

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



**Los límites de la ejecutividad del acto administrativo
frente a la tutela cautelar en el proceso contencioso
administrativo**

Tesis para obtener el grado académico de
Maestro en Derecho Administrativo que presenta:

Hector Pittman Susanibar

Asesor:

Diego Hernando Zegarra Valdivia

Lima, 2024

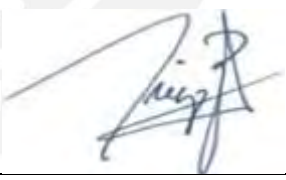
Informe de Similitud

Yo, Diego Hernando Zegarra Valdivia, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada “Los límites de la ejecutividad del acto administrativo frente a la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo” del autor Hector Pittman Susanibar, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 15%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/09/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 11 de septiembre de 2024

Apellidos y nombres del asesor: ZEGARRA VALDIVIA, DIEGO HERNANDO	
DNI: 07875295	Firma:
ORCID: 0000-0002-8901-1026	

RESUMEN

El presente trabajo aborda la problemática en la concesión de medidas cautelares en el ámbito del proceso contencioso administrativo que, en un alto porcentaje, son rechazadas por la judicatura pareciera bajo la equívoca premisa de que los actos administrativos emitidos por diversas entidades de la Administración están investidos de una ejecutividad absoluta o cuasi absoluta que, bajo el razonamiento (o prejuicio) judicial, solo puede ser desvirtuada ulteriormente con el pronunciamiento sobre el fondo, lo que resulta sumamente controversial dado que el rechazo injustificado de la medida cautelar al afectado puede ser lesivo incluso con la propia razón de ser de la eficacia de una sentencia en el proceso contencioso administrativo que es, al fin y al cabo, garantizar la oportuna observancia del derecho a la tutela judicial efectiva. En ese escenario, a partir del desarrollo en la legislación y doctrina comparadas, específicamente en Europa, se plantea como alternativa de solución una modificación normativa a la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo en cuanto al esquema de razonamiento judicial al evaluar la concesión de medidas cautelares en este ámbito procesal que implique una mirada distinta a los elementos clásicos desarrollados ampliamente por la doctrina procesal civil del *fumus bonis iuris* y *periculum in mora* positivizados en la legislación vigente, considerando a la denominada *ponderación de intereses* que, bajo un espacio de discrecionalidad regulada, permita al juzgador ponderar entre el interés público que pudiera perseguir tutelar el acto administrativo y el interés particular del administrado afectado con el mismo, teniendo como estándar y parámetro interpretativo, entre otros, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

PALABRAS CLAVE: Medidas cautelares – Acto administrativo - Ejecutividad – Contencioso administrativo – Tutela judicial efectiva

ABSTRACT

This paper addresses the problem in the granting of precautionary measures in the administrative litigation process which, in a good number of cases, are rejected by the judiciary on the premise that the administrative acts issued by various entities of the Administration are vested with an absolute or quasi-absolute enforceability which, under judicial reasoning (or prejudice), can only be subsequently disproved with a decision on the merits. This is highly questionable given that an unjustified rejection of the precautionary measure to the affected party can be detrimental even to the very reason for the effectiveness of a judgment in the administrative litigation process, which is, after all, to ensure the timely observance of the right to effective judicial protection. In this context, based on the development of comparative legislation and doctrine, specifically in Europe, an alternative solution is proposed as a regulatory amendment to Law No. 27584, Law on Contentious Administrative Process is proposed as an alternative solution regarding the judicial reasoning scheme when evaluating the granting of precautionary measures in this procedural area that implies a different look at the classic elements widely developed by the civil procedural doctrine of *fumus bonis iuris* and *periculum in mora* positivized in the current legislation, considering the so-called *weighing of interests* that, under a space of regulated discretion, allows the judge to weigh between the public interest that could seek to protect the administrative act and the particular interest of the administrator affected by it, having as a standard and interpretative parameter, among others, the constitutional right to effective judicial protection.

KEY WORDS: Precautionary measures – Administrative act – Enforceability - Administrative litigation process - Effective judicial protection.

ÍNDICE

RESUMEN	iii
ÍNDICE	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	5
LA EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO HERRAMIENTA EFICAZ PARA LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A SU ALCANCE DESFAVORABLE PARA LOS ADMINISTRADOS	5
1.1 La autotutela administrativa como privilegio de la Administración. – ...	5
1.2 Presunción de validez del acto administrativo. –	6
1.3 Un efecto de la presunción de validez: La ejecutividad del acto administrativo. –	13
1.4 La deferencia judicial. –	15
1.5 Problemática en el ejercicio de la tutela cautelar contra actos administrativos en nuestro país: su excepcionalidad y la lentitud judicial. – .	17
CAPÍTULO II. CONFIGURACIÓN LEGAL ACTUAL DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PERÚ	27
2.1 Algunos alcances sobre el proceso, la tutela judicial efectiva y el derecho a la tutela cautelar. –	27
2.2 Breve referencia al origen histórico de la regulación en materia cautelar contencioso administrativo en el Perú y en la vigente Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso administrativo. –	36

2.3	Exposición de motivos y la tutela cautelar en la ley vigente.-	45
2.4	Propuestas de modificación a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo.-	46
2.4.1	Anteproyecto de Ley que modifica la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso-administrativo, cuya prepublicación se dispuso por Resolución Ministerial N° 0256-2013-JUS. –	47
2.4.2	Anteproyecto de Ley que modifica la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso-administrativo, cuya prepublicación se dispuso por Resolución Ministerial N° 0104-2017-JUS. –	49
CAPÍTULO III. EN BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN		51
3.1.	La ponderación como método de razonamiento judicial.-	51
3.2	La ponderación de intereses público y privado y su vínculo con los requisitos procesales para la evaluación de la solicitud cautelar contencioso administrativo. –	56
3.2.1	El peligro en la demora y su rol protagónico en la solicitud cautelar contencioso administrativa. –	58
3.2.2.1	El periculum ex post: el caso de la revisión judicial de legalidad. – 62	
3.2.2	Con la verosimilitud del derecho y su importancia. –	65
3.3	La ponderación y su escasa aplicación en sede nacional. –	71
3.4	Nuestra posición.-	74
3.5	Reflexiones conclusivas. –	77
CAPÍTULO IV. PROYECTO DE MODIFICACIÓN NORMATIVA		78

4.1	Propuesta normativa. –	78
4.2	Exposición de motivos. –	79
4.2.1	Fundamentos de la propuesta	79
4.2.2	Impacto de la norma sobre la legislación nacional. –	82
4.2.3	Análisis costo beneficio. –	82
4.2.4	Relación de la iniciativa con las políticas de Estado del Acuerdo Nacional. –	83
Referencias bibliográficas		84



INTRODUCCIÓN

La situación crítica que atraviesa nuestro país a nivel general y que incluye, entre muchos otros aspectos, una defectuosa e inoportuna administración de justicia, es una constante histórica que no encuentra ni un atisbo de pronta mejora para el ciudadano y que, por el contrario, merma la confianza en la justicia, en la democracia y, con ello, en el propio estado de derecho.

Este escenario adverso requiere el impulso de medidas concretas y cambios de diversa índole orientados a la tutela o defensa de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado tal y como reza el texto constitucional vigente para, de esta manera, cambiar positivamente la situación y la percepción del ciudadano a sus instituciones.

Una de las tantas mejoras que requiere nuestro país para consolidar su estado de derecho lo constituye, sin ninguna duda, generar confianza en su sistema de administración de justicia lo que además es compatible con el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 16 orientado a fomentar el acceso a la justicia para la población y a crear instituciones eficaces.

Para dicho objetivo se requiere por supuesto, además de compromiso y responsabilidad de las autoridades y actores involucrados, de un nivel solvente de capacidad técnica, eficiencia y de las herramientas que le permitan cumplir este propósito y revertir la percepción altamente negativa

que, según información oficial publicada¹, muestra al Poder Judicial con uno de los niveles de confianza más bajos entre todas las instituciones del país con un 79,5% de desconfianza ciudadana.

El presente trabajo se enfoca en abordar uno de aquellos tantos problemas que pone en cuestión precisamente la eficiencia y el objeto mismo del sistema de administración de justicia: la tutela judicial efectiva, específicamente, en el ámbito contencioso administrativo donde es usualmente el administrado quien debe enfrentar como contraparte nada menos que al propio Estado.

Para ello, se pretende en base a la investigación realizada reorientar el tratamiento y los parámetros interpretativos de una de las herramientas creadas para la tutela oportuna del ciudadano y que ha sido objeto de un prolífico y añejo desarrollo por la doctrina procesal civil: las medidas cautelares, pero teniendo en cuenta las específicas particularidades de la naturaleza del derecho administrativo y de las actuaciones administrativas previas al proceso judicial como antecedentes claves para la tutela que se persigue, lo que estimo no ha sido suficientemente desarrollado y considerado en nuestro medio por la doctrina especializada, por la jurisprudencia ni tampoco, dicho sea de paso, por la propia legislación.

¹ Así, el Informe Técnico N° 4 Semestre abril – septiembre 2023 “PERÚ: Percepción ciudadana sobre Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las Instituciones” elaborado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, Pág. 6, el mismo que puede consultarse en <https://m.inei.gob.pe/biblioteca-virtual/boletines/gobernabilidad-democracia-y-confianza-en-las-instituciones-9866/1/#lista> .

Si el proceso judicial es la herramienta diseñada para que el ciudadano pueda tutelar de sus derechos, es imperativo que el mismo cuente con un nivel de efectividad suficiente que impida que sus derechos o intereses sean afectados, sea por una indebida interpretación de los alcances de dicho derecho en un pronunciamiento, o sea porque dicho pronunciamiento tarda en emitirse, lo que pone en riesgo la tutela misma y la oportunidad en que esta debe ser atendida.

Partiendo en los Capítulos I y II de conceptos como la autotutela, la ejecutividad, la tutela cautelar en nuestro país y su consolidación como derecho fundamental, los mismos cuya comprensión considero como un esencial prolegómeno, luego el desarrollo del presente trabajo comprende desde el Capítulo III un estudio a los avances en la materia estudiada y, en base al desarrollo de la experiencia comparada, se esboza una reorientación teórica a la interpretación de los clásicos presupuestos para la concesión de las medidas cautelares en el contencioso administrativo que permita en nuestro país revertir la percepción que existe en cuanto a la dificultad, recelo, particular exigencia y hasta aparente resistencia de la judicatura para la concesión de dichas medidas expresada en la motivación que se incorpora en sus Resoluciones, no obstante que este proceso, por antonomasia, implica el enfrentamiento del administrado contra una decisión de la Administración Pública adoptada en ejercicio de sus privilegios y de los consecuentes peligros que ello puede conllevar.

Como resultado de ese desarrollo y análisis, con carácter propositivo en el Capítulo IV se presenta como aporte una propuesta de modificación normativa que incluye la fundamentación, el impacto de la norma en la legislación nacional, un análisis de costo-beneficio, así como su relación con las políticas de Estado, para que pueda ser sometido al análisis y crítica de los especialistas y, eventualmente, como elemento de utilidad para una próxima modificación de este marco normativo.



CAPÍTULO I.

LA EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO HERRAMIENTA EFICAZ PARA LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A SU ALCANCE DESFAVORABLE PARA LOS ADMINISTRADOS

1.1 La autotutela administrativa como privilegio de la Administración. –

Aunque no es propósito de este trabajo abordar con amplitud a la autotutela administrativa a cuyo efecto existen trabajos que explican solventemente su evolución desde sus orígenes históricos hasta nuestros días², sí considero pertinente tener como premisa, siguiendo a García de Enterría, que la misma implica que “la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial.”³

De dicha capacidad, se aprecian luego, dos atribuciones: i) El que la Administración no requiera de la declaración previa de cualquier otra entidad para que sus actos sean de cumplimiento obligatorio por lo que un posible pronunciamiento administrativo revisor o el control jurisdiccional, serán con posterioridad a la declaración administrativa y, mientras ese momento llega (o quizá nunca lo haga), los administrados deben cumplirla; y, ii) El que la Administración no solo no necesite de una

² Sobre el tema, entre muchos otros, por ejemplo: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS (2004): *Curso de Derecho Administrativo I*, p. 497 y ss.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS (2004): Op. Cit. P. 515.

declaración previa bastando la suya propia, sino que tampoco requiere de alguna para en los hechos realizar o ejecutar sus decisiones, pudiendo emplear incluso la coerción o la fuerza para ello.

Estos dos aspectos que, en términos generales, dan cuenta de los conceptos de autotutela declarativa y la autotutela ejecutiva, respectivamente, conllevan a la necesidad, para los efectos de esta investigación, de tratar brevemente los conceptos de presunción de validez y de ejecutividad del acto administrativo en el marco del derecho nacional.

1.2 Presunción de validez del acto administrativo. –

En nuestro país, la validez de los actos administrativos es una presunción legal incorporada en el ordenamiento jurídico en el vigente artículo 9 del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, según el cual, “todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional según corresponda”.

Esta previsión legal que, acertadamente en mi opinión, no ha sido positivizada como un principio⁴, atribuye a los actos administrativos sin

⁴ Señala al respecto DOMENECH PASCUAL, GABRIEL (2010) *El principio de presunción de validez en Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, JUAN ALFONSO SANTA MARÍA PASTOR (Director) (p. 1035) La Ley “(...) que aunque a veces se hable del “principio de presunción de validez” tampoco cabe afirmar con propiedad que nos hallemos frente a un auténtico principio jurídico, si con la mejor doctrina entendemos que los principios jurídicos -o principios generales del Derecho- son las “convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad”, “los valores básicos de un ordenamiento jurídico”, y consideramos que los mismos constituyen mandatos de optimización, es decir, valores que deben realizarse en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas existente. La presunción de validez no encaja en este concepto,

excepción alguna una presunción relativa de validez que perdurará hasta mientras su nulidad no sea determinada y declarada administrativa o judicialmente. La razón de incorporar esta presunción radica, en consonancia con la postura de la doctrina nacional⁵, en que la Administración requiere asegurar el cumplimiento de las decisiones que emite, al menos teóricamente, en cautela del interés público, sin que los particulares puedan oponerse o desconocer su ejecución sin seguir los canales legales taxativamente establecidos para ello.

Esta presunción, sus efectos o la interpretación que se hace de ella, sin embargo, no siempre es compatible con el propio ordenamiento jurídico pues, por el contrario, bajo mi punto de vista en ocasiones erradamente se le suele anteponer a la tutela de los derechos para los administrados, por lo que se hace necesario analizar los alcances de esta presunción bajo el matiz de otras normas e incluso de derechos fundamentales de mayor jerarquía.

porque no es valiosa por sí misma, ni es algo que deba satisfacerse en la mayor medida de lo posible, aunque ciertamente pueda haber sido establecida en aras de verdades principios jurídicos, como por ejemplo el de seguridad. Se trata a lo sumo de una regla general, cuyo alcance y excepciones no han sido perfilados por el legislador con la deseable nitidez.”

⁵ El profesor DANÓS ORDOÑEZ (2003) *Régimen de nulidad de los actos administrativos de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General* P.5 https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409_ponenciaforonulidad_actos_administrativos.pdf indica que “Dicho principio consagra una presunción *iuris tantum* (admite prueba en contrario) y tiene por fundamento la necesidad de asegurar que la administración pública pueda realizar sus funciones en tutela del interés público sin que los llamados a cumplir sus decisiones puedan obstaculizar las actuaciones de la administración sobre la base de cuestionamientos que no hayan sido confirmados por las autoridades administrativas o judiciales competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos.”, mientras que MORÓN URBINA (2020) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, T.I, P.258 manifiesta que “Estamos frente a la recepción por la legislación de una de las prerrogativas del poder público esenciales para asegurar la eficiencia y seguridad en el cumplimiento de las decisiones gubernamentales”.

Pero para entender el porqué de mi aseveración anterior, siguiendo la enumeración de Morón⁶, repasemos previamente las consecuencias o efectos que genera esta presunción en nuestro ordenamiento:

1. Se invierte la carga de la prueba, en tanto que es el accionante quien, ante la presunción de su regularidad, deberá acreditar la invalidez del acto administrativo. Como se aprecia, la presunción no hace reserva ni excepción alguna y se atribuye indistintamente a los actos emanados de cualquier procedimiento administrativo, incluso los sancionadores⁷ los cuales, dicho sea de paso, menoscaban, pero no suprimen por completo el derecho constitucional a la presunción de inocencia, por lo que deberían contar con un tratamiento distinto y específico en donde la Administración, ante el cuestionamiento, tenga que probar ya sea internamente o ante el órgano jurisdiccional la validez de su propio acto.
2. El acto administrativo adquiere carácter público, mereciendo fe plena sobre la regularidad de su actuación.
3. Independientemente de la configuración de un posible vicio, es igualmente exigible.
4. No requiere la ratificación o conformidad de otra autoridad ni la colaboración de otra institución para que despliegue sus efectos y sea

⁶ MORÓN URBINA, JUAN CARLOS (2020) Op. Cit. P.258

⁷ Para DOMENECH PASCUAL, GABRIEL (2010), Op. Cit. (p. 1035), comentando el ordenamiento español "...esta tesis resulta inadmisibles en el caso de los actos de carácter sancionador, en cuyo procedimiento de elaboración rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Así lo dejó sentado la STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 8): la presunción de legalidad de los actos sancionadores "no implica en modo alguno el desplazamiento de la carga de la prueba que, tratándose de infracción y sanción administrativa, ha de corresponder a la Administración". En nuestro país existe un tratamiento diferenciado a la carga de la prueba cuando se sanciona administrativamente al administrado (Art. 32 del TUO de la LPCA, segundo párrafo); sin embargo, cabe preguntarse si efectivamente ese trato teóricamente distinto tiene eficacia en la práctica o si la ejecutividad del acto administrativo y la presunción de validez termina teniendo preeminencia ante la presunción de inocencia, pese a que esta última, a diferencia de la primera, tiene expreso rango constitucional.

exigible, generando con ello al administrado e incluso a la propia Administración⁸ la obligación de cumplirlo. Esto deriva, sin duda, del privilegio de la autotutela administrativa y de la consecuente ejecutividad de los actos administrativos, de los que nos ocuparemos con detalle más adelante⁹.

⁸ Señala con acierto el profesor Rebollo Puig que, contrariamente a lo que denomina como visiones en exceso simplistas, los efectos de la presunción “no se agotan ni en la ejecutoriedad ni en la carga de impugnar que solo afecta a determinados sujetos (...) sino fundamentalmente a las Administraciones públicas (...) y ello tanto para resolver sobre el mismo asunto decidido en el acto anterior como para decidir otro en el que aquel juega como premisa o parte del razonamiento para adoptar otra decisión: no se puede prescindir de esa premisa aunque se aprecie su ilegalidad e incluso vicios determinantes de invalidez.” Así, en REBOLLO PUIG, MANUEL (2005) *La presunción de validez* en Revista Española de Derecho Administrativo (128). P. 604 - 606. El profesor español refiere asimismo que “al vincular también a la autoridad de la que emanó el acto y a todas las demás autoridades y órganos administrativos, la presunción de validez, pese a que así suele ser simplistamente presentada, no es propiamente una prerrogativa de la administración, sino más bien, una limitación para ella y una garantía para los administrados y también para el orden dentro del conjunto de administraciones y de órganos administrativos.” Sobre esto, coincido en parte con el profesor Rebollo pues si bien la presunción es una garantía para los administrados sobre todo para actos que los favorecen o reconocen sus derechos, también es una expresión de la prerrogativa de la administración cuando tales actos, por el contrario, son gravosos para el administrado.

⁹ En su *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi* CEDAM, Pádova, 1936, indicaba GIUSEPPINO TREVES, citado por BETANCOR RODRÍGUEZ (1992) *El acto ejecutivo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, P. 413, que “L'esecutorietà forma uno dei motivi ispiratori della presunzione legale, e la presunzione legale è il presupposto lógico e giudici dell'esecutorietà (...) una volta che la norma presuntiva rende possibile ad un atto la produzione delle sue conseguenze giuridiche senza previo accertamento (conseguenze che non può attribuire lá amministrazione) e la pretesa stessa contenuta nell'atto é compresa nella presunzione legale, será possibile pure l'esecuzione medesima dispone della forza materiale necessaria per leventuale esecuzione coativa ed ancha tale suo operato gode di una presunzione di legittimità, questa viene a costituire il fondamento dell'esecutoriet, che non richiede di conseguenza l'intervento di altra autorità. L'atto esecutorio implica, e perciò rivela, una presunzione di legittimità.” Relata BETANCOR RODRÍGUEZ, Op. Cit. P. 414, que la presunción de validez de los actos administrativos de elaboración italiana a partir de la doctrina alemana ha sido progresivamente dejada de lado por la mayoría de autores italianos “como consecuencia de los efectos que provoca, fundamentalmente el agravamiento de la posición de los particulares en el seno del proceso” para lo cual cita a CAPACCIOLI (Manuale di Diritto Amministrativo, 2da. Ed. CEDAM, Pádova, 1983) para quien “l'idea della presunzione di legittimità è anche dannosa perchè, muovendo dalla ricerca di una giustificazione della esecutorietà degli atti amministrativi, che - come detto- è già pienamente soddisfatta dalla esigenza assoluta che l'amministrazione realizzi i fini pubblici solo che si sia munita del titolo formale legittimamente (dell'atto amministrativo), si arriba ad un roverciamento dell'onere probatorio fra amministrazione ostacolo per l'attuazione della giustizia nei confronti dell'amministrazione” concluyendo luego el profesor español, Op. Cit. 414 y 419, que “La presunción ha servido para justificar la generalización de la ejecución forzosa así como en el seno del proceso la alteración de la carga de la prueba” y que incluso tal presunción “solo nos ha servido para restringir las garantías de los particulares, y para ofrecer un fundamento legitimador a la extensión de los poderes de ejecución forzosa”. En mi opinión, cierto es que la configuración normativa y doctrinaria de la presunción ha generado una serie de distorsiones como de las que se ocupa este trabajo en ordenamientos como el nuestro; sin embargo, considero que la misma es necesaria para asegurar bajo el imperio de la norma la realización de actividades del Estado que no pueden postergarse en tutela del interés público, lo que no enerva, desde luego, una mejora a su tratamiento o una matización de sus alcances para asegurar su siempre posible compatibilidad con los derechos fundamentales de los administrados, en especial, el de la tutela judicial efectiva.

5. La incolumidad de la ejecución del acto administrativo, aún cuando se haya interpuesto un recurso administrativo o la respectiva demanda judicial.

A los efectos del presente trabajo, importa tener en cuenta principalmente los efectos señalados en los puntos 1 y 4 precedentes, en tanto que los mismos permiten apreciar que la presunción bajo comentario permite a los actos administrativos desplegar *ex lege* efectos de impacto directo a los administrados quienes, desde una posición impugnante, deberán afrontar la difícil y previsiblemente larga tarea de intentar desvirtuar la presunción.

En adición a lo antes mencionado, la presunción determina en la práctica también diversas interpretaciones que inciden sobre su verdadero alcance, es decir, sobre cómo esta presunción es aplicada en los hechos por los operadores jurídicos lo que coadyuva a la idea de protección al acto de determinados cuestionamientos. Por ejemplo, la presunción de validez en ocasiones es entendida como:

i) “Presunción de acierto” con lo cual se atribuye un margen de discrecionalidad a la Administración en ciertos casos en donde el órgano jurisdiccional solo revocará el acto administrativo siempre que sea evidente su contravención al ordenamiento jurídico. En este supuesto y bajo esta interpretación, tal discrecionalidad se configuraría en tanto que la Administración cuente con mayores

elementos técnicos que los tribunales judiciales para poder emitir una decisión en determinado caso concreto de lo que se entiende que la Administración tiene menos posibilidades de incurrir en error¹⁰. Esto es lo que en la doctrina ha sido entendido como “deferencia judicial” que será abordado más adelante.

- ii) “Presunción de legalidad”¹¹, pese a que legalidad y validez son conceptos distintos y que, en esa medida, la invalidez es propiamente consecuencia de la ilegalidad (aunque no lo sea inexorablemente por ejemplo, en aplicación del principio de conservación), no todos los actos administrativos ilegales son necesariamente actos inválidos pues, para tener esta calificación, se requiere de una declaración expresa que, a la misma vez, será la que desvirtúe la presunción de validez; mientras que ello no suceda, aunque el acto pudiera ser demostrablemente ilegal o contrario al ordenamiento jurídico, seguirá presumiéndose como válido.

¹⁰ Comenta DOMENECH PASCUAL (2010) Op. Cit. (p. 1041) que la jurisprudencia española “*ha declarado en este sentido que los conocimientos especializados que determinados órganos administrativos poseen (y de los que los tribunales carecen) justifican una presunción de acierto de las apreciaciones que tales órganos efectúen con base en dichos conocimientos*” pues “*como dice la STS de 25 de junio de 1996 (rec. 6911/1992) no habiéndose podido practicar otra prueba contradictoria, esta Sala ha de partir de la presunción de acierto de los dictámenes e informes oficiales, presunción que se justifica en la imparcialidad y objetividad que normalmente guardan los técnicos de la Administración.*” A riesgo de adelantar una valoración, considero que la interpretación señalada según la cual le otorga una presunción de acierto en mérito al carácter técnico de la Administración, excede el ámbito de la presunción de validez y puede ser una de las causas por las que, como veremos más adelante, la judicatura en nuestro país se muestre en ocasiones renuente a la concesión de medidas cautelares sobre todo cuando el proceso contencioso administrativo cuestiona decisiones de entidades altamente técnicas.

¹¹ Asevera el profesor Manuel Rebollo que parte de la doctrina española, concretamente el profesor Cano Campos y el profesor Bocanegra Sierra, identifican legalidad con validez, así como sus reversos, ilegalidad con invalidez. Así, en REBOLLO PUIG, MANUEL (2005) Op. Cit. Pág. 797.

Ahora bien, independientemente de cómo es entendida, conviene detenerse brevemente en determinar cuál es el ámbito de acción de la presunción y si la misma posiciona privilegiadamente a la Administración en absolutamente todos los procedimientos o procesos. Al respecto, coincido con el profesor Rebollo¹² para quien la presunción en rigor no tiene efectos en aquellos procesos o procedimientos cuyo objeto sea precisamente la pretensión de nulidad, pero sí los tendrá en todos los demás procesos o procedimientos donde el acto sea una premisa de análisis o de ejecución. Caso contrario, se entendería equívocamente que:

- i) El sentido de las resoluciones judiciales en un proceso contencioso administrativo o las administrativas en vía de recurso impugnatorio, están inevitablemente condicionadas a la presunción.
- ii) La carga de la prueba está depositada única y totalmente en el administrado, con lo cual no habría igualdad procesal y se otorgaría un estatus de privilegio incompatible con un mínimo criterio de imparcialidad.
- iii) La suspensión del acto administrativo u otra medida cautelar, no serían viables, con lo cual las reglas o alegaciones para la concesión de dicha medida como la apariencia de derecho y el peligro en la demora que se evalúan según cada caso concreto serían virtualmente ineficaces frente a una presunción de aplicación general e indeterminada.

¹² REBOLLO PUIG, MANUEL (2005) *Op. Cit.* P. 619-622.

Consecuentemente, si bien la propia Administración es la que está vinculada a la presunción y por tanto está obligada a acatarla desde el momento en el que el acto ha sido emitido, no sucede lo mismo con el juez contencioso administrativo quien por su parte deberá evaluar si el acto resiste un análisis de legalidad y de validez, mientras se despliegan efectos concretos e inmediatos para el administrado en virtud a la ejecutividad del acto administrativo.

1.3 Un efecto de la presunción de validez: La ejecutividad del acto administrativo. –

Ahora bien, que los actos administrativos se presuman válidos debido a su previsión legal incide directamente no solo en su validez, sino también en su propia eficacia. En efecto, que el acto administrativo sea sometido a algún tipo de recurso administrativo o incluso si este es objeto de una demanda para iniciar un proceso contencioso administrativo, aun cuando el acto adolezca de algún defecto de validez insubsanable, sus efectos no se suspenden salvo alguna declaración administrativa o judicial de que diga lo contrario.

La cualidad del acto administrativo por la que se materializa con hechos la producción inmediata de sus efectos es lo que la doctrina conoce como ejecutividad¹³. De esta manera, la Administración en ejercicio de su

¹³ Refiere BETANCOR RODRÍGUEZ, Op. Cit. P. 338, que: *"la doctrina de la decisión ejecutoria o ejecutiva es obra de tres autores básicos relevantes: Maurice Hauriou, Otto Mayer y Umberto Borsi. (...) Hauriou elevó la decisión ejecutoria a la categoría de clave de bóveda del Derecho Administrativo.*

estatus de privilegio puede tutelar por sí y para sí misma sus propias situaciones jurídicas porque el ordenamiento jurídico así lo faculta.

No obstante que resulta obvio afirmar que este privilegio no tiene por qué ser incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, la realidad demuestra que los órganos jurisdiccionales, pese a su posición imparcial por definición y porque normativamente así expresamente se le impone¹⁴, no tutelan efectivamente en muchas ocasiones a los administrados convirtiendo a la presunción de validez y por ende a la ejecutividad del acto administrativo¹⁵ en un dogma aparente pues, como toda expresión del ejercicio del poder público tiene limitaciones dadas por su compatibilidad con los valores que subyacen de la Constitución, entre ellos, el de igualdad ante la ley. Empero, tal compatibilización no parece ser en todos los casos parte del criterio judicial pues, como veremos más adelante, los administrados tras discutibles interpretaciones o huidizas

En la misma línea Mayer consideró el acto administrativo, junto con la ley, como los pilares básicos del Derecho administrativo moderno. Si bien pareció desconocer la decisión ejecutoria (...) sí habló de la fuerza obligatoria del acto. (...) Por último, fue Borsi quien generalizó tanto la decisión ejecutoria como la ejecución forzosa, siguiendo la línea trazada por Mayer. La Administración era, para este autor, un poder que no dependía ni del poder legislativo (solo vinculado negativamente) ni del poder judicial, por lo que Administración puede tanto dictar como ejecutar sus decisiones, sin necesidad de impetrar el auxilio judicial. Además, la lógica de la ejecución forzosa es la de un instrumento en manos de la Administración en cuanto que atributo natural de su poder.”

¹⁴ Recordemos que según el artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, en todo proceso judicial cualquiera sea su denominación o su especialidad, debe ser sustanciado por, entre otros, el principio procesal de igualdad de las partes.

¹⁵ Comentando la normativa española, el profesor BOCANEGRA SIERRA, RAÚL (2002) *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, P. 112, refiere que “la regla de la presunción de validez de los actos administrativos sirve también para que la Administración pueda hacer uso de sus poderes de ejecución forzosa sin necesidad de tener que probar la conformidad a Derecho de sus actos que pretende ejecutar o, dicho de otro modo, permite su ejecutoriedad sin necesidad de dicha prueba de validez”. Aunque el comentario del profesor Bocanegra se realiza en el marco del derecho español, resulta académicamente interesante la diferenciación entre los actos administrativos nulos de pleno derecho de aquellos que solo son anulables siendo estos últimos los que, a criterio del autor, conservan su eficacia (y por ende su ejecutividad) y son protegidos por la presunción, mientras que los primeros carecen de eficacia por no tener validez.

argumentaciones, observan un mayoritario rechazo a la concesión de las medidas cautelares en el ámbito contencioso administrativo que solicitan.

1.4 La deferencia judicial. –

No obstante, decíamos en párrafos precedentes que la institución de la presunción de validez y su efecto consistente en la ejecutividad, no son el único escollo al que se deben enfrentar los administrados que se han visto afectados por alguna decisión adversa del Estado.

Efectivamente, otro concepto vinculado al singular rigor o la resistencia judicial en la concesión de las medidas cautelares la encontramos en el criterio por el cual el razonamiento jurídico realizado por la Administración en casos que están bajo la competencia de los jueces goza de cierto estatus o de incolumidad por el que se entiende que, por el manejo de criterios técnicos sobre los que basa su discrecionalidad, ha actuado correctamente.

Esta figura de raíz estadounidense a la que se denomina “deferencia judicial” en virtud de la cual se disminuye el alcance y efectividad del control judicial y se pone en entredicho, a mi juicio, los propios cimientos del proceso contencioso administrativo tal y como está configurado en nuestro país, es decir uno de plena jurisdicción, puede encontrar muy probablemente una de sus razones en la ausencia de especialización de

nuestra judicatura¹⁶ que dista de los criterios técnicos de ciertos sectores altamente especializados de la Administración¹⁷.

Cierto es que la judicatura no necesariamente cuenta con los conocimientos técnicos suficientes en todos los casos para analizar y entender a cabalidad determinados aspectos sometidos a la competencia de organismos altamente técnicos y especializados; empero, ello no puede conllevar a una declinación voluntaria y deliberada de potestades y del cumplimiento de obligaciones normativamente impuestas. Tal declinación se expresa en motivaciones judiciales aparentes o insuficientes.

Y es que, como bien indica Rodríguez Pontón¹⁸, la deferencia judicial no es un aspecto que se formule de manera explícita por los Tribunales,

¹⁶ Para este fin, remitimos al lector al trabajo del profesor Diego Zegarra quien, en el año 2012, es decir hace más de diez años atrás, ya notaba que eran aspectos relevantes de la profesionalización de la judicatura nacional, la capacitación, la realización de plenos jurisdiccionales y la atención a la carga procesal. Así, en ZEGARRA VALDIVIA, DIEGO (2012) *La profesionalización del Juez peruano en materia contencioso-administrativa* en Revista de Derecho Administrativo (11) P. 55-61 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13545>.

¹⁷ Dice García de Enterría que *“la deferencia hacia la Administración intenta explicarse inicialmente con argumentos pragmáticos más que teóricos: la deferencia es obligada, dada la calidad de los expertos técnicos en materias complicadas con que cuenta la Administración, incomparable con la parvedad de medios de los tribunales y su mucho trabajo; no es, por ello, la función del juez actuar como un superministerio o con el celo de pedantes profesores, la presión del gran trabajo y la multitud de materias de que deben de tratar unos Tribunales ordinarios que no están especializados; la vieja tradición, a la que ya hemos aludido, de hands-off, de manos fuera de los asuntos del Ejecutivo o de no interferencia en su funcionamiento; la idea de que ha habido una voluntad del legislativo de delegar esas arduas cuestiones en el Ejecutivo, y, en fin, siempre, el principio de división de poderes”* (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (2000) *Una reflexión complementaria sobre la doctrina norteamericana de la deferencia judicial hacia el Ejecutivo en Democracia, jueces y control de la Administración*. Thomson Civitas P. 185.)

¹⁸ RODRÍGUEZ PONTÓN, FRANCISCO JOSÉ (2019) *El control judicial en el ámbito de la regulación económica: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). Un relato de la deferencia en el marco del Derecho común europeo en Autonomía Administrativa, Decisiones cualificadas y deferencia judicial*, MALARET GARCÍA, ELISENDA (Directora). Thomson Reuters Aranzadi. P. 110-146.

existiendo sin embargo determinados indicios e indicadores de los que se puede advertir su aplicación, entre los cuales están:

- La atribución de decisiones de carácter técnico a la autoridad, su carácter insustituible por parte de los tribunales y presunción acentuada de legalidad.
- La capacidad decisoria de la autoridad vinculada a la relevancia de su tarea interpretativa.
- Espacio de apreciación reservado a la autoridad y basado en su conocimiento de las actividades reguladas.
- Relato fáctico fundamentado, no cuestionado y asumido por los tribunales.
- Respeto escrupuloso del procedimiento, rigor en la actuación, decisiones coherentes con precedentes.

Sin duda esta deferencia de los tribunales desfavorece la posición del administrado para enfrentar los efectos de un acto administrativo que, puede el juez no saberlo, podría ser flagrantemente lesivo a un derecho fundamental o estar viciado con un vicio insubsanable de nulidad, pero a la misma vez, estar cubierto bajo la presunción de validez y gozar de plena ejecutividad.

1.5 Problemática en el ejercicio de la tutela cautelar contra actos administrativos en nuestro país: su excepcionalidad y la lentitud judicial. –

Lo señalado en los párrafos que preceden dan cuenta del privilegio que posee la Administración para ejecutar las decisiones que emite en el ejercicio de sus funciones, ante lo cual, en contraposición, el administrado se encuentra en absoluta desventaja.

Ahora bien, el que tal privilegio encuentre sustento normativo y pueda servir al Estado para otorgar eficacia inmediata a sus actos administrativos en ejercicio de la autotutela, desde ningún punto de vista y bajo una mirada equilibrada y justa de las cosas, implica que el someter a sede jurisdiccional el cuestionamiento de tales actos administrativos no merezca una tutela que garantice una igualdad de armas o un emparejamiento de condiciones entre administración y administrado. Bajo ese razonamiento, resultaría lesivo a la igualdad o la imparcialidad no garantizar, desde el principio, una evaluación legalmente crítica de las decisiones de la administración lo que incluye no solo el análisis legal de la controversia, sino también de los hechos que han sido valorados porque, recordemos, el proceso contencioso administrativo nacional está concebido como un auténtico proceso de plena jurisdicción y como tal, presupone amplitud total de revisión judicial no solo a la validez, sino a la motivación, actuación probatoria y en general a todos los fundamentos de los actos de la administración.

No obstante, como evidencia de que ello no sucede en la realidad de nuestro país, para el presente trabajo se han podido analizar doce resoluciones judiciales que demuestran que existen criterios judiciales

que, en lugar de adoptar una postura imparcial al evaluar las solicitudes cautelares en el ámbito contencioso administrativo, otorgan una posición de privilegio o de una mal entendida deferencia no solo al razonamiento técnico legal de la Administración, sino incluso a los relatos fácticos contenidos en los actos administrativos cuestionados. Asimismo, se observa que, contradictoriamente, en algunos casos se sigue sin reparos el criterio y razonamiento de la administración como argumento para rechazar el pedido y seguidamente se indica que se requiere el análisis de fondo o incluso el expediente administrativo para emitir una decisión cautelar.

La siguiente Tabla comparativa que, por supuesto, no pretende demostrar estadísticamente una tendencia, permite apreciar directamente el razonamiento judicial exclusivamente en el proceso contencioso administrativo para el rechazo de las solicitudes cautelares:

N°	Exp.	Juzgado	Demandante	Demandado	Fundamento de rechazo a solicitud cautelar	Comentario
1	505-2015-80	25 juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en temas de mercado	AFOCAT LÍDER Perú	INDECOPI	Documentos <i>“fueron recogidos y analizados por la autoridad administrativa en la resolución que se impugna, siendo además que dichos documentos fueron suscritos por diversos especialistas en la salud, conforme fue advertido por la administración”</i>	Se toma como cierto el relato fáctico realizado por el INDECOPI y se asume la regularidad en la exhaustividad de la revisión administrativa.
2	921-2015-25-MC	5ta Sala Especializada en lo contencioso administrativo con Subespecialidad en temas de mercado	Perú Rent a car / Other Services S.A.C	INDECOPI	<i>“resultaría arreglado a derecho que la entidad administrativa haya amparado la denuncia y, por ende, haya impuesto la multa, al considerar que era necesario cumplir con lo establecido en el contrato de alquiler suscrito para proceder a la prórroga del mismo, más aún cuando el demandante no habría podido probar que efectivamente existió el acuerdo verbal expreso que reiteradamente manifiesta.”</i> <i>“se verifica que la entidad administrativa sí habría efectuado una adecuada valoración de los argumentos y de los medios probatorios presentados por las partes”</i>	Se sigue nuevamente la versión de los hechos relatada por la Administración.
3	6157-2021-69	Cuarto Juzgado Contencioso Administrativo	Colegio de Notarios del Distrito notarial del Callao	Ministerio de Justicia	<i>“conforme se observa de los argumentos de la presente solicitud cautelar precisados en el séptimo considerando, dichos argumentos requieren ser analizados con mayor amplitud y con la valoración de los medios probatorios acompañados por las partes; actuación que por su controversia, corresponde ser efectuada en los autos principales, al momento de resolver el fondo del asunto controvertido; en consecuencia, este Juzgador no advierte la verosimilitud del derecho invocado por la hoy demandante, para conceder el mecanismo de protección temporal peticionado.”</i>	No se cuestiona el razonamiento de la administración. Solo se indica que para evaluarlo se necesita resolver el fondo del asunto.
4	7579-2017-20	5ta Sala Especializada en lo contencioso administrativo con Subespecialidad en temas de mercado	Colegio Privado San Basilio	INDECOPI	<i>Respecto al argumento en el que el Colegio refiere que no se ha desarrollado argumentos sobre los cuales pueda resultar como sanción pecuniaria la imposición de 5 UIT y no otra que genere menor daño patrimonial, de la revisión de la resolución cuestionada, se verifica que, contrariamente a lo alegado, si contendría una motivación de la sanción impuesta, sustentada en el artículo 112 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, así como en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por lo cual, de modo preliminar, sí se apreciaría un sustento legal de la multa impuesta.</i>	Se asume como correcta la motivación de la administración porque se invocó determinada norma.
5	10203-2017-41	25 Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en temas de mercado	Inmobiliaria Chulucanas S.A.C.	INDECOPI	<i>“este Despacho considera que a efectos de revertir los efectos de la conducta infractora denunciada, esto es, no haber cumplido con efectuar la entrega del inmueble adquirido y cancelado por la consumidora, correspondía la devolución del dinero pagado por la compra del inmueble materia de autos”</i> <i>“se determina que el presupuesto “fumus boni iuris” no se encuentra debidamente acreditada; ya que, los hechos en los que se basa la presente solicitud cautelar no resultan suficientes para que esta judicatura determine la existencia de un razonable orden de probabilidades de que a la recurrente le asista razón en el derecho solicitado; en tal sentido, se requiere que los argumentos y pruebas aportadas por la peticionante deban ser analizados y estudiados en el proceso principal, teniendo a la vista el expediente</i>	Se prejuzga el caso para seguir lo razonado por la administración, pero luego para denegar la configuración de la verosimilitud indica que se requiere los argumentos y pruebas en el expediente principal teniendo a la vista el expediente administrativo.

					<i>administrativo, toda vez que los medios probatorios presentados por si solos resultan diminutos para establecer la verosimilitud del derecho invocado”</i>	
6	10695-2017-93	25 Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en temas de mercado	Banco de Crédito del Perú	INDECOPI	<p><i>“En consecuencia, de un análisis preliminar de lo actuado en el procedimiento administrativo se evidencia que el cierre de la cuenta bancaria del cliente no se encuentra amparada por la Circular N° B-2197-2011 como lo sostiene la accionante, por lo que dicha decisión habría sido tomada de forma arbitraria”</i></p> <p><i>“teniendo en cuenta lo expuesto en el considerando anterior, y efectuando un análisis de cognición sumaria, se puede apreciar de manera preliminar que la autoridad administrativa al momento de emitir pronunciamiento, a consideración de este Juzgado, habría meritudo debidamente las normas pertinentes del sistema financiero;”</i></p>	Nuevamente, no se cuestiona a la administración y se asume de manera “preliminar” que la autoridad ha meritudo debidamente las normas del sistema financiero, es decir, asume que ha aplicado un criterio legal correcto.
7	1423-2021-8	Décimo Séptimo Juzgado Especializado en lo contencioso administrativo	Universidad San Ignacio de Loyola	OSCE	<p><i>“Por tanto, habiéndose efectuado un análisis superficial del presente caso y de los medios probatorios aportados a éste, se tiene que aparentemente la Resolución administrativa impugnada no habría incurrido en alguna causal de nulidad; en consecuencia, este Despacho considera que el cálculo de probabilidades de que en el proceso principal la demanda sea declarada fundada aún es incierto, por lo que, el fundamento fáctico y legal formulado por la recurrente no podría ser amparado por ahora, en la presente jurisdicción cautelar necesitando de un análisis de fondo que se efectuará con el expediente administrativo que originó la actuación impugnada.”</i></p>	Se indica que la impugnada no incurriría en alguna causal de nulidad.
8	5051-2021-49	Octavo Juzgado Permanente en lo contencioso administrativo	Aníbal Sierralta Ríos	Consejo del Notariado MINJUS	<p><i>“tenemos a efectos de verificar si la resolución expedida por el Consejo de Notariado ha sido emitida conforme a ley y respetando los principios que rigen en el Texto Único Ordenado de ley que regula el proceso contencioso administrativo, corresponde analizar y valorar en forma conjunta los medios probatorios ofrecidos en el expediente principal, conjuntamente con los actuados administrativos, lo cual acontecerá al momento de expedir la sentencia de autos en el cuaderno principal, muy por el contrario, lo citado por el solicitante en su solicitud cautelar no califica para dictar la medida cautelar solicitada, motivo por el cual no corresponde amparar lo peticionado en la presente solicitud cautelar”</i></p>	Se prejuzga el caso para seguir lo razonado por la administración, pero luego para denegar la configuración de la verosimilitud indica que se requiere los argumentos y pruebas en el expediente principal teniendo a la vista el expediente administrativo.
9	1881-2020-54	13 Juzgado Permanente contencioso administrativo	GE HEALTHCARE DEL PERU S.A.C.	OSCE	<p><i>Cabe precisar que habiendo realizado una revisión ligera y sin ahondar en los medios de prueba y normas jurídica, se advierte en forma superficial que por ahora no es posible advertir la verosimilitud del derecho que se invoca, es por ello, que será al momento de expedir el fallo definitivo, una vez valorados todos los medios probatorios, incluyendo los documentos obrantes en el expediente administrativo y apreciados los argumentos expuestos por las partes, que se dilucidará si efectivamente resulta la invalidez de la Resolución Administrativa</i></p>	

					<i>Rechazar la medida cautelar innovativa fuera de proceso; solicitada por la empresa GE Healthcare S.A.C. a efectos que se ordene se suspenda los efectos de la Resolución N° 365-2020-TCE-S1, hasta la emisión de una sentencia con la calidad de cosa juzgada respecto de la demanda interpuesta en el cuaderno principal.</i>	
10	1592-2016-46	Cuarto Juzgado Especializado de Trabajo	Margarita Huanatico Flores	Municipalidad Provincial del Callao	<i>“Que, de la revisión preliminar de los autos y de la realización del juicio de probabilidad propio de la tutela cautelar, no puede concluirse en la apariencia de la existencia del derecho invocado por la actora, puesto que los medios probatorios ofrecidos no generan, en criterio del juzgador, la verosimilitud del cese injustificado sobre el que se reclama; Que, en efecto, de una evaluación a priori del escrito de solicitud cautelar, de la demanda y de las pruebas anexadas no se advierte la firmeza del fundamento de la demanda incoada, más aún si tomamos en cuenta que el presente proceso la parte demandada se encuentra pendiente de contestar la demanda. Que, como argumento adicional, debe meritarse que la etapa inicial en la que se encuentra el proceso contencioso administrativo principal no permite un mayor análisis en relación a la probabilidad de la estimación final de la demanda interpuesta, no aporta más documentos y/o elementos de juicio para la dilucidación del conflicto de intereses subyacente a la presente causa, de lo que se tiene que en este particular caso por tanto, no se cumple con el presupuesto de la apariencia, exigible para la concesión de toda medida cautelar”</i>	A criterio del juez, es necesario verificar la “firmeza del fundamento de la demanda incoada” para otorgar la medida cautelar. Es decir, de la apariencia que exige la ley, el juez requiere la firmeza en el fundamento y agrega, incluso, que no permite “un mayor análisis” por encontrarse el caso en su etapa inicial. Aparte de esto, se advierte que el juez no indica en específico por qué lo expuesto por la demandante no acredita la verosimilitud, solo enuncia que no se cumple con la configuración del requisito con lo que incurre en un defecto de motivación por el que luego fue anulada por la Sala Laboral competente.
11	3056-2016-4	Cuarto Juzgado Especializado de Trabajo	Alejandro Mauricio Quispe	Municipalidad Provincial del Callao.	<i>“no se cumple con el presupuesto de la apariencia, exigible para la concesión de toda medida cautelar; más aún si de un examen preliminar de la documental aportado no es posible determinar en nivel de apariencia si existió o no vínculo laboral entre la entidad demandada y el actor, lo que en todo caso será dilucidada con la valoración de todos los medios probatorios en el estadio correspondiente”</i>	Similar al comentario anterior.
12	895-2016-56	Cuarto Juzgado Especializado de Trabajo	Christian Sarmiento Magallanes	Marina de Guerra del Perú	<i>Observando de la revisión preliminar de los autos y de la realización del juicio de probabilidad propio de la tutela cautelar, que no puede concluirse en la apariencia de la existencia del derecho invocado por el actor, es decir, en la vulneración del derecho fundamental al trabajo, puesto que los medios probatorios ofrecidos no generan, en criterio del juzgador, la verosimilitud de su pase al retiro de una manera injustificada sobre el que se reclama.</i> <i>Que, en efecto, de una evaluación apriorística del escrito de solicitud cautelar, de la demanda y de las pruebas anexadas, no se advierten la firmeza del fundamento de la demanda incoada, o sea que no se aparenta que la parte demandante haya sido objeto de su pase al retiro de una manera injustificada (...), máxime si el artículo 9° de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, establece que: “Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad</i>	Similar al comentario anterior.

					<p><i>administrativa o jurisdiccional, según corresponda.”, lo que implica que para quebrar esa presunción de validez debe existir una fuerte y determinante afectación al derecho reconocido en la ley o la Constitución Política y esta situación sea debidamente acreditada; sin embargo, ni en el presente expediente cautelar ni en el principal obra medio probatorio alguno que acredite la procedencia que alega, por lo que no existe suficientes elementos de juicio que permitan tomar una decisión estimatoria preliminar.”</i></p>	
--	--	--	--	--	---	--

Fuente del cuadro: Elaboración propia

Fuente Resoluciones 1 al 8: Página web del Poder Judicial y archivo de profesionales

Fuente Resoluciones 10 al 12: Recopiladas por GUERRA CERRÓN, MARÍA ELENA (2019) *Acceso a la justicia cautelar. Instituto Pacífico*. Pág. 857 a 867.



Asimismo, de la revisión realizada a estas mismas resoluciones, se observa que ninguna de ellas realiza análisis de ponderación de *“la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada”*, tal y como ordena el numeral 1 del artículo 36 de la Ley modificada desde el 2008 por el Decreto Legislativo N° 1067.

Este escenario en virtud del cual existe un carácter restringido, excepcional o, quizá, una exigencia excesivamente rigurosa a otorgar medidas cautelares por parte de la judicatura, se evidencia también con claridad con lo que señala parte de nuestra doctrina procesal. Así, destacados profesores y a la vez abogados litigantes en ejercicio atestiguan que, en efecto, obtener tutela cautelar en el ámbito contencioso administrativo resulta una tarea difícil y un verdadero reto.

El profesor Priori, por ejemplo, señala que *“La realidad judicial, sin embargo, nos ofrece día a día resoluciones mediante las cuales se deja de brindar protección cautelar con base en el principio de presunción de legalidad del acto administrativo...”* y que *“Prácticamente resulta más difícil obtener una medida cautelar en un proceso contencioso administrativo que en un proceso penal, en el que la verosimilitud tiene que luchar contra una presunción de base constitucional: la presunción de inocencia...”*¹⁹

¹⁹ PRIORI POSADA, GIOVANNI (2006) *Comentarios a la Ley del proceso contencioso administrativo*. Ara Editores. P. 203.

Por su parte, el profesor Monroy indica que: “Se sostuvo (y aún se sostiene) la idea anacrónica de que las medidas cautelares en el contencioso administrativo solo sirven para mantener un estado de la situación, pero jamás para alterarlo. Este es el escenario en donde se desarrolló una línea jurisprudencial de permanente restricción a la expedición de medidas cautelares (...) Como es evidente, una ejecución inmediata de la actuación administrativa coloca en muchos casos al control judicial de esta en una situación de palmaria inutilidad.”²⁰

De otro lado, la cuestionable fundamentación de las Resoluciones no son el único escollo que deben sortear los administrados. En efecto, la situación es aún peor considerando que, de acuerdo a cifras oficiales del Poder Judicial²¹, existe una carga procesal abrumadora que muestra como resultado en el año 2022 nada menos que 26045 expedientes de carga procesal en los juzgados contencioso administrativos, de los cuales únicamente fueron resueltos 2502 en mayo del mismo año, es decir, menos del 10% de resolución de casos en casi la mitad del 2022, lo que constituye una considerable dificultad adicional para los justiciables en esta materia pues se enfrentan, no solo a la consecuencia inmediata que representa la ejecutividad del acto administrativo que le es desfavorable, sino que además al cuestionarlos o impugnarlos judicialmente, existe una

²⁰ MONROY GÁLVEZ, JUAN (2023) *Las pretensiones en el contencioso administrativo*. Palestra. P. 269.

²¹ Cfr. *Estadísticas de la función jurisdiccional a nivel nacional*, elaborado por la Gerencia General, Gerencia de Planificación y Sub Gerencia de Estadística de P. 22. Disponible en [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1a6c158047a78d959388932a87435a1f/Estadisticas+2022IF.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a6c158047a78d959388932a87435a1f#:~:text=Los%20procesos%20judiciales%20principales%20ingresados,67%2C875%20\(15.9%25\)%20y%20a%20Extinci%C3%B3n](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1a6c158047a78d959388932a87435a1f/Estadisticas+2022IF.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a6c158047a78d959388932a87435a1f#:~:text=Los%20procesos%20judiciales%20principales%20ingresados,67%2C875%20(15.9%25)%20y%20a%20Extinci%C3%B3n)

excesiva demora en la resolución de los casos y se convierte en remota la posibilidad de un pronunciamiento en un tiempo razonable de las controversias en esta materia.

En efecto, de tal información oficial del Poder Judicial, se observa lo siguiente respecto a la jurisdicción contencioso-administrativa:

N°	Órganos jurisdiccionales	Pendientes al 1/1/2022	Ingresados 2022	Carga procesal al 18/5/2022	Resueltos al 18/5/2022	Porcentaje de resueltos
1	Ocho Salas Superiores	7112	2104	9216	2135	23.16%
2	Veintiséis Juzgados Especializados	23848	2197	26045	2502	9.60%
TOTAL		30960	4301	35261	4637	13.15%

Fuente: Gerencia de Planificación y Sub-Gerencia de Estadística del Poder Judicial (información al 18/5/2022)
Elaboración propia.

Del total de 35621 procesos pendientes que representa la carga procesal total de los órganos judiciales contencioso-administrativos incluyendo procesos pendientes anteriores y los nuevos ingresos del 2022, únicamente el 13.15% de ellos fueron resueltos al 18 de mayo de 2022, lo que nos da como resultado un 86.85% de procesos pendientes totales por resolver a esa fecha.

A partir de esta calamitosa realidad que demuestra ser desfavorable para el ciudadano afectado por un acto administrativo, es que resulta necesario evaluar si la configuración legal del proceso contencioso administrativo en nuestro país resulta compatible y asegura la tutela judicial efectiva y el derecho a la tutela cautelar y, a partir de ello, plantear alternativas de solución que, cuanto menos, aspiren a paliar parte de este complejo problema.

CAPÍTULO II. CONFIGURACIÓN LEGAL ACTUAL DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PERÚ

2.1 Algunos alcances sobre el proceso, la tutela judicial efectiva y el derecho a la tutela cautelar. –

Ahora bien, si como hemos visto en el Capítulo anterior, la Administración cuenta con el privilegio de autotutela configurado normativamente para procurar asegurar la vigencia y el cumplimiento de sus decisiones en ejercicio del poder estatal en aras de proteger el interés público siendo una de sus manifestaciones, precisamente, la presunción de validez y la consecuente ejecutividad de los actos administrativos, de otra parte tenemos al administrado que, en situación diametralmente opuesta, no goza de dicho privilegio por lo que para proteger su propio interés deberá necesariamente recurrir, acorde con los medios civilizados actuales, a mecanismos administrados por terceros²², sea para obtener la declaración sobre algún derecho o para simplemente ejecutar o llevar a cabo en los hechos una decisión previa que le sea favorable al amparo de dicho derecho.

Uno de tales mecanismos es, en efecto, el proceso que, como instrumento orientado a la tutela de los derechos, puede ser considerado actualmente

²² Señalaba ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en su clásico estudio, al comparar el proceso con otras formas de solución de conflictos como la autocomposición y la autodefensa, que: *“Parece ocioso añadir ahora que el proceso, al encomendar la solución del conflicto a un tercero imparcial; al vincular la jurisdicción con el Estado, para asegurar la observancia de sus decisiones, y al instaurar un régimen de enjuiciamiento que garantice la mejor defensa de las enfrentadas posiciones en litigio, representa la fórmula más progresiva de las tres. Cuando el proceso interviene, la autonomía individual, omnímoda o desbordante en autodefensa y autocomposición, se ve cercenada, en mayor o menor medida según la indole de las pretensiones deducidas...”* ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO (1947) *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Universidad Nacional Autónoma de México. P. 32.

como una auténtica garantía²³ lo que, por cierto, no debe confundirse con los derechos que se pretenden tutelar²⁴.

La consolidación teórica del proceso como garantía y la evolución de su protagonismo como mecanismo de tutela²⁵, ha conllevado, entre otras cuestiones, que ordenamientos jurídicos como el peruano lo hayan incorporado dentro de su normativa constitucional lo que demuestra claramente su importancia y alcance, aún cuando su calificación y ubicación sistemática legislativa en nuestro país no sean lo técnicamente claras para demostrarlo²⁶.

²³ Dice COMOGLIO, citado por ARIANO, “¿Qué se entiende por garantía? Se trata, en extrema síntesis, de aquello que hace la diferencia entre un derecho meramente ‘reconocido’, o ‘atribuido’ en abstracto por las normas, y un derecho realmente ‘protegido’ o ‘actuable’ en concreto, más allá de sus posibles violaciones” (COMOGLIO, *Giurisdizione e proceso nel quadro delle garanzie costituzionali* en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, P. 1064 en ARIANO DEHO, EUGENIA (2003) *La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos* en *Problemas del Proceso Civil*. 587). En la misma línea, LORCA NAVARRETE para quien “La garantía procesal posee una concepción funcional. El proceso es garantía en tanto que afianza y protege, según el referente constitucional, el tráfico de los bienes litigiosos (patológicos).” LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (2003) *El derecho procesal como sistema de garantías* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (36) p. 545. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332003000200004

²⁴ Como bien precisa FIX ZAMUDIO, citado por PICO I JUNOY, “la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia.” (FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, *La protección procesal de los derechos humanos*, Civitas, 1982. P. 51 en PICO I JUNOY, JOAN (1997) *Las garantías constitucionales del proceso*. Bosch, P. 18).

²⁵ “Tras la Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de estos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional” (PICO I JUNOY, Op. Cit. P.17.)

²⁶ La calificación contenida en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución que señala al debido proceso y la tutela jurisdiccional como uno de los “principios y derechos de la función jurisdiccional” y su ubicación dentro del Capítulo VIII referido al Poder Judicial no sólo evidencia una deficiente técnica legislativa, sino que, al ubicarlos solo allí y fuera de la nómina de derechos fundamentales enunciados en el artículo 2, puede dar lugar a interpretaciones equívocas sobre el alcance real de ambas instituciones como mecanismos de protección y derechos de los ciudadanos más que como un principio rector de la administración de justicia, lo que sin embargo ha intentado ser delimitado por numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por ejemplo, la sentencia en el Exp. N° 8123-2005-PHC/TC, FJ. 6 y 7 <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Expediente-08125-2005-HC-LP.pdf>) y también por algunas normas posteriores como el Código Procesal Civil (Artículo I) que lo califica como *derechos* de los justiciables o la definición contenida en el artículo 9 del vigente Código Procesal Constitucional que indica que es una “situación jurídica”.

Así, la Constitución peruana, en la línea de los ordenamientos jurídicos en los que se inspiró o tomó como referencia, ha incorporado al *debido proceso*²⁷ y a la *tutela jurisdiccional*²⁸, en reconocimiento y asignación al rol de garantía que tiene el proceso para la tutela de los derechos.

Pero el proceso, para cumplir dicho rol garante, requiere no solo un esquema legal que lo contemple o configure como tal, ni tampoco sólo una nómina formal de derechos mínimos que lo definan como *debido*, sino que requiere que contenga también un margen de efectividad que, en los hechos, permita justamente demostrar y plasmar su eficacia real en beneficio de los ciudadanos y que por tanto permita que la tutela de derechos no quede solo

²⁷ No es el lugar para abordar a profundidad el derecho al debido proceso, pero para efectos del presente trabajo, es importante distinguirlo del derecho a la tutela judicial efectiva, siguiendo lo que en alguna oportunidad indicó el Tribunal Constitucional definiendo que el derecho al debido proceso “...significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. (Exp. N° 8123-2005-PHC/TC FJ. 6 supra)

²⁸ En la misma sentencia del Tribunal Constitucional citada supra, se señala que “...la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción...”. Sin ánimo de profundizar en el tema por cuestiones de espacio, no coincido con quienes, como CASTILLO CÓRDOVA, sostienen, pese a reconocer que hay un desarrollo jurisprudencial que los diferencia, que “si con una u otra expresión se está haciendo referencia a una misma realidad, entonces está permitido emplear una u otra de modo indistinto a la hora de hacer referencia al bien humano que subyace y da sentido a este derecho fundamental constitucionalizado tanto en su dimensión dinámica como estática...” (CASTILLO CÓRDOVA, LUIS (2015), Artículo 139 Debido proceso y tutela jurisdiccional en GUTIERREZ CAMACHO, WALTER (Director) *La Constitución Comentada análisis artículo por artículo*, P. 638. El concepto de debido proceso, como bien se sabe, no solo responde a un origen histórico totalmente distinto del de la tutela judicial efectiva, sino que reducirlos a expresiones equivalentes puede conllevar a confundir o difuminar el alcance de protección de cada uno de ellos cuando de lo que se trata, en la línea de la constitucionalización y garantía de los derechos de los ciudadanos, es de consolidar conceptos y continuar desarrollando mecanismos que aseguren la tutela real del ciudadano frente a taras que, lejos de simplificarse, se encuentran en constante y preocupante evolución y crecimiento como la corrupción, la ineficiencia del aparato público, la lentitud judicial, entre otras. La equivalencia tampoco se sustenta ni se evidencia en la doctrina ni en la legislación comparada en donde, por ejemplo, en España, el debido proceso y sus garantías mínimas forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional. En todo caso, una equivalencia como tal podría, con reparos, considerarse como opción segura cuando el constituyente opte, sin ambages, por considerarlas como indistintas; mientras eso no suceda, no considero pertinente la relativización de sus diferencias.

en el mero formalismo o enunciado documental. Es aquí donde precisamente el derecho a la tutela judicial *efectiva* entra en acción.

Siguiendo al profesor González Pérez, “el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le ‘haga justicia’; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas.”²⁹ y, según el mismo autor, “despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; que sea posible la defensa y obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos”³⁰.

Según esta conceptualización, que estimamos acertada, forma parte entonces del derecho a la tutela judicial efectiva la obtención de una solución *en un plazo razonable*, dado que si el proceso como garantía de la tutela de derechos necesita de un tiempo y diversas etapas para llevarse a cabo³¹, quedando descartada de plano cualquier solución definitiva que sea inmediata e instantánea³². Esta exigencia a mi parecer encuentra pleno

²⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (2001) *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, p. 33.

³⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS *Ibid.* P. 57.

³¹ “El fin de decir o hacer el Derecho (lo jurídico) en casos concretos no se alcanza, como ya dijimos, en un solo momento, en un único acto. El juicio que significa decir el Derecho no puede ser instantáneo. Juzgar sin incurrir en temeridad exige actividades que son distintas por sus sujetos y por su contenido, actividades que requieren tiempo y que se producen según un orden, más o menos preciso, legalmente establecido” (DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS (2004) *Derecho procesal*. Introducción. P.44)

³² Como decía MIGUEL FENECH (1949) *Derecho procesal tributario*. P. 67, “Sólo Dios puede juzgar sin necesidad del proceso” (citado por ÁNGELES JOVE, MARÍA (1995) *Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Bosch. P. 13) precisando luego la misma autora española (p.14) que “Sería ideal que el proceso fuera instantáneo, mas ello no deja de ser en la práctica una aspiración desacertada y del todo desaconsejable, ya que de meras alegaciones de unos derechos afirmados *prima facie* que no probados por el momento, sería peligroso que pudiera dictarse sin más una sentencia. Así pues, la duración del proceso se convierte en una garantía del mismo, porque acrecienta el valor seguridad en la aplicación del derecho, es decir, para hacer las cosas bien es condición natural y obligada un proceso declarativo. De pasar por alto lo dicho se correría el grave

asidero por cuanto pretende asegurar que el resultado del proceso no sea tardío en tanto ello puede representar que la tutela sea ineficaz, insuficiente o, incluso, absolutamente inútil. Para ello, es necesario que el proceso cuente con mecanismos que le permitan no solo asegurar un pronunciamiento sin dilaciones³³, sino que el mismo sea emitido oportunamente, es decir, que la tutela no solo sea brindada en un plazo determinado, sino más bien se debe procurar asegurar que la tutela sea brindada en la oportunidad necesaria para asegurar la eficacia misma del proceso.

Precisamente uno de los mecanismos para asegurar que la tutela sea brindada oportunamente en un plazo razonable y que con ello se asegure su eficacia frente al tiempo en que el proceso necesita para desarrollarse³⁴, son las medidas cautelares.

peligro de atender con uniformidad las pretensiones fundadas o justas y las infundadas o injustas, en un intento de conseguir la inmediata efectividad de las primeras.”

³³ Estimo importante distinguir, para clarificar conceptos en este trabajo, entre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el derecho a obtener una decisión en un plazo razonable que forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Como muy bien indica la profesora ARIANO (Op. Cit. P. 593): *“Es pues, mayormente, en el proceso de cognición donde el tiempo constituye un factor-garantía imprescindible. Si este es el aspecto positivo del tiempo, el tiempo también puede constituir un factor negativo, pues la propia duración del proceso puede conducir a la ineficacia de su resultado. Ciertamente es que en este caso no hablamos de la duración patológica del proceso, sino de la simple duración fisiológica como fuente potencial de ineficacia del proceso.”* De la acertada conceptualización de la profesora sanmarquina, me permito inferir que tal duración “patológica” del proceso es lo que intenta evitar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, mientras que el tiempo en teoría normal o “fisiológico” que toma un proceso no debe ser un peligro para su eficacia y finalidad de tutela. Al respecto, indica GIMENO SENDRA (*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas* en *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p.142, Citado por ARIANO, Loc. Cit.) *“si bien el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ofrece un marcado carácter instrumental con el derecho a la tutela, por cuanto el exceso de tiempo puede producir una satisfacción platónica a las partes litigantes, tampoco es menos cierto que el derecho fundamental del artículo 24-2 constituye un derecho autónomo y distinto al de tutela.”*

³⁴ *“Mientras el legislador no cree mecanismos adecuados para esta acelerada sociedad, el recurso a las medidas cautelares se convertirá en instrumento para combatir la duración del proceso. Medidas cuya función ya no será únicamente un simple aseguramiento, la conservación de los bienes, sino que deberán dar un paso más si quieren cumplir la finalidad prevista; que las resoluciones judiciales, aunque tardías sean efectivas”* así, CALDERÓN CUADRADO, MARÍA PÍA (1992) *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, P. 32.

Las medidas cautelares son, pues, mecanismos concebidos para conciliar la necesidad de un proceso *debido* que cumpla con las fases necesarias para una decisión óptima, con la necesidad de tutela célere que el interesado pretende para justamente asegurar la eficacia del proceso que ha incoado³⁵.

Aun cuando la concepción clásica de la tutela cautelar no le otorgaba esa finalidad³⁶, como bien afirman los profesores García de Enterría y Ramón Fernández, hoy en día se reconoce “la constitucionalización de las medidas cautelares, esto es, de concienciación progresiva de que sin éstas no hay, ni puede haber una auténtica y efectiva tutela judicial”³⁷, lo que constituye un cambio positivo de paradigma en la concepción de la institución cautelar, en tanto que se deja atrás la concepción del proceso como instrumento del Estado para mantener la paz social, para dar paso a un enfoque y finalidad

³⁵ En palabras de CALAMANDREI en su clásico estudio: “Así, pues la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. Es este uno de aquellos casos (la disciplina de los cuales constituye quizá el más antiguo y el más difícil problema de toda legislación procesal) en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien: a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y mediato desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un periodo, frecuentemente no breve, de espera; pero esta mora indispensable para el cumplimiento del ordinario iter procesal, ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto. Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. Permiten de este modo el proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misión eficaz y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente.” (CALAMANDREI, PIERO (2005) *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ara editores, p. 43 y 44).

³⁶ “Las medidas cautelares se disponen más que en interés de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también, se podría decir, el buen nombre” (CALAMANDREI, PIERO: *Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, citado por ARIANO, Op. Cit. P. 595.) Esta concepción publicística del proceso judicial y sus instituciones que relegaba a un segundo plano las pretensiones del individuo anteponiendo las del Estado, a la luz de la constitucionalización de los derechos, debe considerarse completamente superada.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R. *Curso de Derecho administrativo II*, Civitas, p. 617 citado por ARIANO, Op. Cit. P. 596.

garantista orientado al ciudadano que considera al proceso como un mecanismo de protección legítima de sus intereses y, de esta manera procurar, como indicaba Chiovenda en una de sus célebres máximas allá por 1920, que “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.”³⁸

Precisamente esta máxima chiovendiana llevada al campo de las medidas cautelares por Calamandrei³⁹, fue la que, en buena medida, sirvió como principio clave en una de las actuaciones jurisdiccionales de alcance supranacional que consolidó como derecho a la tutela cautelar: la célebre sentencia del asunto Factortame I (Asunto C-213/89)⁴⁰ la que, además, tuvo

³⁸ Inicialmente sostenido, como asevera ARIANO (Op. cit.p. 598), en su estudio sobre la “*perpetuatio iurisdictionis*” en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Vol II, Ejea, Buenos Aires, p. 3-51.

³⁹ “*Es evidente, bajo este aspecto, la afinidad de las providencias cautelares con las disposiciones, magistralmente estudiadas por CHIOVENDA que tienden a producir como resultado que la sentencia actúe la ley como si ello ocurriese en el momento mismo de la demanda judicial: tienden, en efecto, a conseguir que la actuación de la ley, contenida en la providencia definitiva, pueda operar sobre el mismo estado de hecho sobre el que operaría en el momento de la demanda judicial. El principio es siempre el mismo: ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón’*” (CALAMANDREI, PIERO: Op. cit. p. 44.)

⁴⁰ Al respecto, pueden consultarse las esclarecedoras conclusiones del Abogado General Giuseppe Tesaurò presentadas a los jueces del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en donde se indica: “18. *El remedio general que se acaba de exponer al hecho de no darse al mismo tiempo el reconocimiento y la existencia del derecho no siempre logra conseguir la finalidad principal de tutela jurisdiccional. A veces, en efecto, el reconocimiento puede llegar muy tarde para que el derecho controvertido pueda ser ejercitado plena y eficazmente: lo cual será probable tanto más cuanto más complejo y detallado, y en definitiva garantizado, sea el procedimiento tendente a su reconocimiento. Las consecuencias que podrían echarse en falta serían, junto a la utilidad, la efectividad de la tutela judicial y podría verse conculcado el principio reconocido hace tiempo por la teoría jurídica general, conforme al cual el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. Pues bien, la tutela cautelar tiene exactamente esta finalidad objetiva, actuar de forma que el plazo necesario para el reconocimiento del derecho no prive irreversiblemente de contenido al propio derecho haciendo nula la posibilidad de su ejercicio: dicho en pocas palabras, de conseguir la finalidad fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, que es la efectividad de la tutela jurisdiccional. La tutela cautelar trata, en la medida de lo posible, de evitar que el daño provocado por la inexistencia de simultaneidad entre el reconocimiento del derecho vaya en detrimento de su propia efectividad y función, lo cual ha sido expresamente recalcado por el Tribunal de Justicia cuando ha puesto en relación la tutela cautelar con la plena eficacia de la futura decisión definitiva (...) 21. Resumiendo, la presunción de legalidad de que gozan la ley o el acto administrativo ni puede ni debe significar que se excluya la propia posibilidad de la tutela cautelar, en la medida que, tanto con respecto a la una como al otro, se halla establecido un sistema de control de legalidad.” Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61989CC0213>. Sobre el rol central y técnico de los Abogados Generales que García de Enterría, comentando esta misma sentencia, asimila a los “Comisarios de Gobierno” del contencioso francés, puede consultarse en: GONZALEZ PÉREZ, JESÚS (1954) *Consideraciones sobre el contencioso francés*, Revista de*

un significativo impacto en el derecho europeo, como en España, donde si bien ya habían ilustres administrativistas que fomentaban la aplicación amplia de variedad de medidas cautelares al contencioso administrativo cuando entonces estaban previstas fundamentalmente para el proceso civil⁴¹, es dicha sentencia la que consolida el criterio por el cual es al amparo del artículo 24.1 de la Constitución española que los jueces están facultados para “disponer todo tipo de medidas cautelares en garantía de la efectividad de la tutela”⁴² y, a partir de allí, se produjo un importante desarrollo jurisprudencial en materia cautelar en dicho país⁴³ previo a la nueva Ley 15/1998 la cual configura, a diferencia de la normativa derogada, un alcance más genérico de cautela judicial, sobre el que regresaremos más adelante.

Administración Pública (15), p. 48 Disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/218291954015011.pdf>

⁴¹ PAREJO ALFONSO, LUCIANO (1987) *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo*, Revista de derecho público (29), p. 5-30. Disponible en https://revistadederechopublico.com/wp-content/uploads/2020/10/29-Revista_derecho_publico-N_29_enero_marzo_1987.pdf quien al cuestionar que el sistema español contencioso administrativo de entonces solo previera a la suspensión de los actos administrativos como única medida cautelar, indicaba: “*La actual regulación procesal civil (así como la administrativa) del ámbito de la tutela cautelar se acomoda perfectamente a los requerimientos de esta última en lo contencioso administrativo: las medidas provisionales necesarias, según las circunstancias, a la efectividad de la sentencia. Permite, en efecto, por su flexibilidad una configuración de la tutela concreta adaptada a las características de cada caso.*”

⁴² Así, CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO (1994) *La tutela judicial efectiva*, Bosch p. 287, quien luego reafirma que “*El derecho a la tutela cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a esta, porque ese derecho ha de poder asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar y si es incapaz de ello, no se trata de una verdadera tutela*” y, sobre la sentencia del asunto Factortame precisa acertadamente que “*El referido Tribunal en su resolución no afirma que los jueces que apliquen derecho comunitario estén obligados a adoptar medidas cautelares sino que establece que toda disposición o práctica legislativa, administrativa o judicial nacional que pudiera impedirles tomar esas medidas cautelares a fin de garantizar la plena efectividad de la decisión jurisprudencial, es incompatible con el derecho comunitario.*”

⁴³ Como lo relata García de Enterría al referirse al auto de la Sala 3 del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1990 al que califica como un “*leading case, llamado a ejercer sobre nuestro contencioso una trascendencia de primer orden, hasta llegar a alterar, como veremos su propio sentido general.*” y al que incluso atribuye que “*...esa situación de abuso de la autotutela la que sólo puede combatirse con el sistema expeditivo de medidas cautelares que acaba de inaugurar espectacularmente el Auto de 20 de diciembre de 1990*” en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (2004) *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio fumus bonis iuris (auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general en La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, p.203 y 209.

Consecuentemente, a la vista del avance conceptual, jurisprudencial y legislativo comparado que ha sido apretadamente reseñado en los párrafos anteriores, me parece que no queda margen de duda para considerar que el derecho a la tutela cautelar tiene actualmente la calificación de derecho fundamental, siendo su importancia tal que así debe ser considerado y protegido en cualquier ordenamiento jurídico.

Llegado a este punto en el que no quedan dudas de la importancia y vigencia de la tutela cautelar para la protección del ciudadano, cabe pues preguntarse, ¿El derecho peruano otorga auténticas y concretas garantías de protección al derecho fundamental a la tutela cautelar? Más en concreto aún, ¿La configuración legal de las medidas cautelares en el ámbito del proceso contencioso administrativo, favorece su aplicación judicial garantista de manera que sirva de contrapeso al privilegio de autotutela propio de la Administración Pública? ¿El derecho a la tutela cautelar contencioso administrativa se enfrenta en igualdad de condiciones a la presunción de validez del acto administrativo ante el análisis judicial?⁴⁴

Seguidamente veamos la configuración legal actual de la tutela cautelar contencioso administrativo en el país y, a partir de allí, se intentará dar

⁴⁴ *“Lejos de contradecir el principio de legalidad de la ley o del acto administrativo, que se concreta en una presunción que, no obstante, admite prueba en contrario mediante el reconocimiento definitivo, la tutela cautelar elimina, efectivamente, el riesgo de que tal presunción produzca el efecto inicuo — que, con toda seguridad, no es deseado por ningún ordenamiento jurídico— de hacer ilusoria la función del control jurisdiccional y, de forma especial, del control de la legalidad de la ley. Otro punto de vista equivaldría a negar básicamente la posibilidad de la tutela cautelar, no sólo con respecto a la ley, sino con carácter absoluto, dado que cualquier acto procedente de una autoridad pública, ya sea normativo en sentido estricto o de carácter individual, goza de la presunción de legalidad hasta que finalice el control jurisdiccional acerca de su conformidad a Derecho.”* (Conclusiones de Giuseppe Tesaro, párrafo 21, cit.)

respuesta a estas cuestiones y se analizará si la misma favorece o no a la protección del derecho fundamental en cuestión.

2.2 Breve referencia al origen histórico de la regulación en materia cautelar contencioso administrativo en el Perú y en la vigente Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso administrativo. –

La positivización de la jurisdicción contenciosa administrativa en el Perú no es algo reciente pues un antecedente normativo de más de hace ciento cincuenta años puede encontrarse en el artículo 130 de la Constitución de 1867 que, dentro del Título XVII “Del Poder Judicial”, establecía que *“La ley determinará la organización de los Tribunales contenciosos-administrativos, y lo relativo al nombramiento de sus miembros”*. Si bien de este antecedente se aprecia que desde entonces se preveía desde la misma Constitución que correspondía al Poder Judicial el control de los actos de la Administración, finalmente ello no se concretó pues, a pesar de esta disposición constitucional, no se emitió ninguna ley que desarrolle la organización de aquellos Tribunales ni ninguna otra disposición.

Posteriormente, el 15 de diciembre de 1911, mediante Ley N° 1510⁴⁵ se aprobaron, con vigencia desde el 28 de julio de 1912, los proyectos de Ley Orgánica del Poder Judicial y de Ley del Notariado y el proyecto del Código de Procedimientos Civiles. Dicha Ley Orgánica, señalaba en su artículo 94: *«Corresponde a los jueces de primera instancia de Lima, conocer, en primera*

⁴⁵ <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/1510-dec-15-1911.pdf>

instancia, de los despojos que infiera el Gobierno, y de las demandas que contra él se interpongan sobre derechos que hubiese violado o desconocido ejerciendo funciones administrativas». Sin embargo, nuevamente, el enunciado normativo fue escueto y careció de normativa que desarrolle aspectos más específicos, lo que por cierto no pasó desapercibido por la doctrina procesal de aquel entonces⁴⁶.

⁴⁶ En las páginas iniciales de la “*Ley Orgánica del Poder Judicial, Código de Procedimientos Civiles, Ley del Notariado y Tabla de Términos de Distancias anotados*” de EGUIGUREN, FRANCISCO J. (1914), Imprenta y Fábrica de Fotograbados Sanmarti y Cía., P. 9. hay una página bajo el título “Contencioso administrativo” que contiene un cuestionamiento a la configuración del contencioso administrativo de entonces con el siguiente texto: “*muy interesante la carta que se dirige y que publicamos al pie de estas líneas; pero de su lectura se desprende que las limitadas disposiciones que rigen entre nosotros sobre actuación de los tribunales en lo contencioso administrativo no bastan para garantizar el derecho de los asociados contra los comunes avances del poder y que los jueces tienen, tratándose de este género de conflictos, una jurisdicción restringida é insuficiente para producirse en los múltiples casos de conflictos entre el particular y el estado. Por lo mismo, reconociendo la utilidad de la labor de la comisión reformadora de nuestros códigos procesales, creemos que es preciso dotar al país de una legislación amplia y completa en tan importante materia, a fin de que no queden lesionados los derechos del individuo en sus controversias con el poder público, por falta de Tribunal que juzgue y de ley que deba aplicarse.*” lo que fue respondido por uno de los miembros del Comité de Reforma Procesal (que no se identifica) en la misma página: “*(...) El interesante editorial que trae la edición de la mañana de hoy de ‘El Comercio’ me obliga a hacer algunas rectificaciones. El derogado reglamento de tribunales daba a la corte suprema la atribución de conocer los pleitos que se suscitasen sobre contratos celebrados por el supremo gobierno o por sus agentes y de los despojos hechos por el supremo poder ejecutivo para solo el efecto de la restitución (Art. 18 inciso 4 y 5) (...) La Corte Suprema ha tenido ocasión de amparar los derechos violados o desconocidos por el gobierno de las personas que han ocurrido ante ella. Y no ha procedido con criterio restrictivo (...) En verdad que tratándose de las relaciones de gobierno con los particulares sobre derechos privados, no había razón para que se estableciera una jurisdicción especial, existiendo la ordinaria que se ejerce, precisamente, sobre este género de controversias*” Disponible en https://www.academia.edu/37815602/C%C3%B3digo_de_Procedimientos_Civiles_del_Per%C3%BA_1912_vers%C3%B3n_original. A pesar de ello, la falta de claridad suficiente para resolver controversias que pudieran suscitarse entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial también fue objeto de preocupación por el siempre claro JULIÁN GUILLERMO ROMERO quien señalaba “*Si el Poder Ejecutivo contra los mandatos judiciales defendiera el proceder de sus agentes; si creyera que ese proceder estaba dentro de sus facultades propias y se resistiera a cumplir el mandato de los tribunales porque juzgaba que ellos habían actuado en una esfera de acción que no les correspondía, el conflicto sería inevitable y por desgracia de tardía y quizás de solución ineficaz, porque en tal caso, según lo hemos recordado, habría que esperar la reunión de Congreso para la Cámara de Senadores lo dejada solucionado. Para remediar el mal no bastaría lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial según la que corresponde a los jueces de primera instancia de Lima conocer los despojos que infiera el Gobierno y de las demandas que contra él se interponga, sobre los derechos que hubiese violado o desconocido ejerciendo funciones administrativas, porque este precepto de la ley solo pueda resultar eficaz cuando el Poder Ejecutivo acate los mandatos judiciales, enmiendo el rumbo extraviado de sus procedimientos y convenga en lo resuelto; pero no cuando creyendo estar dentro de sus atribuciones propias, niegue a ese Poder Judicial la facultad de intervenir en el asunto.*” (ROMERO, JULIÁN GUILLERMO (1914) *Estudios de Legislación Procesal*, Tomo I, Tipografía El Lucero, p. 101.) de lo que parece, no había consenso en el tratamiento a este tipo de control judicial al Ejecutivo.

Luego, la denominada Comisión Villarán elaboró un anteproyecto de Constitución Política incluyendo cuatro artículos sobre el “recurso contencioso administrativo”, el primero sobre la competencia de a quien le correspondía avocarse a ellos, el segundo contra qué actos procedía, el tercero nuevamente sobre la competencia para resolver tales recursos y el cuarto la remisión a una ley orgánica para “determinar la tramitación” de dichos recursos. No obstante, este proyecto no fue considerado por la Asamblea Constituyente de 1931 para la Constitución de 1933 y no llegó a convertirse en norma.

Años después, en 1963, mediante Decreto Ley N° 14605⁴⁷ se aprobó una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial que en sus artículos 11 y 12 señalaban la posibilidad de impugnar judicialmente resoluciones administrativas siempre que se hayan agotado los recursos previstos y contra “todos los actos de la administración pública, departamental y municipal, que constituya despojo, desconocimiento y violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes”.

En 1969, mediante Decreto Ley N° 18060⁴⁸ se aprobó la reorganización del Poder Judicial y, con ello, se dispuso que la Corte Suprema se componga entre otras con una Sala (la tercera) que se ocupará de los asuntos contencioso administrativos, laborales y de Derecho Público en general lo que fue luego modificado por Decreto Ley 18202 que modificó nuevamente la estructura de la Corte aprobando la conformación de una Sala Penal y dos

⁴⁷ <https://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/14605-jul-25-1963.pdf>

⁴⁸ <https://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/18060-dec-23-1969.pdf>

Salas Civiles, siendo la segunda de ellas la que tenía competencia en materia contencioso administrativa.

Luego, ya en 1979, la Constitución de aquel año previó en su artículo 240 que la “acción contencioso-administrativa” se interpone cuando cualquier acto o resolución que cause estado, siendo la ley la que regule su ejercicio la que sin embargo no se aprobó, a lo que siguió la promulgación del Decreto Legislativo N° 612 que aprobó otra Ley Orgánica del Poder Judicial que, entre otras, nuevamente dispuso la división en cinco Salas siendo la quinta precisamente la contenciosa administrativa. Esta norma fue luego dejada sin efecto en el año 1992 por el Decreto Legislativo N° 767, nueva Ley orgánica del Poder Judicial cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

En el año 1992, mediante Decreto Legislativo N° 768⁴⁹ se aprobó el nuevo Código Procesal Civil⁵⁰ en cuyos artículos 540 al 545 bajo el Subcapítulo 6 que se denominó “Impugnación de acto o resolución administrativa” contemplándolo como un proceso abreviado, precisando el artículo 540 que “la demanda contencioso-administrativa se interpone contra acto o resolución de la administración a fin de que se declare su invalidez o ineficacia”. Además, esta norma reguló la competencia, los requisitos de admisibilidad, la representación procesal, la acumulación y las medidas cautelares.

⁴⁹ <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00768.pdf>

⁵⁰ Su Texto Único Ordenado aprobado mediante Resolución Ministerial N° 010-93-JUS fue publicado el 22 de abril de 1993.

Luego, en el año 1993, la Constitución estableció en su artículo 148 que “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.”

La breve referencia histórica del proceso contencioso administrativo en el Perú reseñada en los párrafos que preceden, lejos de pretender ser solo un recuento enumerativo, tiene como finalidad demostrar que la normativa contencioso-administrativa no solo fue meramente enunciativa, es decir, que careció de normativa de desarrollo suficiente que respondiera a la necesidad de tutela en ese ámbito, sino que, por otro lado, carecía de independencia normativa pues estaba incorporada dentro de otros cuerpos normativos de diversas materias, algunas incluso no necesariamente procesales, sino meramente organizacionales o de ordenamiento, como es el caso de las leyes orgánicas.

Pues bien, en ese escenario y tras ocho años en que la Carta de 1993 la había previsto como parte del ordenamiento jurídico nacional, mediante Ley N° 27584 publicada en el Diario Oficial el 7 de diciembre de 2001, se aprobó la Ley del Proceso Contencioso Administrativo que representa, a toda cuenta, la primera norma que regula de manera independiente y orgánica el proceso contencioso administrativo en el Perú.

Ahora bien, como se ha podido observar en el numeral 1.5 del Capítulo I del presente trabajo, el proceso contencioso administrativo peruano no es en lo absoluto ajeno a la demora judicial por lo que, con la idea (al menos teórica)

de equilibrar la duración del proceso y la necesidad de tutela de los ciudadanos, la Ley N° 27584 incorporó la configuración de las medidas cautelares en su Capítulo VI, teniendo en cuenta además que la propia Ley establece en su artículo 23 que la interposición de la demanda no suspende, con lo que se reafirma que el sistema legal nacional opta porque los actos administrativos sean de eficacia inmediata.

De una rápida lectura a dicho Capítulo se observa que la configuración ha previsto, aparte del carácter rector de la normativa procesal civil, principalmente, el ámbito temporal de su concesión, esto es, si pueden o no ser concedidas antes del proceso o dentro de éste, los requisitos para su otorgamiento y la especial procedencia de las medidas de innovar y no innovar.

Sin embargo, como afirma Priori, no es suficiente garantizar el ejercicio del derecho de acción, es decir de acceso a los órganos jurisdiccionales, ni tampoco es suficiente otorgar a las partes las garantías mínimas que deben ser respetadas al interior de un proceso, sino que es indispensable que la tutela jurisdiccional -de los derechos e intereses- sea efectiva.⁵¹

Y para poder verificar que la tutela jurisdiccional contencioso administrativa y la regulación de las medidas cautelares que ha previsto el ordenamiento nacional son compatibles con la protección del derecho fundamental a la

⁵¹ PRIORI POSADA, GIOVANNI (2009) *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Ara Editores. P. 243.

tutela cautelar, es pertinente analizar cada uno de los aspectos contenidos en la norma vigente.

Oportunidad. – La Ley señala en su artículo 35 que la medida cautelar podrá ser dictada antes del inicio del proceso o dentro de este, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión final. Se establece por tanto la posibilidad de solicitar una medida cautelar antes del proceso o dentro de este lo que concuerda con las disposiciones del ordenamiento procesal civil que también otorgan esta posibilidad a condición de que las solicitudes cautelares sean planteadas ante el mismo juez y que se exprese claramente la pretensión a demandar. Asimismo, establece que para tal fin “se seguirán” las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones de la Ley.

Requisitos. – En el artículo 36, la Ley indica, en primer lugar, que “la medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier forma que se considere adecuada” lo que da a entender que no solo el administrado determinará la medida cautelar concedida, sino que podría ser también cualquier otra que el órgano jurisdiccional considere adecuada. Para ello, la norma señala que los requisitos son los siguientes:

1. La verosimilitud del derecho, para lo cual, indica la norma vigente desde el 2008⁵², se deberá “ponderar la proporcionalidad entre la eventual

⁵² Téngase en cuenta que la redacción primigenia del inciso 1 del artículo 36 de la Ley señalaba que la medida cautelar será dictada, siempre que: “*De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar.*”. Sobre esta disposición, PRIORI señalaba “*La realidad judicial, sin embargo, nos ofrecía día a día resoluciones mediante las cuales se deja de brindar protección cautelar con base en el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, lo que nos anunciaba que en materia de lo contencioso-administrativo aún nos*

afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.”

Esta disposición, nueva en el ordenamiento contencioso-administrativo nacional, impone entonces al juzgador dentro de la verosimilitud del derecho a realizar un ejercicio de ponderación, pero que a mi entender no guarda relación alguna con la determinación de qué tipo de medida cautelar resulta proporcional o adecuada otorgar, sino que el análisis judicial debe realizarse entre el interés público que se supone subyace del acto administrativo cuestionado frente al interés privado del administrado que solicita la tutela cautelar. En términos generales, tal verosimilitud es una evaluación de probabilidades⁵³, pero sobre la ponderación en específico para el derecho administrativo al que entiendo se refiere esta disposición de la Ley, retornaremos más adelante.

encontramos librando una gran lucha: la batalla por las medidas cautelares”, añadiendo que “No puede pretenderse pensar que para obtener la protección jurisdiccional que la Constitución le garantiza, el particular deba partir de una situación desfavorable y que al mismo tiempo se le exija a él mismo revertir. Exigir que para obtener una medida cautelar deba destruir un principio legalmente establecido, no es otra cosa que la imposición al particular de una barrera inconstitucional a la posibilidad de obtener una tutela jurisdiccional efectiva.” y que “Precisamente, el controlador del acto no puede asumir que el acto que controla es válido, pues ello no solo supondría alterar gravemente todo el sistema de carga de la prueba en el proceso contencioso administrativo, sino que afectaría el derecho fundamental a la tutela cautelar.” (PRIORI POSADA, GIOVANNI (2009): Op. Cit., p. 246, 249 y 250). Cabe preguntarse, sin embargo, si a pesar de la modificación legislativa del 2008, los órganos jurisdiccionales han dejado de lado la aplicación de la presunción de validez para rechazar solicitudes cautelares y, además, si luego de la modificación legislativa, tanto los jueces y la doctrina nacional se han ocupado de estudiar o aplicar a la ponderación como elemento de evaluación en la concesión de medidas cautelares en el ámbito contencioso administrativo.

⁵³ Coincido con el profesor Priori (Op. Cit. P. 245) que al evaluar la verosimilitud señala que “no puede ser un juicio de certeza como aquel que se hace en el proceso principal y que resulta necesario para el dictado de una sentencia, sino que debe ser un análisis basado en la probabilidad de que se obtenga una sentencia que ampare la pretensión planteada. Así, al juicio de certeza propio del proceso principal, se le opone el juicio de probabilidad propio del proceso cautelar.”.

2. El peligro en la demora también debe ser exigido, según indica la ley, para que se considere necesaria la medida cautelar. Este requisito, clásico en el derecho procesal, guarda estrecha relación con la necesidad misma de solicitar tutela judicial antes de la emisión de una decisión final con el propósito asegurar que la eficacia de dicha decisión no sea afectada o eliminada por el tiempo necesario que tomará el proceso hasta un pronunciamiento definitivo y que ello genere un perjuicio, no necesariamente irreparable, para el accionante⁵⁴.

3. La adecuación, en virtud del cual también es requisito que se evalúe que la medida resulte adecuada para garantizar *la eficacia de la pretensión*. Esta finalidad enunciada por la ley reviste sustancial importancia pues, como también indica la primera parte del mismo artículo, será el juez quien finalmente determine qué medida cautelar resulta pertinente adoptar aún cuando la parte solicitante tenga una pretensión cautelar distinta. Ello implica dejar en manos del juez la evaluación sobre la pertinencia, proporcionalidad y tipo de la medida cautelar que se disponga y, podría darse el caso, que el juez otorgue una medida que no resulte satisfactoria para la pretensión del solicitante, siendo pues una disposición que, pese a su segura buena intención, puede terminar perjudicando la eficacia de la tutela cautelar y además emplear horas-

⁵⁴ Señalaba CALAMANDREI que: “*El periculum in mora constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario.*” (CALAMANDREI, PIERO: Op. Cit. P. 42)

hombre de la administración de justicia en evaluar qué medida es la adecuada lo que finalmente redundará en la carga procesal.

Medidas de innovar y de no innovar. -

El artículo 37 que reza que son “especialmente procedentes” estas medidas cautelares, sí tiene singularidad respecto al régimen procesal civil donde por el contrario para su concesión se requiere la inminencia de un perjuicio irreparable, lo que las convierte en medidas con mayores exigencias para su concesión. No obstante, al referir que son especialmente procedentes, no excluye la concesión de otro tipo de medidas siempre que estén destinadas a asegurar la eficacia de la decisión final en el contencioso administrativo.

2.3 Exposición de motivos y la tutela cautelar en la ley vigente.-

La Comisión que tuvo como encargo la elaboración de un proyecto de ley que regule el proceso contencioso administrativo y que fue conformada mediante Resolución Ministerial N° 174-2000-JUS por los doctores Javier Luna, Nelly Calderón, Elizabeth Maisch, Milagros Maraví, Richard Martin, Juan Carlos Morón, Juan Francisco Rojas, Ricardo Salazar, Orestes Zegarra, Diego Zegarra y Giovanni Priori elaboró una Exposición de Motivos que fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 5 de julio de 2001.

En la parte referida a las medidas cautelares, es de resaltar cuando se manifiesta que “el proceso adquiere sentido sólo en la medida que se dé una

real y efectiva solución al conflicto de intereses. Para ello, se debe recordar que una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es procurar la efectividad de las resoluciones judiciales, lo que en más de una oportunidad ha sido proclamado por el Tribunal Constitucional del Perú. Ante ello, se hace necesario diseñar una serie de instrumentos que garanticen la real vigencia y efectividad de la tutela jurisdiccional, pues sólo de esa forma se resolverán realmente los conflictos de intereses, razón por la cual se regula en un capítulo las medidas cautelares.”

Se observa pues que, desde la mirada de nada menos de quienes elaboraron el proyecto que luego se convirtió en la Ley, el motivo por el que se contemplan las medidas cautelares en el ámbito contencioso-administrativo es el de *“diseñar instrumentos que garanticen la real vigencia y efectividad de la tutela jurisdiccional”*. Este enunciado que representa una verdadera declaración de intenciones, considero sirve para reafirmar nuevamente que las medidas cautelares revisten especial importancia para proteger al ciudadano de los actos de la administración.

2.4 Propuestas de modificación a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo.-

Aparte de los cambios normativos incorporados al rubro de medidas cautelares desde la vigencia de la Ley, se han elaborado algunas propuestas normativas para modificar parte de las disposiciones sobre dicha materia, tal y como se observará seguidamente:

2.4.1 Anteproyecto de Ley que modifica la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso-administrativo, cuya prepublicación se dispuso por Resolución Ministerial N° 0256-2013-JUS. –

Mediante Resolución Ministerial N° 0169-2012-JUS y modificatorias se constituyó el grupo de trabajo para la elaboración del Anteproyecto de Ley que propone la modificación de la Ley N° 27584. Dicho Grupo estuvo conformado por los doctores Jorge Manuel Pando Vílchez, Eda Adriana Rivas Franchini, Hugo Ramiro Gómez Apac, Diógenes Antonio Del Castillo Loli, Tommy Ricker Deza Sandoval, Tania Zúñiga Fernández, José Álvaro Quiroga León, Christian Guzmán Napurí, Félix Roberto Jiménez Murillo, Patricia Lazarte Villanueva, Eloy Andrés Espinosa-Saldaña Barrera, Diego Hernando Zegarra Valdivia, Giovanni Francesco Priori Posada, José Antonio Tirado Barrera y Ramón Alberto Huapaya Tapia.

En cuanto a las medidas cautelares, se planteó únicamente la modificación a los artículos 38 y 39 del TUO de la Ley, como se detalla a continuación según el cuadro de modificaciones que se encuentra disponible⁵⁵:

Artículo 38. Oportunidad.

La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley.

Artículo 38. Oportunidad.

La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

Para tal efecto, se seguirán las **especificaciones establecidas en esta Ley, aplicándose supletoriamente lo previsto en el** Código Procesal Civil.

⁵⁵ <https://www.minjus.gob.pe/modificacion-ley-27584/>

Según se indica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, la intención de esta modificación es permitir la aplicación supletoria del Código Procesal Civil a fin de que se pueda solicitar cualquier tipo de medida cautelar y, “solo en caso de ausencia de regulación específica” (en el ámbito contencioso-administrativo se entiende), será aplicable la normativa procesal civil.

Asimismo, también se planteó la modificación del artículo 39 del TUO en lo relativo a la contracautela, a fin de no considerarla como requisito de admisibilidad sino para su ejecución y, en línea con la modificación del artículo 38, se reiteró la supletoriedad del Código Procesal Civil.

<p>Artículo 39. Requisitos.</p> <p>La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:</p> <p>1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.</p>	<p>Artículo 39. Requisitos.</p> <p>La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:</p> <p>1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.</p>
<p>2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o</p>	<p>2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la</p>
<p>por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.</p> <p>3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.</p> <p>Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar.</p> <p>Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria.</p> <p>Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela.</p>	<p>demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.</p> <p>3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.</p> <p>La contracautela no es un requisito de admisibilidad de una medida cautelar, sino para su ejecución. Para la ejecución de la medida cautelar, a propuesta del demandante, el juez fijará la contracautela en atención a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar.</p> <p>Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria.</p> <p>Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada, supletoriamente se aplican las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela.”</p>

2.4.2 Anteproyecto de Ley que modifica la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso-administrativo, cuya prepublicación se dispuso por Resolución Ministerial N° 0104-2017-JUS. –

Posteriormente, a través de la Resolución Ministerial N° 0104-2017-JUS se creó el Grupo de Trabajo encargado de elaborar un informe técnico que contenga la revisión y propuestas de mejora respecto del Anteproyecto de Ley que propone la modificación de la Ley N° 27584 creado por Resolución Ministerial N° 0169-2012-JUS. Tal Grupo estuvo conformado por los doctores Jorge Elías Danós Ordoñez, Elizabeth Roxana Mac Rae Thays, Patricia Lazarte Villanueva, David Percy Quispe Salsavilca, Eugenia Silvia María Ariano Deho, Juan Carlos Morón Urbina, Giovanni Francesco Priori Posada, Ricardo Julio Salazar Chávez, Ramón Alberto Huapaya Tapia y Guillermo Steve Valdivieso Payva.

A diferencia de lo trabajado por el Grupo de Trabajo anterior, en esta oportunidad se planteó una modificación prácticamente total al rubro de medidas cautelares. Tales modificaciones propuestas que en su versión final se encuentran disponibles públicamente⁵⁶, principalmente se refieren a lo siguiente:

⁵⁶ Pueden encontrarse en este enlace

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/194424/03_Anteproyecto_Ley_que_regula_el_Proceso_Contencioso_Administrativo.pdf

- Suprimir la regla por la cual se establecía “seguir las normas del Código Procesal Civil” para la concesión de las medidas cautelares. Se incluyen en la propuesta, en línea con ello, reglas procesales especiales para su concesión.
- Se incluye la atipicidad de las medidas cautelares, a fin de que se pueda otorgar “cuanta medida cautelar negativa o positiva sea necesaria”, consignando ocho ejemplos de dichas medidas.
- Se contempla que las medidas cautelares solo se otorgan a pedido de parte y estas no pueden ser más gravosas que las solicitadas, que puedan producir efectos irreversibles y cuyo contenido otorgue lo que no se puede obtener con la decisión de fondo.
- Se varía el esquema de requisitos para su concesión, contemplándose lo siguiente:

“Artículo 36-A Concesión. Caucción

36-A.1 Para conceder tutela cautelar debe apreciarse:

- 1. Si la pretensión principal no aparece desprovista de fundamento;*
- 2. Si la duración del proceso principal podría convertir en ineficaz una eventual sentencia estimatoria de la pretensión demandada o por demandarse, ocasionándosele al demandante, de no otorgarse, un perjuicio de difícil reparación.*

36-A.2 A los efectos de la concesión y la determinación del contenido de la cautela deben ponderarse los perjuicios que sufriría

el demandante de no ser otorgada con la lesión al interés general que podría producir su otorgamiento. (...)”

Se aprecia que, si bien no se enuncia expresamente alguno de los dos clásicos requisitos para la concesión de medidas cautelares que son la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, a mi entender el numeral 1 del 36-A.1 está vinculado a la verosimilitud y el numeral 2 del mismo artículo, así como el 36-A.2 están relacionados con el concepto del peligro en la demora⁵⁷.

CAPÍTULO III. EN BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN

3.1. La ponderación como método de razonamiento judicial. -

De lo expuesto hasta aquí considero que queda clara la vigencia de la presunción de validez del acto administrativo en el ordenamiento jurídico nacional como manifestación de la autotutela administrativa, de su preeminencia para la judicatura ante las solicitudes de medidas cautelares, de la existencia innegable en sede nacional de una inflación procesal irresuelta y una consecuente lentitud judicial y, además, de un marco normativo sobre medidas cautelares en el ámbito contencioso administrativo que, históricamente, no solo no ha consolidado todavía un desarrollo propio y perfeccionamiento a pesar de haber sido modificado, sino que guarda dependencia a los requisitos de concesión clásicos del régimen procesal civil, mientras que, por otro lado, la jurisprudencia en la materia tiene escasa

⁵⁷ Asimismo, es de notarse que, a diferencia de la norma vigente, el Anteproyecto contempló la ponderación entre “los perjuicios que sufriría el demandante” con la “lesión al interés general”.

difusión como se verá también más adelante o, peor aún, es absolutamente desconocida para la mayoría de operadores jurídicos, lo que menoscaba la posibilidad de un análisis especializado fuera de la judicatura y con ello de posibles desarrollos de mejora normativa o interpretativa.

En este escenario, sin perjuicio de las propuestas de modificación que se han planteado a pedido del Ministerio de Justicia preparadas por reconocidos especialistas y profesores universitarios, es propósito del presente trabajo encontrar una alternativa de solución que permita encontrar un mecanismo para equilibrar el principio de ejecutividad de los actos administrativos (derivado de la presunción de validez y la autotutela administrativa) con la concesión de medidas cautelares en el ámbito contencioso administrativo (derivada del derecho a la tutela judicial efectiva), sin que con ello se pretenda por supuesto dar con una alternativa definitiva sino, por el contrario, abrir la discusión y fomentar la búsqueda de otras posiblemente mejores soluciones.

Es aquí cuando, al revisar la experiencia comparada, advierto que, a los presupuestos clásicos para la concesión de medidas cautelares, es decir, al *fumus bonis iuris* y al *periculum in mora*, la legislación europea, concretamente la española, ha previsto expresamente a la “ponderación de intereses”⁵⁸ a fin de responder, como certeramente señala la profesora De la

⁵⁸ No obstante, como se ha visto al repasar los requisitos que exige la normativa nacional en el Capítulo II, la inclusión de la ponderación no es desconocida para el ámbito cautelar contencioso administrativo de nuestro país; sin embargo, lo relevante es conocer si esa inclusión ha merecido atención y desarrollo por la judicatura o si, por el contrario, no se le ha dado relevancia y simplemente se le ha soslayado.

Sierra, al “*afán atávico por encontrar el equilibrio y, en consecuencia, por obtener una resolución ‘perfecta’ -justa- en el sentido armónico*”⁵⁹.

Sin embargo, la ponderación que, por definición terminológica, equivale a contrapesar o equilibrar, es además una herramienta de decisión y de actuación que, en general, se aplica cotidianamente en diversas actividades evaluando una serie de factores o variables, algunas veces contrapuestos entre sí, antes de decidir o de actuar.

En el plano jurídico, los operadores continuamente realizan análisis de ponderación, como el legislador al regular normativamente determinada situación, las autoridades al emitir decisiones por ejemplo correctivas, de orden público o de ordenación y también, por supuesto, los jueces y magistrados⁶⁰ al emitir sus resoluciones.

A decir de Rodríguez de Santiago⁶¹, en la técnica jurídica de aplicación normativa la ponderación es un método que se emplea en defecto⁶² de la tradicional subsunción que, por su lado, se utiliza cuando una norma y su consecuencia puede ser aplicada a un supuesto de hecho determinado que ya está previsto en ella. Precisamente conceptos o enunciados tales como

⁵⁹ DE LA SIERRA, SUSANA (2009) *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*. Thomson Aranzadi. P. 313.

⁶⁰ En nuestro país, la aplicación jurídica de la ponderación sobre todo en sede constitucional no es desconocida ni novedosa. Cfr., por ejemplo, el voto singular del magistrado Eloy Espinosa en la sentencia recaída en el Exp. N° 01470-2016-PHC/TC (FJ. 17 y siguientes) que se puede consultar en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf>

⁶¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA (2000) *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Marcial Pons. P.11.

⁶² Aunque, también indica Rodríguez de Santiago (Ibid.), “*Subsunción y ponderación serían, según algunas explicaciones doctrinales extremas, categorías enfrentadas que responden a estructuras distintas de las normas que se trata de aplicar en cada caso.*”

los derechos, los principios, los intereses, entre otros, no contienen la estructura del silogismo (premisas y consecuencia) por lo que para poder emitir una decisión en la que tales conceptos se encuentren involucrados o, incluso, enfrentados, se hace necesaria la utilización de otro método, en este caso, la ponderación.

Aun cuando no es un método exento de críticas u observaciones, varias de ellas ciertamente razonables⁶³, considero que la ponderación, método de uso común y en rigor nada nuevo, aunque conceptualizado y traído a la técnica jurídica en tiempos relativamente recientes, sí puede constituir un instrumento de equilibrio útil y complementario que permite contar con un análisis valorativo o axiológico, caso por caso y, por tanto, más cercano al valor justicia, más aún en situaciones que pueden revestir una considerable complejidad.

Evidentemente, si se reconocen observaciones a la ponderación que cuestionan su seguridad o su previsibilidad, lo que estimo corresponde es intentar perfilar o regular su aplicación para procurar mitigar o matizar los riesgos que pudieran avizorarse.

Para ello, considero importante contemplar conceptualmente y, mejor aún, normativamente, los fundamentos básicos de un método que permita al

⁶³ De los que da cuenta Rodríguez de Santiago (Ibid. P. 12) que nos refiere que, para descalificar a la ponderación como método alternativo a la subsunción, se recurre a que no cuenta con la *seguridad* de esta última que cuenta con reglas de interpretación conforme a criterios tradicionales que, sin embargo, no aparecen en la ponderación siendo esta una “*técnica todavía carente, según parece, de soportes racionales y disciplinados.*”. Asimismo, según el mismo autor, se le atribuye *imprevisibilidad* a sus resultados y una supuesta pérdida de seguridad jurídica, entre otros.

juzgador que tendrá la responsabilidad de evaluar la solicitud cautelar un análisis ordenado del caso que tendrá que resolver. Al respecto, siguiendo a Rodríguez de Santiago⁶⁴, pueden esbozarse tres fases sucesivas de la ponderación:

1. Primera fase: Identificación de los bienes, valores e intereses en conflicto.
2. Segunda fase: Atribución de importancia a los bienes, valores e intereses en conflicto.
3. Tercera fase: Decisión de prevalencia de un derecho, principio o interés, frente a otro que se le contraponen, observando el grado de perjuicio⁶⁵ de uno sobre el otro.

En lo que atañe a la tutela judicial cautelar en el ámbito contencioso administrativo, la legislación comparada europea, concretamente la española, ya emplea a la ponderación como método y para ello se circunscribe a los “intereses”⁶⁶, contraponiendo de un lado al interés público que, en teoría, persigue la ejecución de un acto emitido por la administración pública y, del otro, al interés del particular amparado en el derecho a la tutela judicial efectiva de obtener una medida cautelar que asegure la efectividad

⁶⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA. Op. Cit. P. 121 y ss.

⁶⁵ Nótese que Rodríguez de Santiago incide claramente que en la decisión se procederá a la *observación del perjuicio*. Al tratar en el rubro siguiente los presupuestos de evaluación de la solicitud cautelar se dará cuenta del por qué es sumamente importante este detalle.

⁶⁶ “El hecho real de que alguien ‘quiera algo’ opuesto a lo que quiere otro no es motivo suficiente para que haya que llevar a cabo una ponderación en Derecho. Para que esto sea así es necesario que una norma con carácter de principio proteja ese interés, disponiendo que este debe realizarse en la medida de lo posible.” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA. Ob. Cit. P. 57 y ss.)

de la futura sentencia a su favor. De ahí que, en línea con lo señalado en párrafos anteriores, la inclusión de la ponderación responde a la necesidad de aplicar un criterio decisorio a temas que pueden no tener como objetivo una solución única o previsible, sino una decisión orientada a la justicia caso por caso⁶⁷.

Por lo demás, la consideración de la ponderación como elemento consolidador y determinante de la evaluación cautelar, no como requisito independiente, sino dentro del análisis de la verosimilitud y muy especialmente del peligro en la demora, considero aminora su supuesta imprevisibilidad y discrecionalidad por parte del órgano jurisdiccional puesto que no solamente representan criterios, si se quiere, tradicionales, sino que habría que sumar además que su evaluación implica un adecuado esquema de garantías de contrapeso para conservar la (siempre posible) ulterior eficacia del acto administrativo que se cuestiona.

3.2 La ponderación de intereses público y privado y su vínculo con los requisitos procesales para la evaluación de la solicitud cautelar contencioso administrativo. –

⁶⁷ “Podría, quizás, entenderse que la ponderación en un sentido lato remitiría a la jurisprudencia de intereses. Entiendo que cabe reproducir aquí las palabras de LARENZ refiriéndose a la jurisprudencia de intereses: ‘de acuerdo con esto (...) el legislador como persona pasa a segundo plano en relación con las fuerzas sociales, aquí denominadas ‘intereses’ (lo que significa ya una forma de sublimación), los cuales han conseguido entrar en la ley por medio de esas fuerzas” (LARENZ, K. Metodología de la Ciencia del Derecho, citado por DE LA SIERRA, SUSANA: *La ponderación y su contexto. Una reflexión a título introductorio* en ORTEGA, LUIS y DE LA SIERRA, SUSANA (2009) *Ponderación y Derecho Administrativo*. Marcial Pons. P. 111.

Entendiendo que la ponderación es conceptualizada como un método, resulta necesario dilucidar cómo y dónde es que, en la praxis judicial, es evaluada, es decir, determinar si se le considera como un elemento adicional en la evaluación de la solicitud cautelar en el ámbito contencioso administrativo o si, por el contrario, forma parte de alguno de sus clásicos elementos.

Al respecto, existen posiciones que consideran que la ponderación es un elemento que debe regir la evaluación de los criterios clásicos de las medidas cautelares, es decir, debe considerarse cuando el juez examine la verosimilitud del derecho o el peligro en la demora.

Así, mientras parte de la doctrina menciona que el juez evaluaría también una “ponderación de perjuicios” de ambos intereses involucrados⁶⁸ al pronunciarse sobre el peligro en la demora, otros autores consideran a la ponderación asociada a la evaluación en el *fumus bonis iuris*⁶⁹ e incluso aseveran que, en el criterio de adecuación también se definiría la necesidad de la medida y la justificación de la medida.

⁶⁸ Esto resulta para mí particularmente fundamental, porque en el esquema nacional todas las medidas cautelares en el ámbito contencioso administrativo, nuevamente por la aplicación supletoria de la normativa procesal civil, se conceden y deniegan *inaudita pars*, lo que elimina por completo la posibilidad que el juez pueda conocer de ambas partes el sustento de los intereses en disputa. Volveremos a ello más adelante.

⁶⁹ Sobre el tema, indica BACIGALUPO “Como se dijo, eso se explica porque del mismo modo que no se puede admitir la existencia de un interés público preponderante en que se mantenga la ejecutividad inmediata de un acto administrativo aparentemente contrario a Derecho, tampoco puede admitirse la existencia de un interés preponderante del recurrente en que se ordene el efecto suspensivo de su recurso cuando éste ya a primera vista carezca de fundamento, esto es, tenga toda la apariencia de no poder prosperar.” Así, en BACIGALUPO, MARIANO (1999) *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo*, Marcial Pons, P. 153.

3.2.1 El peligro en la demora y su rol protagónico en la solicitud cautelar contencioso administrativa. –

En mi opinión, teniendo como premisa la importancia de la vigencia de la presunción de validez del acto administrativo y su consecuente ejecutividad, la acreditación de un peligro grave, de un perjuicio o daño difícilmente reparable o, incluso, de una absoluta irreparabilidad en la no concesión de la medida cautelar, realizar la correspondiente ponderación entre los posibles perjuicios al interés público o al interés privado causados por la concesión o por el rechazo de la solicitud cautelar, considero es la clave fundamental para orientar la decisión jurisdiccional.

En efecto, asumiendo que la tutela del interés público está implícita en el acto administrativo que se cuestionará desde el inicio del proceso contencioso administrativo y que, por tanto, se enfrenta al interés del particular que en contraparte tiene cierta desventaja, es en sede jurisdiccional que es necesario acreditar que alguno de ellos prevalece, ya sea para ejecutar el acto administrativo emitido y conservar su ejecutividad en cautela del interés público, o si por criterios de urgencia, lo que corresponde es atender al interés privado y suspender la ejecución del acto o disponer alguna otra medida precautoria adecuada para el caso.

Es aquí donde es absolutamente pertinente, para hacer ganar racionalidad al método de la ponderación, la aplicación de la denominada “ley de ponderación” identificada por Alexy en virtud de la cual “cuanto mayor es el grado de afectación -en el sentido de perjuicio o de falta de satisfacción- del principio desplazado, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del principio precedente.”⁷⁰, lo que llevado a nuestro tema con mayor precisión puede ser desarrollado como que “a mayor afectación del administrado con el acto administrativo, mayor también debería ser la importancia del interés público o de evitar el perjuicio al mismo que persigue el acto” y viceversa, “si la importancia del interés público o de evitar el perjuicio que persigue el acto no son lo suficientemente potentes, el administrado debería recibir menos afectación por parte del acto administrativo” que impugne⁷¹.

De esta manera, de manera racional y palpable, se ponen frente a frente el posible perjuicio del administrado en soportar la ejecución del acto administrativo, frente al perjuicio de la Administración en que su acto ejecutable (que en teoría tutela el interés público) pueda ser temporalmente suspendido en sus efectos.

Sin embargo, no resulta posible realizar ejercicio de ponderación alguno si es que el órgano jurisdiccional no tiene la oportunidad de

⁷⁰ ARROYO JIMÉNEZ, LUIS (2009) *Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo* en ORTEGA, LUIS y DE LA SIERRA, SUSANA (2009) *Op. Cit.* (p. 29).

⁷¹ En similares términos, comentando lo resuelto por el Tribunal Supremo español y los tribunales alemanes DE LA SIERRA, SUSANA (2009) *Op. Cit.* Pie de página 239. P. 101

escuchar las alegaciones de ambas partes, no siendo suficiente que el juzgador realice una evaluación plena solo escuchando a una de las partes, tal y como el esquema del procedimiento cautelar nacional está diseñado con la concesión de medidas cautelares *inaudita pars*, tan propio de los procesos civiles cuyo objeto y naturaleza no obstante son muy distintos⁷². En esa línea, el artículo 637 del concordado con el artículo 37 del TUO de la LPCA, dispone que la solicitud cautelar “es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud”, pero ello no asegura un contradictorio en el que el juzgador pueda corroborar que, en efecto, el acto administrativo cuestionado merece conservar su eficacia por motivos de interés público o, por el contrario, que los fundamentos no son lo suficientemente sólidos para conservar su ejecutividad⁷³.

La práctica de resolver las solicitudes cautelares sin audiencia a la contraparte no solo ha sido solventemente cuestionada por la doctrina

⁷² Las características del proceso contencioso administrativo no pueden necesariamente asimilarse al proceso civil, pues mientras en el primero se cuestiona actos administrativos investidos con características y prerrogativas especiales y que formalmente han tenido un procedimiento de emisión, en el proceso civil los actos privados objeto de cuestionamiento en un proceso civil (salvo los títulos ejecutivos) no cuentan con naturaleza ejecutiva propia o con algún privilegio legal. De ahí que la aplicación supletoria de la normativa procesal civil no necesariamente resulta conveniente en el contencioso administrativo pues puede generar confusiones o distorsiones resultando necesario el desarrollo propio de la normativa, jurisprudencia y doctrinario del contencioso administrativo, sin desconocer por supuesto el avance y desarrollo de la materia procesal civil.

⁷³ Se podría contrargumentar que si la tendencia indica que el juzgador tiene cierto prejuicio a favor de la Administración, qué utilidad práctica tendría conocer los argumentos del Estado, pero creo que el juez no puede sustituirse a ser un “defensor” o “guardián” del acto administrativo pues, si bien legalmente la presunción de legalidad rige, en realidad al juzgador le corresponde un rol imparcial por el que tiene el deber de corroborar si tal presunción, *iuris tantum*, así como el interés público en la eficacia del acto son jurídicamente sostenibles y fundamentadas, tanto mejor si es la propia Administración quien lo defiende frente a los argumentos y peligro en la demora que exponga la contraparte. Y es que, como bien señala el profesor Danós: “La presunción de legalidad de los actos administrativos no significa que se deba dispensar a la administración de la obligación de probar sus aseveraciones”. DANÓS ORDOÑEZ, JORGE (1995) *Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública*. *Ius et Veritas* (10). P. 154.

procesal civil de nuestro país, sino que este esquema cautelar tampoco ha demostrado su utilidad para la celeridad judicial ni mucho menos para que el ciudadano obtenga tutela verdaderamente efectiva⁷⁴.

Por su parte, si como he indicado anteriormente en este trabajo, la razón que explica la existencia de las medidas cautelares es contrapesar el tiempo que demanda el proceso para poder emitir un pronunciamiento final y evitar la concurrencia de un perjuicio, el peligro en la demora es el criterio rector que define el destino mismo de la solicitud cautelar y, para ello, es fundamental conocer cuál de los dos intereses prevalece porque hay que ponderar cuál de ellos está expuesto a un perjuicio difícilmente reparable o a un perjuicio incluso irreparable lesivo al interés público o al interés privado, por lo que, a fin de cuentas, lo que corresponde evaluar en el peligro en la demora, es una ponderación de perjuicios.

En la legislación alemana, por ejemplo, esta ponderación de perjuicios se vincula al peligro en la demora y se recurre, como da cuenta De la Sierra⁷⁵, a la fórmula “*cuanto más-entonces*” en virtud de la cual “la pretensión de tutela cautelar es mayor cuanto más graves sean los

⁷⁴ Sin duda las cuestiones tratadas en este trabajo no agotan la discusión y no son las únicas que requieren una revisión en el esquema vigente del contencioso administrativo nacional. Por ejemplo, a la escasa y casi inexistente difusión de las resoluciones judiciales que resuelven medidas cautelares en este ámbito, tampoco existen criterios al máximo nivel jurisprudencial y ello porque, aunque haya pronunciamientos de la Corte Suprema actuando como segunda instancia para los supuestos que indica la ley, la posibilidad de pronunciamientos casatorios orientados a unificar criterios en materia de medidas cautelares, simplemente no existe en nuestro país.

⁷⁵ DE LA SIERRA, SUSANA (2009) *Tutela cautelar...* pie de página 239. P. 101.

daños para el demandante y cuanto de forma más evidente la ejecución del acto administrativo pueda conducir el acaecimiento de daños más graves e irreparables. Si las consecuencias son graves e irreparables, solo un importantísimo interés público puede justificar la ejecución inmediata.”

3.2.2.1 El periculum ex post: el caso de la revisión judicial de legalidad. –

En nuestro país, no en todos los casos se realiza la evaluación previa del peligro en la demora para la suspensión judicial de un acto administrativo en el ámbito contencioso administrativo, pues la denominada “demanda de revisión judicial de legalidad” prevista en el vigente numeral 23.3 del artículo 23 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, Decreto Supremo N° 018-2008-JUS establece que *“la sola presentación de la demanda de revisión judicial suspenderá automáticamente la tramitación del procedimiento de ejecución coactiva...”* Tal procedimiento que, como se sabe, se inicia precisamente en ejecución de lo resuelto mediante un acto administrativo, queda automáticamente suspendido con la sola presentación de la demanda⁷⁶.

⁷⁶ La suspensión (en teoría) automática de la ejecución coactiva y con ello de los efectos del acto administrativo evoca el artículo 80 del *Verwaltungsgerichtsordnung* o VwGO alemán en virtud de la cual la interposición de un recurso administrativo o de una demanda contencioso administrativa automáticamente suspende la ejecución del acto aunque, como da cuenta DE LA SIERRA, ello ha venido siendo relativizado mediante legislación especial atribuyéndole al juez la posibilidad de ordenar la ejecutividad del acto en determinadas circunstancias. (DE LA SIERRA, SUSANA Op. Cit. P. 174.)

La Ley N° 27584 inicialmente no consideró a la revisión judicial como un contencioso administrativo sino hasta el año 2021 en el que mediante Decreto Legislativo N° 1067 se le incluyó dentro de las pretensiones que se tramitan mediante el denominado “proceso urgente” siendo actualmente el numeral 4 del TUO de la Ley el que lo incluye como tal.

Sin embargo, la norma a la vez señala una serie de particularidades:

1. Que el único supuesto en el que se puede aplicar esta posibilidad es para actos administrativos que contengan obligaciones de dar.
2. Que su plazo máximo para resolver es de sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda, luego de los cuales, si el demandante desea que la suspensión se mantenga, deberá ofrecer una póliza de caución, carta fianza o efectúe el monto exigido al Banco de la Nación.
3. Que no cabe el recurso de casación.

Pero no solo eso, pues pese a la aparente tutela célere que se debería obtener, tal disposición no es cumplida a cabalidad pues según dan cuenta Palacios Pareja y García Godos Goicochea⁷⁷, la ley en ocasiones es interpretada de manera antojadiza por ejecutores coactivos en tanto que aun cuando ya se ha interpuesto la demanda,

⁷⁷ PALACIOS PAREJA, ENRIQUE Y GARCÍA GODOS GOICOCHEA (2012) *Apuntes en torno al Proceso de Revisión Judicial de Legalidad del Procedimiento de Ejecución Coactiva*. Revista de Derecho Administrativo (11). Pág. 228.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13555>

prosигuen con la ejecución coactiva arguyendo que es necesario que se les notifique con el cargo de presentación o copia completa del escrito de demanda para que ejecute la suspensión⁷⁸.

Asimismo, como con acierto hace notar el profesor Martin Tirado, para el caso de las Resoluciones administrativas emitidas por el OEFA, la propia Ley dispone que *“La sola presentación de una demanda contencioso-administrativa, de amparo u otra, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)”*, con lo cual, al abarcar a toda demanda que se interponga sin excluirse a la de revisión de legalidad, esta herramienta legal en principio efectiva y de tutela inmediata, encuentra un obstáculo⁷⁹.

Consecuentemente, observando el ámbito restringido de su acción y las cortapisas legales, tal parece que tampoco la revisión judicial de

⁷⁸ Coincide ORFANOS CRISÓSTOMO para quien *“la realidad, como indicador, nos hace constatar que la sola presentación de la demanda contencioso administrativa, dentro del plazo legal, no suspende el PEC; la creación judicial del derecho exige: (i) auto admisorio o, (ii) medida cautelar o, (iii) mandato emitido por el Poder Judicial que ordene la suspensión.”* (ORFANOS CRISOSTOMO, GEORGIOS (2018) *Las divergencias judiciales en relación a la causal de suspensión establecida en la ley del procedimiento de ejecución coactiva. En búsqueda del precedente olvidado.* <https://prometheo.pe/las-divergencias-judiciales-en-relacion-a-la-causal-de-suspension-cuando-se-encuentre-en-tramite-demanda-contra-el-titulo-de-ejecucion-establecida-en-la-ley-del-procedimiento-de-ejecucion-coactiva/>

⁷⁹ “En este sentido, la norma especial aplicable al OEFA establece que la sola presentación de una demanda de cualquier tipo no es razón suficiente para suspender un procedimiento de ejecución coactiva. En dicho contexto, es posible afirmar que la interposición de una demanda de revisión judicial no tiene la fuerza vinculante por si sola para suspender dicho procedimiento.” Así, MARTIN TIRADO, RICHARD (2014) *Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011.* Revista de Derecho Administrativo (14). Pág. 529. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13462>

legalidad resulta ser un medio idóneo para la tutela judicial del administrado siendo, por el contrario, un camino difícil y azaroso.

3.2.2 Con la verosimilitud del derecho y su importancia. –

Es cierto, sin embargo, que la verosimilitud o apariencia del buen derecho constituye un elemento imprescindible de valoración, en tanto pueden confluír dos urgencias o perjuicios (el público y el privado) con la misma intensidad, con lo cual resulta necesario para el órgano jurisdiccional contar con un criterio como la ponderación que le permita dilucidar entre dos situaciones jurídicas que, aunque no exento de inconvenientes o confusiones conceptuales, es de utilidad para analizar la solicitud cautelar⁸⁰.

Como se adelantó⁸¹, Bacigalupo Saggese considera que el *fumus* sirve quizá “más que ningún otro criterio” para la finalidad de evitar la

⁸⁰ Comentando el auto del 20 de diciembre de 1990 del Tribunal Supremo español y, más específicamente, el criterio para conceder las medidas cautelares en el ámbito contencioso administrativo que por aquel entonces se consideraba circunscrito al peligro en la demora, GARCÍA DE ENTERRÍA señalaba que “*Si tal criterio hubiese de aplicarse como único y exclusivo -eso parece resultar de la interpretación literal del artículo- procedería suspender siempre cualquier impugnación de las bases de una oposición o concurso, o del nombramiento de un Tribunal para enjuiciarlo, o cualquier convocatoria de un contrato o de una concesión (...) o, un caso más, todos los recursos afectados de groseras y ostensibles casas de inadmisibilidad cuando se refiriesen a supuestos en que fuese más evidente la causación de perjuicios si la suspensión no se otorgara. Los jueces, que aplican un informado sentimiento de justicia, o de la razonabilidad, si se prefiere, saben que actuar así, al margen por completo de las posibilidades de fondo del recurso, sería un verdadero dislate. (...) Más llanamente: el perjuicio atendible por quien dispone la medida cautelar debe consistir en el riesgo de que se frustre la tutela efectiva que corresponde otorgar a la sentencia final. Ese riesgo y no otro. Lo cual obliga al juez que decide la medida cautelar a intentar una valoración prima facie de las respectivas posiciones, de forma que debe otorgar la tutela cautelar a quien tenga ‘apariencia de buen derecho’ (fumus bonis iuris), precisamente, para que la parte que sostiene una posición injusta manifiestamente no se beneficie, como es tan frecuente, con la larga duración del proceso (...)* Este replanteamiento obliga a una valoración anticipada de las posiciones de las partes, valoración prima facie, no completa, puesto que el proceso puede estar en sus inicios y no se han producido aún alegaciones de fondo ni prueba; valoración por tanto, provisional y que no prejuzga la que finalmente la sentencia de fondo ha de realizar más detenidamente” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del fumus bonis iuris (auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general en su Las batallas* P. 206-208.)

⁸¹ Vid. pie de página 69.

frustración de los efectos de una eventual sentencia estimatoria. Para ello cita a García de Enterría, para quien la motivación del aseguramiento de la efectividad de la sentencia final no puede venir más que de un anticipo provisional del posible sentido de esta. No concuerdo con esta posición dado que buena parte de los jueces deniegan las solicitudes cautelares, o son excesivamente exigentes con el cumplimiento de sus requisitos para hacerlo, para con ello no resolver ni siquiera provisionalmente contra la Administración asumiendo que ello implica -nuevamente bajo la equívoca evocación de la normativa procesal civil- que conceder la medida conlleva un “prejuzgamiento”.

Considero que conceder una solicitud cautelar no implica en ningún caso “prejuzgar” entendido este término como un “juzgamiento adelantado” y por ello es que precisamente el criterio del *fumus bonis iuris* no debe ser exageradamente exigido, pues a mi entender en la solicitud cautelar solamente es suficiente acreditar una apariencia básica tal cual como la de la demanda principal⁸². Por el contrario, lo que sí es indispensable es acreditar fehacientemente el peligro en la

⁸² Con acierto señala ARIANO “El artículo 612 del Código Procesal Civil contiene una de las expresiones más infelices de las muchas que contiene nuestra normativa procesal. (...) ¿Puede pensarse seriamente que la concesión de una medida cautelar importe un ‘prejuzgamiento’, vale decir un juzgamiento antes del tiempo oportuno o sin cabal conocimiento de las ‘cosas’ que en nuestro caso es la pretensión principal de fondo? La respuesta debe necesariamente ser negativa. (...) Los jueces, en general, no pueden ‘prejuzgar’. Los jueces ‘juzgan’ (acción de juzgar) a secas, y según los casos, por ejemplo, ‘juzgan’ si una demanda es admisible o inadmisibile, si es procedente o improcedente, si es (...) fundada o infundada, y cuando de lo que se trata es conceder o no una pretendida tutela cautelar el juez no ‘prejuzga’, sino que ‘juzga’ si en el caso concreto se verifican los presupuestos de dicha tutela. Lo que el juez debe ‘juzgar’ es si es posible y probable que el demandante de la cautela tenga la razón (en el mérito), pero ese juicio sobre el derecho (o en general sobre una concreta situación jurídica reconocida y tutelada por el derecho sustancial) del que el actor se afirma titular no implica de ninguna manera un ‘adelanto de opinión’ sobre el fondo”. Así, en ARIANO DEHO, EUGENIA (2003) *Situación cautelable, verosimilitud y ‘periculum in mora’* en *Problemas del Proceso Civil*. Jurista Editores. Pág. 668 y 669.

demora y la posibilidad de un perjuicio. El peligro está pues en el tiempo que dura el proceso, más que en si finalmente se reconoce o no el derecho en controversia, lo que no quiere decir por supuesto que no es necesario acreditar el *fumus* para evitar la concesión de cautelares sobre pretensiones manifiestamente infundadas, pero el criterio principal sigo considerando que es el peligro.

De otro lado, el desarrollo de nuestra normativa contencioso administrativa ha considerado a la ponderación siempre como parte de la evaluación del requisito de la verosimilitud del derecho, como se aprecia a continuación:

Texto original del artículo 36 de la Ley N° 27584 (Hoy artículo 38 del TUO)	Texto vigente artículo 36 Ley N° 27584 (Hoy artículo 38 del TUO), modificado por D.Leg. N° 1067
<p><i>1. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar.</i></p>	<p><i>1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.</i></p>

Como se observa, el texto original contemplaba la ponderación entre los fundamentos del solicitante con el “principio de presunción de legalidad” y luego este esquema se modificó hacia la ponderación a la proporcionalidad entre una posible afectación de la medida solicitada al interés público o a terceros y el perjuicio al solicitante por la eficacia inmediata del acto.

La modificación parece baladí o simplemente terminológica, pero en realidad debería representar mucho más que eso dado que el texto original ordenaba enfrentar los fundamentos del solicitante vs. la presunción de legalidad, es decir, vinculaba al juez a confrontar ¡En etapa cautelar! el fundamento el derecho invocado contra el acto administrativo. Con la modificatoria se cambia esa idea y se pasa a ponderar la proporcionalidad entre los perjuicios público y privado.

Es decir, la defectuosa técnica legislativa en cuanto a la ubicación y claridad en el texto, sumada al peso de una suerte de tradición en la que el juez es en extremo receloso a otorgar medidas cautelares y, por el contrario, deferente con los pronunciamientos de la Administración, tiene como resultado una evidente situación desventajosa para el justiciable que se sigue manteniendo hasta este momento, pese a que la tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva tiene evidente amparo y sustento constitucional no teniendo por qué ser relegado tras la presunción de validez del acto administrativo.

3.2.3 La adecuación y la contracautela. –

La parte inicial del artículo 38 del TUO vigente indica que la medida cautelar será dictada “en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada” y luego se precisa que la

medida se dictará si de los fundamentos del demandante “se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión”.

Con esta disposición la ley deja en decisión del juez el tipo de medida que finalmente será concedida, pudiendo sin ningún inconveniente otorgar una distinta a la que el solicitante planteó⁸³. Aquí cabría preguntarse si el juez podría incluso dictar una medida que resulte más gravosa para la administración que la que haya solicitado el demandante. A esta interrogante, estimo, debe otorgarse respuesta positiva, siempre que la medida que disponga el juez sea pertinente para el objeto del proceso, teniendo en cuenta además que, si bien son especialmente procedentes las medidas cautelares de innovar y de no innovar, por la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, el juez contencioso administrativo podría dictar prácticamente cualquier tipo medida incluso alguna que no esté dentro de la tipicidad normativa⁸⁴.

Consecuentemente, si se dicta una medida cautelar u otra se determinará en mi opinión una vez que se evalúe previamente al peligro en la demora y dentro de ella se ponderen los perjuicios entre

⁸³ De acuerdo con ello, el profesor PRIORI quien indica “De esta manera entonces, la Ley del proceso contencioso administrativo, también faculta a que, en virtud del principio de adecuación, el Juez conceda una medida cautelar distinta a la concedida.” En estos términos, PRIORI POSADA, GIOVANNI (2009) Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. P. 262.

⁸⁴ En ese orden de ideas, el juez contencioso administrativo, por supletoriedad de la normativa procesal civil, cuenta con el denominado por la doctrina como “Poder general de cautela” que, para la profesora Ariano, por la amplia gama de normas constituye en realidad “un super poder de cautela” en virtud del cual “no existe ningún límite para que el juez peruano pueda dictar cualquier medida cautelar atípica, con cualquier contenido, con cualquier dirección, tendiente a lograr la finalidad del proceso cautelar cual es asegurar la eficacia de la tutela definitiva.” Así, ARIANO DEHO, EUGENIA (2003) *El poder general de cautela en Problemas del Proceso Civil*, Jurista Editores. P. 680-682.

el interés público y el privado, pues se deberá considerar que la medida decretada (ya adecuada por el juez) no resulte lesiva irreparablemente a la parte que sufrirá los efectos de la medida.

En cuanto a la contracautela, la ley señala que es un requisito para la ejecución de la medida, con lo cual, propiamente, no está configurado para su concesión u otorgamiento previo, sino que es una garantía para materializarla frente a los posibles daños que pudiera ocasionar.

No obstante, se advierte que para ciertos sectores la normativa exige que la contracautela tenga determinadas características. En efecto, a la fecha está vigente normativa específica para los ámbitos tributario⁸⁵, ambiental⁸⁶ y de pesca⁸⁷ para las medidas cautelares que establecen un régimen diferenciado y de ciertos privilegios para la Administración tales como exigir determinadas formas de contracautela, con lo que esta figura está configurada en realidad no como requisito para ejecutar la medida, sino para concederla⁸⁸.

⁸⁵ Los numerales 1 y 5 del artículo 159 del TUO del Código Tributario, por ejemplo, señalan que no podrá aceptarse como contracautela a la caución juratoria (salvo que sean deudas no mayores a 15 UIT), que en caso de ofrecerse una contracautela personal deberá ser una carta fianza bancaria o financiera con una vigencia de doce meses prorrogable, por el sesenta por ciento del monto por el cual se concede la medida cautelar y que incluso si no se renueva, el juez dispondrá su ejecución a favor de la Administración Tributaria.

⁸⁶ De manera similar al Código Tributario, el artículo 20-A de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificado por Ley N° 30011, señala al referirse a la "Ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA" que no es aceptable como contracautela la caución juratoria y, de otro lado, que cuando se someta a revisión del órgano judicial "la legalidad y el cumplimiento de las normas previstas para el inicio y trámite del procedimiento de ejecución coactiva mediante demanda de revisión judicial regulada en la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, la ejecución coactiva solo es suspendida si el cumplimiento de la obligación es garantizado mediante contracautela."

⁸⁷ Por ejemplo, el artículo 1 de la Ley N° 29639, Ley que regula el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos, establece disposiciones especiales para la contracautela respecto a su plazo de vigencia. Asimismo, el artículo 78-A del Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca, que establece la ejecutoriedad de las resoluciones sancionadoras pecuniarias del Ministerio de la Producción señala también que la contracautela no podrá ser la caución juratoria.

⁸⁸ Un evidente ejemplo de estos super privilegios que la administración ha previsto para sí, lo encontramos en el penúltimo párrafo del artículo 59 del Código Tributario que prevé que en el caso del artículo 615 del

Con lo cual, no solo los requisitos clásicos configurados para el contencioso general presentan indicios que ponen en entredicho su aplicación imparcial, sino que, además, existen para determinados sectores ciertos requisitos que constituyen obstáculos adicionales para que el administrado obtenga la tutela que persigue.

3.3 La ponderación y su escasa aplicación en sede nacional. –

Como se adelantó al revisar algunas resoluciones cautelares en el ámbito contencioso administrativo en el rubro 1.5 del presente trabajo, en nuestro país la ponderación en cualquiera de las aplicaciones antes señaladas ha pasado totalmente inadvertida por los órganos jurisdiccionales a pesar de que el artículo 38 del TUE de la Ley la menciona asociada al análisis de verosimilitud del derecho.

Por la información que se ha podido revisar, la judicatura ha optado en su mayoría o quizá en su totalidad⁸⁹ por aplicar únicamente como

Código Procesal Civil que “*la contracautela, para temas tributarios, se sujetará a las reglas establecidas en el presente artículo*”. El artículo 615 del CPC señala como supuesto de procedencia la medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada sin que se exija la contracautela lo que precisamente exceptúa el Código Tributario por lo que será exigible igualmente cuando se trate de temas tributarios. Este tratamiento disímil es de una constitucionalidad por lo menos discutible.

⁸⁹ Lo inaccesible a información jurisprudencial abierta en materia cautelar contencioso administrativa o de un estudio estadístico oficial al respecto es una limitación que no permite realizar con contundencia esta aseveración. No obstante, las Resoluciones obtenidas -mínimas en número frente a la cantidad real- es solo una pequeña muestra que evidencia la tendencia consignada. Sin perjuicio de lo antes mencionado, para quien lo pueda requerir, existen una sección con jurisprudencia sistematizada en general que puede encontrarse aquí <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/inicio.xhtml> y secciones en el portal web del Poder Judicial con “Resoluciones Relevantes en Materia Contencioso Administrativo” y “Jurisprudencia Uniforme en Materia Contencioso Administrativa” que contienen Resoluciones de la Corte Suprema en su mayoría sobre recursos de casación que pueden ser consultados en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_resoluciones_relevantes/as_ContenciosoAdministrativo/ y https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_jurisprudencia_uniforme/as_contencioso_administrativo/

criterios a la verosimilitud y al peligro en la demora, siguiendo la pauta tradicional de la práctica forense procesal civil, aunque pareciera que el tema en alguna oportunidad despertó inquietudes y no fue del todo omitido por el Poder Judicial⁹⁰, pero sin resultados o aplicación visible, por lo menos a la luz de los pronunciamientos que han sido revisados.

Por su parte, mientras que para un sector de la doctrina nacional que ha abordado la temática contencioso administrativa prácticamente ha pasado inadvertido, un grupo de ellos sí la ha mencionado, pero como parte del análisis del requisito de verosimilitud del derecho, aunque también hay quien lo ha considerado como un requisito independiente y previo a los requisitos⁹¹.

⁹⁰ En internet se encuentra disponible (aunque con no pocas dificultades de ubicación y acceso) el texto de los temas tratados en el Pleno Jurisdiccional Regional Contencioso Administrativo realizado en Lima en el año 2009 en cuyo tema III “Actividad Cautelar” se trató el siguiente tema: “*Si la ponderación de intereses constituye un nuevo requisito de procedencia de la medida cautelar ¿deberá ser examinado con posterioridad a los requisitos ya conocidos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y adecuación de la medida?*”. Para el tema se presentan tres ponencias: i) Una primera que postula que la ponderación se evalúa con la verosimilitud del derecho por aplicación del artículo 39 inciso 1 del TUO de la Ley; ii) Una segunda que por su parte indica que independientemente de la ubicación normativa, el juicio ponderativo de la afectación al interés público o a terceros debe evaluarse luego de considerarse satisfechos los de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y adecuación; y, iii) Una tercera que indica que la ponderación corresponde evaluarse en la estación relativa a la adecuación de la medida y luego de examinados la verosimilitud y el periculum. Independientemente de mi desacuerdo con la postura de las tres ponencias, el documento consigna como postura finalmente adoptada la signada con el número iii). El texto que incluye firmas y las conclusiones del Pleno puede descargarse de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_plenos_jurisdiccionales_2009/as_plenos_jurisdiccionales_regionales/cij_d_regional_cont_ad_m_lima, mientras que el contenido del resto del Pleno (salvo el Tema III, precisamente de interés para este trabajo) puede consultarse en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_ncij/as_plenos_jurisd/as_materiales_lectura/as_plenos_regionales/as_2009/as_cij_pleno_contencioso_administrativo y el Tema III “Actividad Cautelar” puede encontrarse en dos partes: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8e3cbf0043eb78ef9909db4684c6236a/Tema+III+Parte+1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8e3cbf0043eb78ef9909db4684c6236a> y <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a6acd98043eb78ef9911db4684c6236a/Tema+III+Parte+2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a6acd98043eb78ef9911db4684c6236a>.

⁹¹ Es el caso del magistrado Javier Eduardo Jiménez Vivas cuya tesis de maestría que obra en el repositorio de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos refiere que: *Debe entenderse entonces, entonces, que el artículo 36.1 de la ley 27584 agrega un requisito más previo a la concesión de una medida cautelar: la ponderación de los intereses de la parte que demanda tutela cautelar con el interés público existente en la ejecución de la actuación administrativa cuestionada, considerando también los posibles intereses de terceros que puedan resultar afectados. Dicha ponderación, siguiendo al Tribunal Supremo español, debe ‘atenerse a la singularidad de cada caso debatido, lo que implica, desde luego, un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes.’* La tesis puede encontrarse en JIMÉNEZ VIVAS, JAVIER EDUARDO (2006) *Las medidas cautelares en el proceso contencioso*

El profesor Priori en el Capítulo referido a las medidas cautelares de su “Comentarios a la Ley del proceso Contencioso Administrativo” (en las ediciones consultadas) no incluye un desarrollo particular a este concepto ni en el acápite referido a la verosimilitud del derecho ni al del peligro en la demora⁹². Lo propio ocurre con el estudio realizado recientemente sobre las medidas cautelares por la magistrada Patricia Lazarte⁹³ donde si bien se da cuenta de los requisitos antes indicados, no se observa desarrollo a este concepto.

De otro lado, en el grupo de la doctrina que considera a la ponderación como parte de los requisitos para la concesión de las medidas cautelares, Sheilah Vargas Soto, siguiendo la sistemática de la Ley, alude a la ponderación como parte de la evaluación de la verosimilitud del derecho, para lo cual, según indica, deberá analizarse la eficacia inmediata de la actuación administrativa impugnada y el interés público o de terceros afectado por la medida cautelar.⁹⁴ Lo propio

administrativo, problemas, análisis y alternativas. Tesis para optar el Título Profesional (sic) de Magister en Derecho. Pág. 75 <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/1200?show=full>

⁹² PRIORI POSADA, GIOVANNI (2006) Op. Cit. P. 203-212 y (2009) Op. Cit. P.241-265.

⁹³ LAZARTE VILLANUEVA, PATRICIA (2022) *Algunos alcances sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo* en *Estudios sobre Derecho Administrativo* Vol. II A 20 años de la Ley del Proceso contencioso administrativo. Derecho y Sociedad. P. 595- 599

⁹⁴ VARGAS SOTO, SHEILAH (2022) *Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo* en *Estudios sobre Derecho Administrativo*. Op. Cit. Pág.578-581. En similares términos, la magistrada y profesora Guerra Cerrón manifiesta “*En prejuzgamiento hay que verificar la verosimilitud el derecho invocado (sic). Y esa verificación es producto de un test de proporcionalidad. La propia ley establece que se debe ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada. Es necesario este test de proporcionalidad ya que debemos recordar que respecto a los actos administrativos hay una presunción de legalidad.*” GUERRA CERRÓN, MARÍA ELENA (2019) Acceso a la justicia cautelar. Instituto Pacífico. Pág. 852 y 853.

sucede con Úrsula Indacochea⁹⁵ en uno de los escasos trabajos publicados sobre la tutela cautelar en el contencioso administrativo en nuestro país, también entiende a la ponderación asociada a la verosimilitud del derecho al referir que *“... consideramos que la existencia de dicha presunción de validez únicamente determina la necesidad de ponderarla con la verosimilitud del derecho invocado, y de comparar no solo la intensidad con que se afectaría el interés público sino también la intensidad de la afectación al administrado en caso de denegarse la tutela cautelar y ejecutarse la medida.”*

3.4 Nuestra posición. -

En mi opinión, analizar la ponderación es un mecanismo necesario para evaluar las solicitudes cautelares en el ámbito contencioso administrativo; sin embargo, incluirlo como parte de la evaluación de la verosimilitud en el derecho -como equívocamente induce a considerar el enunciado legal vigente- no contribuye a que la ponderación demuestre su verdadera particular importancia, pues se le suele confundir con el análisis del derecho involucrado que invoca el demandante sopesándolo, por esto mismo, con el acto administrativo que se impugna. Esto es un error me parece que capital que impacta directamente en la evaluación judicial de solicitudes cautelares.

⁹⁵ INDACOCHEA PREVOST, ÚRSULA (2008) *La tutela cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo*. Revista de Derecho Administrativo (4). Pag. 299 y 300. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14537>

Dicho esto, una posible posterior modificatoria a la Ley N° 27584 que modifique el articulado relativo a las medidas cautelares y que contemple a la ponderación, pero si no se le otorga una ubicación sistemática y una configuración que responda a su utilidad, no tendrá el impacto necesario y no servirá al propósito que se expone en el presente trabajo.

Es precisamente por ello que la razón de ubicar adecuadamente el análisis de la ponderación no tiene en absoluto una intención meramente teórica, todo lo contrario, una adecuada conceptualización y entendimiento en la ubicación del análisis ponderativo en el razonamiento judicial considero que resulta fundamental para contribuir directamente en aportar un método adecuado para la evaluación de las solicitudes cautelares contencioso administrativas que no estén orientadas a únicamente rechazar bajo motivaciones pro administración.

Este contexto requiere un cambio que, dejando de lado las sutilezas y conceptualizaciones académicas propias de la técnica jurídica, tenga un verdadero efecto en aquel justiciable que en su necesidad de acudir al proceso pueda evitar un posible daño (quizá irreparable) en su contra, por lo que precisamente estimo que lo que resulta necesario es incluir al método de la ponderación sustancialmente en la etapa del *periculum in mora*, evaluando los perjuicios de ambas

partes o en mantener los efectos del acto o en mantener el estado desfavorable para el administrado.

Es más, al método ponderativo de identificar en etapa cautelar primero los intereses o perjuicios en conflicto, para luego atribuirle importancia a los mismos y finalmente decidir qué perjuicio debería conservarse y qué interés debe prevalecer, que se desarrolla en la etapa plenamente jurisdiccional, también es posible agregar a fin de aumentar la racionalidad de este método y reducir la discrecionalidad del juez que el legislador incorpore en la normativa las denominadas “relaciones de preferencia *prima facie*” con lo cual anticipadamente podría definirse aquellas materias en las que los perjuicios o el interés público deba ser tutelado con mayor énfasis⁹⁶.

Por ejemplo, resulta a mi parecer absolutamente entendible el recelo del juzgador al conceder una medida cautelar al administrado si se cuestionan actos que pretenden evitar perjuicios y por el contrario enuncian la protección de bienes jurídicos tales como la salud pública, el medio ambiente, la seguridad nacional, entre otros. Por el contrario, aspectos como la salud particular, los títulos habilitantes, las sanciones disciplinarias o administrativas, entre muchas otras,

⁹⁶ “Junto a la ley de la ponderación también posible reducir la complejidad y, con ello, aumentar la racionalidad de este tipo de discursos de justificación mediante el previo establecimiento de ‘prioridades *prima facie* que determinen la carga de la argumentación sobre algunos principios en favor de otros’ (...) Efectivamente, frente a las identificadas o propuestas por la doctrina, las relaciones de preferencia *prima facie* establecidas por el legislador presentan una doble virtualidad. De una parte, operan como instrumento de racionalización de las ponderaciones que corresponden a los operadores jurídicos sujetos al principio de vinculación a la ley, esto es, a la Administración pública y a la jurisdicción. Y de otra parte articulan procesos de dirección política de las ponderaciones realizadas por estos operadores, cuya legitimidad democrática se ve así fortalecida” (ARROYO JIMÉNEZ, LUIS (2009) Op. Cit. (p. 30, 31 y 32)

pueden ser objeto de un análisis ponderativo que verdaderamente sopesa ambos perjuicios y opte por la prevalencia de uno de ellos.

Sin duda, a pesar de ser un mecanismo apriorístico, la definición de estas relaciones de preferencia prima facie debe contar con la suficiente flexibilidad que le permita poder ceder si el caso verdaderamente lo amerita. Es por ello que la propuesta también considerará este aspecto.

3.5 Reflexiones conclusivas. –

Lo expuesto en los rubros anteriores, en donde se da cuenta desde la razón de ser y utilidad de la presunción de legalidad del acto administrativo, pasando por la indiscutida conceptualización de la tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, abordando luego el escenario actual del régimen legal del contencioso administrativo peruano y, en particular el rubro de medidas cautelares, para finalizar con un análisis a los requisitos de concesión de dichas medidas con énfasis en la importancia de la verosimilitud del derecho, las dificultades para la concesión de medidas cautelares en esta materia y la ausencia de una adecuada configuración y aplicación de la ponderación de intereses que le permita desempeñar su rol como mecanismo de equilibrio entre el privilegio de la autotutela administrativa y los legítimos derechos del administrado, tienen como propósito evidenciar esta problemática y luego plantear una alternativa legislativa que, si bien no pretende dar una solución

definitiva, sirva para cuanto menos aclarar el estado de la situación y a coadyuvar a analizar con mejores herramientas las solicitudes de tutela cautelar contencioso administrativa en el ámbito general.

Asimismo, y sin que se pretenda abordar este tema en amplitud, estimo que resulta una línea de investigación de interés analizar la posibilidad de adecuación a nuestra realidad de figuras como el *référé* francés, con sus variantes de *référé* ordinario y el *référé* de urgencia con sus tres tipos *référé suspension*, *référé liberté* y *référé conservatoire*, los cuales supondrían una modificación importante en el esquema clásico de las solicitudes cautelares dado que no en todos los casos se exige la verosimilitud y el peligro en la demora como los conocemos en nuestra realidad⁹⁷.

CAPÍTULO IV. PROYECTO DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

Como consecuencia del trabajo de investigación realizado, se plantea el siguiente proyecto de modificación normativa:

4.1 Propuesta normativa. –

Artículo 37.- Oportunidad

Sin que ello constituya prejuzgamiento o anticipo de tutela, la medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

Para tal efecto, salvo en los casos excepcionales en que la efectividad de la medida así lo requiera o cuando lo prevea la ley, se correrá traslado del pedido a la entidad emisora del acto impugnado para que sustente la prevalencia del interés público sobre la tutela cautelar solicitada.

⁹⁷ Un estudio sobre el tratamiento francés del *référé* puede encontrarse en DE LA SIERRA, SUSANA Op. Cit. P. 163-171.

De manera supletoria serán aplicables las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley.

Artículo 38.- Requisitos

La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

- 1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, el solicitante deberá exponer los fundamentos que evidencien su derecho y que sustenten la demanda presentada o por presentarse.*
- 2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso. Para tal fin, el órgano jurisdiccional deberá ponderar entre el posible perjuicio al interés público o a terceros con el perjuicio que causa al recurrente la denegatoria de la medida cautelar y la consecuente eficacia inmediata de la actuación impugnada. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión. Asimismo, para evaluar la concesión de la medida, el órgano jurisdiccional, bajo responsabilidad, exigirá al solicitante la acreditación de irreparabilidad o de perjuicios de difícil reparación en caso el acto administrativo cuestionado invoque tutelar bienes jurídicos tales como la salud pública, la seguridad nacional, el medio ambiente, la recaudación tributaria, entre otros de afectación de intereses colectivos para la población.*

En cualquier caso y bajo responsabilidad, la medida será concedida o rechazada mediante resolución debidamente motivada mediante la cual el órgano jurisdiccional evaluará los requisitos señalados anteriormente, sin incurrir en perjuicio o prejuzgamiento de hecho o de derecho alguno contenido en la actuación administrativa impugnada.

Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar.

Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria.

Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela.

4.2 Exposición de motivos. –

4.2.1 Fundamentos de la propuesta

La Constitución Política del Perú vigente establece *“la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”* como uno de los *“principios de la administración de justicia”*. Este enunciado constitucional, pese a su debatible ubicación sistemática y técnica legislativa, implica en realidad el reconocimiento explícito y al más alto nivel normativo a un derecho, al derecho a la tutela jurisdiccional *efectiva* que, aunque ausente en los textos constitucionales que lo precedieron, ha sido objeto de un profuso y extenso desarrollo jurisprudencial y doctrinario.

Parte del reconocimiento y desarrollo conceptual de este derecho es considerar que la tutela jurisdiccional o judicial para que sea tal, debe ser a su vez efectiva, esto es, que no es suficiente para que se configure este derecho con que se active el mecanismo de tutela mediante el inicio y fin del proceso judicial, sino que este debe llevar indeliblemente consigo un criterio de oportunidad, de manera que la tutela para el ciudadano sea verdaderamente efectiva y el proceso no se convierta en una mera e inútil formalidad o, en palabras de Chiovenda, *“la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.”*

Entre los mecanismos desarrollados a lo largo de la evolución del derecho procesal, concretamente del derecho procesal civil, para precisamente otorgarle efectividad a la tutela judicial y por ende al proceso, lo constituyen las medidas cautelares y para ello se han configurado una serie de requisitos o presupuestos para su concesión, entre ellos, los clásicos verosimilitud del derecho, peligro en la demora y adecuación.

Sin embargo, aunque resulte evidente mencionarlo, estos presupuestos que provienen del derecho procesal civil, si bien resultan fundamentales como premisas por su amplio desarrollo conceptual, requieren una configuración que lo haga compatible para su aplicación a otras especialidades del derecho tal y como sucede, por ejemplo, con el derecho penal, cuyas medidas cautelares tienen un tratamiento esencialmente distinto al del proceso civil y más acorde a la naturaleza y a la tutela que persigue el proceso penal.

Así pues, el proceso contencioso administrativo, positivizado por primera vez hace tan solo veinte años aproximadamente, siendo uno de los procesos con menor longevidad y, por tanto, con menor número de investigaciones en el país, una incipiente especialización y una aún muy reducida difusión de su desarrollo jurisprudencial, ha tomado sustancialmente idénticos presupuestos para la concesión de las medidas cautelares sin todavía lograr una identidad propia que considere la naturaleza especial de este proceso que como dos de sus principales particularidades el tener un demandado exclusivo, el Estado y, por otro lado, que el inicio del proceso contencioso administrativo presupone necesariamente una actuación derivada de un procedimiento administrativo previo.

En nuestro país, sin embargo, a la demora jurisdiccional en la resolución mediante pronunciamiento final de los procesos contencioso administrativos evidenciada en estudios realizados por el Poder Judicial lo que pone en entredicho la efectividad de este tipo de tutela, de acuerdo a la doctrina

especializada la concesión de medidas cautelares en el ámbito contencioso administrativo resultan una tarea de complicado éxito lo que responde, en buena medida, a la aplicación desproporcionada de la presunción de validez o legalidad del acto administrativo y al recelo judicial para actuar contra las decisiones de la Administración o sus efectos, postergando esta posibilidad para el ulterior pronunciamiento que ponga fin a la instancia y mediante motivaciones aparentes cuando, probablemente, el derecho ya no sea efectivamente tutelado.

En ese orden de ideas, la presente iniciativa legislativa tiene por objeto modificar los artículos 37 y 38 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, respecto a la concesión de medidas cautelares, para fortalecer el cumplimiento de la finalidad de las medidas cautelares como instrumentos de tutela a favor de los ciudadanos y de la sociedad.

4.2.2 Impacto de la norma sobre la legislación nacional. –

La propuesta legislativa tiene como objeto modificar los artículos 37 y 38 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, para fortalecer y fomentar el cumplimiento pleno de la finalidad de las medidas cautelares en dicho proceso.

4.2.3 Análisis costo beneficio. –

La presente propuesta legislativa no genera costo adicional al erario nacional, puesto que está orientada a fortalecer la tutela y la protección oportuna a los derechos de los justiciables, permitiendo así incrementar los índices de productividad judicial y con ello una mejor percepción de la sociedad y la ciudadanía para este poder del Estado.

4.2.4 Relación de la iniciativa con las políticas de Estado del Acuerdo Nacional.

=

La presente iniciativa legislativa se encuentra vinculada a los siguientes temas de la Agenda Legislativa 2023-2024:

Tema 105. Modernización y acceso en el sistema de justicia

Tema 106. Modificación en trámites legales y en procedimientos judiciales y procesos administrativos

Asimismo, guarda vinculación con las siguientes políticas del Acuerdo Nacional:

IV. Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado

28. Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial

(a) promoverá la institucionalización de un Sistema de Administración de Justicia, respetando la independencia, la autonomía y el presupuesto del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Tribunal Constitucional, dentro de un proceso de modernización y descentralización del Estado al servicio del ciudadano;

(f) adoptará medidas legales y administrativas para garantizar la vigencia y difusión de la Constitución, afianzará el respeto irrestricto de los derechos humanos y asegurará la sanción a los responsables de su violación;

(g) establecerá mecanismos de vigilancia al correcto funcionamiento de la administración de justicia, al respeto de los derechos humanos, así como para la erradicación de la corrupción judicial en coordinación con la sociedad civil.

Referencias bibliográficas

AGUADO I CUDOLA, VICENC (1993) *La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo* en MARTIN-RETORTILLO BAQUER., L. (Coordinador) *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Civitas.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO (1947) *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Universidad Nacional Autónoma de México
<https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/146PROCESOAUTOCOMPOSICIONyDEFENSA.pdf>

ALONSO SALGADO, CRISTINA. (2020). *Justicia cautelar y derecho a la tutela judicial efectiva en la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: condiciones de aplicación* en Edición de Actas del 'I Congreso Internacional La Administración de Justicia en España y en América'. Editorial Astigi. 65-77.
<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/105066/La%20Administraci%3%b3n%20de%20Justicia%20en%20Espa%3%b1a%20y%20en%20Am%3%a9rica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ÁNGELES JOVE, MARÍA (1995) *Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Bosch.

ARIANO DEHO, EUGENIA (2003) *La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos en Problemas del Proceso Civil*. Jurista Editores. 587-605.

ARROYO JIMÉNEZ, LUIS (2009) *Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo*. InDret Revista para el análisis del derecho (mayo de 2009) https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/621_es.pdf

BACIGALUPO, MARIANO. (1999). *La nueva tutela cautelar en lo contencioso administrativo*. Marcial Pons.

BARCELONA LLOP, JAVIER (1993) *¿Pero de verdad existe la tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo?* en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, Vol.1*. p. 91-122.

BARCELONA LLOP, JAVIER (1995) *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los actos administrativos*. Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cantabria.

BELADIEZ ROJO, MARGARITA (1994) *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Marcial Pons

BERBEROFF AYUDA, DIMITRY (2014) *La tutela judicial cautelar en* ESQUERRA HUERVA y OLIVÁN DEL CACHO, JAVIER (coordinadores) *Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Tirant lo Blanch. <http://www.tirantonline.com>

BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS (1992) *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Constitucionales.

BOCANEGRA SIERRA, RAÚL (2002) *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas.

BOCANEGRA SIERRA, RAÚL (2003) *Consideraciones sobre la planta de la jurisdicción contencioso administrativa (modelo español y modelos comparados)*. Revista de Administración Pública (161) <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/244952003161015.pdf>

BUENO ARMIJO, ANTONIO y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, MANUEL (2007). *El fumus bonis iuris como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares ¿Un traidor entre los aliados? Comentarios a los autos del TSJ de Cataluña de 16 y 17 de junio de 2006 sobre suspensión cautelarísima del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Revista de Administración Pública (172). Madrid. 227-253. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2358938.pdf>

CALAMANDREI, PIERO (2005) *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ara editores.

CALDERÓN CUADRADO, MARÍA PÍA (1992) *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas.

CANO CAMPOS, TOMÁS (2020) *La presunción de validez de los actos administrativos*. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (14). <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10851>

CASADO CASADO, LUCÍA (2020) *La igualdad de armas en el proceso contencioso-administrativo: ¿realidad efectiva o mero desiderátum?* Revista General de Derecho Administrativo (55). Iustel. <https://laadministraciondialdia.inap.es/noticia.asp?id=1511147>

CASARES MARCOS, ANABELÉN (2019) *Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo en 20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo: Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de*

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7316172>

CASSAGNE, JUAN CARLOS (2009) *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons Argentina.

CASTILLO CÓRDOVA, LUIS (2015), *Artículo 139 Debido proceso y tutela jurisdiccional* en GUTIERREZ CAMACHO, WALTER (Director) *La Constitución Comentada análisis artículo por artículo*, Gaceta Jurídica.

CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO (1994) *La tutela judicial efectiva*, Bosch.

CIPRIANI, FRANCO (2005) *El procedimiento cautelar entre Eficiencia y Garantías*. *Derecho y Sociedad* (25). P. 53-64
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17003>

DANÓS ORDOÑEZ, JORGE (1995) *Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública*. *Ius et Veritas* (10). P. 154.

DANÓS ORDOÑEZ, JORGE. (2004). *Régimen de nulidad de actos administrativos en la Ley N° 27444*.
https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409_ponencia_foronulidad_actos_administrativos.pdf

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS (2004) *Derecho procesal. Introducción*. Editorial Ramon Areces.

DE LA SIERRA, SUSANA. (2004). *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo: un estudio normativo y jurisprudencial*. Thomson Aranzadi.

DELGADO BARRIO, J. (1993) *El principio de efectividad en la tutela judicial en la jurisprudencia contencioso-administrativa* en MARTIN-RETORTILLO

BAQUER., L. (Coordinador) *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Civitas.

DESDENTADO DAROCA, EVA. (1997) *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Cuadernos Civitas.

DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL. (2010) *El principio de presunción de validez en Los principios jurídicos del derecho administrativo*. La Ley. 1031-1060.

EGUIGUREN, FRANCISCO J. (1914) *Ley Orgánica del Poder Judicial, Código de Procedimientos Civiles, Ley del Notariado y Tabla de Términos de Distancias anotados*, Imprenta y Fábrica de Fotograbados Sanmarti y Cía.

ESTEVE PARDO, JOSÉ (2015) *Lecciones de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.

FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN (1998) *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas.

GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO y MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL (2001) *Acto y Procedimiento Administrativo*. Marcial Pons.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1992) *Hacia una nueva justicia administrativa*. Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (2000) *Democracia, jueces y control de la administración*. Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. (2004). *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español*. Thomson Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS (2004). *Curso de Derecho Administrativo I y II*. Thomson Civitas.

GARCÍA SALGADO, MARÍA JOSÉ (2019) *La ponderación de intereses como método*. EUNOMÍA Revista en Cultura de la Legalidad (16) 283-311. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4707>

GONZALEZ PÉREZ, JESÚS (1954) *Consideraciones sobre el contencioso francés*, Revista de Administración Pública (15), p. 48 Disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/218291954015011.pdf>

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (2001) *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (2013). *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa* (Ley 29/1998, de 13 de julio). Civitas Thomson Reuters.

HERMOZA CASTRO, MARUJA OTILIA (2021) *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: Análisis comparado entre el derecho peruano y español*. Tesis doctoral Universidade da Coruña. https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/28736/HermozaCastro_MarujaOtilia_TD_2021.pdf

HERNÁNDEZ CORCHETE, JUAN ANTONIO (2000) *Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución. Una propuesta para un debate aún abierto*. Cuadernos de Derecho Público (10) <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/577>

HUAPAYA, RAMÓN. (2019). *La atipicidad de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo peruano como instrumento para su eficacia*. 20 años de la Ley de lo Contencioso – Administrativo. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Instituto

Nacional de Administración Pública.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=737365>

INDACOCHEA PREVOST, ÚRSULA (2007) *La medida cautelar como juicio ponderativo*. Revista Jurídica del Perú (81). P. 209-221.

INDACOCHEA PREVOST, ÚRSULA (2008) *La tutela cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo*. Revista de Derecho Administrativo (4).
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14537>

LÓPEZ CARCAMO, IGNACIO (1993) *Análisis de la novísima doctrina sobre la tutela cautelar en el ámbito contencioso-administrativo*. Revista Vasca de Administración Pública (35). 105-136.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=85438>

LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA (2003) *El derecho procesal como sistema de garantías en Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (36) p. 545. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332003000200004

LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO (1988) *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*. Revista de Administración Pública (115)
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/235641988115057.pdf>

MALARET I GARCÍA, ELISENDA (2019) *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*. Aranzadi.

MARTIN TIRADO, RICHARD (2014) *Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011*. Revista de Derecho Administrativo (14). Pág. 529.

MIGUEZ MACHO, LUIS (2015) *Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo*. Revista General de Derecho Administrativo (38). Iustel.
<https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1504625>

MITIDIERO, DANIEL (2013) *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*. Marcial Pons.

MONROY GÁLVEZ, JUAN (2023) *Las pretensiones en el contencioso administrativo*, Palestra Editores.

MORÓN URBINA, JUAN CARLOS (2020) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomos I y II, Gaceta Jurídica.

MORÓN URBINA, JUAN CARLOS (2023) *El proceso Contencioso Administrativo, TUO de la Ley N° 27584, Concordancia y jurisprudencia*, Palestra Editores.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO (1989) *La reserva de jurisdicción*. La Ley.

NIETO, ALEJANDRO (1968). *Sobre la tesis de Parada en relación a los orígenes de lo contencioso administrativo*. Revista de Administración Pública (57)
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/225801968057009.pdf>

NIETO, ALEJANDRO (1975). *La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo*. Revista de Administración Pública (76)
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1098664.pdf>

ORFANOS CRISOSTOMO, GEORGIOS (2018) *Las divergencias judiciales en relación a la causal de suspensión establecida en la ley del procedimiento de ejecución coactiva. En búsqueda del precedente olvidado*.
<https://prometheo.pe/las-divergencias-judiciales-en-relacion-a-la-causal-de->

[suspension-cuando-se-encuentre-en-tramite-demanda-contr-el-titulo-de-ejecucion-establecida-en-la-ley-del-procedimiento-de-ejecucion-coactiva/](#)

ORTEGA, LUIS y DE LA SIERRA SUSANA (Coordinadores) (2009) *Ponderación y derecho administrativo*. Marcial Pons.

PALACIOS PAREJA, ENRIQUE y GARCÍA GODOS GOICOCHEA, MARÍA SOLEDAD (2012) *Apuntes en torno al Proceso de Revisión Judicial de Legalidad del Procedimiento de Ejecución Coactiva*. Revista de Derecho Administrativo (11).

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13555>

PARADA VÁSQUEZ, JOSÉ RAMÓN (1968) *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*. Revista de Administración Pública (55).

<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/225481968055065.pdf>

PAREJO ALFONSO, LUCIANO (1987) *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo*, Revista de derecho público (29), p. 5-30.

https://revistadederechopublico.com/wp-content/uploads/2020/10/29-Revista_derecho_publico-N_29_enero_marzo_1987.pdf

PAREJO ALFONSO, LUCIANO (2004) *La construcción, extensión, alcance y límites del control judicial contencioso administrativo en el ordenamiento español*. Revista de Estudios de la Justicia (5).

<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15043>

PAREJO ALFONSO, LUCIANO (2020) *La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan*. Revista de Derecho Público: Teoría y Método (1)

https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2020_25

PÉREZ ALONSO, JORGE (2011) *¿El ocaso de Chevron?: auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo*. Revista de

<https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/issue/view/2200>

PICO I JUNOY, JOAN (1997) *Las garantías constitucionales del proceso*. Bosch.

PRIORI, GIOVANNI (2009). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Ara Editores.

PRIORI, GIOVANNI (2006). *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Ara Editores.

PRIORI, GIOVANNI (2005). *El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites*. *Ius et Veritas* (30).
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11799/12365>

PRIORI, GIOVANNI (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Colección Lo esencial del Derecho (42), PUCP.
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170698/4/2%20El%20proceso%20y%20la%20tutela%20de%20los%20derechos%20con%20sello.pdf>

PROTO PISANI, ANDREA (2018) *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Palestra Editores.

REBOLLO PUIG, MANUEL (2005). *La presunción de validez*. *Revista española de Derecho Administrativo* (128). Thomson Civitas. 588-638

RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME. (2012). *Interés General, derecho administrativo y estado de bienestar*. Iustel

RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME. (2022). *Nuevas tendencias en materia de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo especial referencia al derecho español en Estudios sobre Derecho Administrativo*. Vol.

II. A 20 años de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Derecho y Sociedad. 601-634.

RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME. (2020). *Ejecutividad y suspensión del acto administrativo en el Derecho administrativo español: especial referencia a los actos sancionadores*. Derecho y Sociedad (54), 429-445. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22430>

RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME. (2007) *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España*. Justicia Administrativa, 445-468.

RODRÍGUEZ ARANA, JAIME y SARMIENTO ACOSTA, MANUEL (1993) *El contencioso-administrativo como elemento garantizador de los derechos fundamentales* en MARTIN-RETORTILLO BAQUER., L. (Coordinador) *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Civitas.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARIA (2000) *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Marcial Pons.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARIA (2016) *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Marcial Pons.

ROMERO, JULIÁN GUILLERMO (1914) *Estudios de Legislación Procesal*, Tomo I, Tipografía El Lucero.

RUIZ PIÑEIRO, FERNANDO LUIS. (2001). *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998 de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Aranzadi Editorial.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL (2011) *Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ius et Veritas* (43)

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12064>

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO (2010). *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso – administrativa. Comentario. Iustel.*

TESO GAMELLA, PILAR (2007) *Medidas cautelares en la justicia administrativa.* Tirant lo Blanch.

TORNOS MAS, JOAQUÍN (1990) *La situación actual del proceso contencioso administrativo.* Revista de Administración Pública (122). 103-130.

<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/236911990122103.pdf>

VARGAS SOTO, SHEILAH (2022) *Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en Estudios sobre Derecho Administrativo Vol. II A 20 años de la Ley del Proceso contencioso administrativo.* Derecho y Sociedad. Pág.578-581

ZEGARRA VALDIVIA, DIEGO (2006) *Control judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la doctrina española)* en Revista de Derecho Administrativo (1) 33-62

ZEGARRA VALDIVIA, DIEGO (2012) *La profesionalización del Juez peruano en materia contencioso administrativo* en Revista de Derecho Administrativo (11) 51-61

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13545>