

ENSAYO JURÍDICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

LAS MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO

ENSAYO DE PARA UNA TEORIA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL Y COLOMBIANO.

Por
Libardo Orlando Riascos Gómez
Doctor en Derecho.
Lriascos@udenar.edu.co
2008

ABSTRACT

La presente investigación bibliográfica analiza a manera de ensayo una Teoría General de las Medidas cautelares en el procedimiento administrativo español y colombiano. Como punto de partida se toma la doctrina, legislación y jurisprudencia de las medidas cautelares en el ámbito del derecho civil y se aplica al procedimiento administrativo que rige en el ámbito previo a la vía contencioso administrativa, en la llamada “vía gubernativa” o vía administrativa. Igualmente se presentan unas especies de medidas cautelares existentes en derecho español y colombiano, como la suspensión de los efectos del acto administrativo, la inexportabilidad de bienes histórico culturales, la suspensión de sueldo y empleo, entre muchas otras.

Palabras Claves: Medida cautelar, proceso administrativo, proceso contencioso administrativo, vía administrativa, suspensión, actos administrativos.

ABSTRACT

The present bibliographical investigation analyzes by way of rehearsal a General Theory of the precautionary measures in the Spanish and Colombian administrative procedure. As starting point this takes the doctrine, legislation and jurisprudence of the precautionary measures in the environment of the civil right and it is applied to the administrative procedure that governs in the previous environment to the administrative contentious road, in the call “via governmental” or via administrative. Equally some species of existent precautionary measures are presented in Spanish and Colombian right, as the suspension of the effects of the administrative act, the cultural historical inexportabilidad of goods, the salary suspension and employment, among many others.

Key words: precautionary measure, administrative process, administrative contentious process, via administrative, suspension, administrative acts.

CONTENIDO:

CONCEPTO, ELEMENTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. [LA POTESTAD PUBLICA GARANTIZADORA DEL DERECHO A LAS MEDIDAS CAUTELARES.](#)
- 1.1. [El Procedimiento administrativo de facilitación de los efectos: Las medidas provisionales o cautelares. Caso Español, Alemán y Colombiano.](#)
- 1.2. [El Derecho garantizador, procedimiento administrativo y medidas cautelares.](#)
- 1.3. [Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo](#)
- 1.3.1 [El Concepto de medidas cautelares](#)
- 1.3.2. [Elementos definidores de las medidas cautelares administrativas](#)
 - A. Preordenación de la medida a un procedimiento administrativo.
 - B. Elemento asegurativo de la medida.
 - C. Audiencia de los interesados.
 - D. La temporalidad de la medida cautelar
 - E. Carácter ecléctico en la adopción de la cautela
 - F. No han de causar perjuicios irreparables ni ser violatorios de derechos subjetivos
 - G. Terminación y modificación de la medida cautelar
- 1.3.3. [La Naturaleza jurídica de las medidas cautelares administrativas.](#)

DESARROLLO:

1. **LA POTESTAD PÚBLICA GARANTIZADORA DEL DERECHO A LAS MEDIDAS CAUTELARES:**
- 1.1. **El Procedimiento administrativo de facilitación de los efectos: Las medidas provisionales o cautelares. Caso Español, Alemán y Colombiano.**

En el actual Ordenamiento Jurídico Español, como en la mayoría de ordenamientos jurídicos europeos y puntualmente en América Latina, existe perfectamente delimitado y teorizado lo que se conoce como el “Procedimiento Administrativo General” y una variada gama de “Procedimientos Administrativos Especiales”, junto a otros, que se clasifican teniendo en cuenta su mayor o menor grado de eficacia o facilitación a los efectos de los procesos generales o especiales, según fuere el caso. Uno de los principales procesos de facilitación de los efectos del procedimiento administrativo, son los que denomina la doctrina ibérica ^[1] en la modalidad de facilitación de la eficacia, las “medidas provisionales” o medidas precautelativas como efectos contingentes de todo procedimiento administrativo.

El denominado Procedimiento Administrativo ^[2], cuya rúbrica binaria no ha tenido una unánime conceptualización doctrinaria, jurisprudencial y menos legislativa, lo cual no justifica en manera alguna que se ponga en tela de juicio su propia existencia, su estructuración ni menos denominación, y antes por el contrario, provoca el análisis, estudio y desarrollo proyectivo del mismo por doctrinantes y jurisconsultos dedicados al derecho administrativo.

En España, por ejemplo, con la expedición de la añeja Ley de Bases de 19 de octubre de 1889, se deducen claramente varias figuras o instituciones jurídicas como el propio “procedimiento” (por cierto no exclusivo del ámbito jurisdiccional) que deambulan en la órbita de derecho administrativo, y que aún no tienen un tratamiento conceptual uniforme quizá por el continuo y cambiante mundo del derecho, y en particular del derecho administrativo. Pero en todo caso, desde aquella época el derecho administrativo español, dibujaba las

sendas de un procedimiento que regulara la función administrativa y las relaciones entre particulares, súbditos o administrados con la administración pública.

La Ley de Procedimiento Administrativo Española (L.P.A.), de 17 de Julio de 1958, se constituye en una de las leyes precursoras en ésta materia jurídica en el ámbito europeo, junto con la Ley alemana de procedimiento administrativo de la década de los setenta, más exactamente, la Ley de Mayo 25 de 1976, la cual sin duda es el resultado de un largo proceso que ha venido a durar cerca de veinte años, para salir a la luz pública, tal como lo comenta, el profesor Enrique Linde Paniagua ^[3], en su escrito de traducción y comentario a dicha ley.

“Efectivamente, fue la Conferencia de Ministros del Interior y Senadores del Interior celebrada en 1957, la que decidió crear una Subcomisión cuya misión sería la de establecer los principios básicos para la elaboración de una Ley general de Procedimiento administrativo. Dicha Subcomisión elaboró una serie de directrices y, en consecuencia, la Comisión de técnicos para la simplificación administrativa estableció una serie de propuestas precisas con respecto al procedimiento administrativo de los órganos federales, pronunciándose el citado informe por la unificación del procedimiento administrativo a la Federación y los distintos Estados... La preocupación de los especialistas alemanes en el tema vino a coincidir con las preocupaciones de la Administración alemana, en el sentido de la necesidad de codificar este sector del Derecho administrativo como lo recuerda Ule, en 1958 la Asociación de profesores alemanes de Derecho Público se ocupó de este tema y de nuevo en 1980, en la Asamblea de Juristas alemanes celebrada en Munich, algunas de las ponencias versaron sobre la codificación de la Parte General del Derecho Administrativo”.

La Ley Federal Alemana, regula en un estatuto jurídico coherente, todo lo atinente al procedimiento administrativo general y especial, dirigidos a producir un acto administrativo, con plenas garantías para el particular y administrado como con claros derroteros constitucionales y legales para la administración pública y para los funcionarios que deben cumplir su labor. Esta ley desarrolla las etapas de iniciación, desarrollo y terminación del procedimiento; así como las instituciones jurídico-administrativas que afectan la existencia, validez, eficacia y perfeccionamiento del acto administrativo, tales como la Revocatoria, la Anulación y la llamada “revisión administrativa” de “actos ilegales”, previa al ejercicio de la vía contencioso-administrativo. La suspensión del acto como medida cautelar que afecta la eficacia temporal del acto, no está expresamente regulada en la Ley alemana, porque las figuras jurídico-administrativas anteriormente relacionadas, constituyen verdaderas garantías de derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados y de la propia administración, los cuales, vistos así, estarían --si se trata de analizar la eficacia de suspensión expresa--, subsumidos en los tres supuestos con mayor efectividad que la propia medida suspensoria.

Por su parte, la regulación normativa del procedimiento administrativo español, al igual que el alemán han tenido que ir madurando con el tiempo, a fin de conseguir los fines esenciales de la función administrativa del Estado, tales como la celeridad, moralidad, equilibrio, eficacia, economía, en beneficio de los particulares o administrados. Particularmente en el caso ibérico, esta vocación finalística del procedimiento con miras a producir un producto o resultado llamado “acto administrativo”, ha sido celosamente ponderada y defendida unánimemente por doctrinantes y legisladores, sin mayores reparos, al punto que unos y otros están de acuerdo en la codificación del procedimiento administrativo ^[4], lo cual a nuestro juicio adquiere mayor relevancia en el estudio, análisis y aplicación de los procedimientos

administrativos formalizados y no formalizados ^[5], tanto en sus etapas normales (iniciación, instrucción, desarrollo y terminación), como en sus fases contingentes o posibles. Dentro de éstas últimas se sistematizan y catalogan las denominadas medidas cautelares administrativas, que se dirigen a garantizar la terminación eficaz del procedimiento administrativo.

En el Preámbulo de la LPA., se expone a título de memorias de interpretación auténtica de la ley, las razones o justificaciones sociales, jurídicas, políticas y económicas que tuvo el legislador de aquella época para regular y sistematizar las normas, --hasta ese momento dispersas--, del procedimiento administrativo español. De esta forma dota a la técnica jurídico-administrativa de parámetros suficientes para poder sostener la huída del formalismo mercado que representa la Ley en su contexto. Así, expone que las fases de iniciación, ordenación, instrucción y terminación normales en el procedimiento administrativo; pero a la par, presenta las etapas contingentes o posibles que facilitan la iniciación, desarrollo y terminación efectiva del mismo. Fases normales y contingentes que inciden certeramente en la esencia y existencia de todo procedimiento administrativo ^[6]. Las medidas provisionales o cautelares, siendo contingentes a todo procedimiento, cuando se presentan en éste, constituyen el mecanismo idóneo y eficaz desde el inicio hasta la terminación del procedimiento.

El artículo 72 de LPA, dispone:

“Iniciado el procedimiento, la autoridad competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existieren elementos de juicio suficientes para ello. No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios irreparables a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes” ^[7].

Pese a que ningún otro artículo de la LPA, hace referencia expresa a las medidas cautelares del procedimiento administrativo, claramente se deduce que son medios idóneos que se arbitran en todo procedimiento de índole administrativo desde su iniciación hasta cuando se termina con resolución por parte de la autoridad competente y que éstas no podrán, en ningún caso, causar graves perjuicios ni violación de derechos subjetivos.

El ius-administrativista González Navarro ^[8], reconocía que la sola existencia del artículo 72, referida a las medidas cautelares, no era óbice para menospreciar la importancia de la materia en el procedimiento administrativo, ni menos para poder adelantar una juiciosa investigación doctrinal que ilumine la parquedad del legislador ibérico. Esto era tan evidente que el citado profesor ya en 1984, daba la bienvenida a la proposición que hiciéramos de una “Teoría General de las Medidas cautelares en el procedimiento administrativo” en el derecho administrativo español, tomando como base, la norma jurídica transcrita.

Por ello, para abordar nuestra posición, nos ubicamos en el contexto normativo del artículo 72 de la LPA, para plantear nuestros argumentos. En efecto, el título IV de la LPA, intitulado “Procedimiento” contiene una serie de disposiciones que a manera de instrumentos procesales se ponen en mano de los órganos administrativos competentes, especialmente de los denominados “instructores” del procedimiento, con miras a que éstos con base en el ejercicio discrecional y reglado del que están dotados por el ordenamiento jurídico. Por lo primero, puedan hacer uso desde la iniciación misma de las “medidas provisionales” idóneas, teniendo en cuenta para ello las mejores circunstancias y las propicias conveniencias, según se lo aconsejen ^[9]; y, por lo segundo, el instructor podrá observando

la plenitud del ordenamiento jurídico que se garanticen los intereses legítimos y derechos subjetivos de los administrados o particulares, y en igual forma los de la propia administración, máxime cuando a ésta se exige que tome decisiones, adopte resoluciones o limite, restrinja derechos constitucionales o legales, siempre por cauces procesales idóneos que representen mayor agilidad, rapidez y elasticidad en la actividad administrativa, que respeten la integridad de las relaciones jurídicas entre Estado y particulares, entre derechos y deberes, entre actividades discrecionales y regladas, y en fin, que preserven los fines del procedimiento administrativo y la función administrativa del Estado.

En la España de hoy, La Ley Núm. 30 de 1992, Noviembre 26 ^[10], regula el procedimiento administrativo que lo denomina “común” por oposición a los innumerables procedimientos administrativos especiales que deberán aplicar esta normatividad como subsidiariamente cuando no regulen expresamente temas y contenidos propios de éstas.

El título VI de dicha ley, regula la estructura general del procedimiento que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración.

En el capítulo Primero, se regula la iniciación del procedimiento, que podrá hacerse de oficio o por solicitud de los interesados.

Las solicitudes de los interesados se abren a la posible utilización de medios telemáticos e, incluso audiovisuales, para facilitar su formulación, siempre que quede acreditada la autenticidad de su voluntad.

“Se regulan asimismo, en este capítulo, otras cuestiones conexas a la iniciación, como el período de información previa, las medidas provisionales para asegurar la eficacia de la resolución, la acumulación de asuntos y la modificación o mejora voluntaria de los términos de la solicitud formulada por los interesados” ^[11].

Pese, a que la nueva ley de procedimiento administrativo español, hoy por hoy, conocida como Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común --LRJAP y PC--, acoge y regula los nuevos avances jurídicos y ius-tecnológicos como la informática o telemática que inciden en el procedimiento administrativo, la verdad es que referente a las medidas cautelares o “provisionales” --como las sigue llamado dicha ley--, el texto es similar al previsto en la LPA de 1958, cuyo origen era preconstitucional a la Constitución democrática de 1978.

Por lo anterior, sigue siendo válidos los planteamientos que vertimos en la oportunidad y vigencia de la LPA, pues la nueva ley del 92, siguió omitiendo un tratamiento complementario o integral a la mera redacción del artículo 72, que hoy paradójicamente sigue siendo el artículo 72 de la Ley Núm. 30 de 1992. En lo sucesivo, cuando mencionemos el artículo 72 de la LPA, se entenderá también el artículo 72 de la LRJAP y PC.

En Colombia ^[12], la regulación del procedimiento administrativo común, como mecanismo idóneo para la producción de un acto administrativo, por parte de las llamadas “autoridades” del Estado (artículo 1 del C.C.A.), o de una cualquiera de las tres ramas del poder público, de la Procuraduría General y de la Contraloría General de la Nación, Registraduría Nacional del Estado Civil, la Corte Electoral, el Ministerio Público, así como también las entidades públicas regionales y seccionales que hacen parte de estos organismos, y las entidades privadas, “cuando unas y otras cumplan funciones administrativas”, está previsto en forma compendiada y subsumida en el conocido “Código Contencioso-Administrativo” --C.C.A.: Decreto-ley 01 de 1984, Enero 2, modificado parcialmente por el Decreto-ley 2304 de 1989 y

por la Ley 446 de 1998--.

El Código mencionado, refundió a su vez, lo que ya se conocía en Colombia, imprecisamente como "Estatuto" regulador de los recursos administrativos que "agotan la vía gubernativa" (Reposición, Apelación y queja) y el "recurso extraordinario de la revocatoria directa de los actos administrativos", prevista en el Decreto 2733 de 1959. En efecto, el C.C.A., por delegación de funciones del Congreso en el Presidente de la República (Ley 58/82), incorporó en su texto, la reglamentación de la "vía administrativa", los recursos administrativos y la institución jurídico-administrativa que afecta la eficacia y validez del acto administrativo denominada Revocatoria del Acto administrativo objetivo y excepcionalmente del acto administrativo subjetivo.

El C.C.A., reglamenta --en una forma poco ortodoxa, y en cierta manera, con carácter antitécnico--, el procedimiento administrativo común, el cual se deberá aplicar en forma subsidiaria a todos los procedimientos administrativos especiales existentes en gran número en nuestro país, al igual que en España. El procedimiento administrativo colombiano se reglamenta en forma deductiva, tanto en sus etapas como en su composición, recurribilidad como en sus efectos jurídicos y procesales. En efecto, se deduce que el procedimiento en su etapa de iniciación esta regulado de oficio o a instancia de parte a partir del artículos 5 a 39, que regulan el derecho de petición en interés general y particular, el derecho de petición de informaciones y de solicitud de documentos, y todas aquellas eventualidades contingentes o posibles a éstas: peticiones incompletas, desistimiento, rechazo, etc. Igualmente, se deduce en esta parte del C.C.A., las etapas de instrucción y desarrollo del procedimiento, cuando menciona las actividades de las llamadas "autoridades" del Estado que deben adelantar y resolver pronta y cumplidamente un derecho de petición constitucional (artículo 23 de la Constitución colombiana de 1991), dentro de los parámetros de una eficaz y eficiente administración pública (artículos 1 a 4 del C.C.A., y artículo 209, constitucional).

En el título III del Libro I, del C.C.A., se regula en forma abrupta y prematura para quien esta acostumbrado a ver la reglamentación de un procedimiento en forma hilada y consecencial, la etapa de terminación del procedimiento administrativo que el Código denomina "conclusión" (artículos 62 y 63). En esta forma se deduce la existencia de un procedimiento administrativo previo que termina con la producción de una decisión administrativa o acto jurídico-administrativo expreso o escrito, verbal o tácito producto del silencio administrativo ("acto administrativo ficto", mal llamado "presunto" por el C.C.A., artículo 40, in fine).

En vía administrativa, el derecho administrativo colombiano, no regula la suspensión de la eficacia del acto administrativo, porque constitucionalmente desde 1886, ratificada ahora en la Constitución de 1991, esta labor se adscribe a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando es solicitada a instancia de parte (carácter rogativo de esta jurisdicción) como medida cautelar en el procedimiento judicial de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho (artículos 84 y 85 del C.C.A.), contra un acto administrativo objetivo o subjetivo, respectivamente. No existe, por tanto, la facultad reglada de la suspensión provisional o cautelar de los actos administrativos en vía administrativa por prohibición constitucional expresa (artículo 238, constitucional), pese a que en vía administrativa todo funcionario del Estado o particular con "función administrativa" puede revocar o extinguir regladamente la eficacia del acto administrativo, contraviniendo el aforismo latino de que "quien puede lo más (revocar) puede lo menos (suspender)" los efectos de un acto jurídico.

Por tales motivos, a continuación proponemos un ensayo jurídico que apunte a la estructuración de una Teoría General de las Medidas Cautelares en el procedimiento administrativo, con base en la experiencia española cuya reglamentación expresamente

prevé la suspensión de la eficacia del acto administrativo en vía administrativa como en vía contencioso-administrativa.

1.2. DERECHO GARANTIZADOR, PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y MEDIDAS CAUTELARES

Ha dicho González Navarro ^[13], que la idea de proceso y procedimiento es una conceptualización que adquiere verdadera relevancia, no en el campo al cual éste y aquel se adicionan según una determinada función estatal (en principio a la función jurisdiccional) realizada por los órganos competentes dentro de los cánones que prescribe el Estado de Derecho, sino que más obedece al empleo que la Teoría General del Derecho le adscribe a los términos para su utilización en una cualquiera de las otras ramas del poder público (v.gr., en el ámbito administrativo o ejecutivo). En efecto, los términos proceso, procedimiento, recurso, impugnación, por ejemplo, pueden --y de hecho son utilizados-- utilizarse en una cualquiera de las ramas del poder público, sin que se desvirtúe su naturaleza jurídica o su esencialidad. Esto es lo que sucede, cuando empleamos estas instituciones jurídico-procesales al ámbito del derecho administrativo en los procedimientos en sede administrativa.

Así las cosas, el procedimiento administrativo es una manifestación inteligente de la función administrativa del Estado. Su normatividad y estructuración apuntará, por tanto, al conjunto de actividades, gestiones, trámites y fases (de iniciación, instrucción, desarrollo y terminación) que se dirigen inequívocamente a la producción de determinados actos y disposiciones administrativas --“actos administrativos generales en el derecho colombiano”-

En este sentido entonces, empleamos las nociones proceso y procedimiento como comunes a todas las funciones estatales, pero con la advertencia puntual de que en cada rama del poder público, se distinguirá lo predominante de la función estatal (v.gr. proceso judicial, proceso legal, proceso administrativo, etc), y su consecuente utilización y fines exclusivos y excluyentes de las otras.

Por tales motivos, el carácter procesal que ostenta el procedimiento, y en particular, el procedimiento administrativo es relevante a los efectos jurídicos y adjetivos. Se ha dicho, por ello que no es un simple concepto puramente formal el de asignarle connotaciones procesales al procedimiento como ha sostenido un sector doctrinal ^[14], sino que en este aspecto radica fundamentalmente una conceptualización más profunda sobre el procedimiento administrativo, pues en este más que formulismos y agotamiento de etapas o fases, lo que existe es un verdadero ámbito de satisfacción pretensional de parte, tal como lo anota la doctrina procesal civilista, principalmente GUASP, al escudriñar en lo recóndito de la esencia del proceso.

En efecto,

“...no habrá ninguna razón para negar carácter procesal a la actividad desplegada por la administración pública cuando resuelve, por ejemplo, un recurso gubernativo mediante el que A impugna la adjudicación de una paz de funcionario público a B a través de concurso, por entender que es titular, frente a él, de un derecho preferente” ^[15].

Dentro de las tesis tradicionales, actualmente existentes sobre la naturaleza jurídica de la institución procesal del procedimiento, se puede notar todavía cierta timidez y temeridad por precisar en algunos momentos puntuales que la administración pública del Estado, por ejemplo, tiene poderes superiores aún, a los de un órgano judicial, cuando se trata de ejercer

funciones de autocontrol o revisión de actos en sede administrativa (Revocatoria, suspensión, anulabilidad, vía previa al recurso contencioso-administrativo), pues en esta fase la actividad jurisdiccional brilla por su ausencia por impedimento constitucional y legal. Por ello, no hay que hacer mayor esfuerzo conceptual para demostrarlo cuando se pone en evidencia la concreción de los privilegios o prerrogativas de la administración estatal, en las relaciones entre particulares y Estado, que hoy por hoy, no la tienen las relaciones conflictuales entre particulares. La doctrina ius-administrativista mundial contemporánea, ha luchado por atemperar o morigerar los privilegios de la ejecutoriedad, ejecutividad, presunción de legalidad y/o constitucionalidad, estabilidad jurídica de los actos administrativos, pero como también lo reconoce un sector doctrinal, dichos privilegios todavía aún residen con fuerza en el seno de la administración, tal es el caso de la decisión ejecutoria ^[16].

La naturaleza jurídico procesal del procedimiento administrativo tiene máxima relevancia, entre otros supuestos, para considerar que aquellas normas e instrumentos procedimentales de los cuales se valen los órganos administrativos competentes para encausar la función administrativa a través de un procedimiento formalizado o no, constituyen un ámbito singular del llamado derecho garantizador. En efecto, el Estado de derecho moderno, social, democrático, cumple su papel inicial propugnando y garantizando el cúmulo de derechos subjetivos e intereses legítimos de todos sus asociados o conciudadanos, pero a la vez, exigiendo de estos unas contraprestaciones como parte integrante de aquel, en lo que se conoce como deberes y obligaciones constitucionales y legales. Un ejemplo palmario y típico de la existencia y vigencia del derecho garantizador es el Derecho Penal, el Derecho Procesal, y por su puesto el derecho administrativo, dentro del cual se halla inmerso, el procedimiento administrativo.

La ostentación de Derecho garantizador en el ámbito punitivo o del Derecho Penal es innegable. Su inicio científico se ubica en la teoría de las normas de BINDING, al deslindar la norma y la ley penal. Teoría que hunde sus raíces filosóficas, a tenor de los comentarios de JIMÉNEZ DE ASUA, en los postulados de J.J. ROUSSEAU, sobre su concepción de las leyes criminales que en esencia, decía no constituyen una especie sui generis de leyes, sino más bien una sanción de todas las demás leyes ^[17].

El Derecho Procesal en términos de PARADA VAZQUEZ ^[18] entra a las huestes del Derecho garantizador, porque a través de las normas o instrumentos procesales encausados en un procedimiento, los órganos judiciales cumplen la función de garantizar el derecho (en el ámbito de la integración e interpretación del derecho), y no simplemente aplicarlo fría y calculadamente, tal como se ha sostenido en las posturas doctrinales de tradición autonómica de las ramas del poder público, sin posibilidad de armonización e integración de la función estatal.

La función garantizadora de las normas procesales se ha erigido con exclusividad a la función estatal respectiva y a la cualificación y esencia de los órganos garantizadores del derecho (el juez en la rama judicial, el funcionario estatal en ámbito administrativo o legislativo).

El Derecho garantizador en el ámbito del Derecho Administrativo nace sobre el reestudio de la tradicional distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, como parámetros de la destinación de las normas jurídicas y no como deslindes dogmáticos de aplicación de las mismas. Igualmente se debe tener en cuenta, la correlación entre las funciones de las ramas del poder público y los requerimientos que actualmente hacen los modernos estados de derecho. Así mismo, se debe tener en cuenta el examen y la destinación de las normas

jurídicas, aclarando que las normas de derecho privado no son exclusivas de las relaciones entre los particulares, ni por su puesto, las normas de derecho público son exclusivas de las relaciones jurídicas con el Estado. El derecho administrativo mundial esta saturado de destinación de normas jurídicas tanto de derecho privado como de derecho público, producto de lo cual es la denominación de derecho de *tercium genus* o derecho socio-estativo al Derecho derecho administrativo tradicional, tal como lo hemos denominado en otro escrito nuestro ^[18 A].

En este orden de ideas se puede sostener que el Derecho Administrativo no sólo es como se ha dicho un simple Derecho público, sino que este agota prácticamente el Derecho Público al incluir normas procesales y normas punitivas, sancionatorias, correctivas y disciplinarias, en fin, un conjunto de normas que en el ordenamiento jurídico, libres de catalogarse como normas de orden privado o público, desempeñan un papel funcional importante: el de servir de garantía a todas las demás normas indistintamente ^[19].

El tratadista PARADA VASQUEZ, clasifica los supuestos en los que las normas jurídicas de derecho público y de derecho privado tienen como destinatarios al Estado, los particulares o a unos y a otros para explicar los alcances del derecho garantizador. De dicha clasificación nos interesa resaltar los grupos segundo y tercero. En efecto, el segundo tiene como destinatario preponderante al Estado, pero presupone la destinación de los particulares. En aquél grupo se encuentran las normas del procedimiento. El primer grupo clasificatorio que no es objeto de estudio por ahora, tiene como destinatario al Estado mismo ^[20].

En el segundo grupo clasificatorio, se halla el procedimiento administrativo, pero no como simple cauce formal, sino como un contexto naturalizado jurídicamente por normas procesales que sirven de garantía a otras normas para cumplir el cometido de la función administrativa que los órganos competentes se habían propuesto al encausar su actividad mediante dicho procedimiento. La no revisión fuera del sistema de los órganos que cumplen estas labores en el procedimiento administrativo se centra en que como característica esencial del derecho garantizador, lo que posteriormente se revisa por los órganos distintos del garantizador no es la concreción funcional que garantiza el cumplimiento del derecho, sino el acto o disposición administrativa que ha resultado de aquella. Por esto las normas procesales del procedimiento administrativo son derecho garantizador en el más amplio de los sentidos.

El tercer grupo clasificatorio de PARADA, aunque no tiene incidencia relevante en el procedimiento administrativo, pese a afectar algunos extremos en la remisión y aplicación de la LPA, como “Ley Cabeza del grupo normativo”, en el derecho administrativo ibérico. Sin embargo, no afectan la totalidad de la regulación normativa del procedimiento. En este grupo las normas tienen por destinatario ambivalente tanto al Estado como a los particulares. v.gr., las normas que reglan el contenido de las relaciones de concensión, la actividad contractual del Estado, las denominadas autorización, en fin.

Hemos destacado esta última excepcionalidad del derecho garantizador, porque luego abordaremos los supuestos de medidas cautelares administrativas que implican remisión y aplicación de la LPA, con normas jurídicas ambivalentes. Es el caso de la suspensión de la eficacia de los actos de gravamen o actos limitativos de derechos: las autorizaciones administrativas.

Por ello, el derecho administrativo encarna un conjunto de normas de derecho interno que tienen por destinatario al Estado, en cuanto sujeto de derecho es. Desde este punto de vista no existe diferencia sustancial con las normas de Derecho Privado, aunque si la hay cuando

se trata de evaluar la operatividad de la garantía en su más alta intensidad para una de las partes en detrimento de la otra. Es el Estado el que sale favorecido en las relaciones jurídicas en que él es destinatario directo y débilmente en favor del particular. En las relaciones de Derecho privado la gradación de ventaja persiste pero en menor intensidad. El status especial del estado en estas relaciones es lo que engendra el derecho garantizador [\[21\]](#).

Es en el procedimiento administrativo como uno de los cobijados dentro de las huestes del Derecho garantizador donde se han de acordar las medidas cautelares de orden administrativo, por los órganos competentes, en la oportunidad y procedibilidad que las facultades inicialmente discrecionales les confiere, única y exclusivamente cuando se haya iniciado este procedimiento.

Las medidas cautelares o provisionales como las denomina el artículo 72 de la LRJAP y PC), sólo se pueden acordar cuando se ha iniciado un proceso administrativo, o lo que es lo mismo, cuando esta pendiente, concomitante o subsiguiente, jamás en la posibilidad de ser futuro, pues no existen cautelas administrativas que se cataloguen de tales a tenor de la Ley cabeza del grupo normativo (LRJAP y PC). No existen cautelas preparatorias de un procedimiento o pre-constitutivas del mismo.

1.3. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.3.1. Concepto de medidas cautelares

Hemos rechazado las definiciones dogmáticas sobre los temas o figuras jurídico-administrativas en el derecho por ser maximalistas en la gran parte de las veces, o por no revelar su verdadera esencia mínima. Por ello, la tesis que comparte la moderna doctrina y la jurisprudencia, es la conceptualización con base en elementos mínimos que constituyan una omni-comprensión del tema o figura jurídica a relevar o explicarse (hermenéutica jurídica).

En tal virtud, la doctrina procesal civilista que ha sido la que más ha trabajado sobre la conceptualización del término “medidas cautelares”, pero aún ellos ha rehusado dar una definición única y validable para todos los supuestos jurídicos en los que se puede hablar de medidas precautelativas, cautelares o “provisionales” como lo denomina el derecho administrativo ibérico.

La doctrina ius-administrativista, que menos estudio y profundidad le ha dado al tema planteado, no puede aventurarse a aplicar la dogmática jurídica en estos eventos, ya que es inoportuno hacerlo cuando apenas se empieza a investigar sobre el sistema orgánico, estructural y de naturaleza jurídica que las englobaría dentro del Derecho Administrativo. Es más, a la doctrina procesal civilista le ha parecido más conveniente –como así lo creemos-- desglosar una figura o institución jurídica por los elementos o características que la componen antes que dar un concepto estático y como tal defectuoso. Para tal fin, se aplica por regla general, el método deductivo porque permite ir develando la esencia misma del tema o figura jurídica que se pretende conceptualizar. La conceptualización de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo obedece a estos claros lineamientos, y por esto, en el sistema de medidas cautelares administrativas nos atendremos a los elementos definidores de la cautela correspondiente para encontrar una solución más acorde con la sana lógica-jurídica y el estudio de los institutos jurídico-administrativos, no sin antes precisar algunos que la doctrina civilista [\[22\]](#) y administrativista han encontrado como

elementos o características comunes.

El jurista navarro GUTIERREZ DE CAVIEDES (q.e.p.d.)^[23], se preocupó por el estudio de las medidas cautelares en el ámbito procesal civilista, confiesaba su posición antidogmática para definir las, y expresaba incluso desde la rúbrica de sus escritos y comentarios puntuales lo siguiente: los "elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", de lo cual se deducía no iniciaba sus argumentaciones con la definición de medidas cautelares porque la consideraba insuficiente e inoportuno hacerla cuando podía plantear argumentos omnicomprendivos de su aserto conceptual.

El ítalo PIERO CALAMANDREI^[24], con voces más eruditas aún, comienza su obra sobre las "providencias cautelares", tantas veces citada por procesalistas y juristas del mundo, con los "criterios para la definición de las providencias cautelares" y no con una definición de las mismas. Sus primeros pasos, comienzan con el análisis minucioso y comparativo de cada uno de los elementos o característica que tienen las denominadas "providencias cautelares" (o, medidas cautelares o "provisionales"), a fin de resaltar los que más deambulan en la teoría general del derecho procesal, tales como: La provisoriedad, el "periculum in mora", la "instrumentalidad", el "fumus boni iuris", y la denominada "pendentia litis" (o pendente lite), entre otros.

El ius-civilista español RAMON MENDEZ^[25], pese a que en la rúbrica de su obra jurídica y más concretamente en el apartado de la "Teoría General de las medidas cautelares", habla de concepto y fundamento de medidas cautelares, se deduce que su intención no es definir las medidas cautelares, sino más bien proponer un sistema de elementos definidores de la figura jurídico procesal estudiada. Acata implícitamente así, el desglose de los elementos definidores de las medidas cautelares más que una definición marco de las mismas. Igual cosa ocurre entre los tratadistas del derecho procesal civil colombiano^[26].

En el derecho administrativo hispano, la legislación actual (LRJAP y PC., de idéntico tenor la LPA.), sigue estas mismas directrices al estudiar las "medidas provisionales" (destacando con ello un sólo elemento definidor, cual es la temporalidad. Por ello es preferible hablar de medidas "cautelares" que tiene un concepto omni-comprensivo) previstas en el artículo 72. No se define las medidas cautelares sino que se expone una serie de criterios definidores que en su conjunto pueden plantear la idea de lo entendible doctrinal y jurisprudencialmente como medidas cautelares. Así, se aborda el elemento definidor de la pendentia litis, que evoca la previa existencia de un procedimiento administrativo; el elemento temporal, que sugiere el carácter limitado en el tiempo de la medida; el periculum in mora, que presupone la eventualidad de la medida; el denominado fumus boni iuris, o apariencia del derecho cuestionada por un espacio, momento y eventualidad determinada; y finalmente, la instrumentalidad de la medida. Si esto es así, perfectamente sin entrar a definir las medidas cautelares en el artículo citado, se entiende que se está hablando de dicho tema. Estos elementos definidores previstos en el artículo 72, son comunes a la doctrina ius-civilista, por lo cual no hay equívoco alguno para coincidir en la conceptualización de las medidas cautelares sin entrar a definirla. En el derecho administrativo, estos elementos definidores, se suman a otros específicos que aparecen en los postulados normativos del artículo 72. Estos son: que la medida cautelar no debe causar perjuicios irreparables a los interesados ni menos ser violatorios de derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado. Así mismo, como veremos más adelante, se incluye la audiencia de los interesados en la adopción de la medida cautelar.

1.3.2. Elementos definidores de las medidas cautelares administrativas.

El sistema de medidas cautelares en el derecho administrativo, propuesto desde el apartado anterior, toma como fundamento los lineamientos procesal civilistas, los aspectos normativos precisos y únicos de la LRJAP y PC (artículo 72), así como los textos normativos especiales que regulan las medidas cautelares en dichos estatutos y tienen aplicación subsidiaria de la LRJAP y PC. A título de ejemplo en el derecho administrativo español, entre los innumerables estatutos normativos están: La novísima Ley del Patrimonio histórico Español, Ley 16 del 25 de Junio, al referirse a las medidas cautelares que gravitan en el campo de la tutela y protección del Patrimonio Eximio Hispánico. La Ley de Funcionarios Civiles del Estado (L.F.C.E.), Decreto 315 de 1964, de 7 de Febrero, cuando prevé la medida suspensoria de sueldo y destino público de los funcionarios investigados. Cada texto normativo engendra un supuesto de medida cautelar. Estos estatutos especiales del derecho administrativo en el derecho ibérico como comparado suelen ser en gran número.

Súmese a lo anterior, que en el derecho administrativo existen otros supuestos de medidas cautelares que analizados desde la perspectiva del derecho procesal civil pueden catalogarse dentro de un grupo genérico de medidas cautelares que guardan una identidad de sustancia ^[27] con aquellas, muy a pesar de que en el plano administrativo puedan parecer que no son medidas cautelares. Sin embargo, esto es variable en virtud de la conexión procesal expuesta inicialmente por GONZALEZ NAVARRO ^[28], al estudiar los procedimientos interdependientes, y dentro de éstos los denominados por la doctrina ius-civilista como de facilitación de los efectos, sobre los que volveremos.

En fin, este método deductivo de los supuestos de medidas cautelares en el procedimiento administrativo general y especial ibéricos, así como de la puntual interconexión con los supuestos del derecho procesal civil, permiten ir develando, no sólo los elementos definidores de toda cautela, sino un sistema cautelar que es el propósito final de este ensayo jurídico.

Ahora veamos los elementos definidores de las cautelas administrativas, que no son otros que los previstos en el artículo 72 (LRJAP y PC o LPA). Elementos que están previstos en la norma y en el "juicio suficiente" del funcionario o "autoridad competente" que debe adoptar las medidas cautelares en el iniciado procedimiento administrativo. Estos son:

A. Preordenación de la medida a un procedimiento administrativo, o pendentia litis o pendente lite.

Al hablar de este elemento definidor de las medidas cautelares nos estamos identificando con una de las posturas que sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares se esgrime y defiende en la doctrina procesal civilista por separado y con bases sólidas: la autonomía o no del sistema cautelar frente al procedimiento al cual pende.

En el derecho administrativo creemos, a priori, que el estudio de este elemento definidor de las medidas cautelares denominado "la preordenación de la medida a un procedimiento" ídem, no está en contravía del estudio de la autonomía o no del sistema cautelar al procedimiento, pues no se toma partida separatista de dicho postulado, si se dice que la medida cautelar sólo nace a la vida jurídica cuando se ha iniciado un procedimiento, jamás antes o hacia el futuro de éste. Más aún, creemos que las posturas ius-civilistas separatistas son susceptibles de reconciliación y unificación, si los lineamientos de una se ponen al servicio de la otra, tal y como lo comentamos a continuación.

En efecto, existen dos grandes corrientes sobre la configuración de las medidas cautelares que tratan de alinear tajantemente sus rasgos definitivos, basados esencialmente en la

existencia o no de una autonomía o independencia de regulación y tratamiento técnico-jurídico, y con fundamento en ella pretenden la reubicación no sólo doctrinal y jurisprudencial sino legislativa de los supuestos de medidas cautelares en el código procesal civil respectivo.

En esencia el quid de la cuestión y conflicto ius-civilista radica principalmente en lo siguiente: La primera corriente, sostiene la existencia de la autonomía del sistema cautelar persigue la creación de un *tertium genus* y como tal analizado y encasillado al lado de los procesos declarativos y de ejecución independientemente. La segunda corriente, sostiene que la medida cautelar ha de servir eficazmente a la resolución de un procedimiento al que se encuentra pendiente o supeditado.

La polémica permanece viva ^[29]. Sin embargo, la reconciliación de las posturas se ubica en una revisión de la segunda corriente, matizándola, con los predicamentos de la primera. De esta mixtura puede sostenerse beneficios práctico-jurídicos que inciden principalmente en las normas garantizadoras del derecho que como ya sabemos engloban las normas procesales, y dentro de ellas las del Procedimiento Administrativo. Esta reconciliación propuesta se resume en el siguiente aserto doctrinal:

"(1a.) medida cautelar es útil en función de los riesgos de la duración temporal del proceso y como remedio para paliarlos y contribuir a su eficacia" ^[30].

Precisamente al adoptar la corriente que considera la medida cautelar pendiente a un procedimiento en vigor con una función específica que sólo encuentra razón de ser cuando éste está en iniciada o en curso su tramitación, se pone de relieve la instrumentalidad e inseparabilidad con la que la cautela actúa. Con este parecer nos ubicamos paralelamente en una de las corrientes doctrinales civilistas que se han denominado como "corrientes instrumentalistas" de la cautela, siempre en función de un proceso pendiente. Sin embargo, también es cierto en *strictu sensu* que la medida cautelar encierra una estructura, científica y legislativa propias e incluso independientes de las demás que componen un procedimiento, por lo cual se considera con aires de técnica jurídica singular y es en éste sentido que se habla de "proceso cautelar" como institución jurídica identificable con un *tertium genus*, entre el procedimiento principal y el fin instrumental que pudiera significar una medida cautelar. Más esta clara realidad en el plano estructuralista del proceso no se sostiene por sí sola, pues una cosa es la estructuración normativa independiente de las figuras o institutos jurídicos (como el relativo a las medidas cautelares, por ejemplo, que es definible sin detrimento de una Unidad), y otro muy distinto es la interdependencia que aquellas estructuraciones aparentemente autónomas han de cumplir en el engranaje orgánico y endilgado a una finalidad consecuente del procedimiento al cual está adscrita. Vale decir en un lenguaje metafórico, para este caso, que es como la rueda que mueve a otra en un engranaje totalizador, que cada una de ellas pierde su supuesta autonomía e independencia en beneficio de la estructura toda.

Por estas razones y sin desconocer la independencia normativa y reguladora de las medidas cautelares, éstas encuentran un total y definitivo respaldo como ha dicho el jus-civilista GUTIERREZ DE CAVIEDES ^[31], cuando se endilgan a una finalidad claramente instrumental en la preordenación de un procedimiento que presupone indefectiblemente la eficacia de una resolución, que en la normalidad de los eventos es una sentencia de condena, aún no dictada.

Las medidas cautelares que se acuerdan en el procedimiento administrativo reúnen las caracterizaciones que la corriente procesal civilista adopta en el análisis de la naturaleza

jurídica al encasillarse dentro de los postulados del segundo grupo, con la matización de los lineamientos vertidos en la primera corriente. La doctrina ius-civilista, conoce a este elemento definidor de las medidas cautelares, denominado por nosotros como preordenación a un procedimiento administrativo como elemento la "pendentia litis" o "pendente lite".

La "pendente lite" en el procedimiento administrativo tiene un significado matizado y no simplemente en la condición de que la cautela debe estar preordenada a la pendencia de un procedimiento administrativo --que por supuesto es el fin primero de la determinación del elemento definidor--, sino que además esta presupone el enrumbamiento de un horizonte finalístico de servir de vehículo idóneo para mantener, o mejor, precaver una eficacia resolutoria final. Estos razonamientos que podrían predicarse de la segunda corriente, se ven respaldados en el ámbito administrativo, cuando se aclara que las medidas dentro del procedimiento obedecen al carácter garantizador del derecho. El artículo 72 de la LRJAP y PC o LPA., reconoce parcialmente la pretendida independencia estructural, científica y legislativa de las medidas cautelares y que es reclamada por una de las posturas ius-civilistas, sin embargo, no se puede desconocer que la ubicación normativa del mentado artículo se sitúa en el capítulo referido a la iniciación del procedimiento administrativo español, indicando con esto que las medidas cautelares sólo son posibles en el inicio o transcurso de un procedimiento.

Por tales razones, el elemento de la pendentia litis, es uno de los que se puede catalogar como preordenados a un procedimiento administrativo y sólo se evidencia cuando se adopta en el inicio o transcurso del mismo por parte del órgano o autoridad competente de las llamadas "medidas provisionales". Visto así podemos concluir que en materia administrativa el sistema de las medidas cautelares, apenas ahora comienza a vislumbrar un modélico sistema de proceso cautelar que no es aún totalmente autónomo e independiente como podrá serlo en el campo ius-civilista, y aún allá con fundadas discusiones doctrinales. Quizá por ello, se puede afirmar que el "proceso cautelar administrativo" en sede administrativa sea tan sólo un especie de proceso cautelar de tertium genus, que participa de las dos corrientes de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares prevista en el ámbito jus-civilista español.

B. Elemento Asegurativo de la Medida

La medida cautelar comienza a tener una estructuración más sólida cuando se menciona este segundo elemento definidor: el denominado asegurativo de la medida. En efecto, no en vano la doctrina ius-civilista ha hecho de él una de las piedras angulares de toda cautela que se precie de tal, a tal punto que el ítalo CALAMANDREI, realiza su clasificación de las llamadas "providencias cautelares" sobre los lineamientos del aseguramiento que en forma anticipada, concomitante o subsiguiente en los diversos órdenes y figuras jurídicas marcan su huella y acción directa o indirecta. La cuádruple división de las providencias cautelares, deja entrever que el elemento asegurativo de las medidas cautelares no sólo es un punto esencial de apoyo en el que se debe basar un sistema cautelar, sino que este se constituye la esencia misma de aquel; en otros términos, es connatural con su existencia al tratar de prevenir el "periculum in mora" inherente al procedimiento ordinario eventual ^[32], al cual se halla preordenada o pendiente la cautela.

En el orden administrativo, el elemento asegurativo de la medida se manifiesta expresamente en términos que no dejan duda alguna si esta hiciese aparición por vía interpretativa, pues se ha dicho que este elemento es de la esencia misma de toda medida cautelar, ya que significa nada menos que el elemento conservativo del status fáctico o

jurídico durante la pendencia a un procedimiento de la propia cautela, previniendo de esta forma las posibles repercusiones perjudiciales que pudiesen acaecer en la pendentia litis ^[33].

Por su parte, el artículo 72, expresa que al adoptarse la cautela que estime oportuna el órgano administrativo competente en un plano de discreción atemperada --que no pura y simple--, ésta tenderá a asegurar la eficacia de la resolución que pudiere recaer en el procedimiento iniciado o en trámite, pues es sabido, que la forma normal y corriente de terminación de un procedimiento administrativo es con una resolución, salvo que se presenten excepciones y eventualidades de terminación anormal, como la renuncia, el desistimiento y la declaratoria de caducidad .

Pese a lo dicho en el ámbito jus-civilista el elemento asegurativo de la medida va más allá de los fines previstos para el elemento asegurativo en el ámbito administrativo, quizá por la razón de que en el campo jus-civilista existen otros supuestos de medidas cautelares no previstos en el campo administrativo, pero que se consideran tales en lo civil. Tal es el caso, por ejemplo, los supuestos e institutos procesales dirigidos a la conservación de datos y pruebas ^[34]. Estos por excepción se puede considerar como medidas cautelares, porque van dirigidos a innovar los estados de hecho o de derecho antes de que se pronuncie sentencia sobre la litis o situación planteada ^[35].

Quizá por esto, el elemento asegurativo como las medidas cautelares mismas en el ámbito jus-administrativo se hallan planteado en los términos de la clasificación del tercer grupo de las providencias cautelares según CALAMANDREI ^[36], es decir, de aquellas cautelas que se adopten con fines netamente asegurativos de la eficacia de una resolución, aún no dictada en el procedimiento. Este elemento asegurativo por constituye por tanto un medio idóneo a través del cual se persigue el perfeccionamiento de una decisión definitiva, el cual pretende prevenir los "daños irreparables" a las partes o interesados en un procedimiento.

C. La Audiencia de los Interesados.

Siendo por regla general la Administración Pública y los particulares los sujetos de derecho quienes concurren en un procedimiento administrativo en su calidad de tales, es preciso referirse a ellos en sus facetas de asimilación al lenguaje jurídico-procesal, pues son indudablemente en una u otra forma los que a la hora de adoptarse una medida cautelar administrativa en un procedimiento pendiente tengan que salir a colación, ya en el carácter de órganos administrativos competentes para adoptarlas, en el primer caso; ya en la condición de interesado, en el segundo evento, en los términos de la LRJAP y PC. Por ello, si existe un proceso, consecuentemente unas partes y de existirá de contera una audiencia en la que estos expongan su situación y posición jurídica.

Hoy, no se duda en la personalidad jurídica del Estado con todas sus consecuencias y efectos jurídicos que aquello implica; pero debe entenderse referida al Estado en su totalidad con independencia de la diversidad de funciones que ejerce.

En el derecho interno, la susodicha personalidad jurídica del Estado va endilgada a la Administración Pública como un todo constituido por órganos jerárquicamente ordenados que desarrollan una actividad, una función o gestión con fines preordenados a la univocidad de la personalidad iuris que esta representa ^[37].

Por su parte, el interesado o

"El administrado es esa persona que aparece al lado de, o frente, a la Administración pública. Es ese público para el que existen, directa o indirectamente, los servicios

públicos, el que los sostiene con la participación de sus cargas y se beneficia de sus prestaciones" ^[38].

Con estas aproximaciones al tema de los sujetos del procedimiento administrativo pretendemos únicamente ubicarnos textual como sistemáticamente en el tema central de estos escritos y no dar conceptos o posturas de los mismos. Sin embargo, sirve a nuestros fines para delinear uno más de los elementos definidores de las medidas cautelares administrativas, cual es, la audiencia de los interesados en el procedimiento administrativo. El dicho procedimiento participan en forma activa tanto los órganos competentes en cabeza del titular adscrito a aquel centro de poder de la Administración Pública ^[39], como los interesados en la calidad de titulares de derechos e intereses legítimos, los que resultaren afectados directamente por las resultas del procedimiento en la respectiva decisión definitiva; o aquellos que resulten afectados en sus intereses legítimos o personales tras, aún cuando no se haya producido resolución definitiva.

Aunque la actual doctrina ^[40], estima que la realización de la audiencia de los interesados, es meramente discrecional por parte del órgano incoante del procedimiento, que lo es también para decidirlo y para adoptar medidas cautelares "oportunas", esto no implica que deba tenerse como un elemento definitorio de las medidas cautelares, pues la discrecionalidad no significa arbitrariedad o ilegalidad en la adopción de cautelas y por el contrario siempre existirán parámetros constitucionales, legales y aún de oportunidad, mérito o conveniencia que delimiten la discrecionalidad. De hecho, el estatuto normativo del procedimiento administrativo español, presupone la existencia de "La audiencia del interesado" como una parte o fase de la "Instrucción del procedimiento", junto a las fases de la examinación documentaria y de piezas procesales desde la iniciación del procedimiento, la fase de pruebas y alegaciones de las partes. La existencia legal de la audiencia del interesado presupone su aplicabilidad y extensión al procedimiento administrativo mismo.

Así se piensa que el trámite de audiencia de los interesados es una consecuencia de la misma Facultad discrecional que le asiste a la "autoridad competente" para adoptar la medida en la cual ha de llevarse a efecto dicha audiencia, y por tanto no es un requisito de la esencia de intervención de los interesados en ella. Consideramos, que si con la adopción de una medida cautelar se puede ocasionar "perjuicios irreparables a los interesados" como lo sostiene el artículo 72, es apenas "prudente" oír a quienes puedan resultar afectados por uno cualquiera de los perjuicios considerados irreparables, sin que ello signifique desvirtuar la esencia misma de la cautela. Esta regla seguida en la adopción de la cautela, sólo puede ser excepcionada cuando por motivos de urgente necesidad deba prescindirse del trámite de audiencia con la condición de motivar fundamentalmente las razones fáctico-jurídicas que se tuvo el órgano competente para aquella actuación.

Existirá medidas cautelares en el procedimiento administrativo, en sede administrativa, que por su esencia deberán prescindir de la audiencia del interesado a efectos de efectivizar la medida cautelar, situación que reconocemos como viable, pero también existirá otros casos en los cuales se hace imprescindible la audiencia del interesado, a fin de evitar los perjuicios irreparables que el mismo legislador español precave pudieran presentarse en la adopción de una cautela administrativa. Por ello, el factor de equilibrio entre una y otra posibilidad, es la discrecional prudencia del órgano administrativo competente para adoptar la cautela, con o sin audiencia del interesado.

D. La temporalidad de la medida.

La doctrina en general al mencionar las características de las medidas cautelares destaca la

temporalidad como elemento clave para definir el sistema cautelar, no sin matizarla ^[41]. La temporalidad niega *per se* la indefinibilidad de la cautela por ser extraña a su propia naturaleza.

Bien es cierto, que la temporalidad de la medida depende de un procedimiento igualmente temporal, pero en ningún caso ha de rebosarse los límites de tiempo que este presupone. La cautela atemporal jurídicamente hablando no existe, contraria su esencia misma, por tanto, no debe confundirse el fenómeno de la temporalidad jurídica con la temporalidad praxis, pues generalmente la segunda aparenta negar la existencia de la primera cuando medidas cautelares adoptadas como tales no parecen tener fin porque los procedimientos a los que se hallan pendientes no terminan de una buena vez con o sin razón debida y fundadamente justificadas. Valga por caso, lo atinente a la norma romántica que en el ámbito administrativo prevé el plazo en que jurídicamente ha de dictar resolución el órgano competente, y por ende ha de terminar normalmente el procedimiento. Según el artículo 61 de la LPA, (hoy, artículos 47 a 50 de la LRJAP y PC), el plazo no ha de exceder de seis meses como máximo, a no ser que mediaren causas excepcionales cuyo basamento se funde y motive por los órganos administrativos correspondientes. Ahora bien, con o sin razón, los procedimientos se prolongan, y por tanto la medida cautelar permanecerá latente en la *vitae iuris* hasta tanto no vea venir el fin del procedimiento principal, pues aquí predomina el aforismo de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Cosa diferente en esta distinción de la temporalidad *ius* y *fáctica*, es el tema de la responsabilidad por demora y extralimitación de lapsos de tiempo prescritos en el Estatuto Español del procedimiento administrativo, pues en estos casos los funcionarios o autoridades estatales bien pueden quedar incursos en procesos de responsabilidad disciplinaria dentro de los cuales pudiera aplicárseles una medida cautelar de suspensión de funciones y derechos ajenos a la condición de funcionario público expedientado disciplinario ^[42]. Pero esto no incide, por ahora, en el factor conceptual de la temporalidad como elemento definidor de la medida cautelar.

Pese a lo dicho, la mayor de las veces la temporalidad de las medidas cautelares administrativas han de tener como parámetro las estipulaciones de los artículos 47 a 50 de la LRJAP y PC, a fin de determinar el plazo en que ha de terminar el procedimiento administrativo, que denotará en consecuencia la extinción de la medida cautelar pendiente a dicho procedimiento. A falta de norma expresa que estipule la vigencia normada de la temporalidad específica de las medidas cautelares, debe tenerse como de la esencia de las mismas según lo expresa explícitamente el artículo 72, que toda medida cautelar es temporal, vale decir, limitada en el tiempo.

La vigencia temporal de las medidas cautelares se ve avalada en los efectos jurídicos que produce durante su pendencia y plazo de duración el mismo procedimiento, pues como ha dicho el *jus-administrativista* GARCIA DE ENTERRIA ^[43], la vigencia temporal de la cautela no ha de prolongarse más allá de la resolución final cuya eficacia pretende garantizar, pues lo contrario sería instituir cualquier otra figura jurídica que nada de común tenga con las verdaderas medidas cautelares o cuando menos degeneraría en figuras jurídicas atípicas.

Quizá la excepción que confirma la regla propuesta es la temporalidad y vigencia normada de la medida cautelar de suspensión de sueldo y empleo del funcionario expedientado disciplinariamente y prevista en el artículo 49-2 de la LFCE, al prescribir que la cautela tendrá como duración máxima seis meses, excepto que la "paralización" del procedimiento se deba a causas imputables al interesado. Se puede afirmar por tanto que en este evento exceptivo se denota un hábito unificador de la temporalidad jurídica y la temporalidad en la

praxis de obligatorio y recíproco acatamiento, salvo las consideraciones de responsabilidad de los funcionarios actuantes y de la administración.

E. El carácter ecléctico en la adopción de la cautela.

En el ámbito procesal civilista rige el carácter marcadamente dispositivo, el carácter rogado en la adopción de la medida cautelar puesto que la regla general es que sólo se podrá ordenar medidas, a instancia del demandante y bajo su responsabilidad. No obstante en condiciones exceptivas, de extrema necesidad del actor o de sus bienes, o de presunción de fuga del demandado, el juez puede adoptar cautelas ex officio ^[44]. La forma ecléctica en la adopción de las medidas cautelares, rige en materia penal ^[45], como en el ámbito del derecho administrativo.

El carácter ecléctico en la adopción de las medidas cautelares administrativas deviene de la confluencia de los principios inicialmente marcados por el carácter inquisitivo que tiene el procedimiento administrativo y posteriormente en la participación de los particulares que pueden ejercitar el derecho de petición mediante instancias. En el primer caso, el procedimiento podrá iniciarse ex officio, al incoarse por acuerdo del órgano competente y es el acto administrativo o de trámite el que produce efectos en el procedimiento. En el segundo evento, los interesados pueden promover un procedimiento mediante una instancia que se deduce ante la Administración por actuación o petición que puede consistir en la adopción de un acto o la ejecución de otro para la iniciación del procedimiento, pues el acto de iniciación determina indefectiblemente la existencia de aquellos.

La iniciación de un procedimiento administrativo en estas condiciones genera unos efectos directos e indirectos o contingentes. Los efectos directos, que se dan como consecuencia ineludible de la existencia misma del procedimiento, y los efectos indirectos o contingentes que se producen si el órgano competente adopta un acuerdo a su vez productor de efectos secundarios. Es precisamente en cuanto a los efectos que produce la iniciación del procedimiento administrativo, bien sea a ex officio o a instancia del interesado cuando unos y otros encuentran lazos en común ^[46]. Sin embargo, por ahora nos relevamos del estudio de los efectos directos o necesarios de la iniciación del procedimiento, por ser extraños a nuestros propósitos. Nos dedicaremos a los efectos indirectos o contingentes, es decir, a su manifestación más patética: las medidas cautelares, que es la esencia del ensayo jurídico.

En consecuencia, en el actual régimen jurídico-administrativo de impulsión marcadamente inquisitoria, es posible acordar medidas cautelares, bien de oficio por el órgano competente, que lo será el que puede resolverlo e incoarlo a su vez, o bien a petición del interesado en el procedimiento, una vez se haya iniciado éste por provocación instada, o lo que en la doctrina procesal civilista añeja se denomina con carácter rogado.

La determinación de este elemento definidor de las medidas cautelares administrativas también es importante para determinar *el thema* de solicitud de la medida por la parte interesada en el procedimiento cuando es el interesado el que eleva el libelo petitorio e incluso cuando de oficio el órgano competente ha de adoptarla. En principio como regla general para uno y otro evento se ha de estar a los términos del artículo 72, cuando expresa que iniciado el procedimiento, el órgano competente podrá adoptar medidas cautelares. Por tanto el *terminus ab initio* para adoptar medidas se deduce única y exclusivamente cuando jurídicamente ha iniciado un procedimiento, lo cual hace pensar que en el régimen administrativo caben las medidas cautelares concomitantes o subsiguientes a la iniciación del procedimiento, pero jamás previas a aquel acto administrativo de trámite de iniciación o acto procedimental de iniciación. No existen medidas futuras en el ámbito administrativo que

preparen o preconstituyan un procedimiento de manera que el Estatuto del Procedimiento Administrativo español, avala la existencia de medidas cautelares sólo cuando se haya iniciado un procedimiento, pudiéndose por tanto adoptar por el órgano competente cautelas en cualquier momento del procedimiento a partir de su iniciación, no antes.

Fijar el momento de iniciación del procedimiento administrativo conlleva una cierta precisión de trascendencia a posteriori del acto que así lo decida. Es importante también, para determinar entre otras razones, cuando podrá adoptarse las denominadas medidas provisionales para asegurar la eficacia de la resolución, a tenor del artículo 72-1. Si se trata del procedimiento iniciado de oficio, el acto que inicia este es el acuerdo del órgano competente para hacerlo (bien sea por propia iniciativa, por orden de autoridad superior, moción razonada de los subordinados o denuncia). El momento de iniciación quizá coincida con la fecha del acuerdo, salvo que se registre el proveído (artículo 65-1 LPA) la fecha de aquel será tenida como de iniciación del procedimiento.

Si se iniciare a instancia del interesado, el acto de iniciación será desde la petición misma del particular ante la Administración (artículo 69 LPA), mientras que el momento de iniciación se deduce por la entrega en el registro del petitum del particular ^[47], una vez determinado el acto y momento de iniciación del procedimiento administrativo, ya de oficio, ya a instancia del interesado podrá acordarse y aplicarse los términos del artículo 72, en todo su esplendor, por lo menos en lo que se refiere al terminus para adoptar las medidas cautelares.

F. No han de causar perjuicios irreparables ni ser violatorias de derechos subjetivos.

Quizá desde el ámbito procesal civil estos dos elementos definidores de las medidas cautelares administrativas que tratamos por sistematización en uno sólo se encasillan en el elemento asegurativo de la medida, que como vimos es de la esencia de toda medida cautelar, máxime si como se aludía las cautelas administrativas se encuadran dentro del tercer grupo clasificatorio del ítalo Calamandrei, por tanto, no podría quedar resquicio de que este elemento binario estructuralmente se subsume en el elemento asegurativo cuyo énfasis en la LRJAP y PC, es plausible. Sin embargo, la doctrina ius-administrativista ha tratado el tema con verdadera acuidad ^[48], por lo que se hace necesario considerarlo al sistematizar las medidas cautelares administrativas de forma capital.

Genéricamente hay quienes piensan que no son lícitas las medidas cautelares que prejuzguen el fondo del asunto, que produzcan perjuicios irreparables a los particulares o que impliquen violación de derechos subjetivos, pese a que estén amparados por las leyes o se presuma su legalidad, sin embargo, pueden existir dichas medidas cautelares ^[49]. En este punto lo importante a distinguir es la facultad discrecional con la que cuenta la autoridad u órgano administrativo competente para adoptar la medida cautelar y su legalidad o conformidad con el ordenamiento jurídico, y particularmente con los postulados del artículo 72 de la LRJAP y PC.

En efecto, las medidas cautelares no deben causar perjuicios irreparables al interesado según lo prescribe el artículo 72. En este punto debe tenerse en cuenta que a la par el órgano administrativo dispone de una "discrecionalidad" atemperada por el ordenamiento jurídico, la conveniencia, oportunidad y mérito para adoptar la medida cautelar, máxime cuando la iniciación del procedimiento es ex oficio, o con menos rigor cuando es a instancia de parte interesada. En el segundo supuesto, es decir, que las medidas cautelares no sean violatorias de derechos subjetivos se debe tener en cuenta que el elemento del "fumus boni iuris" adquiere relevancia en éste particular, tal como precisaremos más adelante al tratar

por separado el tema, y por tanto, este corolario previo para el órgano competente en la adopción de la cautela debe estar siempre presente antes de adoptar una medida cautelar.

Cuando los predicamentos del artículo 72, aluden tajantemente que no se podrán dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios irreparables a los particulares se está pensando en que el órgano iniciante del procedimiento administrativo ha de evaluar la prohibición no como aspecto meramente devenido de una potestad discrecional pura y simple, que en la ley de procedimiento administrativo de la República Federal Alemana se denomina como discrecionalidad controlada ^[50] --pues ella descarta por sí sola la iniciación de procedimiento bien sea de oficio o a instancia de particular--, sino como una manifestación primaria de la discrecionalidad atemperada que la doctrina ius-administrativista ha ido fortaleciendo con base en la casuística administrativa, todo ello, encaminado a evitar realmente la adopción de cautelas que causen perjuicios irreparables a los interesados.

En esa dirección, apunta GONZALEZ PEREZ ^[51], se ha valido la doctrina para hacer caer en la cuenta de la importancia de este elemento definidor de las medidas cautelares. Toma como punto de partida los textos que sobre la suspensión de la eficacia del acto en vía de recurso analiza la doctrina uno de los requisitos objetivos para acordar la suspensión, basados en que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. Bien es cierto que estas construcciones doctrinales han servido de parámetro para que el órgano competente afronte la atemperación de su potestad, pero no ha de olvidarse que la prohibición es *in esence* de toda cautela y no excepcional como la comenta el tratadista español. La prevención de causar perjuicios al interesado con la adopción de cautelas rige para todos los supuestos, pues ya se ha dicho que el elemento asegurativo de la medida es definidor de las mismas. Si por algún motivo, el órgano competente olvida esta predica, nace para el perjudicado los recursos administrativos o contencioso-administrativos que al efecto se arbitran en el ordenamiento jurídico y pueden ser utilizados en su debido momento y tiempo oportunos.

Cuando el texto del artículo 72-2 de la LRJAP y PC, alude a los derechos subjetivos, impone para el órgano competente en la adopción de medidas cautelares un ultimatum prohibitivo con relación al ámbito de lesividad que pudiese ocasionar la administración frente a quienes se ha adoptado una medida. El órgano competente en la adopción de medidas cuenta con un fino hilo entre lo permisivo y lo prohibitivo, pero encuentra claridad conceptual cuando observa que todo derecho subjetivo o constitucional por esencia no es ilimitado o absoluto. Es aquí donde puede válidamente distinguir si el ordenamiento jurídico permite o no limitar o restringir el derecho y hasta que extremo sin desvirtuarlo, negarlo o hacerlo inocuo, vale decir, no afectar el llamado "núcleo esencial" del derecho, tal como lo denominara el alemán Habermas en su obra jurídica cimera. Visto esto, el órgano competente podrá o no adoptar medidas cautelares sin violar derechos subjetivos del interesado.

En el derecho administrativo español, podemos citar a título de ejemplo de aquello que estamos comentando los siguientes: En el aspecto de la capacidad dispositiva del dominio particular, cuando los bienes pertenecientes a los particulares son declarados de interés cultural, a efectos de la Ley del Patrimonio Histórico Español (Ley 16 de 25 de Junio de 1985, arts. 9 y ss.), se arbitran una serie de medidas cautelares dirigidas a la protección de los bienes integrantes del Patrimonio eximio en general (artículo 11 de la Ley citada) o en particular la de inexportabilidad de bienes de interés cultural (artículo 5-3 *ibid*), bien sea de aquellos que son objeto de declaración en el procedimiento correspondiente, o ya de bienes muebles que integran el Patrimonio. En uno y otro caso se produce una limitación en la capacidad dispositiva del dominio privado predeterminado en la ley, lo que supondría que si

se acuerda una medida cautelar que propenda por la protección y tutela del Patrimonio Histórico artístico endilgada a uno de los bienes afectos, no se ha de concluir en sana lógica-jurídica que la cautela viola derechos subjetivos; pues la ley 1o. permite, salvo claro está que las medidas se extralimiten en los rasgos plenamente identificados del limitante legal.

G. Terminación y modificación de la medida cautelar.

Es una verdad incuestionable que la *vitae iuris* de la medida cautelar es temporal. A priori, entonces, se entiende que los efectos y vigencia de la cautela se extiende por todo el tiempo que dure el procedimiento administrativo, como regla general.

En efecto, una vez se haya iniciado el procedimiento administrativo, transcurrirá a lo largo de su tramitación la existencia de la medida, pues la inseparabilidad de esta pervive por su carácter instrumental preordenada a la pendencia del procedimiento, sin que ello implique desconocer su propia configuración y nomen iuris cualificado así como su trámite interno, pero indefectiblemente ligado a una finalidad primera: el aseguramiento de la eficacia de una resolución aún no pronunciada. Es por esto que la vida jurídica de la medida no puede extenderse hasta más allá de la existencia del propio procedimiento principal que le dio origen. Siempre, lo accesorio (la medida cautelar) sigue la suerte de lo principal (el procedimiento administrativo).

En este orden de ideas, la terminación del procedimiento administrativo en el que se hayan adoptado medidas cautelares, estas extinguirán sus efectos al quedar revocadas, o si es del caso se elevarán a definitivas. Ya que una de las formas normales de terminación del procedimiento es por la expedición de la resolución definitiva, según la LRJAP y PC. La resolución que en el lenguaje jurídico-administrativo es un acto decisorio que pone fin al procedimiento y en el cual el órgano administrativo resuelve todas las cuestiones planteadas en el proceso. Al hablar de terminación del procedimiento sea del modo normal o anormalmente (renuncia, desistimiento o declaratoria de caducidad), e incluso en aquellos momentos no previstos en la redacción de la LRJAP y PC, como el de la extinción y transformación de los interesados o por razones legislativas que priven al procedimiento de razón de ser ^[52], se ha de entender que la cautela que se hallaba pendiente al procedimiento ahora terminado extingue igualmente sus efectos.

Es importante también destacar, que la determinación sobre la medida cautelar, su vigencia y existencia de no ir más allá de la resolución final, es determinante para considerar la permisividad de la modificación o no de la propia cautela durante el transcurso del procedimiento al cual se halla pendiente. En efecto, la medida cautelar mientras exista ligada a un procedimiento puede verse variada por que cambian los supuestos de hecho y de derecho que fundamentaron su propia adopción. En estos casos, podrá por excepción, terminar o cambiar sus efectos, aún cuando no se haya producido una resolución definitiva que ponga fin al procedimiento. Este fenómeno de la mutabilidad de la medida por sobrevenir nuevos fundamentos fácticos y jurídicos en el procedimiento difiere en sustancia de la vida jurídica que por regla general tiene toda medida cautelar en el procedimiento administrativo ibérico ^[53].

1.3.3. Naturaleza Jurídica de las medidas cautelares administrativas.

Antes se avanzó, sobre este aspecto al tratar sobre uno de los elementos definidores de las medidas cautelares administrativas: la pendiente lite. Sin perjuicio de lo allí tratado, digamos lo siguiente.

En principio, si aceptamos que la medida cautelar en los términos del artículo 72, sólo tiene una *vitae iuris* una vez se haya iniciado un procedimiento administrativo, como en efecto así sucede, es la misma LRJAP y PC, la que está dando su postura respecto a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, puesto que la corriente que defiende la instrumentalidad de la cautela en función de un procedimiento --como hemos visto--, parte de la esencia de la subordinación y dependencia a un procedimiento principal que es el verdadero artífice de la existencia de las medidas cautelares.

Más aún, si como vemos venir las denominadas “medidas provisionales” se han catalogado en el plano doctrinal como uno de los efectos indirectos o contingentes de la iniciación del procedimiento, no cabe duda que la inseparabilidad de la cautela como su naturaleza está endilgada en función de un procedimiento pendiente. Pero precisamente el *quid* de la cuestión está en la función que la medida presta al procedimiento. Función que por otra parte es cualificada y no simplemente simbólica, máxime cuando en el procedimiento administrativo aspira a llegar hasta su terminación, y por su puesto a concretarlo en un acto decisorio por intermedio de una cautela que paliará los riesgos de la duración temporal del procedimiento y contribuirá eficazmente a que se produzca la resolución.

Otro sector doctrinal ibérico, explica la naturaleza jurídica de las medidas cautelares tomando como punto de partida uno de los elementos definidores de las medidas cautelares, que a la vez constituye una función primordial de la cautelas, cual es, el elemento asegurativo o finalístico de las cautelas. En tal virtud, cabe destacar la incidencia fundamental de la función asegurativa, su estructuración normativa e independencia conceptual de las medidas cautelares previstas en el artículo 72, cuando son adoptadas por el órgano administrativo competente. Sin embargo, no debe olvidarse que la discrecionalidad atemperada por el ordenamiento jurídico-administrativo vigentes, la oportunidad, conveniencia y mérito constatan que autonomía del órgano no puede ser total, sino que genera una especie de *tertium genus* entre la absoluta discrecionalidad en la adopción y el absoluto desaparecimiento de la discrecionalidad (rigidez del principio reglado en la adopción de medidas cautelares). Esta otra corriente, genera por tanto, una nueva naturaleza jurídica de las medidas cautelares ^[54].

En tal virtud, se puede afirmar pacíficamente que la naturaleza jurídica de las medidas cautelares administrativas participa de las dos corrientes doctrinales previstas inicialmente en el derecho procesal civil, y aplicables por extensión al ámbito administrativo. Esta visión de la naturaleza jurídica de las cautelas da origen a una doctrina ecléctica, fundada en los contenidos normativos artículo 72 de la LRJAP y PC. La naturaleza jurídica de las medidas cautelares, obedece entonces, a su carácter de instrumentalidad en el procedimiento administrativo, pero a la vez a su característica indiscutible de servir de medio idóneo o asegurativo para que dicho procedimiento termine con una resolución definitiva.

-
- (1) GONZALEZ NAVARRO, Francisco. **DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL**. Tomo II, Editorial EUNSA, Universidad de Navarra, Pamplona (España), págs. 190-191, 311-318. [Regresar](#)
 - (2) RIASCOS GOMEZ, Libardo Orlando. **DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**. Digitocomputarizadas, Udenar, Pasto, 1989, pág. 1 y ss. [Regresar](#)
 - (3) LINDE PANIAGUA, Enrique. **LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA**. En: Revista de Administración Pública. R.A.P. Núm. 83, Mayo-Agosto, 1977, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, España, 1977, págs.477-537.

[Regresar](#)

- (4) "Ley cabeza del grupo normativo" dado a la ley del procedimiento administrativo -LPA-, corresponde al ius-administrativista González Navarro, al aplicar el alcance doctrinal que tiene el artículo 149, núm 1o, apartado 18 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, sobre la estructuración del procedimiento administrativo visto a la luz de las orientaciones constitucionales. Terminología que ha de utilizarse en adelante en vistas los procedimientos formalizados y no formalizados. Cfr., González Navarro, Francisco. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN, PROCEDIMIENTOS TRIANGULARES Y PROCEDIMIENTOS COMPLEJOS, en Administración y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Mesa Moles. Servicio Central de Publicaciones; Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981, págs. 349-389. [Regresar](#)
- (5) Véase, González Pérez, Jesús. **COMENTARIOS A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**. Editorial Civilista, S.A., Madrid, 1977, págs. 70-71; además en la obra del mismo autor, EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Publicaciones Abella. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1974, págs. 59-60; también González Navarro Francisco, PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Primera parte. Escuela Nacional de Administración Pública -ENAP-. Serie: cursos de administración, Alcalde de Henares, 1969, págs 15-17. En particular, la terminología de procedimientos formalizados y no formalizados utilizada por González Navarro, devienen de la empleada por la Ley de Procedimiento Administrativo de la República Federal Alemana, de mayo 25 de 1976, y entró en vigor el 1o. de enero de 1977, y cuyos lineamientos han influenciado a la doctrina española desde el momento que se debatía el proyecto de ley, y posteriormente a la promulgación de la misma. Sin embargo la LPA., denota en ocasiones mayores avances que la ley alemana, al evadir las conceptualizaciones o definiciones rígidas que dan pie a máximas por exceso o defecto, v.gr. concepto de acto administrativo, artículo 35, etc. La traducción de procedimientos aformales y formales de la LPARFA, se puede ver en, linde Paniagua, E. LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA, Revista de Administración Pública, -RAP- núm. 83, may-ago., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, págs. 477-537. [Regresar](#)
- (6) Cfr., García de Enterría, Eduardo. **CODIGO DE LEYES ADMINISTRATIVAS**. Editorial Civilistas, S.A., Madrid, 1966, págs. [Regresar](#)
- (7) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **LEYES ADMINISTRATIVAS**. Ediciones ICAI. Madrid, 1984, pág. 344. [Regresar](#)
- (8) Ob.ut supra cit., GONZALEZ NAVARRO, F. **DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL**. ... pág. 311. [Regresar](#)
- (9) González Navarro, Francisco, **EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA ANTOLOGÍA DE TEXTOS 1958-1970**. Presentación de José Luis Meilán. Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Madrid, 1972, págs. 41. González Navarro, F. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Primera parte, ENAP; Alcalá de Henares, 1969, págs. 23-28. [Regresar](#)
- (10) AA.VV. **DISCOS COMPACTOS DE EDITORIAL ARANZADI, S.A.** Pamplona (Navarra), España, 1999. [Regresar](#)
- (11) Exposición de Motivos (E.M.) de la LRJAP y PC.de 1992. [Regresar](#)
- (12) Véase, nuestro trabajo. **CONFERENCIAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL**. Digitocomputarizadas, Univ., de Nariño, Facultad de Derecho, Pasto, 1987, págs. 10 y ss. [Regresar](#).
- (13) Ob. ut supra cit. **GONZALEZ NAVARRO, F. EI PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

ESPAÑOL. . pág. 41. [Regresar](#)

- (14) Cfr., González Pérez, J. **EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**. Publicaciones Abella, Madrid, 1964, págs. 58-59. [Regresar](#)
- (15) Garrido Falla, F. **TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**, Vol. 1, 5a. ed., IEP, Madrid 1970, pag. 42. citado por González Navarro, F. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL EN ..., ut supra cit., págs. 34-35. [Regresar](#)
- (16) Parada Vázquez, J.R. **PRIVILEGIO DE DECISIÓN EJECUTORIA Y PROCESO CONTENCIOSO**_ RAP, núm. 55, enero-abril, 1968, pág. 109. [Regresar](#)
- (17) PARADA VASQUEZ, José Ramón. **DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO PRIVADO, DERECHO GARANTIZADOR**. Núm. 52, Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967, págs. 60 y 84-85. [Regresar](#).
- (18) Muy a pesar nuestro, el ius-administrativista PARADA VAZQUEZ en la obra mencionada ut supra, desconoce que las normas de procedimiento administrativo tengan naturaleza jurídica procesal, por lo que le hace concluir que aquellas no entran a ser cobijadas por los parámetros del Derecho Garantizador. Sin embargo, como venimos sosteniendo la tesis contraria, es decir, que el procedimiento administrativo tiene claras ascendencias en su naturaleza jurídica de engrosar las filas de las normas procesales, y siendo que éstas a términos del mismo autor son integradoras del Derecho garantizador, no puede desconocerse tal carácter en consecuencia. Así, niega PARADA Vázquez nuestra postura: "El problema que queda por resolver es obviamente el de la diferencia de las normas de derecho administrativo y de las normas sancionatorias de la Administración con el Derecho procesal y el Derecho Penal, las primeras se diferencian de las procesales en que no están al servicio de la garantía del Derecho, sino de su destinación y aplicación primaria: así la administración no puede contratar, aplicar, usar las normas de contratación sin seguir un procedimiento previo para elegir el contratista; lo mismo ocurre para otorgar concesiones, ocupaciones de dominio público, autorizaciones, relaciones de función pública. Son normas pues, de aplicación previa a la aplicación de la norma de fondo o norma sustantiva, no normas como las procesales, a través de las cuales se comprueba a posteriori si el Derecho sustantivo ha sido incumplido, y se obliga a los sujetos, a los destinatarios a cumplirlas si hay lugar a ello, si han sido incumplidas. Además, las normas del procedimiento o de los procedimientos administrativos son revisables posteriormente por un sistema de órganos distintos e independientes, que es cabalmente el sistema de órganos judiciales contencioso administrativo". Ob., ut supra, pág. 86. [Regresar](#)
- (18 A) Nuestro trabajo, **EL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL**. Apuntes de cátedra, Universidad de Nariño, Facultad de Derecho, Pasto, 1991, págs. 15. [Regresar](#)
- (19) Ob., ut supra, etc., cit., pág. 99. [Regresar](#)
- (20) En efecto, cuando las normas de derecho público, se estiman no solamente por el aditamento de la aplicabilidad, sino el de la destinación de la norma que es lo verdaderamente relevante, se puede clasificar en palabras de Parada Vázquez, tres grupos que a manera de gradaciones influyen de mayor a menor en su intensidad destinataria. Así, el primer grupo es aquel que hace alusión a las normas de organización, en cuanto señalan y distribuyen competencias de los distintos órganos del Estado, y por ende las normas de habilitación reglamentaria, que al Estado se endilgan. Es aquel grupo denominado de normas con destinación exclusivista al Estado mismo. v.gr. pongamos por caso, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado: Texto refundido aprobado por Decreto de 26 de Julio de 1957. [Regresar](#)
- (21) Ob. ut supra, pág. 99. [Regresar](#)

- (22) GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**. 2o. Tomo. Parte Especial. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, págs.683 y ss. [Regresar](#)
- (23) GUTIERREZ DE CAVIEDES, Eduardo. **ELEMENTOS ESENCIALES PARA UN SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL**. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1974, págs. 387-409. Más aún se dice que "no existe en nuestro derecho positivo (se refiere al civil) una clara concepción de las medidas cautelares que ni siquiera son conocidas con este nombre en concepto alguno". Cfr. Serra Domínguez, Manuel y Méndez R. Francisco. **LAS MADIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL**, Barcelona, 1974, pág. 14. [Regresar](#)
- (24) CALAMANDREI, Pietro. **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES**, traducido por Santiago Sentís Melendo. Ed., Bibliográfica, Buenos Aires (A), 1945, págs. 29 y ss. [Regresar](#)
- (25) RAMON MENDEZ, Francisco. **DERECHO PROCESAL CIVIL**. Librería Bosch, Barcelona (E), 1980, págs. 897-947. En igual sentido, Henríquez de la Roche, R. **MEDIDAS CAUTELARES**, 2a. ed., Zulia (V), 1983, p. 110 y ss. [Regresar](#)
- (26) LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. **INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO**. Parte Especial, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá (C) 1980. [Regresar](#)
- (27) Ver el documento electrónico en esta página de WEB, intitulada: **LA MEDIDA CAUTELAR DE INEXPORTABILIDAD DE BIENES DE INTERÉS CULTURAL**, arbitrada en el procedimiento administrativo que declara el susodicho interés en vías de entrar en la protección y tutela que la ley del Patrimonio Histórico Español brinda a esta clase de bienes eximios. [Regresar](#)
- (28) Cfr., GONZALEZ NAVARRO, Francisco, **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN, PROCEDIMIENTOS TRIANGULARES Y PROCEDIMIENTOS COMPLEJOS**. En: Administración y Constitución. Estudios en homenaje al profesor Mesa Moles. Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981, págs. 374-377. [Regresar](#)
- (29) RAMOS MENDEZ, F. Ob. ut supra cit., págs. 899-890. Habla de la exposición de motivos que mantienen una y otra corriente doctrinaria en torno a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares en el ámbito procesal civilista. v.gr., obra de Serra Ramos, **TEORÍA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**, Barcelona (E) 1974. [Regresar](#)
- (30) RAMOS MENDEZ, F., Ob. ut supra cit. pág.900. [Regresar](#)
- (31) GUTIERRES DE CAVIEDES, E., Ob. ut supra cit. pág. 389. [Regresar](#)
- (32) CALAMANDREI, P. Ob. ut supra cit., pág. 53. En igual sentido, Montes Reyes, Amalia. **REGISTRO Y PROCESO: ANOTACIONES PREVENTIVAS**. 1978, p. 21 y ss. [Regresar](#)
- (33) GUTIERREZ DE CAVIEDES, E. Ob. ut supra, cit. pág. 388. [Regresar](#)
- (34) Ob. ut supra cit., pág. 406. [Regresar](#)
- (35) Ob. ut supra cit., p g. 389. [Regresar](#)
- (36) Dentro del tercer grupo de providencias cautelares se encuentran aquellas "mediante las cuales se decide se decide interinamente en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva podrían derivar a una de las partes daños irreparables". Cfr. Calamandrei, Piero. Ob. ut supra, pág. 58. [Regresar](#)

- (37) GONZALEZ NAVARRO, Francisco. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Parte primera, ENAP, Alcalá de Henares, 1969, págs. 141-142. [Regresar](#)
- (38) GONZALEZ PEREZ, J. EL ADMINISTRADO. Ed. Abella, Madrid, 1966, pág. 8. [Regresar](#)
- (39) GONZALEZ NAVARRO, F. Ob. ut supra cit., pág. 141. [Regresar](#)
- (40) GONZALEZ PEREZ, J. COMENTARIOS A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Ed. Civilistas, S.A., Madrid, 1977, págs. 432-433. [Regresar](#)
- (41) Se ha considerado que la medida cautelar no nace con vocación de perpetuidad, sino con una duración limitada. La institución está pensada para cubrir el lapso de tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin. La medida no dura más que lo que dura el proceso principal. Esta característica -agrega- permite asimismo la modificación de la medida a lo largo del proceso por variación de sus presupuestos". Cfr., Ramos Méndez, F. **DERECHO PROCESAL CIVIL**. Librería Bosch, Barcelona, 1980, pág. 898. En idéntico sentido, Serra Domínguez y Méndez R.F., **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL**, Bosch, Barcelona, págs. 14 y ss.; Orlando Ramirez, Jorge, **MEDIDAS CAUTELARES- Códigos procesales Buenos Aires, Anotados y comentados-**. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, págs. 21 y ss. [Regresar](#)
- (42) Véase el documento electrónico de esta página WEB, correspondiente al tema. [Regresar](#)
- (43) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Ramón-Tomás. **CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**. Tomo II, Ed. Civilistas S.A., Madrid, 1982, pág. 418. [Regresar](#)
- (44) GUTIERREZ DE CAVIEDES, E. Ob. ut supra cit., pág. 393. Ibid., Ortells Ramos, Manuel. **EL EMBARGO PREVENTIVO**. Bosch, Barcelona, 1984, págs. 31 y ss. [Regresar](#)
- (45) En este campo la doctrina ha elevado sus diferentes construcciones gracias a los lineamientos planteados por el derecho positivo y la doctrina y jurisprudencia civiles en las lagunas que aquél presenta. Así se alude en el ámbito penal: "Tratándose del Responsable criminal, y como se preceptúa en el artículo 589 LECrim: 'cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona se mandará por el juez...' la adopción de las medidas cautelares precisas para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias. No es menester instancia ni excitación de parte, pudiendo llegar incluso a decirse que el juez debe acordarlas cuando concurren tales indicios. Sí sería por el contrario admisible la dispositividad respecto a la responsabilidad civil de un tercero (artículo 615 LECrim habla de '...a instancia del actor civil') en el proceso penal ordinario". Cfr. Pedras Penalva, Ernesto. **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL ORDINARIO ESPAÑOL**. Ed. Trivium, Madrid, 1985, págs. 83 y ss. [Regresar](#)
- (46) GONZALEZ PEREZ, J. Ob. ut supra cit., págs. 410-434. [Regresar](#)
- (47) Véase, González Navarro, F. **EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA - ANTOLOGÍA DE TEXTOS 1958-1970-1970**. Presidencia del Gobierno, Madrid, 1972, págs. 336-337; Parte II, ENAP, Alcalá de Henares, 1969, págs. 23-24. [Regresar](#)
- (48) GONZALEZ PEREZ, J. **EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**._ Publicaciones Abella. Madrid, 1964, págs. 797-798. [Regresar](#)
- (49) GARCIA DE ENTERRIA, E., Ob. ut supra cit. [Regresar](#)
- (50) La LPARFA de 23 de Mayo de 1976, en su artículo 22, alude: "Iniciación del Procedimiento. La autoridad decide con discrecionalidad controlable si ha de tener lugar un procedimiento administrativo y cuando ha de iniciarse éste. Lo anteriormente dispuesto no es de aplicación cuando la autoridad en virtud de una disposición jurídica: 1o. Debe actuar de oficio o a

instancia de parte. 2o. Sólo puede actuar a instancia de parte y tal instancia no ha tenido lugar" Cfr. Linde Paniagua, E. **LA LEY DE PROCEDIMIENTO DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA**_RAP, núm. 83, may-ago, Madrid, 1977, pág. 498. [Regresar](#)

- (51) GONZALEZ PEREZ, J. **COMENTARIOS A LA LEY...** Ob. ut supra cit., pág. 434. [Regresar](#)
- (52) GONZALEZ PEREZ, J. Ob. ut supra cit., pág. 538. [Regresar](#)
- (53) Muy a pesar que la misma doctrina civilista reconoce que falta una referencia concreta del derecho positivo al mecanismo de la modificación de las medidas cautelares, no por ello debe resignarse a mentar y estructurarla, más a cuestionarla en su desenvolvimiento de práxis. "La propia concepción de las medidas cautelares conduce tendencialmente no a reconocerles una definitiva estabilidad, sino, por el contrario, una amplísima posibilidad de modificación hasta el punto de que parte de la doctrina niega la adecuación a estas medidas del instituto de la cosa juzgada. Consecuentemente, la falta de normas específicas que establecen posibilidades de extinción y modificación, no pueden justificar la tesis de la irrevocabilidad de la medida cautelar, que sería contraria no sólo a la tendencia de la medida cautelar, sino al propio modo según el cual la norma de la cosa juzgada debe aplicarse respecto a los estados jurídicos en evolución". Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel. **EL EMBARGO PREVENTIVO**. Librería Bosch, Barcelona, 1984, págs. 42-44. [Regresar](#)
- (54) Nos remitimos a la polémica doctrinal de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares anteriormente comentada. Polémica que de otro lado trasciende a medida que los doctrinantes toman su postura en una de las dos líneas ut supra aludidas. Así por ejemplo se dice: "Pero si la institución procesal (se refiere a las medidas cautelares en sede jurisdiccional) responde, en general, a la idea de protección, de un modo más directo ésta se manifiesta en la función cautelar. Como suele decirse, hay situaciones que con la simple declaración o su ejecución no se realiza plenamente la función jurisdiccional. Para ello surge y se ha instituido el proceso cautelar". Cfr. Montes Reyes, Amalia. **REGISTRO Y PROCESO: ANOTACIONES PREVENTIVAS**._ Prologo de D. Buenaventura Comy. Universidad de Salamanca, 1978, págs. 21 y ss. [Regresar](#)

Actualización: Pasto, Abril 1 de 2008

[INICIO](#)