

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**La modificación de oficio de la medida cautelar en el proceso  
contencioso administrativo**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN  
DERECHO PROCESAL**

**AUTOR**

Oscar Carlos Miranda Castillo

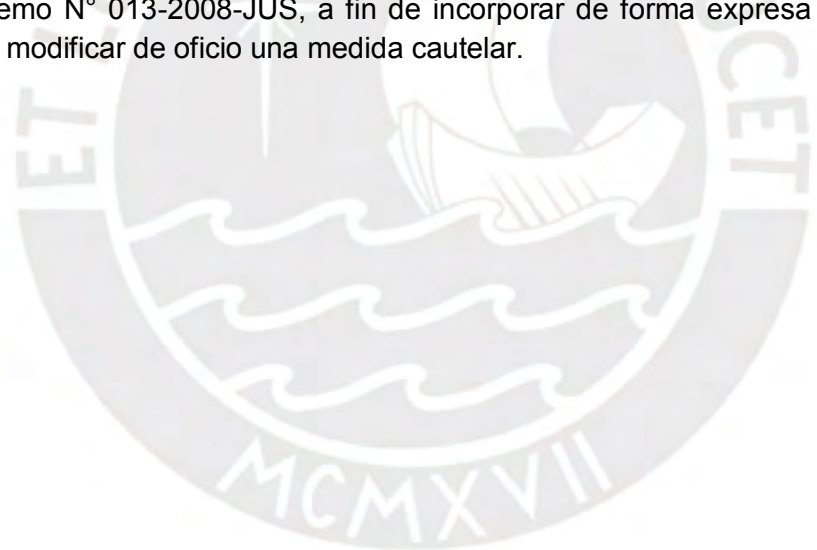
**ASESOR**

Alejandro Martín Moscol Salinas

Mayo, 2018

## RESUMEN

Si bien la Administración Pública se encuentra sometida al Principio de Legalidad, las facultades que ostenta para intervenir en la vida de los administrados le otorga una posición ventajosa frente a estos, por lo que, resulta necesario que el órgano jurisdiccional especializado en lo contencioso administrativo, responsable de hacer que la Administración se someta de forma efectiva al principio referido, cuente con herramientas suficientes que le permitan cumplir con ello. El presente trabajo se orienta a postular como una de dichas herramientas a la facultad del juzgador para modificar de oficio una medida cautelar previamente dictada. Este tema resulta relevante, en tanto que, la falta de regulación expresa sobre este aspecto en la legislación nacional vigente, deja abierta la posibilidad para que la Administración Pública continúe afectando la situación jurídica de un administrado, a pesar del dictado de una medida cautelar que, en el marco de un proceso contencioso administrativo, debería impedirle ello; esto ocurre en mérito a que el Juez se ve imposibilitado de disponer de oficio la modificación de dicha medida, quedando supeditado a la diligencia y/o celeridad de la parte en el trámite de un proceso que tiene como finalidad exclusiva el control de las actuaciones de la Administración. El análisis de lo expuesto permite concluir que resulta pertinente y necesario la modificación del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, a fin de incorporar de forma expresa y concreta la posibilidad de modificar de oficio una medida cautelar.



## ÍNDICE GENERAL

<b>RESUMEN</b>	1
<b>ÍNDICE</b>	2
<b>INTRODUCCIÓN</b>	4
<b>CAPÍTULO I: EL CONTROL DEL PODER</b>	7
<b>I.1 Relaciones de poder</b>	7
<b>I.2 La Administración Pública</b>	9
<b>I.2.1 Actividades de la Administración Pública</b>	11
<b>I.3 El control sobre la administración Pública</b>	15
<b>I.3.1 La Tutela Jurisdiccional Efectiva</b>	16
<b>I.3.1.2 El proceso contencioso administrativo</b>	18
<b>I.3.1.2.1 La Plena Jurisdicción</b>	20
<b>I.3.2 Vías alternas para cuestionar actos de la Administración Pública</b>	21
<b>I.3.3 La Tutela Cautelar</b>	22
<b>I.3.3.1 Medidas cautelares</b>	23
<b>I.3.3.1.1 Elementos de la medida cautelar</b>	24
<b>I.3.3.1.2 Características de la medida cautelar</b>	25
<b>I.3.3.2 La medida cautelar en el proceso contencioso administrativo</b>	27
<b>I.4. La Tutela Diferenciada</b>	28
<b>CAPÍTULO II: LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b>	31
<b>II.1 El proceso contencioso: Vía para ejercer control sobre la Administración Pública</b>	31
<b>II.2 Las medidas cautelares contra la Administración Pública</b>	33
<b>II.2.1 Casos hipotéticos</b>	33
<b>II.3 Delimitación de la modificación de la medida cautelar</b>	35

II.3.1	La adecuación	36
II.3.2	La variabilidad de la medida cautelar según el Código Procesal Civil	37
II.4	¿Es posible modificar de oficio la medida cautelar conforme a la regulación del Código Procesal Civil?	38
II.4.1	El Principio de Legalidad	39
II.4.2	El sistema procesal peruano	41
II.4.3	Los roles asignados en el artículo 617° del Código Procesal Civil	46
II.5	¿Es posible modificar de oficio la medida cautelar conforme a la regulación del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo?	47
II.5.1	El Principio de Igualdad	48
II.6	Problemática	52
<b>CAPÍTULO III: PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA</b>		55
III.1	Casos similares	55
III.1.1	Las medidas coercitivas en el proceso penal	55
III.1.2	La asignación anticipada de alimentos	57
III.2	Derechos que trascienden el conflicto privado de intereses	59
III.3	Legislación comparada	60
III.3.1	Chile	60
III.3.2	Uruguay	61
III.3.3	Colombia y Costa Rica	64
III.4	Necesidad de modificación de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo	65
III.5	La modificación de oficio en las vías alternas	69
<b>CONCLUSIONES</b>		71
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>		73

## INTRODUCCIÓN

La Administración Pública, para de alcanzar sus fines, cuenta con facultades especiales que le permiten ejercer con eficiencia sus actividades, las cuales se orientan al beneficio de administrados; sin embargo, de ello también se desprende la relación de desigualdad existente entre estos, pues mientras los administrados necesitan de la Administración a fin de satisfacer sus intereses, la decisión final sobre su atención recae en aquella.

En efecto, pues si bien las actuaciones de la Administración se encuentran sujetas al Principio de Legalidad, la facultad de esta para otorgar, negar, administrar y regular sobre los administrados, la coloca en una posición evidentemente ventajosa frente a estos últimos.

Esta diferencia se hace más notoria en el marco de los procedimientos sancionadores iniciados de oficio, en los cuales, la Administración ejerce los roles de denunciante e instancia resolutoria en un mismo procedimiento.

Es por motivo de esta marcada diferencia que se ha previsto que la Administración se encuentre sujeta a múltiples mecanismos de control, cabiendo resaltar entre ellos, al Poder Judicial, encargado de revisar las actuaciones administrativas vía proceso contencioso administrativo.

Sobre dicho mecanismo de control, Guzmán Napurí, señala que este *“es medular en el Estado de derecho, sin el cual no sería posible asegurar un comportamiento adecuado de la Administración”* (Guzmán 2013: 21). Lo manifestado por el autor referido no hace más que afirmar lo indicado en los párrafos precedentes, pues dada la ventajosa posición que ostenta la Administración Pública frente a los administrados, pudiendo ejercer incluso el rol de denunciante, denunciado, parte, sancionador y ejecutante, el control jurisdiccional de sus actuaciones evita (o al menos debería) que ninguna de estas devenga en arbitraria.

Teniendo en claro esta premisa, esto es, la posición ventajosa de la Administración frente al administrado, podemos efectuar la siguiente pregunta ¿la instancia judicial ofrece las garantías suficientes para equilibrar la situación de las partes en un proceso contencioso administrativo? En sentido estricto, así es.

El proceso judicial deviene en un instrumento constituido por una serie de etapas y consecuencias orientadas hacia el logro de un fin, que en este caso es la resolución de un conflicto de intereses entre dos partes, siendo una de ellas, en el caso del proceso contencioso administrativo, la Administración Pública.

En ese sentido, tal como lo señala Ledesma Narváez, el proceso judicial se constituye en un método de debate para que los litigantes, en igualdad de condiciones, expongan sus pretensiones y defensas bajo una dinámica dialéctica, donde ambas partes expondrán sus posiciones y el Juez arribará a una sentencia (Ledesma 2013: 29-30).

Sin embargo, el hecho que el proceso judicial se encuentre destinado a la obtención de una sentencia justa, no significa que durante el desarrollo del proceso las partes no incurran en actos destinados a la dilatación o imposibilidad de la ejecución del pronunciamiento final.

Sobre este punto cabe precisar que, si bien ambas partes pueden incurrir en dichos actos, la Administración, a diferencia de los particulares, como ya se refirió, cuenta con facultades que la colocan en una posición ventajosa, incluso en el marco de un proceso contencioso administrativo, mecanismo de control específico para la Administración Pública.

En efecto, pues es evidente que la Administración tiene los recursos necesarios para vulnerar el debido proceso en sede judicial, y así, asegurar la inejecutabilidad o dilatación del cumplimiento de una sentencia en su favor.

Es por ello que el legislador, en el marco del proceso judicial contencioso administrativo, ha incluido el mecanismo de las medidas cautelares, destinado a evitar fraudes y conseguir la efectividad de las sentencias. Con esta forma de tutela, la parte demandante puede solicitar al Juzgado la salvaguarda de sus intereses sin temer por su afectación por el tiempo.

La efectividad de las medidas cautelares se funda, entre otras características, en su variabilidad, esto es que, durante su vigencia puede sufrir modificaciones conforme la situación lo amerite y así, adaptarse al logro de su función.

De la revisión del Código Procesal Civil, así como del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, se puede apreciar que, efectivamente, las medidas cautelares pueden modificarse, sin embargo, estas normas solo contemplan esta posibilidad si la variación se deriva de un pedido de parte.

De ello, corresponde hacer una nueva pregunta: Esta característica consistente en la modificación a pedido de parte de la medida cautelar, ¿resulta suficiente a efectos de garantizar la futura satisfacción de pretensión en el trámite de un proceso contencioso administrativo?

El presente trabajo se orienta a dar respuesta a ello, teniendo en cuenta para tal efecto que, en dicho proceso la Administración Pública (y todas sus potestades otorgadas por Ley) tiene como oponente al administrado, encontrándose ambos bajo la dirección de un Juez imparcial que debe velar por que, a diferencia del procedimiento administrativo que lo antecedió, este se lleve a cabo en igualdad de condiciones.

Para el análisis de ello, el trabajo se ha dividido en tres capítulos. El primero dirigido a sentar las bases de lo que es la Administración Pública y las facultades que ostenta, así como su rol en el trámite de un proceso contencioso administrativo, estableciendo conceptos claros sobre ello, lo que permitirá dejar evidencia la diferencia que existe entre esta y los administrados.

El segundo capítulo se orienta a explorar el sustento jurídico de la variabilidad de la medida cautelar, no solo en el proceso contencioso administrativo, sino también en el civil, lo que permitirá develar la importancia de dicha característica en cada uno de estos y la necesidad de adecuarla al ámbito del Derecho Procesal al que pertenecen.

En efecto, resulta necesario dejar en claro las diferencias existentes entre cada tipo de proceso, especialmente entre el civil y el contencioso administrativo, pues en este último, a diferencia del primero, la controversia no se limita a un conflicto de intereses particulares, sino a la revisión en instancia judicial de un acto o hecho administrativo, es

decir, de una manifestación de voluntad o actuación de la Administración Pública, lo que resulta relevante a efectos de evaluar la factibilidad de modificar de oficio una medida cautelar.

Finalmente, en el último capítulo se realiza un análisis de las legislaciones de otros países de América Latina y como estas regulan el supuesto de la modificación de la medida cautelar (de oficio o no), profundizando en las características propias de cada sistema jurídico y como es que estas afectan dicha regulación, a fin de determinar si es compatible con el peruano o no.

El objetivo de este trabajo es cuestionar la regulación de un instrumento procesal como la medida cautelar, a fin de determinar si dicha forma de regulación se condice con la finalidad propia del proceso contencioso administrativo, o si a la luz de la realidad y, en comparación con las legislaciones de otros países, esta necesita de un cambio que le permita adaptarse a la real situación de las partes a efectos salvaguardar sus pretensiones hasta la emisión de sentencia.



## CAPÍTULO I

### EL CONTROL DEL PODER

#### I.1 Relaciones de poder

Marcial Rubio Correa define al poder como “... *la capacidad que tiene una persona (o un grupo) de lograr que las conductas de los demás sean realizadas de acuerdo a los términos que ella (o ellos) fijan. Así planteado, el poder consiste en una fuerza capaz de imponerse a los demás y, en principio, en este designio no encuentra más obstáculos que los que le presente otro poder, equivalente o superior*” (Rubio 2017: 38).

En nuestro sistema jurídico, el Estado es el ente legitimado para centralizar el poder, no a fin de ejercerlo de forma absoluta, sino para que lo organice y administre con el propósito de lograr el beneficio de la comunidad, o como lo define Marical Rubio Correa, es “*la forma superior y más poderosa de organizar el poder dentro de la sociedad*” (Rubio 2017: 37).

El Estado, como la organización político jurídica de la comunidad que procura el bien común y su consideración como un objeto real, y no ideal (Rubio 2017: 42), administra y organiza el poder, siendo una de sus atribuciones inherentes la regulación de este último, en virtud a la cual, en el ejercicio de su soberanía somete a los individuos a su autoridad.

En un principio, dicha soberanía recaía en la figura del rey, la cual era absoluta e indivisible, y le otorgaba poder absoluto sobre los ciudadanos y el territorio, incluso por encima de la Ley.

En efecto, pues durante el Estado absolutista, el Estado no se encontraba supeditado al Derecho, sino por el contrario, este último emanaba de la figura del soberano, pensamiento que incluso algunos autores abordaron durante el Estado Liberal, como el caso de John Austin, para quien el derecho no era sino el mandato del soberano.

Para Austin, aún cuando los actos del soberano violen la Constitución, estos podrán ser considerados como anti constitucionales, mas no ilegales, pues no son una vulneración al Derecho en sentido estricto, que es una emanación de la voluntad del soberano.

Es en este contexto que, pensadores como Montesquieu, Adam Smith, Voltaire, John Locke, entre otros, se cuestionaron la relación entre el Estado y el Derecho. El concepto de soberanía inició su cambio con Jean Jacques Rousseau, quien afirmaría en su texto “El contrato social”, que esta se hallaba en el pueblo, siendo dicho libro uno de los principales incitadores de la revolución francesa.

A partir de este concepto de pacto social, y en paralelo con pensamientos de otras personalidades como las referidas en el párrafo anterior, se inició el Estado liberal.

Estos pensadores compartían la idea de que existían normas eternas de Derecho y de justicia superiores a los gobernantes de los estados, e incluso, que los obligaban; en otras palabras, para ellos, el Estado se encuentra sujeto a la autoridad del Derecho. Bajo esta lógica, no es la autoridad impregnada en la figura del gobernante la que le da obligatoriedad al Derecho Positivo, sino, la convicción jurídica del pueblo.



El trasfondo de estas ideologías era en realidad la lucha contra el poder, pero bajo una modalidad no orientada a su derrocamiento y reemplazo, sino a su racionalización, lo que en la actualidad entendemos como “control de poder”. En el absolutismo, la racionalización o control de poder devenía en inviable, pues el gobernante era su personificación, y es por esta razón que en el Estado Liberal se adoptó la concepción de la “separación de poderes”, ideología atribuida a Montesquieu y su obra “Del espíritu de las leyes”.

Si bien en el Estado Liberal, al igual que en el régimen absolutista, el poder es unitario, en el primer caso su titular ya no es el gobernante, sino el pueblo. Es por ello que, la doctrina actual utiliza el término “separación de funciones” del Estado y ya no de poderes (Isasi 2014: 58), pues el poder no es divisible, sino que siempre pertenece al pueblo, el cual es uno.

Y a partir del Estado Liberal, se llega a la máxima expresión del control del poder: la división de funciones, presupuesto según el cual, la organización de un Estado se sustenta en la distribución de estas a cargo de sus distintos órganos.

La finalidad de dicha división es básicamente evitar la concentración de la autoridad en un solo órgano del Estado, pues ello llevaría al despotismo. Este fraccionamiento de autoridad previene, al asignar a diferentes órganos determinadas funciones, que uno de ellos, por sí solo, instaure un régimen autoritario sobre la sociedad.

Ello se sustenta en un sistema de “checks and balances”, *“... según el cual la organización constitucional del Estado se da para evitar el desconocimiento o desborde de los límites fijados para las actividades de los órganos del poder público, mediante el establecimiento de controles y chequeos entre las mismas instituciones públicas, procurando encontrar un equilibrio para su funcionamiento”* (Chaux 2013: 93). Esta premisa parte de la idea de que deben existir varias reglas que permitan a una de las ramas del poder limitar a las otras, y viceversa; “pesos y contrapesos”.

Juan Carlos Cassagne avala esta teoría al señalar que resulta necesario *“... instaurar un sistema de frenos y contrapesos sobre la base de asignaciones de porciones de poder estatal (que siempre es único) a diferentes órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), suponiendo que el equilibrio resultante entre fuerzas antitéticas debe asegurar naturalmente la libertad del hombre”*(Cassagne 2010:102).

La división de poderes fue un concepto plenamente adoptado por los estados liberales, convirtiéndose en su elemento fundamental, y la base del constitucionalismo moderno, habiendo sido adaptado por los Estados según su forma de gobierno (presidencialista, semi presidencialista, parlamentarista).

Cabe precisar que, el principio de la separación de poderes se vincula a la idea de libertad. En efecto, cuando los detentadores del poder son independientes entre sí y se controlan respectivamente, los destinatarios del poder (el pueblo) se encuentran protegidos contra el abuso de poder (Isasi 2014: 58).

Lo expuesto en los párrafos precedentes permite colegir que, en base a experiencias iniciales que derivaron en regímenes absolutistas, se buscó controlar los poderes del Estado, de modo tal que, en mérito a la existencia de pesos y contrapesos, se evite el

autoritarismo de alguno de sus órganos, supuesto que se encuentra legitimado en el caso del Perú, en el artículo 43° de nuestra Carta Magna<sup>1</sup>.

Sin embargo, se debe dejar en claro que, la separación de poderes (o funciones) no implica su reducción; es decir, el hecho que exista un mecanismo de pesos y contrapesos no diezma los poderes del Estado, solo los controla; lo contrario significaría, de forma indirecta, restarle poder a su titular, que es el Pueblo, supuesto que evidentemente constituye un imposible jurídico en un Estado de Derecho.

En este punto debemos señalar que, a efectos del presente trabajo, la característica de mayor relevancia del Estado es la separación de poderes (funciones), no obstante ello, debemos culminar señalando que si bien Europa aportó la institucionalización de la separación de poderes, así como de los textos legales y los conceptos nación y representación, fue en Estados Unidos donde se produjo una importante secuela a la evolución del Estado, como la estructura de un Estado Federal (estado compuesto por otros estados), otra forma diferente de interrelacionar poderes (régimen presidencial) y el control jurisdiccional de las leyes (Rubio 2017: 27 -28).

Teniendo en consideración la línea evolutiva descrita en los párrafos anteriores, corresponde precisar que, al llegar el siglo XIX se difunde la idea del “Estado de Derecho”, entendido como aquel en que el poder es ejercido no como poderío material, sino con observación a ciertas reglas preestablecidas (Priori 2009: 65).

Bajo esta concepción, surge a su vez, el Estado Liberal de Derecho, bajo el cual, conforme lo señala Giovanni Priori, haciendo referencia a Zagrebelsky, la sociedad comienza a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho, y la Ley, que deviene en la expresión de su voluntad, capaz de imponerse en nombre de los intereses trascendentes propios, es concebida como un instrumento de garantías de derechos (Priori 2009: 66).

Este Estado se caracteriza básicamente por la supremacía de la Ley sobre la Administración, así como por la subordinación de los derechos de los ciudadanos a aquella, premisa que varió en el siglo XX con el Estado Constitucional, donde la Ley deja de ser el centro de actuación de la administración, la jurisdicción y los ciudadanos, adecuándose a la Constitución.

Lo anterior nos lleva a la concepción actual que tenemos de Estado, entendido como la realidad jurídica dirigida a organizar el sistema de relaciones de poder que existe en toda sociedad, de modo que se satisfagan las necesidades de sus miembros, afines a la supervivencia y al bienestar general.

## **I.2 La Administración Pública**

El Estado, forma superior de organizar el poder dentro de la sociedad, tiene como finalidad el logro del bien común de la misma, para lo cual desarrolla una serie cometidos acorde a sus atribuciones y competencias, según lo establecido en el ordenamiento jurídico.

---

<sup>1</sup> Artículo 43°.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

Dichas atribuciones y competencias son desarrolladas, en el caso de nuestro país, por los poderes o funciones del Estado, clasificadas en Ejecutiva, Legislativa y Judicial. La primera se encarga de hacer cumplir las leyes y de dirigir la administración de servicios públicos, la segunda organiza al Estado y dicta leyes, mientras que la última resuelve los conflictos entre los particulares y entre estos y el Estado (Isasi 2014: 60).

Si bien a efectos del presente trabajo son de interés las tres funciones del Estado, en este punto cabe resaltar las actuaciones del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. En lo que respecta al primero, es necesario precisar que este se desarrolla en dos “potencias”: la función política y la administrativa (Isasi 2014: 58).

En cuanto a la función política, esta le permite al Estado dirigir a la sociedad al tomar decisiones basadas en su discreción, la misma que es otorgada por Ley, como por ejemplo, la designación de ministros, celebración de tratados internacionales o de acuerdos comerciales.

Por su parte, la función administrativa debe ser entendida como la forma de intervención del Estado en la vida económica y social del país, la misma que se realiza a través de una estructura orgánica o ente encargado de administrar conforme a los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico (Isasi 2014: 58). Para Roberto Dromi, la función administrativa deviene en el objeto propio del Derecho Administrativo, encaminada a obtener un fin determinado, dividiéndola en tres aspectos: sustantivo, orgánico y procesal (Dromi 2004: 197).

Dicho autor entiende que la función administrativa debe dirigirse a alcanzar el fin que le corresponde, independientemente por medio de cuál de sus órganos lo realice (aspecto sustantivo), sin embargo, a fin de lograrlo necesita de una estructura orgánica encargada de ello (aspecto orgánico) (Dromi 2004: 197 – 198), lo que equivale decir, Administración Pública.

En efecto, pues para Dromi, “... *subjetivamente la Administración implica una estructura orgánica, un ente o complejo de entes al que el ordenamiento jurídico le atribuye la función de administrar. En otros términos, Administración Pública en sentido subjetivo equivale a “aparato administrativo”, dentro del ámbito más general del aparato estatal (Alessi y Giannini) que integra también el aparato legislativo y jurisdiccional; de allí que se hable en ocasiones en ocasiones de un Estado administrador, frente a un Estado legislador y a un Estado juez. Con más propiedad, la administración en sentido subjetivo está integrada por el conjunto de órganos que es centro de la función administrativa*” (Dromi 1983: 157 – 158).

Sin embargo, García de Enterría señala que la Administración Pública no puede ser concebida como un complejo orgánico, sino como una persona jurídica, pues todas sus relaciones jurídico – administrativas se sustentan en su calidad de sujeto de derecho, manifestando su voluntad, celebrando contratos, es responsable de sus actos y en consecuencia, un justiciable (García de Enterría 2004: 52).

Por su parte, Ramón Parada la define como “... *las organizaciones que se encuentran dentro del poder ejecutivo del Estado, más las estructuras orgánicas que sirven de soporte al poder legislativo y al poder judicial*” (Parada 2010: 30), otorgándole personería jurídica, pues es un destinatario de normas y judicialmente responsable (Parada 2010: 30).

Analizar las posiciones referidas no es objeto de la presente investigación, pues independientemente de su grado de certeza, todas nos llevan a una misma conclusión: la función administrativa es realizada a través de la Administración Pública, ya sea concebida como una estructura orgánica en sentido estricto, o como una persona jurídica.

Sin perjuicio de ello, a efectos de este trabajo, se tendrá a la Administración Pública como la “personalidad” del Estado encargada de ejercer su función administrativa, más no la función política, la cual es realizada por el Poder Ejecutivo en sentido estricto.

Sin embargo, cabe precisar que, si bien la Administración Pública deviene en una emanación del Poder Ejecutivo, los Poderes Legislativo y Judicial no son ajenos a esta, sino que en cierta forma se encuentran incluidos en ella.

Para entender esta relación del Poder Legislativo y el Poder Judicial con la Administración Pública, debemos remitirnos a la no exclusividad de la función administrativa, regulada en el artículo I del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, el cual los incluye como parte de aquella<sup>2</sup>; ello en mérito a que, además de las funciones propias de sus respectivos ámbitos, también constituyen órganos administrativos.

En efecto, como señala Marcial Rubio Correa, “... los Poderes Legislativo y Judicial cuentan con sendas administraciones para el cumplimiento de sus fines (...). Por la naturaleza de sus funciones, dichas administraciones carecen de relevancia para la producción jurídica pues no tienen funciones importantes ni en la creación de normas, ni en la implementación de procedimientos administrativos frente a la ciudadanía en general” (Rubio 2009: 75).

Ello resulta sumamente coherente, pues si ambos órganos carecieran de funciones administrativas, no podrían emitir actos administrativos o de administración interna, como en el caso del Poder Judicial, el cual emite Resoluciones Administrativas de Presidencia o del Consejo Ejecutivo.

Lo anterior debe dejarnos en claro lo que se debe entender por Administración Pública, y partiendo de ello, a continuación se abordará las actividades mediante las cuales dicho ente desarrolla su función administrativa.

### **I.2.1                                      Actividades de la Administración Pública**

A través de la función administrativa, el Estado puede realizar una gestión de bienes y asuntos públicos con el objeto de proveer los primeros, así como servicios a la colectividad, crear las condiciones necesarias para que la población logre la satisfacción de sus necesidades de carácter general y garantizar su desenvolvimiento en un medio seguro y ordenado, rodeada de las garantías indispensables para su realización personal y social (Isasi 2014: 61).

---

<sup>2</sup> Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos;

(...)

3. El Poder Judicial;

(...)

La función administrativa se desarrolla a través de diferentes formas, todas destinadas a intervenir en la vida económica y social de la comunidad. Cuando hablamos de “diferentes formas”, nos referimos a las actividades que realiza el Poder Ejecutivo a fin de ejercer su función administrativa, y no a todas las intervenciones que puede realizar el Estado en sentido estricto, pues si bien toda actuación administrativa es una intervención estatal, no toda intervención estatal es una actividad administrativa.

Recordemos que el Estado tiene una multiforme actividad que afecta la vida de los ciudadanos, la misma que puede derivarse de la emisión de leyes por el Congreso o cuando el Poder Judicial resuelve un conflicto de intereses; sin embargo, en el presente caso nos limitaremos exclusivamente a la actividad administrativa.

Dicho esto, precisamos que de todas las actividades administrativas, el Estado moderno ha puesto mayor énfasis solo en algunas, entre ellas la actividad de policía, la prestación de servicios públicos y la comercial e industrial; ello en mérito a que a diferencia de épocas anteriores, el Estado no se limita a hacer que sus ciudadanos cumplan con la legalidad del ordenamiento jurídico, sino ahora también, promueve determinados valores constitucionales que tengan una vigencia social efectiva y de aplicación inmediata.

En otras palabras, las actividades que desarrolla el Estado no tienen como única función el respeto al ordenamiento jurídico vigente, sino también la promoción de conductas que conduzcan a una concientización del respeto a la Ley y a los demás ciudadanos.

Ello no solo obedece a una evolución del Estado, sino también a la complejidad de la sociedad actual, de sus necesidades y el incremento de sus expectativas de satisfacción, por lo que el Estado se debe adaptar a dichos cambios a fin de alcanzar su finalidad.

Partiendo de dicha premisa, corresponde precisar que no existe una coincidencia exacta en la doctrina sobre las actividades que realiza la Administración. Por ejemplo, como señala Ramón Parada, Jordana de Pozas utilizaba una clasificación tripartita de la actividad administrativa, dividiéndola en actividad de policía, fomento y servicio público (Parada 2010: 360).

Por su parte, el propio Parada amplía dicha clasificación, extendiéndola a cinco, comprendiendo también las actividades sancionadora y arbitral, las mismas que en la concepción tripartita, se encontraban comprendidas en la actividad de policía (Parada 2010: 361).

Si bien la doctrina no tiene una clasificación adoptada por una mayoría en especial, en el presente trabajo se considerará como actividades de la Administración Pública a las siguientes:

- a) Actividad de Policía: Esta forma de actividad del Estado se puede definir como un conjunto de prescripciones reglamentarias o actos administrativos en virtud a los que, la Administración Pública compele a los administrados a adecuar su actividad particular al interés público (Isasi 2014: 161).

En palabras de Olivera Toro, se trata de imposiciones, actos de coacción de la libertad necesarios para asegurar el orden público (Isasi 2014: 162). Sin embargo, cabe precisar que, cuando se habla de imposiciones, se debe entender ese

término en el contexto de que ningún derecho es absoluto, pues en un régimen democrático ninguna libertad es ilimitada.

Partiendo de dicha premisa, se debe agregar además que, si bien ningún derecho es irrestricto totalmente, la actividad de policía tampoco lo es, pues no puede intervenir en ámbitos relacionados a la intimidad personal o familiar, ni a la libertad de conciencia y creencia, sin perjuicio de que en estos dos últimos casos, dichas libertades pueden ser objeto de limitaciones si se ejercen en el ámbito público en situaciones determinadas.

En ese sentido, la actividad de policía se desarrolla en el marco del Principio de Legalidad<sup>3</sup> en el caso de la Administración Pública, y en mérito a lo establecido en el literal a) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú<sup>4</sup>, en el caso de los administrados.

- b) Actividad de fomento: Esta actividad se refiere a la promoción mediante incentivos a los ciudadanos para que realicen determinadas actividades de interés público.

A diferencia de la actividad de policía, en este caso, la Administración Pública, en lugar de recurrir a su poder coactivo, promueve diversos mecanismos para que los ciudadanos realicen actividades que beneficien sus intereses particulares, al mismo tiempo que el interés general.

Ramón Parada ha señalado que la actividad de fomento de la Administración Pública debe entenderse como “... *aquella modalidad de intervención administrativa que se consiste en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos*” (Parada 2004: 390).

Esta actividad se sustenta en el hecho que no basta la libertad individual para que el conjunto social sirva al interés público, cabiendo precisar que el fomento no constituye exoneraciones tributarias u otras modalidades de promoción que el Estado puede utilizar en virtud a su capacidad legislativa, sino a ventajas de la Administración Pública que pueden ser de carácter económico como no económico; en el primer caso, hablamos de subsidios o subvenciones, mientras que en el segundo, de condecoraciones o reconocimientos (Isasi 2014: 61).

- c) Actividad prestacional: En este punto nos ubicamos en la actividad de la Administración Pública orientada a la prestación de bienes y servicios para la satisfacción del interés público.

---

<sup>3</sup> TUO de la Ley N° 27444

**Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

<sup>4</sup> **Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:**

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Consiste en la administración de los servicios públicos, entendidos como los servicios de carácter general para la población; sin embargo, ello no significa que necesariamente estos serán prestados directamente por la Administración Pública, pudiendo recurrir a entidades del sector privado.

Respecto a este último supuesto, la Administración Pública desarrollará una fiscalización y supervisión de la prestación efectiva en satisfacción del interés de la comunidad.

- d) Actividad comercial e industrial: El Estado también puede realizar actividades comerciales e industriales orientadas al mercado interno y la exportación, ya sea supliendo o compitiendo con la actividad privada (Isasi 2014: 183).

En el caso específico del Perú, dicha actividad solo debe ejercerse en forma subsidiaria, es decir, cuando la actividad privada no puede satisfacer ciertas necesidades del mercado (Isasi 2014: 183).

Esta forma de intervención estatal se sustenta en el interés público y una alta conveniencia nacional, debiendo encontrarse siempre autorizada por Ley<sup>5</sup>.

- e) Actividad normativa: Deviene en la potestad de la Administración Pública para emitir normas de rango inferior a una ley, como los reglamentos, ya sea que regulen la aplicación de leyes o tengan una naturaleza autónoma.

Cabe precisar que esta actividad también comprende la tipificación de infracciones por el incumplimiento de otros dispositivos legales.

- f) Actividad sancionadora: A través de esta, la Administración puede sancionar a los administrados que han cometido infracciones normativas, que sin ser delitos, acarrear una sanción.

La actividad sancionadora posee ciertos principios, recogidos en el TUO de la Ley N° 27444, que tienen por finalidad proteger al particular de posibles actos arbitrarios de la Administración. Cabe precisar además que, si bien esta actividad puede partir de una denuncia y culminar con una sanción, no se trata de un juicio, pues no tiene una naturaleza jurisdiccional.

- g) Actividad arbitral: Es aquella en la cual la autoridad administrativa resuelve de manera definitiva una controversia suscitada entre particulares, a través de una decisión que resulta ser vinculante para las partes en conflicto.

Se da en el marco de un procedimiento biangular, es decir, en la que participan dos sujetos. Por un lado, un administrado particular con una pretensión, y por otro,

---

<sup>5</sup> Constitución Política del Perú

Pluralismo Económico

Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

la Administración Pública, que ejerce el rol de juez y parte, toda vez que debe decidir sobre si concede o no la pretensión (Isasi 2014: 192).

Cabe precisar que, considerando que algunos servicios públicos son prestados por entidades particulares (concesionarias), pueden existir dos administrados en posiciones contrapuestas, correspondiéndole a la Administración Pública resolver el conflicto, a lo que se denomina procedimiento trilateral.

Esta actividad arbitral no debe ser confundida con el arbitraje de naturaleza jurisdiccional, en la que un tribunal arbitral o un único árbitro produce cosa juzgada, pues a diferencia de dicho tipo de arbitraje, las decisiones de la Administración Pública son plasmadas en actos administrativos, los que pueden ser impugnados a través de procesos contenciosos administrativos.

### **I.3 El control sobre la administración Pública**

Como se aprecia del título anterior, resulta evidente que el campo de acción de la Administración es amplio y casi ilimitado, pues afecta la vida de los ciudadanos prácticamente en forma absoluta, al punto que estos dependen de aquella para vivir en sociedad.

En ese sentido, un efecto colateral de estas funciones de la Administración Pública, en caso sean efectivizadas de forma errónea o perniciosa, es el daño que se generaría a la sociedad y sus miembros dada la disparidad que existe entre ambos.

Entonces, teniendo en cuenta la existencia de una figura jurídica con tan amplias y variadas potestades, resulta evidente la necesidad de controlar su accionar, pues como se mencionó a lo largo del presente capítulo, la lucha contra el poder es un precepto tan antiguo como el surgimiento del concepto mismo de autoridad.

En un Estado de Derecho Constitucional como el nuestro, el primer control ejercido sobre la Administración Pública es el Principio de Legalidad.

En efecto, la Administración Pública se rige por el Principio de Legalidad, según el cual, al Estado no le resulta aplicable la premisa constitucional de "*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*"<sup>6</sup>, sino por el contrario, debe actuar solo en estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico, posición avalada por el Tribunal Constitucional<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Constitución Política del Perú  
Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:  
(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

<sup>7</sup> Sentencia recaída en el expediente N° 0135-1996-AA

2. Que, en mérito de lo expuesto, el principio invocado por el demandante supuestamente conculcado: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" no se aplica en las relaciones jurídicas de derecho público, en el cual el funcionario tiene que limitarse a las funciones de su competencia expresamente establecidas. Este principio, en cambio si es aplicable en las relaciones jurídicas de derecho privado laboral, bajo el cual si la ley expresamente no obliga al trabajador a realizar algo, su omisión no es sancionable, solo debe limitarse a lo explícitamente pactado. En el caso sub-materia, la ley especial expresamente prohíbe, la importación de calzado y útiles de aseo usado para fines comerciales.



En ese sentido, las entidades del Estado no pueden actuar en virtud a vacíos normativos ante la falta de prohibiciones expresas de la Ley, sino que deben actuar solo para lo que se encuentran expresamente facultadas.

Como es evidente, dadas las facultades con las que cuenta, el Principio de Legalidad es el límite que el legislador ha impuesto a la Administración Pública para que no exceda las mismas. Pero ¿cómo se lleva cabo este primer control? A través del procedimiento administrativo.

En efecto, el procedimiento administrativo es el trámite por medio del cual la Administración Pública toma sus decisiones, a las cuales se denomina actos administrativos.

En este punto surge una segunda pregunta: ¿Cómo es que a través del procedimiento administrativo la Administración cumple con el Principio de Legalidad?

El procedimiento básicamente es la etapa de conocimiento previo que requiere la Administración Pública para tomar una decisión fundada en derecho, es decir, emitir un acto administrativo que cumpla con la normativa vigente en la materia.

Como se aprecia de lo anterior, el procedimiento administrativo constituye un control ejercido por la Administración sobre sí misma, a través de diversas clases de procedimientos según la naturaleza del asunto sobre el que versa.

En ese sentido, el procedimiento administrativo ha sido diseñado de modo tal que garantice los derechos de los administrados y a la vez, satisfaga el interés general. Si no se cumple con ello, el procedimiento habrá contravenido el Principio de Legalidad.

Es por ello que, cuando un administrado considere que la actuación administrativa ha sido emitida en contravención al principio referido, podrá impugnarlo ante sede judicial, tomando forma así el segundo control, ejercido por el órgano jurisdiccional.

Lo expuesto en los últimos párrafos describe a grandes rasgos el primer control de la Administración, el cual es llevado a cabo por la misma al garantizar mediante el procedimiento administrativo que sus decisiones se encuentren sujetas a la normativa vigente.

Dicho esto, corresponde pasar al segundo control, el cual, como ya dijimos, recae en el órgano jurisdiccional y es sobre el que se centra el presente trabajo.

### **I.3.1 La Tutela Jurisdiccional Efectiva**

En título anterior concluyó señalando que las actividades que ejerce la Administración Pública tienen no solo uno, sino dos controles, el primero es el Principio de Legalidad, ejercido por la propia autoridad administrativa, y el segundo es el ejercido por el órgano jurisdiccional, es decir, por una autoridad diferente a la administrativa.

Sobre este último, corresponde precisar que la jurisdicción no es solo un poder más del Estado, sino también constituye un deber de este, pues no puede sustraerse de su cumplimiento (Monroy Gálvez 2007: 453).

¿Cómo es que se hace efectivo este “poder – deber” del Estado? La respuesta es la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

En un contexto jurídico, el término “tutela” evoca la necesidad de protección contra un incumplimiento del marco legal vigente, que viene lesionando principios generales que constituyen bases de la convivencia social, o determinadas situaciones jurídicas. Como señala Giovanni Priori, cuando dicha protección es brindada por un órgano jurisdiccional, se le denomina “tutela jurisdiccional” (Priori 2006: 31).

Según Couture, la Tutela Jurisdiccional Efectiva deviene en la satisfacción efectiva de los fines del derecho, es decir, la concretización de la paz social mediante la imposición de normas jurídicas (Obando 2000: 62).

Por su parte, Aníbal Quiroga expresa que *“la tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales para evitar que el legislador ordinario instituya leyes procesales de modo tan irrazonables que, debido a bruscos cambios de la coyuntura política, virtualmente impida a las partes la defensa de sus derechos y a los jueces el cumplimiento de su función jurisdiccional”* (Quiroga 1991: 61).

Monroy Gálvez la entiende como el derecho que tiene todo sujeto a acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica presuntamente vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución (Priori 2003: 280) y capaz de producir efectos tanto en las situaciones de hecho como de derecho (Priori 2011: 547).

Asimismo, el Código Procesal Civil consagra este derecho en el artículo I de su Título Preliminar, en concordancia con el tercer inciso del artículo 139° de la Constitución Política del Perú<sup>8</sup>, al señalar que *“Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”*.

Lo anterior, en primera instancia, nos llevaría a entender que la Tutela Jurisdiccional Efectiva es un derecho de los administrados, sin embargo, en concordancia con lo dicho al inicio del presente título, también constituye un deber del Estado.

Ello en mérito a que, al ser un derecho del ciudadano que solo puede materializarse a través del órgano jurisdiccional, una negación involucraría la vulneración del mismo por parte del propio Estado.

Monroy Gálvez apoya esta posición, señalando que, *“... basta que un sujeto de derechos lo solicite o exija, para que el Estado se encuentre obligado a otorgar tutela jurídica”* (Monroy Gálvez 2007: 453).

---

<sup>8</sup> Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

(...)

En ese sentido, la Tutela Jurisdiccional Efectiva se puede definir como el mecanismo de protección de los derechos fundamentales, en virtud al cual toda persona está legitimada para efectuar un reclamo ante los órganos jurisdiccionales mediante procedimientos ya establecidos.

En el caso que nos atañe, la Tutela Jurisdiccional Efectiva se circunscribe a las afectaciones recaídas en los derechos de los administrados por parte de actos, actuaciones u omisiones de la Administración Pública. Para el ejercicio de dicha tutela, el legislador ha previsto una vía especial, denominada “proceso contencioso administrativo”, exclusivo para cuestionar las actividades de la función administrativa del Estado que afecten derechos de los administrados.

Este tipo de tutela jurisdiccional es una evidente manifestación de la separación de funciones propia de un Estado de Derecho Constitucional, pues a diferencia del procedimiento administrativo, donde la propia Administración supervisa sus actos, aquí nos encontramos ante una forma de control del poder realizado por una autoridad diferente, específicamente, del Poder Judicial sobre el Poder Ejecutivo (Administración Pública).

El hecho que se haya creado una vía especial para discutir las actuaciones de la Administración Pública no solo revela la relevancia de sus actos respecto de los administrados, sino también del contar con un proceso idóneo que permita al órgano jurisdiccional promover un ámbito de igualdad entre las partes, las cuales provienen de un procedimiento administrativo donde la Administración ha adoptado la postura de juez y parte.

### **I.3.1.2 El proceso contencioso administrativo**

Conforme a lo expuesto previamente, no hay duda que la Administración Pública ejerce importantes cuotas de poder, incidiendo decisivamente en la configuración de la vida social, política, económica o jurídica de la comunidad.

Ante esta realidad, el riesgo de que la Administración exceda sus facultades y vulnere los derechos fundamentales de algunos ciudadanos, es evidente y real, mas aún si consideramos que el primer control sobre esta es ejercido por la misma. Partiendo de ello, es que el legislador ha implementado el segundo mecanismo de control de sus actos, actuaciones y omisiones.

En ese sentido, se ha previsto que los administrados tengan siempre abierta la posibilidad de buscar resolver las situaciones conflictivas con la Administración Pública en sede judicial, escenario imparcial y garantista especializado en la materia.

A esta instancia competente para cuestionar las decisiones de la Administración Pública, se le ha denominado proceso contencioso administrativo, la misma que, como señala Ramón Parada, “... *tiene la dura misión de controlar actos de poder*” (Parada 2010: 628).

El proceso contencioso administrativo tuvo su raíz en la teoría de separación de poderes de Montesquieu, sin embargo, como señala Giovanni Priori, durante la Revolución Francesa se adoptó una particular interpretación de dicho concepto, disponiendo así en la Ley N° 16-24, de agosto de 1790, que las funciones judiciales siempre han de

permanecer separadas de las funciones administrativas, precisando que la acción judicial no podía cuestionar una actuación de la Administración (Priori 2009: 50).

Ello fue, como refiere el autor citado, la exacerbación del principio de separación de poderes, pues al menos para los franceses de la época, “... *era absolutamente trascendente limitar cualquier intervención jurisdiccional en el ámbito de la Administración*” (Priori 2009: 51).

Sin embargo, como es evidente, la falta de intervención del Poder Judicial en los asuntos de la Administración no evitó la existencia de actos arbitrarios de esta última que afectaban o amenazaban la libertad de los administrados, por lo que en Francia se creó un sistema de control de la Administración, que denominaron “contencioso-administrativo”, cuyo encargado era el Consejo de Estado, creado por la Constitución napoleónica (Priori 2009: 51).

Dicho Consejo de Estado no constituía una instancia judicial, sino era parte de la Administración, pues como lo señala Giovanni Priori, en Francia de la época, “juzgar a la Administración sigue siendo administrar” (Priori 2009: 51 – 52).

La influencia del sistema francés influyó en otros países, como España, donde si bien al inicio se adoptó una posición similar a la francesa, en la que el sistema contencioso administrativo es encargado a la propia Administración, eventualmente, le otorgaron dicha competencia a la función jurisdiccional.

En el Perú, fue recién con la emisión de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 que se consagró la posibilidad de cuestionar en sede judicial los actos de la Administración Pública, evolución que continuó en los siguientes cuerpos normativos que se emitieron en los años venideros, sin embargo, fue hasta la promulgación de la Ley N° 27584, Ley del proceso contencioso administrativo, que el proceso alcanzó las características actuales.

En efecto, se le definió como un proceso distinto y autónomo con respecto al civil, y de Plena Jurisdicción; esto último resultó en un gran avance, pues significaba que el Juez no se limitaría a establecer la ineficacia o nulidad del acto administrativo, sino a brindar una tutela efectiva de los derechos e intereses de los administrados.

La evolución del proceso contencioso administrativo continuó con la emisión del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013- 2008-JUS, en el que se introducen algunas modificaciones a la regulación anterior.

Dicho esto, se puede concluir que el proceso contencioso administrativo no deviene en un proceso judicial “ordinario”, sino en uno específicamente diseñado para resolver un conflicto de intereses entre dos partes desiguales, provenientes de un procedimiento previo en donde una de ellas ha desempeñado el rol de juez y parte.

En efecto, pues como señala García de Enterría, “*No es la Administración respecto de esta pieza capital del sistema jurídico que es la Justicia –en el sentido procesal de la expresión- un sujeto cualquiera; su posición difiere esencialmente de la propia de los demás sujetos*” (García de Enterría 2004: 535).

A fin de ilustrar dicha premisa, el autor compara la posición de la Administración ante la justicia con la de los demás administrados en el caso de la ejecución de sus decisiones, pues a diferencia de las pretensiones de los particulares, los actos administrativos no necesitan de un mandato judicial para ejecutarse, sino que por sí solas gozan de ejecutoriedad (García de Enterría 2004: 537).

El ejemplo de García de Enterría revela un hecho que es incuestionable: la Administración siempre se encuentra en ventaja frente al administrado.

En ese sentido, el autor referido señala que el proceso contencioso administrativo tiene dos objetivos, uno de ellos es controlar si la decisión de la Administración ha respetado el Principio de Legalidad, mientras que el otro es garantizar la Tutela Jurisdiccional Efectiva para todos los ciudadanos (García de Enterría 2000: 34).

Para Giovanni Priori, el proceso contencioso administrativo es el instrumento a través del cual el Estado despliega su función jurisdiccional ante una pretensión de un ciudadano, destinada a brindar una efectiva tutela a una situación jurídica que ha sido lesionada o es amenazada por una actuación ilegal o inconstitucional por parte de la Administración Pública, en el ejercicio de su función administrativa (Priori 2009: 96).

Lo expuesto nos lleva a generar una premisa básica de lo que en principio se debe entender por el proceso contencioso administrativo, y esta es, la revisión por parte del órgano jurisdiccional de los actos emitidos por la Administración.

#### **I.3.1.2.1 La Plena Jurisdicción**

Como se señaló previamente, una de las principales características del proceso contencioso administrativo peruano es la Plena Jurisdicción. Esta figura involucra que el análisis jurisdiccional no se limite a determinar si la Administración actuó o no conforme a Derecho, sino a establecer si el Estado, a través de función administrativa, respetó los derechos fundamentales de los administrados.

En efecto, la Plena Jurisdicción permite al administrado solicitar la tutela de la generalidad de sus derechos subjetivos lesionados por la Administración, y con ello, que el proceso no se le limite a que el órgano jurisdiccional determine la nulidad o no del acto impugnado, debiéndose pronunciar sobre el conflicto de fondo.

Es decir, la vía contenciosa administrativa no devino en una instancia meramente revisora de la forma del acto administrativo, sino también respecto de su contenido, es decir, sobre el fondo de la materia controvertida.

Esta figura jurídica se instauró en el Perú con la vigencia de la Ley N° 27584, esencialmente en su artículo 1° y en el numeral 2 de su artículo 5°:

##### **Artículo 1.- Finalidad**

*La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.*

*Para los efectos de esta Ley, la acción contencioso administrativa se denominará proceso contencioso administrativo.*

#### **Artículo 5.- Pretensiones**

*En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:*

*(...)*

*2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.*

Dichos artículos le atribuyeron al juzgador, como señala Ramón Huapaya Tapia, los mismos plenos poderes que un juez ordinario, permitiéndole así el restablecimiento de la legalidad de la posición del administrado, objeto de la actuación irregular de la Administración (Huapaya 2006: 845).

En ese sentido, esta figura jurídica permite el análisis por parte del órgano jurisdiccional de los derechos subjetivos del administrado presuntamente afectados, reconociéndolos, restableciéndolos y adoptando todas las medidas necesarias para garantizar su efectiva satisfacción (Salas 2012 – 2013: 222).

¿La razón de otorgarle esta potestad al juez en lo contencioso administrativo? El poder “nulificante” del órgano jurisdiccional en este proceso resultaba manifiestamente insuficiente, pues no tenía mayor utilidad en casos, por ejemplo, de denegación de una licencia de funcionamiento, a pesar que previamente haya operado el silencio administrativo positivo; o cuando se le niega al ciudadano lo solicitado en base a una arbitrariedad de la Administración, no obstante, el acto que materializa dicha denegación reviste todas las formalidades pertinentes (Huapaya 2016: 847).

La Plena Jurisdicción constituye un aspecto relevante del presente trabajo, pues a través de esta, el legislador ha dotado de mayores atribuciones al órgano jurisdiccional para que ejerza un mayor control sobre los actos de la Administración.

#### **1.3.2 Vías alternas para cuestionar actos de la Administración Pública**

Cabe precisar que, el proceso contencioso administrativo no es la única forma de controlar los actos de la Administración Pública, pues el TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo contempla la posibilidad de cuestionar actuaciones administrativas a través de procesos constitucionales cuando se vulneren derechos fundamentales<sup>9</sup>.

En ese sentido, es posible cuestionar actos de la Administración Pública sin necesidad de acudir a la vía contenciosa administrativa, correspondiendo recurrir a un proceso constitucional cuando se vulnere un derecho fundamental.

---

<sup>9</sup> Artículo 3.- Exclusividad del proceso contencioso administrativo

Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales.

De igual forma, el TUO también ha previsto que los actos emitidos por Autoridades Administrativas de Trabajo sean impugnados ante jueces laborales, pero siguiendo el proceso contencioso administrativo.

De ello se puede colegir que, si bien el proceso seguirá las reglas instauradas por el TUO de la Ley del proceso contencioso administrativo, el fondo del asunto será evaluado en virtud de normas estrictamente laborales, pues el Juez a cargo del proceso es especialista en dicha materia y no necesariamente en el rubro administrativo.

Como se aprecia de lo anterior, el legislador ha optado por vías alternativas para ejercer control sobre la Administración Pública, adecuando el proceso y la figura del juzgador según el derecho vulnerado. Cabe precisar que, si bien estas formas de tutela sobre los actos de la Administración no son objeto del presente trabajo, de igual forma se abordarán de forma general en los capítulos siguientes.

### **I.3.3 La Tutela Cautelar**

Para Giovanni Priori Posada la Tutela Jurisdiccional Efectiva tiene dos expresiones. La primera es el derecho a la efectividad en sí, y la segunda es el derecho a la garantía de efectividad. La Tutela Cautelar se halla en el segundo supuesto, que comprende el derecho fundamental de los administrados para obtener el dictado y la ejecución oportuna de medidas cautelares (Priori 2009: 243).

Por su parte, Rubio Llorente sostiene que el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva tiene como contenidos específicos los siguientes: 1) el libre acceso a la jurisdicción; 2) las posibilidades de alegación y defensa; 3) la obtención de una resolución sobre la pretensión procesal deducida que sea motivada, razonable, congruente y que esté basada en el sistema de fuentes; 4) el acceso a los recursos legalmente establecidos; y, 5) la ejecución de la resolución judicial firme (Rubio Llorente 1995: 271 – 291).

A efectos del presente trabajo, corresponde referirnos al último de los supuestos mencionados en el párrafo anterior: el derecho a la ejecución del fallo.

Como es evidente, este versa sobre el derecho de los justiciables a la efectividad de la sentencia, que es la finalidad del proceso. Esta finalidad solo se alcanzará si el órgano jurisdiccional ofrece las garantías y medios necesarios para tal efecto, como la Tutela Cautelar.

La Tutela Cautelar deviene en una de las formas que adopta la Tutela Jurisdiccional Efectiva para garantizar su óptimo rendimiento de forma anticipada a la resolución del caso.

A fin de precisar ello, debemos partir de la premisa de que la función de los órganos jurisdiccionales, esto es, juzgar y ejecutar lo juzgado, no es inmediata, pues adoptar una decisión que resuelva una situación jurídica controvertida lleva tiempo, el cual puede ser contraproducente para la parte que solicitó la tutela (Ledesma 2013: 2019).

Ello se condice con lo señalado por Giovanni Priori, cuando indica que la función de la Tutela Cautelar es evitar que la duración del proceso termine por convertir en irreparable la lesión sufrida a los derechos del justiciable (Priori 2006: 34).

Esta premisa se encuentra acorde también a lo señalado por Eugenia Ariano, quien la concibe como una auténtica garantía del ciudadano para obtener la tutela efectiva y definitiva de sus derechos (Ariano 2014: 18).

Dicho esto, se puede colegir que la Tutela Cautelar no se encuentra orientada a hacer justicia en sentido estricto, sino que es un medio para lograr esta. Es por ello que una de sus características principales es su variabilidad, toda vez que debe adaptarse a cada caso particular, a efectos de garantizar que el tiempo no haga inviable la concretización de la pretensión principal.

La relevancia de la Tutela Cautelar involucra que su limitación devenga en una lesión o afectación del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva pues su negación (injustificada) contravendría el eficaz funcionamiento de la justicia.

En efecto, como un derivado de la tutela jurisdiccional efectiva, constituye una atribución sumamente importante para que el juzgador cumpla con el objeto del proceso, que es resolver la cuestión litigiosa y satisfacer el interés de los justiciables, supuesto que adquiere mayor relevancia en el proceso contencioso administrativo, en el cual, el conflicto versa sobre una presunta irregularidad de una decisión, actuación u omisión de la Administración respecto de los ciudadanos.

Es así como la Tutela Cautelar, en el ámbito contencioso administrativo, deviene en una herramienta eficaz del control del poder, ejercido en este caso por la Administración Pública en una etapa previa donde adoptó los roles de juez y parte.

### **I.3.3.1 Medidas cautelares**

La medida cautelar viene a ser el instituto jurídico a través del cual se materializa la Tutela Cautelar, o como señala Giovanni Priori, “... es una providencia jurisdiccional dictada con la finalidad de garantizar la eficacia de la sentencia” (Priori 2009: 242).

Por su parte, Manuel Diez la define como actos procesales que en el curso de un proceso, o previamente a él, fueron dictados a solicitud de interesado para asegurar bienes o pruebas y mantener una situación de hecho, como anticipo de una garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes y para no tornar ilusorias las sentencias judiciales (Diez 1996: 71).

El artículo 608° del Código Procesal Civil, indica que esta se encuentra “destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”.

En ese sentido, para contrarrestar los efectos nefastos del tiempo que imposibiliten la eficacia de la sentencia, el legislador ha adoptado un sistema amplio de Tutela Cautelar, que comprende diversos tipos de medidas, como las de futura ejecución forzada, temporales sobre el fondo, innovativas y no innovativas, sin perjuicio de la medida genérica señalada en el artículo 629° del Código Procesal Civil<sup>10</sup>, en virtud a la cual, es posible adoptar cualquier medida orientada a asegurar la eficacia de la sentencia (Ledesma 2013: 219).

---

<sup>10</sup> Artículo 629°.- Medida cautelar genérica

Además de las medidas cautelares reguladas en este código y otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.



La gama de medidas cautelares comprendidas en el Código Procesal Civil, evidencian la prioridad otorgada al legislador para que la efectividad de la decisión judicial no se vea frustrada, más aún si consideramos que la ha dotado de características ciertamente importantes.

#### **I.3.3.1.1 Elementos de la medida cautelar**

Como es conocido, los elementos o presupuestos para la concesión de la medida cautelar son la verosimilitud del Derecho y el peligro en la demora, los cuales se procede a detallar a continuación:

- a) *Verosimilitud del Derecho:* Para Marianella Ledesma Narváez, este presupuesto deviene en la comprobación de la apariencia del derecho invocado, de modo que, según el cálculo de probabilidades, exista una real posibilidad de la certeza de la pretensión (Ledesma 2013: 76 – 77).

En ese sentido, continúa la autora señalando que, no es necesario “... un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo en grado aceptable de verosimilitud, como la probabilidad de que este exista, y no como una incuestionable realidad que solo se logrará al agotarse el trámite” (Ledesma 2013: 77).

Por su parte, para Ariano Deho, la verosimilitud del derecho versa sobre una hipótesis, la cual dejará de serlo y pasará a ser una certeza con el pronunciamiento de fondo (Ariano 2014: 96).

Lo anterior permite colegir que, la concesión de la medida cautelar solo gira en torno a la posibilidad de que el derecho materia de tutela de fondo sea real, no siendo necesario tener certeza absoluta del mismo.

- b) *Peligro en la demora:* Como ya se mencionó, la medida cautelar tiene por objeto evitar que la duración el proceso termine por convertir en irreparable la lesión sufrida a los derechos del justiciable.

El presupuesto del peligro en la demora se funda en esta premisa, y como dice Giovanni Priori, es el interés para obrar del solicitante que debe verificar el Juzgado, a efectos de conceder la medida cautelar (Priori 2006: 37).

En ese sentido, el peligro en la demora constituye el fundamento principal de la medida cautelar, pues es la justificación de la necesidad de asegurar la efectividad de la sentencia.

Ello en la medida que, si bien todo proceso conlleva un peligro en la demora, no necesariamente dicho proceso será objeto de tutela cautelar. La Tutela Cautelar obedece a que la duración del proceso por sí misma, genera un riesgo de que el derecho reclamado devenga en inejecutable.

En ese sentido, el peligro en la demora, a efectos de otorgar Tutela cautelar, debe conllevar un auténtico peligro de daño, como indica Ariano Deho (Ariano 2014: 93). Esta autora, haciendo referencia a Piero Calamandrei, señala que el peligro en la demora que sirve de base a la medida cautelar, no es el peligro genérico de daño

jurídico, el cual puede ser obviado por la tutela ordinaria (Ariano 2014: 93), sino el peligro de un daño que le reste efectividad a la sentencia, derivado de la duración del proceso.

En ese sentido, solo si el Juez determina que existe una posibilidad de que este tipo de daño irreparable tenga lugar, se concederá la medida cautelar, caso contrario, la cautela será denegada.

La verosimilitud del derecho y el peligro en la demora son los dos requisitos o presupuestos indispensables para que el órgano jurisdiccional conceda una medida cautelar, pues justifican la necesidad de una tutela que garantice la eficacia final de la sentencia.

Sin embargo, se debe tener en claro que conceder una medida cautelar no es lo mismo que ejecutarla. En efecto, pues la concesión de la medida no involucra necesariamente la posibilidad de ejecución; para ello es necesario que el solicitante ofrezca una contracautela.

La contracautela es la caución a cargo del solicitante de la medida cautelar, a través de la cual ofrece un “seguro” en caso la tutela de fondo le resulte adversa. En otras palabras, esta “... *caución es la garantía que ofrece el solicitante de una medida cautelar con la que respalda el pago de la eventual indemnización de daños y perjuicios al que se pudiera ver obligado, en caso la medida cautelar obtenida haya sido ejecutada indebidamente*” (Priori 2006: 95).

Giovanni Priori justifica la existencia de la contracautela por el hecho que constituye un instituto que permite al solicitante de la medida responder por los daños y perjuicios por la ejecución indebida de una medida cautelar (Priori 2006: 95).

En ese sentido, la contracautela deviene en un presupuesto o requisito de la medida cautelar, pero no para concederla, sino para ejecutarla, supuesto regulado en el artículo 610° del Código Procesal Civil<sup>11</sup>.

#### **I.3.3.1.2 Características de la medida cautelar**

Conforme al artículo 612° del Código Procesal Civil, las características del Código Procesal Civil son el prejuzgamiento, la provisoriedad, la instrumentalidad y finalmente, la variabilidad, característica de mayor relevancia a efectos del presente trabajo. No obstante ello, a continuación se procederá a describir cada una de estas características.

- a) *Prejuzgamiento:* Conforme lo señala Marianella Ledesma, la medida cautelar importa un prejuzgamiento, toda vez que, a través de esta, el Juez anticipa opinión, mas no lo compele a resolver el tema de fondo en atención a la medida dictada. Ello en mérito a que, pese a haber sido concedida, esta puede ser alterada por lo actuado en la etapa probatoria, lo que tiene como consecuencia que la decisión final no se condiga con ella, inclusive llegando a ser contraria (Ledesma 2011: 436).

---

<sup>11</sup> Artículo 610.- El que pide la medida debe:

(...)

4. Ofrecer contracautela; y

(...).

En efecto, pues la medida cautelar no busca la certeza del derecho que reclama, sino asegurarlo hasta que el Juez adopte una decisión definitiva.

En ese sentido, el prejuzgamiento solo involucra un juicio de probabilidades y verosimilitud de la que sale una hipótesis, cuya coincidencia con la realidad solo se podrá verificar cuando se emita sentencia (Ledesma 2011: 436).

- b) *Provisoriedad*: Por su parte, la provisoriedad involucra que la duración de la medida sea limitada y relacionada al fallo definitivo del proceso, puesto que, una vez emitida la sentencia, esta se extingue de forma automática (Ledesma 2011: 436). En efecto, pues si la sentencia es desfavorable, la medida es levantada, y si es favorable, la medida desaparece para transformarse en una medida de ejecución (Ledesma 2013: 488).

Cabe precisar que, incluso la medida puede desaparecer sin que se haya emitido la sentencia, como en el caso que desaparezca la apariencia del derecho o el peligro en la demora.

Este concepto de provisoriedad es compartido por Eugenia Ariano Deho, al señalar que su “... ciclo vital está condicionado al ciclo temporal del proceso de fondo, al cual sirve” (Ariano 2014: 53).

- c) *Instrumentalidad*: La medida cautelar nace al servicio del proceso definitivo, puesto que no tiene un fin por sí misma (Ariano 2014: 490). En efecto, pues la medida se encuentra siempre subordinada al fallo definitivo, aun cuando preceda al proceso principal (Ledesma 2011: 436).

La utilidad de la medida cautelar no se orienta a obtener justicia, sino a garantizar su funcionamiento, motivo por el cual, no puede existir un proceso cautelar si no hay un proceso definitivo, lo que quiere decir que, una vez agotado este, la medida dictada desaparece (Ledesma 2013: 490).

En ese sentido, las medidas cautelares solo devienen en “... un anticipo de la garantía jurisdiccional otorgada para la defensa de la persona y de los derechos; por lo tanto, deben encontrarse vinculadas con la pretensión principal a fin de cumplir la función de aseguramiento del derecho esgrimido” (Ledesma 2013: 491).

- c) *Variabilidad*: Esta característica de la medida cautelar es fundamental a efectos del presente trabajo, por lo que se procederá a analizarla con mayor detalle que el resto de características.

Dicho esto, corresponde señalar que, en principio, si bien una medida cautelar se concede en función a la apariencia del Derecho y al peligro en la demora, durante el tiempo que tome el proceso pueden ocurrir circunstancias que hagan variar dichos presupuestos.

Ese cambio de circunstancias es lo que sustenta la variabilidad de la medida cautelar, y es por eso que la Tutela Cautelar nace bajo una especie de cláusula *rebus sic stantibus*, pues se mantendrá tal como ha sido concedida hasta que dichas circunstancias varíen (Ariano 2014: 53).

Solo cuando dicha variación ocurra, será permisible la mutación de los elementos de la resolución cautelar, en razón a la modificación de las circunstancias en que fue concedida, así como su restablecimiento conforme a los nuevos elementos surgidos, pudiendo darse así su sustitución, ampliación, revocación o reducción en cualquier momento, previa evaluación del Juez (Ledesma 2013: 494).

Es por ello que, como señala Ariano Deho, la Tutela Cautelar es una suerte de tutela camaleónica, pues tiene que adaptarse a las situaciones que sean necesarias para asegurar la eficacia de la tutela de fondo (Ariano 2014: 55).

Lo anterior permite colegir que la variabilidad no es solo una característica más de la medida cautelar, sino que es algo que le permite alcanzar su finalidad. La instrumentalidad, la provisoriedad y el prejuzgamiento son cualidades intrínsecas de la medida cautelar, pues le permiten existir, sin embargo, la variabilidad es la cualidad que le permite lograr su objetivo principal: la eficacia de la tutela de fondo.

Es por ello que, Marianella Ledesma Narváz concluye que *“Cuantas veces cambie la situación que motivó la expedición de una medida cautelar, el juez podrá modificarla, por ello se dice que a través de la variación se busca adaptar la medida al logro de su función”* (Ledesma 2013: 493).

Teniendo en cuenta que el tema principal del presente trabajo es la modificación de la medida cautelar, corresponde formular la siguiente pregunta: ¿Cuál es la relación exacta entre la variabilidad y la modificación de la medida cautelar? En principio, variabilidad abarca la sustitución, ampliación, revocación y reducción de la medida cautelar. ¿Y la modificación?

Para Marianella Ledesma, cuando se habla de variación, dicho término implica necesariamente su modificación. La autora señala que *“Una de las características de la medida cautelar es su variabilidad. Ello implica que la medida dictada puede ser modificada para lograr simetría entre ella y la naturaleza, magnitud o extensión de la tutela ordenada. Cuando no se aprecia este equilibrio, el sistema cautelar permite que cualquiera de las partes pueda modificarla, a través de la mejora, ampliación, reducción y sustitución de la ya ordenada medida cautelar.”* (Ledesma 2011: 451) (Subrayado agregado).

En ese sentido, cuando se hace referencia a la variación de la medida cautelar, básicamente ello significa que esta puede modificarse; ¿y cuáles son las formas de modificación? La ampliación, reducción, la mejora y la sustitución.

### **I.3.3.2 La medida cautelar en el proceso contencioso administrativo**

En lo que concierne al proceso contencioso administrativo, si bien el artículo 38° del TUO de la Ley señala que a dicha vía resultan aplicables todas las medidas cautelares reguladas en el Código Procesal Civil, en este proceso, por su propia naturaleza, orientado a determinar la irregularidad de las decisiones de la Administración, resultan relevantes las medidas de innovar y no innovar.

En efecto, pues como señala Giovanni Priori Posada, en el proceso contencioso administrativo son de especial procedencia las medidas de innovar y no innovar, perdiendo sus rasgos de excepcionalidad que tenían en el proceso civil (Priori 2009: 264).

No obstante ello, se debe resaltar el hecho que, a pesar de haberse previsto medidas cautelares específicas para el proceso contencioso administrativo, como las señaladas en el párrafo anterior, el legislador no ha reducido la importancia de esta forma de Tutela Jurisdiccional Efectiva en dicho proceso, en el cual, si bien las situaciones que dan origen a la Tutela Cautelar resultan mucho menos variadas que las del proceso civil, el TUO contempla el uso de todas las medidas cautelares del Código Procesal Civil, lo que incluye la medida genérica.

#### **I.4. La Tutela Diferenciada**

Como señala Giovanni Priori, tradicionalmente han existido dos formas de Tutela Jurisdiccional Efectiva, la cognitiva y la ejecutiva. La primera consiste en la determinación de la existencia de una situación jurídica, su lesión e individualizar los efectos jurídicos necesarios para eliminarla. Para ello es necesario que, previamente, haya tenido lugar un proceso a través del cual, las partes hayan intentado convencer al Juez de la efectiva existencia de dicha situación (Priori 2006: 33).

En palabras del autor, la tutela cognitiva deviene en “... una forma de protección de situaciones jurídicas de ventaja que opera, sea eliminando una incertidumbre jurídica que evita la plena realización, goce o satisfacción de una determinada situación jurídica; sea disponiendo un remedio jurídico previsto por el ordenamiento que modifique, constituya o extinga una relación jurídica cuando ello sea necesario para la protección de una situación jurídica; o sea disponiendo que se cumpla con aquella conducta que resulta necesaria para lograr la protección de la situación jurídica” (Priori 2006: 33).

Por su parte, la tutela ejecutiva consiste en “... la realización de determinada conducta, mediando la intervención jurisdiccional, con la cual se logrará la efectiva protección de la situación jurídica de ventaja (Priori 2006: 34)”. Básicamente, son los medios de coacción o coerción de la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Sin embargo, conforme evoluciona el Derecho, así como la sociedad, surgen nuevas situaciones que no se amoldan a ninguna de las tutelas referidas, por lo que es necesario que se implementen nuevas formas de tutela por parte del órgano jurisdiccional. Es a estas nuevas formas de tutela a las que se ha denominado tutela diferenciada.

El inicio del siglo XX presentó características particulares respecto de las relaciones sociales que significaron un reto para el ordenamiento jurídico (Monroy Gálvez – Monroy Palacios 2000: 176). En efecto, pues comienzan a surgir nuevos derechos, como los fungibles y otros que no soportan el transcurso del proceso, surgiendo así una alternativa a la tutela jurisdiccional ordinaria jurídica (Monroy Gálvez – Monroy Palacios 2000: 177): la Tutela Diferenciada.

Para Giovanni Priori Posada, la Tutela Diferenciada comprende básicamente cuatro formas. La primera es la Tutela Preventiva, que consiste en la protección a situaciones jurídicas ante situaciones de amenaza, de forma que el órgano jurisdiccional actúe antes que se produzca la lesión (Priori 2006: 35); asimismo, este autor, dentro de este tipo de tutela también ubica a la inhibitoria, la cual, según Luiz Guilherme Marinoni, consiste en un proceso de conocimiento de naturaleza preventiva destinado a impedir la práctica, la repetición o la continuación de un ilícito, no requiriendo la posibilidad de daño, sino solo del ilícito (Marinoni 2010: 30).

La tercera forma de tutela diferenciada es la de urgencia, que se da en aquellos casos en que la decisión jurisdiccional definitiva tiene que ser emitida de forma inmediata por la situación de urgencia, la cual no se relaciona a la duración del proceso (Priori 2006: 35).

La cuarta es la Tutela Anticipada, la que tiene lugar en los casos en que, los efectos de la decisión definitiva se adelantan a de la sentencia (Priori 2006: 35).

Finalmente, se encuentra la Tutela Cautelar, la cual, para Priori es una forma de tutela más, no encontrándose inmersa en alguna de las anteriores.

Para otros autores como Juan Monroy Gálvez, la Tutela Diferenciada se divide en dos formas. La primera es la Tutela Diferenciada Preventiva y la Tutela Diferenciada de Urgencia (Monroy Gálvez – Monroy Palacios 2000: 180); a su vez, esta última se divide en Tutela de Urgencia Cautelar y Tutela de Urgencia Satisfactiva.

La Tutela Diferenciada Preventiva para el autor referido, “... *identifica a aquel tipo de actividad jurisdiccional que tiene por finalidades específicas eliminar las incertidumbres jurídicas u obtener sentencias condenatorias –de hacer o no hacer-no susceptibles de ser satisfechas por reparación patrimonial, es decir, de prestaciones infungibles*” (Monroy Gálvez – Monroy Palacios 2000: 180).

Al igual que Priori, Monroy también comprende dentro de esta forma de tutela a la inhibitoria, a la cual define de forma similar como lo hizo Guilherme Marinoni, al señalar que deviene en “... *la prestación jurisdiccional específica, destinada a impedir la práctica, continuación o repetición del ilícito, por medio de un mandato judicial irreemplazable de hacer o de no hacer, según sea la conducta comisiva u omisiva*” (Monroy Gálvez – Monroy Palacios 2000: 183).

Por su parte, la Tutela de Urgencia es aquella cuya finalidad es neutralizar o eliminar la frustración proveniente del peligro en la demora durante la secuela de un proceso (Monroy Gálvez – Monroy Palacios 2000: 190); partiendo de dicha premisa, es que el autor incluye en este tipo de tutela a la cautelar y a la satisfactiva (anticipada).

Como se aprecia de lo anterior, las formas de Tutela Diferenciada pueden variar según la percepción del autor, sin embargo, a efectos del presente trabajo, se dividirá a la Tutela Diferenciada en cuatro formas: la Tutela Preventiva, Tutela Inhibitoria, Tutela de Urgencia (dentro de la cual se ubica la Tutela Cautelar), y Tutela Anticipada, siendo relevantes para los capítulos siguientes, las dos últimas.

En ese sentido, corresponde efectuar una diferencia entre la Tutela Urgente, específicamente la Tutela Cautelar, y la Tutela Anticipada. En primer lugar, conforme a las definiciones dadas previamente, una medida cautelar es una forma de Tutela Urgente, pues a través de esta el Juez garantiza la efectividad de la sentencia sin pronunciarse sobre el fondo, previniendo así el daño irreparable a un derecho de la parte.

Por su parte, la Tutela Anticipada consiste en la satisfacción anticipada de la pretensión del solicitante. En efecto, pues si bien no involucra un pronunciamiento sobre el fondo o sobre la pretensión en sí, el pedido puede ser concedido en forma total o parcial.

Como señala Luiz Guilherme Marinoni, la Tutela Anticipada evidencia el uso distorsionado de la técnica cautelar para la obtención de una tutela que en principio solo podría ser

concedida al final del proceso de conocimiento (Marinoni 2010: 31). Para el autor referido, la tutela anticipatoria “... es satisfactiva del derecho material, permitiendo su realización – y no su seguridad- mediante una cognición sumaria o verosimilitud” (Marinoni 2010: 33).

En ese sentido, mientras el órgano jurisdiccional, a través la Tutela Cautelar dicta una medida destinada a asegurar la efectividad de la sentencia, sin conceder la pretensión, la Tutela Anticipada sí permite ello, es decir, la satisfacción de la pretensión principal, sin perjuicio de que ello sea provisorio, pues se encuentra sujeto a lo resuelto en el proceso de fondo.



## CAPÍTULO II

### LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

#### II.1 El proceso contencioso: Vía para ejercer control sobre la Administración Pública

Lo expuesto en el capítulo anterior tenía por finalidad dejar en claro tres aspectos que resultan relevantes a fin de abordar este capítulo.

El primero de ellos es que, entre el administrado y la Administración Pública existe una relación asimétrica a favor de esta última. Dicha posición ventajosa a favor de la Administración se sustenta en el hecho que, a fin de satisfacer las necesidades de los particulares, esta debe contar con facultades especiales que le permitan lograr dicho objetivo.

Partiendo de dicha premisa, resulta evidente la necesidad de un sistema de control sobre la Administración Pública, el cual se puede dar a través de diversos mecanismos, como por ejemplo, la Ley o el órgano jurisdiccional. Pero ¿por qué? ¿por qué existe la necesidad de controlar los actos de la Administración? La respuesta a ello es que, al estar encargado de realizar diversas funciones a favor de la comunidad, las facultades con las que cuenta para tal fin, también pueden ocasionar perjuicios en los administrados.

En efecto, si bien su finalidad es alcanzar el bien común de la sociedad, es una realidad histórica los excesos cometidos en ocasiones por la Administración Pública. Ello en la medida que, como se refirió en el capítulo anterior, bajo la premisa de que el gobernante era la única autoridad competente y legítima para conducir de forma exclusiva una comunidad o Estado, no se fijaron límites para ella como en la actualidad.

Sin embargo, con el transcurrir del tiempo y con la evolución del Estado, se implementaron algunos límites, siendo el primero de ellos el Principio de Legalidad, que habilitaba a las entidades del Estado a realizar solo las actividades para las que expresamente se les haya facultado, y el cual perdura hasta la fecha.

No obstante, no se debe pasar por alto el hecho que la Administración Pública es un ente conducido por personas naturales y, como consecuencia de esto, los errores en dicha conducción llevan a su vez a errores en lo administrativo, ya sea por interpretaciones normativas erróneas, apreciaciones equivocadas de situaciones de hecho o por simples actos de corrupción.

García de Enterría ofrece una explicación bastante directa y concisa:

*Los administradores tendrían que ser de sustancia divina si no abusaran con alguna frecuencia de ese formidable poder, que echa sobre el administrado la tremenda carga de un proceso impugnatorio cuyo final se demora a cuatro, a siete, a diez años (García de Enterría 1992: 166).*

Estas contingencias en las que puede incurrir la Administración generan conflictos con los administrados. En ese sentido, el segundo aspecto a resaltar consiste en que, el legislador, a fin de resolver dichos conflictos, producto de la relación asimétrica entre el



administrado y la Administración Pública, ha creado una vía procedimental denominada proceso contencioso administrativo.

Este es el proceso es a través del cual el órgano jurisdiccional ejerce control sobre las actuaciones de la Administración, creado específicamente para resolver conflictos entre esta y los administrados, pues como señaló Lowenstein “*La libertad de los destinatarios del poder sólo quedará garantizada cuando se controle debidamente el ejercicio del poder llevado a cabo por sus detentadores*” (Lowenstein 1970: 29).

Finalmente, el tercer aspecto a resaltar es que, el órgano jurisdiccional, a fin de resolver los conflictos de intereses entre las partes del proceso contencioso administrativo, cuenta con mecanismos que le permiten hacer efectivo de pronunciamiento final, como la medida cautelar, los Principios del proceso, la Plena Jurisdicción y la Tutela Judicial Efectiva.

Dicho esto, corresponde precisar que un análisis concordado de estos tres aspectos llevaría a colegir que el proceso contencioso administrativo, específicamente diseñado para ejercer control sobre los actos de la Administración Pública, permitiría “nivelar” la asimetría existente entre esta y los administrados; sin embargo, ello no es del todo cierto.

La medida cautelar en el proceso contencioso administrativo es un ejemplo de ello. Como se mencionó en el capítulo anterior, su regulación se encuentra prevista en el TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, sin embargo, este hace una remisión casi total al Código Procesal Civil.

En ese sentido, considerando las características y variedad de las medidas cautelares previstas en el proceso civil, se podría suponer que la remisión de la norma contenciosa administrativa a la civil resulta ventajosa.

Sin embargo, como señala Huamán Ordoñez, “*La redacción del TUO en torno a medidas cautelares brilla por su parquedad*” (Huamán: 2014: 1441). En efecto, si bien el legislador al regular las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, no ha reducido su importancia en relación al proceso civil, lo cierto es que a diferencia de este último, el conflicto de intereses sobre el que el Juzgado deberá pronunciarse, no gira en torno a dos sujetos particulares<sup>12</sup>, sino entre un administrado y la Administración Pública, conflicto que, en principio, se deriva de un procedimiento administrativo previo donde el ente público ha sido juez y parte.

Teniendo en consideración ello, al ser el proceso contencioso administrativo la vía diseñada para revisar las irregularidades en que pudiera haber incurrido la Administración Pública, que ostenta funciones o potestades que lo ponen en una evidente ventaja frente a los administrados, resultaba necesario contar con un desarrollo mayor de la Tutela Cautelar.

Recordemos que, el proceso contencioso administrativo no es más que otra forma de control del poder ejercida por el Estado sobre el Estado mismo, razón suficiente por la que se debió regular este proceso de modo que genere una verdadera igualdad entre las partes durante su trámite.

---

<sup>12</sup> Si bien en un proceso civil una de las partes puede tratarse de una entidad pública, no lo hace en calidad de Administración, sino como particular.

Entonces, ¿por qué la Tutela Cautelar en el proceso contencioso administrativo cuenta con los mismos elementos que en el proceso civil? Una controversia surgida entre particulares no debería ser regulada del mismo modo que una surgida entre dispares.

En efecto, la forma de garantizar la eficacia de la sentencia en el proceso contencioso administrativo no puede ser la misma que el proceso civil, sino que debe contar con presupuestos únicos y exclusivos para el proceso contencioso administrativo, como por ejemplo, la modificación de oficio de la medida cautelar, supuesto que es objeto del presente trabajo.

## **II.2 Las medidas cautelares contra la Administración Pública**

### **II.2.1 Casos hipotéticos**

A fin de ilustrar la problemática que surge ante la falta de previsión expresa por parte del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo para que el Juez modifique de oficio una medida cautelar, resulta conveniente citar ejemplos que evidencien las consecuencias de esta situación.

Para ello se utilizarán casos que involucren el dictado de medidas cautelares de innovar y no innovar, por ser estas las formas de tutela cautelar esenciales del proceso contencioso administrativo.

a) *Caso 1: Medida de no innovar contra las funciones normativa y sancionadora de la Administración Pública*

Una empresa dedicada a la colocación de avisos publicitarios solicita la licencia respectiva al municipio distrital correspondiente, a efectos de instalar un aviso publicitario en la terraza de un edificio de cuatro pisos en la calle "X".

La Municipalidad deniega la licencia, por lo que la empresa procede a interponer el recurso de apelación respectivo y, transcurrido el plazo legal correspondiente, la Administración no lo resuelve. Ante ello, la empresa, en aplicación del silencio administrativo positivo, tiene por fundado su medio impugnativo y coloca el panel publicitario en la ubicación solicitada.

La Municipalidad eventualmente emite una resolución declarando infundado el recurso de apelación y declara la nulidad de la "resolución ficta" que concedió la licencia, ante lo cual, la empresa impugna en la vía contenciosa administrativa la decisión de la Administración, además de interponer una medida cautelar de no innovar, destinada a evitar que la Municipalidad retire el panel publicitario ya instalado, la cual es admitida.

Hasta este punto la situación no cuenta con alguna característica en particular que la diferencie de un conflicto de intereses entre dos privados, salvo, obviamente, por el hecho que una de las dos partes es una municipalidad, por lo que la regulación de la medida cautelar del proceso civil en principio resultaría suficiente en el presente proceso.

Sin embargo, ello cambia si luego de notificado el admisorio de la medida cautelar a la Municipalidad, esta, en los días siguientes, emite una ordenanza que dispone

la imposición de multas a los propietarios de paneles publicitarios colocados sobre construcciones que superen los dos niveles en la calle "X", así como a los propietarios de los inmuebles que los arrienden para tal efecto.

Con este actuar, la Municipalidad no ha vulnerado el mandato del Juez, pues la medida cautelar solo impedía que esta retire el panel publicitario, más no la imposición de una multa a la empresa, y menos al arrendatario del inmueble.

Como es evidente, si bien la Administración no ha actuado de forma ilegal, cuenta con las facultades suficientes para generar esta situación de coacción para los administrados. En efecto, pues de forma indirecta ha gestionado una vía legalmente válida para que la empresa retire el panel, ya sea ante la imposibilidad de asumir la multa o porque el arrendatario, ante la sanción, ha invocado una causal de imposibilidad jurídica que resuelve el contrato.

Ante esta situación, correspondería que la empresa solicite la modificación de la medida cautelar, sin embargo, ¿y si no lo hace? La lógica señala que lo haría, sin embargo, pueden concurrir situaciones que se lo impidan. Entonces, según nuestra legislación, ¿el Juez puede hacerlo de oficio?

b) Caso 2: Medida innovativa contra la función prestacional de la Administración Pública

Para este caso, se partirá de un supuesto real, tramitado en la vía constitucional en el expediente N° 02005-2009-PA/TC. El proceso inicia el 29 de octubre de 2004, cuando la ONG "Acción de lucha anticorrupción" interpone una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud, a efectos que este se abstenga de iniciar el programa de distribución de la "píldora del día siguiente".

Esta acción bien pudo tramitarse en la vía contencioso administrativa, pues lo que se cuestiona es una actuación de la Administración Pública. En ese sentido, variando la situación, coloquémonos en el supuesto en el cual, el Ministerio de Salud, a través de una resolución ministerial, haya dispuesto el inicio del programa de distribución de la "píldora del día siguiente", y en consecuencia, la ONG, en lugar de acudir a la vía constitucional, lo haya hecho a la vía contenciosa administrativa, teniendo como pretensión la nulidad de dicho acto administrativo.

A su vez, considerado que el programa ya dio inicio, la ONG solicita una medida cautelar que disponga la suspensión de los efectos del programa de distribución, la cual es concedida por el juzgado respectivo.

Si bien el Ministerio de Salud cumple con el mandato judicial suspendiendo los efectos del programa, a través de otra resolución ministerial dispone el inicio de una operación denominada "Plan de incentivos sobre métodos anticonceptivos", a través del cual genera incentivos a favor de los laboratorios que distribuyen pastillas anticonceptivas, entre ellas a la responsable de la distribución de la "píldora del día siguiente", para que reduzcan sus precios y sean accesibles a las personas con menos recursos.

Recordemos que si bien el Estado tiene un rol subsidiario<sup>13</sup>, conforme a lo señalado en el artículo 58° de la Constitución Política del Perú<sup>14</sup>, dicho principio no opera completamente en temas de salud, pues en materia de servicios públicos posee un rol activo, por lo que esta situación es posible.

Asimismo, cabe precisar que la píldora no estaba fuera de circulación, sino que su costo era elevado, por lo que personas con bajos recursos no la podían adquirir.

Partiendo dichas premisas, el Ministerio de Salud no ha contravenido el mandato cautelar, pues en sentido estricto ha suspendido la distribución del fármaco, sin embargo, a través de esta nueva política ha generado una situación que indirectamente lo anula y, en consecuencia, le ha restado efectividad a la futura sentencia.

Si el Juez se percatara de esta situación, ¿debe esperar a que la parte demandante solicite la modificación de la medida cautelar? Si es que eventualmente dicha parte lo hace, la oportunidad en que ello tenga lugar puede darse de forma tardía.

Los ejemplos evidencian una contravención por parte de la Administración Pública al mandato cautelar del órgano jurisdiccional, en virtud a las potestades que ostenta. En otras palabras, la Administración incurre en una ilegalidad a través de un mecanismo legal.

¿Cuál es la solución a esto? Una posibilidad es la modificación de oficio de la medida cautelar. ¿Es posible hacerlo? En sentido estricto no, pues el Código Procesal Civil no lo ha previsto, sin embargo, la falta de regulación sobre un supuesto en concreto no necesariamente involucra su negación.

En ese sentido, corresponde analizar si, en mérito a un análisis detallado y concordado con la doctrina y con los Principios que rigen el proceso, de los artículos que la regulan la medida cautelar en el Código Procesal Civil, se puede concluir la legalidad de esta propuesta.

### **II.3 Delimitación de la modificación de la medida cautelar**

A fin de proceder a plantear la problemática surgida en torno a la posibilidad de modificar de oficio una medida cautelar, previamente corresponde delimitar el supuesto que es materia análisis en el presente trabajo.

Para tal efecto, resulta necesario hacer dos precisiones de conceptos. La primera involucra la diferencia que existe entre adecuación y modificación de la medida cautelar. La segunda consiste en determinar los alcances del término “modificar” la medida cautelar.

---

<sup>13</sup> El rol subsidiario del Estado debe entenderse como la restricción de este para intervenir en los mercados donde existe actividad del sector privado, evitando así la competencia de estos.

<sup>14</sup> **Artículo 58.- Economía Social de Mercado**

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

### II.3.1

### La adecuación

La adecuación es una figura jurídica que se encuentra regulada en el artículo 611° del Código Procesal Civil y cuyo texto es el siguiente:

**Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar**

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión. La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela. La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

(El subrayado es propio).

En forma general, consiste en que, ante una solicitud de medida cautelar, además de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, el Juez debe evaluar si aquella cumple con su objeto, de lo contrario puede disponer su adecuación para tal efecto.

Marianella Ledesma señala que la adecuación tiene por finalidad verificar si la medida solicitada es idónea, por lo que es objeto de una evaluación previa por parte del Juez (Ledesma: 2013: 182) a fin de concederla. Por su parte, Juan Monroy Palacios considera que la adecuación es “... la correlación que debe existir entre el pedido cautelar concreto y la situación jurídica de la que es objeto aquel”, a través del Principio de la mínima injerencia, conforme al cual, el órgano jurisdiccional, ante la posibilidad de trabarse diversas medidas cautelares, debe optar por la menos gravosa (Monroy Palacios: 2004: 266).

En ese sentido, la adecuación deviene en la potestad que tiene el Juez de dictar una medida cautelar distinta a la solicitada, a fin de evitar perjuicios innecesarios o evitables en la parte sobre la que recae la medida, así como adecuarla para que cumpla con su objetivo, que es obtener una tutela de fondo acorde a la pretensión del proceso de fondo.

De ello se puede concluir que la adecuación no deviene en un supuesto de modificación de la medida cautelar, pues para ello sería necesario que previamente existiera un mandato cautelar por parte del órgano jurisdiccional; por el contrario, la adecuación involucra la capacidad del Juez de variar la solicitud de medida cautelar antes de que haya sido admitida.

Es por ello que, la adecuación tiene lugar luego de haber realizado la evaluación de la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora, pero antes de que sea concedida la medida. En efecto, pues solo luego de haber verificado la existencia de dichos requisitos para la admisión de la tutela cautelar solicitada, es que el Juez debe disponer la adecuación de la medida.

Evidentemente, disponer la adecuación en un momento diferente devendría en un imposible jurídico. Optar por la adecuación antes de verificar los requisitos de validez esenciales de dicha figura procesal devendría en un absurdo legal, toda vez que, involucraría adaptar la tutela solicitada antes haber meritudo si la situación de hecho o de derecho necesita efectivamente de dicha tutela; por otro lado, adecuar la medida luego de admitida, devendría en otra figura procesal regulada en el artículo 617° del Código Procesal Civil, como lo es la modificación.

En el presente caso, la adecuación no es objeto de análisis, pues el presente trabajo versa sobre la posibilidad de que el Juez modifique de oficio la medida cautelar, lo que involucra que esta ya haya sido admitida e incluso, ejecutada.

Si bien ambas figuras procesales tienen una misma finalidad, que es que la medida, una vez admitida, cumpla con cautelar la situación que motivó su solicitud, lo cierto es que la regulación de la adecuación que se halla en el Código Procesal Civil, a diferencia de la correspondiente a la modificación de la medida, resulta suficiente, pues se condice con el propósito de la Tutela Judicial Efectiva, toda vez que permite que la sentencia a dictarse en el proceso de fondo sea efectiva (de ser favorable al solicitante).

### **II.3.2 La variabilidad de la medida cautelar según el Código Procesal Civil**

Cuando se habla de variabilidad de la medida cautelar, se está haciendo referencia a su modificación, pues básicamente devienen en el mismo concepto. Si hay que hacer una diferencia, esta consistiría en que la variabilidad es la característica, mientras que la modificación es su aplicación a la realidad; es decir, una medida cautelar es variable en la medida que se puede modificar, y dicha modificación involucra su ampliación, mejora, reducción o sustitución (Ledesma 2011: 451).

Pero, ¿de dónde salen dichos conceptos? ¿Cómo es que se ha llegado a la conclusión de que la modificación de la medida cautelar comprende su ampliación, mejora, reducción y sustitución? Una lectura de los artículos 617° y 628° del Código Procesal Civil, los cuales regulan su variabilidad, permiten llegar a dicha conclusión.

Los artículos referidos señalan lo siguiente:

**Artículo 617.-** *A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial. La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte. Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.*

**Artículo 628.-** *Cuando la medida cautelar garantiza una pretensión dineraria, el afectado puede depositar el monto fijado en la medida, con lo que el Juez de plano la sustituirá. La suma depositada se mantendrá en garantía de la pretensión y devengará el interés legal. Esta decisión es inimpugnable. También procede la sustitución de la medida cuando el afectado ofrezca garantía suficiente a criterio del Juez, quien resolverá previo traslado al peticionante por tres días.*

(Subrayado agregado).

El artículo 617° básicamente contiene la esencia de lo que se debe entender por variabilidad de la medida cautelar, pues regula los supuestos y los alcances de dicha variación al establecer sus solicitantes, el órgano decisorio, las formas en que podría darse y el procedimiento a seguir.

No obstante ello, el contenido del artículo 617° es amplio y general, lo que se parecía del hecho que no hace referencia de forma expresa a la ampliación, reducción o mejora de la medida, sin embargo, señala que puede variarse “modificando su forma”, lo permitiría dicha posibilidad.

En efecto, recordemos que la modificación de la medida cautelar tiene como finalidad la asegurar la ejecución de la pretensión ante la variación de la situación en la que se dictó, por lo que dicha modificación debe comprender cualquier forma en la que esta se pueda dar, de lo contrario no se cumpliría dicho objetivo.

Por tanto, un razonamiento lógico jurídico tiene como resultado que, cuando la norma señala que es posible modificar la medida en su forma, esto debe ser interpretado con el objetivo de la modificación, lo que incluye a la ampliación, reducción o mejora.

En cuanto a la sustitución de la medida, esta se encuentra regulada en el artículo 628° del Código Procesal Civil, supuesto que, a entender de Marianella Ledesma, deviene en otra forma de modificarla (Ledesma 2011: 484), posición que es compartida en el presente trabajo.

La sustitución, conforme al artículo referido, parte de la premisa de que, ante la existencia de una medida cautelar ya dictada por el Juez, la parte afectada por esta deposita el monto de la cuantía sobre la que recayó la misma u ofrece una garantía suficiente que asegure la pretensión de fondo<sup>15</sup>.

Como es evidente, en el proceso civil la sustitución de la medida cautelar tiene un carácter eminentemente dinerario, es decir, el Código Procesal Civil solo ha previsto la posibilidad de sustituir la medida cautelar en supuestos en los cuales dicha medida haya sido dictada para salvaguardar un interés económico.

En ese sentido, si bien la sustitución de la medida cautelar involucra una modificación de la medida cautelar, solo es factible en caso exista una pretensión dineraria, por lo que su aplicación al proceso contencioso administrativo no sería aplicable.

#### **II.4 ¿Es posible modificar de oficio la medida cautelar conforme a la regulación del Código Procesal Civil?**

Habiendo ya delimitado el tema que sustenta el presente trabajo, tal como se ha señalado, la normativa en materia contenciosa administrativa, en lo que respecta a la tutela cautelar, hace una remisión casi total al Código Procesal Civil, por lo que resulta necesario analizar dicha norma.

---

<sup>15</sup> Como es evidente, pues lo señala el propio artículo, este se circunscribe básicamente a pretensiones dinerarias, supuesto poco común en los procesos en la vía contenciosa administrativa.

En el caso del artículo 628°, la delimitación de la medida cautelar, en cuanto a quien debe impulsar la sustitución es bastante claro, pues señala expresamente que solo puede darse a iniciativa de las partes.

Sin embargo, el artículo 617° sí puede dar a un margen de interpretación respecto a la posibilidad de modificar de oficio una medida cautelar. En efecto, pues si bien dicho artículo establece que la medida cautelar puede ser variada a pedido del titular, no prohíbe la modificación de oficio de la misma.

No obstante ello, tanto los operadores del Derecho, como la Doctrina, se han mostrado reacios a acceder a la posibilidad de modificar de oficio una medida cautelar al amparo de lo prescrito en el Código Procesal Civil.

Aquí surge la siguiente pregunta: ¿cómo han llegado a dicha conclusión? ¿por qué entienden que el artículo 617° del Código Procesal Civil es restrictivo? A fin de determinar ello, corresponde tener en cuenta tres posibles razones que justificarían dicha posición, cabiendo precisar que, si bien no todas son correctas o concluyentes, resulta importante analizarlas.

#### **II.4.1 El Principio de Legalidad**

Considerando el título del presente acápite, corresponde iniciar formulando la siguiente pregunta: ¿cómo es que el Principio de Legalidad impediría la modificación de oficio de una medida cautelar?

Como se mencionó en el capítulo anterior, el Principio de Legalidad es aquel conforme al cual, el Estado solo puede actuar en estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico y no a discreción, incluso si no existe una norma que prohíba determinada conducta.

En mérito a dicho principio, las entidades del Estado no pueden realizar conductas que no se encuentren tipificadas en la Ley, en oposición a los particulares que se encuentran facultados a actuar en tanto una norma no lo prohíba.

Por tanto, en virtud al Principio de Legalidad, el Juez solo podría atenerse y aplicar lo expresamente regulado en el artículo 617° del Código Procesal Civil, y al no haber estipulado dicho cuerpo normativo la posibilidad de una modificación de oficio de la medida cautelar, el Juez no podría ordenarla.

En efecto, pues el texto del artículo referido es claro cuando señala que la modificación procede "*A pedido del titular de la medida ... (...) La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido ...*", impidiendo así cualquier otra interpretación que involucre una disposición de otro agente del proceso que no sea una de las partes.

Sin embargo, corresponde tener en cuenta que, si bien tal como se señaló en el primer capítulo, todas las entidades estatales, independientemente del poder del Estado al que pertenezcan, realizan función administrativa en cierta medida, por lo que les resulta aplicable el Principio de Legalidad, el órgano jurisdiccional no lo hace.

Los jueces no realizan actividad administrativa, sino jurisdiccional. Al igual que los vocales de las instancias superiores, los jueces, al dar trámite a un proceso judicial cumplen con la



finalidad del Poder Judicial, que es resolver un conflicto de intereses en el marco de lo que se considera justo conforme a la legislación nacional vigente.

En efecto, los jueces son operadores del Derecho y no simples aplicadores de la Ley. Es decir, estos no necesariamente aplican la norma de forma rígida, sino que también tienen un margen de interpretación de la misma, en concordancia a lo que consideran justo y razonable (Monroy Gálvez 2007 504).

Entonces, imponer el Principio de Legalidad a los jueces involucraría el surgimiento de incoherencias en la actividad jurisdiccional. Por ejemplo, en dicho supuesto, el Juez nunca podría conceder una medida cautelar, pues se encontraría circunscrito al artículo 9° del TUO de la Ley N° 27444, conforme al cual todo acto administrativo se presume válido hasta que se declare su nulidad<sup>16</sup>, por lo que nunca se produciría la apariencia del derecho.

El legislador es consciente de que la labor deliberativa del Juez no puede encontrarse sometida al Principio de Legalidad, por lo que ha implementado mecanismos que lo liberen de ello; en materia cautelar, por ejemplo, el artículo 39° del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo establece que a efectos de conceder dicha medida, debe ponderar la proporcionalidad de esta<sup>17</sup>, lo que involucra una negación tácita a este principio en privilegio a la función interpretativa del órgano jurisdiccional.

Sin embargo, el mayor sustento por el cual podemos concluir que el Juez contencioso administrativo no se encuentra restringido por el Principio de Legalidad, es que dicho proceso ha adoptado un sistema de Plena Jurisdicción, conforme a lo señalado en el artículo 1° del TUO de la Ley que regula dicho proceso:

**Artículo 1° - Finalidad**

*La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.*

En ese sentido, como se señaló en el primer capítulo, la participación del Juez durante el proceso contencioso administrativo no obedece a una simple revisión de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, toda vez que, dicho proceso se orienta a realizar una adecuada Tutela Judicial Efectiva, lo que hace inviable que el Juez se encuentre limitado por el Principio de Legalidad para el ejercicio de sus funciones.

Teniendo en cuenta ello, esto es, que el Juez no es simplemente un aplicador de la norma, sino un intérprete de la misma, ¿por qué no sería posible que realice una interpretación de la norma que le permita ordenar una medida cautelar de oficio?

<sup>16</sup> Artículo 9.- Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.

<sup>17</sup> Artículo 39.- 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, 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.

(...)

La respuesta en principio, al no encontrarse limitado por el Principio de Legalidad, sería que sí es posible que un juez disponga la modificación de oficio de una medida cautelar, sin embargo, una respuesta así solo se podría derivar de un análisis superficial de las normas y del contexto jurídico nacional.

En efecto; en primer lugar, adoptar una posición según la cual, ante la falta de una prohibición expresa de un supuesto específico, este se encontraría permitido por defecto, deviene en una teoría obsoleta denominada “empirismo científico”, para la que no existen lagunas normativas.

Cabe precisar que un vacío o laguna normativa es aquella situación no contemplada en el ordenamiento normativo, es decir, tiene lugar cuando el sistema jurídico no tiene una solución normativa para un caso concreto (Basterra 2000: 285).

En ese sentido, la inconsistencia de la teoría referida radica en que, bajo su premisa, al no existir lagunas normativas, el legislador, aún de forma indirecta, habría regulado todas las situaciones de hecho posibles, siéndoles aplicable siempre alguna figura jurídica; ello, como es evidente, conllevaría la ineficacia absoluta de los Principios del Proceso, e incluso del Derecho, pues al encontrarse reglado todo supuesto, no existiría la necesidad de la existencia de dichos principios.

Esto guarda concordancia con el hecho que, el propio Código Procesal Civil contiene un dispositivo legal que, de forma indirecta, avala la validez de la existencia de lagunas normativas, pues el numeral 4 de su artículo 50° establece que, es un deber del Juez *“Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia”*.

Esta posición también es compartida por Juan F. Monroy Gálvez, quien señala que la obligación del Juez de resolver un conflicto de intereses significa a su vez, proveerle de herramientas jurídicas para tal fin, como los Principios Procesales, destinados a suplir los vacíos u omisiones normativas, ante la imposibilidad de regular cada situación que en la realidad se pudieran producir (Monroy Gálvez 2007: 169).

Retomando la idea principal del trabajo, corresponde señalar que lo expuesto en los párrafos precedentes permite concluir que, la posibilidad de modificar de oficio una medida cautelar no puede medirse en virtud al Principio de Legalidad, puesto que este no resulta de aplicación al órgano jurisdiccional, al menos no del mismo modo que a la Administración Pública, teniendo un margen amplio de interpretación de las normas, así como de aplicarlas a determinados casos solo por analogía.

Partiendo de esto último, si bien al no estar regulado en la norma de forma específica el supuesto de modificación de oficio una medida cautelar, por lo que no se podría colegir *per se* que el Juez se encuentra facultado para hacerlo, cabe la posibilidad de que una interpretación concordante con principios procesales y otras disposiciones normativas aplicables al caso, lo permita.

#### **II.4.2 El sistema procesal peruano**

Teniendo en claro que, el artículo 617° no prohíbe de forma directa la posibilidad de que el Juez modifique de oficio la medida cautelar, y que, en consecuencia, el Juez debe

recurrir a los principios que rigen el proceso a efectos de determinar ello, corresponde analizar la posición de Eugenia Ariano Deho, quien se ha basado en la naturaleza de nuestro sistema procesal para dar una respuesta a la interrogante.

La autora referida ha adoptado una posición según la cual no es posible la modificación de oficio de una medida cautelar, señalando que *“la variación de la medida cautelar solo puede ser lograda a pedido de parte, nunca de oficio, lo cual no solo es técnicamente correcto, sino que constituye el reflejo del principio estructural de nuestro sistema jurídico: el dispositivo”* (Ariano 2014: 57).

Ariano sustenta lo señalado a su vez por Calderón Cuadrado, quien manifestó que *“La vigencia del principio dispositivo nos hace adoptar una posición negativa respecto de esta interrogante<sup>18</sup>. Si concluimos anteriormente que el juez no podría de oficio iniciar un proceso cautelar, tampoco podrá de oficio modificar su propia resolución. Se necesitará en todo caso previa petición de parte”* (Ariano 2014: 57).

A fin de tener en claro la posición de la autora, es necesario tener en cuenta la diferencia entre un sistema dispositivo y uno inquisitivo. Sobre ello, corresponde acotar que un sistema procesal es *“... aquel conjunto de principios e instituciones que configuran una determinada manera de hacer proceso civil”* (Monroy Gálvez 2007: 155), u otro tipo de proceso, como en el presente caso.

El sistema dispositivo es aquel en el que prima el Principio Privatístico, según el cual actividad de las partes es lo primordial en el proceso, toda vez que son las que ponen en movimiento el mismo; ello en la medida que, lo que se discute son los derechos de las partes, los cuales son de absoluto dominio de estos.

Carrión Lugo señala que el sistema dispositivo es aquel donde el proceso se encuentra en el dominio de las partes, puesto que estos son los que inician el mismo a través de la acción, fijan la cuestión litigiosa, respaldan sus pretensiones y portan medios probatorios, limitándose el Juez a desempeñar un rol pasivo, esperando a emitir sentencia a quien acreditó de mejor forma su posición (Carrión 1994: 151).

Por su parte, el Principio Inquisitivo, propio del sistema publicístico, viene a ser lo contrario al Principio Privatístico, pues en este se le da un rol preponderante al Juez, lo que quiere decir la presencia exclusiva y hegemónica del Estado en un proceso que evidentemente tiene un carácter público. En ese sentido, lo más importante no son las partes, sino el objeto del proceso, que es la eficacia del Derecho en sí, toda vez que, el proceso es actividad pública, sujeto a normas de Derecho Público (Monroy Gálvez 2007: 158).

Ello en mérito a que el proceso se encuentra a cargo del Estado y en consecuencia, de quienes lo representan, como el Juez, por lo que su papel es eminentemente activo, pudiendo promover de oficio la acción procesal (Carrión 1994: 154).

Como es evidente, el sistema dispositivo, en principio, es propio del proceso civil, pues este tiene como finalidad la dilucidación de conflictos de intereses surgidos entre

---

<sup>18</sup> La pregunta versaba sobre si el órgano jurisdiccional podría modificar de oficio una medida cautelar ante la variación de las circunstancias en que fue dictada.

particulares, por lo que la participación de estos en su desarrollo deviene en fundamental. Tiene un fin eminentemente individualista.

Por su parte, el sistema inquisitivo es propio del Derecho Penal, en mérito a que las facultades de acusar y juzgar recaen en manos de una misma persona, pues en este caso el Juez y el Ministerio Público realizan una labor coordinada, cabiendo precisar que a diferencia del proceso civil, el primero no tiene un papel neutral durante el desarrollo del proceso penal, sino que efectúa un rol acusatorio y no de mero observador. Contrariamente al proceso civil, su fin es colectivista, pues la comisión de delitos atañe a la sociedad, y no solo a una determinada persona.

Teniendo en claro ello, corresponde retornar a la posición adoptada por Eugenia Ariano Deho, quién negó la posibilidad de modificar de oficio una medida cautelar en virtud a que el proceso civil se sustenta en un sistema dispositivo.

Sobre ello, cabe precisar que, si bien el sistema dispositivo se adapta mejor al proceso civil, lo cierto es que este en realidad este se rige por un sistema mixto, es decir, tiene aspectos tanto del un sistema como del otro.

Esta no solo es una posición adoptada por Carrión Lugo, quien señala que el proceso civil recoge principios y normas que corresponden a ambos sistemas (Carrión Lugo: 154), sino también por Juan F. Monroy Gálvez, quien menciona que “... *no existe país en donde alguno de los sistemas se presente químicamente puro a nivel normativo, es decir, en posición totalmente antagónica al otro*” (Monroy Gálvez 2004: 154).

Lo señalado por los autores referidos es fácilmente verificable de una revisión a los Principios que rigen el proceso civil. En efecto, pues es evidente que los Principios de Iniciativa de Parte<sup>19</sup>, de Congruencia<sup>20</sup> y de Doble Instancia<sup>21</sup> corresponden a un sistema dispositivo, al igual que los postulados del Código Procesal Civil sobre la carga de la prueba<sup>22</sup>, la fundamentación de la demanda<sup>23</sup>, la posibilidad de conciliación<sup>24</sup> y de allanarse o reconocimiento de la demanda<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> Código Procesal Civil

Título Preliminar

Artículo IV.- El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

(...)

<sup>20</sup> *Ibidem*

Artículo VII.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

<sup>21</sup> *Ibidem*

Artículo X.- El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

<sup>22</sup> *Ibidem*

Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

<sup>23</sup> *Ibidem*

Artículo 424.- La demanda se presenta por escrito y contendrá:

(...)

6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad.

<sup>24</sup> *Ibidem*

Artículo 323.- Las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia.

<sup>25</sup> *Ibidem*

Por otro lado, los Principios de Dirección e Impulso del Proceso<sup>26</sup>, de Inmediación, de Concentración, de Celeridad y Economía Procesal<sup>27</sup>, de Conducta Procesal<sup>28</sup>, de Socialización del Proceso<sup>29</sup>, de Integración<sup>30</sup>, de Vinculación y Formalidad<sup>31</sup>, de Adquisición<sup>32</sup> y de Preclusión<sup>33</sup>, corresponden a un sistema inquisitivo.

En ese sentido, en principio, la posición de Eugenia Ariano no sería correcta, pues el proceso civil no se fundamenta en un sistema dispositivo, sino mixto, toda vez que el Juez tiene una participación activa en el trámite del mismo, lo que se ve concretado en el Principio de Impulso del Proceso.

Sin embargo, si se enfoca la posición de la autora desde la perspectiva del Principio de Iniciativa de Parte, encontraríamos que esta es perfectamente sustentable.

Para llegar a dicha conclusión, es necesario partir de dos premisas. La primera es tener en claro en qué consiste el Principio de iniciativa de parte. Como se colige de su propia denominación, conforme a este principio, el proceso solo se puede iniciar a iniciativa de parte, es decir, solo el interesado puede interponer la acción (salvo excepciones específicas).

---

Artículo 330.- El demandado puede expresamente allanarse o reconocer la demanda, legalizando su firma ante el Auxiliar jurisdiccional. En el primer caso acepta la pretensión dirigida contra él; en el segundo, además de aceptar la pretensión, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de ésta.

El reconocimiento se regula por lo dispuesto para el allanamiento.

<sup>26</sup> Ibídem

Artículo II.- La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.

<sup>27</sup> Ibídem

Artículo V.- Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

<sup>28</sup> Artículo IV.- (...)

Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.

<sup>29</sup> Ibídem

Artículo VI.- El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.

<sup>30</sup> Ibídem

Artículo III.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

<sup>31</sup> Ibídem.

Artículo IX.- Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

Las formalidades previstas en este Código son imperativas.

Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada.

<sup>32</sup> Según este Principio, una vez incorporados al proceso, las instrumentales dejan de pertenecer al interesado y forman parte del proceso.

<sup>33</sup> Este Principio establece que los actos que integran el proceso se articulan en un orden determinado, donde cada actividad debe cumplirse en el período designado.

La segunda premisa consiste en que el proceso cautelar es autónomo. En efecto, con la interposición de una medida cautelar se da inicio a un incidente denominado proceso cautelar<sup>34</sup>, el cual, como señala Marianella Ledesma, tiene cierta autonomía (Ledesma 2013: 614), pues a diferencia de los procesos de declaración y ejecución, que son una consecuencia de la certeza obtenida del resultado del proceso, el proceso cautelar obedece a una evaluación de la verosimilitud del derecho invocado.

Dicha autonomía también se desprende de la necesidad de formar un cuaderno incidental en el que aparezca información determinante para admitir, continuar, denegar o revocar una medida cautelar (Ledesma 2013: 614).

En ese sentido, como la propia Ariano Deho señala, si bien el proceso cautelar tiene una naturaleza instrumental, no es un accesorio del proceso principal, o como ella lo denomina, “proceso de fondo” (Ariano 2014: 38)<sup>35</sup>. Sustenta ello en el hecho que es posible el inicio del proceso cautelar sin la necesidad de que exista un proceso de fondo, conforme a lo estipulado en el artículo 608° del Código Procesal Civil<sup>36</sup>.

Cabe precisar que, lo anterior no niega el carácter instrumental del proceso cautelar, pues dicha autora reconoce que este proceso se encuentre inexorablemente ligada al de fondo, lo que infiere de su caducidad en caso este último no sea iniciado dentro del plazo de Ley establecido (Ariano 2014: 40).

Dicho esto, queda claro que, efectivamente, el proceso cautelar goza de cierta autonomía, pues a pesar que las medidas cautelares pueden reputarse como instrumentales o accesorias, dicha instrumentalidad solo se refiere a la existencia de otro proceso, el de fondo, mas no a la de otra pretensión, la misma que puede existir o no (Ledesma 2013: 52).

Teniendo en claro ello, al combinar ambas premisas (principio de iniciativa de parte y la autonomía del proceso cautelar), se llega a la conclusión que el proceso cautelar, al igual que el de fondo, solo puede empezar por iniciativa de parte, el cual es un principio propio y exclusivo del sistema dispositivo.

En ese sentido, la posición de Ariano Deho respecto a la imposibilidad de modificar de oficio una medida cautelar, no se sustentaría en que el sistema procesal civil peruano es uno dispositivo, sino en que el proceso cautelar, al igual que el proceso de fondo, se rige por el Principio de Iniciativa de Parte, el cual, como ya manifestamos, sí es un precepto propio del sistema dispositivo.

---

<sup>34</sup> Cabe precisar que el Código Procesal Civil no define al “proceso cautelar”, no obstante ello, se puede entender a este como el conjunto de actuaciones destinadas a que el Juez dicte una medida orientada a asegurar un resultado. Dicha conclusión se deriva de las definiciones de los términos “proceso” y “cautelar” dadas por Wilvelder Zavaleta Carruitero (En: Zavaleta Carruitero, Wilvelder. Código Procesal Civil: proceso contencioso administrativo, cuadro de distancia, normas complementarias. Rodhas. Quinta edición. 2005. Lima. Pag. 830..

<sup>35</sup> Para la autora, se comete un error al denominar al proceso de fondo como principal o definitivo, pues el primer término se contraponen a lo accesorio, característica que para Ariano Deho no ostenta la medida cautelar, y el segundo se opone a lo provisional, aspecto de la que no solo goza la medida cautelar, pues existen tutelas de fondo provisionales.

<sup>36</sup> Artículo 608. Juez competente, oportunidad y finalidad

El juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste, salvo disposición distinta establecida en el presente Código.

(...).

En ese sentido, el razonamiento de la autora es completamente acertado, pues si hacemos una analogía entre el proceso de fondo y el cautelar, la pretensión en el primero sería equivalente a la medida cautelar solicitada en el segundo, por lo que su modificación de oficio sería equivalente a que también pueda modificarse la pretensión de la demanda luego de haber sido admitida.

Teniendo en cuenta este razonamiento, se puede concluir que, en concordancia con Ariano Deho, admitir la posibilidad de modificar de oficio la medida cautelar, involucraría una vulneración al Principio de Iniciativa de Parte y, consecuentemente, a su naturaleza dispositiva.

#### **II.4.3 Los roles asignados en el artículo 617° del Código Procesal Civil**

Como se desprende de lo expuesto en el acápite anterior, la posición de Eugenia Ariano Deho es correcta, pues llega a una conclusión coherente a partir de un análisis de la naturaleza de nuestro sistema mixto; sin embargo, es posible llegar a la misma conclusión sin recurrir a un análisis del sistema procesal peruano.

Partimos señalando que, si bien el artículo 617° no ha esgrimido una prohibición expresa sobre el supuesto de una modificación de oficio de la medida cautelar, contiene una denegación tácita de dicha posibilidad.

En efecto, pues como se señaló previamente, una de las características de la medida cautelar es la variabilidad, la cual consiste en la posibilidad de que esta sufra modificaciones durante su vigencia, según cambie la situación de hecho o jurídica.

El artículo 617° del Código Procesal Civil otorga a las partes de forma expresa la facultad de solicitar modificar la medida sin hacer referencia alguna a que dicha variación pueda darse de oficio. Entonces, ¿cómo así se puede llegar a la misma conclusión de Eugenia Ariano Deho?

La última parte del artículo 617° deja en claro los roles que desempeña cada parte del proceso en lo que respecta a la variación de la medida cautelar, al señalar lo siguiente:

*Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.*

(El subrayado es nuestro).

Conforme se aprecia del texto citado, la solicitud de variación de la medida cautelar le corresponde a las partes, mientras que la actuación del Juez solo se limita a deliberar si dichas solicitudes obedecen a una situación concreta que amerite su modificación.

En efecto, si bien el artículo citado no contiene una prohibición expresa, al asignar roles en el trámite de la modificación de la medida cautelar, permite identificar las facultades que tiene cada una de las partes y el Juez para tal fin, delegando a este último solo la función de resolver solicitudes y negándole así cualquier acto de discrecionalidad.

Esta lectura del artículo 617° del Código Procesal Civil es compartida por Marianella Ledesma, cuando señala que “Una de las características de la medida cautelar es su

*variabilidad. Ello implica que la medida dictada puede ser modificada para lograr simetría entre ella y la naturaleza, magnitud o extensión de la tutela ordenada. Cuando no se aprecia este equilibrio, el sistema cautelar permite que cualquiera de las partes puedan buscar modificarla ...” (Ledesma 2011: 452) (El subrayado es propio).*

La autora referida, a partir de la revisión del artículo citado, limita la modificación de la medida cautelar a iniciativa de parte, cabiendo precisar que incluso incluye a un tercero como titular de dicha facultad cuando señala que *“La variación de la medida es una facultad que le corresponde no solo a ambas partes sino al tercero legitimado ...”* (Ledesma 2011: 452).

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia de la República ha adoptado un posición similar cuando indica que *“Dada la naturaleza variable de la medida cautelar, el artículo 617° del Código Procesal Civil faculta a que el Juez –a solicitud de parte y en cualquier estado del proceso- variar una medida cautelar en cuanto a la forma, monto o bienes”*<sup>37</sup>.

Lo expuesto en los párrafos anteriores deja en evidencia la imposibilidad jurídica de modificar de oficio la medida cautelar, toda vez que, además de los roles asignados por el artículo 617°, la interpretación concordada de los Principios que rigen el proceso y la naturaleza propia de nuestro sistema procesal (mixto), nos lleva a la misma conclusión.

## **II.5 ¿Es posible modificar de oficio la medida cautelar conforme a la regulación del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo?**

A fin de dar respuesta a esta pregunta, es necesario tener en claro su utilidad, pues en principio, ésta ya habría sido contestada en el título anterior.

En efecto, como ya se mencionó, a efectos de regular la medida cautelar en el proceso contencioso administrativo, el propio TUO de la Ley N° 27584 se remite de forma expresa al Código Procesal Civil<sup>38</sup>. En ese sentido, si en el presente trabajo ya se determinó que no es posible modificar de oficio la medida cautelar conforme a los dispositivos contenidos en el Código Procesal Civil, ¿por qué se hace nuevamente la pregunta?

La pregunta parte de la premisa que, si bien, efectivamente, la medida cautelar en el proceso contencioso administrativo rige por la normativa del Código Procesal Civil, este proceso también cuenta con principios propios, los cuales lo dotan de características especiales que lo diferencian del proceso civil.

Para el caso en concreto, las características especiales referidas en el párrafo anterior, que le permitiría al proceso contencioso administrativo apartarse del proceso civil en materia cautelar, se derivarían del Principio de Igualdad.

---

<sup>37</sup> Apelación N° 581-2008. Sala Civil Permanente Suprema. 4 de marzo de 2008.

<sup>38</sup> 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.



## II.5.1

### El Principio de Igualdad

Si bien los procesos que existen dentro del marco legal nacional comparten determinados principios, algunos son exclusivos de cada proceso, no siendo una excepción a ello el proceso contencioso administrativo, el cual tiene una propia identidad, especialmente frente al proceso civil (Priori 2009: 95), con el cual siempre se le ha relacionado históricamente.

Como parte de dicha identidad se encuentra el Principio de Igualdad, el cual le otorga una especial singularidad al proceso contencioso administrativo.

“Especial” porque en el proceso civil también existe un Principio de Igualdad Procesal, el cual se encuentra tipificado en artículo VI del Código Procesal Civil, sin embargo, obedece a un propósito, si bien similar, distinto al Principio propio del proceso contencioso administrativo.

Básicamente, el Principio de Igualdad Procesal en el ámbito procesal civil consiste en “... *conceder a las partes los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no existan privilegios ni a favor ni en contra de una de ellas*” (Montero 1999: 219 – 220), mientras que el Principio de Igualdad contemplado en el TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo obedece a otro supuesto, el cual tiene como base la premisa de que las partes ya provienen de una relación desigual, específicamente, el procedimiento administrativo, donde la posición de la Administración Pública es enormemente favorable.

Como señala Giovanni Priori Posada, en el proceso contencioso administrativo el legislador ha querido eliminar todos los privilegios de la Administración, dando especial relevancia a los principios y derechos constitucionales, teniendo en cuenta una efectiva tutela de las situaciones jurídicas de los administrados (Priori 2009: 107).

El autor continúa, manifestando que el propósito de este Principio en el proceso contencioso administrativo tiene dos sentidos. El primero es ponerle fin a los privilegios del Estado, mientras que el segundo consiste en el entendimiento real situación de las partes, que es la desigualdad, la cual es arrastrada desde el procedimiento administrativo (Priori 2009: 107 – 108).

En efecto, pues durante el procedimiento administrativo la Administración ha adoptado un rol de juez y parte, ejerciendo, como señala el autor referido, “*Autotutela en su expresión plena*”. En ese sentido, a fin de aplicar de forma correcta el Principio de Igualdad en el proceso contencioso administrativo, este debe ser entendido, no desde un punto de vista formal, como ocurre en el proceso civil, sino en atención a la real posición que se encuentran las partes (Priori 2009: 108).

Con esta posición coincide Huamán Ordoñez, quien señala que la paridad fáctica y jurídica disminuye notablemente en un proceso ajeno al civil, pues si bien dicha paridad funciona en una escena privada o civilista, en la escena donde se encuentra la Administración Pública y el administrado, que es la vía contenciosa administrativa, la situación cambia (Huamán 2014: 151).

Para equilibrar la situación entre las partes, resulta necesario ser consciente de que la igualdad no se logra concibiendo a las partes como iguales, sino haciendo que partes desiguales no lo sean (Priori 2009: 108).

El Principio de Igualdad le da al proceso contencioso administrativo la posibilidad, y a la vez, la singularidad, de que este pueda ser conducido por el Juez de modo que permita igualar una situación que por naturaleza es desventajosa para el administrado.

En ese sentido, la diferencia que hay entre el Principio de Igualdad en el proceso civil y el contencioso administrativo, se sustenta en el hecho que, en el primero la desigualdad puede obedecer a diversos motivos, siendo los más comunes las diferencias económicas, sociales y de información, por lo que la asimetría se puede igualar fácilmente durante el proceso a través de un trato igualitario por parte del Juez.

No obstante, en el caso del proceso contencioso administrativo, la desigualdad no obedece a ninguno de los supuestos referidos en el párrafo anterior, sino a una situación de Derecho. En efecto, en el caso del proceso contencioso administrativo, la asimetría tiene un sustento legal, pues la Administración Pública cuenta con facultades y potestades que el administrado no tiene, ni nunca tendrá.

Lo anterior deja en claro que, el Principio de Igualdad es la vía adecuada para que el Juez pueda conducir el proceso de modo que dicha igualdad no solo sea solo formal, como en el proceso civil, sino que se oriente a brindar las mismas condiciones a dos partes que vienen de una relación asimétrica por naturaleza.

Sin embargo, en este punto surge la siguiente pregunta: ¿cómo se aplica el Principio de Igualdad al caso en concreto? Después de todo, el TULO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo hace una remisión expresa al Código Procesal Civil en lo que refiere al proceso cautelar, y como se señaló previamente, dicha norma no permite una modificación de oficio de la medida cautelar.

Partiendo de dicha premisa, sería posible que el Juez, a fin de procurar la equidad entre partes que por naturaleza son desiguales, modifique de oficio una medida cautelar ya dictada, cuando la situación de hecho o de derecho se haya visto afectada por el accionar de la parte sobre la que recayó.

Si el Juez no puede adoptar esta acción a pesar que la conducta de una de las partes contraviene su mandato, el Principio de Igualdad no tendría esa característica especial del que lo dota el proceso contencioso administrativo, sino sería similar al del proceso civil.

Es necesario reiterar en este punto que el proceso contencioso administrativo peruano es uno de Plena Jurisdicción, conforme se aprecia del artículo 1° del TULO de la Ley N° 27584, el cual establece que “... *la acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados*” (el subrayado es propio).

En ese sentido, el Juez, además de verificar las actuaciones de la Administración Pública, debe velar por la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados (ahora justiciables), lo que implica ejercer una Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Conforme se señaló en el primer capítulo, la Tutela Jurisdiccional Efectiva tiene dos expresiones. La primera es el derecho a la efectividad en sí, y el segundo es el derecho a la garantía de efectividad. A efectos del presente caso, la de mayor relevancia es esta última, pues atañe directamente a la tutela cautelar como forma garantizar la efectividad de la pretensión.

Sobre ello, es importante añadir que, para la Tutela Jurisdiccional Efectiva “... *no es suficiente (...) otorgar a las partes la 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*” (Priori 2009: 243).

Ello permite colegir que las garantías que sustentan la tutela cautelar no se agotan en el proceso, sino en el hecho mismo que estas cumplan su finalidad; es decir, la Tutela Jurisdiccional Efectiva no debe ser entendida como un precepto general que encuentra su límite en el proceso, sino que su efectividad va más allá de este, permitiendo que, independientemente del trámite y etapas propias del mismo, este haya asegurado, desde un inicio, su finalidad.

Dicho esto, ¿cómo el Juez contencioso administrativo puede lograr el control jurídico de la Administración y la tutela de los derechos e intereses de los administrados al mismo tiempo? Ofreciéndoles las garantías mínimas que debe tener el proceso, entre ellas, la garantía a una efectividad de la sentencia, expresión esencial de la Tutela Jurisdiccional Efectiva que se materializa a través de las medidas cautelares.

Considerando que el supuesto de la modificación de oficio de una medida cautelar tiene por finalidad garantizar la efectividad de la sentencia en una situación en la cual, una de las partes (la Administración Pública) cuenta con facultades legalmente establecidas que le permitirían contravenir un mandato cautelar, el Juez, en el marco de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, se encontraría en la obligación de efectuar una interpretación concordada entre los dispositivos del Código Procesal Civil y el Principio de Igualdad Procesal.

Dicha interpretación solo podría tener como conclusión que, la aplicación de la Tutela Cautelar, en el marco de lo dispuesto por el Principio de Igualdad Procesal en la vía contenciosa administrativa, permitiría al Juez modificar de oficio una medida cautelar ya concedida, en caso la Administración haya contravenido el mandato inicial.

¿Por qué en el proceso contencioso administrativo sí y en el proceso civil no? Como se señaló algunos párrafos atrás, el Principio de Igualdad en este tipo de proceso es diferente del que regula el proceso civil, pues este ha sido concebido de modo que la diferencia existente entre la Administración Pública y el administrado no sea omitida por el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, corresponde señalar que la conclusión a la que se ha arribado solo es aparente, pues parte de premisas que, si bien en principio son ciertas, para su aplicación a casos concretos carecen del sustento correspondiente.

Ello en la medida que la Tutela Cautelar ya de por sí constituye una forma de Tutela Jurisdiccional Efectiva del proceso, pues su propósito principal (e inclusive único) es asegurar la eficacia de la sentencia. Entonces, otorgarle a esta forma de garantía mayores garantías para un tipo de proceso específico, como el contencioso

administrativo, sin una norma expresa que así lo disponga, devendría en una vulneración por parte del Juez a su deber de encontrarse supeditado a la Ley<sup>39</sup>.

Sobre esto último, se podría señalar que la norma que habilitaría al Juez a otorgarle a “una garantía más garantías” sería el Principio de Igualdad Procesal, dada las características especiales que este tiene en el proceso contencioso administrativo, sin embargo, la aplicación de este no alcanza para ello.

Giovanni Priori ha señalado sobre el Principio de Igualdad Procesal y las normas en general del proceso contencioso administrativo, que deben ser interpretadas de manera que siempre sean más favorables al administrado, a fin de equiparar a las partes (Priori 2009: 108 – 109).

No obstante, ello no involucra efectuar interpretaciones extensivas de supuestos opuestos a la norma. En efecto, como se señaló en el caso del proceso civil, el artículo 617° del Código adjetivo establece roles tanto para el Juez, como para las partes, siendo que al primero solo le corresponde evaluar las solicitudes de modificación de medida cautelar.

Si bien un razonamiento lógico de lo que significa el Principio de Igualdad Procesal en el proceso contencioso administrativo, permitiría colegir que el Juez, a fin de mantener un equilibrio entre las partes, se encontraría facultado para llevar a cabo de oficio una modificación de la medida cautelar, el órgano jurisdiccional solo puede acudir a la aplicación de Principios ante vacío o defecto en la norma<sup>40</sup>, lo que no ocurre en el presente caso, conforme a lo señalado en el párrafo anterior.

En efecto, pues si bien los Principios son conceptos de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, forma y contenido de las normas (Rubio: 2017: 284), siendo importantes como método de integración jurídica, lo cierto es que, como señala Marcial Rubio Correa, a la fecha “... han pasado a un segundo plano frente a la ley” (Rubio 2017: 284).

En ese sentido, el Principio de Igualdad Procesal del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, no alcanza para sustentar una modificación de oficio de la medida cautelar, pues en virtud a este no se puede hacer una interpretación de una norma en evidente contradicción a su finalidad.

Lo anterior adquiere más sentido si consideramos que el Principio de Igualdad Procesal, a pesar de su amplitud, cumple con un propósito específico dentro del proceso contencioso administrativo, y este es, generar una oposición a la presunción de la validez del acto

---

<sup>39</sup> Código Procesal Civil  
Título Preliminar

Artículo VII.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

<sup>40</sup> Ibídem

Fines del proceso e integración de la norma procesal.-

Artículo III.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

administrativo contenida en el artículo 9° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>41</sup>.

Dicho artículo establece que los actos administrativos se presumen válidos hasta que su nulidad sea declarada por la autoridad competente. En ese sentido, un administrado que acude al Poder Judicial para impugnar un acto que le resultó desfavorable en sede administrativa, no solo se tiene que enfrentar a la entidad pública respectiva, sino también a la presunción de validez.

Es aquí donde el Principio de Igualdad Procesal realiza su mayor intervención, pues en virtud a este que el órgano jurisdiccional no se encuentra obligado a acatar la presunción de validez del acto administrativo, toda vez que ello involucraría ya de por sí, otorgarle una ventaja a la Administración Pública a pesar de la interposición de la demanda.

Lo anterior deja en evidencia la imposibilidad de modificar de oficio una medida cautelar en el proceso contencioso administrativo, a pesar de que las condiciones establecidas para dicho proceso debieran otorgarle determinadas ventajas al justiciable – administrado que permitan equiparar la situación de hecho y jurídica en la que se encuentran, respecto de la Administración Pública.

## **II.6 Problemática**

Como se aprecia de los ejemplos mencionados previamente, las ventajas que ostentó la Administración durante el trámite del procedimiento administrativo continúan durante el proceso judicial, lo que ya no solo perjudica al administrado, sino también al propio órgano jurisdiccional, que se puede ver impedido de asegurar la efectividad de su decisión final en virtud a las potestades de la Administración Pública.

Ello se debe a que la Administración Pública puede realizar actuaciones que, si bien se dan fuera del proceso, lo pueden afectar indirectamente y dentro del marco legal. Es decir, a diferencia de un particular, el cual, al vulnerar la medida cautelar estaría cometiendo una conducta antijurídica, la Administración cuenta con mecanismos legalmente viables para ello.

Para que dicho supuesto no ocurra, el proceso contencioso administrativo debe de contar con ciertas figuras procesales que le permitan lograrlo, pues la única forma de “equilibrar” las posiciones enfrentadas es creando condiciones favorables al administrado, en especial en cuanto a la ejecutabilidad de las decisiones de la Administración Pública.

Una de dichas condiciones, como ya se indicó al inicio del presente capítulo, es la figura de la modificación de oficio de la medida cautelar, la cual evitaría que situaciones como la de los casos referidos, impidan la efectividad de la sentencia, pues a través de dicha figura se podrían dar las siguientes soluciones:

---

<sup>41</sup> Artículo 9.- Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.

a) Caso 1:

Correspondería al Juez suspender de oficio los efectos de la ordenanza municipal respecto del inmueble en cuestión, de modo tal que la medida de no innovar dictada inicialmente también se extienda a todo supuesto jurídico que pueda conllevar la variación de la situación de hecho actual y concreta.

Es la misma medida de no innovar, sin embargo, sus efectos ya no se limitarían a un caso en concreto, sino a cualquier otro que implique la ineficacia de la futura sentencia (en caso esta le sea favorable al solicitante).

Incluso, si el panel publicitario ha sido retirado en virtud a las multas impuestas (la ordenanza se ha ejecutado) el Juez podría sustituir la medida de no innovar por una de innovar y así, proceder a reinstalar el panel.

b) Caso 2:

Correspondería al Juez disponer la modificación de la medida cautelar de modo que, ésta alcance a toda política del Ministerio que implique la distribución directa o indirecta del fármaco en cuestión.

Al igual que en el caso anterior, si ya se inició la distribución del medicamento, correspondería que el juez sustituyera la medida de no innovar a una de innovar, a efectos que se restrinja su distribución.

Como es evidente, dichos supuestos solo podrían ocurrir si el Juez se percatara de la emisión de normas o actos administrativos que involucren una posible afectación a la eficacia de su pronunciamiento final, lo cual no es difícil que ocurra, pues el marco legal vigente obliga al Estado a publicar gran parte de sus actuaciones.

En efecto, el artículo 51° de la Constitución Política del Perú establece que es esencial la publicación de toda norma a efecto que entre en vigencia, lo que incluye a las ordenanzas municipales, si nos referimos al primer caso ejemplificado<sup>42</sup>.

Asimismo, la publicidad de las actuaciones de las entidades del Estado no se limita a normas en sentido estricto, sino también a otros tipo de actuaciones, conforme lo prescribe el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Artículo 51°.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

<sup>43</sup> Artículo 10°.- Publicación de otros actos de la Administración Pública

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4° del presente Reglamento, se deben publicar obligatoriamente, otras disposiciones legales, tales como resoluciones administrativas o similares de interés general y de observancia obligatoria cuando:

1. su contenido proporcione información relevante y sea de interés para los usuarios de los servicios que presta la Administración Pública,
2. su difusión permita establecer mecanismos de transparencia en la gestión pública, así como control y participación ciudadana,
3. su contenido se relacione con la aprobación de documentos de gestión,
4. su contenido se relacione con información oficial procesada por las entidades rectoras de determinada función administrativa,
5. se trate de nombramiento o designación de funcionarios públicos,
6. se trate de otorgamiento de autorizaciones o permisos especiales a funcionarios públicos,
7. su naturaleza jurídica determine su conocimiento y difusión general.

En ese sentido, nada impediría que un Juez pueda percatarse, de una lectura al diario oficial, que una norma u acto emitido por la entidad sobre la que recayó una medida cautelar dictada por su Despacho, le éste restando eficacia a la futura sentencia que deberá expedir, más aún si consideramos que, por la propia naturaleza de su cargo y funciones, la revisión diaria de las publicaciones de normas legales es usual.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que no resulta relevante la forma en que el Juez se pueda enterar del accionar de la Administración, habiéndose mencionado el supuesto de la publicación de normas y actos emitidos por aquella, por ser la forma lógica en la que el magistrado se pueda percatar de ello.

En efecto, lo relevante de la situación es el absurdo en que nos encontraríamos en caso el Juez se percate de una actividad de la Administración Pública que le resta eficacia a la medida cautelar que ha dictado, y a su vez, carecer de mecanismos orientados para remediar dicha situación.

Como es evidente, esta situación no se condice con las relaciones de poder a través de las cuales evolucionó el Estado, pues dicha evolución apuntó a que exista un equilibrio entre sus instituciones que no permita un abuso de poder, o en todo, que prevalezca un control mutuo entre estas.

Asimismo, tampoco es consistente con el concepto de “variabilidad” de la medida cautelar, conforme al cual, se busca adaptarla al logro de su función. Recordemos que, la variación de la medida se sustenta en que, al haber cambiado las circunstancias en que se otorgó, también cambian los elementos de la resolución cautelar, correspondiendo así su modificación.

No obstante ello, en los casos mencionados, la variabilidad, característica esencial de la medida cautelar, queda obsoleta, pues del análisis realizado sobre el artículo 617° del Código Procesal Civil, es claro que no es posible llevar a cabo una modificación de oficio.

Sin embargo, se debe tener en cuenta algo que ya se señaló previamente, y es que el proceso contencioso administrativo, en principio, se encuentra diseñado para “controlar” a la Administración Pública, y si bien su remisión hacia el Código Procesal Civil, en lo que respecta a la Tutela Cautelar, es casi total, no se debe omitir el hecho esencial que existe una marcada diferencia entre ambos tipos de proceso.

Por un lado, el proceso civil se caracteriza por resolver conflictos de carácter particular, mientras que el contencioso administrativo, resuelve conflictos suscitados con la Administración.

En ese sentido, la Tutela Cautelar en el proceso contencioso administrativo debería prever que el Juez no solo se limite a observar lo prescrito en el Código Procesal Civil, sino también atender a la naturaleza particular de dicho proceso, debiendo ser consecuente con esta.

## **CAPÍTULO III**

### **PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA**

#### **III.1 Casos similares**

En el capítulo anterior se esgrimieron diversas teorías que permitirían, en aplicación de la legislación vigente, modificar de oficio una medida cautelar, sin embargo, luego del análisis respectivo, todas derivaron en la imposibilidad de dicho supuesto.

La razón de ello no fue una contravención a la imparcialidad del Juez o la afectación al Derecho de Defensa de alguna de las partes, sino impedimentos puramente normativos. Es decir, el hecho que no sea posible modificar de oficio una medida cautelar no se debe a que ello supondría una contravención a nuestro ordenamiento jurídico, sino a la exclusiva voluntad del legislador.

En efecto, pues si bien existen impedimentos para ello, esto no se debe a que el supuesto en cuestión contradiga el propósito y finalidad de las medidas cautelares, sino a disposiciones específicas (o las faltas de estas) establecidas en la norma, y cuya modificación no afectaría el objeto de la Tutela Cautelar.

Ello se puede corroborar fácilmente de otras vías procesales, como la penal o la civil – familia, en las cuales es permisible que el Juez, de oficio, modifique o hasta dicte medidas cautelares u otros tipos de tutela diferenciada, sin que ello genere una desnaturalización de la tutela cautelar.

#### **III.1.1 Las medidas coercitivas en el proceso penal**

En el proceso penal, a fin de garantizar el cumplimiento de las consecuencias penales o económicas del delito, es posible que se impongan algunas restricciones provisionales al imputado, o incluso a terceros, a efectos de evitar la renuencia a la justicia.

Como es evidente, dichas consecuencias solo serán posibles si previamente ha existido una actividad probatoria que permitió una reconstrucción comprobada de los hechos, así como la acreditación fehaciente de la responsabilidad del imputado (Urquiza 2011: 241).

Ocurrido ello, corresponde la imposición de la pena, sin embargo, para ello previamente se debe haber verificado con anterioridad que la punición es posible (Urquiza 2011: 241).

Lo anterior permite concluir que, la actividad punitiva del Estado solo será posible cuando se haya asegurado la consecuencia jurídica prevista en la norma (Urquiza 2011: 241). El nuevo Código Procesal Penal ha implementado dicho aseguramiento a través de medidas de coerción, las cuales deben ser entendidas como restricciones al imputado para que ejerza derechos personales o patrimoniales durante el proceso, asegurando así su presencia en las diligencias de las que deberá formar parte (Borrero 2011: 271).

En otras palabras, las medidas de coerción tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso, y, por tanto, la aplicación eficaz de *ius puniendi* del Estado (Borrero 2011: 270), no constituyendo sanciones, sino medidas estrictamente de aseguramiento.



Como es evidente, la definición de medida coercitiva permite colegir que, esta es la denominación que adoptan las medidas cautelares propias del proceso penal. Ello se aprecia del hecho que la mayoría de autores que han tratado el tema las equiparan, utilizando de forma indistinta uno de los dos términos.

Ello se hace evidente cuando Elder Jaime Miranda Aburto, citando a César San Martín, se refiere a las medidas coercitivas señaladas en el nuevo Código Procesal Penal, indicando que “... *el proceso cautelar garantiza la efectividad de la potestad jurisdiccional, a través de la cual se concreta la potestad punitiva del Estado, indicando que el proceso penal trata de restaurar el orden jurídico perturbado, sancionando al culpable de la comisión del delito e indemnizando al agraviado ...*” (Miranda 2014: 18).

Si bien existen autores que diferencian ambos términos, dado que cumplen en sentido estricto una misma finalidad, que es asegurar el resultado del proceso, y que el presente trabajo no versa sobre materia penal, se partirá de la premisa mayormente aceptada, que es la denominación genérica de las medidas coerción como medidas cautelares en el proceso penal.

Dicho esto, el nuevo Código Procesal Penal ha previsto las siguientes medidas coercitivas: la detención (policial y judicial), prisión preventiva, la comparecencia, la intervención preventiva, el impedimento de salida, la suspensión preventiva de derechos, el embargo, otras medidas reales y la incautación; sin embargo, lo relevante en cuanto ellas no es su clasificación, sino una de las características que le ha otorgado el legislador.

Al igual que en el proceso civil, las medidas cautelares del proceso penal gozan de variabilidad, no obstante ello, esta es más amplia:

**Artículo 255 Legitimación y variabilidad.-**

(...)

2. Los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo.

(...)

**Artículo 256 Sustitución o acumulación.-** La infracción de una medida impuesta por el Juez, determinará, de oficio o a solicitud de la parte legitimada, la sustitución o la acumulación con otra medida más grave, teniendo en consideración la entidad, los motivos y las circunstancias de la trasgresión, así como la entidad del delito imputado.

Como se aprecia de los artículos citados, las medidas cautelares en el proceso penal han sido reguladas de forma que sea posible proceder a su modificación de oficio en dos supuestos. El primero es que las razones que motivaron su imposición hayan variado. El segundo es que la contravención del imputado a la medida que recayó sobre su persona.

¿La razón de haberle brindado esta potestad al Juez? El proceso penal básicamente tiene por finalidad aplicar el *ius puniendi* del Estado sobre conductas que, luego de la investigación y evaluación respectiva, se ha determinado que constituyen delitos.

En ese sentido, lo que busca el órgano jurisdiccional es controlar a la sociedad para que sus miembros no realicen conductas tipificadas como ilícitas, o en caso lo hayan hecho

sean sancionados; ello con la finalidad de permitir la paz social sustentada en la convivencia de la comunidad y la garantía de sus derechos fundamentales.

Como es evidente, a diferencia del proceso civil, en el proceso penal no se busca solucionar un conflicto de intereses de carácter particular, sino que su objeto va por encima de ello, orientándose a mantener el bienestar común de los ciudadanos a través de normas que establezcan sanciones para los que, de alguna forma u otra, atenten contra dicho bienestar.

Es en el marco de ello es que el legislador ha dotado al Juez de la facultad de modificar de oficio las medidas de coerción, entendiéndose que ello se debe a que, el proceso penal no tiene como finalidad resolver un conflicto de intereses en sentido general, cuyo resultado solo afectará a las partes.

En efecto, el proceso penal se encuentra orientado a sancionar una conducta tipificada como un delito, el mismo que constituye “*per se*” un atentado contra el bienestar social, pues ya de por sí involucra la vulneración a un bien jurídico protegido por el Estado, como la vida, la propiedad, la salud, etc.

En ese sentido, no resulta extraño que el legislador, a fin de mantener la paz social, así como el efecto disuasivo y punitivo del Derecho Penal, le haya otorgado las herramientas pertinentes al órgano jurisdiccional para que el Estado despliegue su “*ius puniendi*”.

### **III.1.2 La asignación anticipada de alimentos**

Como señala Juan Jesús Wong Abad, una de las mayores preocupaciones del ordenamiento jurídico peruano es cumplir con la tutela efectiva del Derecho de Alimentos; para ello, ha creado instituciones, principios y reglas entre las que cabe resaltar la asignación anticipada de alimentos (Wong 2014: 195), regulada en el artículo 675° del Código Procesal Civil de la siguiente forma:

#### ***Artículo 675. Asignación anticipada de alimentos***

*En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida de asignación anticipada de alimentos cuando es requerida por los ascendientes, por el cónyuge, por los hijos menores con indubitable relación familiar o por los hijos mayores de edad de acuerdo con lo previsto en los artículos 424, 473 y 483 del Código Civil.*

*En los casos de hijos menores con indubitable relación familiar, el juez deberá otorgar medida de asignación anticipada, actuando de oficio, de no haber sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda.*

*El juez señala el monto de la asignación que el obligado pagará por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva.*

(El subrayado es nuestro).

Previamente a efectuar un análisis de dicha figura, corresponde precisar que esta no constituye una forma de Tutela Cautelar, sino que deviene en un tipo de Tutela Anticipada.

Como se indicó en el primer capítulo, tradicionalmente han existido dos tipos de Tutela Jurisdiccional Efectiva, la cognitiva y ejecutiva, que consistían básicamente en resolver el conflicto de intereses respetando el Derecho de las partes. La primera devenía en la forma de resolución del conflicto a través de un pleno conocimiento de los intereses discutidos y de la pretensión planteada, mientras que la Tutela Ejecutiva se orientaba básicamente a la ejecución forzada.

Con el tiempo y el surgimiento de nuevas situaciones, se establecieron otros tipos de tutelas, como la urgente, la preventiva, inhibitoria y anticipatoria. Como previamente se mencionó, la Tutela Cautelar es una forma de Tutela Urgente, la cual se diferencia de la Tutela Anticipada por el hecho que, la primera solo concede una protección al derecho pretendido contra los efectos del tiempo, mientras que la segunda concede el derecho, aunque solo de forma provisional.

En efecto, pues hablar de Tutela Anticipada es hablar de la satisfacción (provisional) del derecho pretendido sin la necesidad de un pronunciamiento de fondo, y la asignación anticipada de alimentos se enmarca en este concepto.

Específicamente, la asignación anticipada de alimentos consiste en que, ante la pretensión de la parte, el Juez concede el Derecho de Alimentos sin la necesidad de pronunciarse sobre el fondo.

Como señala Marianella Ledesma Narváez, esta medida anticipa el pronunciamiento final en el proceso, satisfaciendo de manera anticipada los alimentos que se reclaman, pero siempre sujeto al resultado de la sentencia definitiva (Ledesma 2011: 615).

Lo anterior permite colegir que, la asignación anticipada de alimentos constituye una forma de Tutela Anticipada y no de Tutela Cautelar, ello a pesar que ha sido regulada en el Código Procesal Civil dentro del capítulo de medidas cautelares específicas, sin embargo, dicha discusión no es materia del presente trabajo.

La asignación anticipada de alimentos, como una forma de la Tutela Anticipada, se sustenta en el aseguramiento tutela efectiva del Derecho de Alimentos como base de un derecho a una vida digna y a una realización personal del beneficiario (Wong 2014: 196), lo que su vez parte de lo estipulado en el artículo 6° de la Constitución Política del Perú, al señalar que *“Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos ...”*.

Sin embargo, se debe dejar en claro que, este derecho no solo comprende el derecho a percibir, en sentido estricto, un importe que permite al beneficiario alimentarse, sino que abarca más que eso.

En efecto, tal como lo establecen el Código Civil y el Código del Niño y el Adolescente, los alimentos se encuentran integrados por la habitación, el vestido, educación, instrucción, capacitación para el trabajo, asistencia médica, recreación del niño adolescente, según la situación y posibilidades de familia<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Código Civil

Artículo 472°.- Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.  
Código de los niños y los adolescentes

Ello sin perjuicio de lo estipulado en los diversos tratados internacionales suscritos por el Perú, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos o la Convención de los Derechos de los Niños.

Como es evidente, la relevancia de la Asignación Anticipada de Alimentos tiene una finalidad humanitaria, sustentada en derechos esenciales de la persona, no solo orientada a su subsistencia, sino también para su desarrollo.

Es por ello que, el legislador le ha otorgado la facultad al Juez de ordenar de oficio una asignación anticipada de alimentos, dada la relevancia del derecho de fondo que se discute, evitando así dilaciones para el otorgamiento de un derecho fundamental.

### **III.2 Derechos que trascienden el conflicto privado de intereses**

Como se aprecia de las medidas coercitivas y de la asignación anticipada de alimentos, el legislador ha previsto la posibilidad de que el Juez actúe de oficio. En el primer caso lo faculta a que modifique de oficio la medida, mientras que en el segundo, la norma lo habilita a dictar la asignación de oficio, es decir, sin una iniciativa de parte.

¿Por qué el Juez tiene estas potestades en el proceso penal y en el que corresponde al Derecho de Familia? La respuesta es por demás obvia. La finalidad de estos procesos no es resolver un simple conflicto de intereses entre particulares, sino de cautelar el orden público y los derechos fundamentales de la persona.

En efecto, pues como se mencionó, el proceso penal se orienta a sancionar un delito, acto que de por sí conlleva una afectación al bienestar social, por lo que, el Estado no puede representar un rol pasivo ante ello, sino por el contrario, se encuentra en la obligación de desplegar su potestad sancionadora para, sino evitar el ilícito, desincentivar su comisión por el mismo u otro agente.

En el caso de procesos con pretensiones alimentarias, como ya se indicó, lo que se cautela es un compendio de varios derechos fundamentales, los cuales se encuentran bajo protección estricta del Estado, tal como lo señalan los artículos 1° y 4° de la Constitución Política del Perú, al establecer que “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*” y que “*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono*”, respectivamente.

Por lo anterior, el legislador le ha otorgado al Juez en los procesos en cuestión, potestades especiales que le permiten cautelar de forma efectiva derechos que tienen una relevancia jurídica no solo para las partes, sino para el Estado mismo, pudiendo adoptar de oficio determinadas acciones que de por sí se encuentran proscritas en el proceso civil.

Dicho esto, corresponde formular la siguiente pregunta: ¿se le debería otorgar facultades similares al Juez contencioso administrativo? La respuesta es afirmativa y básicamente por una razón.

---

#### Artículo 92° Definición

Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.

Tal como se mencionó en el Capítulo II, no solo existe una necesidad controlar los actos de la Administración Pública, sino que ello también constituye una obligación del Estado, conforme se detalla en el artículo 148° de la Constitución Política del Perú, y en el artículo 1° del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

Ello en la medida que, a diferencia de un particular, la Administración Pública cuenta con las potestades y mecanismos necesarios para incumplir mandatos del Juzgado sin incurrir en ilegalidades manifiestas, tal como en los ejemplos esgrimidos en el capítulo anterior.

Dicha situación es innegable, pues como se aprecia del texto citado de García de Enterría al inicio del segundo capítulo, este planteó la imposibilidad teórica de que la Administración no abuse de sus facultades dadas las atribuciones que le han sido otorgadas por norma expresa, lo que hace necesaria la existencia de una vía idónea para ejercer un control sobre esta.

Entonces, si en el proceso penal y en el de familia se le han otorgado facultades especiales al Juez en lo que respecta a Tutela Cautelar y Anticipada, respectivamente, a fin de que actúe de oficio, ¿por qué no se le han conferido también al Juez de lo contencioso administrativo?

Es una realidad cierta e incuestionable que la relevancia jurídica de un proceso contencioso administrativo no se aleja mucho de la correspondiente al proceso penal o de alimentos, pues si bien no busca sancionar conductas delictivas o el respeto a derechos fundamentales de primer orden, se dirige a controlar los actos de la Administración Pública, los cuales deben estar orientados al bien común.

En efecto, como se detalló en el Capítulo I, la función administrativa del Estado se da a través de diferentes actividades, todas orientadas a satisfacer las necesidades de carácter general de la población y garantizar su desenvolvimiento en un medio seguro y ordenado, interviniendo así en la vida económica y social de la comunidad.

En ese sentido, cualquier acto de la Administración Pública que contenga un vicio, ha afectado de forma errónea la vida económica y social de los administrados, incumpliendo con satisfacer sus necesidades e intereses.

Por tanto, si el mandato cautelar tiene por finalidad asegurar la efectividad de la sentencia, considerando que la parte afectada es un ente que cuenta con los mecanismos suficientes para incumplir dicho mandato, ¿por qué no se dota al Juez de las facultades necesarias para evitarlo?

### **III.3 Legislación comparada**

Previamente a efectuar una propuesta normativa que permita modificar de oficio una medida cautelar, cabe mencionar que existen otros países que han previsto una figura similar.

#### **III.3.1 Chile**

En primer lugar, cabe mencionar un país con una situación similar a la del Perú. El Código de Procedimiento Civil de Chile no hace referencia a la medida cautelar, sin embargo,

utiliza el término “medida precautoria”, con características similares como la finalidad conservativa, asegurativa e incluso, anticipativa (Marín 2006: 15).

Cabe precisar que dicho país no cuenta con un proceso exclusivo destinado a cuestionar los actos de la Administración Pública, por lo que cualquier cuestionamiento a los actos que emita se realiza por la vía ordinaria en aplicación de la norma señalada.

El Código de Procedimiento Civil chileno, al igual que el Código Procesal Civil peruano, no ha previsto la modificación de oficio de la medida cautelar; es más, ni siquiera ha regulado la posibilidad de modificarla a pedido de parte, sin embargo, a pesar de ello, como en el Perú, ha dotado de dicha facultad al Juez en determinados procesos especiales.

La Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia de Chile, es una norma que le otorga facultades al Juez en lo que refiere a Tutela Cautelar, casi totales, lo que se evidencia de sus artículos 22° y 92°:

**Artículo 22.- Potestad cautelar.**

*Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.*

**Artículo 92.- Medidas cautelares en protección de la víctima.**

(...)

*Las medidas cautelares podrán decretarse por un período que no exceda de los 180 días hábiles, renovables, por una sola vez, hasta por igual plazo y podrán, asimismo, ampliarse, limitarse, modificarse, sustituirse o dejarse sin efecto, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento del juicio.*

Como se aprecia de los artículos citados, el Juez puede dictar medidas cautelares de oficio, así como modificarlas en cualquier etapa del proceso, conforme lo amerite la urgencia de la situación.

En este caso, el legislador chileno ha reconocido en esta norma la necesidad de dotar al Juez de facultades especiales ante situaciones que ameriten una accionar célere del órgano jurisdiccional, lógica también adoptada por el legislador peruano en el proceso penal y en la asignación anticipada de alimentos.

Si bien en el caso chileno no se ha dotado al Juez de la facultad de modificar de oficio una medida cautelar en un proceso seguido contra la Administración, sirve para reforzar la idea de que existen procesos en los que, dada su relevancia jurídica, resulta necesario otorgarle al órgano jurisdiccional las facultades necesarias para evitar que el perjuicio causado por el presunto acto inválido devenga en irreparable.

### III.3.2 Uruguay

El caso de la República Oriental del Uruguay es muy diferente al de Chile, pues en este, además de contar con un Código General del Proceso, aprobado por Ley N° 15.892, el

proceso contencioso administrativo se encuentra regulado por la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Ley N° 15.524, y modificado por Ley N° 15.869.

Como es evidente, es una situación muy similar a la del Perú, sin embargo, el contenido en lo que referido a Tutela Cautelar es muy diferente. La Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo fue emitida en 1984 y modificada en 1987, quedando redactado su artículo 2° de la siguiente forma:

Artículo 2

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a pedido de la parte actora, que deberá formularse con la demanda y previa sustanciación con un traslado por seis días a la parte demandada, podrá decretar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudieren ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado.

La posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión.

Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifiestamente ilegal.

La decisión del Tribunal, en este caso, no importará prejuzgamiento.

Como se aprecia del texto citado, la norma ha previsto una única medida cautelar en el proceso contencioso administrativo, la cual solo consiste en la suspensión de los efectos del acto impugnado.

Esta medida solo puede dictarse a solicitud de parte, descartándose así la posibilidad de que pueda disponerse o modificarse de oficio; sin embargo, corresponde hacer una salvedad, y es que al igual que en el Perú, para conceder una medida cautelar en el proceso contencioso administrativo uruguayo, resultan necesarios que se cumplan ciertos requisitos:

- (i) La solicitud de suspensión debe encontrarse sustentada.
- (ii) La ejecución del acto pudiera causar daños graves al actor.
- (iii) Los daños puedan ser superiores a los que causaría la suspensión.

Como es evidente, la norma le confiere al Juez la obligación de, a efectos de disponer la suspensión, verificar el sustento de la solicitud, así como efectuar una ponderación de los daños que pudiera sufrir el interesado de ejecutarse el acto, frente a los daños que pudieran generarse a la Administración Pública en caso de suspender sus efectos.

En ese sentido, básicamente lo que exige la norma para conceder la suspensión es que cumpla el requisito de verosimilitud del derecho (que se entiende que es el sustento de la solicitud de suspensión) y el peligro en la demora (la ponderación entre los daños que pudieran sufrir el interesado o la Administración).

Sin embargo, la propia norma establece un supuesto en cual no es necesario evaluar los riesgos de la suspensión del acto, facultando al Juez para que dicte medidas cautelares a solicitud de parte y sin corroborar, aparentemente, ninguno de los requisitos previamente establecidos, siendo suficiente que a su criterio exista una manifiesta ilegalidad del acto que se impugna.

¿Qué se debe entender por “manifiesta ilegalidad”? Juan Pablo Cajarville Peluffo señala que ello significa que la ilegalidad sea “... nítida, categórica, evidente, por encima de toda duda razonable. No es necesario, en esta hipótesis, valorar la gravedad del daño que el acto es susceptible de causar al actor, ni compararlo con el que causaría la suspensión. La manifiesta ilegalidad constituye una causal de suspensión por sí misma ...” (Cajarville 2014: 130).

Tras dicha definición, lo que la norma en realidad dispone no es que el Juez, a discreción, conceda la suspensión, sino que solo limite su evaluación a la verosimilitud del Derecho. En efecto, pues básicamente el supuesto de ilegalidad manifiesta significa que el Juez deberá evaluar la probabilidad de que lo sustentado por la parte sea verosímil.

Si trasladamos el supuesto de la norma a nuestro ordenamiento jurídico, lo que ha hecho el legislador es suprimir el requisito de peligro en la demora, otorgándole la facultad al Juez de conceder la medida cautelar en atención solo al requisito de verosimilitud del Derecho.

Si bien lo regulado en la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo no permite el dictado de oficio de la medida cautelar, y evidentemente tampoco su modificación, lo cierto es que la norma ha privilegiado al órgano jurisdiccional a efectos que, en determinadas situaciones, el Juez prescindiera de un requisito ante la urgencia de la situación, que sería la ilegalidad manifiesta del acto emitido por la Administración.

En otras palabras, el legislador uruguayo, a pesar que el proceso contencioso administrativo solo es revisorio<sup>45</sup>, ha previsto otorgarle facultades especiales al juzgador en lo que se refiere a Tutela Cautelar, para que actúe con mayor celeridad en casos especiales, a diferencia del peruano, que aún teniendo un proceso de Plena Jurisdicción, no le otorga ninguna potestad al Juez contencioso administrativo que lo diferencie del civil.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que el Código General del Proceso de Uruguay, aprobado por Ley N° 15.982 en 1988, regula las medidas cautelares de la siguiente forma:

*Facultades del tribunal.-*

*En todo caso corresponderá al tribunal:*

- 1) Apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, si la estimare suficiente;*
- 2) Establecer su alcance;*
- 3) Establecer el término de su duración;*
- 4) Disponer de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, siguiéndose, en el caso de la petición y para su sustanciación, el procedimiento de los incidentes;*
- 5) Exigir la prestación de contracautela suficiente, salvo el caso excepcional de existir motivos fundados para eximir de ella al peticionario.*

---

<sup>45</sup> Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo  
Artículo 28

El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo.

Cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte.

Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos.



(El subrayado es nuestro).

Como se aprecia del texto citado, el Código General del Proceso del Uruguay sí ha previsto la posibilidad de modificar de oficio la medida cautelar en un proceso ordinario, sin embargo, conforme a lo expuesto en su artículo 545°, este no resulta aplicable al proceso contencioso administrativo<sup>46</sup>. ¿La razón de ello? Como ya se mencionó, el proceso contencioso administrativo uruguayo es revisorio y no de Plena Jurisdicción, por lo que la única medida cautelar factible es la suspensión de los efectos del acto administrativo, por lo que carece de sentido disponer una modificación de esta.

No obstante ello, el Código General del Proceso ha dejado en claro la posición del legislador del Uruguay, en cuanto a la posibilidad de modificar de oficio una medida cautelar, otorgándole esta facultad al Juez a fin de que prevea el cumplimiento de su mandato cautelar.

### **III.3.3 Colombia y Costa Rica**

Conforme a lo anterior, las repúblicas de Chile y Uruguay, en lo que respecta al proceso contencioso administrativo, sus legisladores no le han otorgado al órgano jurisdiccional la facultad de modificar de oficio una medida cautelar.

Sin embargo, Chile no cuenta con una vía contenciosa administrativa dentro de su ordenamiento, mientras que el proceso uruguayo es revisor y no de Plena Jurisdicción, por lo que no resulta necesario otorgarle al Juez la facultad de modificar de oficio una medida cautelar.

Por otro lado, Colombia y Costa Rica, al igual que en el Perú, cuentan con una norma especial que regula su tramitación, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código Procesal de los Contencioso Administrativo, respectivamente.

Asimismo, tanto el TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo peruano, como los cuerpos legales de los países indicados, disponen que las medidas cautelares se dictan a solicitud de parte, sin embargo, la diferencia radica en que estos también habilitan al Juez a modificarlas de oficio.

En el caso de Colombia, como se aprecia de su denominación, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aprobado por Ley N° 1437 de 2011, regula el procedimiento administrativo y la judicialización del mismo. En lo que respecta a la Tutela Cautelar, establece lo siguiente:

***Artículo 235°.- Levantamiento, modificatoria y revocación de la medida cautelar***  
(...)

---

<sup>46</sup> Artículo 545

Excepciones.-

Tramitarán por los procedimientos establecidos en las leyes especiales pertinentes:

(...)

c) Los procesos de competencia del Tribunal de lo Contencioso- Administrativo (decreto-ley N° 15.524 del 9 de enero de 1984).

(...)

*La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado Ponente advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presenten o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en este casos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior.*

*La parte a favor de quien se otorga la medida está obligada a informar, dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento, todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias que se que permitieron su decreto y que pueda dar lugar a su modificación o su revocatoria....*

El texto citado es bastante claro en lo que respecta a la potestad que tiene el Juez para disponer una medida cautelar de oficio, otorgándole esta facultad cuando la situación en la que se dictó la medida primigenia, haya cambiado, supuesto que tal como hemos aseverado, no es muy lejana cuando se trata de la Administración Pública.

Si bien la norma también establece la obligación del interesado de informar algún cambio en la situación inicial luego de tres días de ocurrida, ello no le resta potestad al Juez para disponer la variación de oficio de la medida dictada.

En el caso de Costa Rica, el Código Procesal de los Contencioso Administrativo, aprobado por Ley N° 8508 de fecha 28 de abril de 2006, en materia cautelar, establece lo siguiente:

**Artículo 29.-**

*1) Cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de alguna medida cautelar, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá modificarla o suprimirla.*

*2) En igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al rechazo de la medida solicitada, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá considerar nuevamente la procedencia de aquella u otra medida cautelar.*

La norma es clara al establecer que, cuando varíen las circunstancias que justificaron la adopción de la medida, el órgano jurisdiccional se encuentra facultado para modificarla de oficio.

Incluso, el legislador ha previsto que el Juez pueda reconsiderar la medida una vez denegada, prácticamente otorgándole la facultad de reevaluar su decisión.

### **III.4 Necesidad de modificación de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo**

Lo expuesto en los párrafos precedentes, permite colegir que, el otorgar la facultad al Juez de modificar de oficio una medida cautelar, dictada contra la Administración Pública en el trámite del proceso contencioso administrativo, no resulta una figura extraña o que contravenga el Debido Proceso o la Tutela Jurisdiccional Efectiva, sino que es un elemento necesario a efectos de dar una aplicación real al Principio de Igualdad Procesal contenida en el TUO, lo que se demuestra con su adopción no solo en otras vías procesales del Derecho nacional, sino en procesos contencioso administrativos de otros países de Latinoamérica.

En ese sentido, resulta necesario proceder a modificar el texto de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo de modo que se implemente la figura de la modificación de oficio de la medida cautelar en este tipo de proceso.

Previamente a proponer una forma en la que se podría llevar a cabo esto, se debe dejar en claro que cualquier variación del Capítulo IV solo comprenderá la modificación de oficio de la medida cautelar respecto de las medidas de innovar y no innovar.

Ello en mérito a que, establecer la posibilidad de modificar de oficio el resto de medidas cautelares involucraría una intromisión a la regulación del Código Procesal Civil; en efecto, pues se las estaría regulando en contradicción con dicha norma, la cual solo señala que estas pueden ser modificadas a pedido de parte.

Adicionalmente a ello, las medidas reguladas en dicha norma han sido implementadas considerando una cautela de derechos discutidos en un conflicto de intereses privados; en ese sentido, aplicar la modificación de oficio implicaría desconocer su naturaleza eminentemente civil.

Aquí surge una pregunta: ¿acaso las medidas de innovar y no innovar no están reguladas en el Código Procesal Civil? Sí, pero como se mencionó en el primer capítulo, en dicho cuerpo normativo estas tienen un carácter excepcional, siendo aplicables en el proceso civil cuando ninguna otra se ajuste a la situación.

Contrariamente a ello, el TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo establece que las medidas de innovar y no innovar son de especial procedencia, lo que indirectamente significa que en este proceso la excepcionalidad recae sobre las demás medidas.

Por tanto, considerando que el instrumento natural de la Tutela Cautelar en el proceso contencioso administrativo son las medidas de innovar y no innovar, corresponde que la facultad del Juez para modificar de oficio una medida cautelar, se circunscriba a estas.

Dicho esto, la propuesta de modificación del Capítulo IV debe partir por su primer artículo, que el 38°, cuyo texto es el siguiente:

*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.*

De la lectura del artículo, se puede concluir que no resulta necesario su variación, pues si bien establece que las medidas cautelares se ceñirán a lo regulado en el Código Procesal Civil, también indica que ello será con las especificaciones de la Ley del Proceso del Proceso Contencioso Administrativo.

En ese sentido, la norma permite que, en lo que respecta a Tutela Cautelar, sea aplicable lo establecido en el Código Procesal Civil mientras sea concordante con la Ley del Proceso Contencioso Administrativo; en otras palabras, dicho Código se aplicará de forma supletoria en lo no previsto en la Ley.

Por el contrario, el artículo 39° del TUO sí necesitaría de una modificación. Dicho artículo establece los requisitos para conceder la medida cautelar, así como lo correspondiente a la contracautela. En ese sentido, a efectos de establecer la posibilidad de modificar de oficio la medida cautelar, se debe suprimir en dicho artículo cualquier referencia a la contracautela.

Ello en mérito a que, la modificación de oficio de la medida cautelar involucraría un cambio importante en lo concerniente a aquella, lo que será explicado más adelante; por lo pronto, el texto del artículo 39° quedaría redactado de la siguiente forma:

<b>Artículo 39°.- Requisitos</b>	
Texto vigente	Texto modificado
<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> <ol style="list-style-type: none"> <li>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.</li> <li>2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la 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.</li> <li>3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.</li> </ol> <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>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> <ol style="list-style-type: none"> <li>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.</li> <li>2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la 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.</li> <li>3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.</li> </ol>

Finalmente, el artículo 40°, el de mayor relevancia a efectos de esta propuesta normativa, es el que señala que las medidas de innovar y no innovar son de especial procedencia en el proceso contencioso administrativo, eliminando así el rasgo de excepcionalidad que tienen en el proceso civil, siendo las formas de Tutela Cautelar por naturaleza en este tipo de proceso.

Teniendo en cuenta ello, es en este artículo donde procedería a efectuarse la variación de la norma que permita modificar de oficio de la medida cautelar, pues resalta el carácter especial de las medidas de innovar y no innovar respecto del proceso contencioso administrativo.

En ese sentido, al texto quedaría redactado de la siguiente forma:

<b>Artículo 40°.- Medidas de innovar y no innovar</b>	
Texto vigente	Texto modificado
Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar.	Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar.  Las medidas de innovar y no innovar concedidas al administrado podrán ser modificadas o sustituidas de oficio cuando varíen las circunstancias justificaron su admisión.

Si bien ya se señaló que el término modificación también involucra la sustitución, no se encuentra demás colocar ambos términos en el texto del artículo.

Finalmente, dado que del artículo 39° se suprimió el texto referido a la contracautela, corresponde incorporar un nuevo artículo haciendo referencia a esta. Pero ¿por qué crear un artículo nuevo si ya estaba regulado en otro? La contracautela ha sido tipificada de forma que la parte ofrezca (o el Juez la requiera) una que sea proporcional al daño que pudiera causar a la otra parte la medida dictada. En ese sentido, si la medida solicitada se modificara de oficio, ¿no correspondería que se ofrezca una nueva contracautela? Evidentemente no en todos los casos, pero ello quedará a criterio del órgano jurisdiccional.

Teniendo en cuenta lo anterior, la regulación de la contracautela en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo no se podía dar de forma conjunta con los requisitos de la medida cautelar, sino en un artículo aparte.

Dicho esto, la regulación que se plantea respecto de la contracautela debe buscar que la parte sobre la que recayó la medida no se quede sin dicho “seguro” en caso el derecho no le favorezca al solicitante.

Considerando que la contracautela solo es un requisito para la ejecución de la medida cautelar, mas no para su concesión, es posible que el Juez modifique de oficio la medida dictada, sin embargo, esta solo será ejecutable cuando el beneficiado presente una nueva contracautela.

En ese sentido, el Juez, una vez disponga la modificación de la medida, debe correrle traslado al solicitante a efectos que presente la contracautela respectiva, no obstante, ello solo ocurrirá en caso el órgano jurisdiccional lo considere necesario, pues no todos los supuestos la modificación involucrará una alteración tal de la situación que amerite una nueva contracautela.

De lo expuesto, correspondería incorporar un artículo 41° que contenga el siguiente texto:

*Artículo 41°.- Contracautela*

*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.*

*En caso el Juez disponga la modificación de oficio, de considerarlo necesario, para su ejecución deberá correrle traslado al solicitante, a efectos que ofrezca la contracautela respectiva.*

*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.*

Es el mismo texto que se encontraba en el artículo 39°, sin embargo, se le ha agregado el procedimiento que se debe seguir respecto de la contracautela, en el supuesto de la modificación de oficio de la medida cautelar.

### **III.5**

#### **La modificación de oficio en las vías alternas**

Como se señaló en el primer capítulo, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo contempla que los actos emitidos por Autoridades Administrativas de Trabajo, sean impugnados ante jueces laborales, pero siguiendo el proceso contencioso administrativo.

Sobre ello, corresponde señalar que este caso no podría darse la figura de la modificación de oficio de la medida cautelar. ¿La razón? Pues si bien este tipo de pretensiones se rigen por las normas del proceso contencioso administrativo, en este caso no se cuestiona el actuar de la Administración Pública como tal, sino en su calidad de empleador.

Considerando que en el Derecho Laboral se parte de la premisa de que ya existe una relación asimétrica entre empleado y empleador, los Principios que forman la base de esta materia cuentan con sus propios mecanismos para que dicha desigualdad no trascienda.

Ello, sumado a que los jueces laborales, en principio, no son especialistas en materia contenciosa administrativa, permite colegir que la modificación de oficio en este tipo de procesos no es viable.

Caso similar ocurre con los procesos constitucionales en los que se cuestiona el actuar de la Administración Pública. La vía constitucional es el mecanismo a través del cual las

personas buscan que el órgano jurisdiccional brinde protección sus derechos constitucionales.

En ese sentido, considerando la finalidad de este tipo de proceso, al igual que el proceso laboral, cuenta con garantías inherentes a su naturaleza que van más allá de controlar actos de la Administración Pública, por lo que disponer la modificación de oficio de medidas cautelares, al menos desde la perspectiva del derecho contencioso administrativo, no resultaría aplicable.



## **CONCLUSIONES**

La función ejecutiva del Estado tiene dos vertientes, la política y la administrativa. Esta última función es la forma en que el Estado interviene en la vida económica y social del país, ejecutada a través de una estructura orgánica denominada Administración Pública, a la cual el legislador le ha otorgado facultades especiales para que cumpla su finalidad: el bienestar de la comunidad.

No obstante ello, si bien dichas facultades se orientan al beneficio de los administrados, también producen una relación de desigualdad entre estos y la Administración Pública, pues los primeros necesitan de esta última para satisfacer sus intereses y necesidades básicas.

Ante esta desigualdad, y consecuentemente, ante la posibilidad latente de un abuso de poder sobre estos últimos, el legislador ha previsto un mecanismo de control ejercido por el órgano jurisdiccional denominado proceso contencioso administrativo, orientado a revisar los actos del Poder Ejecutivo en lo que respecta a su rama administrativa.

Sin embargo, a pesar de su finalidad, los plazos y etapas establecidos para este proceso (y para el resto de procesos), si bien tienen un fin garantista, pueden generar que la pretensión de la demanda devenga en inejecutable, ya sea tanto por factores internos como externos.

Si bien los órganos jurisdiccionales cuentan con herramientas procesales denominadas medidas cautelares, destinadas a asegurar la ejecución de sus pronunciamientos, y así evitar un posible efecto dañino por el transcurso del tiempo, estas no niegan las facultades y potestades de la Administración Pública, en virtud a las cuales esta podría afectar indirectamente la pretensión del administrado.

En efecto, en el caso de los procesos contenciosos administrativos, si bien estos constituyen la vía idónea para la revisión de los actos emitidos por la Administración Pública, las potestades de esta no se ven suspendidas, lo que la habilita a llevar a cabo en forma paralela, acciones que pueden perjudicar al administrado o al trámite propio del proceso, haciendo que la pretensión de la demanda devenga en inejecutable.

Sobre esto, cabe resaltar el hecho que, las potestades de la Administración Pública le permiten incluso, vulnerar el mandato cautelar sin incurrir en la ilegalidad, lo que deja evidencia una falta de equilibrio entre la función ejecutiva (Administración) y la judicial del Estado.

Ello en virtud a que, las medidas cautelares previstas en el TUO de la Ley del proceso contencioso administrativo han sido recogidas del Código Procesal Civil, norma que se encuentra orientada a la resolución de conflictos de intereses entre particulares y no respecto del Estado. Es por ello que, cuando las medidas cautelares se dictan contra la Administración Pública su efectividad es cuestionable, pues esta última, a diferencia de los particulares, cuenta con potestades especiales que le permiten evadir su cumplimiento.

Una forma de evitar aquello, es que el órgano jurisdiccional modifique de oficio la medida cautelar dictada, de modo que ante una acción de la Administración Pública que



contravenga de forma directa o indirecta lo dispuesto en el mandato cautelar, el órgano jurisdiccional lo adapte a la nueva situación surgida.

Pero ¿qué no debería ser solo la parte interesada la que solicite la modificación? No, porque no se puede depositar solo en la parte la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los mandatos del órgano jurisdiccional; por el contrario, es dicho órgano al que le corresponde actuar al percatarse que el Estado, encarnado en la Administración Pública, vulnera el mecanismo control que recae sobre esta.

Entonces, ¿este criterio también se debería aplicar al proceso civil y no solo al contencioso administrativo? No, porque el proceso civil se orienta a la resolución de conflicto entre particulares, motivo por el cual, en dichos casos es a las partes a las que le corresponde impulsar el proceso según sus intereses. En el caso del proceso contencioso administrativo, el conflicto versa sobre la legalidad de un acto emitido por el Estado, por lo que, su resolución es de interés general y no solo particular.

Sin embargo, a pesar de ello, una lectura al Código Procesal Civil, al TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, y de la naturaleza de nuestro sistema procesal (mixta), permite colegir que no es jurídicamente posible modificar de oficio la medida cautelar; sin embargo, ello no niega la necesidad de esta figura.

En otras ramas del Derecho, como la penal o familiar, el legislador ha previsto la posibilidad de que el órgano jurisdiccional actúe de oficio, a efectos de salvaguardar y proteger a las personas de afectaciones a sus derechos o intereses que podrían devenir en irreparables.

Al igual que en dichos supuestos, los actos de la Administración Pública que hayan sido emitidos en vulneración a la legislación nacional vigente, pueden generar un daño irreparable en el administrado, además de que su permisión deviene en un precedente negativo para la imagen del Estado.

Entonces, existiendo casos en que la legislación nacional permite al órgano jurisdiccional actuar de oficio para salvaguardar ciertos derechos de las personas, se puede colegir que la modificación de oficio de la medida cautelar en el proceso contencioso administrativo, si bien no se encuentra prevista normativamente, no resulta incompatible con nuestro ordenamiento jurídico, por lo que su factibilidad depende estrictamente de la modificación de las normas respectivas.

En países como Colombia y Costa Rica, sus normas adjetivas han previsto la posibilidad de que el Juez modifique de oficio las medidas cautelares que dicten, incluso pudiendo reconsiderar la procedente de una medida solicitada que previamente fue denegada.

En el presente trabajo, se ha formulado una propuesta de reforma normativa orientada a que el Juez pueda disponer de oficio la modificación de la medida cautelar, sustentando ello en una característica básica del proceso contencioso administrativo peruano, que es la Plena Jurisdicción, conforme a la cual, el órgano jurisdiccional no solo se debe limitar a revisar la legalidad del acto emitido por la Administración Pública, sino a analizar el fondo de la cuestión controvertida.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros y artículos**

**ARIANO DEHO, EUGENIA**

2014

*Estudios sobre la tutela cautelar.* Gaceta Jurídica. Primera edición.

**BASTERRA I. MARCELA**

2000

*El problema de las lagunas en el Derecho. Derecho & Sociedad.* (15) 285.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/articloe/view/17178/17466>

**BORRERO SOTO, KATHERINE**

2011

*La teoría del caso: su aplicación ante el requerimiento de una medida de coerción procesal penal.* En Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal. Gaceta Jurídica. Lima.

**CAJARVILLE PELUFFO, J. P.**

2014

*Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya.* Revista De La Facultad De Derecho, (23), 123-144.

<http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/194>. Pag. 130.

**CASSAGNE, JUAN CARLOS**

2010

*Derecho Administrativo.* Tomo I. Décima edición. Palestra Editores Lima.

**CHAUX DONADO, FRANCISCO JOSÉ**

2013

*Ingeniería constitucional. La evolución del Check and Balances en el Estado de Derecho.* 126 Vniversitas.

**CARRIÓN LUGO, JORGE**

1994

*Análisis del Código Procesal Civil.* Tomo I. Cultural Cuzco Editores. Lima.

**DIEZ, MANUEL**

1996

Derecho administrativo, Buenos Aires, Plus Ultra.

**DROMI, ROBERTO**

2004

*Derecho Administrativo.* Tomo I. Gaceta Jurídica. Décima edición. Argentina.

1983

*Instituciones de Derecho Administrativo.* Editorial Astrea. Buenos Aires.

**GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO**

1992 *La batalla por las medidas cautelares*. Editorial Civitas  
Primera edición. Madrid.

2000 *Democracia, jueces y control de la Administración*. Civitas  
Ediciones. Quinta edición. Madrid.

2013 *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas. Décimo sexta  
edición. Madrid.

**GUZMÁN NAPURÍ, CHRISTIAN**

2013 *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Pacífico  
Editores. Primera Edición. Lima.

**HUAMÁN ORDOÑEZ, LUIS ALBERTO**

2014 *La Administración frente a la Jurisdicción. El proceso  
contencioso administrativo comentado*. Tomo II. Jurista  
editores. Segunda edición.

**HUAPAYA TAPIA, RAMÓN**

2006 *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Jurista  
editores. Lima.

**ISASI CAYO, JUAN FELIPE**

2014 *Tratado de Derecho Administrativo*. Gaceta Jurídica. Primer  
edición.

**LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA**

2013 *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Gaceta Jurídica.  
Primera Edición

**LOWENSTEIN, KARL**

1970 *Teoría de la Constitución*. Ariel. Barcelona.

**MARÍN GONZALES, JUAN CARLOS**

2006. *Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno:  
su tratamiento en algunas leyes especiales*. Revista de  
Estudios de la Justicia, (8), pp. 13-37. doi:10.5354/0718-  
4735.2011.15100

[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TIG2EHUGFsQJ:web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej8/DOCTRINA/Medidas%2520cautelares%2520grl%2520jcm%2520\(6\).doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TIG2EHUGFsQJ:web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej8/DOCTRINA/Medidas%2520cautelares%2520grl%2520jcm%2520(6).doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe)

**MARINONI GUILHERME, LUIZ**

2010 *Tutelas Urgentes y Tutelas Preventivas*. Librerías Comunitas.  
Primera edición. Lima.

**MIRANDA ABURTO, ELDER JAIME**

2014 *Prisión preventiva, comparecencia restringida y arresto domiciliario.* Gaceta Jurídica. Primera edición. Lima.

**MONROY PALACIOS, JUAN**

2004 *La Tutela procesal de los derechos.* Palestra. Primera edición. Lima.

**MONROY GALVÉZ, JUAN**

2007 *Teoría General del Proceso.* Palestra Editores. Primera edición.

**MONROY GALVEZ, JUAN – MONROY PALACIOS, JUAN**

2000 *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. En Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo).* Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires.

**MONTERO AROCA, JUAN**

1999 *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano.* Enmarce. Primera edición. Lima.

**OBANDO BLANCO, VÍCTOR ROBERTO**

2000 *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia.* Palestra Editores. Segunda edición. Lima.

**PARADA VÁSQUEZ, JOSÉ RAMÓN**

2010 *Derecho Administrativo I.* Marcial Pons. Décima octava edición. Madrid.

**PRIORI POSADA, GIOVANNI**

2006 *La Tutela Cautelar.* Ara Editores. Lima.

2009 *Comentarios a la Ley del proceso contencioso administrativo.* Cuarta edición. Ara Editores. Cuarta edición. Lima.

2003 *La Efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso.* En Revista *Ius et Veritas* Año 13, N° 26. Lima.

2011 *El peligro en la demora como elemento que distingue la satisfacción.* En *Proceso y Constitución.* Editor Priori, Giovanni. Pontificia Universidad Católica del Perú y Ara editores. Lima.

**QUIROGA LEÓN, ANÍBAL**

1991 *Anuario Jurídico, “El Derecho al Recurso en el artículo 24 de la Constitución Española”.* Lima. Universidad San Martín de Porres. Año I. N° 1

**RUBIO CORREA, MARCIAL**

2017

*El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho.* Décima edición, aumentada. Fondo Editorial PUCP.

**RUBIO LLORENTE, FRANCISCO**

1995

*Derechos fundamentales y principios constitucionales.* Editorial Ariel. Barcelona.

**SALAS FERRO, PERCY**

2012 – 2013

*Las pretensiones en el proceso contencioso administrativo.* Revista Oficial del Poder Judicial. Año 6-7 (N° 8 y N° 9). 222.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6058bb8047544a64bf21ff6da8fa37d8/12.+Salas+Ferro.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6058bb8047544a64bf21ff6da8fa37d8>

**URQUIZO VIDELA, GUSTAVO**

2011

*Las medidas cautelares en el proceso penal.* En Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal. Gaceta Jurídica. Lima.

**WONG ABAD, JUAN JESÚS**

2014

*En Patria potestad, tenencia y alimentos.* Gaceta Jurídica. Primera edición. Lima.

**Normas nacionales**

Constitución Política del Perú

Código Civil – Decreto Legislativo N° 295

TUO del Código Procesal Civil – Resolución Ministerial N° 010-93-JUS

TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo – Ley 27584

TUO de la Ley N° 27444 – Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Código de los Niños y Adolescentes – Ley N° 27337

Nuevo Código Procesal Penal – Decreto Legislativo N° 957

**Normas extranjeras**

Ley que crea los Tribunales de Familia – Ley N° 19.968 (Chile).

Código de Procedimiento Civil – Ley N° 1552 (Chile).

Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo – Decreto Ley N° 15.524, modificado por Ley N° 15.869 (Uruguay).

Código General del Proceso de Uruguay – Ley N° 15.982 (Uruguay).

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley N° 1437 (Colombia).

Código Procesal de los Contencioso Administrativo – Ley N° 8508 (Costa Rica).

### **Jurisprudencia**

Apelación N° 581-2008, del 4 de marzo de 2008. Sala Civil Permanente Suprema

Sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009. Tribunal Constitucional.

