazo de primer mes de los dos señalados, ordena [sic] la actividad de los servicios técnicos del Ayuntamiento a fin de que se emita completo informe sobre si tanto el Proyecto como la obra realizada se ajustan a las determinaciones del Plan General de Ordenación del Campo de Gibraltar de 25 de septiembre de 1969, copia del cual se remitirá a esta Sala dentro del plazo indicado. Emitido este informe, la cuestión relativa al otorgamiento o denegación de la citada licencia será incluida en el orden del día de la primera sesión de la Comisión de Gobierno la cual, bajo idéntica responsabilidad personal de sus miembros, deberá pronunciarse en ella sobre la solicitud a que nos venimos refiriendo, ordenando, en caso de denegación de la licencia, la demolición de lo construido, a costa de la codemandada CAMPSA. 3.º Ordenamos la inmediata clausura de la actividad hasta tanto no se compruebe [sic] la efectiva corrección de las deficiencias señaladas por la Comisión de Calificación de Actividades el 29 de abril de 1987 y el cumplimiento de las condiciones mínimas que en tal acto se señalan, de lo que se dará cuenta a esta Sala, y hasta tanto no se conceda al interesado, como resultado de tal comprobación, licencia definitiva. 4.º Ordenamos al Ayuntamiento demandado que incoe y trámite con diligencia, y bajo la vigilancia de esta Sala, y la que se dará traslado de todas las resoluciones (sic), el oportuno expediente sancionador para la corrección de las infracciones que se han señalado. 5.º Desestimamos el resto de las pretensiones formuladas en la demanda. 6.º Condenamos al Ayuntamiento de San Roque a que satisfaga al demandante el importe de las costas procesales que hayan tenido que sufragar*”. Citado por MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, pp. 187-188. Como se puede notar con facilidad, el fallo es muy precioso y puntilloso al determinar su resolución sobre el caso, y **nombra incluso a un comisario** (el secretario municipal) para que sea quien lleve a cabo uno de los trámites que ordena, impone plazos y anuncia responsabilidades en caso de incumplimiento, aparte de muchos otros extremos determinados expresamente ahí. No se trata de la simple declaración acerca de la licencia y de la condena a volver a resolver sobre el asunto, sino de la determinación concreta de la manera en que debe proceder, incluso con nombramiento de comisario y un procedimiento específico para cumplir lo que se resuelve en el proceso judicial. Es decir, es evidente entonces que una sentencia bien armada facilita su ejecución, lo mismo aplica para un fallo cautelar.

MEDIDAS CAUTELARES

Por otro lado, si la sentencia ha sido contraria a quien se benefició con la medida cautelar, la parte contraria deberá proceder, en su caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 *in fine* a reclamar los daños y perjuicios causados con la ejecución de la medida, por medio de simple escrito – motivado y detallado en cuanto a lo que pretende– tramitado por la vía especial sumarisima de resarcimiento que ahí se establece.

Ahora bien, **también cabría preguntarse finalmente hasta cuándo hay un fallo “definitivo” en la instancia correspondiente. ¿En el momento del dictado de la sentencia o bien en el momento de su firmeza?** Bien podría producirse el caso en que estando pendiente la apelación de la medida cautelar ante el superior, se dicte el fallo en el juicio principal y que este sea contrario o diferente a lo establecido en la medida (problema de decaimiento sobrevenido de la apariencia de buen derecho – *fumus non mali iuris* para ser exactos – o de carencia de objeto sobrevinida, dependiendo de cómo se le mire).

La doctrina comparada se ha ocupado de este problema bajo el apartado de la “carencia de objeto sobrevinida”. Se ha dispuesto en doctrina que esto plantea ciertamente un problema de difícil solución:

*El tercer problema se refiere a la subsistencia de la línea jurisprudencial de la Sala Tercera en relación con el enjuiciamiento, vía casacional, de los autos de suspensión recurridos, en los casos en que dicho enjuiciamiento ha de tener lugar cuando ya ha sido dictada la sentencia de instancia, sea ésta firme o no. Aquella línea jurisprudencial afirmaba que procedía el **archivo del recurso de casación —o su inadmisión, si la sentencia de primera instancia se produjo antes de formalizar la casación— por carencia de objeto sobrevinida.***

*La nueva regulación procesal de las medidas cautelares quizá requiera un cambio o, al menos, la introducción de **ciertos matices en aquella jurisprudencia, que, válida para los autos de suspensión, podría no serlo automáticamente para los de medidas cautelares.** Y no por razón de la diferencia substantiva entre unos y otros, sino por razón del régimen procesal de la nueva Ley. En efecto, a partir de ahora, el pronunciamiento de la sentencia de instancia **no deja sin efecto de modo automático las medidas cautelares adoptadas ni impide que, tras ese momento, la Sala de instancia —competente para la ejecución provisional de su sentencia — siga adoptando otras medidas cautelares, en función de un cambio de circunstancias**⁷⁴⁸.*

Es decir, el autor citado sugiere la posibilidad de que la resolución final de la instancia no deje sin efecto de forma automática las medidas cautelares adoptadas, sino que dicho alzamiento de la tutela cautelar debe ser considerado por el tribunal para no desvirtuar lo logrado en tutela cautelar, o bien, para configurar con certeza dicha carencia de objeto sobrevinida. Pero tampoco le impide al superior (en este caso, al Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo o Tribunal de Apelaciones) tomar por su cuenta otras medidas cautelares, en función del cambio de circunstancias sobrevinido con el pronunciamiento.

748 CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, (Manuel). *Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativo de 1998*. En: *Revista de Administración Pública*, N.º 149 (mayo-ago 1999), p. 123. Sobre un problema similar, MESTRE DELGADO comenta la LJCA española de 1998 (art. 132) que dice “1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieren adoptado. // 2. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar”. El autor referido indica: “La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mostrado interpretaciones diversas al respecto. Sin perjuicio de aplicaciones muy puntuales, los criterios se concentran en dos extremos: así, ha declarado que la medida cautelar adoptada produce efecto hasta la sentencia que ponga fin al procedimiento; pero también ha ampliado su vigencia hasta la resolución del recurso que se hubiese interpuesto frente a la sentencia [...]. En mi criterio, la vigencia de la medida cautelar adoptada se encuentra subordinada a la tramitación del recurso contencioso – administrativo; concluye normalmente, por ello, cuando recae sentencia en primera instancia”. MESTRE DELGADO (Juan Francisco). *Comentario al artículo 132 LJCA 1998*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas, n.º 100 oct-dic, 1998, p. 879.

MEDIDAS CAUTELARES

El Nuevo Código Portugués del Proceso de los Tribunales Administrativos (Ley 15/2002: Aprueba el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos) ha planteado una solución similar, por ejemplo, que supedita la caducidad de las medidas cautelares a la **firmeza** de la resolución definitiva:

Artículo 123. Caducidad de las medidas cautelares

1. *Las medidas cautelares caducan en los siguientes casos:*
 - a) *Si el solicitante no hiciera uso, en el plazo respectivo, del procedimiento contencioso adecuado para la tutela de los intereses a la que se destinó la petición de adopción de la medida cautelar.*
 - b) *Si el solicitante hubiera hecho uso de dicho procedimiento contencioso pero éste estuviera paralizado durante más de tres meses por negligencia suya en promover las actuaciones necesarias o algún incidente del que dependa la continuación del proceso.*
 - c) *Si en el proceso a que se refiere la letra a) de este número se dictase sentencia desestimatoria [decisão desfavorável] de la pretensión del solicitante que no fuera impugnada dentro del plazo legal o no sea susceptible de impugnación.*
 - d) *Si el citado proceso terminara con la absolución en la instancia y el solicitante no promoviera un nuevo proceso, dentro del plazo fijado al efecto, en los casos en que la ley lo permita.*
 - e) *Si se extinguiese el derecho o interés a cuya tutela se destina la medida cautelar.*
 - f) **Cuando la sentencia que resuelva de forma definitiva el proceso principal adquiera firmeza, en el caso de que sea desestimatoria para el solicitante.**
 - g) *Si se ejecutara la sentencia que resolviera de forma definitiva el proceso principal, en sentido estimatorio para el solicitante⁷⁴⁹.*

Don Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA comenta respecto del citado inciso f):

*Si ese derecho material deja de existir, no tiene sentido que la medida cautelar dure más tiempo, debiendo por tanto caducar. Así sucede si se extingue el derecho o interés a cuya tutela se destina o **si se estima que dicho derecho material no existía al adquirir firmeza la sentencia desfavorable para el solicitante** [supuestos e) y f)]⁷⁵⁰.*

Sobre el tema, puede verse el fallo 000178-A-TC-2008 del TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA (nueve horas del veintisiete de noviembre de dos mil ocho) donde el Tribunal de Casación determina:

Vista la certificación expedida por el Tribunal Procesal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, mediante la cual se comprueba que en el presente asunto recayó sentencia de fondo sobre la controversia formulada, y atendiendo al principio de provisionalidad de la cautelar, conforme al cual la sentencia sustituye para todos los efectos la medida adoptada, se omite pronunciamiento sobre el recurso de apelación establecido por carecer de interés actual [...]. Tomen nota las partes que conforme al artículo 146 del Código Procesal Contencioso Administrativo la sentencia adversa a una de ellas no será ejecutada en forma inmediata, sino hasta que se encuentre plenamente firme.

El problema se presenta, como hemos dicho, por la ausencia en el CPCA de una regulación expresa sobre el tema de la **extinción de las medidas cautelares** como sí lo tienen otras legislaciones (por ejemplo el Nuevo Código Portugués del Proceso de los Tribunales Administrativos citado), regulación que debería ser incorporada por la vía de una reforma legislativa.

749 Ver GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *El Nuevo Código Portugués Del Proceso De Los Tribunales Administrativos*. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 162 (set-dic. 2003), p. 471.

750 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *El Nuevo Código Portugués Del Proceso De Los Tribunales Administrativos*. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 162 (set-dic. 2003), p. 471.

MEDIDAS CAUTELARES

Ante esta interrogante, bien se debe señalar que, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, la estimación cierta de la inexistencia (o existencia) de un derecho material no se producirá hasta la firmeza de la sentencia definitiva. Así por razones de elemental prudencia, no recomendamos que simplemente se considere de pleno derecho y sin más que el dictado de la sentencia deja sin efecto de forma automática las medidas cautelares adoptadas a lo largo del proceso, sino, recomendamos, por el contrario, que dicho alzamiento de la tutela cautelar debe ser considerado de manera expresa por el tribunal resolutor de instancia para no desvirtuar lo logrado en tutela cautelar, o bien, para configurar con certeza dicha carencia de objeto sobrevenida.

Asimismo, esto tampoco le impide al superior (en este caso, al Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo) tomar por su cuenta otras medidas cautelares, en función del cambio de circunstancias sobrevenida con el pronunciamiento.

b.6. Eventual fase indemnizatoria

La vía especial sumarísima de resarcimiento que establece el 28.5. CPCA dispone que

[...] 5) Levantada la medida cautelar al término del proceso o por cualquier otra causa, la Administración Pública o la persona que pretenda tener derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados con su ejecución, deberá solicitarlo ante el tribunal, el juez o la jueza respectiva, por medio de un simple escrito, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cesación de los efectos de la medida. Si la solicitud no se formula dentro de dicho plazo o no se acredita el derecho, la garantía constituida se cancelará seguidamente y se devolverá a quien corresponda.

Ya hemos señalado que esta vía rápida para obtener el resarcimiento **no será un “incidente”** –como sucede en la LJCA 1998 española, art. 133.3– sino un simple escrito – obviamente motivado, con indicación de los daños y perjuicios – que se tramitará de conformidad con la norma citada.

Nótese que el plazo es muy reducido (dos meses a la cesación de los efectos de la medida) y no se incluye el supuesto de *renuncia* a esta, lo cual debe entenderse permitido. ROJAS FRANCO comenta que “[...] *lo importante es que deben probarse y demostrarse los daños y perjuicios, originados con la medida cautelar, o sea, no basta pedir su resarcimiento simplemente [...]*”⁷⁵¹. En esto estamos de acuerdo, de manera que hay dos supuestos distintos para la cancelación y la devolución de la garantía rendida: a) la no presentación de la petición de daños y perjuicios dentro del referido plazo de dos meses, a partir de la cesación de los efectos de la medida, o bien, b) aun presentado ese escrito, si no se acredita el derecho al resarcimiento.

Nótese también que se refiere tanto a la Administración Pública como a cualquier persona que pretenda haber sido afectada con la ejecución de la medida cautelar⁷⁵²; pero supeditada a la condición de que la medida haya sido levantada, al término del proceso o por cualquier otra causa como sería el caso de un cambio de circunstancias (cfr. art. 29 CPCA), o bien, de la anulación por vía de apelación de la cautelar decretada (art. 30 CPCA).

La fijación y la demostración de los daños y perjuicios en esta eventual fase indemnizatoria deberá ajustarse, por imperativo constitucional, al debido proceso. La pregunta sería: ¿cómo se cumple el debido proceso ante la ausencia de regulación expresa al respecto en el 28 CPCA?

En nuestra opinión, para la respuesta a esta interrogante, bien cabría pensar en la posibilidad de acudir a la regulación del mismo CPCA en materia de ejecución de sentencias de los procesos constitucionales (art. 179

751 ROJAS FRANCO (Enrique). Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, p. 91.

752 Véase al respecto, BACIGALUPO (Mariano). La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo, (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, pp. 195 y ss.

MEDIDAS CAUTELARES

al 184 CPCA) que plantea un trámite sumario para fijar únicamente lo relativo a la demostración, la liquidación y el cumplimiento de indemnizaciones pecuniarias. Así, con vista de los principios derivados de dicha regulación normativa, el juez podría determinar sin irrespeto del principio del debido proceso el derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados con la ejecución de la medida cautelar.

También el art. 61.1. b) del RCPCA dispone:

En los casos en los cuales el juez tramitador hubiese acogido una medida cautelar ante causam, y la demanda correspondiente no se presente en el plazo establecido por la Ley, en el mismo auto en el cual ordene el levantamiento de la medida, condenará a la parte que la solicitó, al pago de daños y perjuicios, los cuales serán liquidados por la vía de ejecución de sentencia ante el juez ejecutor.

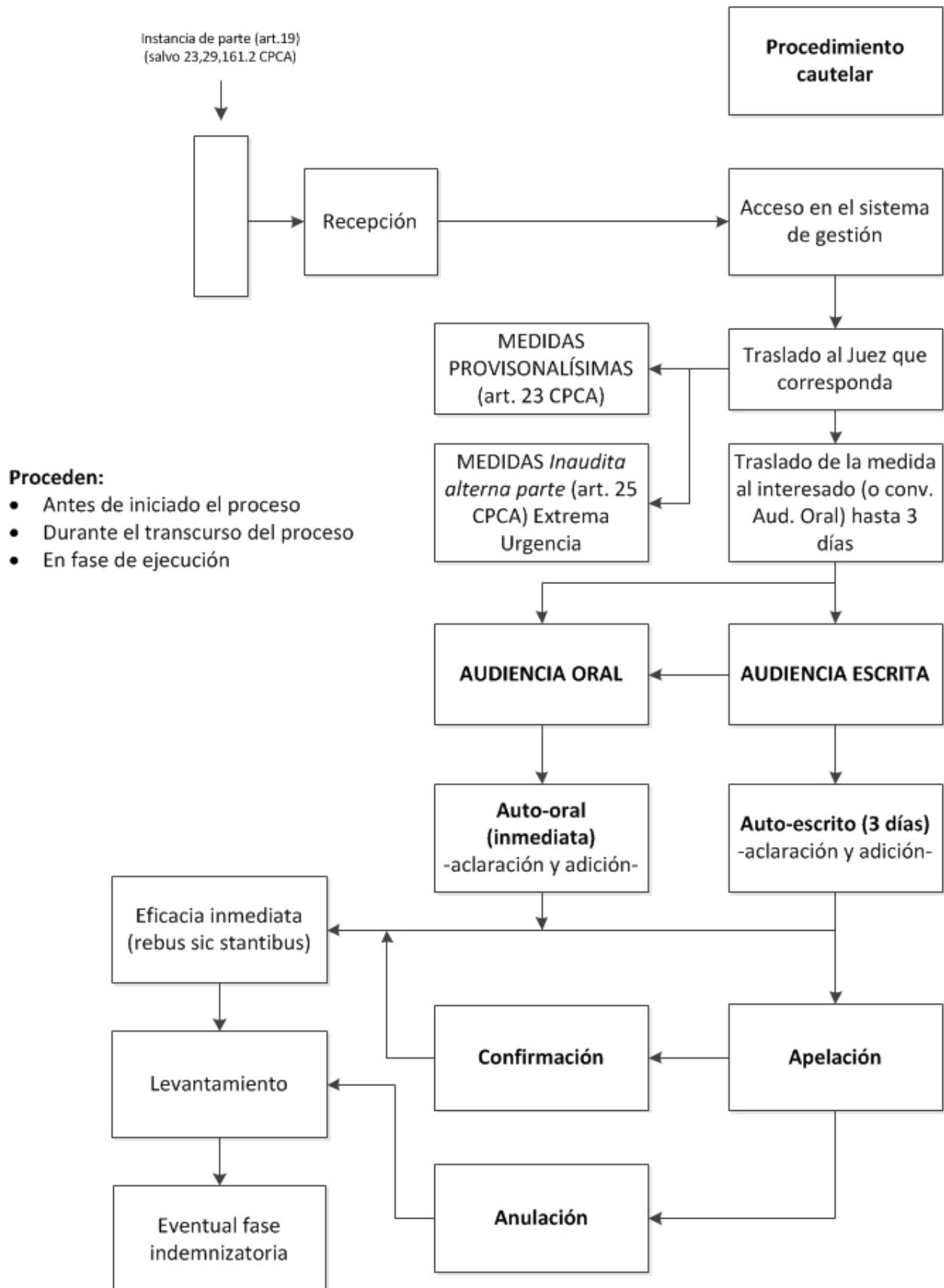
En esta norma, podríamos situar la existencia de otro caso en que el levantamiento de la medida cautelar da lugar a una ulterior fase de indemnización por los daños y perjuicios causados. La jurisprudencia ha admitido que en tal caso se liquidarán por la vía de ejecución de sentencia las costas, daños y perjuicios causados⁷⁵³.

b.7. Esquema

Si tuviéramos que resumir en un esquema las fases del proceso cautelar, podríamos sugerir el siguiente:

753 En este sentido, entre otros el fallo del Tribunal de Apelaciones n.º 21-2011: “De conformidad con el artículo 26 párrafo 2º del Código Procesal Contencioso administrativo, se ordena el levantamiento de la cautelar concedida en primera instancia y se condena al actor pago de las costas, daños y perjuicios causados con la medida al actor, los cuales se podrán liquidar y demostrar mediante el trámite de ejecución de sentencia.” (TRIBUNAL DE APELACIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 21-2011 de las diez horas cuarenta minutos del veinticuatro de enero de dos mil once).

MEDIDAS CAUTELARES



MEDIDAS CAUTELARES

b.8. Estadística⁷⁵⁴

Según datos del TPCA⁷⁵⁵ las medidas **provisionalísimas** se resuelven, a lo sumo, **en las 24 horas siguientes a su presentación**, siendo el promedio de resolución las 12 horas siguientes. El tiempo de trámite de la medida **definitiva** varía, si hay audiencia oral **dentro de los 22 días siguientes** a la presentación de la medida, o bien, si no hay audiencia, dentro de los 15 días siguientes a su presentación.

Ahora bien, la duración promedio de la votación de fondo en la Sala Primera en función de Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo durante el año 2008 fue de **un mes y dos semanas**, después del segundo semestre cuando se incrementó el circulante correspondiente⁷⁵⁶.

La siguiente es una tabla de datos estadísticos elaborada por la Sección de Estadística del Departamento de Planificación (Tabla N.º1), con ocasión de esta investigación, la cual refleja los datos disponibles (año 2008), sobre las medidas cautelares que adopta el Tribunal Contencioso Administrativo⁷⁵⁷. **Antes de esta investigación, dichos datos no estaban recopilados:**

TRIBUNAL CONTENCIOSO													
III Medidas cautelares													
MES	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sept	Oct	Nov	Dic	Total
1. Solicitadas	10	17	13	27	27	29	31	26	49	33	30	25	317
1.1 Ante causam.	9	15	4	17	17	10	23	19	27	16	21	11	189
1.2 Dentro del proceso	1	2	9	10	10	19	8	7	22	17	9	14	128
Resolución cautelar													
MES	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sept	Oct	Nov	Dic	TOTAL
2. Con lugar	0	4	0	6	5	5	13	13	19	0	0	0	65
3. Parcialmente con lugar.	10	2	7	1	0	2	2	1	0	0	0	0	25
4. Sin lugar	0	11	6	21	19	15	16	12	31	0	0	0	131

De estos datos, cabe destacar dos situaciones: a) **casi el 60% del total de las medidas solicitadas corresponde a las medidas ante causam** (de ahí que se desinara en un inicio a un juez encargado exclusivamente de tramitar este tipo de medidas – actualmente tres jueces tramitadores atienden las medidas cautelares -); y, b) del total de las resoluciones de fondo, se declararon **con lugar cerca del 30%** (29.4%), parcialmente con lugar aproximadamente el 10% (11.3%) y **sin lugar el 60% restante** (59.2%). Las estadísticas dichas del 2008 se reflejan en las gráficas n.º1 y n.º2 que siguen:

754 A la fecha en que se elabora el apartado, los datos compilados del 2009 y el 2010 todavía no estaban al alcance, por tanto, los datos están limitados a los períodos que se indican. Asimismo, por su configuración reciente, los datos del Tribunal de Apelaciones tampoco estaban al alcance.

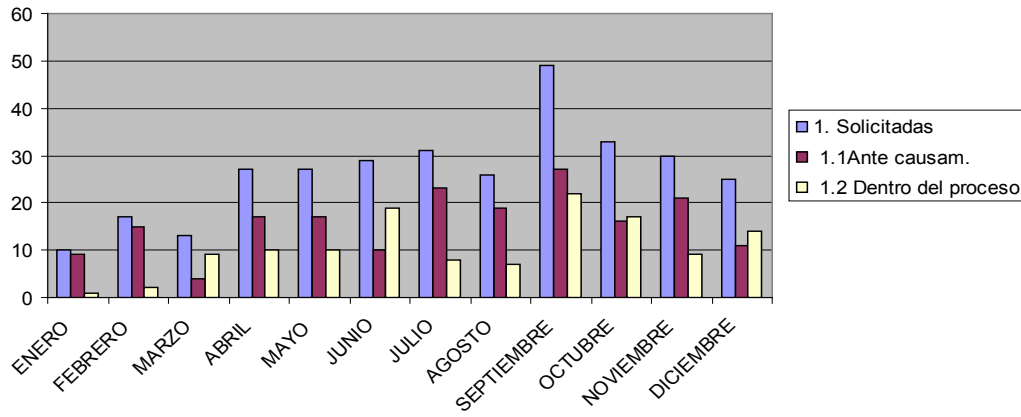
755 Fuente: Secretaría del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, 24 de abril de 2009.

756 La fuente de este último dato es la Sección de Estadística, Departamento de Planificación del Poder Judicial (véase cuadro anexo con el detalle al final de esta investigación). Según el oficio Oficio n.º 020-EST-2009 el promedio general de los asuntos votados por el fondo en función de Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo es de un mes y dos semanas. Sin embargo, si se incluye el primer semestre cuando el circulante no fue tan alto, el promedio general del año 2008 es de un mes y una semana.

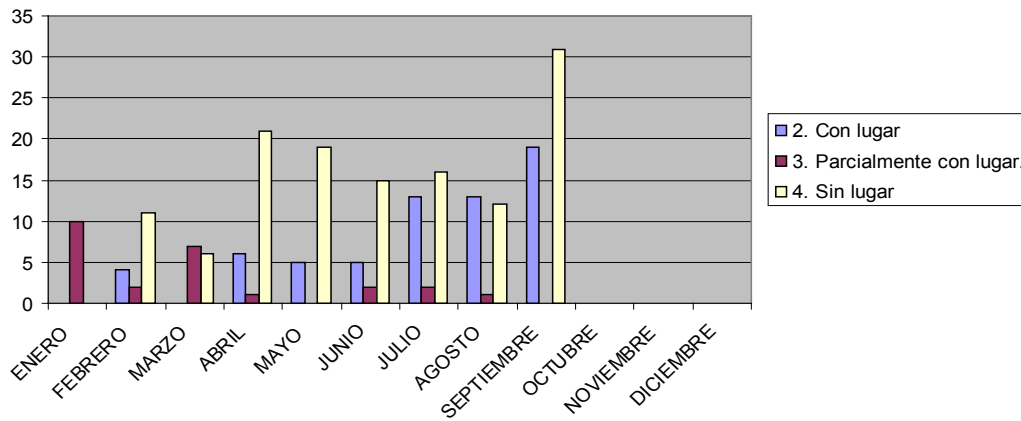
757 Cabe hacer notar que, según la Sección de Estadística el Tribunal Procesal Contencioso, es la única de las oficinas que ven la materia contenciosa que contienen la variable de medidas cautelares. Agradecemos sobremedida el trabajo realizado por el M. Sc. Manuel G. Sotomayor Solano de la Sección de Estadística en lo que corresponde a estos datos.

MEDIDAS CAUTELARES

MEDIDAS CAUTELARES EN TPCA



RESOLUCIÓN CAUTELAR



A su vez, como indicamos, la distribución del total de las medidas cautelares solicitadas (317) hace evidente el peso de las medidas “ante causam”:

Gráfico N°3

Distribución de medidas solicitadas en TPCA

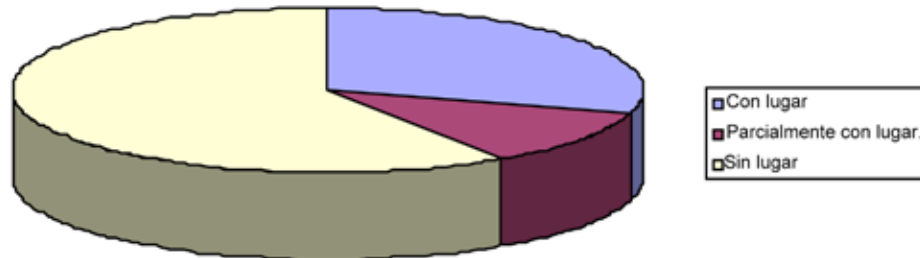


MEDIDAS CAUTELARES

La distribución resolución cautelar en el TPCA indica que son más las medidas que se rechazan que las que se resuelven favorablemente de forma total o parcial al solicitante:

Gráfico N°4

Distribución de resolución cautelar en TPCA



Estos datos constituyen, por primera vez, el porcentaje de probabilidad de que una resolución cautelar sea favorable a la parte. Es muy pronto para afirmar si las cantidades de medidas solicitadas y los porcentajes y tendencias citadas se mantendrán.

Por otro lado, en lo que corresponde al **impacto para el personal de la Sala Primera** de asumir las funciones que le corresponden en el CPCA, y, en lo que nos interesa, lo que le corresponde a la funciones del **Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**, el jefe de la Sección de Estadística del Poder Judicial indicó lo siguiente acerca de los patrones observados en la exploración estadística del trabajo efectuado en dicha Sala durante el año 2008:

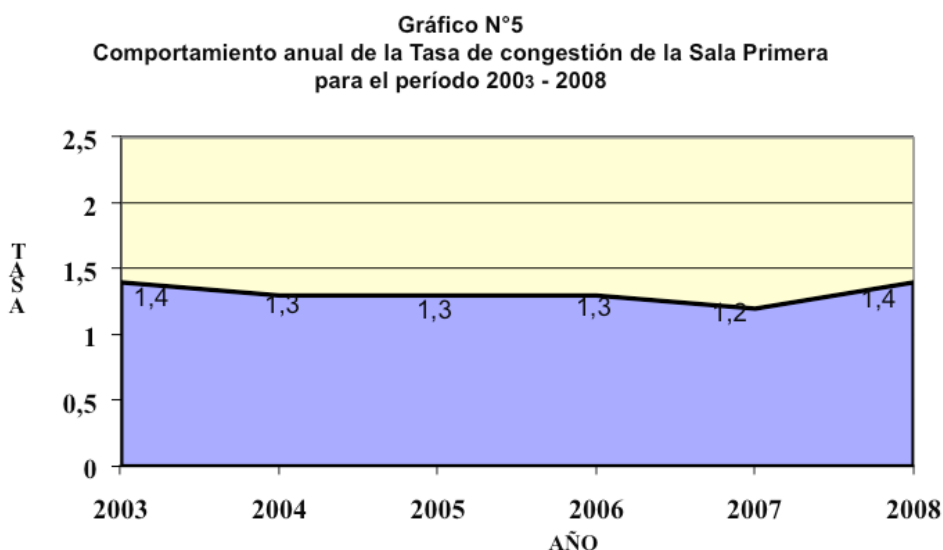
Sobresale en el análisis del presente período, la entrada en vigencia de la reforma procesal en materia Contenciosa, sobre todo por el impacto que tiene sobre los asuntos entrados, al aumentar significativamente y producir un aumento del circulante. A pesar de que aún es temprano para afirmar una saturación de la Sala por estos asuntos, lo cierto es que se debe dar un seguimiento estricto a fin de tomar las medidas necesarias para que no se vea afectado el servicio público. (Oficio n.° 020-EST-2009 del 23 de febrero de 2009, Sección de Estadística Departamento de Planificación, Poder Judicial).

Es decir, asumir las nuevas funciones ciertamente produjo **un incremento de la carga de trabajo sustantiva de la Sala Primera** durante el 2008.

Es innegable que la entrada en vigencia del CPCA provoca un cambio en la gestión sustantiva de la Sala Primera, y al encomendarle la ley las funciones del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo (TC), el peso de los asuntos se recarga sobre la materia **contencioso – administrativa**, lo cual también, como se verá, ha tenido incidencia en su tasa de congestión.

MEDIDAS CAUTELARES

También el Departamento de Estadística afirma que se nota el esfuerzo de la Sala por atender los nuevos asuntos; pero aun así, el circulante, por primera vez en el quinquenio, no sólo aumenta, sino que es el más alto. De hecho, la Sala tenía que tramitar **1.4 veces** más casos de los que se pudo finalmente resolver. Esto se puede ver en el siguiente gráfico elaborado por la Sección de Estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial⁷⁵⁸:



El mismo Departamento de Estadística señala en su informe (Oficio n.º 020-EST-2009 del 23 de febrero de 2009) que

(e)n el 2008, la tasa de pendency alcanza el valor de 29,5%, cifra que es la más alta del periodo de análisis y por ende la de resolución obtiene la menor ocurrencia con un 70,5%, lo que indica que de cada 10 asuntos pendency, siete recibieron una resolución definitiva.

Es decir, luego de un período de relativa estabilidad, la Sala tuvo un aumento significativo (41.7%)⁷⁵⁹ respecto del promedio anual de entrada (996 casos) de los cuales

758 En dicho gráfico se representan los siguientes datos:

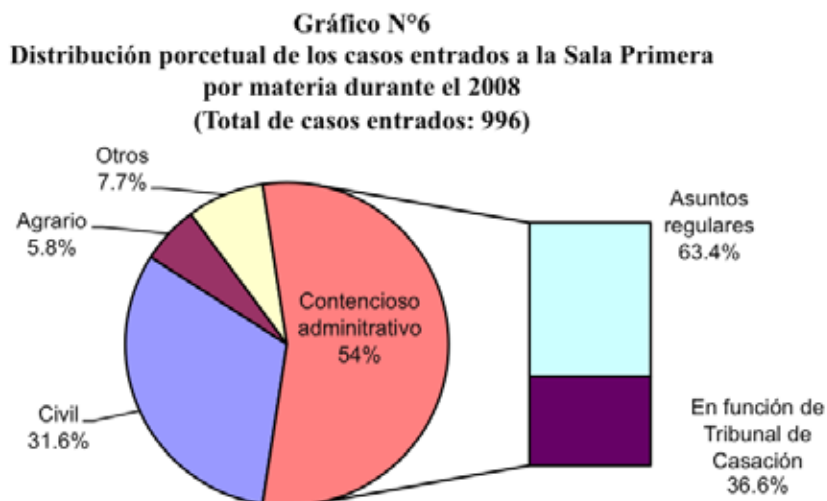
VARIABLES	2004	2005	2006	2007	2008
Circulante al inicio	245	258	228	204	167
Casos entrados	830	712	733	664	996
Casos reentrados	12	3	4	1	9
Casos salidos	829	745	761	702	826
Circulante al finalizar	258	228	204	167	346
INDICADORES					
Tasa de congestión	1.3	1.3	1.3	1.2	1.4
Tasa de pendency	23.7	23.4	21.1	19.2	29.5
Tasa de resolución	76.3	76.6	78.9	80.8	70.5

759 Fuente: Oficio n.º 020-EST-2009 del 23 de febrero de 2009, Sección de Estadística Departamento de Planificación, Poder Judicial. Agradecemos al funcionario Gustavo Chen Quesada de la Sección de Estadística por estos datos sobre el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y la Sala Primera.

MEDIDAS CAUTELARES

Fueron **546** casos entrados en la materia Contenciosa, de los cuales dos terceras partes (**63.4%**) corresponde a asuntos de competencia regular de la Sala y **el tercio restante corresponde a ingresados a este despacho pero que serían de competencia del potencial tribunal de casación**; en términos absolutos el volumen de entrada en esta materia se reparte en **346** casos regulares y **200** identificados como del potencial tribunal.

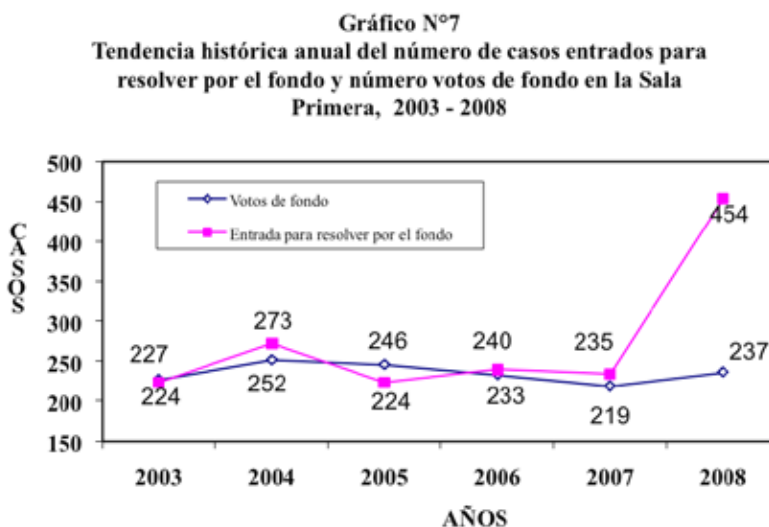
Estos datos se reflejan así:



Elaborado por: Sección de Estadística del Departamento de Planificación

Es evidente que el peso de los asuntos que la Sala Primera conoce se inclinó a la materia contenciosa, y dentro de estos, es significativa la influencia de las funciones del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo (competencias de casación y apelación).

También es evidente el aumento en el número de casos a resolver, donde el aumento por encima de la tendencia histórica salta a la vista:

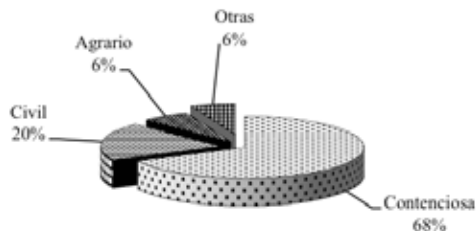


Elaborado por: Sección de Estadística, Departamento de Planificación

MEDIDAS CAUTELARES

El peso de la materia contencioso - administrativa también se refleja en los asuntos entrados a resolver, como se evidencia con el siguiente gráfico:

Gráfico N°8
Distribución porcentual por materia, del número de casos para resolver por el fondo en la Sala Primera durante el 2008



Elaborado por: Sección de Estadística, Departamento de Planificación

La Sección de Estadística indica que “de lo votado por el fondo en materia Contenciosa, la mitad (50.4%) se hizo en función de tribunal de casación Contencioso Administrativo”⁷⁶⁰. Habrá que esperar a los análisis de los datos oficiales para ver cómo varían las cifras señaladas con la operación del denominado Tribunal de Apelaciones, y cómo se configuran, a su vez, las estadísticas de este último.

Ahora bien, depurando las entradas dentro de los asuntos en materia Contencioso Administrativa del TC, se obtiene el dato de que ingresaron **110 medidas cautelares, de estas 101 son medidas cautelares conocidas en función de Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo**⁷⁶¹.

Con respecto a este último dato, el Departamento de Planificación señala:

*Se observa que esta variable ha cambiado en su distribución; si bien los ordinarios siguen siendo los de mayor presencia, **aparecen en un segundo lugar las medidas cautelares**, desplazando a las ejecuciones de sentencia y a los especiales tributarios a los distantes tercer y cuarto lugar. Este cambio en la distribución de esta variable es efecto de la nueva legislación contenciosa, especialmente en la Sala en función del tribunal de casación Contencioso Administrativo*⁷⁶².

Es importante tomar en cuenta con respecto a estos datos que, como el Departamento de Planificación manifiesta, las cifras anteriores se refieren a un periodo de transición y “(e)n un año de transición, se espera un importante aumento en el ingreso de asuntos que vengán a aclarar aspectos tanto de forma como de fondo que delimiten muchos aspectos de una nueva legislación”⁷⁶³.

Las medidas cautelares adquieren importancia significativa en la labor de la Sala Primera, así se desprende de los datos de la Sección de Estadística, donde aparecen en el 2008 por primera vez las medidas cautelares como tipo de caso a evaluar en la Sala, específicamente en función de Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo:

760 Oficio n.º 020-EST-2009 del 23 de febrero de 2009. Sección de Estadística Departamento de Planificación, Poder Judicial.

761 Fuente: Departamento de Planificación de lo Contencioso Administrativo. Las 9 de diferencia son asuntos regulares en conflictos de competencia de la Sala.

762 Oficio n.º 020-EST-2009 del 23 de febrero de 2009. Sección de Estadística Departamento de Planificación, Poder Judicial.

763 Fuente: Oficio n.º 020-EST-2009 del 23 de febrero de 2009. Sección de Estadística Departamento de Planificación, Poder Judicial.

MEDIDAS CAUTELARES

Tabla N°2 TIPO DE CASO	VOTOS DE FONDO (Materia Contenciosa)			
	2005	2006	2007	2008
Ordinario	64	59	42	35
Ejecución de sentencia	16	18	17	8
Especial Tributario	22	16	7	8
Ordinario de lesividad	0	0	5	14
Medidas cautelares	---	---	---	54
Otros	5	3	9	18
TOTAL	107	96	80	137

Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial

El número de casos para resolver por el fondo también tuvo impacto en los casos en “espera” de la Sala:

En materia Contenciosa, se pasó de 71 asuntos en espera de trámite al inicio del año a 229 (195 sala primera y 34 del potencial tribunal) a su conclusión, constituyéndose este cambio en el más importante, no sólo por su volumen, sino al afectar, colateralmente, la existencia en las otras materias con excepción de la notarial⁷⁶⁴.

Aun así, según se indica en el referido oficio, dado que el número de los casos entrados se incrementó en el segundo semestre del año “todavía en el 2008 el 97.4% de los casos que componen la existencia tienen doce o menos meses de espera, tal y como se muestra en el siguiente desglose”.

Ahora bien, en lo que corresponde a la **probabilidad de éxito** de un recurso ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, la Sección de Estadística indica que la probabilidad asociada deberá ser observada en los siguientes años para determinar si bajo las condiciones actuales, se mantiene o no, sin embargo, en líneas generales lo ubica en un **23.4%** para la materia contencioso – administrativa, con el siguiente razonamiento:

Para el 2008, aumentó el porcentaje de votos declarados “con lugar” o “revocando” la sentencia dictada en la instancia anterior. En el 2007, la probabilidad de que un recurso resuelto ante la Sala Primera fuera declarado “con lugar” o “revocado”, tanto en forma parcial como total, cayera al 8.7% (aproximadamente la mitad de los que se daba en los dos años anteriores) en el 2008, la probabilidad es del 17.3%. Al tomar en cuenta las anulaciones dictadas esta probabilidad sube al 27%

Por materia, el cambio del 2007 al 2008 se observa en el siguiente recuadro. Apréciense como la variación en materia Contenciosa Administrativa es la determinante, al pasar de 6.3% a 23.4% (casi se cuadruplica).

MATERIA	2007			2008		
	VOTOS DE FONDO	CON LUGAR O REVOCANDO	%	VOTOS DE FONDO	CON LUGAR O REVOCANDO	%
Civil	93	5	5,4%	55	4	7.3%
Contenciosa	80	5	6,3%	137	32	23.4%
Agraria	22	2	9,1%	19	2	10.5%
Otras	24	2	8,3%	26	3	11.5%
TOTAL	219	14	6,4%	237	41	17.3%

764 Oficio n.º 020-EST-2009 del 23 de febrero de 2009. Sección de Estadística Departamento de Planificación, Poder Judicial.

MEDIDAS CAUTELARES

El detalle concreto de cuántos asuntos se confirmaron y cuántos se revocaron o declararon “sin lugar” está visible en el cuadro anexo N.º3 y N.º3 bis, al final de esta investigación. Podemos indicar que de los datos analizados un 12% (23 de 166) fueron confirmados por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo⁷⁶⁵.

Por último, como indicamos al inicio, en lo que corresponde al **tiempo de resolución** del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, aunque es muy pronto para dar datos concluyentes, es reseñado así:

*Es temprano hacer inferencias sobre el tiempo promedio en la Sala cuando ejerce como tribunal de casación de lo Contencioso Administrativo por mandato de Ley. No obstante, la duración promedio de los asuntos votados por el fondo, a partir del segundo semestre del año (cuando se incrementa la votación en forma significativa) muestran que el promedio de duración en estos asuntos **es de un mes dos semanas**⁷⁶⁶.*

Habrá que esperar para ver cómo se reflejan las tendencias con la entrada en operación del recientemente conformado “Tribunal de Apelaciones”.

765 Según la Sección de Estadística, Departamento de Planificación, el detalle es el siguiente:

Tipo de resolución	Total
TOTAL	166
Sin lugar	23
Se confirma	20
Se revoca	17
Con lugar	6
Se revoca parcialmente	2
Se anula el voto	1
Rechazado de plano	31
Se resuelve competencia	19
Se rechaza de plano por extempor.	13
Se declara inadmisibile el recurso	12
Auto de pase en competencias	4
Auto de pase	2
Desistido	2
Rechazado	1
Otros	13

766 Así indica el referido oficio N°020-EST-2009 de 23 de febrero de 2009. El detalle es el siguiente:

DURACIÓN	Semestre		
	TOTAL	Primero	Segundo
TOTAL	69	15	54
De 1 a 7 días	3	2	1
De 8 a 14 días	4	2	2
De 15 a 21 días	6	2	4
de 22 a 29 días	9	3	6
1 meses	22	6	16
2 meses	22	---	22
3 meses	3	---	3

CAPÍTULO TERCERO

OBSTÁCULOS Y LÍMITES

Alegría es para el justo el hacer juicio; Mas destrucción a los que hacen iniquidad.
(Proverbios 21: 15)

Vistos los caminos para llegar a la tutela cautelar, así como sus pormenores procedimentales, fundamentos, presupuestos y modalidades, nos resta únicamente presentar sus posibles obstáculos y, en último término, los posibles límites que subsisten en la regulación del Código Procesal Contencioso Administrativo.

Los obstáculos deberán ser superados por una mentalidad abierta, un espíritu enseñable por parte del operador que se amolde al motivo impulsor de la reforma, la tutela judicial efectiva en lo contencioso administrativo y civil de hacienda.

Los límites deben ser respetados porque el principal enemigo de la efectividad de la nueva regulación, después de la indolencia y la falta de aplicación de los apoderamientos del cuerpo normativo, sería su abuso por parte de quienes han sido llamados a aplicarla que, en su caso, es tanto o más dañina incluso que la primera.

Sección primera: Obstáculos a la tutela cautelar

Para el ámbito de la ejecución de sentencia ha dicho GÓMEZ PUENTE:

[...] incluso una sentencia sustitutiva del acto omitido sirve de poco cuando el cumplimiento y la efectividad de la declaración jurídica que contiene requiere una actividad material o física de la Administración y persiste la inactividad de ésta. Ni que decir tiene que la sustitución es aún más complicada cuando el órgano judicial no puede suplir por sentencia la omisión administrativa a causa del carácter personalísimo de la actividad debida, ya se trate de un acto administrativo (los de contenido discrecional, básicamente), ya de una prestación material (que, por su carácter discrecional, dificultad técnica, naturaleza u otra razón, sólo la Administración esté en disposición de desarrollar). Ante situaciones de esta clase el juzgador habrá de limitarse a condenar a la Administración a que actúe, pero la condena de poco sirve, si, como digo, luego no se cumple [...]⁷⁶⁷.

A continuación, analizaremos, uno por uno, los obstáculos que señala GÓMEZ PUENTE, lo cual nos llevará, desde ya adelantamos, a decir que no constituyen, sino obstáculos aparentes a la tutela judicial efectiva que pueden ser superados mediante una correcta aplicación de los poderes del juez. De nada serviría todo el sistema de tutela cautelar antes analizado, si no pudiera imponerse efectivamente lo resuelto.

En efecto, es indispensable superar los aparentes obstáculos que se le presentan a la tutela cautelar en el ámbito del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo.

a) Hacer personalísimo y tutela cautelar

La ejecución de las obligaciones civiles topa con el viejo obstáculo de la máxima *Nemo praecise ad factum cogi potest*, según la cual, a fin de cuentas, no se puede coaccionar al sujeto condenado a un hacer determinado, lo que resuelve el incumplimiento de este en una indemnización. Por ejemplo, si el pintor no quiere pintar la pareja, no se le puede obligar a pintar el cuadro, pero sí a pagar los daños y perjuicios. No sucede así, en principio, con la

767 GÓMEZ PUENTE (Marcos). La inactividad de la Administración. Editorial Aranzadi S. A., 1997, Navarra, España, p. 716-717.

MEDIDAS CAUTELARES

condenatoria a la Administración –inclusive cautelar–, porque, como explicó bien el Dr. GONZÁLEZ CAMACHO, no hay conducta administrativa infungible, ya que, por definición, la Administración actúa dentro del margen de la legalidad y por medio de funcionarios que son fungibles⁷⁶⁸.

Citando a TRUJILLO-QUINTANA Y BOLEA, afirma el Dr. GONZÁLEZ CAMACHO:

Someto a debate el alcance que pueda tener el carácter personalísimo de una prestación impuesta en la sentencia a la Administración. Adelanto mi parecer ninguna obligación de estas puede tener tal carácter. Precisamente, por la índole general de los intereses a los que la Administración ha de atender y por la generalidad siempre sujeta a Derecho que representa satisfacerlos. Pero quedo abierto a que alguien me señale una sola prestación que no pueda ser sustituida por una agente o por un comisionado, y todo en relación con el art. 924 LEC.

La pregunta a formularse es entonces si al acreedor le resulta o no indiferente quién sea la persona que cumpla la prestación debida (quien le reponga en su puesto de funcionario, quién le pague la deuda, quién le repare los daños y perjuicios causados en la finca). Y como bien dice Sainz de Robles, Un “agente” o un comisionado” (por ejemplo un funcionario perteneciente a la propia Administración o incluso a otra distinta puede dar satisfacción al derecho del acreedor.” O si se quiere, agregamos nosotros, el propio Juez⁷⁶⁹.

MARTÍN DELGADO refiere que

[l]a mayor parte de la doctrina administrativa ha entendido que la traducción de la expresión hacer personalísimo al lenguaje del contencioso – administrativo es el término discrecionalidad, de tal manera que, como se ha indicado se niega cualquier virtualidad al poder de sustitución siempre que exista un resquicio de discrecionalidad en el ejecución de la sentencia⁷⁷⁰.

768 En contra se pronuncia MARTÍN DELGADO: “*Si constituye, en cambio, límite al poder de sustitución la existencia de una obligación de hacer personalísima. Esto es, que la concreta actividad necesaria para dar ejecución a la sentencia y, por tanto, para satisfacer la ventaja derivada de ella para el administrado esté directamente conectada con una persona concreta, de tal manera que el hecho de que fuere realizada por otra supondría desvirtuarla. Ello ocurrirá cuando la discrecionalidad que reste al concreto órgano administrativo obligado al cumplimiento en el asunto que se está enjuiciando no pueda ser ejercida por el órgano judicial y por el comisario porque ese órgano sea insustituible, so pena de variar la concreta ventaja contenida en la sentencia*”. MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 90. Para esto el autor piensa en el ejemplo del reconocimiento por la sentencia del derecho del administrado a elegir un médico de cabecera, y “*si el concreto médico elegido por el mismo se niega rotundamente a atenderlo, la declaración contenida en la sentencia no servirá de nada, porque de nada servirá tampoco la eventual sustitución. Nombrar comisario supondría nombrar otro médico, con lo cual ya no se estaría satisfaciendo el derecho reconocido al administrado*”. (MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Op. cit., pp. 90-91 en nota 143.). El autor citado considera en que en los pocos casos de realizar una obligación personalísima hay que reconducir a una imposibilidad material de ejecución y, en consecuencia, se debe sustituir la prestación por su equivalente económico. (Cfr. MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Op. cit., p. 149 en nota 243). Sobre el supuesto del médico tratante, consideramos que, en nuestro país, en principio, desde la óptica del ordenamiento, todo médico seleccionado por criterios de idoneidad comprobada será equivalente para satisfacer la pretensión. Otro ejemplo de carácter infungible que propone el autor es el siguiente: “*la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005, en la que se anuló el Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los Departamentos Ministeriales. En concreto, se declaró la nulidad de seis nombramientos de Directores Generales que recayeron en no funcionarios porque el Consejo de Ministros no había justificado suficientemente los mismos, contradiciendo así lo dispuesto en el art. 81.2. de la ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La correcta y completa ejecución de la sentencia, pues, pasa por motivar tales nombramientos, hacer jurídico que el Juez no puede asumir por vía sustitutiva, ni directamente ni a través de comisario, porque se trata de nombramientos de cargos de libre disposición y la motivación consiste en poner de manifiesto razones que sólo el Consejo de Ministros conoce*”. (Op. cit., p. 159 nota 261).

769 JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 591-592.

770 MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 148. En apoyo cita las opiniones de BORRAJO JINESTA, PÉREZ ANDRÉS, VEGA LABELLA y EZQUERRA HUEVA para quienes la sustitución será procedente cuando se trate de acto reglado o con discrecionalidad reducida a cero.

MEDIDAS CAUTELARES

Sin embargo, junto con el autor de cita, entendemos que no son correctas tales afirmaciones que equiparan hacer personalísimo con discrecionalidad:

[e]n el fondo, la discrecionalidad implica valoración jurídica y, en su caso, técnica. Y la decisión de valoración jurídica puede ser tomada, en términos de posibilidad, por un órgano administrativo, por un órgano general y, en definitiva, por cualquier órgano jurídico. De esta manera, el Juez puede elegir entre las distintas soluciones válidas – porque en última instancia son soluciones jurídicas – , directamente, con ayuda técnica, en el caso de que se precisen conocimientos de este tipo, o a través del comisario⁷⁷¹.

El interés del ordenamiento no es nunca que la Administración pueda ampararse en la discrecionalidad para incumplir lo dispuesto por los Tribunales de Justicia. Así, los supuestos de prestación personalísima quedarían reducidos a casos límite y de muy improbable configuración en la práctica, cuando se trata de una prestación de “aquellas que solo puede realizar una persona determinada, (v.gr., el cuadro de un pintor)”⁷⁷². En estas, se dice “no cabe la sustitución, “[...] sólo será posible acudir a las medidas indirectas, aparte naturalmente de la indemnización por perjuicios ocasionados”⁷⁷³.

También comenta MARTÍN DELGADO que

como pone de manifiesto BELTRÁN DE FELIPE, tal cuestión debe afrontarse desde la perspectiva del acreedor, para comprobar si le resulta o no indiferente un cambio en la persona que lleva a cabo la actuación necesaria para el cumplimiento del fallo; pero también desde la óptica del ordenamiento jurídico, para comprobar si la propia Ley que encomienda funciones y distribuye las competencias entre órganos administrativos ha querido o no que tales funciones y tales competencias sean ejercidas única y exclusivamente por el órgano al cual han sido atribuidas⁷⁷⁴.

Entonces, la óptica que debe seguirse para determinar si existe o no un hacer personalísimo, y por tanto, la fungibilidad o no de quien satisface la obligación, no es la de la Administración, sino la del ordenamiento y el acreedor de tal obligación, beneficiario de lo establecido en la resolución; es decir, si el resultado será diferente si es llevada a cabo por alguien distinto desde la óptica del ordenamiento. En principio, la óptica será la del administrado, si la prestación puede ser efectuada por un tercero distinto de la Administración condenada, sin que para ello se cambie su utilidad para este, será fungible.

771 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 154.

772 CASTILLO VÍQUEZ (Fernando). *Los procesos de ejecución de sentencias*. En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 542. El autor hace referencia a un caso citado por GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa* (Ley 29/1998, de 13 de julio), Tomo II, Madrid, Editorial Civitas S.A., tercera edición, 1999, pp. 1842 – 1843. El Dr. Castillo nos comentaba que se trata de casos relacionados con *prestaciones de servicios culturales*, cada día más frecuentes en las administraciones modernas. Por ejemplo, el caso en que una municipalidad contrate a un artista de renombre para que realice un mural o una escultura en particular. Pensemos el caso en que la Municipalidad de Barva contrate a Jorge Jiménez Deredia para hacer una obra monumental en mármol, en calidad de agente público, pero luego de decidido el tema, el artista se niega a llevar a cabo la obra. En este hipotético caso, la ventaja particular para el administrado está directamente enlazada a una persona concreta, en este caso el artista, en su calidad de agente público, de tal manera que el hecho de que sea realizada por otro supondría desvirtuarla. Es decir, no es lo mismo para los administrados que la escultura sea ejecutada por este artista o por otro escultor costarricense. Así, en estos casos de rarísima excepción, la prestación no podría sustituirse, sino que las vías de ejecución se limitarían a medidas indirectas, o bien, en su caso, a la indemnización correspondiente.

773 Cita de GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa* (Ley 29/1998 del 13 de julio). Tomo II, Madrid, Editorial Civitas S.A., tercera edición, 1999, pp. 1842 – 1843, que hace CASTILLO VÍQUEZ (Fernando). *Los procesos de ejecución de sentencias*. En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 542.

774 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 151.

MEDIDAS CAUTELARES

Y es que normalmente el administrado no elige al funcionario que llevará a cabo la ejecución, porque esto está predeterminado por la legalidad, lo cual hará, ciertamente, que la satisfacción por el original obligado o por otro sustituto le sea indiferente. El Dr. GONZÁLEZ CAMACHO señala con toda claridad:

Lo que ha de entenderse de una vez por todas, es que no existen actividades u obligaciones personalísimas de la Administración Pública. ¿Cómo se haría entonces con la separación (por la causa que fuere) de un funcionario técnico especializado? Ningún comportamiento o actividad de la Administración Pública (material o funcional) es infungible, pues los recursos materiales y humanos no son únicos ni propios, ni mucho menos para el exclusivo servicio de sus intereses, sino para la satisfacción de las necesidades colectivas y el cumplimiento del interés público, de los cuales es garante, precisamente el Juez. De no ser así, la función jurisdiccional quedaría reducida en última instancia, al ámbito de la reparación patrimonial⁷⁷⁵.

En sentido similar a lo expresado por GONZÁLEZ CAMACHO, se expresan SALA SÁNCHEZ, XIOL RÍOS y FERNÁNDEZ MONTALVO para quienes

*no cabe la existencia de obligaciones personalísimas [...], ya que, por definición la actividad de la Administración es una actividad objetiva de servicio a los intereses generales para cuya realización caben distintas formas de gestión y cuya disponibilidad no puede escudarse en el principio de autodeterminación de la persona individual*⁷⁷⁶.

No obstante, en Derecho Administrativo la satisfacción del acreedor no sirve como criterio único y suficiente para determinación de la existencia de un hacer fungible, bien se precisa que

*[e]xistirán allí donde el órgano administrativo ejecutado sea el único que disponga de la competencia para llevar a cabo el concreto hacer o de los medios técnicos y materiales necesarios para ello y el ordenamiento jurídico no permita – porque no quiere – transferir esa competencia o hacer posible que sea otro órgano quien haga uso de tales medios técnicos o materiales (pensemos, por ejemplo, en documentos en poder del servicio de inteligencia adscrito al Ministerio de Defensa en relación con la condena a devolver los mismos a un determinado archivo a quien corresponde su titularidad; en tal caso, la propia confidencialidad puede hacer que sólo ese servicio, a través de personas concretas, pueda manejar tales documentos para hacer efectiva su devolución). Además, el propio ordenamiento jurídico puede hacer de esa actividad concreta un actividad infungible*⁷⁷⁷.

Por tanto, concluye:

*sólo cuando esa Ley desee que el órgano concreto al cual atribuye una función sea el único capacitado y legitimado para desarrollarla estaremos ante una actividad infungible determinante de la existencia de un hacer personalísimo y, por tanto, ante la imposibilidad de sustituir en ejecución de sentencia, aun cuando al ejecutante le resulte indiferente el cambio de órgano en la realización de la actividad debida*⁷⁷⁸.

775 JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 591.

776 Citado por MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p.149 en nota 244. En sentido similar, la opinión de MONTERO AROCA ahí referida para quien de frente a personas jurídico – públicas “no deberían existir haceres personalísimos” y “frente a las personas jurídico – públicas la ejecución siempre será específica”.

777 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 154.

778 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p.164.

MEDIDAS CAUTELARES

A lo anterior hay que agregar que lo resuelto por el órgano jurisdiccional⁷⁷⁹, como norma jurídica concreta, también puede haber convertido, por la forma en que quedó redactada, el hacer en personalísimo, cuando esta ordene que sea dicho órgano y no otro – ni siquiera por la vía de sustitución directa o comisarial– el que esté obligado y legitimado para realizar el concreto hacer.

Así, en síntesis, queda superado el primer obstáculo y por proscriba, por regla de principio y en lo que nos interesa, la máxima *Nemo praecise ad factum cogi potest*.

b) La discrecionalidad como supuesto límite insalvable a la tutela cautelar

La doctrina ha señalado en ocasiones a la **discrecionalidad** como un límite insalvable a los poderes de tutela cautelar. En este sentido, JINESTA LOBO afirma que no cabe ingresar en ningún caso al denominado “**núcleo duro**” de la discrecionalidad:

Por supuesto que el núcleo duro de la discrecionalidad (discrecionalidad residual) resulta intangible para el órgano jurisdiccional, pese a la intención manifiesta del nuevo CPCA de reducirla a cero o a su mínima expresión. No obstante el juez puede decretar medidas cautelares innominadas por cuyo medio obligue a la Administración a observar los límites jurídicos inherentes al ejercicio de las potestades discrecionales tales como las reglas unívocas y de aplicación exacta de la ciencia y de la técnica, los principios elementales de justicia, la lógica y la conveniencia, los derechos fundamentales (artículos 16, 158, párrafo 4º y 160 de la Ley General de la Administración Pública), los hechos determinantes, los conceptos jurídicos indeterminados, etc.⁷⁸⁰.

GONZÁLEZ CAMACHO, comentando la legislación cautelar germana, indica que, después de un amplia discusión, se ha concluido

[...] que si es posible comprobar o prever en la gestión sumaria que la potestad discrecional se redujo o reducirá a una potestad reglada, no existe inconveniente alguno para ordenar la medida provisional. Y por el contrario, si tal reducción no es posible, no debe adoptarse la medida requerida. Presenta problema el supuesto intermedio de ambos, en el que simplemente no es posible comprobar si hay o habrá una reducción de lo discrecional a lo reglado. Frente a tal hipótesis, se afirma, sólo procede una orden provisional en el sentido de que no deberá denegarse la pretensión requerida de manera viciada⁷⁸¹.

Luego retoma estos conceptos al comentar los límites de la medida cautelar positiva en general, para llegar a la conclusión de que si estamos frente a una pretensión material jurídico-subjetiva que implica absoluta *discrecionalidad*, no parecen viables ninguna sustitución ni orden del juez, salvo si esta se ve reducida a cero o reviste de forma sobrevenida un carácter muy próximo a ello. Si no hay claridad sobre dicha reducción, lo que produce es lo que denomina una “orden provisional en la que se advierta a la Administración que no debe denegar la conducta de manera viciada⁷⁸²”.

Este parece ser, a primera vista, un obstáculo insalvable, dado que el artículo 20 párrafo 2º del CPCA, en principio, dispone expresamente:

779 En este sentido se manifiesta también MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 165.

780 JINESTA LOBO En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 183.

781 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 79.

782 Véase GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, pp. 152 a 154.

MEDIDAS CAUTELARES

Si la medida involucra conductas administrativas activas u omisiones **con elementos discrecionales**, o vicios en el ejercicio de su discrecionalidad, **estará sujeta a lo dispuesto en el numeral 128 de este Código.**

En este sentido ha señalado la jurisprudencia:

“la justicia cautelar debe trascender la mera orden suspensiva como sub-especie de las medidas conservativas de contenido negativo, para introducir medidas innovativas, de contenido positivo, sean estas inhibitorias, ordenatorias o sustitutivas, pero siempre valorando, en cada caso, los alcances de los poderes del juez en torno al control de la discrecionalidad administrativa (ordinales 20, 42 f), 122 f) y 128 del Código Procesal Contencioso Administrativo)”⁷⁸³.

Y es que el artículo 128 del Código Procesal Contencioso Administrativo dispone al respecto del control de discrecionalidad:

Artículo 128.-

*Cuando la sentencia estimatoria verse sobre potestades administrativas con elementos discrecionales, sea por omisión o por su ejercicio indebido, **condenará al ejercicio de tales potestades, dentro del plazo que al efecto se disponga, conforme a los límites y mandatos impuestos** por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, **previa declaración de la existencia, el contenido y el alcance de los límites y mandatos**, si así lo permite el expediente. **En caso contrario, ello se podrá hacer en ejecución del fallo**, siempre dentro de los límites que impongan el ordenamiento jurídico y el contenido de la sentencia y de acuerdo con los hechos complementarios que resulten probados en la fase de ejecución.*

MEDIDAS CAUTELARES

Es decir que, en principio, de frente a una potestad administrativa con elementos discrecionales⁷⁸⁴, la tutela cautelar puede determinar límites, una reducción del marco de discrecionalidad inicial que habrá que respetar; pero no podría ordenar directamente en sustitución de la discrecionalidad. ROJAS FRANCO señala:

Esa orden se da dentro de límites y mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico y por los hechos probados del caso, para lo cual debe aclarar la existencia, ¿de qué? de la situación jurídica vulnerada por la acción o la omisión, el contenido (lo que la norma manda, ordena, prohíbe) y el alcance de los límites (hasta donde ordena la norma)⁷⁸⁵.

Lo cual no sería un obstáculo si se trata de **potestades regladas**:

*Ahora bien, cuando el administrado gestionante posee, en cabeza propia, un derecho subjetivo perfecto y la Administración el deber correlativo de dictar un acto administrativo o de prestar un servicio público – conducta o función reglada –, indubitadamente, el órgano jurisdiccional puede obligar a satisfacerlo o cumplirlo y, eventualmente, **sustituir a la Administración** al dictar una medida provisional⁷⁸⁶.*

Sería una objeción similar a la empleada por CORDÓN MORENO de frente a utilizar el poder de sustitución mediando discrecionalidad atendiendo a la especial “*posición constitucional de la Administración en relación con los*

784 Cabe recordar aquí desde un inicio lo señalado por SANTAMARÍA PASTOR en el sentido de que: “*la discrecionalidad no es una característica que pueda globalmente predicarse de una potestad, sino de alguno de sus elementos o condiciones de ejercicio: no hay potestades íntegramente discrecionales, sino potestades algunos de cuyos elementos son discrecionales. En definitiva, la remisión que la norma efectúa a la apreciación subjetiva del órgano titular de la potestad es siempre parcial: en toda potestad de las llamadas discrecionales hay elementos que no lo son, efectivamente, y otros, en cambio, que son reglados. Son siempre elementos reglados de toda potestad el hecho de su existencia misma (esto es, si la potestad ha sido atribuida por la norma, o no), el supuesto fáctico que legitima para su empleo (esto es, los casos y condiciones bajo las que puede ser utilizada), la competencia (esto es, la determinación del órgano u órganos a que se atribuye) y el fin de la potestad (es decir, la finalidad concreta que el uso de la potestad debe perseguir)*”. (SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso). Fundamentos de Derecho Administrativo. 1º edición, Tomo I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. España, 1991, p. 885). Ahí mismo apunta el autor que “*la discrecionalidad no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad a la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa consciente...la discrecionalidad no puede entenderse, como era frecuente antaño, como la consecuencia de una laguna de la ley, cuyo silencio hacía entrar en juego la libertad de la Administración, sino como el resultado de una decisión deliberada: la Administración posee potestad discrecional no porque la ley calle, sino porque la ley quiere*”. (Op. cit., p. 885) y que “*la discrecionalidad supone la creación de un ámbito de indiferencia jurídica relativa: en los supuestos remitidos a su decisión, la Administración puede elegir entre diferentes soluciones, todas ellas igualmente válidas [...]*”. (Op. cit. p. 886). A partir de estas nociones elementales, el autor recuerda que el control de las potestades discrecionales tiene lugar en tres planos: 1) a través del control de los elementos reglados que integran la potestad (la existencia de la potestad, la competencia, el procedimiento, el fin, el supuesto de hecho, si se adopta o no una medida integrada en el contenido material de la potestad, y otros elementos reglados que dependan del diseño normativo de cada potestad). 2) El control de los hechos determinantes, es decir, de la existencia y realidad del supuesto de hecho habilitante para el empleo de la potestad. 3) El control del fondo de la decisión a través de los principios generales del Derecho, es decir de su conformidad con las normas no escritas que constituyen dichos principios generales del Derecho (véase al respecto de este desarrollo SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso). Fundamentos de Derecho Administrativo. Op. cit., pp. 889-891). Cabe por último hacer referencia a la advertencia hecha por el autor acerca de la extensión de semejante control de la esfera de decisión discrecional por infracción de los principios generales del Derecho (vgr., proporcionalidad, buena fe, etc): “*dada la falta de fijeza y opinabilidad de los principios generales, ésta técnica de control debe utilizarse con cautela, procediendo a anular la decisión discrecional cuando la infracción de un principio sea inequívoca; de otra forma, se corre el peligro de sustituir la decisión discrecional de la Administración por el criterio subjetivo de los jueces, contra la voluntad expresa de la ley que atribuyó la potestad, voluntad que no puede desconocerse a la ligera*”. SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso). Fundamentos de Derecho Administrativo. Op. cit. p. 891.

785 ROJAS FRANCO (Enrique). Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, p. 257.

786 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 184.

MEDIDAS CAUTELARES

demás poderes del Estado⁷⁸⁷, pues “otorgar al Juez esa facultad de sustitución atentaría a la esencia misma de la discrecionalidad⁷⁸⁸”.

Es decir, dado que la constitución garantiza a la Administración **un ámbito propio de actuación**, en gran medida coincidente con un ámbito de discrecionalidad, en este no podría entrar el juez pues, según el autor de cita, “otorgar al Juez esa facultad de sustitución atentaría a la esencia misma de la discrecionalidad⁷⁸⁹”.

En el mismo sentido, se pronuncia MONTORO CHINER, para quien

en presencia de discrecionalidad, el órgano judicial sólo podrá proceder a exigir la actuación, pero no a dotar a su resolución de contenido administrativo sustituyendo a la Administración en la decisión que ésta debería haber tomado, so pena de alteración de la distribución de funciones del Estado⁷⁹⁰.

GÓMEZ PUENTE se expresa en los siguientes términos:

es la discrecionalidad reconocida a la Administración la que determina que la conducta debida, objeto de la sentencia condenatoria, pueda considerarse personalísima o no fungible y, en consecuencia, no susceptible de cumplimiento por sustitución⁷⁹¹.

Cabe aquí anotar que, según nuestro punto de vista, en casos extremos, tales afirmaciones deben ceder a la luz de nuestro Derecho de la Constitución, pues limitar la ejecutividad de la tutela cautelar, en grado último, a condenar al ejercicio, mas nunca posibilitar el poder de sustitución para la plena eficacia de lo dispuesto cautelarmente, y limitar dicho poder de sustitución a supuestos de condena a realizar una actividad de *carácter reglado*, serían como negar el poder de sustitución mismo y constituirían un límite absurdo a la realización plena de la tutela judicial cautelar.

-
- 787 CORDÓN MORENO. *El Proceso Contencioso Administrativo*. Citado por MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 126. Al respecto de la discrecionalidad comenta T.R. FERNÁNDEZ: “La Administración dispone de una libertad, mayor, o menor, para elegir la solución que considere más apropiada de entre las varias posibles, libertad que es suya y sólo suya, pero, como esa libertad no es ni puede ser total supuesto que el poder que la otorga es un poder jurídico y su otorgamiento por la Ley se hace en consideraciones de intereses que no son propios del órgano competente para ejercitarlos, éste debe razonar por qué estima que tal solución y no otra distinta es la que mejor satisface los intereses a los que el poder ejercitado se ordena”. (Op. cit. p. 130). Igualmente, BACIGALUPO define la discrecionalidad como “*margen de volición para elegir entre la opción o no de una consecuencia jurídica u otra en aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista o no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse*”. (Op. cit., p. 132 en nota 221).
- 788 CORDÓN MORENO. *El Proceso Contencioso Administrativo*. Citado por MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 126.
- 789 CORDÓN MORENO. *El Proceso Contencioso Administrativo*. Citado por MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 126.
- 790 Opinión referida por CORDÓN MORENO. *El Proceso Contencioso Administrativo*. Citado por MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 126 en nota 206.
- 791 GÓMEZ PUENTE (Marcos). *Comentario al art. 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1998*. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Civitas, n.º 100 Oct-Dic, 1998, p. 768.

MEDIDAS CAUTELARES

Nuestra Sala Constitucional ya ha declarado:

[...] en su sentencia n.º 1148-90 de las 17:00 horas del 21 de setiembre de 1990, declaró expresamente que en nuestro ordenamiento constitucional la jurisdicción judicial es **exclusiva y universal**: exclusiva, en cuanto que sólo puede ser ejercida por tribunales dependientes del Poder Judicial, y universal, en cuanto que **no puede haber materias ni actos inmunes o no justiciables** [...] (S.C.V. 1739-92)⁷⁹².

Y, en la misma sentencia citada, el Mag. Rodolfo Piza Escalante incluyó como parte esencial del derecho fundamental un debido proceso el

*DERECHO A LA EFICACIA MATERIAL DE LA SENTENCIA: Todas las garantías del Derecho **se estrellan ante una realidad política, económica o social que adverse, imposibilite o obstaculice el más cabal e inmediato acatamiento de los fallos judiciales. La autoridad suprema de los jueces es un principio fundamental de todo Estado Democrático de Derecho y un requisito sine qua non de la vigencia de la libertad y de los derechos de la persona humana.** (S.C.V. 1739-92, considerando X, punto K).*

Ahora bien, el tema que nos ocupa será, sin duda, uno de los más delicados de todo este desarrollo. Por tanto, entiéndase bien, nuestra posición es que, en último término, **si es necesario para hacer efectiva la tutela cautelar dispuesta, en casos extremos, cabe incluso utilizar el poder de sustitución de frente a potestades con elementos discrecionales**. Para ello, debemos tocar las generalidades del control de discrecionalidad en el Código Procesal Contencioso Administrativo, de lo cual nos ocuparemos de inmediato.

b.1. Generalidades acerca del control de discrecionalidad en el CPCA

Como han señalado nuestros más altos tribunales, el control de la discrecionalidad administrativa es una exigencia fundamental de la tutela judicial efectiva que se deriva de la relación armónica de los artículos 11, 33, 41, 49 y 153 de nuestra Carta Magna, y del principio de interdicción de arbitrariedad, también constitucional, definido por la Sala y, en virtud del cual, la función administrativa deber ser “*suficientemente coherente y razonablemente sustentada en el bloque de legalidad, de modo que se baste y explique por sí misma*”. (SALA CONSTITUCIONAL, voto 2004-14421 de las once horas del diecisiete de diciembre de dos mil cuatro), lo cual ciertamente, como ha destacado el Tribunal Contencioso Administrativo, “*no debe llevarnos a desbordamientos excesivos violatorios no solo de la función jurisdiccional, sino y ante todo, de la separación de funciones entre poderes*”. (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II Circuito Judicial. N.º 214-2002 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintiocho de junio de dos mil dos).

792 En sentido similar, cabe anotar lo dicho por el propio Tribunal Contencioso Administrativo en el sentido de que: “*el derecho de igualdad impone **que ninguna materia esté excluida de la posible aplicación de medidas cautelares**, y que tampoco pueda restringirse su ampliación a todas las posibles circunstancias, por aplicación del principio de igualdad de los justiciables; en tanto que una de la funciones básicas impuestas por la misma Constitución a la jurisdicción contenciosa, no es otra, que el control de “la legalidad de la función administrativa”, lo que incluye, según se ha dicho, el carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos*”. (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL, n.º 321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno).

MEDIDAS CAUTELARES

El fundamento del control judicial de la discrecionalidad administrativa, tal como se verá con detalle más adelante, no es otro que el mismo texto constitucional. Ya ha pasado mucho tiempo desde la reforma al artículo 49 de la Carta Magna que, en sus inicios, restringía el control ejercido por la jurisdicción contenciosa a las potestades *regladas* de la Administración⁷⁹³.

Desde la reforma practicada por la Ley N.º 3124 del 25 de junio de 1963, el texto constitucional tiene como factor fundante la consagración del control universal de la conducta administrativa, sin excluir ni distinguir entre acciones u omisiones, potestades regladas o “discrecionales” –según han quedado definidas–. Toda conducta de la Administración Pública está sujeta al juez de lo contencioso, según dispone con diáfana claridad también el artículo 1 del CPCA.

Don Miguel BELTRÁN DE FELIPE señala sobre el control de la discrecionalidad por parte de los Tribunales de Justicia:

*[...] el tribunal no se sitúa en lugar de la Administración y decide lo que es razonable sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y coherente administrador. Lo que se examina **son los límites negativos de la decisión discrecional** (el no haber actuado irrazonablemente) y no sus elementos internos: el tribunal **se mantiene al margen del núcleo de la discrecionalidad** (de la elección entre las diferentes posibilidades de actuación permitidas y queridas por el Derecho) y por tanto dentro de la razonabilidad – es decir, en el ámbito *intra vires* – el tribunal no tiene nada que decir, pues “las decisiones de la Administración que se mantengan en el marco de un interpretación “sostenible” de la ley deben ser respetadas por los tribunales”. (Brohm, 1993: 129 y 130. [...]). (BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). Discrecionalidad Administrativa y Constitución. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 99-100).*

Antes indicaba también el autor:

*Podemos concluir que los tribunales deben constatar si la Administración ha actuado de acuerdo con los parámetros o estándares de razonabilidad administrativa (o, como dice los anglosajones, *accepted moral Standard*), realizando un ‘control de conformidad y tolerancia con el interés público’. (Mozo, Seoane, 1985: 412) y verificando si la decisión sometida a fiscalización resulta, cuanto menos, *plausible* por ser una ‘interpretación sostenible de la ley’ (Brohm, 1993: 129). Esta técnica de control no sólo viene exigida por la Constitución y por las leyes sino que es absolutamente necesaria⁷⁹⁴.*

Nuestro legislador ordinario también incorporó dentro de los artículos 15, 16, 17, 158, 160 y 216 LGAP esas fronteras infranqueables para la discrecionalidad que son directamente controlables por el juez, a quien la propia ley le ordena realizar ese control de legalidad **sobre la observancia de lo que BELTRÁN llama los límites negativos de la decisión discrecional**.

Las reglas unívocas de la ciencia y de la técnica, los principios elementales de la justicia y la lógica constituyen baremos de limitación viables para la discrecionalidad, no así la mera conveniencia que, por más que esté señalada en esa norma, no puede aceptarse como límite admisible, pues desnaturalizaría y dismantelaría el denominado “núcleo duro” de la discrecionalidad, dejando vacío el espacio necesario para el buen gobierno.

793 Disponía originalmente el texto del artículo 49 constitucional: “Establécese la jurisdicción contencioso – administrativa, como función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuado como persona de derecho público y en uso de facultades regladas”. Ahora la norma dispone: “Establécese la jurisdicción contencioso – administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.// La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.// La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”.

794 (BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). Discrecionalidad Administrativa y Constitución. Op. cit., p. 96).

MEDIDAS CAUTELARES

Por ello, tendríamos que concluir, junto con GONZÁLEZ CAMACHO⁷⁹⁵ que, cuando la norma menciona estas “reglas”, se refiere a las reglas *unívocas de la ciencia y de la técnica* nada más, pues los otros son principios, y al incluir las primeras, se faculta al juez para controlar aspectos técnicos.

En efecto, aunque parezca contradictorio –que no lo es– creemos que la propia Constitución que da el fundamento también pone el freno al control cuando nos topamos con los criterios de mera conveniencia (ponderación de intereses admisible y sostenible entre opciones jurídicamente viables, tomando en cuenta la naturaleza y el valor de la conducta y los hechos a los que se refiere la decisión que surge de las circunstancias fáctico – temporales del caso y, por lo general, de naturaleza subjetiva) u oportunidad (valoración de su inserción correcta en el tiempo) de la decisión⁷⁹⁶.

Por tanto, sería jurídicamente improcedente que el juez sustituya una opción válida por otra igualmente válida y sostenible, imponiendo su voluntad, por el mero hecho de que la considere más “conveniente” u “oportuna”, ya que eso sería ajeno a su función jurisdiccional.

GONZÁLEZ CAMACHO manifiesta que hay un **segundo gran límite** para el control de discrecionalidad:

*en tanto impide al órgano jurisdiccional ingresar al núcleo último del espectro discrecional, que se manifiesta en la generalidad de las **decisiones político – programáticas** asumidas por el jerarca o por el ente como un todo. Se trata de la discrecionalidad que páginas atrás denominásemos, de primer orden o político – programática o de la Administración activa. En ella, es difícil que el Juez ingrese, salvo casos excepcionales, pues se repite, constituye el reducto último y esencial del que goza quien administra para tomar sus decisiones. De esta manera se presenta como de difícil ingreso para el Juzgador, la dotación presupuestaria asignada a una u otra actividad de obligatoriedad jurídicamente equivalente. O la fijación de las necesidades públicas para efecto del régimen anual o periódico de contratación del ente público o el levantamiento de obra pública. De alguna manera, ese el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los procesos macro de reestructuración. Y lo mismo puede decirse acerca del diseño y estructuración de un programa específico para la resolución de un problema o necesidad pública⁷⁹⁷.*

El nuevo CPCA no solo retoma la línea marcada por la LGAP, sino que va mucho más allá, dotando al juez de lo contencioso de una serie de herramientas que posibilitan el control intenso sobre la discrecionalidad administrativa. Así se desprende con absoluta claridad de lo dispuesto en sus artículos 20, 36.b), 42 f), 122 f), 127 y 128.

El Dr. Óscar GONZÁLEZ CAMACHO realiza un análisis muy claro de lo que sería negar dicho control intenso en un caso último:

Sería absurdo amputar esta posibilidad al Juzgador, frente a una infracción del Ordenamiento, mantenida y reiterada por la Administración en el propio diferendo surgido con una persona concreta. Allí sí, estaríamos creando un enclave de inmunidad para la Administración frente al Derecho. Veamos: en un primer plano, encontramos ya una eventual lesión antijurídica a persona determinada que no debió ser (de allí la previsión y asesoramiento debido de que goza la Administración). Pero después de esa primera infracción legal, pueda que el lesionado acuda al agotamiento de la vía administrativa, lo cual es inevitable en los casos preceptivos; y se encuentra allí, con una decisión del jerarca máximo que deniega su reclamo o solicitud (segunda lesión).

795 Véase GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El control de la discrecionalidad administrativa*. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 497.

796 En este sentido, se pueden observar las resoluciones citadas por el autor de la Sala Constitucional números 5445-99, 7044-96 y 2000-5532, visibles en la obra antes cita a pp. 498-499.

797 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El control de la discrecionalidad administrativa*. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 499.

MEDIDAS CAUTELARES

Pero después de ello, la autoridad pública recibe una demanda a la que se opone, cuando en verdad no debía hacerlo, al menos para el reconocimiento de un derecho que ella sabe válido y justo (tercera violación). Sin embargo, lleva la contienda hasta la sentencia, que por serle adversa, recibe la interposición de un recurso, que en sentido estricto no debió ser formulado cuando el derecho fue declarado de manera acertada (cuarta infracción). Empero, una vez firme la sentencia adversa a la Administración, se otorga el respectivo plazo para la ejecución voluntaria, del cual hace caso omiso la vencida (quinta violación). Ante ello, se ponen en funcionamiento los mecanismos coactivos dirigidos en forma personal contra el funcionario renuente (multa, denuncia penal); se despliegan además, los instrumentos de apremio patrimonial, pero aún así, no cumple, con lo cual sigue en la escala de infracciones dentro del mismo diferendo (sexta violación). Pero cuando se trata de conductas de hacer o de dar, se acude a la ejecución comisarial, ante la que se obtiene una nueva negativa (séptima violación). No es sino allí, donde interviene el Juez estableciendo la conducta debida, dispuesta de siempre por el Ordenamiento y resuelta además por el fallo jurisdiccional firme, luego de la negativa reiterada de la Administración vencida. En tal caso, el Juez no sustituye (sustitución, vocablo con el que se suele satanizar la ejecución efectiva del cumplimiento del fallo frente a la Administración rebelde), sino que ejecuta o vela porque se cumpla el derecho declarado en sentencia firme. Es ese el control intenso que se dispone; es ese el sometimiento de la Administración al Derecho que se ratifica⁷⁹⁸.

Es decir, si cayéramos en la trampa y el espejismo de excluir el control frente a la conducta con elementos discrecionales, estaríamos consintiendo una violación en grado sumo del ordenamiento y del valor justicia. Siete veces habría faltado la Administración a su deber, y siete veces el administrado habría sufrido la ausencia de reparo a su situación jurídica. La justicia no puede negarse, mucho menos, si existen -como los hay- límites o márgenes de discrecionalidad administrativa.

No hay conflicto ninguno entre lo dicho y la separación constitucional de funciones, pues el juez no entra sino en virtud de un conflicto planteado, en que previamente la Administración ha tenido la oportunidad de actuar o ejercitar su discrecionalidad. En suma, según se dirá, el juez no administra, **ejecuta** sus fallos según lo ordena el 153 constitucional.

Llegados a este punto, cabe hacer la necesaria distinción, ya señalada antes, entre la discrecionalidad **actuada y no actuada**. En la primera, los jueces pueden revisar lo actuado y confrontarlo con los límites fácticos y normativos derivados del ordenamiento jurídico. Pero ¿qué se hace con la inactividad si implica discrecionalidad? El autor antes citado concluye:

*En tal supuesto, es obvio que no puede revisarse lo que no ha sido ejercido, pero que debe resguardarse a quien por ello es lesionado. De modo que **no parece lógica ni admisible una suplantación o condena directa a nivel jurisdiccional**, pues lo deseable es que sea la Administración quien de primera mano y como primera opción, ejerza por sí y ante sí, el margen de valoración que le ha sido otorgado, y no el Juez, salvo que durante el transcurso del proceso hubiera acaecido una reducción a cero, a la que de seguido haremos alusión. Por ende, ante la omisión de una conducta con márgenes de discrecionalidad, lo frecuente y aconsejable será que los Juzgadores otorguen un plazo razonable para que la Administración adopte la conducta específica, para lo cual, **pueden establecer de una sola vez**, si las condiciones lo ameritan, **límites específicos** y claros para el ejercicio de aquélla, concretando los que de manera general, establecen los artículos 15, 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública. Nótese que se trata de límites demarcados por dos coordenadas: hechos y Derecho.⁷⁹⁹*

798 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El control de la discrecionalidad administrativa*. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 485-486.

799 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El control de la discrecionalidad administrativa*. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 488.

MEDIDAS CAUTELARES

Esto es precisamente lo que ordenan los artículos 36.b., 42, inciso f), 122 f) y 128 del CPCA. La última de las normas señaladas dispone con toda claridad lo que se desprende de lo dicho que por eso cabe nuevamente citar:

Quando la sentencia estimatoria verse sobre potestades administrativas con elementos discrecionales, sea por omisión o por su ejercicio indebido, condenará al ejercicio de tales potestades, dentro del plazo que al efecto se disponga, conforme a los límites y mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, previa declaración de la existencia, el contenido y el alcance de los límites y mandatos, si así lo permite el expediente. En caso contrario, ello se podrá hacer en ejecución del fallo, siempre dentro de los límites que impongan el ordenamiento jurídico y el contenido de la sentencia y de acuerdo con los hechos complementarios que resulten probados en la fase de ejecución.

Es decir, la fijación de tales límites que por demás no puede ser idéntica a los generales fijados en la ley, sino **concreta atendiendo a las circunstancias del caso**, puede nutrirse de nuevos elementos allegados incluso en la fase de ejecución. De tal manera, tanto juez decisor, tramitador, conciliador como ejecutor son sujetos pasibles de tal facultad. Sin embargo, el CPCA **respeto el núcleo o remanente de discrecionalidad**, porque según el texto, se ordena al juzgador a darle un **plazo razonable** para que ejercite correctamente su discrecionalidad y no autoriza *ab initio* a ingresar directamente con la sustitución, salvo circunstancias excepcionales según se verá.

Puede ocurrir también que una determinada conducta de la Administración que originariamente tuviera elementos discrecionales, con el transcurso del proceso, pierda tal carácter por lo que la doctrina ha denominado **“reducción a cero”** de la discrecionalidad. Es decir, con vista de la prueba recabada en los autos y las circunstancias del caso, puede que la solución se limite a una sola con un contenido determinado. En este caso, la discrecionalidad desaparece y procede entrar a ordenar o, en su caso, sustituir la conducta debida de la Administración. Manifiesta el autor citado antes sobre esta figura:

Don Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA señala que en tales supuestos la jurisprudencia comparada admite llanamente la facultad de sustitución del juez, bajo la conocida expresión alemana “reducción a cero” de las posibles alternativas, o la contracción o limitación del ámbito de elección, que se presenta, dice, cuando entran en juego derechos fundamentales y otras reglas constitucionales, “o cuando se trata de obligaciones legales de intervenir y la Administración se abstiene, o cuando el proceso mismo se limita a una comparación precisamente entre dos alternativas, de las cuales una, en efecto, es más justa que la otra”⁸⁰⁰.

Don ÓSCAR GONZÁLEZ comenta al **respecto de la reducción sobrevinida del ámbito de discrecionalidad a cero**:

En estos casos de reducción a cero, hay una pérdida sobrevinida de la discrecionalidad administrativa, pues aunque inicialmente era tal, al finalizar el proceso, con la prueba y las circunstancias que rodean el caso, la solución para la controversia es solo una, y solo una la conducta que puede adoptar la Administración vencida. De la discrecionalidad se pasó a lo reglado⁸⁰¹.

Tal figura está expresamente positivizada en el actual artículo 127 CPCA que ordena ante la desaparición sobrevinida de la discrecionalidad durante el proceso **la imposición de la conducta debida** y la prohibición de reiteración de la que fue invalidada con ocasión del proceso. Esto es un resultado del mencionado principio de tutela judicial efectiva, pues, de lo contrario, la Administración podría limitar, obstaculizar o demorar la eficacia de lo fallado y la satisfacción del interés subjetivo tutelado.

800 GARCÍA DE ENTERRÍA citado por GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El control de la discrecionalidad administrativa*. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 489.

801 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El control de la discrecionalidad administrativa*. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 491.

MEDIDAS CAUTELARES

Cabe tener finalmente en cuenta lo que apunta BELTRÁN en la página 98 de la obra citada y que a la letra señala:

*En resumidas cuentas, el control de la discrecionalidad administrativa por medio de la prohibición de la arbitrariedad se traduce esencialmente en las **verificaciones de que la decisión es de interés general y no arbitraria** (mediante los criterios de tolerancia, plausibilidad o sostenibilidad), control que concluye con la confirmación o anulación del acto discrecional. El criterio o **test de arbitrariedad es pues un elemento negativo de control** cuyos efectos son la anulación de la decisión discrecional viciada, tal y como queda de manifiesto en dos preguntas y una respuesta de Delgado Barrio:*

*¿Cómo desde el punto de vista del Derecho puede controlarse el contenido de una decisión que es una elección entre soluciones jurídicamente indiferentes? ¿Cómo si al Derecho le da igual una solución que otra puede controlarse desde el punto de vista jurídico la decisión? La respuesta no es difícil: **el control del contenido discrecional del acto va dirigido a determinar si la solución elegida era realmente indiferente para el Derecho o si por el contrario tal decisión resultaba rechazable por el Derecho** [1993^a: 89]⁸⁰².*

Ahora bien, no vamos a sucumbir a la tentación de abordar más profundamente el tema del control de los elementos discrecionales de la potestad administrativa, para lo cual remitimos, entre otros, al análisis ya citado del Dr. GONZÁLEZ CAMACHO⁸⁰³. Sin embargo, es necesario citar la síntesis del mismo Dr. GONZÁLEZ :

Todo lo anterior implica que el Juez, en sentencia estimatoria, por regla, puede imponer en forma concreta o ejecutar directamente, una conducta administrativa específica y debida, cuando:

- a.- se trate del ejercicio de potestades regladas (actuadas o no actuadas)*
- b.- existiendo discrecionalidad originaria, se reduce a cero durante el transcurso del proceso, con lo cual asume el equivalente a reglada.*
- c.- exista renuencia reiterada para la adopción de la conducta debida, aunque fuere discrecional (omisión plena, pese a requerimientos fijados para ello).*
- d.- aún decidiendo o actuando, muestre renuencia reiterada para dictar o realizar la que es correcta, pese a los plazos, límites y mandatos establecidos por el Juez (reiteración de conductas inválidas en ejercicio de discrecionalidad frente a la misma situación fáctico – jurídica discutida en el proceso)⁸⁰⁴.*

Por tanto, nos atrevemos a afirmar aquí que la única forma de dar cabal cumplimiento a una tutela cautelar de frente a potestades con elementos discrecionales y hacer compatible el derecho a la tutela cautelar efectiva, con lo establecido en los artículos 20, párrafo 2º y 128 del CPCA, es que en el contexto concreto de **urgencia que requiera la tutela cautelar, se condene al ejercicio dentro de un plazo razonable –por mínimo que sea, siempre y cuando sea lo necesario, adecuado e indispensable** para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia–. Y **si se incumple este plazo mínimo o el contenido o naturaleza de lo resuelto en el fallo cautelar así lo exige, el juez podrá adoptar de oficio o a solicitud de parte** y por su cuenta las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento (**ejecución por sustitución directa** –con colaboradores o sin ellos– o **por sustitución comisarial**, de la tutela cautelar dispuesta), como se deriva de la eficacia **INMEDIATA ASEGURADA POR LOS AMPLIOS PODERES DE EJECUCIÓN DEL TÍTULO VII DEL CPCA (art. 27 CPCA)**.

802 Cfr. BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. p. 98.

803 En particular, el punto 7. del capítulo XIII *El control de la discrecionalidad administrativa*. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 474-505, también véase BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). Discrecionalidad administrativa y constitución. Tecnos, Madrid, 1995, 278 p.

804 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El control de la discrecionalidad administrativa*. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 494.

MEDIDAS CAUTELARES

Con el fin de resumir el control de discrecionalidad y lo señalado hasta aquí, valga reproducir el esquema que el mismo GONZÁLEZ CAMACHO señala en su obra⁸⁰⁵, el cual es el que aparece a continuación:

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA



805 Véase GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El control de la discrecionalidad administrativa*. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 494.

MEDIDAS CAUTELARES

b.2. La discrecionalidad como supuesto límite insalvable al poder de sustitución

Si antepone la discrecionalidad como supuesto límite al acatamiento de los fallos judiciales – incluso cautelares–, estamos sacrificando un principio fundamental para la existencia del Estado democrático de derecho. En todo caso, debemos recordar que en el ámbito de la ejecución de lo resuelto por un tribunal de justicia, hay un cambio cualitativo en la posición de la Administración, pues no estamos ante el simple límite general de la legalidad, sino ante el particular de la sentencia o fallo de eficacia inmediata, y, por lo tanto, en el ámbito de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, enmarcado dentro de lo jurisdiccional⁸⁰⁶. Los fallos se cumplen o se incumplen, no hay términos medios. Más aún, comenta la doctrina:

La administración debe decidir de nuevo, pero esta vez sometida a un resultado, y el Tribunal controlar si esa decisión da o no completa ejecución a la sentencia. Por tanto, los parámetros de control ya están definidos. Es por ello – insistimos una vez más – que no estamos en el ámbito de la toma inicial de decisiones, sino de la adopción obligada de una decisión para el cumplimiento de una sentencia: se sabe cómo debe actuar la Administración en cuanto al resultado que ha de obtenerse⁸⁰⁷.

En este sentido, afirma SÁNCHEZ MORÓN: “[I]a última palabra la tiene siempre el Derecho” Y en el caso de la ejecución de sentencias... el Derecho ha hablado doblemente por boca del Legislador y por boca del Juez [...]⁸⁰⁸.

Como hemos adelantado y resulta evidente a estas alturas, el tema de la sustitución conlleva ab initio el lastre de las muchas aristas que implica el control de la discrecionalidad administrativa, de los cuales parece muy difícil que nos liberemos completamente aquí.

Es decir, si ya ha habido un fallo judicial, no estamos frente al ejercicio común y corriente de una potestad administrativa originaria enlazada a la satisfacción del interés general, sino que la Administración se encuentra vinculada positiva y negativamente al cumplimiento de lo dispuesto, donde el cumplimiento de lo fallado se convierte en sí mismo en la manifestación del interés general que se debe perseguir.

En efecto, reiteramos, no vamos a sucumbir a la tentación de abordar el tema del control de los elementos discrecionales de la potestad administrativa en general, para lo cual remitimos, entre otros, al análisis del Dr. GONZÁLEZ CAMACHO⁸⁰⁹.

806 MARTÍN DELGADO explica: “[...] en la fase ejecutiva, en cambio, la labor inmediata del Juez está en comprobar si la Administración ha ejecutado o no la sentencia. Y, en ese concreto extremo, no cabe discrecionalidad alguna: o ha ejecutado o no ha ejecutado. Por tanto, la discrecionalidad en ejecución será siempre controlable por el Juez de la ejecución en sentido negativo: cuando el resultado del ejercicio de la potestad administrativa discrecional sea contrario a la sentencia (en el sentido de elusivo, incompleto o simplemente inexistente), la actuación administrativa podrá ser anulada, aun siendo discrecional, o corregida, mediante los instrumentos ejecutivos en manos de aquél. Ello es así porque lo que sirve de base al ejercicio de la potestad es la sentencia, y no ya simplemente la Ley: ahora debe perseguirse no sólo la satisfacción del interés general, sino también la satisfacción del concreto interés reconocido en la sentencia en beneficio del ejecutante”. MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, pp. 137-138.

807 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p.134.

808 La primera frase entrecomillada pertenece al SÁNCHEZ MORÓN. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, el resto a MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. pp. 147-148, quien lo cita.

809 En particular, el punto 7 del capítulo XIII *El control de la discrecionalidad administrativa*. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 474-505. También véase BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). Discrecionalidad administrativa y constitución. Tecnos, Madrid, 1995, 278 p..

MEDIDAS CAUTELARES

Así que, sin desviar nuestra atención del objeto de nuestra reflexión principal, como puede suceder con mucha facilidad tratándose de un tema tan fascinante, analizaremos aquí solamente lo que compete al resquicio discrecional, para finalizar luego con un acercamiento a los límites de la discrecionalidad judicial en ejecución de lo fallado que solo la práctica irá decantando.

Adelantamos desde ya que la discrecionalidad –en sus diversas intensidades y variantes– no es un límite al poder de sustitución, y, por lo tanto, es perfectamente sustituible sin quebrantar ninguna norma o principio constitucional.

T.R. Fernández señalaba que “*En el principio fue la exención*”⁸¹⁰. Nosotros decimos y entonces apareció el derecho administrativo.

Claro está, algunas de las reflexiones iniciales como la de LAFERRIÈRE sugerían que administrar no era solo y solamente hacer ejecutar las leyes y decretos, sino también

*decidir las dificultades de ejecución y juzgar las reclamaciones que la ejecución provoca, [...] El poder de administrar, considerado en el más amplio sentido, comporta así lógicamente el poder de juzgar administrativamente, es decir, la jurisdicción o la justicia administrativa*⁸¹¹.

De ahí surgió la máxima antes referida *Juger l'Administration c'est aussi administrer* que llevó al conocido modelo francés que confiaba a la propia Administración la “jurisdicción” sobre los conflictos administrativos. Pero incluso en esta se exigía al particular un derecho adquirido⁸¹² que se consideraba ausente ante el *meri imperii* – actos dictados por la Administración en virtud de su derecho general de proveer a los bienes de la sociedad, de la Policía, de las diversas ramas de la organización administrativa – o en el ejercicio de su *poder discrecional* dice LAFERRIÈRE: “*confiado a la Administración en virtud del interés colectivo de la agricultura, de la industria o del comercio, poder discrecional o facultativo de la Administración que atañe a su deber general de vigilancia y de protección hacia los administrados*”⁸¹³. Actos de *pure faculté* los últimos, de *pure commandement* los primeros. T.R. FERNÁNDEZ agrega:

*Los actos de pure faculté, como los de pure commandement, no caen bajo la jurisdicción. Ea quae sunt meri imperio vel facultatis non sunt jurisdictionis*⁸¹⁴.

De manera que vemos cómo la rotunda negación del control sobre los elementos discretionales se ha constituido en **un valladar o esquema mental** incorporado a nuestra materia desde sus inicios. Sin embargo, muchas veces la Administración, en el ejercicio de actos de *pure faculté*, termina abusando de la discrecionalidad, es decir, se coloca fuera de su labor de administrar, entendida como asegurar la ejecución de las leyes en aras del interés general por medio de medidas útiles para el interés colectivo, y se traslada así al plano de la arbitrariedad.

Así, el lento proceso evolutivo nos llevó a configurar el necesario control administrativo y jurisdiccional para asegurar la eficiencia y la eficacia de la misma labor administrativa, lo cual fue restando parcelas al inicialmente extenso campo de lo discrecional, hasta llegar a lo que hoy denominamos el *control pleno o universal* sobre la actuación

810 TOMÁS R. FERNÁNDEZ. De la arbitrariedad de la administración. 2º ed. ampliada, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p.26.

811 TOMÁS R. FERNÁNDEZ, De la arbitrariedad de la administración. 2º ed. ampliada, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, pp.26-27.

812 Cfr. lo dicho por TOMÁS R. FERNÁNDEZ. De la arbitrariedad de la administración. 2º ed. ampliada, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1997, p. 27.

813 LAFERRIÈRE referido por TOMÁS R. FERNÁNDEZ. De la arbitrariedad de la administración. 2º ed. ampliada, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1997, p. 27.

814 Aquí T.R. FERNÁNDEZ también se refiere a lo señalado por LAFERRIÈRE. TOMAS R. FERNÁNDEZ. De la arbitrariedad de la administración. 2º ed. ampliada, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 27.

MEDIDAS CAUTELARES

administrativa, como principio básico sobre el que descansa el Estado de derecho⁸¹⁵, dejando de lado únicamente a los denominados *actos de gobierno* que, en el fondo, no son actuaciones administrativas⁸¹⁶.

Hay que dejar claro que no hay poderes discrecionales *strictu sensu*, lo que existen son elementos discrecionales de la potestad⁸¹⁷. Dice T.R. FERNÁNDEZ:

Un poder susceptible de ser ejercitado a discreción de su titular tiende por hipótesis a no reconocer límite alguno y a rechazar por ello cualquier tipo de controles, que desmentirían, de aceptarse, la libertad que el término “discrecional” parece proclamar. El poder discrecional se percibe así prima facie, a partir de su denominación misma, como el ‘poder’ por excelencia, es decir, como una capacidad incondicionada de imposición [...].”⁸¹⁸.

MARTÍN DELGADO comenta sobre el ámbito de lo discrecional que

[...] la discrecionalidad administrativa puede afectar el an (esto es, si hacer o no hacer algo), al quid (contenido de ese hacer) y el quomodo (forma de llevarlo a cabo). El alcance de la misma dependerá de la concreta potestad administrativa ejercida y del espacio que la norma deje a la Administración. La discrecionalidad implica, por definición, la opción entre varias soluciones posibles, opción que deberá hacerse por aquélla que la Administración estime más adecuada al caso concreto, pues así lo exige la necesidad de satisfacer el interés público. GIANNINI afirma por ello que la discrecionalidad implica «una ponderación comparativa de varios intereses secundarios en orden a un interés primario»⁸¹⁹.

-
- 815 Según el Mag. Óscar GONZÁLEZ CAMACHO: “[...] el Estado de Derecho descansa sobre cuatro principios básicos: a-) El Imperio del Derecho, que somete al ordenamiento jurídico tanto a gobernados como a gobernantes; b-) La División y Separación de Poderes, entendida con la necesaria flexibilidad, pero como instrumento capaz de evitar la concentración incontrolada de poder; c-) el Principio de Legalidad Administrativa, desde su perspectiva negativa como positiva y d-) el establecimiento de un amplio catálogo de Derechos Fundamentales y Libertades Ciudadanas”. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 422.
- 816 El Mag. Óscar GONZÁLEZ CAMACHO dice también: “En efecto, ya se dijo páginas arriba que el control del Juez se extiende a toda la conducta administrativa, de modo tal que aquellas manifestaciones que no lo son, como es el caso de las actuaciones del Gobierno (antes que de la Administración) ejercidas dentro del ámbito de las relaciones entre los Poderes del Estado o con motivo de las relaciones internacionales del Estado [...], no pueden ser controladas a plenitud ante la jurisdicción ordinaria de lo contencioso administrativo.// Como corolario de lo expuesto, se obtiene que el control universal de la conducta administrativa a nivel jurisdiccional bajo el amparo del Derecho, impone más que la reducción de los círculos exentos, pues obliga más bien a su total supresión”. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 428.
- 817 Reiteramos lo ya señalado antes por SANTAMARÍA PASTOR en el sentido de que: “la discrecionalidad no es una característica que pueda globalmente predicarse de una potestad, sino de alguno de sus elementos o condiciones de ejercicio: no hay potestades íntegramente discrecionales, sino potestades algunos de cuyos elementos son discrecionales. En definitiva, la remisión que la norma efectúa a la apreciación subjetiva del órgano titular de la potestad es siempre parcial: en toda potestad de las llamadas discrecionales hay elementos que no lo son, efectivamente, y otros, en cambio, que son reglados. Son siempre elementos reglados de toda potestad el hecho de su existencia misma (esto es, si la potestad ha sido atribuida por la norma, o no), el supuesto fáctico que legitima para su empleo (esto es, los casos y condiciones bajo las que puede ser utilizada), la competencia (esto es, la determinación del órgano u órganos a que se atribuye) y el fin de la potestad (es decir, la finalidad concreta que el uso de la potestad debe perseguir)”. (SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso). Fundamentos de Derecho Administrativo. 1º edición, Tomo I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. España, 1991, p. 885).
- 818 TOMÁS R. FERNÁNDEZ. De la arbitrariedad de la administración. 2º ed. ampliada, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p.21.
- 819 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Lustel, Madrid, España, 2006, pp. 86-87.

MEDIDAS CAUTELARES

Además, GÓMEZ PUENTE indica:

Las potestades administrativas, en cuanto funcionales, son a un mismo tiempo libres y vinculadas. Como explica ROMANO, son libres, en cuanto su sujeto tiene siempre cierta esfera dentro de la cual puede hacer su voluntad; vinculadas, en cuanto, no sólo no pueden salirse de ciertos límites, sino que deben ejercitarse si, cuando y como lo exijan los intereses para los cuales están constituidas.// La capacidad electiva de la Administración no es plena. Se halla limitada por el interés público y por el mismo ordenamiento del que resulta la función perseguida y cuya declaración corresponde, en última instancia a los juzgadores de la legalidad de la actuación administrativa⁸²⁰.

Y más adelante el autor dispone:

No se trata tanto de negar o restringir los poderes de actuación discrecional que el ordenamiento otorga a la Administración, consecuencia del carácter marcadamente prospectivo o preventivo de la actividad pública en el Estado social, cuanto de asegurar su ejercicio conforme a Derecho⁸²¹.

A su vez, GARRIDO CUENCA explica refiriéndose al libro de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ "Arbitrariedad y discrecionalidad" [1991]:

*"la discrecionalidad no es, en la actualidad, un originario ámbito de autonomía de la Administración, sino la consecuencia de una consciente remisión normativa; en otras palabras, la Administración como poder funcional **carece per se de libertad para actuar autoritariamente**, ya que su ámbito de discrecionalidad lo posee no porque la ley calle, sino porque la ley así lo quiere⁸²².*

Afirma también T. R. FERNÁNDEZ:

El problema —añade— se traslada entonces a un plano estrictamente material, puramente físico. El juez podrá operar la sustitución en la medida en que se le suministren por las partes elementos de juicio suficientes para realizar una crítica seria y fundada de la decisión atacada y una valoración de las circunstancias de hecho igualmente consistente. En definitiva, el problema es, en buena parte, de prueba. Unas veces será más fácil y otras más difícil. Lo importante es que pueda hacerse y que ningún principio impide que se haga⁸²³.

Como A. GALLEGO ANABITARTE ha señalado con respecto al control de la discrecionalidad administrativa:

el estilo y el ambiente jurídico de una comunidad estatal en la cual rige el principio de que el ciudadano tiene derecho a pedir al juez —y éste el deber de hacerlo— el control integral de cualquier denegación u

820 GÓMEZ PUENTE (Marcos). La inactividad de la Administración. Editorial Aranzadi S.A., 1997, Navarra, España, p. 99.

821 GÓMEZ PUENTE (Marcos). La inactividad de la Administración, Editorial Aranzadi S.A., 1997, Navarra, España, pp. 99-100. El autor completa la idea diciendo: "Y aunque la discrecionalidad pueda ser consustancial a la posición constitucional o institucional de la Administración, idea que no comparto en cuanto supone admitir la existencia de límites a la capacidad del legislador para ordenar la actividad administrativa, no debe olvidarse que también lo es de la función jurisdiccional su carácter plenario y efectivo, por lo que incluso entonces podría extenderse sobre la Administración". (p. 100). Dejamos para otro momento la discusión sobre la existencia o inexistencia de un hueco normativo mínimo necesario para la eficiente Administración Pública.

822 En: Revista de la Administración Pública. N.º127. CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, ene-abr, 1992, p. 446. En el mismo sentido, véase también la obra antes citada de SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso). Fundamentos de Derecho Administrativo. 1º edición, Tomo I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. España, 1991, p. 885.

823 Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Discrecionalidad y Jurisdicción revisora. «REDA». N.º 2, 1974, p. 287, citado por TARDÍO PATO (José Antonio). "LA FUNCIÓN CALIFICADORA DE LOS ALUMNOS UNIVERSITARIOS Y SU CONTROL JURISDICCIONAL". En: Revista de la Administración Pública. N.º 139, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, ene-abr, 1996, p. 415.

MEDIDAS CAUTELARES

otorgamiento de derecho subjetivo que le afecte, son radicalmente diferentes de aquella comunidad que rige el principio de ámbitos propios y exentos al control judicial en la actuación administrativa ⁸²⁴.

BELTRÁN apunta también que

[p]ara cumplir una sentencia la Administración puede no tener un margen de apreciación (todos los elementos del acto de cumplimiento le vienen dados por la sentencia o por las leyes: se trata entonces de un cumplimiento reglado o automático), o por el contrario pueden darse supuestos en los que disponga de varios modos de llegar al resultado obligatorio. El ordenamiento le indica qué es lo que está obligada a hacer, pero al mismo tiempo le permite una cierta libertad para escoger el cómo. La mejora de la seguridad de una instalación nuclear para adaptarla a los niveles mínimos exigidos, la destrucción de la obra mal o ilegalmente construida, el hacer cesar las molestias que produce una perrera municipal, la mejora o la reforma de las condiciones de los locutorios e instalaciones de un centro penitenciario, la evitación de unos vertidos contaminantes, son posibles condenas a la Administración pública para las que en principio ésta puede disponer de varios medios para llegar al resultado obligatorio. De modo que a la hora de cumplir las sentencias se repite el esquema general de las potestades administrativas (que se dividen básicamente en dos grupos: las que funcionan automáticamente – regladas – y las que permiten un margen de apreciación – discrecionales)⁸²⁵.

Nadie pone en duda que se pueda sustituir directamente a la Administración cuando estamos frente a una potestad con **elementos reglados**, por ejemplo: convocar a sesión al Concejo Municipal para ver los puntos X y Y. Dice MONTORO CHINER que:

En la actividad reglada la Administración contrasta el hecho con la norma aplicada: de darse las condiciones exigidas por la norma, el particular conoce ya de antemano la decisión administrativa, puesto que la Administración sólo puede resolver en un sentido determinado... En el ejercicio de actividades regladas, la inactividad administrativa, incluso en la fase de cumplimiento del fallo, podría ser sustituida por el Tribunal ya que aquella no ha efectuado tarea de valoración o apreciación de oportunidad sino tan sólo valoración intelectual de apreciación del encaje de los hechos con la norma⁸²⁶.

Pero bien puede suceder que lo condenado sea una conducta que admita varias maneras de llevarse a cabo en la práctica, como los ejemplos citados por BELTRÁN antes, en que la discrecionalidad podrá ser más o menos intensa, en función de la combinación del cuándo y del qué se va a hacer.

Sin entrar de lleno al fondo de la cuestión, cabe apuntar que la intensidad y el enfoque del control dependen del tipo de conducta que se enjuicia. En este sentido, hay que distinguir entre los supuestos de actividad discrecional **no actuada** y la **actuada**.

Si la Administración ha ejercitado su capacidad de elección cabe, en principio, la condena a una ejecución concreta, y, en su caso, la ejecución por sustitución ante la inactividad resistencial o reticencia administrativa para cumplimentar el fallo – incluso cautelar–.

824 A. GALLEGU ANAÏTARTE. Prólogo al libro de A. Mozo SEOANE titulado *La discrecionalidad de la Administración pública en España*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1985. p. 30. citado por TARDÍO PATO (José Antonio). "LA FUNCIÓN CALIFICADORA DE LOS ALUMNOS UNIVERSITARIOS Y SU CONTROL JURISDICCIONAL". En: Revista de la Administración Pública. N. °139, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, ene-abr, 1996, p. 415.

825 BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. Cit. p. 291.

826 MONTORO CHINER. "La ejecución de sentencias en el anteproyecto de Ley del proceso contencioso – administrativo". Citado por BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. p. 295.

MEDIDAS CAUTELARES

Si la Administración no ha ejercitado sus facultades de elección discrecional, en principio, se le debe dar un plazo para que adopte la conducta debida en los términos que ordena el 128 CPCA (es decir, “*conforme a los límites y mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, previa declaración de la existencia, el contenido y el alcance de los límites y mandatos, si así lo permite el expediente*”). [128 CPCA].

Una vez que la Administración ejercite esa opción, caeremos en el supuesto anterior (discrecionalidad actuada). Si no la ejercita dentro del plazo debido, como veremos más adelante al analizar el *remanente de discrecionalidad en ejecución*, **abdica** de su ejercicio y cabe entonces su sustitución por el juez directamente. Sin embargo,

*puede ocurrir que en la demanda se requiera la imposición de una conducta de contenido originalmente discrecional, pero que durante el transcurso del proceso por las circunstancias acaecidas y por la prueba llevada a los autos, ha dejado de serlo, pues se ha comprobado ante el Juez, que sólo es una la solución jurídicamente viable, con un contenido claramente determinado*⁸²⁷.

Es decir, si opera una *reducción de discrecionalidad sobrevenida* en el proceso, opera plenamente la posibilidad de una declaración jurídica de la conducta requerida, y, por ende, también la sustitución ante el incumplimiento de lo prevenido. Esto puede ocurrir incluso en la fase de ejecución de lo fallado cautelarmente, tal como lo contempla el 128 CPCA, al disponer que la fijación de límites “*se podrá hacer en ejecución del fallo, siempre dentro de los límites que imponga el ordenamiento jurídico y el contenido de la sentencia y de acuerdo con los hechos complementarios que resulten probados en fase de ejecución*”.

Por último, puede ocurrir que ante una condena concreta exista un *remanente de discrecionalidad*, en cuyo caso aplican las reglas para la *discrecionalidad no ejercitada*, es decir, si se ejercita es pasible de control, anulación y eventual sustitución por reticencia al cumplimiento debido, y si no se ejercita en el plazo debido, se abdica de ella y se da así paso a la sustitución judicial.

Ahora bien, si ya resulta discutible el poder de sustitución de frente a una potestad con elementos discrecionales, más aún lo es de frente a la sustitución directa del juez, es decir, no la mera encomienda a otro órgano administrativo en concepto de comisario – ejecución comisarial– que representa una injerencia menos fuerte del juez de la ejecución, sino la directa adopción judicial de la conducta administrativa impuesta por el fallo judicial, incluso mediando elementos discrecionales.

Con respecto al tema, la doctrina está dividida, algunos no observan en la discrecionalidad un límite absoluto al poder de sustitución; pero **sí un límite al poder de sustitución directa**. Entre ellos, MARTÍN DELGADO justifica su posición así:

827 Esto lo afirma Óscar González Camacho en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTALOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 489.

MEDIDAS CAUTELARES

[...] el problema viene determinado por el hecho de que entre las distintas opciones posibles para ejecutar la sentencia – todas ellas válidas – hay que elegir una, atendiendo a los criterios en juego. // En la toma de la decisión, la Administración valorará las circunstancias concurrentes y, en el ejercicio de su función administrativa, hará uso de instrumentos técnicos, jurídicos y políticos para elegir la solución que, a su entender, mejor persigue el interés general y, al mismo tiempo, da ejecución a la sentencia. El juez puede controlar ciertos elementos de esa decisión (motivación, razonabilidad, arbitrariedad, elementos reglados) y anularla, si, por esas razones, la entiende contraria al ordenamiento jurídico. Sin embargo, no podrá el mismo determinar la solución correcta a través de una nueva decisión – ésta judicial – sustitutiva de la anterior, de carácter administrativo, porque ello supondría una invasión de la esfera administrativa y una extralimitación en la función jurisdiccional⁸²⁸.

No obstante creemos, y con ello conscientemente **nos apartamos de la mayoría**, que con ello se incurre en el absurdo de posibilidad **una anulación al infinito**; pero **nunca una sustitución real y última en manos del juez**, pues si admitiéramos esto como válido, solo el órgano jurisdiccional podría llevar a cabo la conducta ordenada en sentencia por sus propios medios en los supuestos de **actividad de carácter reglado** y no discrecional. Pero partiendo de esta lectura del espacio decisional conferido a la Administración por parte del ordenamiento jurídico:

[...] ese límite implica que el Juez de la ejecución puede tener vetado, en el ejercicio de la función jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado, realizar por él mismo la actividad administrativa debida –sustitución directa– cuando aún permanezcan espacios administrativos decisionales abiertos en los que sólo la Administración puede entrar. Pero, en tal caso, nada le impedirá encomendar esa misión a otro órgano administrativo en concepto de comisario – sustitución comisarial–. Así pues, la discrecionalidad operaría como límite al empleo de una técnica ejecutiva, pero no cómo límite a la ejecución⁸²⁹.

Tal posición, de cierto respetable, y que podríamos denominar *intermedia* (entre la negación absoluta del poder de sustitución de frente a la discrecionalidad y la que aquí sostenemos), debemos **rechazarla expresa y tajantemente**. Limitaría el poder de sustitución directo a los supuestos de potestades *regladas* o cuando, por la vía de la reducción sobrevenida de la discrecionalidad remanente, los criterios conduzcan a una única solución coherente.

Pero cuando son posibles varias soluciones, todas igualmente válidas, impediría el poder de sustitución directa por el juez de la ejecución, mas no la ejecución comisarial. Ciertamente, no supondría convertir la discrecionalidad en una parcela de impunidad; pero tiene el desperfecto de que su actividad sería imputable de manera última al juez. En efecto, lo que se pretende evitar con la asunción del supuesto límite –supuesta injerencia indebida en la función administrativa– se lograría por la vía indirecta, y, lo que es peor, debemos recordar que el juez realiza directamente el control último de lo hecho por el comisario.

Por tanto, el juez podría revisar y anular lo hecho por el comisario en sustitución del actuar con elementos discrecionales; pero nunca podría hacerlo directamente. En otras palabras, podría anular lo hecho por el comisario,

828 MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 139. Debe tomarse en cuenta que en España la LJCA dispone en su artículo 71.2. que “[l]os órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulan ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”. Lo cual podría inclinar la posición, no obstante, el autor acude a la separación entre función jurisdiccional y función administrativa claramente establecida respecto de la redacción de disposiciones generales. En Costa Rica no hay norma que indique semejante límite, referido en todo caso a la sentencia, pero no a la ejecución de esta, y aun así considerado por algunos (GONZÁLEZ PÉREZ) como un “paso atrás”. (Véase MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Op. cit. p. 143). De esta manera, su ausencia más bien es un elemento más a favor de la posibilidad de sustitución, incluso directa, que aquí se sostiene. Nótese que, en todo caso, dicha norma, si llegara a existir, no impediría poner en sentencia una serie de pautas y guías que debería seguir el titular administrativo a la hora de ejercer la potestad reglamentaria o la actuación administrativa concreta.

829 MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 144.

MEDIDAS CAUTELARES

pero no decidir en lugar de la Administración reticente. No podemos condenar a anulaciones infinitas. Pero, al fin y al cabo, nótese que sobre lo hecho por el comisario, quien decide al último siempre es el juez, y es a él a quien se imputa finalmente lo hecho.

Nos parece que tal supuesto límite último no se sostiene, a no ser de que el juez carezca de los conocimientos –técnicos, materiales, políticos, etc. – que fueran necesarios para el ejercicio de la potestad administrativa y que para ello se valga precisamente del comisario–, pero si los tiene, o bien, **puede hacerse de ello por medio de un simple colaborador, como podría ser un perito**, evidentemente el ordenamiento no impide al juez resolver, si es que la naturaleza o el contenido de lo resuelto así lo exigen.

La discrecionalidad, como hemos visto, **es un ámbito de resguardo para elegir mas no para omitir hacerlo**. De manera que cuando la Administración se niega a elegir, el juez no realiza por él mismo actividad administrativa *stricto sensu*, porque en tal caso, no estamos ante una función administrativa, sino ante un abuso, una invasión al poder judicial y a la función jurisdiccional.

De esta manera, quien se coloca voluntariamente con su reticencia y desobediencia a cumplir fuera del Derecho no puede pretender luego su amparo. Así el vacío normativo que otorga la discrecionalidad como elemento clave en la tarea de administrar **no es un fin en sí mismo**, sino que es esencialmente protector del **interés general**, y en el caso concreto, este se traduce, como hemos visto, en el cumplimiento del fallo en favor de quien lo ejecuta. El interés general no solo permite, sino que impone la sustitución, directa si es necesario, y por ello, la discrecionalidad no es límite para la sustitución, incluso la directa.

La discrecionalidad remanente en fase de ejecución de un fallo –incluso en fase de ejecución de un fallo cautelar, según remisión expresa del 27 CPCA al Título VIII– puede ser sustituida, si no se ejercita oportunamente, pues, como veremos más adelante, **el no ejercicio de facultades discrecionales por la Administración condenada implica una abdicación de funciones constitucionalmente prohibida y, si se quisiera impedir por esa vía el cumplimiento del fallo, una injerencia igualmente indebida en la función jurisdiccional**.

De todos modos, debemos recordar que estaríamos ante un abuso que daría pie a que el juez decida en un último reducto donde son igualmente válidas las elecciones, y no hay perjuicio para el orden constitucional, porque el derecho a la tutela judicial efectiva – parte integrante del Derecho de la Constitución– garantiza el cumplimiento íntegro del fallo, y las competencias del juez para realizarlo –poder de sustitución– están expresamente previstas en el CPCA con refuerzo constitucional (art. 153 C. Pol.).

El desapoderamiento de la potestad administrativa o cesación de la Administración incumplidora en el ejercicio de sus facultades relacionadas con lo dispuesto en el fallo es un efecto *reflejo negativo* (no necesario) de la sustitución, pues solo será así cuando la actividad jurisdiccional sustitutiva –ya sea pura o comisarial– sea evidentemente incompatible con el ejercicio simultáneo de la actividad administrativa por parte de la Administración condenada y que no ha cumplido o ha cumplido solo parcialmente lo dispuesto en el fallo.

Aquí agregamos que, en nuestra opinión, eso es precisamente lo que pasa con la discrecionalidad residual no actuada en tiempo y forma razonable, o “inactuada” en estos términos, porque en esos casos excepcionales, el respeto del “vacío” o “hueco” normativo necesario para el ejercicio normal de la actividad administrativa se vuelve incompatible con el ejercicio de una función jurisdiccional en manos del juez ejecutor, que es el pleno y debido cumplimiento de lo dispuesto.

Ahora bien, como hemos visto, dentro de los resquicios de discrecionalidad que pueden quedar en la sede de ejecución, el que mayores dificultades puede tener al momento de la sustitución judicial es aquel referido al **campo de lo técnico o del hacer científico, la denominada “discrecionalidad técnica”**. Sobre esta BELTRÁN apunta:

MEDIDAS CAUTELARES

pese a tratarse de un hacer jurídico – la emanación de un acto – que en principio sería sustituible por un órgano judicial, sus características científicas y técnicas lo hacen materialmente insustituible porque los tribunales carecen, por lo general, de los conocimientos específicos necesarios⁸³⁰.

Con respecto a la sustitución de esta, GONZÁLEZ comenta:

Contra esta posibilidad se han esgrimido varios argumentos, como el desconocimiento del Juez en materia técnica o científica, como la requerida para múltiples actuaciones administrativas. Y eso es obvio, el Juez tan solo conoce el Derecho y no pretende saberlo todo. Eso sería ridículo. Pero para tal labor, podrá delegar las diferentes tareas en los funcionarios técnicos encargados de la actuación o en los sustitutos que él designe para el ejercicio de la tarea en caso de renuencia de los profesionales de planta dentro de la Administración. El argumento por débil, es fácilmente desmontable, pues acaso los jerarcas-políticos tienen el pleno dominio y conocimiento técnico de todas y cada una de las tareas y actividades que su órgano o ente despliega. El jerarca, las más de las veces, decide, coordina y dirige, pero frente a un caso juzgado, si se niega a cumplirlo, verá suplantado su cargo por la actividad jurisdiccional del Juez⁸³¹.

En lo referente a la **discrecionalidad técnica**, también J. SCHMIDT-SALZER indica:

en relación con el argumento de exclusión basado en la falta de competencia técnica de los jueces—, aunque a los jueces les falten esos conocimientos especializados, «éste es el menor de los males en comparación con lo que supondría la negación de la tutela judicial a través del reconocimiento de un espacio libre de control⁸³².

Por su parte, BELTRÁN DE FELIPE apunta que la solución es simplemente acudir a la técnica de la prueba pericial y el comisario *ad acta*:

Ante la falta de capacidad técnica o científica de los órganos judiciales para reproducir el acto administrativo omitido se puede aplicar el mismo remedio que ante la ejecución material de lo juzgado: utilizar a un tercero que sí disponga de los conocimientos necesarios y que ayude al juez a dictar el acto en cuestión. Estamos pues ante el mismo problema que el hacer material, ya que existen sentencias cuya ejecución forzosa requiere el conocimiento de circunstancias fácticas, de experiencia, prácticas, científicas o técnicas de las que generalmente no disponen los órganos jurisdiccionales. Su solución, es por lo tanto, la misma: el comisario o comisionado ad acta (o, como veremos en seguida, las pruebas periciales)⁸³³.

Además, en estos casos, la **imparcialidad** del juez es garantía adicional. Sobre las distintas posiciones de juez y Administración, hay que recordar lo que F. SAINZ MORENO señalaba:

*[...] hay que tener en cuenta la distinta posición del juez y la Administración. A la Administración no se le confiere un papel de arbitro de la contienda, porque no puede considerarse neutral. Y, sin embargo, **en el sentido de la creación del Poder Judicial, no sólo está su carácter de poder que contrapesa a los demás del Estado, sino también el intento de que quienes juzguen estén en la mejor posición para***

830 BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. p. 219.

831 JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 591.

832 J. SCHMIDT-SALZER. *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, Duncker und Humblot, Berlín, 1968, p. 73 citado por TARDÍO PATO (José Antonio). “LA FUNCIÓN CALIFICADORA DE LOS ALUMNOS UNIVERSITARIOS Y SU CONTROL JURISDICCIONAL”. En: Revista de la Administración Pública. N.º 139, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, ene-abr, 1996, p. 415.

833 BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. p. 421.

MEDIDAS CAUTELARES

hacerlo, tanto por su «capacidad adquirida» (el arte de juzgar, officium iudicis) como por su «posición imparcial e independiente»⁸³⁴.

En los supuestos vistos, no será la existencia o no de discrecionalidad el límite a los poderes del juez, sino lo que ha denominado la doctrina italiana “estrecho vínculo de consecuencialidad necesaria entre el acto, reglado o discrecional, y el pronunciamiento judicial ya firme, cuya ejecución se pretende [...]”⁸³⁵.

En tal sentido, como MARTÍN DELGADO sostiene:

[l]a sustitución puede abarcar cualquier parcela de la actividad administrativa conectada con la relación jurídica objeto de enjuiciamiento, con independencia de que sea o no discrecional, de tal manera que no existen supuestos exentos a la ejecución forzosa administrativa⁸³⁶.

b.3 El remanente de discrecionalidad

Nos parece que no es necesario negar la discrecionalidad en la ejecución de un fallo cautelar, sino solamente ubicarla en su contexto. La Administración no puede abusar del derecho que tiene ni del remanente de discrecionalidad.

Este remanente de discrecionalidad es expresamente reconocido por el CPCA en el artículo 122 que establece la posibilidad de que en sentencia se fijen los límites y las reglas conforme a las cuales se debe ejercer la potestad administrativa, “sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la Administración Pública”.

Como todo derecho y potestad, las posibilidades de cumplimentar un fallo están sujetas al límite constitucional del principio de razonabilidad. De esta manera, si no la ejerce dentro de un período razonable, determinado expresamente por el CPCA, **abdica** a su ejercicio sin poder volver a su discrecionalidad original, dejando la vía libre para la sustitución⁸³⁷.

Hemos señalado antes que el desapoderamiento de la potestad administrativa o cesación de la Administración incumplidora en el ejercicio de sus facultades relacionadas con lo dispuesto en la resolución es un efecto *reflejo negativo* (no necesario) de la sustitución, pues solo será así cuando la actividad jurisdiccional sustitutiva – ya sea pura o comisarial– sea evidentemente incompatible con el ejercicio simultáneo de la actividad administrativa por parte de la Administración condenada y que no ha cumplido o ha cumplido solo parcialmente lo dispuesto en el fallo firme.

Agregamos que, en nuestra opinión, eso es precisamente lo que pasa con la discrecionalidad residual no actuada en tiempo y forma razonable, o “inactuada” en estos términos, porque en esos casos excepcionales el respeto

834 Fernando SAINZ MORENO. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Civitas, 1976, pp. 355 y ss. citado por TARDÍO PATO (José Antonio). “LA FUNCIÓN CALIFICADORA DE LOS ALUMNOS UNIVERSITARIOS Y SU CONTROL JURISDICCIONAL”. En: Revista de la Administración Pública. N.º139, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, ene-abr, 1996, p. 415.

835 VERRIENTI citado por MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 43. Donde además afirma el autor al respecto que “En definitiva, teniendo como referente el contenido de la sentencia, y ante la inactividad o la actividad incompleta o, incluso, elusiva de la Administración, el Juez podrá hacer uso de su poder de sustitución – sea directamente mediante la asunción por él mismo de los actos materiales o formales necesarios para el cumplimiento del fallo, sea a través de un tercero por él nombrado – para, no forzar, sino dar completa ejecución a su decisión judicial”. (Ibid.).

836 MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 46.

837 En el marco del ordenamiento italiano ha dicho MAFEZZONI: “[...] la discrecionalidad que le queda a la administración tras la sentencia, limitada a la elección de los medios de ejecución, viene a desaparecer completamente, en el caso de que aquélla se separe de las disposiciones de la sentencia de ottemperanza”. Citado por MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 48, en el mismo sentido, la opinión de FERRARA ahí referida.

MEDIDAS CAUTELARES

del “vacío” o “hueco” normativo necesario para el ejercicio normal de la actividad administrativa se vuelve incompatible con el ejercicio de una función jurisdiccional en manos del juez ejecutor que es el pleno y debido cumplimiento de lo dispuesto.

Durante un tiempo razonable, el tiempo que el fallo y el juez ejecutor pueden dar a la Administración para cumplir, el condenado tiene la oportunidad de elegir *cómo* cumplimentar lo fallado. Pero el disfrute y el ejercicio de esta oportunidad están sometidos a una *conditio iuris*, esto es, el condenado puede disfrutar del remanente de discrecionalidad, mientras que cumpla lo ordenado, es decir, que no abuse de la oportunidad que se le da para intentar eludir su obligación: dado que la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial de este, y el principio de razonabilidad está ínsito en el parámetro de legitimidad constitucional de toda norma y acto público, y debe ser respetado en las relaciones interadministrativas y particulares, si el remanente de discrecionalidad no es utilizado en el tiempo dado por el fallo o, en extremo, por el juez ejecutor, será la propia Administración condenada la que se ha puesto al margen del Derecho y de su protección. Expresa con todo sentido CIANELLO:

*Si la Administración permanece inactiva o se niega a cumplir, **abdica de sus funciones y ello justifica plenamente la intervención sustitutiva del juez...** que debe estar habilitado para determinar todos los extremos del caso*⁸³⁸.

En Costa Rica, la Sala Constitucional ha dispuesto también que

*si sobre la base de una potestad discrecional, la Administración Pública opta por un procedimiento específico o concreto al que no estaba obligada, debe “llevar adelante el procedimiento escogido, **sin poder regresar a su discrecionalidad original**, esto, en virtud de principios fundamentales de rango constitucional, especialmente el de la buena fe, así como de instituciones arraigadas de Derecho Público, como la del llamado “**abandono de la discrecionalidad**”, conforme al cual la Administración puede pero no está obligada a ejercer discrecionalmente sus potestades discrecionales, pero si las abandona, tiene que atenerse a las reglas que escogió seguir, ya que, de no hacerlo, sometería a los interesados a un **verdadero engaño**”*⁸³⁹.

Utilizando su terminología BELTRÁN manifiesta: “[...] *la Administración puede (en realidad debe) ejecutar (en realidad cumplir) – conservando y ejerciendo su opcionalidad – la sentencia mientras lo haga en plazo. Y si no cumple inmediatamente el fallo, la Administración queda fuera de la ejecución, renunciando a su opcionalidad y siendo sustituida por el titular de la potestad de ejecución*”⁸⁴⁰. Lo anterior es aplicable, en lo que respecta a la ejecución de un fallo cautelar.

838 CIANELLO, *Manuele*, citado por BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). Discrecionalidad administrativa y constitución. Tecnos, Madrid, 1995, p. 309. Ahí hace referencia a la opinión de SAINS DE ROBLES en sentido similar. El destacado es nuestro.

839 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 759-90 de las 17:30 hrs. del 4 de julio de 1990, ponencia y redacción del Mag. Rodolfo Piza Escalante. Citado por el Mag. Óscar González Camacho en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 493 nota 153.

840 BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). Discrecionalidad administrativa y constitución. Tecnos, Madrid, 1995, p. 308. También sostiene esto GONZÁLEZ al señalar que: “[...] *si después de agotados los mecanismos de persuasión establecidos por el Ordenamiento Jurídico, la Administración se mantiene renuente a la emisión de la conducta debida, el Juez no tendrá otra alternativa que intervenir directamente con lo que el ordenamiento dispone y la sentencia ordena. Esto con la exclusiva finalidad de respeto al Estado de Derecho, al ejercicio efectivo de la tutela judicial, y a la cabal protección de los derechos e intereses de quien en proceso ha resultado victorioso; ese es precisamente el cometido que le fue asignado por Constitución, y en tanto lo despliegue, cumple a cabalidad con su función jurisdiccional, sin que su acción pueda tacharse de interferencia en funciones que no le son propias. [...] si la Administración se niega al ejercicio de la conducta discrecional en la forma y el plazo establecidos por el Juez, se habilita al órgano jurisdiccional a su ejercicio directo en resguardo de quien triunfó en proceso, pues de algún modo, la Administración hizo “**abandono de su propia discrecionalidad**”*. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 492-493 el destacado es del original.

MEDIDAS CAUTELARES

Así, en principio, el juez no concede directamente lo que la Administración debió hacer en el ejercicio de sus potestades discrecionales, y la Administración debe entonces volver a resolver. Si esto no se hace –en el tiempo debido– entonces se dispara el mecanismo que activa el **poder de ejecución por sustitución directa**. Como dice BELTRÁN, el retorno al punto de equilibrio constitucional es obligado⁸⁴¹.

Hemos indicado antes que si la Administración pretende escudarse en su posición constitucional para incumplir un fallo judicial, con ello traiciona su razón de ser, los intereses que protege y, además, se introduce en un campo que le está constitucionalmente vedado, esto es, el del Poder Judicial que debe **hacer ejecutar** sus fallos. Pues con ello, pretendería, sin razón, decidir por propia voluntad cuándo y cómo ejecutar los fallos judiciales, **sin posibilidad de control**.

En efecto, el medio de retorno al “punto de equilibrio” es un mecanismo obligado de justicia constitucional y legal. Es decir, la función de administrar constitucionalmente tutelada finaliza al incumplir un fallo judicial, así sea cautelar. BELTRÁN DE FELIPE dice que ese caso *“la elección y sustitución por el órgano jurisdiccional de uno de los posibles comportamientos administrativos para la consecución del resultado querido por la sentencia se produce en un ámbito que ya no pertenece a la Administración sino que es una función jurisdiccional”*⁸⁴².

Un claro ejemplo de sustitución *comisarial* en un caso donde media discrecionalidad se presenta en la Sentencia del Consejo de Estado Italiano, Sección VI, del 22 de mayo de 1992, n.º 423, donde se decidió sobre el nombramiento de un director general de órgano administrativo (cargo de designación discrecional de carácter “político”), ahí *“ante el reiterado incumplimiento de la sentencia por parte de la Administración (hasta en cuatro ocasiones se declaró la nulidad de su actuación con posterioridad a la misma), se nombró comisario para que procediera él a efectuar tal designación”*⁸⁴³.

Pero aún más, también encontramos en el derecho comparado ejemplos de *sustitución directa*, inclusive mediando el ejercicio de potestades con elementos discrecionales. Esta es precisamente la posición que sostiene el Consejo de Estado Italiano (Sección VI del 19 de enero de 1995, n.º 41), referida por MARTÍN DELGADO, pues dicho consejo supone que la emisión de actos y resoluciones después del plazo de cumplimiento voluntario no implica su nulidad automáticamente, si bien afirma que el transcurso del plazo sí implica la *imposibilidad de ejercer plenamente su poder administrativo sobre la relación enjuiciada*, así que dichos actos emitidos por la Administración pueden ser tenidos en cuenta por el juez de la ejecución:

*Y eso es lo que hace en este caso: tomando como referencia lo actuado por la Administración hasta ese momento, señala la forma concreta y exacta en que han de quedar redactadas determinadas disposiciones del citado reglamento (de hecho, la parte dispositiva de la sentencia de ejecución es precisamente el tenor literal de los mencionados preceptos)*⁸⁴⁴.

Es decir, dado el incumplimiento de la Administración, –tomando como referencia lo actuado hasta el momento por esta– el juez emitió directamente el tenor literal del reglamento (acto discrecional) mediante acto jurisdiccional (sustitución directa). En sentido positivo a la posibilidad de sustitución de un reglamento, como hemos señalado líneas arriba, también puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional Español n.º 148/1993 del 29 de abril de 1993⁸⁴⁵.

841 Cfr. BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). Discrecionalidad administrativa y constitución, Tecnos, Madrid, 1995, p. 318.

842 BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). Discrecionalidad administrativa y constitución. Tecnos, Madrid, 1995, p. 319.

843 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 88 en nota 139.

844 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 50 en nota 43.

845 Comentada en GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 94.

MEDIDAS CAUTELARES

Por tanto, con la sustitución de la Administración incumplidora no se le quita ni se la resta nada a su posición constitucional, porque ni la Constitución ni el Derecho le otorgan a la Administración la facultad de incumplir los fallos judiciales ni justifican el abuso del derecho y el ejercicio antisocial de este.

Por último, hemos visto que no es necesario desterrar el remanente de discrecionalidad de la ejecución para poder suponer la posibilidad constitucional de sustitución, como sostiene BELTRÁN DE FELIPE, simplemente habremos de ubicarla en su correcta dimensión, si la Administración condenada no la ejerce en el plazo que es debido *abdica de sus funciones* (CIANELLO) y es sustituible por imperativo constitucional⁸⁴⁶. Por esto, el remanente de discrecionalidad en sede ejecutiva no es un límite para el poder de sustitución del juez a la hora de ejecutar una decisión jurisdiccional.

b.4. La sustitución cautelar como vía posible de escape

Como hemos visto, el 161.2. CPCA establece la posibilidad de que “*si su contenido o naturaleza así lo exigen [...]*” como lo hemos apuntado, el juez “*podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento*”, aquí al parecer no está el condicionamiento ordinario del 155.3 CPCA.

Y el artículo 27 CPCA garantiza la plena eficacia y ejecutividad de los fallos cautelares, y para el efecto, “*El Tribunal o el juez respectivo, podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias, para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código [...]*”.

Claro está se trata de una norma para aplicar en situaciones de **excepcionalísima gravedad**. Luego, además del supuesto normal para la ejecución por sustitución directa (persistencia injustificada de la Administración en el cumplimiento de lo ordenado, pese a la imposición de las multas referidas en el 159 CPCA), este segundo se encuentra también provisto de base legal expresa.

Como bien apunta MARTÍN DELGADO, la preferencia de la ejecución *in natura* por el mismo obligado no significa

que en muchos casos sea no sólo preferible, sino, además, oportuno, hacer uso del poder de sustitución en primer lugar, sobre todo para evitar llegar al extremo – que, en cualquier caso, ha de ser siempre la última solución – de la imposibilidad de ejecución o de la ejecución por equivalente⁸⁴⁷.

Piénsese por ejemplo, en el caso en que la Administración haya advertido expresamente que no ha ejecutado ni ejecutará lo resuelto por el juez; es decir, casos en que esta haya manifestado claramente su negativa a cumplir o bien las circunstancias del caso hagan a la sustitución el medio de ejecución prioritario.

Por tanto, es perfectamente posible, si se dan las circunstancias de necesidad y urgencia, una **sustitución cautelar**, debido a la reticencia en la ejecución del auto que resuelva la medida cautelar. Esta posibilidad ya fue contemplada y aplicada, como hemos referido antes, en el derecho comparado, como parte de la práctica del denominado *giudizio di ottemperanza*, como FERNÁNDEZ SALMERÓN explica:

*[...] en el caso de que la Administración no haya procedido a cumplir la medida cautelar concedida, la parte interesada puede solicitar al Tribunal la adopción de las medidas oportunas que, en su caso, se llevarán a cabo a través del *giudizio di ottemperanza* o de ejecución de la sentencia, pudiéndose llegar a la virtual sustitución de la Administración a través del nombramiento de un comisario ad acta⁸⁴⁸.*

846 Con esto, como hemos visto, la actuación del juez simplemente permite superar la reticencia de los funcionarios de la Administración, mas no de la Administración que siempre quiere cumplir la ley y el fallo judicial, salvaguardando el orden constitucional.

847 MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 101.

848 FERNÁNDEZ SALMERÓN (Manuel), NUEVAS TENDENCIAS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ITALIA: HACIA ALGUNAS QUIEBRAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE INTERESES LEGÍTIMOS Y DERECHOS SUBJETIVOS. En: Revista de la Administración Pública. N.º 154, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, ene-abr, 2001, p. 539.

MEDIDAS CAUTELARES

También CHINCHILLA MARÍN da cuenta del punto:

[...] se ha planteado en Italia la cuestión de si puede utilizarse la *ottemperanza* para la ejecución coactiva de los autos de suspensión de los actos administrativos impugnados. // Ante el contraste de jurisprudencia producido entre el Consejo de Estado – que siempre ha mantenido una posición negativa al respecto – y algunos TAR – que admiten el recurso para la ejecución de los autos de suspensión – las secciones cuarta y quinta plantearon la cuestión a la Adunanza Plenaria que en 1982 declaró inadmisibile el recurso de *ottemperanza* para garantizar la suspensión efectiva del acto, declarando al mismo tiempo que el recurrente podía pedir de nuevo al juez que adoptase las medidas necesarias para asegurar de dicha suspensión⁸⁴⁹.

Ahora bien, el artículo 27 *in fine* se refiere necesariamente a las resoluciones que toma el **juez ejecutor en ejecución de la cautela** (art. 155.3 CPCA y 86.2 RCPCA⁸⁵⁰), pues a este le corresponde por regla ejecutar las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los otros órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (con excepción del caso contemplado en el artículo 44.5 RCPCA; es decir, de la ejecución excepcional de medida cautelar por la Sala Primera en sede de casación cuando las circunstancias del caso así lo requieran).

Es perfectamente posible que dicho juez disponga, para ejecutar la tutela cautelar resuelta, las medidas que considere adecuadas y necesarias para lograr su pronta y debida ejecución, entre ellos el ejercicio del **poder de sustitución**. Así, según esa norma especial, artículos 27 *in fine* CPCA, hay un supuesto especial más para el ejercicio del poder de sustitución.

Por tanto, nos atrevemos a afirmar aquí que la única forma de dar cabal cumplimiento a una tutela cautelar de frente a potestades con elementos discrecionales y hacer compatible el derecho a la tutela cautelar efectiva, con lo establecido en los artículos 20, párrafo 2º y 128 del CPCA, es que en el contexto concreto de **urgencia que requiera la tutela cautelar**, se condene al ejercicio dentro de un **plazo razonable –por mínimo que sea, siempre y cuando sea lo necesario, adecuado e indispensable** para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia– y que, **si se incumple este plazo mínimo o el contenido o naturaleza de lo resuelto en el fallo cautelar así lo exige, el juez podrá adoptar de oficio o a solicitud de parte** y por su cuenta las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento (**ejecución por sustitución directa –con colaboradores o sin ellos– o por sustitución comisarial, de la tutela cautelar dispuesta**), como se deriva de la eficacia **INMEDIATA ASEGURADA POR LOS AMPLIOS PODERES DE EJECUCIÓN DEL TÍTULO VII DEL CPCA (art. 27 CPCA)**.

849 CHINCHILLA MARÍN. La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: el *giudizio ottemperanza*, en Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo». N.º 59, julio-septiembre 1988, p. 436. Ahí se indica que incluso después de la decisión de la *Adunanza Plenaria*, algunos TAR siguen aplicando el proceso de *ottemperanza* para la ejecución de la suspensión de los actos administrativos.

850 “Artículo 86.—**De la competencia de los Jueces Ejecutores**. Los Jueces Ejecutores tendrán las siguientes competencias:

- 1) Ejecutar todas las sentencias y resoluciones firmes propias del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- 2) Dictar y ejecutar a instancia de parte, las medidas cautelares, que propicien el correcto, pronto y debido cumplimiento de la sentencia. Asimismo ejecutará las medidas cautelares adoptadas en cualquiera de las etapas del proceso por los distintos órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, salvo lo dispuesto en el artículo 44 de este Reglamento [...]”.

MEDIDAS CAUTELARES

c) El temor al adelanto de criterio

Nos dice JINESTA que dada la cláusula abierta de tutela cautelar que supone el 19 CPCA,

[...]a indeterminación del contenido le puede generar al órgano jurisdiccional un temor infundado, puesto que, como hemos visto existen una serie de límites objetivos, de modo que se debe superar cualquier tendencia a evadir el riesgo inherente al dictado de una medida cautelar atípica, para hacerle frente a las exigencias constitucionales de proveer una justicia pronta y cumplida⁸⁵¹.

El mismo JINESTA reconoce que la consecuencia de la cognición superficial,

[...] la sensación de miedo e inseguridad experimentada por el órgano jurisdiccional al adoptar una medida especialmente intensa bajo condiciones precarias o limitadas de defensa y contradictorio, a diferencia de la certeza y seguridad cuando discurre por las reposadas formas del proceso de cognición plena. La manera de combatir esa sensación de incerteza (horror vacui) es reafirmando el deber de motivación y otorgando audiencia previa al sujeto pasivo – excepción hecha de los supuestos excepcionales y urgentes en que debe dictarse inaudita altera parte - ⁸⁵².

Como hemos visto, la medida cautelar

[...] no es una valoración del fondo del proceso, ni puede serlo, ni debe serlo, no puede confundir el juzgador los requisitos propios de una cautelar con un procedimiento definitivo sobre la validez o antijuricidad de una conducta administrativa, esto nos llevaría a una justicia definitiva por la vía cautelar y esto no es la finalidad del objeto. (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, voto 05-F-TC-08 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del seis de febrero de dos mil ocho).

Porque la tutela cautelar

no puede distorsionarse hasta llegar al extremo de convertirse en una forma de tutela alternativa y nueva, al crearse un cautela para cualquier situación jurídica sustancial. Debe evitarse que la tutela cautelar atípica anticipatoria sea empelada no para cautelar a quien tiene la razón, sino para dar apresuradamente la victoria a quien no se le asiste la misma⁸⁵³.

Es decir, junto con el temor al adelanto de criterio está el riesgo de “sumarización” de la justicia ordinaria, convirtiendo a la cautelar en una especie de justicia paralela.

851 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.183.

852 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 167.

853 JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 245.

MEDIDAS CAUTELARES

Nos señala GONZÁLEZ CAMACHO:

La medida cautelar sólo tiene por objeto el aseguramiento provisional de derechos o la pacificación provisoria, no puede prejuzgar o anticipar la resolución de fondo". En efecto, no puede el Juzgador mediante una medida provisional definir de manera anticipada el fondo del proceso de una vez por todas, pues aparte del contradictorio imprescindible, se necesita también de una amplia referencia probatoria, que permita tomar una decisión concienzuda y fundamentada sobre la materia en litigio. "Está prohibido anticipar el resultado del proceso principal por medio de una orden provisional" dicen los alemanes bajo el conocido dogma de la prohibición de anticipar la resolución de fondo⁸⁵⁴.

Si esto sucediera, el autor agrega:

[...] convertiría al contencioso administrativo, en un proceso indemnizatorio para todos aquellos supuestos en los que, por sentencia, se resolviera en contra del promovente de aquella media positiva, la que habiendo ya concedido los derechos pedidos en demanda, colocaría tanto al Juez como al demandado vencedor, ante situaciones irreversibles, tan sólo sustituibles por una obligación indemnizatoria⁸⁵⁵.

Como nos advierte GONZÁLEZ CAMACHO el

[...] Juzgador ha de tener especial atención cuando pretenda rectificar alguna conducta administrativa específica, pues generalmente se moverá en zonas fronterizas, como ocurre por ejemplo, cuando estime inadecuada la motivación en la decisión que se impugna, pues la invalidez o no del tal presupuesto es un aspecto que ha de ponderar en la sentencia [...]⁸⁵⁶.

Ahora bien, esto nos lleva a puntualizar sobre el tema del adelanto de criterio, porque si, por otro lado, llegamos a rechazar por "prematura" una legítima pretensión cautelar, bajo el argumento de que se trata de una cuestión de "fondo" que debe ser resuelta en el contradictorio oral y público; es decir, un supuesto "adelanto de criterio", estaríamos vaciando de contenido la tutela cautelar y condenándola a la más terrible inoperancia.

El **dogma de la prohibición de anticipar la resolución de fondo** (*Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache*⁸⁵⁷) debe ser correctamente entendido, en relación con el carácter estrictamente **provisional** de los juicios que se emiten en la tutela cautelar.

La doctrina dice al respecto que "[...] se prejuzga en tanto se resuelve (fáctica o jurídicamente) de manera **definitiva e irreversible** sobre la pretensión principal, lo que tampoco impide la coincidencia con ésta, a condición de su posible reversibilidad"⁸⁵⁸.

En sede cautelar no se prejuzga, porque no se está resolviendo de forma **definitiva e irreversible sobre el fondo del caso**, sino sobre un aspecto del proceso enteramente **reversible**, es decir, **la pretensión cautelar**. Si las medidas cautelares fueran prejuzgar sobre el fondo, no podrían existir, con lo que este tipo de medidas perderían totalmente su eficacia frente a un importantísimo grupo de casos.

854 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 154.

855 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 155.

856 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 157.

857 Es la frase que normalmente se aprecia en doctrina alemana (ver SOMMMERMANN citado por GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*, Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 154).

858 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 159.

MEDIDAS CAUTELARES

Sin embargo, el **derecho a la tutela judicial efectiva y su manifestación concreta, el derecho a la tutela cautelar efectiva, se imponen a cualquier otra limitación procesal**. En todo caso, no debe olvidarse que el juicio cautelar es estrictamente provisional y sujeto a lo que se resuelva en la sentencia definitiva.

En el voto 2004 -9232 de las quince horas con cuarenta minutos del veinticinco de agosto de dos mil cuatro, la Sala Constitucional indicó: *“Dentro de las características de toda medida precautoria figuran la instrumentalidad y provisionalidad, lo primero significa que es accesoria respecto del procedimiento principal y lo segundo que tiene una eficacia limitada o rebus sic stantibus, esto es, se extingue cuando se dicta el acto final”*.

Ya hemos visto cómo CALAMANDREI destacaba lo anterior al resaltar la que denominó *“provisoriedad”* como elemento fundamental para diferenciar a las *“providencias cautelares”* de las otras providencias jurisdiccionales⁸⁵⁹.

Por ello, la resolución de una medida cautelar no es una valoración del fondo de la causa, ni puede serlo, ni debe serlo, sino una valoración *provisional* por la vía de cognición *sumaria* acerca de los requisitos propios de la cautela (*fumus boni iuris – periculum in mora*) y el juez así lo decide con una eficacia especial (*rebus sic stantibus*) en tanto las circunstancias no varíen.

En efecto, no hay ninguna imposibilidad legal para pronunciarse sobre lo pedido en sede cautelar, sino todo lo contrario, **deber imperativo** de hacerlo, porque las afirmaciones que el juez hace en el trámite de la tutela cautelar son siempre y en todo caso a título de **probabilidad** y no de juicio definitivo.

Tampoco hay, ni por asomo, *imposibilidad de practicar prueba*, en tanto esté relacionado con los supuestos de la medida cautelar. **Al contrario, hay amplia posibilidad de practicar cuantas sean necesarias, incluso prueba para mejor resolver (ya sea ante el TPCA o ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo o el Tribunal de Apelaciones)**⁸⁶⁰.

Sobre la libertad probatoria en materia cautelar, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en el siguiente sentido:

859 “[...] la cualidad de provisoria dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas, como se dice, con la cláusula *rebus sic stantibus*, de las cuales pueden nacer efectos dispositivos o negociales destinados a durar mientras permanezcan sin variar ciertas circunstancias de hecho propias de la relación sustancial, o en absoluto a valer solamente por cierto tiempo, preestablecido por la ley [...]), sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar dada la primera, con la calificación de definitiva”. CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, pp. 36-37. Lo destacado no es del original.

860 Sobre la procedencia de la prueba para mejor resolver en sede de apelación de la medida cautelar, véase la resolución del Tribunal de Casación Penal de lo Contencioso Administrativo n.º 88-A-TC-2008 de las 10:30 hrs. del 8 de agosto de 2010, n.º 146-F-TC de las catorce horas cincuenta minutos del 29 de octubre de dos mil ocho y resolución 164-A-TC-2008. En la última de las resoluciones citadas indica el Tribunal de Casación: *“... respecto de la probanza ofrecida por el recurrente, conviene señalar que el Código Procesal Contencioso Administrativo, acorde con la búsqueda de la verdad real de los hechos que debe propiciarse en el proceso, adopta una mayor apertura en la iniciativa probatoria. De esta forma, el promovente de la medida cautelar puede proponerla, aún en la fase recursiva. Sin embargo, el juzgador determinará su admisibilidad en forma concienzuda, en procura de que se trate de elementos útiles, necesarios y de indudable trascendencia para demostrar hechos relevantes y controvertidos en el caso, pues en realidad la primera instancia es el estadio natural propicio para proponer y evacuar la prueba de los asuntos que se afirman”*. Podrían aplicarse también las cautelares en sede recursiva (ver en este sentido Tribunal de Casación resolución n.º 90-A-TC-2008). Es perfectamente posible practicar cualquier clase de reconocimiento o prueba técnica compleja. Sin embargo, esto tendrá un impacto en la duración del proceso. Asimismo, el Tribunal de Apelaciones ha dispuesto que la prueba para mejor proveer es admitida solo si es pertinente y novedosa (Res. 102-2010). Este mismo Tribunal ha señalado que es posible admitir en alzada cualquier prueba que tenga relación con la medida inclusive la que el Juez de instancia destacó como necesaria (Res. 96-2010).

MEDIDAS CAUTELARES

No está demás señalar, sin embargo, que para resolver una medida cautelar -con independencia de su naturaleza-, **es perfectamente posible evacuar cualquier elemento probatorio**, a condición de que resulte útil para acreditar la existencia de los daños de difícil o imposible reparación, o bien la de un interés público preponderante, pues ambos son presupuestos esenciales a ponderar en este tipo de gestión.- La recepción de éstas y su estudio, siempre que se desarrolle conforme a la finalidad aludida, **no podría constituir un adelanto de criterio sobre el fondo del asunto**, circunstancia que habrá de tomarse en cuenta en el Juzgado, a la hora de emitir pronunciamiento sobre estas solicitudes. (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. N.º 532-2005 de las once horas veinticinco minutos del once de noviembre de dos mil cinco).

En el mismo sentido, se ha aclarado que

[...] el hecho de que el proceso principal se encuentre en sus etapas iniciales, no impide a las autoridades jurisdiccionales **analizar sumariamente, la documentación que conste en autos, sobre todo si esa valoración busca determinar que concurren los presupuestos legales de toda medida cautelar**, los cuales deben acreditarse en cada caso.- Tal estudio, y las conclusiones que de él deriven, dentro de un incidente de suspensión, **no constituye un adelanto de criterio**, en la medida en que resulta indispensable para decidir; y en todo caso, será en el proceso principal donde se recibirán y revisarán de manera exhaustiva, con intervención plena de las partes y con garantías efectivas de defensa, en aras de dictar una resolución definitiva, sobre el fondo debatido, conforme a derecho. (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. N.º 1-2007 de las once horas del doce de enero de dos mil siete).

En consecuencia, por la vía de un supuesto “adelanto de criterio”, no puede dejarse vacío de contenido el derecho a la **tutela cautelar efectiva**, tal y como ha sido definido por la Sala Constitucional en su carácter de **derecho fundamental** de primer orden (S.C.V. 2005-006224). El mismo GONZÁLEZ CAMACHO nos indica que

[...] la imposibilidad de prejuzgar la cuestión principal, no impide al Tribunal emitir por vía cautelar el acto administrativo requerido en el proceso. De ser así, esta medida perdería su eficacia y su sentido frente a un importantísimo y amplio ámbito de la esfera administrativa y ante casos evidentes que exigen la tutela cautelar efectiva de los Tribunales [...] No puede impedirse al Juez de manera genérica la emisión (u orden de que se dicten) actos administrativos específicos, en cuanto busquen la creación o el aseguramiento de un (sic) situación individualizada que haga viable y garantice el objeto del proceso [...]⁸⁶¹.

Y culmina el autor diciendo: “En efecto, la prohibición de una decisión anticipada no impide el otorgamiento de lo requerido en la pretensión principal, aunque se trate de un acto, si es esa la medida cautelar necesaria”⁸⁶².

Además, en el CPCA, por regla general, el pretérito temor al adelanto de criterio debe ser reducido, porque es **un juez tramitador quien ordena las cautelares en principio**. El Tribunal de Juicio –colegiado– resolverá el fondo en la fase del juicio oral y público. Sin embargo, el temor subsistirá cuando se trate de otras fases – conciliación, medidas tomadas en juicio, o bien, en el trámite sobre el fondo de la ejecución–.

Un último tema que no es posible obviar en este punto es el que corresponde a las medidas *autosatisfactivas* que, como hemos adelantado, en casos extremos sí serán posibles en la nueva regulación, a condición de los requisitos reforzados que ya hemos señalado y sobre los cuales volveremos más adelante al tratar el límite de las situaciones irreversibles.

861 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 158.

862 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 159.

MEDIDAS CAUTELARES

d) Posibilidades y previsiones financieras. La necesaria compatibilización de ejecución de la tutela cautelar y la legalidad presupuestaria

CARNELUTTI ha señalado que

el Derecho no puede realizarse por parte del que manda ni por parte del que obedece, sin hacer cuentas, es decir, sin tener en cuenta otras reglas, las de la economía, que cabalgan probablemente entre la sociología y la psicología. Es dudoso que el Derecho llegue a dominar la economía, pero es cierto a veces que la economía regula el Derecho y no es raro el caso de que el Derecho no opere porque, de una parte o de otra, las cuentas están equivocadas⁸⁶³.

Con esto no se quiere sugerir que el Derecho sea un esclavo de la economía; pero tampoco que se convierta en el tirano de esta.

Es decir, como hemos adelantado, el derecho fundamental a la tutela cautelar tiene ínsita la necesaria compatibilización de la medida con la legalidad presupuestaria. Y esta no es entendida en su sentido limitado como la regla presupuestaria, sino como *legalidad* en su sentido amplio, finalista, imbuida de justicia como valor fundamental y piedra angular de la tutela judicial. A esto se refiere el artículo 22, párrafo 2º cuando obliga al juez a “*tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar*”.

Por tanto, legalidad presupuestaria y tutela cautelar no son contrapuestos, sino diversas caras de un prisma único, la tutela judicial efectiva del sistema de derecho a una situación vital, una tutela que debe orientarse hacia la solución justa del caso concreto. No debemos olvidar que ambas forman parte del Derecho de la Constitución⁸⁶⁴, por lo que el juez debe hacer un esfuerzo consciente de armonización entre los principios presupuestarios y el derecho tutelado en la vía cautelar.

En un caso extremo, si la Administración obligada persiste en el incumplimiento de lo decidido, o bien, si su contenido o naturaleza así lo exige, cuando sea necesario para satisfacer los derechos fundamentales involucrados, habrá entonces que sacrificar o, al menos, adaptar a las circunstancias especiales del caso, la rigurosidad de la legalidad presupuestaria.

Se trata de una cuestión práctica de no poca importancia, al momento de la ejecución de medida cautelar.

Es decir, hay que prever qué procede si no hay contenido económico en el presupuesto que respalde la adopción de la conducta ordenada. Si esto no se hace, se llegaría a lo que hemos denominado la simple **justicia de papel**, o bien, en su caso, y como mucho, olvidar la reparación *in natura* y contentarse con una **indemnización a largo plazo** y totalmente desvinculada y desproporcionada.

Ya desde 1982, el Tribunal Constitucional Español había adelantado la tensión entre los principios de legalidad presupuestaria y de tutela judicial efectiva. Sobre el particular GÓMEZ PUENTE nos dice:

En la STC 32/1982, de 7 de junio (y más tarde en la 167/1987, de 28 de octubre), tras reconocer que en la ejecución de las sentencias que condenan a la Administración al pago de una cantidad de dinero se aprecia una tensión entre los principios constitucionales de seguridad jurídica (que obliga al cumplimiento de las sentencias) y de legalidad presupuestaria (que supedita dicho cumplimiento a la existencia de una partida presupuestaria asignada a ese fin), concluye que no por ello puede dejarse sin contenido el derecho a la tutela

863 CARNELUTTI (Francesco). *Metodología del Derecho*. traducción del Dr. Ángel Osorio, 2º edición, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, D.F., 1962, p.11.

864 Nos decía el Dr. Fernando Castillo Víquez que no debemos olvidar que el presupuesto es un cúmulo de obligaciones a favor de terceros, de manera que estos siempre se verán afectados por lo decidido en alguna medida.

MEDIDAS CAUTELARES

*judicial efectiva que la Constitución reconoce y garantiza. Por lo que en ningún caso el principio de legalidad presupuestaria puede justificar que la Administración posponga la ejecución de las sentencias más allá del tiempo necesario para obtener, actuando con la diligencia debida, las consignaciones presupuestarias en el caso de que éstas no hayan sido previstas*⁸⁶⁵.

Es más, si no fuera así, el Tribunal Constitucional Español ha señalado también:

*[...] el Estado podría demorar indefinidamente el pago o cumplimiento de sus obligaciones legales y dejar sin efecto los derechos subjetivos de crédito de los particulares válida y legítimamente contraídos, escudándose simplemente en la no inclusión en los Presupuestos Generales del Estado de los fondos necesarios para ello. Y claro es que un Estado de Derecho no puede desconocer una situación jurídicamente perfecta o una obligación legalmente contraída por el mero hecho de que no exista crédito presupuestario (STC 32/1982, fundamento jurídico 3.º)*⁸⁶⁶.

En este CHINCHILLA MARÍN apunta que

*si bien es verdad que mientras que la Administración posponga la ejecución durante un tiempo “normal” puede entenderse que el principio de legalidad presupuestaria no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, a sensu contrario, podría concluirse que en el caso en que la ejecución se posponga más allá del tiempo necesario, se actúe sin la diligencia debida o, sencillamente, no se ejecute, el principio de legalidad presupuestaria está impidiendo la tutela judicial efectiva garantizada a todos por el artículo 24 de la Constitución*⁸⁶⁷.

Así, el principio de legalidad presupuestaria **no puede ser un obstáculo insalvable para el cumplimiento de la tutela cautelar**. Sin embargo, no podemos dejar de lado que el contenido y la ejecución presupuestaria para ejecutar lo dispuesto son un problema de innegable aparición⁸⁶⁸. El Dr. GONZÁLEZ CAMACHO ha indicado con toda certeza en el ámbito de la ejecución de fallos judiciales:

El derecho fundamental a que el fallo judicial se cumpla, y a que el recurrente sea repuesto en su derecho, y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido, pone de manifiesto la tensión existente entre los principios de seguridad jurídica, que obliga al cumplimiento de las sentencias, y el de legalidad presupuestaria, que restringe los gastos de la Administración a aquellos estrictamente aprobados por ley, y debidamente especificados.

*El derecho a la tutela judicial efectiva, demanda que dicho conflicto de principios sea resuelto de manera tal, que la legalidad presupuestaria no obstaculice el control jurisdiccional, ni deje sin contenido un derecho que la Constitución reconoce y garantiza*⁸⁶⁹.

865 GÓMEZ PUENTE (Marcos). La inactividad de la Administración. Editorial Aranzadi S.A., 1997, Navarra, España, p. 216.

866 Sentencia del Tribunal Constitucional Español 294/1994 del 7 de noviembre, citada por GÓMEZ PUENTE (Marcos). La inactividad de la Administración. Editorial Aranzadi S.A., 1997, Navarra, España, p. 216.

867 CHINCHILLA MARÍN. La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: el giudizio ottemperanza. En Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo, N.º 59, julio-septiembre 1988, p. 441.

868 Bien ha señalado GONZÁLEZ que *“El problema con la efectiva ejecución presupuestaria, ha rondado alrededor de el “Gobierno Central”, mas que en las descentralizadas, donde generalmente se da un buen y no muy tardado cumplimiento de la condena patrimonial. Esto debido que en el Gobierno Central, una vez aprobada la ley de presupuesto sin incluir partida para el cumplimiento de la sentencia, escapa de la manos del Juez el efectivo cumplimiento del fallo, mientras que en las descentralizadas ha existido, y se reitera ahora, la paralización de su presupuesto en la Contraloría General de la República, lo cual se ha convertido en un instrumento muy efectivo”*. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 599.

869 En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 595. Ahí cita como apoyo lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español SSTC 316/94, FJ 2; 314/94 FJ II, 105/94, FJ IV.

MEDIDAS CAUTELARES

El párrafo final del artículo 22 CPCA obliga al juez a *tomar en cuenta* las posibilidades y las previsiones financieras de la Administración Pública que esta deberá efectuar para la ejecución de la medida; pero no solo para aminorar su intensidad, sino también, opinamos, para **facilitar su ejecución o, incluso, para acrecentar su urgencia**, si es que existe, por ejemplo, una partida disponible, o bien, dichas posibilidades lo permiten.

Sin embargo, en la hipótesis de la minoración de eficacia, no debe olvidarse que los derechos fundamentales no pueden quedar nunca supeditados a contenidos presupuestarios. Por ello, como apunta JINESTA LOBO, lo dicho en el párrafo 2º del CPCA debe ser tomado con **extrema cautela**, puesto que

la primera impresión que produce es que trata de condicionar el ejercicio del derecho fundamental a la tutela cautelar a cuestiones presupuestarias y financieras. Sin embargo, lo cierto es que constituye un mandato para que el órgano jurisdiccional tome en consideración, entre otros extremos, las posibilidades y previsiones financieras, sin que éstas puedan enervar el goce y el disfrute del derecho fundamental a la tutela cautelar, pues que, en caso de mediar algún impedimento presupuestario aparentemente insalvable, el órgano jurisdiccional debe superarlo dimensionando o modulando el contenido de la medida cautelar en el tiempo⁸⁷⁰.

El juez debe tener siempre presente, al dictar la medida cautelar, que no estamos ante un enfoque de “doble – vía” (conflicto entre interés de la Administración e interés del administrado), sino “multipolar” donde intervienen diversos intereses públicos y privados, inclusive intereses públicos en manos de privados⁸⁷¹, los cuales deben requerir del juzgador un esfuerzo de conciliación.

Como hemos dicho, el párrafo final del artículo 22 CPCA obliga al juez a *tomar en cuenta* las posibilidades y las previsiones financieras de la Administración Pública que esta deberá efectuar para la ejecución de la medida; es decir, como parte de su fundamentación. Pero no solo para aminorar su intensidad, sino también, opinamos, para **facilitar su ejecución o, incluso, para acrecentar su urgencia**, si es que existe, por ejemplo, una partida disponible, o bien, dichas posibilidades lo permiten.

Sin embargo, en la hipótesis de la minoración de eficacia, no debe olvidarse nunca que los derechos fundamentales no pueden quedar nunca supeditados a contenidos presupuestarios⁸⁷².

Precisamente por esto, cobra importancia la remisión que hace el artículo 27 del CPCA al título VIII del Código, en lo que refiere a la ejecución de lo dispuesto en la medida cautelar.

Nótese que en el título VIII, el Código autoriza al juez (161.1.c) a tomar todas las medidas necesarias para allegar los fondos indispensables para la plena ejecución conforme a las reglas y los procedimientos presupuestarios⁸⁷³, al igual que para revertir lo pagado por la Administración si esta resulta victoriosa. Asimismo, en ese mismo numeral, el Código permite que el juez o la autoridad comisionada o requerida por él pueda tomar todas las medidas necesarias para la ejecución **con cargo** al presupuesto de la Administración vencida.

870 JINESTA LOBO (Ernesto). Manual del proceso contencioso administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 95.

871 Ver al respecto el fallo del TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, n.º 95-F-TC-2009 de las diecisiete horas con cuarenta minutos del trece de mayo de dos mil nueve .

872 En este sentido, la opinión enfática de JINESTA LOBO. En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 173.

873 Sobre la discusión legislativa que provocó esta inclusión, véase COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas. 1º ed., San José, Costa Rica, 2007, pp.774, 778, 779, 780 a 783.

MEDIDAS CAUTELARES

El problema nos ubica frente al vasto campo del derecho presupuestario, lo cual excede el objeto de la presente investigación, y por ello, expresamos desde ya al lector nuestra remisión a otros estudios⁸⁷⁴. Sobre la norma de cita se ha comentado:

Por otro lado, se ha cuestionado el respaldo financiero necesario para la actuación del Juez ejecutor. Sin embargo, el Código se ocupa nuevamente de ello, cuando en el artículo 161.c) autoriza los ajustes y modificaciones presupuestarios (según veremos de seguido), pero además, en forma expresa, para efectos de la ejecución directa de la conducta administrativa impuesta por el Ordenamiento y por la sentencia, permite el ejercicio de la actividad correspondiente con cargo al presupuesto de la Administración obligada. Y de igual forma le autoriza a adoptar las medidas necesarias, a fin de allegar los fondos indispensables para la plena ejecución, conforme a las reglas y procedimientos presupuestarios.

Es aquí, donde se califica al Código con mayor fuerza de “proteccionista en exceso”, o “individualista” o, “pro administrado en exclusiva”. Pero en realidad, no existe ninguna de las inclinaciones señaladas. Basta una lectura integral de la nueva normativa, para enterarse de que también se protegen los intereses públicos con ahínco, y se resguarda la posición procesal y sustantiva de la Administración con celo y técnica. La protección de los derechos e interes (sic) legítimos del individuo (intereses subjetivos), no contraviene ni se contrapone al interés público. Algunas veces se enfrenta con los de la Administración, pero nunca con los públicos, porque donde se protege al individuo en igualdad de condiciones y derechos, se protege por reflejo, a la totalidad del colectivo⁸⁷⁵.

Sin embargo, dado que el tema del presupuesto como instrumento técnico organizador de la economía del Estado influye necesariamente en la efectiva ejecución de lo resuelto, bastan las siguientes líneas para dejar esbozadas las interrogantes e incentivar al lector a la búsqueda de sus soluciones.

GONZÁLEZ manifiesta que el presupuesto es

*[...] la expresión contable de un plan de acción del Gobierno para un período determinado.// Siendo la **expresión financiera del plan operativo anual** (binomio inseparable), y como subsistema inmerso en un sistema mayor, se mueve en ciclo permanente de cinco etapas, que por consecutivas en un periodo específico, bien pueden realizarse de manera coetánea y paralela en el ámbito temporal. Las 5 etapas mencionadas son:*

- I. Formulación (Cuantificación, se hace a partir de Planes, etc.)*
- II. Discusión*
- III. Aprobación*
- IV. Ejecución (diaria)*
- V. Control (permanente)⁸⁷⁶.*

874 Para el estudio detallado del presupuesto del Estado, los principios presupuestarios, el ciclo presupuestario y el control del presupuesto, entre otros temas de innegable valía, remitimos a PÉREZ ROYO (Fernando). Derecho Financiero y Tributario. Parte General. 15º ed., THOMSON CIVITAS, 2005, pp. 447 a 527. También véase lo dicho en JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 595 y ss.

875 JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 592.

876 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar), En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 596.

MEDIDAS CAUTELARES

A su vez, se rige por una serie de principios propios⁸⁷⁷, pero, en líneas generales, resulta un límite de acción de los poderes públicos que, por regla de principio, deben tener definido el objeto del gasto en la partida presupuestaria correspondiente.

El problema que se plantea es el siguiente: el juzgador al adoptar las medidas necesarias para allegar los fondos necesarios para la plena ejecución está comprometiendo fondos que no están presupuestados. ¿Está entonces desmantelando el principio de legalidad presupuestaria? El mismo Código da la respuesta al establecer en su artículo 166:

Artículo 166.-

*Quando la Administración Pública sea condenada al pago de una cantidad líquida, deberá acordarlo y verificarlo de inmediato, si hay contenido económico suficiente y debidamente presupuestado. Para el efecto, **la sentencia firme producirá, automáticamente, el compromiso presupuestario de los fondos pertinentes para el ejercicio fiscal en que se produzca la firmeza del fallo**⁸⁷⁸.*

Esto es parecido a lo que indicaba el anteproyecto español de la Ley Reguladora de lo Contencioso que en su artículo 11.2. regulaba la consideración de las sentencias firmes como mandamiento de pago⁸⁷⁹. Lo cual nos obliga a pensar que, si la ejecución de lo dispuesto en la tutela cautelar así lo exige, debe aplicarse, en lo correspondiente, dicha normativa.

Sin embargo, esto nos lleva a otro problema, ¿qué pasa si el director del Departamento de Presupuesto Nacional o el superior jerárquico no incluye el contenido presupuestario necesario para cumplimentar lo fallado? El artículo 167.2. indica que estos podrán incurrir en responsabilidad penal, civil o disciplinaria por la falta grave de no hacerlo. Lo anterior obliga al juez ejecutor a ejercer control y plantear la denuncia respectiva. Sin embargo, ¿eso es

877 Estos son: Democrático, de Separación de Poderes, Razonabilidad, Tipicidad, Publicidad, Unidad, Universalidad, Especialidad, Caja única, Anualidad, Equilibrio, Legalidad, Precedencia, Exactitud, Claridad, Uniformidad, Contenido necesario, Anticipación, Gestión financiera, Programación, Planificación y Homeostasis. Para su análisis y explicación remito a lo dicho por GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 597-598 y la bibliografía a que este remite a su vez: VARGAS BENAVIDES (Adrián). Los Principios Presupuestarios en Constitución, en la obra Temas Claves de la Constitución Política. Editorial IJUSA. Primera edición. 1999, pp. 83-104, y ROJAS CHAVES (Magda Inés), Los Principios Presupuestarios en la Jurisprudencia Constitucional. En la obra La Jurisdicción Constitucional y su Influencia en el Estado de Derecho. UNED, San José, Costa Rica, 1996. pp. 235-264 y ATCHABAIAN, Adolfo. Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1996. También véase PÉREZ ROYO (Fernando). Derecho Financiero y Tributario. Parte General. 15° ed., THOMSON CIVITAS, 2005, pp. 465-476.

878 El artículo que le sigue dispone a su vez:
Artículo 167.-

- 1) *El juez ejecutor remitirá certificación de lo dispuesto en la sentencia al Departamento de Presupuesto Nacional al que se refiere el artículo 177 de la Constitución Política, si se trata del Gobierno Central y, en los demás casos, al superior jerárquico supremo de la Administración Pública responsable de la ejecución presupuestaria. Dicha certificación será título suficiente y único para el pago respectivo.*
- 2) *El director del Departamento de Presupuesto Nacional o el superior jerárquico supremo de la Administración descentralizada, estará obligado a incluir, en el presupuesto inmediato siguiente, el contenido presupuestario necesario para el debido cumplimiento de la sentencia, so pena de incurrir en responsabilidad civil, penal o disciplinaria; de no hacerlo así, el incumplimiento de la obligación anterior se presumirá falta grave de servicio.*

879 CHINCHILLA MARÍN. La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: il giudizio ottemperanza. En Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo. N.º 59, julio-septiembre 1988, p. 441.

MEDIDAS CAUTELARES

todo?... para nada, debemos recordar la posibilidad de **paralización del presupuesto**⁸⁸⁰. Pero incluso si esta falla o es evidentemente insuficiente o tardía, nos atrevemos a indicar que podría **sostenerse la posibilidad del juez ejecutor de incluirla directamente, sustituyendo (por vía directa o comisarial) a la autoridad del Departamento de Presupuesto Nacional o al respectivo superior jerárquico**. Así ha ocurrido en Italia:

*el juez de ejecución, a través del comisario ad actus, pondrá en marcha todos los actos contables necesarios para la satisfacción de la deuda contraída por la Administración (Adunanza Plenaria de 9 de marzo de 1973). Así, procederá a incluir en el presupuesto correspondiente una partida para el pago de aquella y, eventualmente, emitirá un mandamiento de pago*⁸⁸¹.

Precisamente, según relata MARTÍN DELGADO, en la experiencia italiana el embargo no ha tomado mayor relevancia

*por la existencia de una opción mucho más eficaz, como es la aplicación del poder de sustitución para el cumplimiento de las sentencias pecuniarias, a través de la adopción por el Juez o por su comisario de los actos de provisión de fondos, la tramitación de las correspondientes partidas y la emisión de la orden de pago*⁸⁸².

Finalmente, debemos recordar lo dicho por el Dr. GONZÁLEZ CAMACHO:

*Nótese que los mecanismos de incorporación, modificación, ajuste o paralización presupuestaria, son instrumentos útiles y necesarios para cualquiera de los grupos de obligaciones impuestas en sentencia, ya sean de dar, hacer o de condena patrimonial específica*⁸⁸³.

Y MARTÍN DELGADO:

[...] puede resultar de suma utilidad el empleo del poder de sustitución, de tal manera que en el supuesto de que la cantidad a satisfacer esté prevista legalmente pero la Administración se niegue a dar la orden de pago, el propio Juez podrá dar esa orden mediante resolución judicial y requerir posteriormente a un agente

880 El Dr. GONZÁLEZ CAMACHO señala: “Nótese que los mecanismos de incorporación, modificación, ajuste o paralización presupuestaria, son instrumentos útiles y necesarios para cualquiera de los grupos de obligaciones impuestas en sentencia, ya sean de dar, hacer o de condena patrimonial específica”. GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 593, en nota 25. Y “[...] cuando se trate de ajustes o modificaciones presupuestarias de las descentralizadas, cuyo control corresponde a la Contraloría General de la República, deberán cumplirse los trámites necesarios dentro de los tres meses siguientes a la firmeza del fallo. Si transcurrido dicho plazo sin haberse satisfecho la obligación o incluida la modificación presupuestaria mencionada, el juez ejecutor, a petición de parte, comunicará a la Contraloría General, para que no ejecute ningún trámite de aprobación ni modificación presupuestaria de esa entidad, hasta tanto no se incluya la partida presupuestaria correspondiente. Es necesario acotar en este punto, que lo requerido para evitar o levantar la paralización presupuestaria, es la inclusión de la partida, no el pago efectivo, como inicialmente se había propuesto en el proyecto.// Para el caso de que dicha inmovilización presupuestaria, pudiera generar dislocaciones graves a la entidad obligada, o lesión a terceros que requieren de la aprobación o modificación de una o unas determinadas partidas o renglones presupuestarios, el Juez ejecutor podrá dimensionar los efectos de tal paralización, tal y como se autoriza en el Código para el Juez sentenciador. En consecuencia, los artículos 168.3) y 131.3) del Código encuentran plena sintonía”. (Ibid., pp. 599-600).

881 CHINCHILLA MARÍN. La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: il giudizio ottemperanza. En Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo. N.º 59, julio-septiembre 1988, p. 440.

882 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 41 en nota 29.

883 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 593, en nota 25.

MEDIDAS CAUTELARES

de la Administración para que proceda a la adopción de los trámites materiales para su pago efectivo, y en el caso de que deba tramitarse crédito extraordinario, un suplemento de crédito o una ampliación de crédito, y la Administración se niegue a ello, el Juez podrá nombrar un comisario que sustituya a la Administración en la realización de tal actividad, consistente en la tramitación de los correspondientes procedimientos mencionados⁸⁸⁴.

Sección segunda: Límites a la tutela cautelar

Los jueces deben ser conscientes de que el papel que asumen es relativamente nuevo en nuestro medio. Por ello, es aconsejable reiterar nuestro consejo de una buena dosis de *self-restraint*, antes de aventurarse irresponsablemente por terrenos resbaladizos que podrían ir en contra de la misma judicatura. Por tanto, es necesario llamar la atención sobre los **límites de la tutela cautelar** y los peligros de su ejercicio. Esto no quiere decir, ni por asomo, que el juez debe ser una figura tímida que no ejercite los poderes que la ley le confiere. Tutela judicial efectiva sí, arbitrariedad y maximalismo no, bajo pena de poner en riesgo su propia existencia como juez.

a) Perjuicio grave a intereses contrapuestos

Fiat iustitia et pereat mundus? La justicia cautelar a cualquier costo no puede ser la máxima a seguir en el contexto de la nueva justicia administrativa.

La discrecionalidad judicial en la determinación del contenido de la medida cautelar debe verse necesariamente limitada, no solo por sus límites “intrínsecos”⁸⁸⁵ que corresponden a sus presupuestos, características estructurantes y todos aquellos aspectos vistos a lo largo de estas páginas, sino que también se haya restringida por aquellos límites “extrínsecos” que hemos referido solo de forma tangencial.

Se trata aquí de destacar que el necesario **juicio de ponderación** en la medida cautelar debe atender especialmente al perjuicio que la ejecución de la medida puede causar a **terceros** y al mismo **interés general** que el juez deberá necesariamente tomar en cuenta, para no incurrir en la máxima referida al inicio “***fiat iustitia et pereat mundos***”, la cual no puede ser el grito de guerra de la justicia administrativa, sino la advertencia de aquello que debe ser evitado a toda costa, porque la justicia administrativa no es un arma contra nadie, ni contra la Administración ni los ciudadanos a quienes sirve, ni menos aún contra los administrados a quienes protege⁸⁸⁶.

884 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 272.

885 Expresión de JINESTA LOBO, en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 182.

886 Valga una vez más repetir que **el poder cautelar puede ser también aplicado en su plenitud por el Estado y los demás entes públicos**. Un ejemplo claro de esto es la resolución emitida por el TPCA a las 8:35 hrs. del 25 de mayo de 2009, expediente 09-001261-1027-CA del Estado c/ Grupo de Inversiones Coris de Costa Rica S.A., donde el juez concede **medida cautelar anticipada solicitada por el Estado**, la cual consistía, entre otros aspectos, en la anotación de la demanda al margen de la finca, suspensión inmediata de cualquier trámite tendiente a otorgar algún derecho sobre el bien, y, orden de mantener en posesión inmediata y material del inmueble al Área de Conservación Pacífico Central del MINAET. Otro ejemplo es la medida cautelar tramitada en el expediente 08-1179-1027-CA que es medida cautelar *inaudita altera parte* del Estado contra la Municipalidad de Puntarenas, donde se pide la suspensión de la orden de demolición de una malla ubicada en la Estación de Guardacostas de Puntarenas que la Municipalidad de Puntarenas había dispuesto. Ha dicho la jurisprudencia: “*las medidas cautelares no solamente están otorgadas por el Ordenamiento Procesal Contencioso Administrativo para ser utilizadas por los particulares, sino que el Estado también puede utilizar las medidas cautelares para proteger el interés público*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 22-F-TC-09 de las 10:03 hrs. del 13 de febrero de 2009, el caso se refería a la protección del patrimonio arqueológico nacional).

MEDIDAS CAUTELARES

Sobre el tema, VILLALOBOS SOTO indica:

La medida puede y debe ser rechazada, aunque cumpla con los requisitos señalados, si le impone una carga indebida al interés público o a terceros; en otras palabras, no debe proceder si representa un peligro para otras personas, o la paralización de la actividad de la Administración, o de un servicio público; es así como se ha rechazado la suspensión del cierre de un edificio, pese a la posible quiebra de algunos negocios, por haber peligro de derrumbe del mismo con perjuicio para los usuarios; también alguna vez se ha solicitado suspender la apertura de una clínica del Seguro Social en una comunidad, porque es obvio que el derecho de un individuo no puede defenderse poniendo en peligro a otros⁸⁸⁷.

Asimismo, el Dr. Óscar GONZÁLEZ CAMACHO ha señalado que la “interdicción de órdenes lesivas a los intereses de terceros ajenos al proceso” es

un principio básico de derecho procesal traducido en litis consorcio necesario (pasivo o activos) intrínseco a la medida cautelar, pero que conviene resaltar como un requisito más, en vista del riesgo que esta medida conlleva para los intereses y derechos de terceros, que deberán estar presentes siempre en el proceso, con la posibilidad de una plena participación procesal, so pena de nulidad de lo que se resuelva”.⁸⁸⁸

a.1. Perjuicio grave a intereses generales

El Código no deja de lado la **necesaria ponderación** del interés público comprometido (art. 22 CPCA), pues, tal como se dijo en subcomisión:

El proyecto busca un equilibrio entre administración y administrados, es un proyecto de garantía y equilibrio. No es proyecto pensado ni a favor de la Administración, un proyecto estatista, tampoco es un proyecto exclusivamente pro-administrado y exclusivamente con miramiento a él, esta sería una visión equivocada⁸⁸⁹.

887 VILLALOBOS SOTO (Joaquín). Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo. IJSA, San José, Costa Rica, 2008, p. 218.

888 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 161.

889 Expediente 15134, acta n.º 02 del 13-10-2004 citado por CASTRO LORÍA (Juan Carlos). *El control pleno de la Administración Pública en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: Ivstítia n.º251-252, año 21, noviembre 2007, p. 28. También se ha manifestado que: “El segundo párrafo del artículo 22, empero, obligaría al juez a valorar de manera más cuidadosa y profunda todos los elementos en juego, incluida la probabilidad de la demanda, para que en caso de ser procedente la cautela, adopte la medida que afecte en menor forma la situación financiera del organismo público y con ello su gestión sustancial. Gestión sustancial que no puede establecerse en razón de una única persona o de su interés personal, sino que tiene que contemplar la generalidad de posibles destinatarios de la acción, así como el interés de la colectividad. No resulta congruente y razonable entender la relación jurídico administrativa como una relación multipolar, englobando diversas situaciones jurídicas, por un lado, y pretender sacralizar el interés del solicitante, interés que bien podría estar en contraposición con el interés público y con el interés de terceros y sin que se le exija un mínimo de verosimilitud en su pretensión, por otro lado”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 189.

MEDIDAS CAUTELARES

El interés público al que alude el artículo 22 CPCA debe ser correctamente entendido como **interés general**, tal como lo reconoce nuestra Ley General de la Administración Pública en su artículo 113, el cual entiende, correctamente, a dicho interés como la expresión coincidente de los intereses de los administrados, el cual **prevalecerá incluso sobre el interés de la Administración** cuando puedan estar en conflicto⁸⁹⁰.

La afectación de la gestión sustantiva de la entidad pública o grave de la situación jurídica de terceros, mas no cualquier afectación, sí pueden constituir límites eventuales a la tutela cautelar. Pero el 22 CPCA no es otra cosa que la consagración legislativa de una **concreta técnica de valoración de intereses; es decir, del juicio de ponderación**. CHINCHILLA MARÍN afirma oponiéndose al rechazo tajante de GARCÍA DE ENTERRÍA del interés general como argumento contra una tutela cautelar:

[...] el interés general sí debe prevalecer sobre un interés privado, como se deriva de la cláusula social del Estado y de un principio tan elemental como es el de la solidaridad. Por otra parte, si bien es cierto que, como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA, no puede haber un interés general en impedir la justicia efectiva, sí puede haber – que es de lo que se trata realmente – un interés general en ejecutar un acto administrativo, aunque a la larga ello pueda privar de esa tutela judicial efectiva a un ciudadano ⁸⁹¹.

La prevalencia en cada caso concreto no es posible determinarla *a priori*, sino mediante un *juicio de ponderación* en cada supuesto específico. Como S. DE LA SIERRA expone:

*la ponderación de intereses está llamada a evitar, precisamente, la opción a priori por un interés privado o uno público. Este mecanismo se establece para tratar de encontrar la solución adecuada en cada conflicto que se presente a raíz de una pretensión de tutela cautelar. Además, el juicio cautelar no conlleva un pronunciamiento sobre la prevalencia de un interés privado o un interés público con carácter general, sino en el contexto de la urgencia y el fumus, tal y como se ha indicado. Por esta razón, las alusiones genéricas al interés público no implican más que ofrecer una segunda oportunidad al mismo, entendiendo la primera oportunidad aquella que justifica el privilegio de ejecutividad del acto [...]*⁸⁹².

El principio de proporcionalidad obliga entonces a hacer la **ponderación** del interés general en el juicio cautelar, en conjunto con las posibles afectaciones a los intereses de terceros. Por esto, hemos ya señalado que en nuestra jurisprudencia hay referencias al **principio de ponderación y balance** de los intereses en juego, lo cual es el reflejo de que la sociedad se ha vuelto más compleja, donde confluyen intereses generales, públicos – sectoriales y privados, sin que se pueda dar apriorísticamente prevalencia a unos sobre otros, sino referidos a un contexto problemático concreto⁸⁹³.

890 Debe recordarse que, según ha reconocido nuestra jurisprudencia el “*interés de la Administración Pública no siempre es coincidente con el interés público, por lo que no debe partirse de una tesis pro interés de la administración, el denominado in Dubbio pro Interés Público, sino que deben ponderarse las circunstancias en cada caso concreto y demostrarse la afectación de ese interés público*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 114-F-TC-08 de las 9:45 hrs. del 24 de setiembre de 2008. También véase en este sentido el voto 124-F-TC-2008 de este mismo Tribunal). Recuérdese el enfoque de la relación jurídico administrativa como relación “multipolar” donde intervienen diversos intereses públicos y privados, inclusive intereses públicos en manos de privados (Ver al respecto el fallo del TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, n.º 95-F-TC-2009 de las diecisiete horas con cuarenta minutos del trece de mayo de dos mil nueve).

891 Citada por DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 378.

892 DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 379.

893 Sobre la heterogeneidad de intereses públicos, véase la referencia a los desarrollos de GIANNINI y HÄBERLE en DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, pp. 372 y ss.

MEDIDAS CAUTELARES

El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo alude en sus resoluciones a un **juicio de ponderación** en carácter de probabilidad, pues, según se afirma en su jurisprudencia “[...] simplemente **ponderamos el impacto de esta medida para institución actora y para la demandada [...]**” (res: **18-F-TC-08** de las 9:04 hrs. del 28 de marzo de dos mil ocho), y en otras se habla de la “**compensación de intereses en juego**”. (Res: **04-F-TC-08** de las diez horas con catorce minutos del 31 de enero de dos mil ocho).

Como CHINCHILLA MARÍN ha explicado:

*(e)l juicio cautelar es un **juicio necesariamente ponderativo**, que está llamado a alcanzar un difícil equilibrio entre los intereses en conflicto, en el que necesariamente tendrá que calibrarse si otros intereses distintos de los del recurrente que solicita la tutela cautelar, pero igualmente dignos de protección, pueden sufrir, como consecuencia de la adopción de la medida, un daño de las mismas características del que con la medida se trata de evitar, es decir, de difícil o imposible reparación*⁸⁹⁴.

En este punto, lo importante es recordar lo que ya hemos señalado antes: “(s)ólo un perjuicio al interés público o de un tercero cualitativa y cuantitativamente superior con relación al irrogado al ciudadano al mantener los efectos de la conducta impugnada puede enervar su derecho a la tutela cautelar”⁸⁹⁵.

JINESTA LOBO indica que

*La ponderación de los intereses en juego – del administrado, interés público y de terceros – no puede suponer, bajo ningún concepto, otorgarle prevalencia al interés público. Esto es, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar, no pueden ser sacrificados en el altar del interés público. En el Estado Social de Derecho es sabido que la satisfacción del interés general deriva, necesariamente, de la actuación conjunta Estado – Sociedad para el logro de los fines públicos, esto es, el interés público no coincide con el interés de la Administración, o lo que es lo mismo, el interés general no es patrimonio exclusivo de la última, sino que existen una serie de organizaciones colectivas y grupos de presión cuya actuación, también, se dirige a la satisfacción del interés general*⁸⁹⁶.

Asimismo, hemos referido lo que el autor nos dice en otro lugar: “[d]ebe valorarse comparativamente el interés del sujeto activo con el interés público y el de terceros; la medida sólo se puede denegar cuando el perjuicio sufrido por la colectividad o terceros es **cualitativamente superior al experimentado por el solicitante sin su otorgamiento**”⁸⁹⁷.

Y más adelante comenta: “Este elemento del periculum in mora, pone de manifiesto la necesidad de armonizar o equilibrar la eficiencia y continuidad de la actuación administrativa con el derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida del administrado (artículo 8ª LGAP)”⁸⁹⁸. El mismo autor advierte ahí que

894 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 619. Se debe recordar que en el CPCA ya no se exige el daño de “difícil o imposible reparación” sino un grave daño o perjuicio en el contexto problemático concreto.

895 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 173.

896 JINESTA LOBO en: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p. 172.

897 JINESTA LOBO (Ernesto). *Manual del proceso contencioso administrativo*. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 94.

898 JINESTA LOBO (Ernesto). *Manual del proceso contencioso administrativo*. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 94.

MEDIDAS CAUTELARES

*tal ponderación no puede suponer una potenciación del interés público, puesto que el artículo 41 de la Constitución Política, no permite que los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar estén condicionados o excepcionados por la relevancia o no de un interés público o supuesta «razón de Estado» [...] Es importante advertir que cuando el ente público demandado o un tercero aducen una lesión por la eventual adopción de una medida cautelar, **se invierte la carga de la prueba** (onus probandi), por lo que éstos deben demostrarla para enervar el derecho a la tutela cautelar del solicitante⁸⁹⁹.*

Así, por ejemplo, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha señalado que solo una **afectación severa** al servicio público podría servir de baremo limitador a la eficacia de la cautelar, por ejemplo. (Res: **04-F-TC-08** de las diez horas con catorce minutos del 31 de enero de dos mil ocho)⁹⁰⁰.

El Tribunal Procesal Contencioso Administrativo ha respetado este límite a la tutela cautelar. Como ejemplo de esto, tenemos el fallo dictado a las 13:00 horas del 4 de abril de 2008 dentro del expediente 08-02-1027-CA que al efecto dispuso:

[...] en cuanto al otro elemento que se vuelve imperativo analizar que es la ponderación de los intereses en juego, este órgano jurisdiccional atendiendo al principio de razonabilidad y proporcionalidad considera que efectivamente se podría lesionar el servicio público, esto por cuanto el Instituto Costarricense de Electricidad es un ente que brinda un servicio público [...] por lo tanto no puede este órgano jurisdiccional dejar u obviar que el servicio tiene que ser prestado con calidad, con eficiencia, con continuidad y con igualdad a todas las partes. Por este motivo, si yo pondero el interés particular de la parte, que me merece todo el respeto, es un interés empresarial, privado, frente al interés público de una prestación eficiente del servicio, el interés del primero cede ante el segundo. Existe una obligación del estado de una prestación eficiente del servicio y, por lo tanto, yo como órgano jurisdiccional tengo que tutelar este aspecto [...]. (Cfr. 13:03:43 – 13:05:02 de la grabación digital correspondiente)⁹⁰¹.

899 JINESTA LOBO (Ernesto). Manual del proceso contencioso administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, pp. 94-95.

900 Cabe destacar por ejemplo que en el fallo n.º 77-F-TC-09 de las quince horas, cinco minutos del 22 de abril de 2009, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo consideró y descartó incidencia alguna sobre la colectividad como marco referencial para decidir una medida relativa a una relación contractual de arrendamiento del Estado regida por el derecho privado. De esta manera, es innegable cómo el Tribunal de Casación ha incorporado la incidencia en el interés público y de terceros como parte de su argumentación jurídica al momento de resolver lo procedente en la sede cautelar.

901 Sin embargo, el órgano jurisdiccional hace la prevención al ICE de que debe dar respuesta **célere** al administrado por la naturaleza y la envergadura de las contrataciones. Nótese que, según lo dicho por el tribunal, se trataba de un caso donde se discutían los servicios para instalaciones y reacomodos de líneas telefónicas y que la empresa actora no tenía frentes de trabajo disponibles, por lo cual no había hecho oferta, ni había demostrado entonces los daños que la situación le producía. También sobre la ponderación de intereses, puede verse, por ejemplo, la resolución n.º 18-08 de las diez horas diez minutos del 07 de febrero de 2008. Encontramos una prevención similar a la hecha en este expediente en el 08-155-161-CA donde, a pesar de declarar sin lugar la medida cautelar frente a la conducta omisiva de la Administración, le **ordena** al demandado dar respuesta **célere** y entonces remitir en el plazo de 25 horas el expediente correspondiente al Tribunal Administrativo de Transportes y a este le otorga a su vez el plazo de 15 días para resolver la apelación que llevaba largo tiempo pendiente de resolver (Cfr. TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, res. 196-08 de las 14:05 hrs. del ocho de abril de dos mil ocho).

MEDIDAS CAUTELARES

También en el fallo n.º 222-08 de las 10:40 hrs. del dieciocho de abril de dos mil ocho, el juez indica en el fallo que “[...] estos intereses superiores deben prevalecer sobre estos intereses o situaciones jurídicas débiles”. (Cfr. 10:41:25 - 10:41:32 de la grabación digital correspondiente)⁹⁰².

En estos casos, es necesario recordar la regla de que “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión. Por el contrario cuando aquéllas exigencias sean de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada conspiración pondrán determinar la suspensión”⁹⁰³.

Por último, hay también que reconocer en esto la sabiduría de las palabras del Tribunal Supremo Español: “hay que atenerse a la singularidad de cada caso debatido, lo que implica, desde luego, un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes”. (ATS del 12 de febrero de 1992)⁹⁰⁴.

a.2. Perjuicio grave a intereses de terceros

Para empezar, los terceros a los que se refiere el artículo 22 del CPCA **no son únicamente privados**, pueden ser también intereses de entidades públicas o colectivas de relevancia pública. Ahora bien, el complejo conjunto de intereses que confluyen hoy en día en la moderna sociedad no hace posible la solución apriorística de todos los posibles conflictos.

902 En este caso, el juez de la medida pondera el interés público (poner orden en la propiedad por parte del legítimo propietario registral y la protección ambiental involucrada en la protección del predio) vs. intereses privados (que califica de sumamente “débiles” de los meros ocupantes de la zona no construida); y, luego, en consecuencia, autoriza la práctica del desalojo administrativo, cuya suspensión se pretendía en sede cautelar. En segunda instancia, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo mediante el fallo n.º 43-F-TC-08 del seis de junio de dos mil ocho, **sin dejar de lado la ponderación del interés público**, como expresamente lo dice, detiene el desalojo administrativo y, como medida de contracautela, ordena al juez ejecutor del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo para que, con la colaboración del Instituto Costarricense de Turismo y de la Asociación de Desarrollo Agrícola Turística y Ecológica de Nuevo Nueve Millas, que en un plazo de tres días hábiles se desplace a la zona y que se realice un censo que especifique con claridad quiénes son los ocupantes actuales, sus nombres, lotes, las medidas de estos, asimismo que se constate y se consigne el estado de las edificaciones, cultivos, zonas boscosas, carriles, cercas o linderos si los hay, de forma detallada, a efectos de evitar nuevos ocupantes en la zona para impedir otra invasión al terreno mientras se resuelve el proceso.

903 ATS del 12 de febrero de 1992 y muchos otros citados por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 621, nota 58.

904 Citado por CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 621.

MEDIDAS CAUTELARES

De hecho, la *heterogeneidad de los intereses públicos* es algo que la propia doctrina ha señalado⁹⁰⁵. El propio GIANNINI destacó la existencia de “intereses públicos sectoriales”, determinando la naturaleza especial de algunos intereses colectivos⁹⁰⁶. Como dice DE LA SIERRA: “*el monopolio de la definición del concepto y el contenido del interés público deja de pertenecer a una persona, siendo imputable a diversos centros de referencia, adquiriendo en cada uno de ellos un significado particular [...]*”⁹⁰⁷.

De esta manera, no puede verse al proceso contencioso como un simple juego de conflicto entre *interés privado – interés general*, sino como la confluencia de muchos distintos intereses, incluso distintos intereses públicos en conflicto (ecológicos, económicos, de género, etc.).

Por tanto, el hecho de que la **afectación severa de la situación jurídica de terceros** pueda constituir un criterio preponderante para que, en un caso concreto, la tutela cautelar en beneficio de un particular ceda frente a la afectación prevalente de un interés colectivo, no es de extrañar en el contexto del sistema administrativo moderno. Tal es una consecuencia del **Estado social de derecho** y de principios elementales de solidaridad y proporcionalidad.

Como hemos destacado, solamente un perjuicio **grave** que sea cualitativa y cuantitativamente superior en ponderación con el irrogado al perjudicado con la ejecución o permanencia de la conducta impugnada puede ser causal para enervar los efectos de la tutela que, en otras circunstancias, no podría ser denegada. Es necesario reiterar aquí que en tal caso, hay una inversión en la carga de la prueba (*onus probandi*), de manera que será necesario demostrar la perturbación del interés del tercero para efectos de realizar el respectivo juicio de ponderación por parte de quien lo alega, y no, como resulta evidente, imponer la carga de demostrar la *no afectación* a quien pide la medida.

La norma del 22 CPCA indica que el juez deberá “considerar” esta afectación, “ponderando” al efecto los daños y perjuicios que la medida provoque a los terceros “[...] *de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros*”.

905 Sobre la *heterogeneidad* de intereses públicos, véase la referencia a los desarrollos de GIANNINI y HÄBERLE en DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, pp. 372 y ss. Debemos reproducir aquí lo comentado por ROJAS CHAVES acerca de la teoría francesa del *balance* entre ventajas y desventajas como técnica de control del interés general a partir del carácter multipolar de la relación jurídico – administrativa “*derivado del enfrentamiento de diversos intereses, públicos y privados, los cuales pueden resultar tanto afectados como beneficiados por el acto cuestionado*”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 192). Sobre la técnica del *bilan* nos refiere la autora que “[...] *la presencia del interés general debe derivar del resultado de la comparación entre los inconvenientes que origina la medida (sean estos lesiones a derechos, lesiones a otros intereses públicos, el costo financiero, etc.) y la ventaja obtenida por el acto que se cuestiona. En la base de la aplicación del “bilan coût – avantages” está la consideración del carácter triangular de la relación administrativa. Esta no es una relación binaria entre administración administrado, interés público – interés privado. Por el contrario, hay una presencia multipolar, derivada del enfrentamiento de diversos intereses, públicos y privados, los cuales pueden resultar tanto afectados como beneficiados por la conducta cuestionada*”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 180). Haciendo referencia a la decisión conocida como *Ville Nouvelle Est* indica la autora como el Consejo de Estado estableció que “*una operación no puede legalmente ser declarada de utilidad pública si las lesiones a la propiedad privada, el costo financiero y eventualmente los inconvenientes de orden social que provoca son excesivos en relación con el interés que persigue. El interés público presente en ese acto puede oponerse a otros intereses públicos y al interés general. Ergo, la decisión administrativa puede enfrentar las diversas autoridades públicas así como el interés financiero de la colectividad*”. (Cfr. ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 181).

906 Véase DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 373.

907 DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 374.

MEDIDAS CAUTELARES

De esta forma, en nuestro juicio, la norma hace referencia, al igual que sucede con el interés general, a la afectación “grave” de la situación jurídica de terceros, no hace referencia a que tal afectación sea “irreparable”, sino todo lo contrario, se refiere a daños y perjuicios que, como hemos adelantado, guarden una relación de **mayor valía en el juicio de ponderación** con los contrapuestos en el caso dado. Al respecto la doctrina dispone:

*[...] una perturbación **grave**, y no de cualquier naturaleza o intensidad, de los intereses generales o de terceros no tiene por qué impedir que se adopte una medida cautelar que resulta necesaria para evitar que un recurso pierda su finalidad, pero no puede descartarse que así sea, según las circunstancias del caso concreto. De la misma manera que tampoco hay que descartar que la valoración del interés general pueda jugar, incluso, a favor de la adopción de la medida cautelar solicitada⁹⁰⁸.*

La afectación de la gestión sustantiva de la entidad pública o grave de la situación jurídica de terceros, mas no cualquier afectación, sí pueden constituir límites eventuales a la tutela cautelar. Pero el 22 CPCA no es otra cosa que la consagración legislativa de una **concreta técnica de valoración de intereses; es decir, del juicio de ponderación**.

Por otro lado, bien puede ocurrir lo contrario, que la protección del interés individual del promovente de la medida sea potenciada por el interés general. Tal situación sucedería, por ejemplo, si

la decisión administrativa no responde al interés general. Sería el caso, por ejemplo, de una decisión administrativa que lesione el ambiente. De modo que la ponderación puede llevar a establecer que el interés general no justifica que se mantenga la conducta administrativa, sea porque esa conducta le es indiferente o, bien porque es contraria a dicho interés⁹⁰⁹.

b) Acerca de la entrada en vigor del nuevo régimen cautelar (la disposición transitoria III del CPCA)

A estas alturas de nuestra investigación, debe ser evidente que el nuevo régimen cautelar es mucho más favorable para el promovente de una acción contencioso – administrativa, por constituir un cuerpo ordenado y coherente de regulación de la tutela cautelar. Sin embargo, restaría plantearse válidamente la duda de si el mismo, por ser norma procesal, tiene una eficacia inmediata y expansiva frente a aquellas conductas constituidas durante la vigencia de las pretéritas regulaciones; pero cuya impugnación se inició con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Código.

Este tema guarda relación con el problema planteado por las normas transitorias III y IV del CPCA, el cual fue el primero resuelto por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en su resolución n.º 00001-C-TC-2008 de las once horas cincuenta y cinco minutos del treinta de enero de 2008. En esa resolución, el Tribunal de Casación razonó:

*La duda surge respecto de una conducta administrativa que se trae a la sede jurisdiccional cuando ya ha entrado en vigencia la nueva legislación, pero que fue emitida, recurrida y resuelta en la sede administrativa con anterioridad al año 2008. El Tribunal Contencioso Administrativo estima en la resolución que se consulta, que el asunto **debe tramitarse bajo los nuevos cánones procesales**, frente a lo cual muestra su inconformidad la parte actora. Para la definición de este conflicto de competencia, ha de acudir al **Transitorio IV** de la Ley 8508 de 24 de abril del 2006, el que, con claridad y firmeza, establece que **los procesos iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia del mencionado Código, continuarán sustanciándose conforme***

908 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 620.

909 ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1º ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 186.

MEDIDAS CAUTELARES

a las normas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En otras palabras, el legislador optó por la no adecuación de los procesos ya iniciados antes de la entrada en vigencia de la nueva legislación, ponderando las dificultades que ello conlleva, la inseguridad jurídica que ello produciría y, el sobrecargo con que iniciaría la implementación de la nueva ley. Sin embargo, queda claro a la luz de esa misma norma (contrario sensu), que **todo proceso incoado a partir del 1 de enero del 2008, debe ser tramitado y resuelto conforme a las nuevas reglas establecidas por el Código de referencia, con independencia de la fecha en que se omitió, adoptó o recurrió administrativamente la conducta pública impugnada.** No otra cosa puede entenderse a la luz de lo señalado en el considerando anterior, y que se refleja en **la retroactividad de la norma más favorable**; en la vigencia inmediata de la norma procesal, en la igualdad de trato para los justiciables; en el principio de unidad de jurisdicción y en la eficiencia y eficacia del servicio público justicia. Todas estas razones jurídicas, aunadas a las necesidades reales e indiscutibles de la gestión e implementación de los “antiguos” y nuevos procesos, permiten a esta Sala concluir de manera indubitante, que de conformidad con el Transitorio referido (IV), **todo proceso interpuesto a partir del 1 de enero del 2008, ha de ser tramitado con las reglas procedimentales establecidas por el Código Procesal Contencioso Administrativo.** (Destacado de la transcripción)⁹¹⁰.

Es decir, a todos los procesos iniciados a partir del 1 de enero de 2008, sin importar su naturaleza, se le aplicarán en lo conducente las reglas procesales establecidas en el CPCA⁹¹¹, en cuenta y, muy especialmente, lo relativo a la tutela cautelar y su regulación, sin que para ello constituya óbice alguno lo dispuesto en el transitorio III del mismo Código que establece: “El régimen de impugnación de los actos que hayan quedado firmes en la vía administrativa antes de la vigencia del presente Código, se regirá por la legislación vigente en ese momento.”. Lo anterior ciertamente podría dar lugar a confusiones⁹¹², para citar solo un caso, el Dr. Enrique ROJAS FRANCO comenta el Transitorio III CPCA indicando: “El acto administrativo que quedó firme en vía administrativa, antes del 1° de Enero del 2008, se rige por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que era la vigente antes del 1 de Enero del 2008 y que fue derogada”⁹¹³.

910 En el mismo sentido, véase, por ejemplo, el voto del TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, resolución de las nueve horas cinco minutos del cinco de marzo de 2008, dictada dentro del expediente 08-100-161-CA.

911 Si el juicio es de conocimiento del Juzgado Contencioso Administrativo conforme a las reglas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el competente para conocer de las medidas cautelares es el Juzgado. En este sentido el fallo 9-F-TC-2008: “Conforme a la normativa vigente, corresponde al Juzgado que conoce del proceso principal, resolver respecto de este tipo de medidas cautelares, máxime si ese órgano ya ordenó suspender la ejecución del acto, que a su vez, se pretende ejecutar por esta vía. Por lo expuesto, deberá declararse la incompetencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda asentado en el Anexo A del Segundo Circuito Judicial para conocer de la solicitud de medida cautelar planteada y anular lo dispuesto y actuado por la Jueza Tramitadora de ese despacho. De igual forma, se debe dejar sin efecto la convocatoria a la audiencia oral prevista para el 27 de febrero próximo, y remitir el expediente al Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Edificio Principal del Segundo Circuito Judicial para la tramitación que corresponda.” (TRIBUNAL DE CASACION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. N.° 000009-F-TC-2008 de las ocho horas del veintidós de febrero del dos mil ocho).

912 Por ejemplo, al discutirse en subcomisión el Transitorio V (ahora III) del CPCA, el diputado Villanueva Monge (acta n.° 33 del 21 de julio de 2005) dijo: “Ahí está, dice: que las jerarquías impropias seguirán tramitándose igual de conformidad con el aparte tres, que dice: que el régimen de impugnación de los actos que hayan quedado firmes en la vida [sic] administrativa, antes de la vigencia del presente Código, se regirán por la legislación vigente a ese momento”. Cfr. COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor), PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo, texto oficial, anotado con las actas legislativas. 1°ed., San José, Costa Rica, 2007, p. 952. Con lo cual, parece ser que el diputado daba a entender que el “régimen de impugnación” del transitorio III incluía las “jerarquías impropias”, es decir, que en esos casos, se aplicaría el aparte tres y no el cuatro, con lo que todos sus trámites y recursos se regían por el transitorio III con la legislación vigente a ese momento. En otras palabras, de ahí se podría desprender otra interpretación a la sostenida por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

913 ROJAS FRANCO (Enrique). Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, p. 433.

MEDIDAS CAUTELARES

“Régimen”, según la Real Academia, significa “**Conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad**”⁹¹⁴. De conformidad con el numeral 129 de la Constitución Política, la regla general determina que las leyes son obligatorias y surten efectos a partir del día que en ellas se disponga; por lo que se podría pensar que el conjunto de “**normas**” que gobiernan o rigen la impugnación de los actos firmes en sede administrativa de previo a la vigencia del CPCA, se podrían referir tanto a las que regulan la impugnación por vía *excepcional* o *extraordinaria* – no así la ordinaria porque la norma se refiere a actos “firmes” en vía administrativa no susceptibles de tales recursos– como a su impugnación en la vía *jurisdiccional* y no solamente al plazo para acudir en impugnación al proceso jurisdiccional.

Sin embargo, la interpretación que el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ha hecho del transitorio III parte del principio de la *operatividad inmediata* de la norma procesal:

*[...] es harto sabido, que una vez derogada la norma, deja de surtir efectos; empero, es frecuente que el legislador disponga medidas transitorias que permiten ajustar y dimensionar la entrada en vigencia del nuevo marco jurídico, ponderando aspectos de conveniencia, así como protección de situaciones consolidadas al amparo del régimen derogado, o bien, el resguardo de derechos adquiridos. A raíz de ello, se presentan frecuentes casos en los que opera una ultra-actividad (supervivencia) de la norma derogada, que aplican de manera excepcional y en los casos expresamente previstos, con la sana finalidad de no producir distorsiones o afectaciones a esas situaciones que eran reguladas en un marco jurídico distinto. **Para las normas procesales, rige además el principio conforme al cual son aplicables en forma inmediata a partir de su vigencia, y en algunos casos, incluso con efecto retroactivo favorable**, en plena consonancia con lo dispuesto por el artículo 34 constitucional y de acuerdo con el derecho de igualdad, ambos, con raigambre y rango del máximo nivel. (TRIBUNAL DE CASACION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Res: n.º 00001-C-TC-2008 de las once horas cincuenta y cinco minutos del treinta de enero de 2008, destacado de la transcripción).*

Así, el criterio vigente del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda establece lo siguiente:

III.- El contenido del Transitorio III de la normativa que nos ocupa, en modo alguno debe llevarnos a conclusiones equivocadas, pues dicho precepto apunta y regula a situaciones distintas al régimen procesal establecido para los conflictos jurisdiccionales iniciados a partir del 2008. En dicho numeral, se establece, con igual claridad, que el régimen de impugnación de los actos firmes en sede administrativa antes de la vigencia del presente Código, se regirá por la legislación vigente en ese momento. No podía ser de otra forma, pues de no ser así, la inseguridad y el caos jurídico se apoderarían de nuestro régimen impugnativo. En efecto, **ese Transitorio III alude al régimen de impugnación que por vía de recurso excepcional o extraordinario pueda caber contra la conducta recaída en firme** (verbigracia, recurso extraordinario de revisión, o, apelación fuera de los plazos normales por virtud de nulidad absoluta). **Asimismo, se refiere a los plazos para acudir al proceso jurisdiccional luego de que la conducta administrativa alcanzó la condición de firme (plazo de caducidad de la acción)**. De esta manera tendríamos que el plazo normal para impugnar jurisdiccionalmente un acto que alcanzó firmeza antes del 2008, será, en principio, de dos meses; mientras que si se trata de la nulidad absoluta, dicho plazo se extenderá a cuatro años, conforme el régimen de impugnación consagrado en el artículo 175 de la Ley General de la Administración Pública antes de la reforma incorporada por el mismo Código Procesal Contencioso Administrativo. Como se puede ver, **los Transitorios III y IV regulan hipótesis muy diversas, debiéndose acudir al IV para lo concerniente a la atribución de competencia y para la fijación de las reglas de trámite que se aplicarán a los procesos iniciados antes y después del Código tantas veces citado**. **IV.- En consecuencia, a tenor de las razones y citas legales expuestas, debe atribuirse el conocimiento de este asunto al Tribunal Contencioso Administrativo asentado en el Anexo A del Segundo Circuito Judicial para que lo tramite y resuelva de acuerdo con las reglas procedimentales consagradas en el Código Procesal Contencioso Administrativo, dentro de las que se incluyen, por supuesto, las audiencias orales.** (TRIBUNAL DE CASACION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Res: n.º 00001-C-TC-2008 de las once horas cincuenta y cinco minutos del treinta de enero de 2008, destacado de la transcripción).

914 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 21º ed., T.II, Madrid, España, 1992, p. 1755.

MEDIDAS CAUTELARES

Por lo tanto, cualquier hipotética disyuntiva en lo que debe entenderse por “régimen de impugnación” en el aparte transitorio III del CPCA, debe ser entendido en la forma dicha, lo cual, además, y para lo que nos interesa, resulta mucho más favorable para el derecho a la tutela cautelar efectiva, en tanto les resulta aplicable a todos los procesos interpuestos con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Código, independientemente de la fecha en que quedó firme en la vía administrativa el acto, las reglas sobre tutela cautelar contenidas en la nueva regulación.

Por último, cabe analizar la hipótesis de que se intente la **acumulación** de un juicio presentado con posterioridad a la vigencia del CPCA a otro juicio iniciado bajo la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Nuestra jurisprudencia ha resuelto recientemente que en la hipótesis antes señalada se incumple el requisito de la tramitación común como presupuesto procesal de la acumulación. A continuación se inserta el razonamiento del Tribunal Contencioso Administrativo:

“II. Sobre la tramitación común como presupuesto procesal de la acumulación. *Dispone el artículo 125 del Código Procesal Civil, aplicable por la dispensa del ordinal 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que los procesos son acumulables en los siguientes eventos: a) Cuando las pretensiones tengan identidad de elementos; b) Cuando exista conexión, c) Cuando la competencia sea común; d) Cuando la tramitación sea común. Adjetiva y procesalmente, debe entenderse por común, el compartir las mismas características, en el presente, en ambos cuerpos normativos procesales. De esta manera, interpretando correctamente lo establecido en el mencionado ordinal 125 del Código Procesal Civil, debe entenderse que el requisito para la acumulación, consistente en la necesidad de que exista tramitación común, tiene una imperiosidad que si bien lo hace acumulativo con los otros, las palabras contenidas en el último párrafo de la norma “...Es necesario, además, ...”, hace surgir el requisito de la tramitación como obligatorio, sine qua non, lo que eleva a imperiosidad la tramitación común – en ambos procesos a acumular – como elemento determinativo de la misma. A su vez, recuérdese, que siendo este Tribunal el llamado a dirimir el tema por ser el superior del órgano jurisdiccional que tramita el asunto cursado inicialmente – el presente – (doctrina del numeral 128 del mismo cuerpo de cita), su normativa aplicable es la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyo canon 103, según se dijo, a partir de la aplicabilidad supletoria del Código Procesal Civil por imperio de ley, es de todo suerte, lo que hace emerger a la aplicación concreta el aludido artículo 125 del Código de Rito, sea, que el tema de la tramitación común emerge a la discusión jurídica y se impone ante cualquier otro ejercicio jurídico, razones por las cuales la consecuencia inmediata de una adaptación jurídica ajena a normativa de orden público y de obligado acatamiento, resultaría contraria a la ley, eliminándose ante estas disposiciones expresas las tesis de ejercicios integrativos del derecho por ausencia o insuficiencia normativa, según se deduce de la resolución en revisión, cuando ello no es necesario bajo la visión apropiada que merece el instrumento procesal traído a análisis. Irrefutable que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Código Procesal Contencioso Administrativo tienen elementos jurídico – procesales disímiles en materia de tramitación, siendo muchos los ejercicios ejemplificativos que pueden justificar esta afirmación: interposición, agotamiento de vía administrativa, publicación de edictos, deducción de demanda, etc., en uno; rito propio de la audiencia preliminar, facultad procesal de ampliación, adaptación, ajuste o aclaración de las pretensiones, etc., en el otro. Así, acumular ambas acciones sería violentar el bueno orden judicial al no existir identidad de trámites previstos para procesal ambas acciones, también en protección plena de la lógica procedimental que imponen dos cuerpos normativos no comunes – radicalmente – en materia de tramitación, todo lo que hace resultar improcedente la acumulación gestionada, al no cumplirse con el requisito final dispuesto imperativamente en el ordinal 125 del Código Procesal civil, último párrafo, siendo de recibo los recursos interpuestos.” (Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Primera, resolución n.º 53-2012-I de las quince horas cuarenta minutos del veinte de febrero de dos mil doce).*

MEDIDAS CAUTELARES

c) Homogeneidad e improcedente anticipación de la resolución de fondo

La doctrina nacional, entre ella ROJAS FRANCO, ha señalado reiteradamente este límite del proceso cautelar. Así, citando a ARGÁÑARAS, el autor referido indica que en ese caso: “*La medida dejará de ser la preventiva que la Ley autoriza, para convertirse en el cumplimiento anticipado de una sentencia favorable al reclamante*”. (En *Jurisdicción Contenciosa Administrativa de Costa Rica. T.II, Editorial Imprenta Nacional, San José, 1995, p. 956*).

No vamos a volver aquí sobre las distinciones entre la *funcionalidad de la medida* y la *homogeneidad*, ni menos aún sobre las reflexiones sobre el *adelanto de criterio* sobre el fondo del asunto que ya vimos *supra*, y a las cuales nos remitimos. Sin embargo, basta aquí indicar lo siguiente con respecto a la denominada “*homogeneidad*”.

GONZÁLEZ CAMACHO destaca como la *homogeneidad*: “*la semejanza que se pregona necesaria, entre las cautelares y las medidas ejecutivas, con la expresa y reiterada advertencia de que tampoco han de ser idénticas*”⁹¹⁵. Es decir que “*una medida cautelar es tanto más eficaz cuando más se parece a la correspondiente medida que integrará la futura ejecución y sólo la prudencia y el respeto por los derechos de quien aún no ha sido condenado (y puede que nunca lo sea) marcan los límites de esta similitud*”⁹¹⁶.

Pero también nos aclara el autor, con cita de CALDERÓN CUADRADO que

*el error inicial viene referido a esa preordenación de las medidas cautelares respecto a la ejecución. Sin fundamentación normativa, toda la teoría de la homogeneidad descansa en la idea de que la tutela cautelar sólo tiene sentido en función de la ejecución forzosa. Sin embargo, el legislador con un planteamiento mucho más amplio nos habla de asegurar la efectividad de la sentencia y en tanto en cuanto, esa efectividad deba garantizarse a través de una medida **no simplemente parecida** sino incluso idéntica en todo o en parte a la ejecutiva, estaremos dentro del cumplimiento estricto de la función encomendada [...]*⁹¹⁷.

Esto mismo es predicable del CPCA que en su artículo 19 no nos habla de la ejecución forzosa de la sentencia, sino de *efectividad de la sentencia* que es **mucho más amplio**⁹¹⁸, pues comprendería no solo las “*sentencias condenatorias, con exclusión de los pronunciamientos meramente declarativos o constitutivos, en los que obviamente sí se adoptan medidas precautorias que tienden a la eficacia práctica de la sentencia estimatoria en pro del victorioso*”⁹¹⁹. Es decir, en el CPCA están incluidos expresamente tales supuestos completos. Con esto, concluimos con el autor de cita que las medidas cautelares “[...] *bien pueden ser incluso idénticas a la sentencia final de fondo o a la medida ejecutiva imprescindible en el futuro, a condición de que sean instrumentales y por ende, provisionales y reversibles*”⁹²⁰.

915 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 32.

916 FERNÁNDEZ LÓPEZ citado por GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 33.

917 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 34.

918 Ya hemos dicho antes que la tutela cautelar engarza aquí no solo con la eficacia de la sentencia, sino también con el objeto del proceso, lo cual refleja la concepción amplia que enlaza la instrumentalidad de dichas medidas **directamente con la tutela judicial del derecho e interés legítimo** y no solamente con la eficacia práctica de la sentencia de fondo. Es decir, las medidas cautelares serán un **instrumento al servicio de la efectividad real de la tutela judicial**. Bien ha dicho la doctrina que “[...] *el Código pretende tutelar no solo la efectividad de la sentencia, como es lo usual, sino también la posición o situación jurídica de la parte, que aparentemente litiga con razón*”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. *Código Procesal Contencioso Administrativo comentado*. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 146).

919 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 34.

920 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). *La Justicia Administrativa*. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 34.

MEDIDAS CAUTELARES

Con estos argumentos, como resulta obvio, hemos llegado al tema de las situaciones irreversibles, del cual de seguido esbozaremos algunos comentarios.

d) Situaciones irreversibles

La doctrina ha manifestado que

*sería improcedente la medida positiva cuando con ella se genere una situación de **carácter irreversible**, es decir, cuando siendo idéntica o similar a la pretensión principal, resulte luego de muy difícil o imposible restitución o, disolución retroactiva, bien sea desde del punto de vista fáctico, bien desde una perspectiva jurídica⁹²¹.*

En otro apartado, el autor explica:

Lo verdaderamente vedado al Juez, como derivación de este principio limitativo [se refiere a la prohibición de anticipar resolución de fondo], es la imposición de una conducta administrativa (llámese acto o no), que requerida como medida cautelar, consuma irreversiblemente su contenido y sus efectos, dejando al vacío el contenido de un eventual fallo desestimatorio posterior, por haberse consolidado y los derechos del accionante. En este caso, sí se habría prejuzgado con la medida cautelar, pero ello no se puede trasladar a la prohibición genérica de conceder un acto de modo temporal y provisional. En otras palabras, se prejuzga en tanto se resuelve (fáctica o jurídicamente) de manera definitiva e irreversible sobre la pretensión principal, lo que tampoco impide la coincidencia con ésta, a condición de su posible reversibilidad⁹²².

Sin embargo, el mismo autor de cita reconoce que la

irreversibilidad de la medida, no puede verse sin embargo separada del objeto principal del proceso, pues por sí sola, o aisladamente, podría convertirse en una limitación excesiva, dado que, muchas de ellas, alejadas del fondo del asunto, son en multiplicidad de situaciones de carácter irreversible y no por ello inadmisibles⁹²³.

Y para esto acudía a ejemplos claros, como la autorización de un examen al alumno al que se le niega la admisión al curso lectivo; pero, incluso va más allá y nos dice que en casos límite que califica de “**muy calificados y de urgencia excepcional**”⁹²⁴, por ejemplo, la autorización de una manifestación política denegada por la Administración, sería imposible pensar en la irreversibilidad como límite a la tutela cautelar. Es decir, como bien señala el autor al concluir la “*irreversibilidad inflexible impuesta como limitación a la medida positiva, podría dar pie en algunos casos, a la infracción de tutela cautelar efectiva impuesta ya como derecho fundamental [...]*”⁹²⁵.

El mismo autor de cita reconoce que en esos casos calificados de urgencia excepcional, sí es procedente imponer tutela cautelar, incluso mediando, en principio, una satisfacción o anticipación de las ventajas buscadas en el juicio principal.

921 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 184.

922 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 159.

923 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 184.

924 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 185.

925 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 185.

MEDIDAS CAUTELARES

Al respecto GONZÁLEZ CAMACHO expone con toda razón:

*en esos casos, habrá situaciones especialmente calificadas y excepcionales, en las que el objeto del litigio se resuelve por el transcurso del tiempo con anterioridad a la resolución del proceso principal. O sea, cuando la definitiva resolución de fondo llegue necesariamente tarde. Allí, el derecho a la tutela judicial efectiva se impone a cualquier otra limitación procesal, y exige la concesión del acto, cuyas consecuencias y efectos podrían sujetarse en algunos casos a lo que se resuelva en sentencia definitiva, pero en otros no. Es la situación que se presenta, por ejemplo, cuando uno de los miembros de una organización en principio expulsado, acude al Juez para que se le autorice la asistencia y voto en la asamblea próxima a realizarse [...] O con las prestaciones necesarias para la existencia humana, o, por último, con la pérdida de productos perecederos. // En todo caso, no se debe olvidar que todos estos supuestos controvertidos, pueden quedar sujetos a condiciones específicas (resolutorias o extintivas, dentro de las que figura la sujeción a lo que se resuelva en sentencia), que hacen del derecho o situación otorgados, una situación provisional y precaria, y, por ende, plenamente revocable y susceptible de ser retrotraída, que se puede garantizar además, con cualquiera de las conocidas medidas de contracautela [...]*⁹²⁶.

Ahora bien, al posibilitar el Código la imposición de cualesquiera medidas cautelares “*adecuadas y necesarias*” que podrán contener ya sea la *conservación*, o bien, efectos *anticipativos o innovativos*, en general, mediante la regulación o la satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídico sustancial, nos atrevemos a afirmar aquí que la regulación positiva apreciada en su conjunto da cabida, incluso, para lo que se ha llegado a denominar **tutela autosatisfactiva en casos límite (“muy calificados y de urgencia excepcional”)**⁹²⁷.

926 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, pp. 159-160.

927 En contra de esta posición puede verse el criterio de ROJAS CHAVES, para quien el carácter instrumental y provisional de la medida “[e]n los términos del Código eso significa que la medida cautelar no puede ser autosatisfactiva, lo que no excluye que en la práctica lo llegue a ser”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 159) y: “La revocabilidad se refiere, entonces, a que el juez conserva el poder de modificar o revocar lo acordado si varían las circunstancias. Lo cual implica que le está prohibido dictar medidas que provoquen una situación irreversible, como si se tratase de los efectos propios de la sentencia definitiva. Lo que reafirma que la medida no puede prejuzgar la decisión sobre el fondo”. (ROJAS CHAVES (Magda Inés). En: AAVV. Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, p. 174). En nuestra opinión, tal como se verá, en casos límite de calificadísima urgencia, sostenemos que debe imponerse el derecho fundamental a la tutela efectiva de la situación jurídico – subjetiva del solicitante. Es decir, admitimos que en casos límite (muy calificados de urgencia excepcional), se pueda emitir tal clase de tutela cautelar de carácter restrictivo en su aplicación, ya que implica en la práctica una satisfacción definitiva del reclamo que satisface en sí misma el objeto del eventual fallo, sin que esto no prejuzgue al tribunal de mérito al momento de resolver el fondo del caso ni sobre los hechos ni sobre el derecho objeto de la controversia. En nuestra opinión, por regla, requerirá tal medida de audiencia –aunque esta sea reducida a límites mínimos– porque no tendría sentido habiéndose adoptado la medida irreversible que se otorgue luego de audiencia a las partes sin efectos suspensivos, ya que en el tal caso la audiencia carecería de sentido, salvo para luego establecer eventuales responsabilidades derivadas de lo hecho. Por tanto, la medida *inaudita altera parte* no puede ser, por regla general, autosatisfactiva, claro está, salvo que las circunstancias de extrema urgencia, suficientemente acreditadas mediante prueba idónea, impongan al juzgador la solución cautelar sin la audiencia al destinatario de la medida. Sin embargo, tales casos serán extremos de colisión de valores fundamentales y de muy restrictiva interpretación al estar en juego una garantía de rango constitucional.

MEDIDAS CAUTELARES

Aunque, si bien tales clases de tutela no participarían, en los términos del Código, de *autonomía*, en el sentido de estar desvinculadas totalmente del proceso principal, tal como se explicó *supra*, es decir, una especie de medida *autosatisfactiva*, aquella cuyo resultado anticipatorio hace **prácticamente inútil la resolución de fondo**, es posible en la nueva regulación contenciosa⁹²⁸.

928 También denominada *tutela satisfactiva autónoma* o *cautela material*, lo que caracteriza a tal tipo de medida es que, una vez despachada, surte efectos provisionalmente iguales a los que tendría la sentencia definitiva, de modo que si no se revoca, es el equivalente a una solución final del conflicto. Según DE LÁZZARI: “*el rasgo identificador de la cautela material consiste en que el resultado de la actividad anticipatoria prácticamente hace inútil la decisión de fondo, desde que la modificación operada en el mundo exterior aparece, en los hechos, como irreversible*”. Referenciado por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 34. Otros, tales como PEYRANO, llaman a la esencia de esta categoría el que “*el reclamo formulado al órgano jurisdiccional se agota con el despacho favorable de la medida, que por ello recibe la denominación de “satisfactiva autónoma” o “autosatisfactiva”, no siendo necesario interponer una acción posterior, dentro de un plazo cierto y determinado, para evitar la caducidad de la medida dispuesta*”. (Ibid.). En este sentido, no podemos decir que el CPCA permite una medida autosatisfactiva autónoma desvinculada de todo proceso, ya que si bien el Código permite medidas *ante causam*, no permite medidas sin causa y desvinculadas enteramente de un proceso principal, el Código no lo prevé, pero podría hacerlo en un futuro y podría introducirse como un tema de *lege ferenda*. En la práctica, muchos litigantes intentarán una medida cautelar de cuyo resultado práctico dependerá, si el juicio se sostiene o se desiste, por lo que, sería útil su regulación. No obstante, debemos admitir también que el sentido amplio de tutela en el CPCA cubre incluso medidas que trascienden el sentido clásico de la tutela cautelar y podrían anticipar de manera equivalente los efectos de una eventual resolución de fondo. Es decir, medidas que con su despacho favorable alcanzan la consumación del interés subjetivo, lo cual, para algunos como KIELMANOVICH, es suficiente para hablar de medida autosatisfactiva, lo cual apoyamos. (Véase SIMÓN PADRÓS, op. cit. p. 39 nota 73). Otros autores aceptan como nota específica de las medidas autosatisfactivas la ausencia de sustanciación. Sin embargo, tal característica no es suficiente –ya que no toda medida *inaudita altera parte* constituye una solución de tutela autosatisfactiva, bien podría una medida dictada sin audiencia (art. 25) tener efectos enteramente reversibles y no equivalentes al que se busca con el proceso principal– ni tampoco puede sostenerse como regla general. Una medida que agota el conflicto y lo resuelve de una vez necesita por regla de una audiencia para salvar su validez constitucional. No tendría sentido que, habiéndose adoptado la medida irreversible, se da audiencia a las partes sin efectos suspensivos, pues en tal caso la audiencia carecería de sentido. En efecto, en nuestra opinión, la medida *inaudita altera parte* no puede ser, por regla general, autosatisfactiva, claro está, salvo que las circunstancias de extrema urgencia, suficientemente acreditadas mediante prueba idónea, impongan al juzgador la solución cautelar sin la audiencia al destinatario de la medida. No obstante, tales casos serán extremos de colisión de valores fundamentales y de muy restrictiva interpretación al estar en juego una garantía de rango constitucional. Un ejemplo de tales cautelares con efectos “autosatisfactivos” en la práctica puede ubicarse dentro del expediente 09-3428-1027-CA (R.H contra el Ministerio de Salud) en donde la solicitante es propietaria de un rancho para fiestas y solicita al Ministerio de Salud permiso para realizar actividades los días de fin de año (25 de diciembre y 01 de enero). Sin embargo, el Ministerio de Salud deniega el permiso para las actividades, ante lo cual la interesada solicita de forma provisionálísima que la dejen realizar las actividades en esas fechas por ser precisamente ese su interés, ya que, pasado el fin de año, no tendría sentido la medida. El juez encargado del caso resuelve de forma provisionálísima otorgar la medida cautelar solicitada y permitir la realización de las actividades, aunque la audiencia se conteste luego de pasado el fin de año. Nótese que el interés subjetivo de la solicitante era precisamente realizar las actividades el fin de año y, por esta vía, se otorgó la medida solicitada. Más aún el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha admitido finalmente que “*la cautela significa esto: prevenir, garantizar, proteger en definitiva. Puede haberlas en algunos casos si las hay de carácter autosatisfactivo en la medida en que cumple su función casi resolviendo el proceso ahí mismo, en la medida en que son, algunas veces, de naturaleza irreversible*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución n.º 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve. La transcripción es propia dado que se trata de un fallo oral, el video puede observarse en la página web del Tribunal. En el mismo sentido el fallo n.º 95-F-TC-2009). Un caso que podría asemejarse a una medida “autosatisfactiva” fue resuelto en el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso 129-F-TC-2009 al suspenderse órdenes de desalojo inmediato de varios precarios, y en su lugar ordenarse el traslado planificado y coordinado de las personas, de manera gradual, garantizando condiciones de salubridad y bienestar social; medidas que el Tribunal incluso llega a calificar como “tutelares”, es decir, que atienden bienes jurídicos fundamentales, protegidos por los principios constitucionales y de los derechos humanos, y que requieren una actuación inmediata.

MEDIDAS CAUTELARES

Por ejemplo, en el caso de que la Administración competente decida arbitrariamente designar al **receptor de un trasplante de órgano vital**, y luego, el perjudicado con la decisión impugna solicitando que se anule la conducta administrativa y se le dé –como tutela– el trasplante que necesita antes de que sea demasiado tarde para su vida. Tal medida, una vez concedida, equivale lisa y llanamente a la solución final de la causa y, una vez ejecutada, aparece, en los hechos, como irreversible⁹²⁹.

Podría argumentarse en contra de la posición que aquí sostenemos el hecho de que el código habla de *medidas cautelares* y no de otra cosa, por lo que, siguiendo esa línea de razonamiento, no cabrían las medidas con efectos autosatisfactivos, ya que equivaldrían, en la práctica, a la anticipación de la sentencia de fondo.

Sin embargo, cabe ahora recordar lo dicho al inicio de estas líneas, toda construcción debe atender al sentido de justicia y tutela efectiva que inspira el Código de lo contencioso, o será más frágil que el cristal. El articulado en su conjunto da pie para llenar con un contenido amplio el término “*medida cautelar*”, y da como resultado que las medidas aceptadas por el CPCA involucren tanto las meramente declarativas, como las constitutivas, de condena o mixtas.

CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA también ha indicado que

en determinados supuestos en que la actuación administrativa lo es de tracto único, esto es, a plazo fijo y se agota en sí misma, la dispensa de la tutela cautelar ha de producir, por la fuerza de las cosas, efectos irreversibles que se asemejan —aunque no se identifican— con los efectos de la sentencia final. Estoy pensando, por ejemplo, en el caso, tantas veces citado, de la medidas cautelares sobre la fijación de servicios mínimos en caso de huelga: una decisión judicial como la que fue objeto de consideración en el recurso de amparo fallado por la STC 148/1993 por su propia naturaleza se convierte en irreversible, tanto si corrobora como si restringe el acto administrativo de imposición de servicios mínimos⁹³⁰.

Además, se pone como ejemplo lo resuelto en el auto del 6 de mayo de 1999 de la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo Español en el siguiente sentido:

En casos como el presente el elemento temporal desempeña un papel predominante: se trata, en efecto, de suspender, o no, un Acuerdo del Consejo de Ministros cuya eficacia temporal dura, en realidad, ocho meses, esto es, el tiempo en que se amplía la moratoria preexistente para que Telefónica S.A. inicie sus actividades en el sector de las telecomunicaciones por cable. En la medida en que ello es así, puede afirmarse que la demora en conceder la tutela cautelar privaría al recurso de su finalidad legítima, pues una respuesta de la Sala estimatoria de aquél, pero tardía, no habría impedido la producción de todos los efectos jurídicos eventualmente dañinos para el recurrente, derivados de la ejecución del acuerdo contrario al ordenamiento jurídico. Es cierto que el ulterior reconocimiento del derecho a ser indemnizado mitigaría aquellos efectos —en lo que pudieran tener de significación puramente económica— pero ello no es suficiente, a la luz de la nueva regulación legal, para privar a la parte de su derecho a obtener, cuando proceda, la tutela cautelar⁹³¹.

929 Así se ha manifestado en doctrina que “El campo de aplicación de las medidas autosatisfactivas se encuentra frecuentemente vinculado con ciertas autorizaciones judiciales, dictadas en el marco de procesos especiales, donde la naturaleza de los intereses en juego demanda la inmediata actuación de los jueces y tribunales para evitar la pérdida irremediable del derecho. En general, se mencionan aquellos casos de autorizaciones ordenadas a requerimiento de autoridades sanitarias u hospitalarias – particularmente en supuestos de intervenciones quirúrgicas de extrema urgencia, en las que el paciente no se encuentra en condiciones de prestar consentimiento y no existen parientes próximos que suplan la voluntad del sujeto - , las promovidas por miembros de ciertas minorías religiosas – como los Testigos de Jehová– , o bien aquéllas fundadas en cuestiones de salud pública que, por su gravedad y urgencia, impiden cualquier dilación en la inmediata resolución del asunto”. SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, pp. 36-37.

930 CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (Manuel). *Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativo de 1998*. En: Revista de Administración Pública N.º 149 (mayo-ago. 1999), p. 119.

931 Citado por CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (Manuel). *Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativo de 1998*. En: Revista de Administración Pública. N.º 149 (mayo-ago. 1999), pp. 119-120.

MEDIDAS CAUTELARES

Un ejemplo de tales medidas cautelares con efectos “autosatisfactivos” en la práctica puede ubicarse dentro del expediente 09-3428-1027-CA (R.H contra el Ministerio de Salud). La solicitante es propietaria de un rancho para fiestas y solicita al Ministerio de Salud permiso para realizar actividades los días de fin de año (25 de diciembre y 01 de enero). Sin embargo, el Ministerio de Salud deniega el permiso para las actividades, ante lo cual la interesada solicita de forma provisionalísima que la dejen realizar las actividades en esas fechas por ser precisamente ese su interés, ya que, pasado el fin de año, la medida no tendría ningún sentido.

El juez encargado resuelve este caso, particularmente ilustrativo, de forma provisionalísima y otorga la medida cautelar solicitada permitiendo la realización de las actividades, aunque se conteste la audiencia luego de pasado el fin de año. Nótese que el interés subjetivo de la solicitante era precisamente realizar las actividades el fin de año y, por esta vía, se otorgó la medida solicitada.

Más aún el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo ha admitido finalmente que “*la cautela significa esto: prevenir, garantizar, proteger en definitiva. Puede haberlas en algunos casos si las hay de carácter autosatisfactivo en la medida en que cumple su función casi resolviendo el proceso ahí mismo, en la medida en que son, algunas veces, de naturaleza irreversible*”⁹³².

Así, debemos concluir que la enorme flexibilidad y la amplitud del sistema de cautela que introduce el CPCA no dan ocasión para limitar *a priori* el contenido de las medidas que se pueden ordenar o decretar, ni menos aún para limitar la existencia de tales medidas incluso con efectos “autosatisfactivos”.

No obstante, cabe señalar, que en estas **el margen de convicción superará en grado sugerido para la clásica medida cautelar**, exigiendo si bien no certeza lo que el derecho norteamericano denominaría una “*evidencia clara y convincente*” (*clear and convincing evidence*)⁹³³, tal como se destacó al tratar el *fumus boni iuris*, pues el juicio de verosimilitud o de probabilidad no se presenta como bloque monolítico, sino que contiene varios grados que se corresponden a la naturaleza de la medida que se adopta⁹³⁴.

Además, podríamos señalar como particularidades de la medida de tutela cautelar con efectos autosatisfactivos, el hecho de que, en nuestra opinión, por regla, requerirá de audiencia –aunque esta sea reducida a límites mínimos– y es de carácter restrictivo su aplicación, ya que implica en la práctica una satisfacción definitiva del reclamo que satisface en sí misma el objeto del eventual fallo final, anotando entonces una restricción inicial a la posibilidad de tutela *inaudita parte*⁹³⁵.

932 Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Resolución n.º 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve. La transcripción es propia dado que se trata de un fallo oral, el video puede observarse en la página web del Tribunal. En el mismo sentido el fallo n.º 95-F-TC-2009. Un caso que podría asemejarse a una media “autosatisfactiva” fue resuelto en el fallo del Tribunal de Casación de lo Contencioso 129-F-TC-2009 al suspenderse órdenes de desalojo inmediato de varios precarios, y en su lugar ordenarse el traslado planificado y coordinado de las personas, de manera gradual, garantizando condiciones de salubridad y bienestar social; medidas que el Tribunal incluso llega a calificar como “tutelares”, es decir, que atienden bienes jurídicos fundamentales, protegidos por los principios constitucionales y de los derechos humanos, y que requieren una actuación inmediata.

933 Véase en este sentido, la opinión de Abraham VARGAS referido por SIMÓN PADRÓS (Ramiro). La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, p. 35.

934 Con respecto a este punto véase, por ejemplo, lo resuelto por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo en el fallo 79-A-TC-2008 donde se indica que la apariencia de buen derecho en materia de expropiaciones debe ser “reforzada”: “*por las características de la potestad expropiatoria, considera este Órgano, se requiere de un “fumus reforzado”, pues no cualquier probabilidad de sentencia estimatoria debe llevar a la paralización de las obras o la prestación de servicios que realiza la Administración y que, precisamente justifican la adopción del decreto expropiatorio de base.*” (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución n.º 79-A-TC-2008 de las ocho horas diez minutos del ocho de agosto de dos mil ocho).

935 Como hemos dicho, no tendría sentido que, habiéndose adoptado la medida irreversible, se otorgue audiencia a las partes sin efectos suspensivos, pues en tal caso la audiencia carecería de sentido. En efecto, en nuestra opinión, la medida *inaudita altera parte* no puede ser, por regla general, autosatisfactiva, lo dicho, claro está, salvo que las circunstancias de extrema urgencia, suficientemente acreditadas mediante prueba idónea, impongan al juzgador la solución cautelar sin la audiencia al destinatario de la medida. Sin embargo, tales casos serán extremos de colisión de valores fundamentales y de muy restrictiva interpretación al estar en juego una garantía de rango constitucional.

MEDIDAS CAUTELARES

Ahora cabe agregar también que, como fue indicado por la doctrina señalada, tales medidas deben ser debidamente objeto de contracautelas y sujetas a las condiciones, términos, modos o garantías que el juez considere adecuados y necesarios para proteger los derechos e intereses en juego.

e) Arbitrariedad judicial y discrecionalidad judicial

Nos dice JINESTA LOBO que hay un grado de “*discrecionalidad judicial*” en la determinación del contenido de una tutela cautelar:

La discrecionalidad del órgano judicial para definir el contenido de las medidas que ordena es “secundum legem”, puesto que, deben ser “adecuadas” y “necesarias” para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso - pretensión y las situaciones jurídicas sustanciales contenidas en ésta- y la efectividad de la sentencia de mérito. Desde luego, que, únicamente, operan los límites intrínsecos (presupuestos, características estructurales, como la instrumentalidad y la provisionalidad, y la función de la tutela cautelar) y extrínsecos (principios dispositivo, de congruencia, debido proceso, proporcionalidad, “favor libertatis”, etc.)⁹³⁶.

Como veremos, es cierto que el régimen de tutela cautelar implica el **arbitrio judicial**, mas nunca la arbitrariedad judicial en lo que al tema respecta.

El hecho de que el Código le otorgue al juez un papel protagónico no lo convierte en un tirano, lo cual nos lleva a la conocida fábula del búho y el zorro. El Dr. Hugo Alfonso MUÑOZ QUESADA nos narra:

El zorro tenía problemas de asma y fue a consultar a la lechuza, quien, ante los problemas del zorro sentenció: muy fácil ¡hágase pez! y entonces se fue el zorro con la respuesta; pero luego se devolvió donde la lechuza y le dice: usted me dijo que me hiciera pez pero ¿cómo me hago pez?, la lechuza responde: yo le di la solución ¡usted verá cómo!⁹³⁷.

El juez no puede ser como la lechuza de la historia. Debe haber siempre un ejercicio racional y razonable del Poder Judicial. La tutela cautelar no se puede imponer a cualquier costo, pasando por encima de terceros y ocasionando daños innecesarios al interés público y las situaciones de aquellos.

Dicha racionalidad debe manifestarse en la **coherencia** de las medidas. Así, hay un límite *lógico – jurídico* a las medidas cautelares dispuestas por el juez. Hemos señalado que

*en el juicio cautelar desplegará toda su virtualidad la doctrina según la cual la congruencia no requiere una correlación literal entre las pretensiones de las partes y la resolución que se dicte, sino que simplemente impone **una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes**, no exigiendo otra cosa sino que **el Tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad**⁹³⁸.*

936 JINESTA LOBO En: JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, pp. 182-183.

937 Parfraseando la narración que nos fuera dada en entrevista al Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada. Sobre la ejecución sustitutiva. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Realizada por José Álvaro López Camacho el 21 de octubre de 2006.

938 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 602-603. En el texto se hace referencia a expresiones literales del Tribunal Supremo Español del 8 de julio de 1997, Sala Tercera, RA 6211; y del 25 de mayo de 1995, Sala Primera, RA 4128.

MEDIDAS CAUTELARES

El límite será, en este caso, la racional adecuación del fallo a las pretensiones sustanciales de las partes y los hechos sometidos a su conocimiento. Esto es, no la vigencia de correlación literal, pues, tal como hemos indicado, una vez instada la cautela, los poderes de dirección del juez entran en operación, sin que haya vulneración del debido proceso.

En esto no hay vulneración del derecho de defensa, pues la **sustancia** de lo pedido, como afirma CHINCHILLA MARÍN “por definición, tiene que ser el aseguramiento de la efectividad de la resolución que ponga fin al proceso”⁹³⁹, o bien, en los términos del CPCA “proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia” (art. 19).

En otras palabras, una vez que se insta la **cautela**, el juzgador ejerce sus poderes de dirección del proceso, sin que por eso vea empañadas su imparcialidad ni la habilitación legal de su actuación. El límite será entonces **una racional adecuación no exigiendo otra cosa, sino que el tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad**.

Si se desconocen esos límites, so pretexto de hacer posible una tutela efectiva, o bien, se excede en la ejecución de lo dispuesto (vicio de *exceso de jurisdicción*) intervendrá necesariamente la censura judicial de un órgano superior (artículos 27, 28 y 30 CPCA).

De hecho, debemos recordar que inicialmente

*el recurso por excès de pouvoirs (en plural) antes de ser creado por el Consejo de Estado francés a lo largo del siglo XIX, estaba pensado (desde las Constituciones de 1791 y del año III y de la ley de 27 ventoso del año VIII) no para los actos administrativos sino para anular las resoluciones judiciales que se excedían en el ejercicio de la jurisdicción*⁹⁴⁰.

Pero aún dentro de los límites de lo dispuesto, el juez no podrá imponer ni adoptar cualquier medida que se le venga en gana, sino aquellas legales y que sean **razonablemente adecuadas, necesarias y proporcionales** en el contexto concreto. El reemplazar la arbitrariedad administrativa por arbitrariedad judicial no aportaría nada, con ello caeríamos en decisionismo judicial, cuando lo que debemos buscar es *arbitrio* como antónimo de arbitrariedad y emanación de la legalidad.

De esta manera, el juez deberá realizar su estimación después de una reflexión razonada, objetiva y controlable –de ahí la importancia de reforzar los medios de impugnación de la decisión, como ya se dijo– porque en tal caso “[...] no podrá hablarse ni de decisionismo judicial ni de arbitrariedad, sino de arbitrio, reconocido y permitido por la Constitución y la LJCA”⁹⁴¹.

Es decir, en definitiva la tutela cautelar no ha de hacer a toda costa ni a cualquier precio (***fiat iustitia et pereat mundos***), sino que

939 CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dir.) y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 603.

940 BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas*. Op. cit. p. 460 en nota 45.

941 MARTÍN DELGADO (Isaac). *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas*. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 169. El mismo autor comenta ahí que según NIETO “sin la presencia de arbitrio es imposible comprender la naturaleza de la función jurisdiccional”.

MEDIDAS CAUTELARES

*[e]xiste la necesidad de realizar una **ponderación** judicial moderada, después de escuchar y atender, en la medida de lo posible, las alegaciones de cada una de las partes y siguiendo siempre criterios de lógica jurídica y fáctica que, a falta de criterios normativos explícitos, son los que pueden darnos soluciones adecuadas para la resolución de los problemas que se plantean [...] ⁹⁴².*

En lo conducente, lo anterior es aplicable al juicio cautelar y su ejecución por cualesquiera vías.

CARDOZO agrega que

El juez no está para crear Derecho a su antojo. No es un caballero andante ni persigue su propio ideal de belleza o de Justicia. Debe basarse en principios aceptados, no debe dejarse llevar por pasiones momentáneas ni por un sentimiento de compasión no contemplado por el Derecho. Ha de ejercitar su discrecionalidad según las tradiciones, según el método analógico, según reglas sistemáticas y no perder nunca de vista la necesidad primordial de la paz social⁹⁴³.

Y es que el juez sí tiene discrecionalidad, la cual es necesaria y necesariamente limitada:

[d]iscrecionalidad no sólo en el sentido de utilizar la función jurisdiccional de manera activa sino también desde una perspectiva más matizada y a la que no se suele prestar demasiada atención. También constituye discrecionalidad judicial, y es potencialmente peligrosa, la generalización, teórica o procesal, de fórmulas como las que se defienden en esta tesis que responden a situaciones peculiares e individualizadas, y que por ello reclaman, me parece, un tratamiento en extremo cuidadoso⁹⁴⁴.

Esto denuncia el peligro que conlleva el **excesivo protagonismo judicial**, reforzado por una decisión sin límites claros, expresos ni concretos que limiten esa discrecionalidad de los órganos judiciales.

Es discrecionalidad necesaria, porque la ley no puede, ni lo hace nuestro CPCA, determinar las medidas concretas que va a tomar el juez ante cada caso concreto, y por lo tanto tiene un **margen de maniobra** similar a la discrecionalidad administrativa; pero referido a un ámbito distinto. Es discrecionalidad necesariamente limitada, porque el juez no puede adoptar medidas, sino las racionales, razonables y proporcionadas al caso en cuestión, las cuales sean coherentes con lo que se conoce o ejecuta, pues no es posible irrespetar la legalidad para producir o ejecutar un fallo legal.

Deben recordarse aquí las críticas de SANDULLI y BERLIRI⁹⁴⁵ que exponían con claridad la **hipocresía de controlar la legalidad del actuar administrativo y conculcarla en el proceso de hacerlo**, al forzar la interpretación de las leyes – aun persiguiendo una finalidad “justa”– de manera que la decisión del juez debe estar enmarcada en todos los casos dentro de los márgenes de razonabilidad.

942 MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p.220. Destacado de la transcripción.

943 Benjamin N. CARDOZO. *The nature of the Judicial Process*. Citado por BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. p. 459.

944 BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. p. 449.

945 Cfr. BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. Cit. p. 441.

MEDIDAS CAUTELARES

Por esto el propio BELTRÁN DE FELIPE expone, hablando inclusive de medidas de sustitución

no ha de ser desproporcionadamente gravosa para el órgano condenado – en realidad para los ciudadanos a quienes éste sirve – pues de lo contrario se caería en la máxima fiat iustitia et pereat mundus, y además de irrespetar la incidencia de la sentencia en el ámbito de potestades administrativas (es decir, no ha de imponerle al órgano condenado comportamientos que no deriven directa o lógicamente de la sentencia)⁹⁴⁶.

Como MARTÍN – RETORTILLO indica: “Los poderes del juez, si no se contienen, si no son incluso auto- contenidos, pueden alcanzar una enorme incidencia y – hay que decirlo con claridad – no siempre positiva para la cosa pública⁹⁴⁷.”

JINESTA nos ha explicado que **la cautelar tiene el poder del átomo, pero ese poder no puede ser utilizado para demoler los pilares de la justicia e imponer condiciones desproporcionadamente gravosas para el órgano público y los ciudadanos a quienes este sirve⁹⁴⁸**. Si esto ocurre,

*[s]e estaría construyendo una justicia administrativa basada en la lucha contra la Administración (y por tanto contra los intereses generales que representa), y con rasgos legalistas, garantistas y maximalistas, olvidando que la justicia administrativa **no puede ser instrumento contra nada o nadie**, que el cumplir al pie de la letra las leyes y las sentencias no es un fin en sí mismo y que el maximalismo, en lo judicial, es algo a evitar⁹⁴⁹.*

Si esto no se respeta, sí caben las críticas de que la Administración podría perder la capacidad decisoria que la Constitución le demanda, presionada por un exceso de jurisdicción que no le permita a la Administración maniobrar como corresponde al actor principal de la vida económica y social a través de la prestación de servicios públicos.

Lo anterior nos lleva al tema clásico de la **sujeción del Poder Judicial mismo a la ley** y el problema de **quién (y cómo) se controla al controlador**. ¿Cómo garantizar el sometimiento del juez a la ley? DIEZ – PICAZO dice que “el juez hoy tiene a su alcance instrumentos que le permiten desvincularse de la Ley⁹⁵⁰.”

Así para evitar que por la vía de una interpretación e intervención maximalista se llegue a desvincular el juez de la ley, se requiere que

946 BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. p. 429.

947 BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. p. 441.

948 O bien para el particular si es la Administración la accionante de la tutela cautelar.

949 BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. p. 448.

950 DIEZ PICAZO GIMÉNEZ (Ignacio). *Jurisdicción ordinaria y ley*. En: LÓPEZ PINA (Antonio) (Dir), Democracia representativa y parlamentarismo. Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios y Documentación. Madrid, 1994, p. 130. Por ello, BACIGALUPO, más que una mayor o menor predisposición de los jueces al self-restraint confía “única y exclusivamente de que el legislador programe con densidad normativa necesaria el contenido (positivo) de las decisiones administrativas; es decir, de que el legislador ponga a disposición de aquéllos parámetros de control dotados de una estructura lógico – normativa que haga viable el pleno control jurídico – sustantivo de la actividad fiscalizada”. BACIGALUPO. *La discrecionalidad administrativa*. Cita de MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 168 en nota 275.

MEDIDAS CAUTELARES

El sometimiento exclusivo del juez al imperio de la Ley, o, en general, el pretendido lugar de la Ley entre las fuentes del Derecho, aparte de un principio jurídico, ha de convertirse en experiencia vital y cotidiana de quiénes en este momento o en el futuro sean jueces. Es labor de los juristas teóricos ofrecer a los juristas prácticos una definición de los márgenes admisibles que la vinculación a la Ley impone a su labor. No basta diagnosticar el problema, sino que hay que intentar solucionarlo⁹⁵¹.

Y luego apunta:

*Las reflexiones sobre la vinculación del juez a la Ley pueden terminar por parecer un pozo sin fondo. En su magnífico libro *La independencia del juez*, Dieter SIMON dedica un capítulo al que denomina “el juez no vinculado”, y sus lúcidas reflexiones las cierra con conclusiones que pueden producir desasosiego: “no existen garantías jurídico – técnicas, metodológicas e institucionales para la vinculación del juez a la Ley”. “Esto significa que hay que contar con el juez conscientemente no vinculado.[...] Si partiendo de una situación de crisis de la Ley se pretende avanzar hacia un reforzamiento de su papel en los modernos regímenes democráticos, sin duda ese reforzamiento pasa por el del principio de vinculación del juez a la Ley, esto a su vez implica la necesidad de – al menos – una mayor certidumbre de los cánones interpretativos realmente utilizados en el actuar judicial y de clarificación – que no simplificación – de las complejidades de los actuales ordenamientos jurídicos⁹⁵².*

Como el Tribunal Constitucional Español ha manifestado (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 9) en relación con la vulneración de la igualdad constitucional en sede judicial:

*Conforme a la doctrina constante de este Tribunal, este derecho se vulnera cuando el mismo órgano judicial, existiendo **identidad sustancial del supuesto de hecho enjuiciado, se aparta del criterio jurisprudencial mantenido en casos anteriores, sin que medie una fundamentación suficiente y razonable**, que justifique la nueva postura en la interpretación y aplicación de la misma legalidad (entre las más recientes, SSTC 176/2000, de 26 de junio, FJ 3; 51/2001, de 26 de febrero, FJ 5, y 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2)[...].*

Pero, nos preguntamos, ¿cómo hacer semejante análisis, si no se sabe cuáles son esos criterios? Y luego, ¿cómo habrá certidumbre razonable y suficiente sobre los cánones interpretativos, si no se conocen ni se sistematizan tales criterios realmente utilizados en el actuar judicial?

Además, como correlativo al empoderamiento – también necesario – del juez, es necesario reforzar los mecanismos para exigir responsabilidad a los jueces por su abuso y la responsabilidad objetiva y solidaria del Estado-juez⁹⁵³, ya declarada por nuestra Sala Constitucional y la Corte Plena como derivada directamente del parámetro de legitimidad constitucional. Tal responsabilidad ha sido declarada por la Sala Constitucional en las sentencias 5981-95 y 5027-97, y la propia Corte Plena ha hecho suyos los principios respectivos, entre otros, en la decisión n.º 043-2003 de las 14:30 hrs. del tres de febrero de 2003.

951 DIEZ PICAZO GIMÉNEZ (Ignacio). *Jurisdicción ordinaria y ley*. En: LÓPEZ PINA (Antonio) (Dir). Democracia representativa y parlamentarismo. Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios y Documentación, Madrid, 1994, p. 131.

952 DIEZ PICAZO GIMÉNEZ (Ignacio). *Jurisdicción ordinaria y ley*. En: LÓPEZ PINA (Antonio) (Dir). Democracia representativa y parlamentarismo. Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios y Documentación, Madrid, 1994, p. 134.

953 Durante la discusión legislativa en subcomisión, ante polémica por el régimen de responsabilidad del juez ejecutor, el Mag. GONZÁLEZ CAMACHO indicó: “¿Qué es responsable? Sí es responsable. Todo funcionario público, y el juez, por tanto es responsable, bajo las reglas de un juez ejecutor, porque en ese caso no sería funcionario común, sino juez ejecutor. Yo no compartiría esa posición, de trasladar el régimen de responsabilidad, del juez ejecutor como un administrador más”. (Ver COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor). PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas. 1ºed., San José, Costa Rica, 2007, p. 778).

MEDIDAS CAUTELARES

Debemos traer a colación aquí necesariamente el tema de la **responsabilidad del Estado**, como un todo, incluso mediando actos judiciales, que deriva directamente de la Constitución de modo que no podría sostenerse una “impunidad” en tales circunstancias:

Los numerales 9, 11, 33, 41 y 154, todos de la Carta Magna, constituyen el fundamento y sustento de la responsabilidad del Estado Juez por el error judicial, el funcionamiento anormal o ilícito de la función jurisdiccional. De ahí que no podría sostenerse una “impunidad” del Estado, bajo el fundamento de que carece de desarrollo legal, pues aquella se encuentra establecida por principio, en el marco de la Constitución, a la vez que supondría un quebranto a la seguridad jurídica, el principio de igualdad y al control de la arbitrariedad de los poderes públicos. Así visto, su reconocimiento no está condicionado a la existencia de mandato legal que la regule. La responsabilidad aludida se rige por lo estatuido en la Carta Fundamental, es decir, constituye un principio de base constitucional, impuesto por las normas referidas y que busca el control del ejercicio de toda la función y conducta del Estado en cualquiera de sus esferas, así como la tutela de los derechos e intereses de los justiciables. (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. RES: 000074-F-2007 de las diez horas quince minutos del dos de febrero de dos mil siete, destacados de la transcripción).

Al respecto se ha señalado también que

la responsabilidad objetiva puede generarse por el ejercicio de la administración de justicia como servicio público, caso en el cual serían de aplicación las normas sobre responsabilidad de la Ley General de la Administración Pública. Pero a la vez, resulta responsable por los daños ocasionados en el ejercicio de la función jurisdiccional propiamente, sea, en la resolución definitiva de las controversias que le sean planteadas y ejecución de sus sentencias (canon 153 constitucional), cuando su proceder haya sido arbitrario, anormal o ilícito. De este modo, en este último escenario (relevante al presente caso), en tanto exista una lesión antijurídica o ilegítima causada al justiciable, producida como consecuencia de estas competencias, se impone la responsabilidad objetiva del Estado Juez. Lo anterior encuentra sustento en los numerales 9, 11, 33, 41 y 154, todos de la Carta Magna, normas que sientan las bases de la responsabilidad por el error judicial, el funcionamiento anormal o ilícito de la función jurisdiccional. (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. RES: 001011-F-2006 de las once horas del veintiuno de diciembre de dos mil seis).

Quis Custodiet Ipsos Custodes? Este es el fondo de la cuestión, cómo controlar la libertad o la discrecionalidad de los nuevos jueces a quienes el ordenamiento apenas pone límites –al menos el texto expreso de la ley– al momento de realizar y ejecutar tutela cautelar. Dejando de lado el problema de que en el CPCA no está regulado ampliamente el tema de los **excesos de jurisdicción y de ejecución** y su revisión judicial, no basta ni siquiera con eso porque

con meros criterios procesales no se llega demasiado lejos, siendo necesario establecer reglas (aún meras orientaciones) materiales o teóricas sobre qué medidas caben en el pleito ejecutivo y más precisamente sobre cuándo el órgano judicial se excede en su función a [sic] invade esferas administrativas. Sin ello se corre el riesgo de absolutizar la función jurisdiccional ejecutiva en detrimento no sólo de las reglas procesales sino sobre todo de los intereses generales que representa la Administración⁹⁵⁴.

Esto es aplicable al tema cautelar también.

Como BELTRÁN DE FELIPE expone: **“La única solución consiste, ya digo, en establecer unas reglas (dogmáticas o empíricas) que sirvan de límite [...]”⁹⁵⁵**. *La solución, que es coherente con lo dicho por DIEZ PICAZO, es una tarea que ciertamente está pendiente.*

954 BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. p. 448 en nota 22.

955 BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Op. cit. p. 431. El destacado es nuestro.

MEDIDAS CAUTELARES

f) ¿Cuál es el gran límite del juez en materia cautelar?

Superado el tema de la irreversibilidad, tal como quedó planteado *supra*, ¿cuál es entonces el gran límite del juez en sede cautelar?

Tomando como presupuesto lo ya señalado hasta aquí sobre la *coherencia* de las medidas como límite *lógico* – *jurídico* de lo dispuesto en sede cautelar y de lo señalado en el apartado anterior acerca de la “arbitrariedad judicial” y la “discrecionalidad judicial”, tres son los límites que podríamos sugerir al poder cautelar del juez en el CPCA. El primero, no pueden prejuzgarse por esta vía puntos de hecho o de derecho del litigio; el segundo, el marco de los hechos; el tercero, los criterios de mera conveniencia. Todo lo cual se explica a continuación.

El primer límite sugerido es no prejuzgar puntos de derecho o de hecho del litigio. Al respecto, el auto del presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 29 de enero de 1997 (*asunto antonissen*) indicó que las cautelares “[...] *deben ser provisionales, en el sentido de que no prejuzgan los puntos de derecho o de hecho del litigio, ni neutralizan anticipadamente las consecuencias de la decisión a dictar ulteriormente sobre el fondo*”⁹⁵⁶. También señaló que “*en el cuadro de ese examen de conjunto el juez cautelar dispone de un amplio poder de apreciación para determinar la manera en que esas diferentes condiciones deben ser apreciadas. Este poder de apreciación debe ser ejercitado en relación con las particularidades de cada caso*”⁹⁵⁷.

CALAMANDREI ha dicho que por “*lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal* [...]”⁹⁵⁸.

Cabe recordar aquí la advertencia hecha por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo en el sentido de que la cautelar

[...] no es una valoración del fondo del proceso, ni puede serlo, ni debe serlo, no puede confundir el juzgador los requisitos propios de una cautelar con un procedimiento definitivo sobre la validez o antijuricidad de

956 Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé-provision)*. A propósito del auto del presidente del tribunal de justicia de las comunidades europeas de 29 de enero de 1997 (*asunto antonissen*). En: *Revista de Administración Pública* N.º 142 (ene – abr 1997), p. 229. El mismo autor, en otro sitio, hace referencia a que “*El Tribunal de casación (belga) sí ha mantenido la prohibición al juez cautelar de dictar una decisión declarativa o constitutiva del derecho discutido, pero ha entendido que la Ley Procesal no le prohíbe fundar su decisión sobre el derecho propio de una parte o sobre una situación jurídica cuando el derecho o esta situación son evidentes o no pueden ser contradichos seriamente. Dado que el fallo del Auto no es ni declarativo ni constitutivo del derecho, el juez cautelar puede ordenar cualquier medida apropiada en función de las circunstancias, bien sean medidas conservatorias, creando una situación de espera que salvaguarde los intereses en conflicto, bien medidas que aseguren, a título de anticipación, el respeto de derechos que parecen no discutibles seriamente: el demandado en este caso “condenado” provisionalmente, por vía de orden positiva de hacer, de no hacer o de pagar [...]*”. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Democracia, jueces y control de la administración*. Quinta edición ampliada, reimpresión, Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2005, p. 317, haciendo referencia a J. VAN COMPERNOUE, *Crise du juge et contentieux judiciaire en Droit beige*, pp. 17 y ss.

957 Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé-provision)*. A propósito del auto del presidente del tribunal de justicia de las comunidades europeas de 29 de enero de 1997 (*asunto antonissen*). En: *Revista de Administración Pública*. N.º 142 (ene – abr 1997), p. 229.

958 CALAMANDREI (Piero). *Providencias cautelares*. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, impresión de 1984, p. 77. También JINESTA LOBO nos advierte que “*las medidas cautelares no son idóneas para dictar o disciplinar definitivamente la relación controvertida*”. (JINESTA LOBO (Ernesto). *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo*. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, p. 111). Asimismo agrega que “*la medida atípica no puede prejuzgar la cognición del mérito de la controversia, no puede vincular la cognición del juez de mérito*”. (Op. cit. p. 116) y, finalmente, que por esta vía “*no debe permitirse el abuso de la institución o su uso desviado, al trastornar su función, hasta llegar al punto de crear una forma alternativa o sustitutiva de la tutela jurisdiccional ordinaria*”. (Op. cit. p. 207).

MEDIDAS CAUTELARES

*una conducta administrativa, esto nos llevaría a una justicia definitiva por la vía cautelar y esto no es la finalidad del objeto". (Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, voto 05-F-TC-08 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del seis de febrero de dos mil ocho)*⁹⁵⁹.

También se agrega lo indicado en el voto del Tribunal de Casación de lo Contencioso n.º 19-F-TC-08 sobre la naturaleza provisional del juicio cautelar en lo que nos interesa; es decir, precisamente que no *prejuzga* ni implica una valoración del fondo del proceso, ya que el fondo del asunto será siempre un aspecto que se decide en sentencia posteriormente.

Por tanto, si bien es innegable que el análisis de los presupuestos de la cautelar puede conllevar planteamientos que rocen con el fondo del caso, el juzgador no puede – ni debe – intentar prejujgar por esta vía puntos de hecho o de derecho del litigio, por cuanto eso implicaría una desnaturalización de la vía cautelar⁹⁶⁰. En otras palabras, el tribunal que resuelve el fondo no puede ser vinculado por lo resuelto en sede cautelar.

Un segundo límite será el marco de los hechos, por cuanto, si bien en el uso de sus apoderamientos legales, el juez puede, ampliar hechos, hurgar en lo sometido ante él, traer al proceso hechos conexos, no puede abarcar cualquier parcela de la actividad administrativa por el simple hecho de que se le plantee una cautelar, ni podría utilizarla como simple excusa para incursionar en una relación jurídica completamente desvinculada del caso concreto que le fue sometido. Recordemos que el juez no es un caballero andante que persigue su propio ideal de belleza o de justicia (CARDOZO).

Como referimos antes, aquí aplica lo dicho acerca de **la racional adecuación del fallo a las pretensiones sustanciales de las partes y los hechos sometidos a su conocimiento** o lo que ha denominado la doctrina italiana "*vínculo de consecuencialidad necesaria [...]*"⁹⁶¹ entre lo sometido y lo ordenado. En tal sentido, la cautelar puede abarcar cualquier parcela de la actividad administrativa (sea o no discrecional) conectada con la relación jurídica objeto de enjuiciamiento; pero no podría extenderse más allá.

959 En el mismo sentido, puede consultarse lo dicho por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo en la resolución 286-08 de las doce horas treinta minutos del nueve de mayo de 2008, entre muchos otros pronunciamientos en este sentido. En ese fallo, se aclara que las cuestiones de fondo no son parte de la cautelar y, por lo tanto, el juzgador no emite pronunciamiento a su respecto, ya que es irrelevante. También puede consultarse sobre el tema el fallo n.º 392-08 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del dieciséis de junio de 2008.

960 No existe ninguna incompatibilidad entre lo dicho y la posición sostenida que admite la posibilidad en el CPCA de medidas con efectos, en la práctica "autosatisfactivos", por cuanto, en tanto se dicta en sede de tutela cautelar, no se está resolviendo el fondo de la disputa en juicio declarativo, es decir, lo dicho en sede de tutela cautelar **no prejujga** al tribunal de mérito al momento de resolver el fondo. Si al dictar esta medida, en lugar de moverse dentro del ámbito de los juicios de verosimilitud propios de la medida, el juez intenta hacer afirmaciones tajantes que llegan a decidir por el fondo la *litis*, estaría abandonando su papel en sede cautelar y yendo más allá de los límites permitidos. Es decir, aunque admitimos que en casos límite (muy calificados de urgencia excepcional), se pueda emitir tal clase de tutela cautelar, de carácter restrictivo en su aplicación, ya que implica en la práctica una satisfacción definitiva del reclamo que satisface en sí misma el objeto del eventual fallo, esto no prejujga al tribunal de mérito al momento de resolver el fondo del caso ni sobre los hechos ni sobre el derecho objeto de la controversia. En nuestra opinión, por regla, requerirá tal medida de audiencia – aunque esta sea reducida a límites mínimos– porque no tendría sentido habiéndose adoptado la medida irreversible que se otorgue luego audiencia a las partes sin efectos suspensivos, ya que en el tal caso, la audiencia carecería de sentido, salvo para luego establecer eventuales responsabilidades derivadas de lo hecho. En efecto, en nuestra opinión la medida *inaudita altera parte* no puede ser, por regla general, autosatisfactiva, claro está, salvo que las circunstancias de extrema urgencia, suficientemente acreditadas mediante prueba idónea, impongan al juzgador la solución cautelar sin la audiencia al destinatario de la medida. Sin embargo, tales casos serán extremos de colisión de valores fundamentales y de muy restrictiva interpretación al estar en juego una garantía de rango constitucional.

961 VERRIENTI citado por MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, p. 43. Además afirma el autor al respecto que "*En definitiva, teniendo como referente el contenido de la sentencia, y ante la inactividad o la actividad incompleta o, incluso, elusiva de la Administración, el Juez podrá hacer uso de su poder de sustitución – sea directamente mediante la asunción por él mismo de los actos materiales o formales necesarios para el cumplimiento del fallo, sea a través de un tercero por él nombrado – para, no forzar, sino dar completa ejecución a su decisión judicial*". (Ibid.).

MEDIDAS CAUTELARES

Un tercer límite para la tutela cautelar en el CPCA que podríamos dejar planteado aquí son los criterios de mera conveniencia como eventual parámetro de control de la conducta administrativa en sede cautelar (nótese que en el caso de error manifiesto o de actuación arbitraria del órgano encargado de la valoración discrecional, v. gr. un órgano de selección⁹⁶², no se trata de mera conveniencia).

Por cuanto si admitiéramos por regla de principio que el juez puede entrar directamente a suplantar la ponderación de intereses entre dos o más opciones jurídicamente viables, tomando la naturaleza y el valor de la conducta y los hechos a los que se refiere la decisión, como dice SANTAMARÍA PASTOR “*se corre el peligro de sustituir la decisión discrecional de la Administración por el criterio subjetivo de los jueces, contra la voluntad expresa de la ley que atribuyó la potestad, voluntad que no puede desconocerse a la ligera*”⁹⁶³.

En aplicación de las reglas que imponen los artículos 20, 36.b) 42 f) 122 f), 127 y 128 CPCA, no podríamos admitir que en el CPCA el juez decida una cautelar por criterios de simple conveniencia o inoportunidad; es decir, que sustituya una opción válida por otra igualmente válida y sostenible, imponiendo su voluntad, por el mero hecho de que la considere más “conveniente” u “oportuna”, como tampoco podríamos admitir que se atribuyan las decisiones *político – programáticas* asumidas por el jerarca o por el ente como un todo, ya que eso sería ajeno a su función jurisdiccional.

No debemos confundir lo dicho hasta aquí con lo ya planteado acerca de la posibilidad de ejecución por sustitución directa – con colaboradores o sin ellos– o por sustitución comisarial de la tutela cautelar dispuesta, incluso mediando potestades administrativas con elementos discrecionales, por cuanto, como hemos señalado, si la Administración se niega a ejercitar su facultad discrecional abdica de sus funciones, lo que está constitucionalmente prohibido, e incurre al mismo tiempo en una injerencia igualmente indebida en la función jurisdiccional, lo que da pie a la sustitución.

Sin embargo, algo muy distinto es que, ante una solicitud de medida cautelar, el juez imponga de entrada su criterio, simple y sencillamente, porque lo considera más “conveniente” que el de la Administración. En tal caso, es el juez quien invade el ámbito administrativo, en el anterior sucede precisamente lo contrario, la Administración invade el ámbito de lo jurisdiccional. Como dice BELTRÁN, el retorno al punto de equilibrio constitucional es siempre obligado.

Queda así planteada nuestra posición en relación con los límites del juez en sede cautelar. Sí, la cautelar tiene el poder del átomo, pero ese poder no puede ser utilizado para demoler los pilares de la justicia.

962 Ver al respecto SANTIAGO ANTUÑA (Paloma). CONCLUSIONES DEL SEMINARIO DE NUEVO SOBRE EL CONTROL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES: SU MOTIVACIÓN. Madrid, del 15 al 17 de octubre de 2008. Documento extraído de Internet de <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=152099&Download=false&ShowPath=false>. el 09 de marzo de 2010.

963 SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso). Fundamentos de Derecho Administrativo. Op. cit. p. 891.

Conclusiones y propuestas
CAMINO AL FUTURO⁹⁶⁴

En conclusión, nuestra hipótesis inicial ha sido confirmada: la regulación normativa del Código Procesal Contencioso Administrativo de la tutela cautelar sí constituye un salto cualitativo importante en relación con la pretérita regulación.

Sin embargo, y a pesar de las múltiples posibilidades que otorga, nos llama poderosamente la atención el hecho de que haya **muy pocos jueces tramitadores** (tres cuando empezó el TPCA, luego siete encargados de ver tanto medidas *ante causam* como en proceso, que tenían la carga sumamente gravosa que constituye el trámite de audiencias cautelares y preliminares, y, al día de hoy nuevamente tres encargados de resolver las medidas cautelares).

Asimismo, el espacio físico es limitado, aunque ahora hay más salas de audiencias (antes había tan solo cinco salas habilitadas para todo el tribunal, ahora hay más de una decena). También, en el caso de disponibilidades, incluso en lo interno de la Corte, no hay acceso a expediente ni al sistema de gestión, ni hay siempre acuse de recibo en correos electrónicos, es decir, en este caso, podrían haber problemas de ejecución material.

Tales hechos prácticos, aunados a la escasez de espacio físico y recursos disponibles para el número creciente de procesos y audiencias, por encima de todos los teóricos que hemos visto, **sí pueden constituirse en una limitante a la tutela judicial cautelar efectiva**⁹⁶⁵.

La tutela cautelar se va a ver seriamente afectada, si no hay personal ni espacio suficiente para atenderla⁹⁶⁶.

Dejando de lado esta advertencia de orden práctico, nos falta hacer, por el otro lado, otra de no menos importancia. **Es necesaria la prudencia ante tan amplios apoderamientos**. Sin embargo, no basta con hacer alusión a esta palabra, si no la llenamos de significado. La “prudencia” ha sido entendida como “*suma y compendio, jerárquicamente organizado en el modo debido, de todos los datos y de todos los criterios de valor que vengan en cuestión para resolver un problema político o un problema jurídico*”⁹⁶⁷. Entre tales valores que se engloban dentro de lo que se llama *prudencia* están, según RECASENS SICHES, los siguientes:

964 Se trata de una expresión de STIGLITZ en su libro “El malestar en la globalización”. Ver STIGLITZ (Joseph E.). El malestar en la globalización. Traducción de Carlos Rodríguez Braun, TAURUS, Buenos Aires, 2002, p.299.

965 El juez tramitador del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, Otto González Vilchez nos señalaba esta preocupación en entrevista realizada al efecto. Procedimiento cautelar en el CPCA, Tribunal Procesal Contencioso Administrativo. Realizada por José Álvaro López Camacho, el 06 de mayo de 2008.

966 En su momento, cuando dio inicio esta investigación, se criticó que las medidas más urgentes (*ante causam*) se estaban concentrando en el juez tramitador que, a su vez, tenía a su cargo la realización de audiencias preliminares. Este punto ahora cambia al encargarse a un grupo de jueces el trámite de medidas cautelares únicamente; sin embargo, al ser unos pocos (en estos momentos tres), e incrementarse constantemente el número de procesos y audiencias, el problema de sobrecarga sigue latente.

967 RECASENS SICHES (Luis). Nueva Filosofía de la interpretación del derecho, 2º edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1973, p. 290.

MEDIDAS CAUTELARES

genuina adecuación a la naturaleza del problema planteado y de los factores y condiciones que se dan en este problema; congruencia histórica, esto es, apropiado acuerdo con la significación del momento histórico, tanto con su realidad presente como también con sus proyecciones de futuro, sobre todo del futuro que empieza ya a anunciarse en las aspiraciones, en los deseos, en los ideales que pugnan por abrirse camino y obtener realización en la época presente; viabilidad o practicabilidad de las normas (generales o individualizadas) que vayan a ser establecidas, esto es, máxima probabilidad de eficacia real; ponderación y estimación de los efectos ulteriores que en el inmediato porvenir puedan causar las reglas que sean emitidas o las decisiones que sean hechas; y, con respecto a éste último punto, es necesario tomar en consideración que los conflictos o desajustes que de momento pudieran quedar resueltos por las normas a dictar o por las decisiones a emitir no se conviertan después en fuente de males mayores que aquellos que se intentó remediar, armonía entre un anhelo de progresos y la conciencia de hasta dónde lleguen efectivamente las posibilidades reales; [...] espíritu de armonía o de transacción entre los varios intereses contrapuestos, en la medida que lo permita la justicia; legitimidad de los medios empleados para la consecución de los fines justos, pues el empleo de medios perversos al servicio de fines buenos, priva a los fines de su bondad originaria y los prostituye; esforzarse por dar satisfacción a la mayor cantidad posible de intereses legítimos con el mínimum de malgasto o despilfarro y con el mínimum de fricción, como atinadamente dijo Roscoe Pound; respeto en el grado admisible, sin daño de otros valores más altos, a las expectativas concebidas por trabajos o esfuerzos hechos, o por virtud de la previsión de un grado muy alto de probabilidad⁹⁶⁸.

Esto es, sin ser exhaustivos, a lo que nos referimos cuando se enuncia el término de *prudencia* en lo que se resuelve.

La lógica de lo razonable de RECASENS SICHES, antes vista, y el enfoque *tópico* nos debe guiar siempre a orientar la solución y el pensamiento al problema concreto, de manera que el triunfo en la aplicación de estos institutos depende, en buena medida, del debido enfoque problemático del conflicto.

Quis Custodiet Ipsos Custodes? Este es el fondo de la cuestión, cómo controlar la libertad o la discrecionalidad de los nuevos jueces a quienes el ordenamiento apenas pone límites –al menos el texto expreso de la ley– al momento de realizar y ejecutar tutela cautelar. Si no lo hacemos, habremos llegado a traicionar los principios de la reforma, pues el control de la ilegalidad no puede nunca justificar la comisión de otra ilegalidad (esta vez por los tribunales) que excedan impunemente su función jurisdiccional por *excès de pouvoirs*. Si esto sucede, caeríamos en la hipocresía de la justicia que es lo peor para un país y la para la democracia.

Por tanto, están pendientes todavía por establecer esas reglas, así como el reforzamiento necesario de los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad correlativa del juez y del Poder Judicial al momento de ejercer sus nuevos poderes.

En particular, *proponemos* lo siguiente: a) Como correlativo al empoderamiento – también necesario – del juez, es preciso reforzar los mecanismos para exigir responsabilidad a los jueces por su abuso, y la responsabilidad objetiva y solidaria del Estado-Juez ya declarada por nuestra Sala Constitucional y la Corte Plena (S.C.V. 5981-95 y 5027-97, decisión 043-2003). b) Dado que en el CPCA no está regulado ampliamente tampoco el tema de los excesos de jurisdicción y de ejecución y su revisión judicial, es imprescindible abordar esta temática de forma concreta. c) Se deben establecer reglas (aún meras orientaciones) materiales o teóricas sobre qué medidas caben establecer ante grupos de casos semejantes, y, más precisamente, sobre cuándo el órgano judicial se excede en su función para invadir la esfera administrativa. d) Iniciar inmediatamente la labor de sistematización completa y accesible de los cánones interpretativos utilizados, tanto por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo como por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y el denominado “Tribunal de Apelaciones” en materia de tutela cautelar, así como sus datos estadísticos concretos. f) Introducir vía reforma legal una regulación expresa relativa al tema de la extinción de las medidas cautelares similar al que tiene el Nuevo Código Portugués del Proceso de los Tribunales

968 RECASENS SICHES (Luis). *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*. 2º edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1973, pp. 284-285.

MEDIDAS CAUTELARES

Administrativos (Ley 15/2002: Aprueba el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos). g) Introducir vía reforma legal el procedimiento mediante el cual se fijarán y demostrarán los daños y los perjuicios a que hace referencia el 28.5 CPCA. h) Si bien el código permite medidas cautelares *ante causam*, no permite medidas sin causa y desvinculadas enteramente de un proceso principal, el código no lo prevé pero podría valorarse también introducirlo en un futuro, lo cual se propone como un tema de *lege ferenda*. i) Tratándose de medidas cautelares que afectan una pluralidad indeterminada de personas, sería conveniente adoptar la práctica de ordenar concomitantemente la publicación de lo resuelto en un medio de comunicación (v. gr. periódico o diario oficial) para que pueda ser conocido oportunamente. j) Como hemos indicado, es necesaria una reforma legal que se plantea aquí como solución de *lege ferenda*, en el sentido de que en toda cautelar anticipada que sea denegada, debe existir la posibilidad de condenar en costas, ante el innegable efecto práctico que podría tener su ausencia al posibilitar una eventual avalancha de cautelares, muchas de las cuales se plantearían sin motivos serios y por el mero afán litigioso, dada la ausencia de amenaza alguna para quienes las plantean, siquiera de costas. k) Por último, es necesario, según hemos explicado, el desarrollo del tema del “abuso” y de la responsabilidad del Estado Juez.

Hechas las advertencias anteriores, en particular la de que los órganos jurisdiccionales no pueden salirse de su marco constitucional y exceder su poder, aún si persiguen con ello “la justicia”, no podemos ser menos tajantes en afirmar sin más la viabilidad, más aún, la **imposición legal y constitucional de una tutela cautelar efectiva**, incluso mediando potestades administrativas con elementos discrecionales, aplicando para ello, incluso, si las circunstancias así lo imponen, como último reducto **el poder de sustitución del juez contencioso administrativo**, para la ejecución de lo dispuesto como un requisito ineludible e indispensable de la tutela judicial efectiva.

Esto no será entonces la tergiversación de las reglas del ordenamiento, sino su consumación y el broche de cierre de la nueva justicia administrativa. Dejamos aquí las inquietudes necesarias para que el poder cautelar del Código sea considerado por la doctrina y la jurisprudencia nacional más ampliamente, cuya regulación, aunque sucinta, es suficiente para sentar las bases de su aplicación. El camino está abierto, nos toca recorrerlo.

Bibliografía

Libros

AAVV Código Procesal Contencioso Administrativo comentado. 1° ed., Juritexto, San José, Costa Rica, 2008, 652 p.

ACHÓN BRUÑÉN (María José). La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

AGUADO i CUDOLÁ (Vicenç). *La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso – administrativo*. En: MARTÍN – RETORTILLO BAQUER (Lorenzo) (Coord.). La protección jurídica del ciudadano. Tomo II, CIVITAS, Madrid, 1993, pp. 1681-1709.

ALMAGRO NOSETE (José) [et al.]. Derecho procesal : parte general. Tirant lo blanch. Valencia 1991.

ARTAVIA BARRANTES (Sergio). Derecho Procesal Civil. T.II., Dupas, 2004, 462 p.

ARTAVIA BARRANTES (Sergio). Derecho Procesal Civil. T.III., Dupas, 2004, 654 p.

BACIGALUPO (Mariano). La nueva tutela cautelar en el contencioso – administrativo. (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, 212 p.

BIELSA (Rafael). Los conceptos jurídicos y su terminología. Ediciones desalma, Buenos Aires, 1987.

BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). Discrecionalidad administrativa y constitución. Tecnos, Madrid, 1995, 278 p.

BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, 509 p.

BERMEJO VERA (José). Derecho administrativo básico. Parte General, sexta edición, Tohmson – Civitas, Editorial Aranzadi S.A., 2005, 396 p.

BORJA JIMÉNEZ (Emiliano). Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2001.

CABANELLAS (Guillermo). Repertorio Jurídico de locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, 234 p.

CALAMANDREI (Piero). Providencias cautelares. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1984, 232 p.

CAMPO CABAL (Juan Manuel). Medidas cautelares en el contencioso administrativo. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989, 253 p.

CARNELUTTI (Francesco). Metodología del Derecho. Traducción del Dr. Ángel Osorio, 2° edición, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, D.F., 1962, 78 p.

CASADO OLLERO (Gabriel). Los retos y las exigencias de una administración constitucional de la hacienda pública. Transcripción efectuada por Laura Carballo y Gerardo Durán de la conferencia pronunciada en el marco del Seminario “Derecho Sancionador Tributario y Estatuto del Contribuyente”, organizado por la ULACIT y el Centro de Estudios Tributarios, 27 de junio de 2000, inédito.

MEDIDAS CAUTELARES

- CASSAGNE (Juan Carlos), dir. y otros. Procedimiento y proceso administrativo. Lexis Nexis, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2005, 834 p.
- CHAVES AGUILAR (Nazira) y ARAYA POCHET (Carlos). Constitución Política comentada de Costa Rica. Mc Graw-Hill Interamericana Editores S.A. de C.V., México, 2000, 852 p.
- COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA (Editor), PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (Coeditor). Código Procesal Contencioso Administrativo. Texto oficial, anotado con las actas legislativas, 1º ed., San José, Costa Rica, 2007, 952 p.
- DE CUPIS (Adriano). “El Daño”. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, traducción de la 2º edición italiana, 1975.
- DE LA SIERRA (Susana). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, 2004, 410 p.
- DÍAZ JIMÉNEZ (María del Carmen). Principios de Derecho Procesal Comunitario. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, España, 1996, 148 p.
- DIEZ (Manuel María). El acto Administrativo. Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1691.
- DIEZ (Manuel María). Derecho procesal administrativo: lo contencioso administrativo. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, 661 p.
- DROMI (José Roberto). El acto administrativo. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.
- FONT I LLOVET (Tomás). La ejecución de las sentencias contencioso – administrativas. 1º ed., Editorial Civitas, Madrid, España, 1985.
- GALLEGOS FEDRIANI (Pablo O.). Las medidas cautelares contra la Administración Pública. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, 272 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) y FERNÁNDEZ (Tomás-Ramón). Curso de Derecho Administrativo. T.I., 9º ed., Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999, 819 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). Democracia, jueces y control de la administración. Quinta edición ampliada, reimpresión, Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2005, 346 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). Derecho Administrativo Práctico. 2ª ed., TIRANT LO BLANCH, España, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). Hacia una nueva justicia administrativa. 2º ed. ampliada, Editorial Civitas S.A., 1992, Madrid, España, 238 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). La batalla por las medidas cautelares. Civitas, Madrid, 2. edic, 1995, 385 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Las medidas cautelares que puede adoptar el juez nacional contra el derecho comunitario: la sentencia Zuckerfabrik del tribunal de justicia de las comunidades europeas de 21 de febrero de 1991*. En: MARTÍN – RETORTILLO BAQUER (Lorenzo). (Coord.). La protección jurídica del ciudadano. Tomo I, CIVITAS, Madrid, 1993, pp. 105-120.
- GARCÍA PULLÉS (Fernando R.). Medidas “cautelares autónomas” en el contencioso administrativo. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 179 p.

MEDIDAS CAUTELARES

GARRIGUES, (Joaquín). Discurso de contestación al ser concedido el título de Doctor “Honoris causa” por la Universidad de Genova, el 10 de enero de 1966. En: GARRIGUES (Joaquín). Hacia un Nuevo Derecho Mercantil. TECNOS, Madrid, 1971,

GIDI (Antonio) y FERRER MAC – GREGOR (Eduardo). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Editorial Porrúa, México, 2004, 780 p.

GIMENO SENDRA (Vicente) y otros. Derecho Procesal Contencioso Administrativo Costarricense. Editorial Juricentro, San José, 1994, 528 p.

GIMENO SENDRA (Vicente). Fundamentos del Derecho Procesal Penal. Madrid, España, Editorial Civitas, 1981.

GÓMEZ PUENTE (Marcos). La inactividad de la Administración. Editorial Aranzadi S.A., 1997, Navarra, España, p. 973 p.

GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo I, Control Judicial Pleno de la Administración Pública, IJSA, 2001, San José, Costa Rica, 284 p.

GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo II, El Control Judicial de la Inactividad Administrativa, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, 369 p.

GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo). La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, 240 p.

GONZÁLEZ CAMACHO, (Óscar Eduardo). El Proceso Ejecutivo. (En especial el civil de Hacienda). Escuela Judicial, 290 p.

GONZÁLEZ PEREZ (Jesús). Derecho Procesal Administrativo. 2º ed., Madrid, España, 1966.

GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 13 de julio, 3º reimpresión, Civitas, 1999.

GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

GUASP (Jaime). Derecho. Gráficas Hergon S.L., Madrid, 1971, 566 p.

HERNÁNDEZ – MENDIBLE. (Víctor Rafael). La Tutela Judicial Cautelar, en el contencioso administrativo. Editores Vadell Hermanos, Valencia – Venezuela – Caracas, 1998, 191 p.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución. V.II, Juricentro, San José, Costa Rica, 1994.

HERNÁNDEZ GIL y otros. Estructuralismo y Derecho. Alianza Universidad, Madrid, 1974, 241 p.

IBAÑEZ (Perfecto Andrés) y MOVILLA ÁLVAREZ (Claudio). El Poder Judicial. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1986.

JIMÉNEZ ASCENCIO (Rafael). El constitucionalismo, proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional. Tercera edición, Marcial Pons, Madrid, 2005, 221p.

JIMÉNEZ MEZA (Manrique). Derecho público. Editorial Jurídica Continental, 1º ed., San José, Costa Rica, 2001, 330 p.

MEDIDAS CAUTELARES

JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, 644 p.

JIMÉNEZ MEZA (Manrique), JINESTA LOBO (Ernesto), MILANO SÁNCHEZ (Aldo) y GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar). El nuevo proceso contencioso administrativo. Tomo I, Editorial Jurídica Continental, 2008, 280 p.

JINESTA LOBO (Ernesto). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1996, 385 p.

JINESTA LOBO (Ernesto). Manual del proceso contencioso administrativo. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, 302 p.

JUAN LOZANO (Ana María). La inspección de hacienda ante la Constitución. Instituto de Estudios Fiscales, España, 1993.

KELSEN (Hans). Teoría Pura del Derecho. Traducción del original en alemán de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa S.A., México, 1995, 363 p.

KIELMANOVICH (Jorge L.). Medidas Cautelares. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2000, 464 p.

OSORIO Y GALLARDO (Ángel). El Alma de la Toga. Valetta Ediciones, Argentina, 325 p.

QUIRÓS CORONADO (Roberto). Ley General de la Administración Pública. Concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional. Aselex, 1996, San José, Costa Rica, 827 p.

LAMPUÉ (Pierre). Noción de acto jurisdiccional. Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001.

LEONE (Giovanni). Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I, Doctrinas Generales. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, 775 p.

LEGUINA VILLA (Jesús) y SÁNCHEZ MORÓN (Miguel) (Dirs.) y otros. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 2º ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, 673 p.

LLEWELLYN (K.N.). Belleza y estilo en el derecho. BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, España, 1953, 80 p.

LÓPEZ CAMACHO (José Álvaro). El dominio del hecho. Bases para la elaboración de una dogmática en el Derecho Penal Costarricense. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2003, 816 p.

LÓPEZ GONZÁLEZ (Jorge Alberto). Teoría General sobre el principio de oralidad en el proceso civil. 1ª reimpresión de la 1º ed., Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 2007, 260 p.

LÓPEZ PINA (Antonio) (Dir). Democracia representativa y parlamentarismo. Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios y Documentación, Madrid, 1994, 321 p.

NEGRI (Héctor), en su obra "El Derecho". 2º edición, Editorial El Coloquio, Buenos Aires, Argentina, 75 p.

MANS PURGARNAU (Jaime M.). Lógica para juristas. BOSCH Casa Editorial, Barcelona, España, 1969, 242 p.

MAIRAL (Héctor A.). Control Judicial de la Administración Pública. V.I, Depalma, Buenos Aires, 1984, 561 p.

MAIRAL (Héctor A.). Control Judicial de la Administración Pública. V.II, Depalma, Buenos Aires, 1984.

MEDIDAS CAUTELARES

- MARTÍN DELGADO (Isaac). La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso – administrativas. Iustel, Madrid, España, 2006, 285 p.
- MARTÍN DELGADO (Isaac). Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso – administrativo, hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado. Marcial Pons, Madrid, España, 2005, 222 p.
- MARTÍNEZ BOTOS (Raúl). Medidas Cautelares. 2ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994, 548 p.
- MASCAREÑAS (Carlos E.) y BUENAVENTURA PELLISÉ (Prats) (Dir.). Nueva enciclopedia jurídica. Editorial F. Seix, Barcelona, 1951.
- MOUTÓN Y OCAMPO (Luis) [et al.]. Enciclopedia jurídica española, F. Seix Editor. Barcelona, 1910.
- MESEGUER YEBRA, (Joaquín). La inactividad de la administración como objeto del recurso contencioso – administrativo. Bosch, Barcelona, 2001.
- ORTIZ ORTIZ (Eduardo). La Justicia Administrativa en Costa Rica: Principios y Perspectivas. En: Justicia Administrativa costarricense (cuatro estudios). San José, Litografía Lil, S.A, 1990, 448 p.
- ORTIZ ORTIZ (Eduardo). La vía de hecho y la jurisdicción contencioso administrativa. Litografía e impreta Lil S.A., San José, Costa Rica, 1993, 224 p.
- OLASO ÁLVAREZ (Jorge). La prueba en materia civil. EDITORAMA, San José, Costa Rica, 2006, 205 p.
- PEYRANO (Jorge Wálter). Medida cautelar innovativa. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981, 128 p.
- PEYRANO (Jorge Wálter), LÉPORI WHITE (Inés). Cargas probatorias dinámicas. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004, 638 p.
- PERERA León (Vernor). La ejecución del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1988.
- PEREZ ROYO (Fernando). Derecho Financiero y Tributario. Parte General. 15º ed., THOMSON CIVITAS, 2005, 527 p.
- PICADO VARGAS (Carlos Adolfo). Medidas Cautelares en Procesos Comerciales. IJSA, San José, Costa Rica, 2005, 275 p.
- PICADO VARGAS (Carlos Alfonso). Medidas cautelares agrarias. 1º ed., San José, IJSA, 2005, 191 p.
- PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ (Leonardo). Modelos para la práctica jurídica procesal civil : proceso civil declarativo y de ejecución. Editorial Tecnos, Madrid 1977.
- QUIRÓS CAMACHO (Jenny). Manual de Oralidad: desempeño efectivo en las audiencias penales, civiles de cobro, laborales y contencioso administrativas. 1º ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2008, 254 p.
- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 21º ed., T.I, Madrid, España, 1992.
- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 21º ed., T.II, Madrid, España, 1992.
- RODRÍGUEZ ARAÑA MUÑOZ (Jaime). La suspensión del acto administrativo. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1986, 373 p.

MEDIDAS CAUTELARES

RODRÍGUEZ ARIAS (Gabriel). Nuevos mecanismos jurídicos para la efectiva ejecución de sentencia en el proceso Contencioso Administrativo. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2005.

ROJAS FRANCO (Enrique). Derecho Administrativo en Costa Rica. Editorial Porrúa, México, 2006, 851 p.

ROJAS FRANCO (Enrique). La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial. Cuarta edición, Mundo Gráfico S.A., San José, Costa Rica, 1999, 374 p.

ROJAS FRANCO (Enrique). Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo. E. Rojas F., San José, Costa Rica, 2008, 788 p.

ROJAS GÓMEZ (Miguel Enrique). La teoría del proceso. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2002, 347 p.

SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa. Civitas S.A., Madrid, 1976, 364 p.

SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso). Fundamentos de Derecho Administrativo. 1º edición, Tomo I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. España, 1991, 1244 p.

SANTIAGO TAWL (Guido). *A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de nuevos entes reguladores*. En: CASSAGNE (Juan Carlos dir.). Derecho administrativo. obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Artes Gráficas Cunolil, Buenos Aires, 1998, 1399 p.

SOBRADO CHAVES (Juan José). *Neoconceptualismo jurídico y sus correctivos: la teoría de sistemas y la lógica tópica*. En: Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz, Fundación Santo Tomás de Aquino, Juan Carlos Loria compilador, San José, Prometeo S.A., 1994.

SENTIS MELENDO (Santiago). In dubio pro reo. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Argentina, 1971, 219 p.

SIMÓN PADRÓS (Ramiro) La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa. 1º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2004, 448 p.

STIGLITZ (Joseph). El malestar en la globalización. Traducción de Carlos Rodríguez Braun, TAURUS, Buenos Aires, 2002, 348 p.

TOMAS R. FERNÁNDEZ. De la arbitrariedad de la administración. 2º ed. ampliada, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, 253 p.

TRILLO ALONSO (Juan). *La tutela judicial: especial referencia a las medidas cautelares*. En: REPOSO ARCEO (Juan) y DÍAZ – CASTROVERDE (José Mª). Jornadas sobre el proceso contencioso administrativo. Santiago de Compostela, 1994, 320 p.

VALLEFÍN (Carlos A.). Protección cautelar frente al estado. 1º ed., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2002, 168 p.

VIEHWEG (Theodor). Tópica y Jurisprudencia. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Editorial Taurus, Madrid, España, 1964, 143 p.

VIEHWEG (Theodor). Tópica y filosofía del Derecho. Editorial Gedisa S.A., Barcelona, España, 1991, 204 p.

MEDIDAS CAUTELARES

VILLALOBOS SOTO (Joaquín). Guía para litigar en el Proceso Contencioso Administrativo. IJSA, San José, Costa Rica, 2008, 264 p.

VÍQUEZ CERDAS (Ana Cristina) y BRENES ESQUIVEL (Ana Lorena). Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. Ley N.º 3.667 del 12 de marzo de 1996 y sus reformas: concordada y con citas clasificadas de jurisprudencia, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1966, 300 p.

ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo). Por un código general del proceso. Basado en la oralidad y la conciliación. La Corte, San José, 1998.

ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo) ed. La gran reforma procesal. Editorial Guayacán, Corte Suprema de Justicia, San José, 2000.

Artículos de revista

Conclusiones del seminario de la Magdalena sobre la reforma de la jurisdicción Contencioso-Administrativa. En Revista de la Administración Pública. N.º 141 (set – dic. 1996), pp. 429 – 433.

AAVV. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1998*. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Civitas, N.º100 Oct-Dic, 1998.

ALONSO GARCÍA (Mª Consuelo). *La responsabilidad patrimonial de la administración por denegación ilegal de licencias de urbanismo*. En Revista de la Administración Pública. N.º 127 (ene – abr 1992), pp. 211 – 240.

ANTONELLA SALERNO y RODRIGO MORENO FUENTES “LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS QUE AFECTAN A LOS «INTERESES LEGÍTIMOS» EN EL SISTEMA ITALIANO. ¿UN CAMBIO REVOLUCIONARIO? En Revista de la Administración Pública, N.º 152, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, may-ago, 2000, pp. 421-456.

BACIGALUPO (Mariano). *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*. En Revista de la Administración Pública. N.º 128 (may – ago 1992), pp. 413 – 452.

BELTRÁN DE FELIPE (Miguel). *Anotaciones a una propuesta de reforma de la constitución italiana*. (En torno al libro *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la costituente*, dirigido por S. CASSESE y A. G. ARABIA). En: Revista de la Administración Pública, N.º136. CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, ene-abr, 1995, pp. 475-496.

BATALLA BONILLA (Alejandro). *La evolución de la jurisprudencia en el incidente de suspensión del acto administrativo en el contencioso administrativo*. En: IVSTITIA, año 2, n.º 14 (marzo 1988), pp. 7-12.

BOQUERA OLIVER (José María). *Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo*. En: Revista de Administración Pública. N.º 135 (set – dic 1994), pp. 37–76.

BUSTILLO BOLADO (Roberto O.). *Eficacia de los actos de gravamen y tutela judicial efectiva a propósito de la STC 78/1996, del 20 de mayo*. En: Revista de Administración Pública. N.º 143 (may – ago 1997), pp. 285 – 315.

CALVO MIRANDA (José Luis). *Reflexiones sobre la jurisprudencia en materia de medidas provisionales. Ejecutividad del acto administrativo y extranjería*. En: Revista de Administración Pública. N.º 148 (ene – abr 1998), pp. 227-248.

MEDIDAS CAUTELARES

CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (Manuel). *Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativo de 1998*. En: Revista de Administración Pública. N.º 149 (may-ago 1999), pp. 105-130.

CASTILLO BLANCO (Federico A.). *La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1998*. En: Revista del Poder Judicial. 4º época, n.º 52, 1998, Consejo General del Poder Judicial, pp. 281-320.

CASTRO LORÍA (Juan Carlos). *La jurisdicción contenciosa administrativa como derecho fundamental*. En: IVSTITIA, año 8, n.º 95 (nov. 1994), pp. 17-19.

CASTRO LORÍA (Juan Carlos). *El control pleno de la Administración Pública en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: lvstitia, año 21, n.º 251-252, nov – dic 2007, pp. 24 - 35.

CHINCHILLA MARÍN. *La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: el giudizio ottemperanza*, en Civitas. *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 59, julio-sept 1988, pp. 427 y ss.

CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. En: Revista de la Administración Pública. N.º 131 (May - Ago 1993), pp. 167-189.

CHINCHILLAMARÍN (Carmen). *La tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Judicial. N.º7, 1992, pp. 159-187. En CD-ROM de Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Edición especial 2004 para IBERIUS Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, CD920704, editado por el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, Manterola, 13 20007 Donostia – San Sebastián, España, 2004.

CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *Medidas cautelares urgentes ante el cierre de una televisión local por ondas (comentario de los autos del juzgado de lo contencioso-administrativo de ciudad real del 4 de noviembre y 14 de diciembre de 1999)*. En: Revista de la Administración Pública. N.º 151 (ene – abr 2000), pp. 287 – 317.

COCA VITA (Eduardo). *A vueltas con la suspensión de la ejecución de actos administrativos recurridos: últimas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales*. En: Revista de la Administración Pública. N.º 127 (ene – abr 1992), pp. 241 – 252.

COCA VITA (Eduardo). *Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica*. En: Revista de Administración Pública. Vol. 2, n.º 100-102 (ene-dic 1983), pp.1039-1081.

DEL SAZ (Silvia). *La crisis de la autotutela en los actos administrativos y su auge en los actos privados (comentarios a la sentencia del TC 14/1992, de 10 de febrero; al auto del tribunal supremo de 17 de marzo de 1992 y al real decreto 290/92, de 27 de marzo)*. En: Revista de Administración Pública. N.º 129 (set – dic 1992), pp. 241 – 267.

DELGADO PIQUERAS (Francisco). *Motivación irrazonable de las sentencias, suspensión cautelar e indemnización de los perjuicios causados por la ejecución del acto administrativo*. En: Revista de Administración Pública. N.º 152 (may – ago 2000), pp. 125 – 139.

DOMÉNECH PASCUAL. (Gabriel). *La responsabilidad patrimonial de la administración derivada de la adopción de medidas cautelares*. En: Revista española de derecho administrativo. N.º 125 (ene-mar 2005), pp. 65-99.

ECHANDI GURDIÁN (María Lourdes). *Il Giudizio di Ottemperanza y los artículos 12 y 56 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional*. En: GAIVS Revista del Doctorado en Derecho. N.º 2, 1994, pp. 155-177.

MEDIDAS CAUTELARES

FERNÁNDEZ SALMERÓN (Manuel). NUEVAS TENDENCIAS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ITALIA: HACIA ALGUNAS QUIEBRAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE INTERESES LEGÍTIMOS Y DERECHOS SUBJETIVOS. En: *Revista de la Administración Pública*. N.º154, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, ene-abr, 2001, pp. 501-540.

FONT I LLOBET (Tomás) y TORNOS MAS (Joaquín). *Contencioso Administrativo: En general*. En: Sección de jurisprudencia. *Revista de Administración Pública*. N.º 103. Ene-abr 1984, pp. 267-331.

FUERTES (Mercedes). *Tutela cautelar e impugnación de reglamentos*. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 157 (ene – abr 2002), pp. 57 – 87.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 125, may–ago, 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, pp. 411-418.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO OBJETIVO Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SUBJETIVO A FINALES DEL SIGLO XX. UNA VISION HISTÓRICA Y COMPARATISTA. En *Revista de la Administración Pública*. N.º152, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, may-ago, 2000, pp. 93-105.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso – administrativas y su ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y “jurisdicción plenaria” de los Tribunales contencioso – administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales*. En: *Revista española de Derecho Administrativo*. Civitas, n.º 79, jul – set, 1993, p. 476.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *El fin del caso factotame. La responsabilidad patrimonial final del reino unido*. En: *Revista de la Administración Pública*. N.º 145 (ene – abr 1998), pp. 117 – 144.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *El nuevo código portugués del proceso de los tribunales administrativos*. En: *Revista de la Administración Pública*. N.º 162 (set – dic 2003), pp. 421-495.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las salas de los tribunales superiores de justicia y de la audiencia nacional*. En: *Revista de la Administración Pública*. N.º 151 (ene–abr 1991), pp. 251-277.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé-provision). A propósito del auto del presidente del tribunal de justicia de las comunidades europeas de 29 de enero de 1997 (asunto antonissen)*. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 142 (ene – abr 1997), pp. 225-243.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Hacia una reconstrucción de la justicia administrativa. El problema de los derechos reaccionales y la subjetivización de los recursos llamados objetivos*. En: *Revista Judicial*. N.º49, año XV, marzo 1990, pp. 9 -16.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La aplicación de la «apariencia de buen derecho» como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 125 (may – ago 1991), pp. 411 – 418.

GARCÍA DE ENTERRÍA, (Eduardo). *Nuevas medidas cautelares «positivas»: la imposición por vía cautelar a la administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho (auto de la sala de lo contencioso-administrativo del tribunal superior de justicia del país vasco de 14 de octubre de 1991)*. En: *Revista de Administración Pública*. N.º 126 (set – dic 1991), pp. 297 – 307.

MEDIDAS CAUTELARES

- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas*. "Revista Española de Derecho Administrativo". N.º 60, pp 501 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, (Eduardo). *Sobre la ejecutoriedad inmediata de las medidas cautelares recurridas en casación: una reflexión rectificativa*. En: Revista de Administración Pública. N.º 153 (set-dic 2000), pp. 381-404.
- HERRÁIZ SERRANO (Olga). *El paso firme dado por el tribunal superior de justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del référé-provision (comentario al auto de su sala de lo contencioso-administrativo de 26 de febrero de 1998)*. En: Revista de Administración Pública. N.º 147 (set – dic 1998), pp. 141 – 157.
- HERRERA CASTRO (Luis Guillermo). *La tutela de los derechos: el contencioso administrativo*. En: Revista Judicial. Año 13, n.º 46 (1989), pp. 137-140; n.º 65 (1990), pp. 157-165.
- JIMÉNEZ MEZA (Manrique). *Reformas a la Justicia Contenciosa Administrativa*. En: lvstitia, año 10, n.º 118-119, oct – nov, 1996, pp. 46- 53.
- JINESTA LOBO (Ernesto). *Análisis crítico de la evolución constitucional, legislativa y jurisprudencial de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. En: lvstitia, año 11, n.º 126-127, jun-jul, 1997, pp. 35-47.
- JORDANO FRAGA (Jesús). *El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS*. En: Revista de Administración Pública. N.º145 ene- abr 1998), pp. 169 – 198.
- QUINTANA LÓPEZ (T.). *Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano*. Revista Española de Derecho Administrativo. N.º 64, 1989, pp. 533-546.
- ORTIZ ORTIZ (Eduardo). "Espíritu y perspectivas de una reforma a la justicia administrativa en Costa Rica". En: Revista Judicial. Año XV, n.º 49, , marzo 1990, pp. 110-129.
- ORTIZ ORTIZ (Eduardo). "Suspensión del acto impugnado en la vía contencioso – administrativa en Costa Rica". En: Revista de Ciencias Jurídicas. N.º 17, Junio, 1971, pp. 227-267.
- MORA ESPINOZA, (Álvaro). *Tratamiento de las medidas cautelares en el proyecto de código procesal administrativo de Costa Rica*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. Año 2, n.º 2 (ene-jun 2002), pp. 57-64.
- MORENO MOLINA (José Antonio). *La reciente jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas en materia de contratos público.*, En: Revista de Administración Pública. N.º 151 (ene – abr 2000), pp. 319 – 342.
- RAQUEL NUTA (Ana) y otros. Medidas cautelares y bloqueo registral. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 184 p.
- RAMÓN PARADA (J. Ramón). *Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos*. En: Revista de Administración Pública. N.º 153 (set – dic 2000), pp. 71 – 90.
- RAMOS MÉNDEZ (Francisco). *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. En: Justicia. Nº1, Librería Bosch, Barcelona, España, 1985, pp. 75-90.
- PAREJO ALFONSO (Luciano). *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo*. En: Revista Judicial. N.º 49, marzo, 1990, pp. 83-100.

MEDIDAS CAUTELARES

RETANA SANDÍ (Gonzalo). *La Jurisdicción Contencioso – Administrativa en Costa Rica y su reforma*. En: Revista del Colegio de Abogados. N.º12, San José, Costa Rica, pp. 1- 284.

REYES MONTERREAL (José María). *Suspensión de suspensiones*. En: Revista de Administración Pública. N.º 93 (set-dic 1980), pp. 151-187.

RODRÍGUEZARANA (Jaime). *Las medidas cautelares en el proyecto de ley de la jurisdicción contenciosa administrativa. Especial referencia a la suspensión del acto*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. (342 R-5), Año 3, n.º 3 (ene-jun 2003), pp. 63-70.

SAINZ DE ROBLES (Federico C.). *Las transformaciones de la función de juzgar a la administración en los últimos cincuenta años*. En: Revista de Administración Pública. N.º 150 (set – dic 1999), pp. 515 – 531.

SANZ GANDESEGUI (Francisco). *¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso-administrativo?* (Comentario a los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993). En: Revista de Administración Pública. N.º138 (set- dic 1995), pp. 184 – 201.

SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso). *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*. En: Revista de Administración Pública. Vol. 2, n.º 100-102 (ene-dic 1983), pp. 1609-1627.

SARMIENTO ACOSTA Manuel J. *Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español*. En: Revista de Administración Pública. N.º129, (set – dic 1991), pp. 385-434.

TARDÍO PATO (José Antonio). *El interdicto de obra nueva frente a las administraciones públicas a la luz de la ley 2000*. En: Revista de Administración Pública. N.º 154 (ene – abr 2001), pp. 365 – 407.

TARDÍO PATO (José Antonio). "LA FUNCIÓN CALIFICADORA DE LOS ALUMNOS UNIVERSITARIOS Y SU CONTROL JURISDICCIONAL". En: Revista de la Administración Pública. N.º 139, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, ene-abr, 1996, pp. 337-417.

TORNOS MAS (Joaquín). *La situación actual del proceso contencioso-administrativo*. En: Revista de Administración Pública. N.º 122 (may – ago 1990), pp. 103 – 130.

VALLS GOMBAU (José Francisco). *Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales*. En: CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL. Consejo General del Poder Judicial. N.º 27, 1993, ,CD-ROM 27, Biblioteca del Poder Judicial, pp. 339-414.

WEBER (Ross A.). Una Guía para la Administración del Tiempo. Traducción de Manuel Ravassa Garcés, Grupo Editorial Norma, 2º edición de bolsillo, Colombia, 1997, 195 p.

YAYA ZUMAETA (Ulises). *La contracautela: requisito de ejecución de las medidas cautelares*. En: Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia, Centro de Investigaciones Judiciales. Año 3, n.º 8, Abr – Jun 2005, pp. 95-103.

Jurisprudencia Administrativa

Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica OJ-051-00 del 25 de mayo de 2000.

Procuraduría General de la República. Dictamen C-180-99 del 9 de setiembre de 1999.

Procuraduría General de la República. Dictamen C-022-99 del 28 de enero de 1999.

MEDIDAS CAUTELARES

Procuraduría General de la República. Dictamen C-009-99 del 12 de enero de 1999.

Jurisprudencia Comparada

Tribunal Constitucional Español 119/2001 del 24 de mayo de 2001.

Jurisprudencia Judicial

Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 043-2003 de las 14:30 hrs. del tres de febrero de 2003.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2010-9928 de las quince horas de nueve de junio de dos mil diez.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2009-3117 de las quince horas y tres minutos del veintiocho de febrero de dos mil nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2008-005034 de las diecinueve horas y cuarenta y seis minutos del primero de abril de dos mil ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2007-017955 de las catorce horas y treinta y cinco minutos del doce de diciembre de dos mil siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2007-017262 de las dieciséis horas y cincuenta y cinco minutos del veintisiete de noviembre de dos mil siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2007-006482 de las diez horas y cuarenta y siete minutos del once de mayo de dos mil siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 005038-2007 de las quince horas catorce minutos del trece de abril de dos mil siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2007-000834 de las ocho horas y treinta y uno minutos del veintiséis de enero de dos mil siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2007-000252 de las once horas y veintiuno minutos del doce de enero de dos mil siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2006-017592 de las catorce horas y cincuenta y nueve minutos del seis de diciembre de dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2006-15956 de las catorce horas con cuarenta y nueve minutos del primero de noviembre del dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2006-11529 de las catorce horas y cincuenta y siete minutos del nueve de agosto de dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2006-009570 de las dieciséis horas con trece minutos del cinco de julio de dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2006-008995 de las once horas veintiocho minutos del veintitrés de junio de dos mil seis.

MEDIDAS CAUTELARES

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2006-08950 de las diez horas y cuarenta y tres minutos del veintitrés de junio de dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2006- 07190 de las quince horas y cincuenta y cinco minutos del diecinueve de mayo de dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2006-005812 de las doce horas cincuenta y cuatro minutos del veintiocho de abril de dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 03669-2006 de las quince horas del quince de marzo del dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2006-1030 del primero de febrero de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-15451 de las doce horas nueve minutos del nueve de noviembre de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-11506 de las once horas con cuarenta y tres minutos del veintiséis de agosto de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 10365-2005 de las dieciséis horas y treinta y cuatro minutos del nueve de agosto de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-09295 de las dieciséis horas con cuarenta y ocho minutos del doce de julio de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-09592 de las diecisiete horas con un minuto del diecinueve de julio de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-09591 de las diecisiete horas del diecinueve de julio de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-09584 de las dieciséis horas con cincuenta y tres minutos del diecinueve de julio de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-09301 de las dieciséis horas con cincuenta y cuatro minutos del doce de julio de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-07474 de las catorce horas con treinta y cuatro minutos del quince de junio de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-07100 de las dieciséis horas con cuarenta minutos del cinco de junio de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-006224 del veinticinco de mayo de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-06044 de las dieciséis horas cuarenta y cuatro minutos del veinticuatro de mayo de dos mil cinco.

MEDIDAS CAUTELARES

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-05936 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del veinticuatro de mayo de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2004-14967 de las once horas con cincuenta y ocho minutos del veinticuatro de diciembre de dos mil cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2004-14421 de las once horas del diecisiete de diciembre de dos mil cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2004 -9232 de las quince horas con cuarenta minutos del veinticinco de agosto de dos mil cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2003-13016 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del siete de noviembre de dos mil tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2003-08875 de las dieciséis horas con treinta y nueve minutos del veintiséis de agosto de dos mil tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2003-01468 de las catorce horas con cuarenta y siete minutos del veinticinco de febrero de dos mil tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2002-07396 de las ocho horas con cincuenta y nueve minutos del veintiséis de julio de dos mil dos

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2002-08245 de las doce horas con siete minutos del veintitrés de agosto de dos mil dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2002-07384 de las ocho horas con cuarenta y siete minutos del veintiséis de julio de dos mil dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2001-11600 de las catorce horas con treinta y dos minutos del trece de noviembre de dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2001-09197 de las nueve horas con veintinueve minutos del catorce de setiembre de dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2001-08657 de las catorce horas con cincuenta y nueve minutos del veintinueve de agosto de dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2001-06678 de las quince horas con cinco minutos del once de julio de dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2001-02638 de las dieciséis horas con doce minutos del tres de abril de dos mil uno

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2001-01466 de las catorce horas con treinta y nueve minutos del veintiuno de febrero de dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2001-00732 de las doce horas veinticuatro minutos del veintiséis de enero de dos mil uno.

MEDIDAS CAUTELARES

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2000-4530 del treinta y uno de mayo de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2000-03445 de las quince horas con dieciocho minutos del veintiséis de abril de dos mil.-

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2000-00106 de las diecinueve horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de enero de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2000-02590 de las catorce horas con cincuenta y siete minutos del veintidós de marzo de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2000-02789 de las quince horas con cincuenta y cuatro minutos del veintiocho de marzo de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2000-06883 de las quince horas con veintiocho minutos del ocho de agosto de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2000-10469 de las diez horas veinte minutos del veinticuatro de noviembre de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 5236-99 de las catorce horas del siete de julio de este año.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1999-8551 de las diez horas con dieciocho minutos del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1999-08823 de las catorce horas con seis minutos del doce de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1999-07539 de las diez horas con treinta y tres minutos del primero de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 05358-99 de las diez horas con doce minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 08858-98 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 6606-98 de las nueve horas del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 06432-98 de las diez horas treinta minutos del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 03933-98 de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 998-98 de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 0897-98 de las diecisiete horas con quince minutos del once de febrero de mil novecientos noventa y ocho, entre muchos otros.

MEDIDAS CAUTELARES

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 5027-97 de las dieciséis horas con veinticuatro minutos del veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3145-97 de las diez horas treinta minutos del seis de junio de mil novecientos noventa y siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 5796-96 de las dieciséis horas cuarenta y dos minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2175-96 de las nueve horas seis minutos del diez de mayo de mil novecientos noventa y seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1205-96 de las nueve horas del quince de marzo de mil novecientos noventa y seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 6571-95 de las dieciocho horas nueve minutos del veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 6223-95 de las dieciséis horas seis minutos del quince de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 5981-95 de las quince horas cincuenta y un minutos del siete de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3939-95 de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia . Resolución n.º 3929-95 de las 15:24 horas del 18 de julio de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1265-95 de las quince horas con treinta y seis minutos del siete de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia . Resolución n.º 981-95 de las once horas con cuarenta y ocho minutos del diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 67-95 de las dieciséis horas con veintiún minutos del cuatro de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 6782-94 de las quince horas con quince minutos del veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 5498-94 de las nueve horas dieciocho minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 5238-94 de las catorce horas cuarenta y dos minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 5227-94 de las quince horas seis minutos del trece de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 5111-94 de las dieciséis horas con treinta y seis minutos del siete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

MEDIDAS CAUTELARES

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 4944-94 de las trece horas con cuarenta minutos del seis de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 4443-94 de las nueve horas del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3907-94 de las dieciséis horas tres minutos del tres de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3773-94 de las diez horas con treinta y tres minutos del día veintisiete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3674-94 de las dieciséis horas con cincuenta y cuatro minutos del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3625-94 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veinte de julio de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3307-94 de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3214-94 de las diecisiete horas del treinta de junio de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3180-94 de las quince horas dieciocho minutos del treinta de junio de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3148-94 de las 15:00 horas del 28 de junio de 1994.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2090-94 de las once horas con doce minutos del veintinueve de abril de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1164-94 de las diez horas cuarenta y dos minutos del dos de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 451-94 de las once horas cincuenta y siete minutos del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 6829-93 de las ocho horas y treinta y tres minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y tres.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 6828-93 de las 8:30 horas del 24 de diciembre de 1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia . Resolución n.º 5964-93 de las 15:06 horas del 16 de noviembre de 1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia . Resolución n.º 3768-93 de las 14:36 horas del 6 de agosto de 1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia . Resolución n.º 5693-93 de las quince horas tres minutos del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

MEDIDAS CAUTELARES

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3972-93 de las 15:12 horas del 18 de agosto de 1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3834-92 de las diecinueve horas treinta minutos del primero de diciembre de mil novecientos noventa y dos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3410-92 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del diez de noviembre de mil novecientos noventa y dos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2274-91 de las 16:01 horas del 5 de noviembre de 1991.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2083-91 de las ocho horas cincuenta y cuatro minutos del diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y uno.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1287-91 de las 9:00 horas del 5 de julio de 1991.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 669-91 de las trece horas cincuenta y ocho minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 015-90 de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del cinco de enero de mil novecientos noventa.
- Tribunal Supremo de Elecciones. Resolución n.º 0591-E-2002 de las 9:35 horas del 19 de abril de 2002.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 000074-F-2007 de las diez horas quince minutos del dos de febrero de dos mil siete.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 001011-F-2006 de las once horas del veintiuno de diciembre de dos mil seis
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 000636-F-2006 de las once horas del seis de setiembre de dos mil seis.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 000308-F-2006 de las diez horas treinta minutos del veinticinco de mayo de dos mil seis.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 584 de las 10 horas 40 minutos del 11 de agosto de 2005.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 000055-F-2000 de las quince horas cinco minutos del veintiséis de enero de dos mil.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 11 de las 15:00 horas del 22 de enero de 1993.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 365 de las 14 horas con 20 minutos del 26 de diciembre de mil novecientos noventa.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia . Resolución n.º 93 de las 15 horas del 26 de junio de 1991.

MEDIDAS CAUTELARES

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 77 de las 14:20 horas del 19 de noviembre de 1993.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 56 de las 15:05 horas del 31 de mayo de 1995.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 22 de las 10 horas del 23 de febrero de 1996.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 176 de las 15:45 horas del 21 de febrero de 2001.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia . Resolución n.º 180 de las 9:25 horas del 23 de febrero de 2001.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 866 de las 17:05 horas del 31 de octubre de 2001.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 315 de las 11:30 horas del 04 de junio de 2003.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia . Resolución n.º 875 de las 10:00 horas del 07 de octubre de 2004.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 69 de las 11:10 horas del 09 de febrero de 2005.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 17 de las quince horas del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y dos.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 112 de las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 304-F-TC-2009 de las catorce horas treinta y dos minutos del cuatro de diciembre de dos mil nueve.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 280-F-TC-2009 de las ocho horas cincuenta minutos del diecinueve de noviembre de dos mil nueve.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 208-F-TC de las once horas seis minutos del once de setiembre de dos mil nueve.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 195-A-TC-2009 de las ocho horas cincuenta minutos del diez de setiembre de dos mil nueve.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 186-F-TC-2009 de las 15:41 horas del 28 de agosto de dos mil nueve.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 000178-A-TC-2008 de las nueve horas del veintisiete de noviembre de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 137-F-TC-2009 de las 9:55 hrs. del 24 de julio de dos mil nueve.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 134-F-TC-2009 de las 14:12 hrs. del 10 de julio de dos mil nueve.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 129-F-TC-2009 de las once horas cinco minutos del tres de julio de dos mil nueve.

MEDIDAS CAUTELARES

- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 115-A-TC-09 de las diez horas treinta y cinco minutos del diecinueve de junio del dos mil nueve.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 103-F-TC-2009 de las nueve horas con veintiséis minutos del veintinueve de mayo del dos mil nueve.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 99-F-TC-2009 de las quince horas treinta y un minutos del veinte de mayo del dos mil nueve.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 96-F-TC-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del quince de mayo de dos mil nueve.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 95-F-TC-2009 de las diecisiete horas con cuarenta minutos del trece de mayo de dos mil nueve.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 88-F-TC-2009 de las quince horas treinta y cinco minutos del seis de mayo del dos mil nueve.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 77-F-TC-09 de las quince horas cinco minutos del 22 de abril de dos mil nueve.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 75-A-TC-2009 de las quince horas diez minutos del quince de abril de dos mil nueve.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución de las diez horas treinta minutos del veintiséis de marzo de dos mil nueve.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 22-F-TC-09 de las diez horas tres minutos del trece de febrero de dos mil nueve.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 22-A-TC-2009 de las trece horas treinta y cinco minutos del doce de febrero del dos mil nueve
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 16-F-TC-2009 de las catorce horas cincuenta minutos del cuatro de febrero de dos mil nueve.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 05-F-TC-2009 de las quince horas con diecisiete minutos del veintiuno de enero de 2009.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 000204-A-TC-2008 de las nueve horas treinta minutos del dieciocho de diciembre del dos mil ocho
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 181-F-TC-2008 de las nueve horas dieciocho minutos del veintisiete de noviembre de dos mil ocho.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 164-A-TC-2008 de las ocho horas treinta minutos del trece de noviembre de dos mil ocho.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 153-F-TC-08 de las quince horas treinta y cinco minutos del cinco de noviembre de dos mil ocho.

MEDIDAS CAUTELARES

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º148-A-TC-2008 de las ocho horas treinta y cinco minutos del treinta y uno de octubre de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 146-F-TC-08 de las catorce horas cincuenta minutos del veintinueve de octubre de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 132-A-TC-2008 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de octubre de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 129-F-TC-08 de las quince horas con veintitrés minutos del quince octubre de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º124-F-TC-08 de las nueve horas del tres de octubre de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º116-F-TC-08 de las catorce horas y diez minutos del veinticuatro de setiembre de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º115-F-TC-08 de las once horas veintiséis minutos del veinticuatro de setiembre de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º114-F-TC-08 de las nueve horas y cuarenta y cinco minutos del veinticuatro de setiembre de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 110-A-TC-2008 de las ocho horas treinta minutos del diecinueve de setiembre de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 108-F-TC-08 de las quince horas treinta y cinco del diez de setiembre de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 104-A-TC-2008 de las ocho horas cinco minutos del veintinueve de agosto de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 102-F-TC-08 de las diez horas y cuarenta y ocho minutos del veintisiete de agosto de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 00094-F-TC-2008 de las ocho horas quince minutos del veintidós de agosto de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 90-A-TC-2008 de las dieciséis horas del catorce de agosto de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 88-A-TC-2008 de las diez horas treinta minutos del ocho de agosto de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 87-A-TC-2008 de las diez horas veinticinco minutos del ocho de agosto de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 86-F-TC-2008 de las diez horas diez minutos del ocho de agosto de dos mil ocho.

MEDIDAS CAUTELARES

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 79-A-TC-2008 de las ocho horas diez minutos del ocho de agosto de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 72-F-TC-08 de las once horas con treinta y siete minutos del treinta de julio de 2008.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 70-F-TC-08 de las once horas doce minutos del veintitrés de julio de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 62-A-TC-2008 de las 9 horas 30 minutos del 19 de junio de 2008.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 58-F-TC-08 de las once horas y un minuto del dieciocho de junio de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 57-F-TC-08 de las nueve horas con treinta minutos del diecisiete de junio de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 43-F-TC-08 del seis de junio de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 26-F-TC-08 de las once horas veinte minutos del veintitrés de abril de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 22-F-TC-08 de las once horas y veintidós minutos del dieciséis de abril de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 000020-A-TC-2008 de las ocho horas cinco minutos del cuatro de abril de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 19-F-TC-08 de las diez horas y catorce minutos del veintiocho de marzo de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 18-F-TC-08 de las nueve horas cuatro minutos del veintiocho de marzo de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 17-A-TC-2008 de las ocho horas del veinticinco de marzo de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 0000 15-F-TC-2008 de las ocho horas del trece de marzo de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 14-F-TC-2008 del cinco de marzo de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 13-F-TC-2008 del veintinueve de febrero de dos mil ocho.

TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 000010-A-TC-2008 de las ocho horas cinco minutos del veintidós de febrero de dos mil ocho.

MEDIDAS CAUTELARES

- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 00009-F-TC-2008 de las ocho horas del veintidós de febrero de dos mil ocho.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 08-F-TC-2008 de las catorce horas diez minutos del catorce de febrero de dos mil ocho.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 00007-A-TC-2008 de las catorce horas cinco minutos del catorce de febrero de dos mil ocho.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 05-F-TC-08 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del seis de febrero de dos mil ocho.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 04-F-TC-08 de las diez horas con catorce minutos del 31 de enero de dos mil ocho.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 000003-F-TC-2008 de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos del treinta de enero de dos mil ocho.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 000002-F-TC-2008 de las ocho horas cincuenta minutos del treinta de enero de dos mil ocho.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 00001-C-TC-2008 de las once horas cincuenta y cinco minutos del treinta de enero de 2008.
- TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 431-2011 de las dieciséis horas con diez minutos del ocho de setiembre de dos mil once.
- TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 21-2011 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veinticuatro de enero de dos mil once.
- TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 233-2010 de las catorce horas quince minutos del veinte de mayo del dos mil diez.
- TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 218-2010 de las catorce horas cincuenta y siete minutos del trece de mayo de dos mil diez.
- TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 195-2010 de las catorce horas del seis de mayo de dos mil diez.
- TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 168-2010 de las ocho horas treinta minutos del veintiséis de abril de dos mil diez.
- TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 142-2010 de las dieciséis horas quince minutos del trece de abril de dos mil diez.
- TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 122-2010 de las dieciséis horas treinta minutos del veinticuatro de marzo de dos mil diez.
- TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 106-2010 de las once horas veinte minutos del diecisiete de marzo de dos mil diez.

MEDIDAS CAUTELARES

TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 102-2010 de las dieciséis horas veintisiete minutos del quince de marzo de dos mil diez.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 101-2010 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del quince de marzo de dos mil diez.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 96-2010 de las once horas del once de marzo de dos mil diez.

TRIBUNAL DE APELACIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 94-2010 de las dieciséis horas quince minutos del diez de marzo de dos mil diez.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 80-2010 de las diecisiete horas del dos de marzo de dos mil diez.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 69-2010, de las nueve horas treinta y cinco minutos del veinticuatro de febrero de dos mil diez.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 24-2010 de las quince horas del veintiocho de enero de dos mil diez.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 19-2010 de las quince horas del veintidós de enero de dos mil diez.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 14-2010 de las catorce horas quince minutos del veinte de enero de dos mil diez.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 08-2010, de las quince horas cuarenta y cinco minutos del quince de enero de dos mil diez.

TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 497-2012-T del dos de marzo del dos mil doce.

TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 4074-2010 de las trece horas veintiún minutos del veintinueve de octubre de dos mil diez.

TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 3055-2010 de las 10:00 hrs. del 17 de agosto del 2010.

TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 1420-2010 de las trece horas quince minutos del veintidós de abril de dos mil diez.

TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 1468-2009, de las quince horas del veintinueve de julio de dos mil nueve.

TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 376-2009 de las nueve horas con cincuenta minutos del nueve marzo de dos mil nueve.

TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución de las ocho horas treinta y cinco minutos del veinticinco de mayo de dos mil nueve, dentro del expediente 09-001261-1027-CA.

MEDIDAS CAUTELARES

- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución 208-2009 de las trece horas diez minutos del diecinueve de febrero de dos mil nueve.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 178-2009 de las once horas cincuenta y ocho minutos del dos de febrero de dos mil nueve.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución dictada a las ocho horas veinticinco minutos del primero de agosto de 2008, dentro del expediente 08-396-1027-CA.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 469-08 de las quince horas del veintiuno de julio de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 447-08 de las dieciséis horas veinticinco minutos del catorce de julio de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 398-08 de las once horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de junio de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 392-08 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del dieciséis de junio de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 367-08 de las doce horas cuarenta minutos del nueve de junio de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 353-08 de las catorce horas treinta minutos del dos de junio de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 311-2008 de las quince horas veinte minutos del dieciséis de mayo de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 308-08 de las dieciséis horas veinte minutos del veintitrés de mayo de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 296-2008 de las dieciséis horas treinta y dos minutos del trece de mayo de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 289 de las quince horas quince minutos del doce de mayo de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 286-08 de las doce horas treinta minutos del nueve de mayo de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 270-08 de las trece horas treinta y dos minutos del cinco de mayo de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º. 258 de las catorce horas del treinta de abril de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 251-08 de las quince horas quince minutos del 29 de abril de dos mil ocho.

MEDIDAS CAUTELARES

- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 249-08 de las 11:15 hrs. del 29 de abril de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 246-08 de las diez horas treinta minutos del veintiocho de abril de dos mil ocho.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 233-08 de las catorce horas con veinte minutos del 21 de abril de dos mil ocho.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 226 de las quince horas cinco minutos del dieciocho de abril de dos mil ocho.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución de las nueve horas cincuenta minutos del 17 de abril de dos mil ocho.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 214 de las nueve horas cuarenta minutos del dieciséis de abril de dos mil ocho.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución. de las 9:50 horas del 17 de abril de dos mil ocho.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. . Resolución n.º 222-08 de las 10:40 hrs. del dieciocho de abril de dos mil ocho.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 199-08 de las 14:15 horas del nueve de abril de dos mil ocho.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 196-08 de las 14:05 horas del ocho de abril de dos mil ocho.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 190-08 de las 16:32 horas del siete de abril de dos mil ocho.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución de las 13:00 horas del cuatro de abril del 2008 dentro del expediente 08-02-1027-CA.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 186-08 de las 16:30 horas del tres de abril de dos mil ocho.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución de las catorce horas del tres de abril de dos mil ocho dentro del expediente 08-180-161-CA.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 141-08 de las nueve horas cincuenta minutos del doce de marzo de dos mil ocho dentro del expediente 08-137-161-CA.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 111-08 de las diez horas treinta y cinco minutos del cinco de marzo de 2008 dentro del expediente 08-136-161-CA.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución de las nueve horas cinco minutos del cinco de marzo de 2008, dictada dentro del expediente 08-100-161-CA.

MEDIDAS CAUTELARES

- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 75-2008 de las doce horas del veintidós de febrero de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 70-2008 de las once horas treinta minutos del veintiuno de febrero de dos mil ocho.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 68-08 de las nueve horas cuarenta minutos del 20 de febrero de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 57-08 de las 10:35 horas del quince febrero de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 38-08 de las 9:50 horas del 08 de febrero de 2008 dentro del expediente 08-54-161-CA.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 30-08 de las diez horas veinticinco minutos del cinco de febrero de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 26-08 de las ocho horas cuarenta minutos del cuatro de febrero de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 18-08 de las diez horas diez minutos del 07 de febrero de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 16-08 de las 08:10 horas del 28 de enero de 2008.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución de las diez horas y dieciocho minutos del veinticuatro de enero de dos mil ocho dentro del expediente 08-12-161-CA.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución de las diez horas treinta minutos del 22 de enero de dos mil ocho dentro del expediente 08-06-161-CA.
- TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución de las doce horas del dieciséis de enero de dos mil ocho dentro del expediente 08-01-161-CA.
- TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, SECCIÓN PRIMERA, resolución n.º 53-2012-I de las quince horas cuarenta minutos del veinte de febrero de dos mil doce).
- TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 229-2008 de las once horas cinco minutos del cuatro de julio de dos mil ocho.
- TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 173-2008 de las catorce horas veinticinco minutos del veintidós de mayo de dos mil ocho.
- TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 82-2007 de las once horas diez minutos del dieciséis de febrero de dos mil siete.
- TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección IV, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea. Resolución n.º 45-2007 de las catorce horas con cinco minutos del treinta y uno de agosto de dos mil siete.
- TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección III, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea. Resolución n.º 482-2007 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veintitrés de noviembre de dos mil siete.

MEDIDAS CAUTELARES

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. II Circuito Judicial de San José. Goicoechea. Resolución n.º 375-2006 de las quince horas del veinte de setiembre de dos mil seis.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. II Circuito judicial de San José, Goicoechea. Resolución n.º 256 -2006 de las catorce horas del primero de junio de dos mil seis.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN III. Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea. Resolución n.º 616-2001 de las nueve horas del treinta de julio de dos mil uno

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Resolución n.º 1-2007 de las once horas del doce de enero de dos mil siete.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Resolución n.º 532-2005 de las once horas veinticinco minutos del once de noviembre de dos mil cinco.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 327-2003 de las once horas diez minutos del veinte de junio de dos mil tres.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Segunda, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 308-2003 de las once horas quince minutos del once de junio de dos mil tres.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. Resolución n.º 41-2003 de las diez horas treinta y cinco minutos del siete de febrero de dos mil tres.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. Resolución n.º 287-2002 de las once horas treinta minutos del veintitrés de agosto de dos mil dos.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Resolución n.º 167-2002, de las once horas diez minutos del treinta y uno de mayo de dos mil dos.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. Resolución n.º 20-2002 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del ocho de febrero de dos mil dos.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. Resolución n.º 321-2001 de las once horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil uno.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. II CIRCUITO JUDICIAL. Resolución n.º 171-2001 de las diez horas treinta minutos del diecinueve de junio de dos mil uno.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEXTA. Resolución de las catorce horas del cinco de enero de dos mil nueve, dentro del expediente 08-14036-2017-CA.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEXTA. Resolución n.º 849-2010 de las once horas cuarenta minutos del cinco de marzo de dos mil diez.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEXTA. Resolución n.º 250-2010 de las ocho horas del veintinueve de enero del dos mil diez.

TRIBUNAL SUPERIOR AGRARIO. Resolución n.º 165 de las 9:20 horas del 11 de marzo de 1998.

MEDIDAS CAUTELARES

TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL. Resolución n.º 829 de las 8:25 horas del 23 de mayo de 1986.

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 402-2009 de las quince horas del dieciséis de febrero de dos mil nueve.

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 656-06 de las trece horas y cincuenta minutos del siete de junio de 2006.

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución n.º 369-2004 de las ocho horas del veinte de abril de 2004.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 2008-534 de las ocho horas veinte minutos del trece de junio de dos mil ocho.

Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución de las 16:25 hrs. del 15 de agosto de 2006.

Juzgado Penal del I Circuito Judicial de Alajuela. Resolución de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veintitrés de enero de dos mil seis.

Actas de Corte Plena

Acta de la Corte Plena n.º 034-09, artículo VIII, sesión ordinaria de la Corte Plena celebrada el 05 de octubre de 2009.

Leyes y Códigos

Constitución Política de la República de Costa Rica. Dada el 7 de noviembre de 1949.

Código Procesal Contencioso – Administrativo (empieza a regir el 1º de enero de dos mil ocho), Ley N.º 8508 del 28 de Abril de 2006, publicado en el Alcance n.º 38 de La Gaceta n.º 120 del 22 de Junio de 2006.

Código Procesal Contencioso – Administrativo (con extractos de resoluciones), 2º ed., Costa Rica: Colegio de Abogados de Costa Rica (editor), Procuraduría General de la República (coeditor), San José, Costa Rica, 2011, 470 p.

Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley N.º 3667 del 12 de marzo de 1966, publicada en La Gaceta n.º 65 del 19 de marzo de 1966.

Ley General de la Administración Pública, Ley N.º 6227 del 2 de mayo de 1978, publicada en La Gaceta n.º 102 del 30 de mayo de 1978.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N.º 7333 del 5 de mayo de 1993, publicada en Alcance n.º 24 de la Gaceta n.º 124 del 1º de julio de 1993.

Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda. Corte Suprema de Justicia, Circular n.º 001-08 celebrada en la sesión n.º 02-08 del 21 de enero de 2008. Publicado en La Gaceta n.º 49 del 10 de marzo de 2008.

Artículos de periódico

Niño denuncia al PANI por no dejarlo salir del país. Recurrió al Tribunal Contencioso Administrativo. En: Diario Extra del 16 de febrero de 2008, p. 15.

MEDIDAS CAUTELARES

Páginas de Internet

GONZÁLEZ SOLANO (Gustavo). *Código Procesal Contencioso. El nuevo Código representa un supuesto avance, pero aún tiene errores por subsanar.* En: La Nación, Jueves 12 de abril de 2007, documento extraído de Internet el 31 de marzo de 2008 de <http://www.nacion.com/linea/2007/abril/12/opinion1059570.html>

GARCÍA CARBALLO (Laura). *Incidencias del nuevo código procesal contencioso en el derecho tributario.* Documento extraído de Internet el 22 de mayo de 2009 de <http://www.impositus.com/MlxCarpetas.aspx?pad=6&item=43083>.

SANTIAGO ANTUÑA (Paloma). *CONCLUSIONES DEL SEMINARIO DE NUEVO SOBRE EL CONTROL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES: SU MOTIVACIÓN*, Madrid, del 15 al 17 de octubre de 2008. Documento extraído de Internet de <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=152099&Download=false&ShowPath=false>, el 09 de marzo de 2010.

Documentos oficiales

Circular n.º 66-09 del 22 de junio de 2009. Asunto: Almacenamiento de juicios orales. Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia

Oficio n.º 020-EST-2009 del 23 de febrero de 2009. Sección de Estadística del Departamento de Planificación, Poder Judicial.

Entrevistas

Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada. Sobre la ejecución sustitutiva. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Realizada por José Álvaro López Camacho el 21 de octubre de 2006.

Juez Tramitador Otto González Vílchez. Procedimiento cautelar en el CPCA. Tribunal Procesal Contencioso Administrativo. Realizada por José Álvaro López Camacho el 06 de mayo de 2008.

Jueza tramitadora del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, Marisol Salas Fallas. Obstáculos para la tutela cautelar en el CPCA. Realizada por José Álvaro López Camacho el 27 de mayo de 2009.

Secretaría del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo. Consulta sobre tiempos de trámite efectuada el 24 de abril de 2009.

ANEXOS

A continuación se presentan datos estadísticos relacionados con el tema objeto de esta investigación. Estos datos provienen de la Sección de Estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial:

CUADRO N° 1				
MOVIMIENTO MENSUAL OCURRIDO EN LA SALA PRIMERA EN FUNCIÓN DE TRIBUNAL DE CASACION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DESTACADO EN LA SALA PRIMERA SEGÚN MATERIA DURANTE EL 2008				
MES	Circulante al iniciar	Número de casos		Circulante al terminar
		Entrados	Salidos	
TOTAL	0	200	166	34
ENERO	0	5	4	1
FEBRERO	1	7	5	3
MARZO	3	6	6	3
ABRIL	3	19	5	17
MAYO	17	22	12	27
JUNIO	27	22	21	28
JULIO	28	17	16	29
AGOSTO	29	19	30	18
SEPTIEMBRE	18	27	12	33
OCTUBRE	33	22	26	29
NOVIEMBRE	29	22	14	37
DICIEMBRE	37	12	15	34
Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación				

MEDIDAS CAUTELARES

CUADRO N° 2							
CASOS ENTRADOS EN LA SALA PRIMERA EN FUNCIÓN DE TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DESTACADO EN LA SALA PRIMERA POR TIPO Y SEGÚN MES DEL 2008							
TIPO DE CASO	Total	Mes					
		Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio
TOTAL	200	5	7	6	19	22	22
Medida cautelar	101	4	6	6	9	6	10
Ordinario	16	---	---	---	1	4	2
Expropiación	15	---	---	---	6	1	3
Demanda Defectuosa	4	---	1	---	---	---	2
Tributario	2	1	---	---	---	---	---
Ejecución de Sentencia	2	---	---	---	---	2	---
Expropiación Estadi	1	---	---	---	1	---	---
Litis Consorcio	1	---	---	---	1	---	---
Amparo de legalidad	1	---	---	---	---	---	---
Otros	57	---	---	---	1	9	5

Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación

CUADRO N° 2 (bis)							
CASOS ENTRADOS EN LA SALA PRIMERA EN FUNCIÓN DE TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DESTACADO EN LA SALA PRIMERA POR TIPO Y SEGÚN MES DEL 2008							
TIPO DE CASO	Total	Mes					
		Julio	Agosto	Sept	Oct	Nov	Dic
TOTAL	200	17	19	27	22	22	12
Medida cautelar	101	7	12	14	14	9	4
Ordinario	16	1	1	3	1	1	2
Expropiación	15	3	---	---	---	2	---
Demanda Defectuosa	4	---	---	---	---	---	1
Tributario	2	---	---	1	---	---	---
Ejecución de Sentencia	2	---	---	---	---	---	---
Expropiación Estadi	1	---	---	---	---	---	---
Litis Consorcio	1	---	---	---	---	---	---
Amparo de legalidad	1	---	---	---	---	---	1
Otros	57	6	6	9	7	10	4

Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación

MEDIDAS CAUTELARES

CUADRO N° 3

NÚMERO DE RESOLUCIONES DICTADAS EN LA SALA PRIMERA EN FUNCIÓN DE TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DESTACADO EN LA SALA PRIMERA POR TIPO Y SEGÚN MES DURANTE EL 2008							
Tipo de resolución	Total	Mes					
		Ene	Feb	Mar	Abril	May	Junio
TOTAL	166	4	5	<u>6</u>	<u>5</u>	<u>12</u>	<u>21</u>
Sin lugar	23	---	1	3	---	---	3
Se confirma	20	---	---	---	---	---	---
Se revoca	17	3	1	1	1	---	1
Con lugar	6	---	---	---	---	---	---
Se revoca parcialmente	2	---	---	---	1	---	---
Se anula el voto	1	---	---	---	---	---	---
Rechazado de plano	31	---	2	1	1	4	4
Se resuelve competencia	19	---	---	---	---	7	10
Se rechaza de plano por extempor.	13	---	---	---	2	---	1
Se declara inadmisibile el recurso	12	---	---	---	---	---	---
Auto de pase en competencias	4	---	---	---	---	---	---
Auto de pase	2	---	1	---	---	---	---
Desistido	2	---	---	---	---	1	---
Rechazado	1	---	---	---	---	---	1
Otros	13	1	---	1	---	---	1

Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación

CUADRO N° 3 (bis)

NÚMERO DE RESOLUCIONES DICTADAS EN LA SALA PRIMERA EN FUNCIÓN DE TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DESTACADO EN LA SALA PRIMERA POR TIPO Y SEGÚN MES DURANTE EL 2008							
TIPO DE RESOLUCIÓN	Total	Mes					
		Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic
TOTAL	166	16	<u>30</u>	<u>12</u>	<u>26</u>	<u>14</u>	<u>15</u>
Sin lugar	23	---	---	2	5	5	4
Se confirma	20	---	8	3	5	1	3
Se revoca	17	2	2	1	3	---	2
Con lugar	6	1	1	2	1	1	---
Se revoca parcialmente	2	---	---	1	---	---	---
Se anula el voto	1	---	---	---	1	---	---
Rechazado de plano	31	4	8	1	3	---	3
Se resuelve competencia	19	1	---	---	1	---	---
Se rechaza de plano por extempor.	13	---	5	---	3	2	---
Se declara inadmisibile el recurso	12	---	---	1	4	4	3
Auto de pase en competencias	4	4	---	---	---	---	---
Auto de pase	2	---	---	---	---	1	---
Desistido	2	---	---	1	---	---	---
Rechazado	1	---	---	---	---	---	---
Otros	13	4	6	---	---	---	---

Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación

MEDIDAS CAUTELARES

CUADRO N° 4		
VOTOS DE FONDO Y DURACIÓN PROMEDIO EN LA SALA PRIMERA EN FUNCIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DESTACADO EN LA SALA PRIMERA POR TRIMESTRE DURANTE EL 2008		
TRIMESTRE	NÚMERO DE VOTOS	DURACIÓN PROMEDIO
TOTAL	69	1 MESES 1 SEMANA
Enero-Marzo	9	1 SEMANA
Abril-Junio	6	1 MESES 0 SEMANAS
Julio-Setiembre	23	1 MES 2 SEMANAS
Octubre-Diciembre	31	1 MES 2 SEMANAS
Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación		

CUADRO N° 5					
NÚMERO DE CASOS VOTADOS POR EL FONDO EN LA SALA PRIMERA EN FUNCIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DESTACADO EN LA SALA PRIMERA POR TRIMESTRE Y SEGÚN TIEMPO DE DURACIÓN DURANTE EL 2008					
DURACIÓN	Total	TRIMESTRE			
		Ene	Abr	Jul	Oct
		Mar	Jun	Set	Dic
TOTAL	69	9	6	23	31
De 1 a 7 días	3	2	---	---	1
De 8 a 14 días	4	2	---	1	1
De 15 a 21 días	6	1	1	2	2
de 22 a 29 días	9	3	---	2	4
1 meses	22	1	5	7	9
2 meses	22	---	---	10	12
3 meses	3	---	---	1	2
Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación					

CA. Jinesta Lobo señala: