

Nº 12
Cuarto trimestre 2017

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 12. Diciembre 2017

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA y VLEX

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Socio Fundador de la Consultoría en Contratación Pública Jaime Pintos.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción 9

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS DE PEQUEÑA CUANTÍA SEGÚN LA NUEVA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. CONTRATOS MENORES, SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN Y PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO DE TRAMITACIÓN SUMARIA.

Dña. María del Rosario Delgado Fernández..... 15

“ÉTICA DE MÍNIMOS” COMO CAUCE DE LA FILOSOFÍA MORAL PARA REFORZAR LA LEGITIMACIÓN DE UNA ÉTICA CÍVICA EN FORMA DE MORAL DEMOCRÁTICA. UNA REFLEXIÓN A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS ASIGNATURAS DE “EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA

D. Julio Díaz-Maroto Maqueda 51

EL FRAUDE FISCAL COMO DELITO PREVIO AL BLANQUEO DE CAPITALES.

Dña. Mónica de la Cuerda Martín. 93

SECCIÓN INTERNACIONAL

DEL DERECHO GLOBAL DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU RECEPCIÓN LOCAL

D. Alberto Biglieri 179

LAS MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL

Dña. Laura Viviana Sagrera..... 247

LOS INSTRUMENTOS PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA Y EN ITALIA. LA PREVISIÓN Y LA AUSENCIA DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Dña. Maria Bazzini 247

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO, SECCIÓN TERCERA, DE 31 DE OCTUBRE DE 2017 RECAÍDA EN EL RECURSO 1062/2017 SOBRE ENTRADA EN DOMICILIO PARA INSPECCIÓN. GRADO DE CONCRECIÓN DE LA INFORMACIÓN QUE DEBEN CONTENER LAS SOLICITUDES DE AUTORIZACIÓN DE ENTRADA EN DOMICILIO O EN LA SEDE SOCIAL DE UNA EMPRESA FORMULADAS POR LA COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y COMPETENCIA

Dña. Belén Lopez Donaire..... 291

BASES DE PUBLICACIÓN307

EDITORIAL

En la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada “Estrategia Europa 2020”, dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.

Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la nueva Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio. La ley es novedosa, novedosa por las nuevas figuras que aporta y por la gran cantidad de cambios que trae consigo en materias ya también conocidas. Nos encontramos con la desaparición de figuras jurídicas como pueden ser el contrato de gestión de servicios públicos o el de colaboración público-privada, con la desaparición de procedimientos como el negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la creación de otros como el de asociación para la innovación, el procedimiento simplificado o el denominado ya como supersimplificado; con viejos principios generales sacados de nuevo a flote al incorporarlos al Derecho positivo de la contratación pública, como el principio general de integridad; o con prácticas que ahora se normalizan con la figura de las consultas preliminares.

Son simples ejemplos, ya que hay muchos otros como pueden ser la necesaria programación o la nueva gobernanza, que ya ha tenido en parte su entrada en vigor y sus consecuencias prácticas para los órganos de contratación, aumentando el control sobre los mismos y las obligaciones de información que han de facilitar.

También nos encontramos con cambios que suponen una novación en la regulación ya existente: solvencia, perfil de contratante, ámbito subjetivo, prohibiciones de contratar, uso de cláusulas sociales y medioambientales, innovación, tipos contractuales, concesiones de servicios, riesgo operacional, duración de los contratos, división en lotes, encargos de gestión y convenios, importantes novedades en la figura del contrato menor, del recurso administrativo especial, mesas de contratación, condiciones especiales de ejecución, subrogación, subcontratación, cesión y sucesión, clasificación, tribunales de recursos contractuales, el novedoso Libro III, la contratación pública electrónica obligatoria y un largo etcétera.

En fin... un sinfín de novedades imposibles siquiera de citar en unas breves líneas, contratación pública en estado puro, que supone un reto para el "más pintado", en una materia que constituye el principal canal de actuación administrativa de las Administraciones Públicas y resto del Sector Público, que exige de una vez por todas una imprescindible profesionalización de los empleados y gestores públicos de la contratación pública, que no olvidemos están sometidos a un régimen de responsabilidades mayor que el del resto de servidores públicos, y que requiere por tanto una verdadera profesionalización de éstos, basada en la aplicación rigurosa de los principios de igualdad, mérito

y capacidad en el acceso a estos puestos, tal y como viene demandando la Unión Europea para una materia tan compleja y tan sensible social, medioambiental y económicamente como es la contratación pública.

Hasta el 9 de marzo de 2018 tienen de tiempo los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación para adaptarse a la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Queda un cierre de ejercicio presupuestario por delante, a punto ya, objetivo de la gestión diaria en el Sector Público (y privado) y posteriormente un periodo de inicio del año, corto, hasta el 9 de marzo, quizás insuficiente para muchos, pero bueno desde el punto de vista de la menor actividad del Sector Público en esas fechas como consecuencia de la puesta en marcha todavía del ejercicio económico en curso.

Es un buen momento para hacer todos los deberes que esta nueva e importante norma requiere y apostar definitivamente por la profesionalización que también exige una materia tan compleja como es la contratación pública.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN
INTERNACIONAL**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**“LAS MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
AMBIENTAL.”**

**“PREVENTIVE MEASURES TO THE
ENVIRONMENTAL ADMINISTRATIVE
PROCEDURE.”**

Laura Viviana Sagrera

Titular de Régimen Jurídico de los Recursos Naturales –
Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Titular de
Derecho Ambiental – Universidad del Este. Jefe de
Trabajos Prácticos – Universidad Nacional de Buenos
Aires – Directora de Asuntos Regulatorios y
Provenientes de Entidades Descentralizadas – Ministerio
de Energía y Minería de la Nación. Argentina.

Resumen: El paradigma ambiental ya instalado definitivamente en las sociedades contemporáneas nos obliga a repensar conductas, acciones, teorías y dogmas de una manera innovadora, pues es imperioso “romper” con estereotipos de larga data. El Derecho no es ajeno a ello. Ciencia social ligada a las conductas humanas necesita adaptarse a los cambios vigentes. Por ello, en estas líneas pretendo reflexionar sobre situaciones prácticas que ameritan analizar la institución cautelar frente al *orden público ambiental* cuyo eje es el *medio* y

su fin es la protección del mismo. En este contexto, sostengo que el requisito de no afectación grave del interés público para la procedencia de la medida cautelar cobra especial relevancia, pero desde la óptica ambiental donde el interés público que persigue es específico y concreto: prevenir el daño. Una decisión administrativa con contenido tuitivo para el ambiente no puede ser suspendida preventivamente basada en la existencia de sus requisitos típicos, so pena de ambiente.

Palabras Clave: medidas preventivas, procedimiento administrativo, orden público, ambiente, constitución, tutela, proceso, medidas cautelares.

Abstract: The actual environmental paradigm, which has been installed in the contemporary societies, forces us to think again about behaviours, actions, theories and dogmas in an innovative way; It is imperative to break down stereotypes that have long been held as the truth. The Law is not strange to that; being a Social Science attached to human behaviour, requires keeping up to speed to the current changes. This text pretends to reflect about the practical situations that are worth analyzing the precautionary Institution related to the environmental public order, whose axis is the medium and its purpose is to protect it. In this context, I argue that, the request of no serious affectation to the public interest, in order to implement the precautionary measure, takes particular relevance, especially from an environmental point of view where the public interest that pursues is concrete and specific: to prevent damage. An administrative decision, that has tuitive content to the environment, can not be suspended preventively based on the existence of its typical requests, notwithstanding the environment.

Key words: preventive measures, administrative procedure, public order, environment, constitution, guardianship, process, precautionary measures

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.-

1. LAS NORMAS PROCESALES.-

2. PROCESO Y PROCEDIMIENTO.-

3. MEDIDA PREVENTIVA Y MEDIDA CAUTELAR.-

A) Un requisito negativo de fundabilidad: que la medida no afecte gravemente el interés público.-

II. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El problema que necesita solucionar la Administración cuando implementa acciones urgentes que considera indispensables para proteger el medio ambiente, está íntimamente relacionado con la reducción del margen de error en la decisión técnica adoptada, con el respeto al derecho constitucional de defensa y con el mantenimiento de esa decisión.

Si bien es verdad que la posibilidad de defensa en juicio, y la más amplia y profunda doctrina de la revisión judicial suficiente y efectiva¹ se verían igualmente

¹ "...El alcance que ese control judicial necesita poseer para que sea legítimo tenerlo por verdaderamente suficiente, no depende de reglas generales u omnicomprensiva, sino que ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica. En otras palabras: la medida del control judicial requerido deberá ser la que resulte de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes, entre los que podría mencionarse, a título de ejemplo, la

satisfechas con el control judicial de la actividad administrativa, no es menos cierto que institutos creados para proteger el derecho en el tiempo han avanzado continuamente en los últimos años.

Que la legislación procesal en materia de medidas cautelares ha receptado las nociones doctrinarias y jurisprudenciales del Amparo no es una novedad. El *fumus boni iuris* se ha ido *disipando* a manos de la otra exigencia eje de los institutos de las medidas anticipadas: el *periculum in mora*. En la Argentina la enorme crisis económica de 2001 llevó a los ahorristas a los estrados judiciales para obtener medidas cautelares con las que se les devolvieron los depósitos bancarios sin la audiencia previa de los Bancos, ni del Estado – contrapartes en el conflicto-. Esta batería de decisiones judiciales se enfrentó a la tradicional doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una medida cautelar no puede tener el mismo objeto que la pretensión principal. Además, las decisiones tomadas sin escuchar al demandado llevan un defecto congénito que obliga a mantenerlas en el plano de lo precario. El derecho al acceso a la justicia y el derecho de defensa son inalienables.

La conformación del poder público provincial, preexistente al nacional, ha retenido para sí la estructura

naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc. (Fallos 244:548) Y todo ello, como es natural, obliga a examinar, en cada caso, los aspectos específicos que singularizan a la concreta materia religiosa...”, en, Fernández Arias , Elena y otros c. Poggio, José, CS, 1960.

procesal y procedimental del Derecho². En este sistema, el Derecho público local es regido sustantiva y formalmente por la legislatura local³. En la mayoría de las legislaciones de Derecho público sobreviven vigentes los procedimientos e institutos de fondo (actos, reglamentos, contratos, etc.) dictados, en su mayoría, en la década del setenta.

En este orden, y ante la dificultad de modificar las normas que rigen el Derecho administrativo sustantivo, que consagra en general un sistema recursivo pensado en procedimientos administrativos cuya simpleza no contemplaba derechos de incidencia colectiva, o con controles judiciales dotados de medidas cautelares poco utilizadas por el juzgador, y cuyos efectos no suspendían la ejecutoriedad otorgada a los actos, comenzó un período de cambio en el que se agigantaron las medidas judiciales suspensivas de esos efectos desde un creciente activismo judicial, muchas veces sostenidas en

² Constitución Nacional, Artículo 75: Corresponde al Congreso: inciso 12: Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

³ Constitución Nacional, Artículo 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

las nuevas tendencias de los Pactos Internacionales: *"La suspensión de los efectos de un acto administrativo, dispuesta en sede judicial en respuesta a un pedido autónomo efectuado por el interesado encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa, resulta un medio adecuado para limitar en ciertos casos la prerrogativa que asiste a la Administración para ejecutar sus propios actos.*

Su razón de ser finca en la fuerza ejecutoria propia de los actos administrativos y en el efecto no suspensivo que revisten los recursos que el administrado tiene a su alcance en el marco del procedimiento administrativo. Se trata, en consecuencia, de una protección preventiva para quien todavía no ha agotado la vía administrativa y en consecuencia no encuentra expedito el acceso a la jurisdicción para debatir la cuestión de fondo"⁴

Puede que las concepciones incorporadas a los bloques de constitucionalidad desde los Pactos Internacionales de Derechos Humanos encuentren base en la protección al hombre ante el poder irrestricto de Estados totalitarios que le desconocían su naturaleza.

Pero de a poco, estas tendencias que morigeraron el poder público adjudicado por las normas que atribuían los principios conocidos como: presunción de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad han menguado en demasía la autotutela estatal, sometiendo sus decisiones a un control excesivo que impide su funcionamiento ágil. Las normas que adjudicaban esas fuerzas superiores al Estado en su relación con el administrado velaban por un sistema de justicia distributiva en el cual los difusos límites del bien común

⁴ Fallo: "Vía Pública Clan S.A. c/ GCBA, La Ley, 2001-I,85 CCAyT CBA Sala 1.

se transformaban en una atribución usada en exceso por un Estado, muchas veces, abusivo. Los nuevos constituyentes, en 1994, incorporaron el Pacto de San José de Costa Rica a la letra constitucional y sentaron una base para un nuevo esquema, la atribución expresa de una competencia especial en materia ambiental⁵.

Los legisladores optaron por dotar al Derecho ambiental, de normas especiales que contuvieran en su seno medidas precautorias para conferir a la Administración fuertes herramientas de prevención para la protección ecológica y que evitaran situaciones como las que ocurrieron con el Derecho administrativo sustantivo, que fueron muy atenuadas por los órganos judiciales cuando la simple interposición de un recurso no suspendía el efecto de la decisión. Aun cuando esta tendencia es mayoritaria, en sentido contrario, algunas jurisdicciones provinciales, en aras de la producción dictaron normas que agilizan el inicio de actividades industriales, al adjudicar un valor positivo al silencio de la Administración, y como ya señaláramos en nuestro anterior trabajo sobre "Radicación Industrial"⁶ la inconveniencia de estas disposiciones, radica no sólo en sus aspectos formales, sino, y más aún en las consecuencias que pueden sobrevenir al bien jurídico

⁵ En este sentido, la Constitución reformada en 1994, abandonó la vieja clasificación de competencias delegadas, no delegadas y concurrentes, para incluir la nueva noción de presupuestos mínimos según los cuales la Nación dicta las bases de las normas ambientales y las provincias complementan aquellas con normas que solo pueden "agravar" el marco protectorio.

⁶ SAGRERA, Laura Viviana, "Comentarios a la Ley de Radicación Industrial en la provincia de Buenos Aires" Revista de Derecho Público- Derecho Ambiental II-, Editorial Rubinzal Culzoni, 2009.

tutelado por la normativa ambiental. La disposición legal resulta desorbitada en la actualidad, máxime cuando la categoría dada al ambiente como derecho humano fundamental no permite dudas en cuanto a su supremacía y protección. Esta es una medida que colisiona fuertemente con el precepto constitucional de deber que tiene el Estado –en sus diferentes esferas- de proveer a la protección de este derecho y a su preservación.

A la luz del artículo 41⁷ de la Constitución Nacional, la manera de legislar en materia ambiental ha cambiado sustancialmente en la Nación y en las provincias, complementando éstas últimas con su normativa a aquélla e implementando y dotando de más fuerza a su Administración por las vías procedimentales (procedimientos de habilitación, fiscalización, etc.) y

⁷ Constitución Nacional, Artículo 41- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

procesales (bilateralizando⁸ los procesos cautelares y protegiendo el interés público⁹)

1. LAS NORMAS PROCESALES

⁸ Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires: Artículo 25, inciso 1: Las partes podrán solicitar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo siempre que se alegare fundadamente el cumplimiento de los recaudos previstos en el artículo 22 inciso 1). El juez deberá evaluar si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles, aún cuando pudieren ser objeto de una indemnización posterior. **Inciso 2:** Para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa y que su resolución hubiera sido adversa para el peticionante. Presentada la petición en sede administrativa el estado deberá expedirse en el lazo de 5 días hábiles, fenecidos los cuales sin que hubiere un pronunciamiento expreso se presumirá la existencia de resolución denegatoria quedando expedita la instancia judicial.

⁹ Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires: Artículo 22, Inciso 1: Podrán disponerse medidas cautelares siempre que: a) Se invocare un derecho verosímil en relación al objeto del proceso. b) Existiere la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho. c) La medida requerida no afectare gravemente el interés público. Inciso 2: el juez podrá adoptar toda clase de medidas que resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso, tanto las regladas en el presente Código como las previstas en el Código Procesal Civil y Comercial. Inciso 3: Podrán disponerse medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la parte demandada. A tal fin, el juez deberá ponderar, además de los extremos previstos en el inciso 1, la urgencia comprometida en el caso y el perjuicio que la medida pudiera originar tanto a la demanda como a los terceros y al interés público.

Las normas procesales conocidas como *medidas cautelares* reciben un doble control o límite en la nueva legislación procesal administrativa. Además de los mencionados principios típicos (verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela), el juzgador debe dar en primer término la oportunidad a la Administración de expedirse en razón de la medida y luego – en caso de que persista el conflicto- chequear si la decisión produce grietas en el accionar estatal, se ha consagrado legislativamente, así: la bilateralización – dejando de lado las decisiones “inaudita parte”- y la no afección al interés público.

En cuanto a las normas procedimentales, estas utilizan las llamadas *medidas preventivas*, que parecen modernas, pero en realidad lucen por haber recuperado los viejos efectos del tradicional acto administrativo que enumeramos anteriormente.

La expresión procesal se asienta en la correcta utilización del idioma castellano cuando en su acepción jurídica determina para lo cautelar: *“Dicho de una medida o de una regla destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”* ¹⁰

La expresión procedimental absorbe la acepción del verbo que la origina, prevenir: *“Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño perjuicio”*¹¹.

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Buenos Aires, 2001, 22º Edición, Tº 1, pág.484,

¹¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Buenos Aires, 2001, 22º Edición, Tº 2, pág.1831.

2. PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

Las leyes administrativas que regulan los procedimientos administrativos legalizan las medidas preventivas y en algunos casos las reglamentaciones de las mismas les asignan erróneamente la acepción de *cautelares*¹², expresión que insistimos debe ser utilizada sólo para los procesos judiciales.

La doctrina administrativa ha hecho hincapié en la distinción que debe hacerse del proceso y del procedimiento.

El procedimiento se desarrolla en el ámbito administrativo, donde no existen dos partes con intereses contrapuestos, ni un tercero imparcial –juez– que decida sobre dichos intereses. Se sostiene que “el particular actúa como un verdadero colaborador de la Administración, por ello preferiblemente se lo denomina “interesado” y no “parte”. No siempre hay un conflicto entre el particular y la Administración; no debe olvidarse que, si bien el procedimiento administrativo es un presupuesto de la impugnación judicial, a veces no se lo utiliza con ese fin”.¹³

En el procedimiento administrativo es la Administración la que resuelve la petición planteada por el particular, aunque no siempre los intereses protegidos y perseguidos por la Administración coincidan con los del

¹² Decreto 1741/96, Reglamentario de la ley 11.459 de Radicación Industrial de la provincia de Buenos Aires. Decreto 3395, reglamentario de la ley 5965 de protección de las fuentes de provisión y a los cursos y cuerpos receptores de agua y a la atmósfera de la provincia de Buenos Aires.

¹³ DIEZ, Manuel María, “Derecho Procesal Administrativo”, ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1996, pág. 12.

particular, en cambio, en el proceso judicial es el juez – tercero ajeno a las partes- quien resuelve sobre los intereses contrapuestos de las partes.

La resolución tomada por la Administración en el procedimiento administrativo no tiene el carácter de verdad legal, no hace cosa juzgada, no le pone fin al litigio, pues debe garantizársele al particular la revisión judicial suficiente y efectiva, consagrada por la Corte Suprema en el memorado fallo Fernández Arias y hoy reconocida internacionalmente por el Pacto de San José de Costa Rica, incluido – como dijimos- en nuestra Carta Magna en 1994.

Esta distinción entre el proceso y procedimiento radica también en las distintas funciones que desarrolla el Estado. En general la Administración desempeña la función administrativa, mientras que a la realizada por la Justicia la conocemos como función judicial o jurisdiccional. En esta última instancia se resolverá sobre la situación substantiva creada en sede administrativa.

Asimismo, los fines perseguidos en una y otra instancia son diferentes, en el procedimiento se dictan actos constitutivos de situaciones jurídicas, limitativos, declarativos, positivos, etc., mientras que en el proceso, generalmente, se decide sobre un caso en particular, planteado por las partes en contienda.

Es en estos puntos que radica básicamente su distinción y por ello es oportuno mantener las diferencias y aludir al proceso judicial para la función jurisdiccional y al procedimiento para la función administrativa.

Ahora bien, para el contralor de los procedimientos administrativos la justicia se organiza especificando cada fuero, creando una justicia administrativa idónea con principios y características

propias que posibilitan el entendimiento de las causas en las que una de las partes –demandante o demandada– será la Administración Pública, quien debe velar por los fines públicos.¹⁴

Pero por ser un proceso, se desarrolla ante el Poder Judicial, con normas propias de derecho procesal administrativo¹⁵, que también difieren de los demás procesos judiciales –civil, comercial, etc.-. Esta distinción se hace necesaria, independientemente de la aplicación analógica que se pueda hacer de algunos

¹⁴ Obviamente, nuestra organización constitucional al reservar a las distintas jurisdicciones –provincias y Nación– el orden procesal, permite que cada una de ellas elija el criterio de adjudicación de la competencia contenciosa administrativa. Así ha ocurrido que algunas opten por el criterio objetivo –función administrativa–, otras por el subjetivo –parte estatal–, e inclusive alguna ha optado por un criterio amplio atribuyendo ambas (como la Ciudad Autónoma).

¹⁵ En este criterio nos encolumnamos – para el caso nacional– con la opinión que ha sostenido Juan Carlos CASSAGNE, el sistema judicialista argentino no necesita una mención especial para definir a un determinado fuero judicial como: “Contencioso Administrativo”. Esta clasificación, es típica de aquellos países que tienen una organización administrativa con funciones activas y jurisdiccionales, y han diferenciado con esa denominación a los juzgados que desarrollan su tarea dentro de la organización del Poder Judicial de aquellos fuera de esa estructura. Pero en nuestro país, la inexistencia de órganos administrativos con función jurisdiccional –solo atribuida a órganos judiciales– simplifican la clasificación, y por eso, con la simple denominación de derecho procesal administrativo alcanza para remitirnos al proceso judicial. En conclusión, toda la organización judicial Argentina tiene competencia contenciosa – para cada fuero–, y no comparte esta característica con la estructura administrativa.

institutos procesales, por la naturaleza misma de las causas administrativas.

Estos procesos judiciales, regulados por normas procesales locales, de forma, en los Códigos especiales que instruyen el proceso administrativo, son dictados por cada jurisdicción provincial.

En el orden nacional el proceso judicial administrativo se encuentra regulado por el Código Procesal Civil y Comercial Nacional, en el caso del control de la actividad pública federal, cuenta con un fuero autónomo, pero no con normas propias que lo sistematicen.

3. MEDIDA PREVENTIVA Y MEDIDA CAUTELAR

Habiendo expresado nuestra preferencia por diferenciar y utilizar el concepto de proceso para la instancia judicial y procedimiento para la etapa administrativa, lo mismo impulsamos para las nociones de medidas cautelares y preventivas.

En el proceso administrativo –como en los demás procesos judiciales, puede ocurrir que la satisfacción instantánea de cualquier pretensión resulte materialmente irrealizable, el legislador ha debido observar tal situación y por ello los códigos contemplan la posibilidad de que durante el lapso que transcurre entre la iniciación de un proceso– o aún antes de él, durante el trámite por la vía administrativa previa o en el período que va desde la resolución de ésta y la preparación de la demanda- y la sentencia definitiva, sobrevenga alguna circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución de la sentencia, tornando en inoperantes los efectos de ésta –v. gr. desaparición de

los bienes, alteración del estado de hecho, etc.-. A conjurar este tipo de riesgos tienden las medidas asegurativas, conservativas o cautelares –si nos basamos en las pretensiones de las partes- o los procesos o procedimientos cautelares- si nos atenemos a la sustanciación- o las sentencias asegurativas- si nos guiamos por la resolución-, cuya finalidad se reduce a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer en el proceso definitivo.¹⁶

Los motivos en que se fundan las medidas cautelares en los procesos judiciales no siempre son los mismos, en algunos supuestos se busca con la medida asegurar el cumplimiento de la sentencia que aún no ha sido dictada por el juez; así también en otros casos se busca evitar que se produzcan daños en el patrimonio de quien solicita la medida, porque puede cambiar la situación de los bienes o derechos en conflicto, generando desigualdades entre las partes en la contienda, disponiendo en estos casos la justicia suspensiones al acto dictado por la Administración, prohibiciones de innovar, entre otras.

Estas medidas, siguiendo al autor citado, son las que denominamos *medidas cautelares*, considerados actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso –en este caso administrativo- o previamente a él, a pedido de un interesado para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho, como un anticipo de la garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18 de la

¹⁶ DIEZ, Manuel María, ob. Cit. Pág. 311.

Const. Nac.) y para no tornar ilusorias las sentencias de los jueces.¹⁷

Estas disposiciones vienen eficazmente a proteger la situación y derechos del particular que peticona en un procedimiento administrativo o judicial y que el tiempo en el que se desarrollan los mismos puede generar perjuicios en sus derechos que eventualmente pueden reconocérseles en la sentencia.

Como los efectos de las sentencias son al momento de presentación de la demanda, es decir, retroactivos y es lo que el reclamante peticona en ese momento lo que se debe resguardar, el juez cuenta con estas herramientas cautelares para escudar aquellos derechos que pueden desaparecer durante el tiempo de tramitación del proceso.

La medida precautoria o cautelar tiene por objeto asegurar las consecuencias del proceso definitivo mediante el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho, o prevenir las repercusiones, posiblemente perjudiciales, de la demora en el pronunciamiento de las resoluciones judiciales. Ese es el objeto y la finalidad de las medidas cautelares: facilitar el desarrollo normal del proceso principal, impidiendo que, durante su sustanciación –necesariamente prolongada en sus trámites si se han de respetar los derechos de una y otra parte, permitiéndoles con toda amplitud el ejercicio de la defensa, la aportación de los elementos de prueba y los argumentos de derecho, y darse al juez tiempo para el estudio meditado de los puntos en debate en garantía de una resolución acertada- pueda el demandado realizar

¹⁷ DIEZ, Manuel María, ob. Cit. Pág. 312.

actos o maniobras que dificulten o hagan imposible la efectividad de la sentencia.¹⁸

La institución cautelar no altera los principios del proceso judicial, ni menoscaba los derechos de las partes en el juicio, sino, por el contrario, busca el equilibrio en el mismo, para lograr que la sentencia no se torne ilusoria y que la misma satisfaga el derecho reclamado en el pleito, impidiendo que por la demora en el proceso el mismo se torne abstracto o ilusorio.

Este es el fin de las medidas cautelares: amparar aquellos derechos que no pueden verse satisfechos con celeridad en un proceso ordinario, de ahí que este tipo se caracterice por la prontitud en su dictado.

Actúan rápidamente, dejando la sustancia del proceso, que será resuelta al final del proceso por el juez. Su objeto principal es resguardar el derecho en expectativa de las partes, con celeridad.

Ahora bien, una vez dictada la sentencia de fondo, la medida cautelar decretada en el pleito desaparece, bien porque la demanda se rechazó, entonces desaparece la razón por la cual se dictó la medida cautelar; o bien la sentencia hizo lugar a la demanda por lo que la cautelar pasará a formar parte del proceso principal, subsumiéndose en aquella y formando parte de la ejecución de la misma.

Por eso se debe considerar esa provisoriedad bajo tres aspectos: a) sea que durante el proceso desaparezca la medida en razón de haber cambiado las situaciones que le dieron origen, y por tanto queda sin

¹⁸ DIEZ, Manuel María, ob. Cit. Pág. 313.

efecto o, porque se le sustituya por otra, en los casos en que la ley lo autorice; y b) con relación a la duración limitada de aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre el nacimiento de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia, que, en contraposición de la calificación dada a la primera, se la conoce como definitiva¹⁹ y c) la incorporación de las medidas anticipadas que importan la carga de la presentación de la demanda principal bajo pena de caída de la cautelar.

Las providencias cautelares tienden a asegurar el resultado práctico de una sentencia definitiva, no se bastan a sí mismas – o no deberían, como lo reseñamos al principio en el caso de la crisis económica de 2001-, sino que están sujetas al dictado de una providencia ulterior definitiva.

Esta relación se conoce en la doctrina con el nombre de “instrumentalidad”; es decir, que son el instrumento por el cual se hace posible el cumplimiento de la sentencia de fondo; o, en otros términos, para algunos procesalistas, aparece el carácter de subsidiaridad, que liga inevitablemente toda providencia cautelar con la providencia de fondo para cuyo amparo se dicta.²⁰

La tutela cautelar no necesita para su dictado la existencia efectiva del derecho reclamado, basta con la apariencia del mismo, por ello el objeto del proceso que

¹⁹ DIEZ, Manuel María, ob. Cit. Pág. 314.

²⁰ DIEZ, Manuel María, ob. Cit. Pág. 314

la alienta es diferente al objeto del juicio principal en el que se funda su dictado.

Con ello, no puede pensarse que una medida cautelar estuvo mal otorgada si luego en el proceso principal no se reconoce el derecho pretendido, pues el fundamento de la tutela cautelar es efectivizarse mientras ese derecho es incierto, luego no tiene razón de ser.

El proceso incoado para obtener una medida cautelar, la mayoría de las veces se desarrolla sin contradicción, sin bilateralización, a lo sumo puede otorgarse un plazo a la parte demandada para que formule descargo, pero en la mayoría de los casos ocurre que el juez dicta la providencia en base a la prueba y manifestaciones de la parte requirente.

El proceso cautelar típico tramita por incidente y está vinculado al proceso principal, el cual, en caso de no ser promovido oportunamente, provoca la caducidad de la medida cautelar.

Por ello, y acertadamente, al no escucharse muchas veces a la parte contraria, la providencia que otorga la cautelar no es utilizada como elemento de prueba para el análisis y dictado de la sentencia definitiva, careciendo de validez para formar la convicción del juez.

En este sentido, no hay dudas que el proceso cautelar guarda autonomía con respecto al proceso principal en la medida que no permiten vislumbrar el resultado de la sentencia definitiva, o por lo menos es lo que debería ocurrir.

La sentencia dictada en el proceso cautelar no hace cosa juzgada, es decir, que puede volverse sobre la

medida cuántas veces se considere que el derecho alegado está en peligro, sólo deberá demostrarse que han cambiado las situaciones fácticas que llevaron al dictado de una medida contraria a lo que se pedía.

Tanto la parte que obtiene la medida, como aquella a quien se le aplica la misma, pueden intentar dejarla sin efecto, alegando que las circunstancias de hecho y de derecho se han modificado, en ese caso, es el juez quien ponderará los argumentos expuestos y decidir mantener o modificar la resolución tomada.

Una vez dictada la sentencia definitiva los efectos de la providencia cautelar se extinguen de pleno derecho.

El pronunciamiento de esta última funciona como causa extintiva de los efectos de la medida cautelar, no solamente cuando declara que el derecho, en previsión del cual ha sido dictada, no existe, sino, también, cuando lo pone en vigencia, ya que si en el primer caso la providencia cautelar se extingue porque se comprueba que la hipótesis sobre la cual se basaba no era fundada, en el segundo termina como cautelar convirtiéndose en definitiva o ejecutiva, puesto que en su lugar se coloca la providencia principal, con todos sus efectos y alcances.²¹

Si bien advertimos que para el dictado de una medida cautelar no es necesario tener la certeza del derecho que se pretende, sino que basta con la apariencia o verosimilitud del mismo, ello no ocurre con la celeridad, aquí el juez debe estar en el convencimiento de que la demora en el dictado de la sentencia puede

²¹ DIEZ, Manuel María, ob. Cit. Pág. 316.

acarrear perjuicios en la situación jurídica de la parte agraviada. Deberá el magistrado examinar con detenimiento esta situación al momento del dictado de la cautelar.

Sin más, la providencia cautelar es independiente del proceso principal, no debiendo exigírsele los requisitos y condiciones impuestos a ella.

También cabe advertir que una vez dictada y siendo cumplida, puede ser sustituida la medida cautelar por otra. Asimismo, podría ampliarse o disminuirse sus alcances, como así también podría ser modificada luego de haberse aplicado, sin que ello implique que ha cambiado la providencia, ni su finalidad, lo único que cambia es la medida para que sea efectiva.

Es cierto que en el proceso administrativo las medidas cautelares expanden todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva²² a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público.

El principio de la tutela judicial efectiva, que se encuentra en la base de nuestro ordenamiento jurídico y en el de otros países, constituye el fundamento de esta clase de medidas que, además de apuntar a la inmodificabilidad de la cuestión litigiosa y a la eficacia de la sentencia, viene a garantizar la legitimidad del obrar administrativo y a evitar daños a los particulares en sus relaciones con la Administración, asegurando sus derechos mientras se sustancia el proceso principal y, aun, con independencia de este último²³.

²² Fallo citado en la nota 2.

²³ CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo Esteban, "El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de

A la tutela cautelar clásica, en la actualidad algunos juristas se preguntan si con el aditamento de la urgencia se podrían incluir las medidas autosatisfactivas.

No importa la denominación que se les quiera dar, puesto que la urgencia es un presupuesto que siempre debió y debe ser ponderado al momento de decretar la tutela cautelar.

Es importante resaltar, para el objeto del presente trabajo que la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal, incorpora a los requisitos exigidos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora para la procedencia de las medidas cautelares, el de no afectación del interés público. Es decir, que la medida que se pretende no obre en detrimento de un interés superior: el interés público.

Esa construcción jurisprudencial, receptada en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, viene a actuar como un dique en contra del creciente proceso de *cautelarización* que ha sufrido la actividad judicial. Los larguísimos procesos ordinarios, y luego los alambicados métodos de ejecución de sentencias contra el Estado han llevado a algunos doctrinarios a saludar con algarabía este momento judicial: *"Las medidas cautelares son la realidad operativa de la Justicia. Concebidas fundamentalmente en la última década, por vía de la creación jurisprudencial, constituyen el último intento de racionalidad jurídica en la interpretación y aplicación del*

Buenos Aires", ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, págs. 322/323.

*Derecho*²⁴. No obstante, como se induce de nuestra redacción, la revalorización de la no afectación al interés público, aparece como un límite normativo a la excesiva irrupción del juzgador en las decisiones administrativas ambientales, que aquí defendemos.

Las medidas positivas, que son una especie dentro de las innovativas, no obstante considerarse de interpretación restrictiva y de carácter excepcional, vienen siendo dictadas por los tribunales desde tiempo atrás, por lo que no son una novedad para el contencioso administrativo argentino. Así por ejemplo, se ha ordenado dar vista de actuaciones administrativas en un trámite licitatorio a un oferente a quien se le había negado el acceso a aquellas. Se trata de medidas que se caracterizan, al margen de la tutela judicial clásica, por la satisfacción definitiva y única de la pretensión. Como puede advertirse, estas medidas no son instrumentales o accesorias respecto de proceso principal alguno, y por tanto, son autónomas.²⁵ La medida cautelar se presenta como autónoma e instrumental al propio tiempo, pues obliga al particular a promover la acción de fondo dentro del plazo de caducidad que fija la ley.²⁶

En la provincia de Buenos Aires, basado en la tutela judicial efectiva, el Código Contencioso Administrativo regula las medidas cautelares, ampliando sus alcances con el objeto de contrarrestar las

²⁴ DROMI, Roberto: en el Prólogo del Libro: "Garantías Procesales" de M. A. Zizzias, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, pág. 13.

²⁵ CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo Esteban, ob. Cit. Pag. 322.

²⁶ CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo Esteban, ob. Cit. Pág. 331.

prerrogativas públicas con los derechos de los particulares.

El Código procesal legisla la medida cautelar suspensiva, que es la típica del proceso administrativo, en el art. 25²⁷. En él se dispone que las partes puedan solicitar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo siempre que se alegare fundadamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inc. 1º del art. 22²⁸ del CCA. Es decir que siempre deberá demostrarse ante el juez la concurrencia de los recaudos básicos de fundabilidad: a) *fumus boni iuris*, b) el *periculum in mora* y c) que la medida no perjudique gravemente al interés público. El precepto agrega que el juez deberá evaluar si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles aun cuando pudieren ser objeto de una indemnización posterior.

Esta segunda parte del artículo citado ha generado críticas por parte de la doctrina administrativa, cuando dispone que para que proceda la suspensión de la ejecución del acto administrativo será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa y que su resolución haya resultado adversa para el particular. Como contrapartida el Estado debe en cinco días hábiles expedirse²⁹, vencidos los mismos sin que se hubiese expedido expresamente la Administración, se entenderá como denegatoria quedando recién allí expedita la instancia judicial para solicitar la medida cautelar.

²⁷ Ver Nota 8.

²⁸ Ver nota 9.

²⁹ Ver nota 8.

Calificada doctrina sostiene que dicha exigencia no se condice con la naturaleza de las medidas cautelares ya que genera una injustificada demora en el acceso a la protección judicial de urgencia, máxime que la experiencia demuestra que no es usual que la Administración resuelva pedidos de suspensión de efectos de actos, o por lo menos que lo haga en plazos breves como el establecido en el inc. 2º del art. 25 CCA³⁰. De todas formas, esta norma “anoticia”³¹ al administrador y le indica un silencio especial para considerar denegado el pedido.

Asimismo, el Código Contencioso Administrativo, como también algunas legislaciones provinciales, contempla las denominadas medidas cautelares de carácter positivo, que imponen a la Administración realizar determinados actos que por su inacción no realizó o que resolvió de manera contraria al interés del particular.

Al circunscribirse la pretensión cautelar a la medida suspensiva, quedaban fuera del campo de la protección nada menos que los actos administrativos que denegaban los derechos básicos de las personas, los cuales precisan muchas veces, contar con una tutela judicial inmediata cuando, en virtud de la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados, la única forma de asegurar su efectividad es a través de medidas positivas, que hacen posible que el juez otorgue, sin las dilaciones del proceso ordinario, lo que la Administración le niega al ciudadano en forma manifiestamente ilegítima.

³⁰ CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo Esteban, ob. Cit. pág. 337.

³¹ Sostuvimos que esta obligación creaba una suerte de bilateralización.

Mientras el reconocimiento de las medidas cautelares positivas deja de lado la interpretación más cerril del principio de la división de poderes potenciando el papel del juez en la realización de la justicia material, las medidas autosatisfactivas vienen a poner en crisis las relaciones de dependencia y el consecuente carácter instrumental o accesorio propio de las típicas medidas cautelares del ordenamiento procesal civil.³²

El Código Contencioso Administrativo adopta un criterio amplio con respecto a la oportunidad procesal para solicitar las medidas cautelares al prescribir que ellas podrán peticionarse en modo anticipado, simultáneo o posterior a la promoción de la demanda.

Como en la mayoría de las jurisdicciones procesales administrativas, el criterio para otorgar la medida cautelar es de *inaudita parte*³³, aunque se admite la posibilidad de que el juez pueda requerir un informe previo a la parte demandada o a la alcanzada por la medida solicitada, el cual deberá contestarse en un plazo no mayor a cinco días.

Como consecuencia del carácter instrumental de las medidas cautelares, la legislación procesal exige que cuando se las ordena y efectiviza en forma anticipada, la interposición de la demanda que da inicio al proceso principal debe promoverse dentro de un plazo de caducidad.

³² CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo Esteban, ob. Cit. págs. 319/320.

³³ Sostenemos la observación hecha en referencia a la solicitud previa administrativa.

A) Un requisito negativo de fundabilidad: que la medida no afecte gravemente al interés público.

Este requisito es defendido por una parte de la doctrina nacional, mientras que la restante sostiene que debe ser desvalorizado puesto que se contrapone al principio de tutela judicial efectiva consagrado jurisprudencial e internacionalmente a través del Pacto de San José de Costa Rica.

Este es un razonamiento que compartíamos hasta aquí. A partir de analizar los actos administrativos fundados en normas que resguardan el medio ambiente, la lectura creemos debe ser otra.

El derecho ambiental tiene un carácter finalista y funcional, basado sobre el valor del interés general, que comprende la protección del ambiente. El carácter finalista de esta nueva rama del derecho explica la utilización y modificación de instituciones, procedimientos, técnicas, principios y reglas de otras ramas del derecho, a fin de acceder a la más completa protección del ambiente, en provecho de todos.³⁴

No puede perderse de vista que siendo lo normal que en el proceso administrativo sea el Estado el demandado, debe tenerse presente la particular situación de que éste, por representar intereses generales, tiene una serie de prerrogativas que deben ser cuidadosamente analizadas al decretarse contra él una medida cautelar.

³⁴ BLANCO – URIBE QUINTERO, Alberto, "La definición del derecho – deber individual y colectivo al ambiente en Derecho constitucional comparado", Tribunal Supremo de Justicia, Colecciones Nuevos Autores, Venezuela, 2005, pág. 37.

González Pérez ha dicho: "No se trata ya del interés público genérico que se presupone es el fin de todo acto administrativo y que justifica la presunción de legitimidad y, por ende, su ejecutoriedad. Si así fuera, apenas si podría decretarse la suspensión de la ejecución. Cuando se establece que la suspensión no puede decretarse frente al interés público prevalente se está pensando en algo mucho más concreto. Se está pensando que en aquel supuesto en que se plantea la suspensión, el interés público está exigiendo precisamente el cumplimiento del acto.

El Código Contencioso Administrativo exige que la afectación al interés público sea grave, por lo que se trata de una afectación cualificada. Además, debe tratarse de un interés público específico y concreto, por lo que no puede admitirse una invocación genérica y difusa. El interés público a ponderarse no es el del acto en sí mismo, sino el que se podría conculcar con la medida cautelar. El interés público no es siempre el interés que persigue la Administración, sino el que representa el interés de la comunidad. La decisión sobre la apreciación de si la medida precautoria afecta o no el interés público corresponde al tribunal, y no a la Administración, en mérito a que ésta no puede ser al mismo tiempo juez y parte. Los jueces deben hacer un balance entre el daño a la comunidad y el que se le ocasionaría a quien demandó la protección cautelar. Pues, mientras que en algunos casos el dictado de la medida puede generar mayores daños que los que se derivarían si ella no se dictara, en otros su otorgamiento no sólo no afectará el interés público, sino antes bien lo protegerá. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando los daños que puede provocar la ejecución de un acto administrativo resultaran de mayor trascendencia y gravedad que los que pueden ocasionar su suspensión, lo cual debe mensurarse conforme a las pautas que imprime el principio de proporcionalidad.

No cabe duda que el medio ambiente es un interés público y concreto. Reconocido como derecho humano³⁵ y consagrado constitucionalmente. Este derecho exige

³⁵ Cuando no es posible encontrar el derecho al ambiente en los textos, porque no está específicamente indicado en los catálogos clásicos de derechos humanos, sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, las jurisdicciones tienen la obligación, para poder llegar a su protección, de entender que el derecho al ambiente está implícito en otros derechos fundamentales, tales como los derechos a la vida y a la integridad física (A), el derecho a la salud (B), los derechos a la protección de la vida privada y de la familia (C), el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana (D), y en otros. A....El pleno goce del derecho a la vida únicamente puede ser concretizado en un ambiente de dimensión humana...B...La relación indisociable entre el ambiente y la salud humana ha sido establecida repetidas veces por la OMS, la cual mantiene vínculos regulares con las organizaciones no gubernamentales en el campo ambiental...C...Se trata del derecho de toda persona de escoger y desarrollar libremente su forma de vida. Es el derecho, en lo que corresponde al ambiente, a no ser molestado, dañado o afectado particularmente por las emisiones contaminantes gaseosas o sonoras, que sobre pasan los límites de tolerancia o niveles de normalidad, fijados en los textos legales....D...Resulta absolutamente evidente que el hecho de no respetar los derechos fundamentales a la vida, comprendiendo la calidad de la misma, a la salud y a la protección de la vida privada y familiar, visto el carácter interdependiente de los derechos humanos, perjudica el desarrollo de la personalidad humana. Entonces, el reconocimiento del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad humana pasa necesariamente por la revalorización de los derechos cuyo objetivo sea la salvaguarda directa, física y psíquica del hombre en sí mismo, a parte de los aspectos patrimoniales..." BLANCO - URIBE QUINTERO, Alberto, "La definición del derecho - deber individual y colectivo al ambiente en Derecho constitucional comparado", Tribunal Supremo de Justicia, Colecciones Nuevos Autores, Venezuela, 2005, págs. 38 y ss.

que la Administración establezca políticas en su resguardo, pero también los particulares deben ser diligentes en su cuidado. Por ello, frente a actos administrativos que se fundan en normas ambientales y estudios técnicos las medidas cautelares no deberían otorgarse, puesto que estas herramientas tienden a salvaguardar el interés del particular que reclama frente a un interés superior, común y específico como es el medio ambiente. El viejo principio, al que hicimos alusión, de división de funciones en los órganos del poder, conlleva la lógica noción de no duplicar áreas de administración, así, un gabinete técnico dotado de alta especialización y de herramientas y sistemas muy costosos es factible funcionando –únicamente- dentro de la organización de una autoridad administrativa de aplicación. En la órbita judicial, las oficinas periciales, no están dotadas de los equipamientos necesarios como para determinar *prima facie*, la necesidad de echar a andar una industria sin la habilitación definitiva, que dicho sea de paso, en algunos casos ya se ha establecido la *medida preventiva positiva*³⁶, dentro de la administración. Lo que cierra otra posibilidad más para constreñir la decisión cautelar: El juego armónico de estas normas, y el saber científico, deben prevalecer sobre el derecho del particular de obtener una medida cautelar que suspenda un acto – que solo preventivamente- estaría afectando su derecho, en detrimento de un bien jurídico tutelado de valor indiscutiblemente superior: el ambiente sano.

Por el contrario, las medidas preventivas, presentes en el procedimiento administrativo, se dictan a través de actos administrativos de carácter limitativos

³⁶ SAGRERA, Laura Viviana, op., cit.

fundados en las prerrogativas públicas con que cuenta la Administración para alcanzar sus fines públicos.

Forman parte de un procedimiento en el que no hay partes, ni tercero imparcial que ponga fin a la controversia. No tienen fuerza de verdad legal, pudiendo ser objeto de revisión en una instancia judicial ulterior.

Es la Administración la que insta el procedimiento que se caracteriza por ser más ágil, con tiempos más cortos y cuyo objeto es resguardar el interés público que puede verse perjudicado por el accionar de un particular.

Como toda actividad administrativa conlleva una instancia de control judicial suficiente, este tipo de trámite no se encuentra ajeno a ello. Pero si creemos que, cuando la Administración aplica este tipo de medidas preventivas –clausuras– en procedimientos administrativos ambientales, la tutela judicial efectiva debe ser garantizada con la posibilidad de acción judicial de revisión del acto preventivo, pero sin la posibilidad de que quede sujeto a una medida cautelar, pues el interés público en estos casos es específico y común a todos.

Los principios y normas que protegen al ambiente priorizan las políticas de conservación del mismo, que radican en el deber de preservarlo; deber que se encuentra en cabeza del propio Estado y en el que debe pensarse aún cuando hablemos del daño ambiental cuyo primer objetivo es la recomposición del medio. Además, al momento de determinar el daño ambiental, éste no sólo se produce a una persona determinada, sino a toda la sociedad, por ello creemos que las normas administrativas –legales o reglamentarias– ambientales, acertadamente tienden a utilizar este tipo de clausuras preventivas en sus procedimientos.

Este accionar de la Administración se lo puede considerar como parte de la actividad interventora u ordenadora del Estado. No es previo a la actividad del particular, sino herramienta de fiscalización continua, pero que tampoco forma parte del típico procedimiento sancionatorio. Como procedimiento especial de fiscalización continua, reúne características propias que a nuestro juicio responden a las exigencias que los principios y normas ambientales imponen al Estado.

Por ello, es importante analizar, sin desconocer la tutela judicial consagrada por los Pactos Internacionales y nuestra Constitución, si estas medidas preventivas pueden ser alcanzadas por los procesos cautelares con similar análisis de los requisitos de admisibilidad que efectúan los jueces para proteger a los particulares de las decisiones del poder administrador.

II. CONCLUSIÓN

Creemos, como ya lo adelantáramos, que el estudio no puede ser el mismo. Los presupuestos para el otorgamiento del remedio cautelar cuando se analiza la voluntad administrativa en resguardo del ambiente, deben ser estudiados, teniendo en cuenta: en primer lugar el carácter de derecho humano fundamental otorgado al ambiente que implica la posibilidad de restringir otros derechos, a trabajar, de propiedad, de ejercer industria lícita, etc., en resguardo de aquél³⁷,

³⁷ "Se considera que el derecho al ambiente es un derecho de superposición de los derechos preexistentes y que, por lo tanto, justifica restricciones a otros derechos, como por ejemplo, el de propiedad, de comercio e industria, a trabajar, etcétera que se relaciona con la calidad de vida (ambiente sano, apto para el desarrollo humano, etc.). Por ello no puede dudarse de que se trata de un derecho humano, de lo cual

impone al juez el riguroso cuidado de analizar si el derecho individual prima sobre el colectivo y esta concesión, consideramos que sólo puede otorgarla con la certeza técnica de que la actividad desarrollada por el particular es inocua, de lo contrario, cualquier potencialidad de riesgo al ambiente torna procedente el accionar preventivo de la Administración.

En segundo lugar, los potenciales daños al ambiente traen ínsita la noción de urgencia, ante cualquier eventualidad que pueda perjudicar al ambiente o a las personas por los daños causados al mismo debe actuarse con premura, por ello la medida judicial que analiza el peligro en la demora no puede ponderar la demora de un derecho individual por encima del derecho colectivo al ambiente.

No desconocemos que el contralor judicial debe existir cuando cualquier individuo lo requiera y éste debe analizar la legalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, pero si estimamos que los valores jurídicos han cambiado con el derecho ambiental que importan una nueva escala de relevancia en el que el derecho humano y fundamental al ambiente debe primar.

Este devenir en el cual el particular obtuvo, paulatinamente, muchas herramientas para detener el poder público, ahora aparece desandado en estas concepciones que estamos analizando: en las cuestiones ambientales las normas procedimentales endurecen la potestad administrativa de aplicar medidas preventivas

puede aseverarse que tiene las características de estos derechos: es *inalienable e imprescriptible*. HUTCHINSON, Tomás, AAVV, "Daño Ambiental", Tomo II, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, pág. 361.

y las normas procesales acotan la discrecionalidad jurisdiccional para otorgar cautelares y tornar meramente enunciativas aquellas. El círculo ha recuperado su virtud.