

# **Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: Análisis comparado entre el derecho peruano y español**

Autora: Maruja Otilia Hermoza Castro

---

Tesis doctoral UDC/2021

Directora: Marta García Pérez

Tutora: Marta García Pérez

Programa de Doctorado en Derecho Administrativo  
Iberoamericano



Firmado digitalmente por:  
HERMOZA CASTRO Maruja  
Otilia FAU 20159981216 soft  
Motivo: Soy el autor del  
documento  
Fecha: 06/05/2021 05:37:02-0500

MARTA GARCIA PEREZ  
DNI 32.776.741-Q  
ha firmado este documento  
el 6 de mayo de 2021  
con certificado de FNMT.



UNIVERSIDADE DA CORUÑA



## **RESUMEN**

El objeto del presente estudio son las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, análisis comparado del derecho peruano y español; revisamos la naturaleza, presupuestos y tipos de tutela cautelar, sugiriendo un listado enunciativo de medidas cautelares específicas para lograr mayor certeza y predictibilidad judicial. Evaluamos su función como instrumento procesal de la tutela de urgencia que estabiliza los privilegios de la administración frente al ciudadano. Con sentido crítico planteamos acoger en la ley procesal contenciosa, las medidas anticipadas y medidas autosatisfactivas. Nuestra propuesta no elimina la tutela cautelar, sino que busca complementarla con estos nuevos instrumentos de tutela urgente desarrollados por la doctrina, jurisprudencia y legislación Iberoamericana en especial de Brasil y Argentina. Con nuestra iniciativa, aspiramos la vigencia de un proceso contencioso administrativo defensor de una actividad administrativa respetuosa de los derechos humanos y la dignidad, que concrete un Derecho Administrativo humanizado y vigilante de los derechos de los ciudadanos que acceden a la justicia en el Perú y España.

## **RESUMO**

O obxecto do presente estudo son as medidas cautelares no proceso contencioso administrativo, análise comparada do dereito peruano e español; revisamos a natureza, presupostos e tipos de tutela cautelar, suxerindo unha listaxe enunciativa de medidas cautelares específicas para lograr maior certeza e predictibilidade xudicial. Avaliamos a súa función como instrumento procesual da tutela de urxencia que estabiliza os privilexios da administración fronte ao cidadán. Con sentido crítico expomos acoller na lei procesual contenciosa as medidas anticipadas e medidas autosatisfactivas. A nosa proposta non elimina a tutela cautelar, senón que busca complementala con estes novos instrumentos de tutela urxente desenvolto pola doutrina, xurisprudencia e lexislación Iberoamericana en especial de Brasil e Arxentina. Coa nosa iniciativa, aspiramos a vixencia dun proceso contencioso administrativo defensor dunha actividade administrativa respectuosa dos dereitos humanos e a dignidade, que concrete un Dereito Administrativo humanizado e vixiante dos dereitos dos cidadáns que acceden á xustiza no Perú e España.

## **ABSTRACT**

The object of this study is the precautionary measures in the contentious administrative process, comparative analysis of Peruvian and Spanish law; we review the nature, budgets and types of precautionary protection, suggesting an enunciative list of specific precautionary measures to achieve greater judicial certainty and predictability. We evaluate its function as a procedural instrument of emergency protection that stabilizes the privileges of the administration against the citizen. With a critical sense we propose to accept in the contentious procedural law, the anticipated measures and self-satisfying measures. Our proposal does not eliminate precautionary protection, but rather seeks to complement it with these new urgent protection instruments developed by Ibero-American doctrine, jurisprudence and legislation, especially in Brazil and Argentina. With our initiative, we aspire the validity of an administrative contentious process defending an administrative activity that respects human rights and dignity, which establishes a humane and vigilant Administrative Law of the rights of citizens who have access to justice in Peru and Spain.



## **SUMARIO**

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>19</b>
<b>I. CONTENIDO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.....</b>	<b>21</b>
<b>1. Definición de tutela jurisdiccional efectiva ....</b>	<b>21</b>
<b>2. Relación entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso .....</b>	<b>23</b>
A. El derecho de acceso a la justicia.....	27
B. El debido proceso .....	33
C. La tutela cautelar .....	38
D. La efectividad de las sentencias.....	42
<b>II. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y PERUANA.....</b>	<b>49</b>
<b>1. La tutela jurisdiccional efectiva en la Constitución peruana de 1993 .....</b>	<b>49</b>
<b>2. La tutela jurisdiccional efectiva en la Constitución española de 1978 .....</b>	<b>52</b>
A. Generalidades .....	52
B. La tutela jurisdiccional efectiva en la construcción del artículo 24 CE.....	53
C. La tutela jurisdiccional efectiva en la construcción del artículo 106 CE.....	59
<b>3. La tutela jurisdiccional efectiva en las Leyes Orgánicas del Poder Judicial peruana y española ..</b>	<b>62</b>
A. El Decreto Supremo N° 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial .....	63
B. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial de España .....	66

<b>4. La tutela jurisdiccional efectiva en las leyes del proceso contencioso-administrativo peruana y española .....</b>	<b>71</b>
A. El Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, del Perú.....	71
B. La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de España.....	73
<b>5. La tutela jurisdiccional efectiva en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....</b>	<b>88</b>
<b>6. La tutela jurisdiccional efectiva en el Derecho comunitario europeo y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....</b>	<b>101</b>
<b>CAPÍTULO SEGUNDO. LA TUTELA CAUTELAR .....</b>	<b>111</b>
<b>I. LINEAMIENTOS GENERALES.....</b>	<b>113</b>
<b>1. Tutela jurisdiccional ordinaria y tutela jurisdiccional diferenciada .....</b>	<b>113</b>
A. La tutela jurisdiccional diferenciada: origen, concepto y manifestaciones .....	113
B. La tutela de urgencia .....	116
<b>2. Fundamento constitucional y rasgos propios de la tutela cautelar .....</b>	<b>127</b>
<b>II. LAS MEDIDAS CAUTELARES .....</b>	<b>130</b>
<b>1. Concepto .....</b>	<b>130</b>
<b>2. Naturaleza jurídica .....</b>	<b>133</b>
A. Autonomía de la tutela cautelar .....	135
B. Nuestra posición .....	136
<b>3. Características .....</b>	<b>140</b>
A. Accesoriedad de la tutela cautelar .....	140
B. Oportunidad.....	142
C. Finalidad.....	148
D. Carácter instrumental.....	151
E. Carácter provisional .....	154



F. Carácter variable.....	156
<b>4. Presupuestos de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo .....</b>	<b>159</b>
A. El tratamiento de los presupuestos por la doctrina .....	159
B. Los presupuestos de las medidas cautelares en la legislación del Perú.....	170
C. Los presupuestos de las medidas cautelares en la legislación española.....	182
<b>CAPÍTULO TERCERO. LA TUTELA CAUTELAR Y SU PROYECCIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>213</b>
<b>I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....</b>	<b>215</b>
<b>1. Sobre la construcción del ámbito objetivo del contencioso-administrativo a través de un sistema de pretensiones o “recursos” en Perú .....</b>	<b>215</b>
A. Doble finalidad del contencioso-administrativo: el “objetivo” y el “subjetivo” .....	221
B. La evolución hacia un sistema subjetivo o de plena jurisdicción en el contencioso-administrativo.....	225
C. Construcción del contencioso-administrativo ..	228
<b>2. La superación del carácter revisor: la necesaria correlación entre las pretensiones procesales y las medidas cautelares .....</b>	<b>247</b>
<b>3. La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo: diferencias y semejanzas con la tutela cautelar en el orden jurídico civil .....</b>	<b>251</b>
A. En el ordenamiento jurídico peruano .....	259
B. En el ordenamiento jurídico español.....	261
<b>4. La funcionalidad de las medidas cautelares: equilibrio entre los privilegios administrativos y la tutela judicial efectiva .....</b>	<b>264</b>
A. En Perú: el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo 004-2019- JUS, Ley que regula el procedimiento administrativo general.....	271

B. En España: la Ley 39/2015, Ley del  
Procedimiento Administrativo Común .....274

**II. TIPOLOGÍA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN  
EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ..... 277**

**1. En Perú: el Texto Único Ordenado, de la Ley N°  
27584, Decreto Supremo 011-2019- JUS, Ley de que  
regula el proceso contencioso-administrativo ..... 279**

**2. En España: la Ley 29/1998, Ley reguladora de la  
jurisdicción contencioso-administrativa ..... 284**

**3. Tipología de medidas en función de las  
pretensiones o recursos que pueden plantearse en el  
contencioso administrativo ..... 291**

A. Contenido posible y criterios para la adopción de  
las medidas cautelares en los recursos contra actos  
administrativos.....292

B. Contenido posible y criterios para la adopción de  
las medidas cautelares en los recursos contra  
disposiciones generales .....293

C. Contenido posible y criterios para la adopción de  
las medidas cautelares en los recursos contra la  
inactividad administrativa.....294

D. Contenido posible y criterios para la adopción de  
las medidas cautelares en los recursos contra  
actuaciones materiales que constituyan vía de hecho  
..... 296

**III. OTRAS FORMAS DE TUTELA URGENTE NO  
CAUTELAR Y SU PROYECCIÓN EN EL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO ..... 299**

**1. Tutela Anticipada y Tutela Cautelar ..... 301**

A. Concepto y requisitos de la tutela anticipada...302

B. Diferencia entre tutela anticipada y tutela  
cautelar .....304

C. La tutela anticipada y medida temporal sobre el  
fondo.....306

D. Propuesta sobre la necesidad de incorporación de la tutela anticipada en el proceso contencioso administrativo .....	310
<b>2. Medidas autosatisfactivas y tutela cautelar ..</b>	<b>322</b>
A. Concepto y denominación .....	322
B. Características.....	325
C. Presupuestos .....	332
D. Similitudes y diferencias con la medida cautelar .....	334
E. Las medidas autosatisfactivas en la jurisprudencia.....	335
F. Propuesta sobre la necesidad de incorporación de la tutela autosatisfactiva en el proceso contencioso administrativo .....	348
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>367</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>375</b>



## INTRODUCCIÓN

El factor **tiempo**, del que nadie puede eludir, mucho menos si se encuentra inmerso en un proceso judicial, se constituye en una nota de dramática importancia e insoslayable consideración, pues la función jurisdiccional no se agota en la simple declaración nominal del derecho sino que en su efectivo restablecimiento, teniendo en cuenta que una decisión inoportuna o tardía equivale, algunas veces, a la inexistencia del mismo, y así también una resolución oportuna pero de imposible realización resulta inicua para el reconocimiento del derecho (Kielmanovich, 2000: 15).

Así, resulta materialmente imposible la satisfacción instantánea de una pretensión ya sea de conocimiento, abreviada o de ejecución. Estando vedada toda forma de autocomposición del conflicto - con las excepciones legales que se contemplan y en supuestos específicos-, es el Estado quien debe garantizar el ejercicio de la **tutela jurisdiccional efectiva** y, sin duda, la dilación excesiva de los procesos y el retardo con el que habitualmente se desenvuelven los órganos jurisdiccionales atenta contra tal encomiable finalidad.

Para evitar los daños que este retardo genera en los justiciables y garantizar que la sentencia que se emita en su oportunidad sea eficaz y se pueda cumplir en sus propios términos, el legislador ha dotado al juez de instrumentos procesales dentro de la tutela de urgencia, de modo que éste puede adoptar medidas

cautelares que armonizan la celeridad y la eficacia del proceso. Por eso se dice que las medidas cautelares se expiden, más que para defender derechos subjetivos, para garantizar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional (Gallegos Fedriani, 2006: 27-34).

Ahora bien, en el proceso contencioso administrativo, dado los rasgos peculiares que este tiene, la necesidad de la tutela cautelar es más álgida, toda vez que la Administración Pública como gestora del interés general tiene prerrogativas exorbitantes -como es la ejecutividad del acto administrativo-, que hacen de las medidas cautelares un freno o un **límite** al uso indebido o excesivo de aquéllas. No se trata tanto de hacer desaparecer la ejecutividad del acto administrativo, como de garantizar que el principio de efectividad de la tutela judicial pueda proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo (Rodríguez-Arana, 2013: 236).

En nuestro estudio se parte de abordar la tutela jurisdiccional efectiva y su relación con el debido proceso, del que deriva la tutela cautelar, para luego pasar a contextualizarla junto con el proceso contencioso administrativo en los **ordenamientos jurídicos español y peruano**, desarrollando también su regulación y en el marco del Derecho Comunitario y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como en la Convención Interamericana de derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de algunos de sus pronunciamientos más relevantes y afines a nuestro tema de estudio.

Como ya se ha adelantado, la medida cautelar es una especie de la **tutela de urgencia**, que se vincula estrechamente con otros instrumentos procesales que forman parte de esa misma tutela de urgencia, pero de los que igualmente debe significarse. Conviene, por tanto, tener claro su concepto, pero sobre todo su naturaleza jurídica, tarea que exigirá abordar las discusiones que se han suscitado en torno a su autonomía o instrumentalidad, que, adelantamos, se saldará con la explicación de nuestra posición al respecto: la tutela cautelar como un proceso autónomo -toda vez que persigue un fin distinto al perseguido en el proceso principal- pero accesorio - pues su finalidad se agota en garantizar la eficacia de la sentencia-.

Así mismo, resulta muy importante estudiar los **presupuestos** para su adopción, en tanto que permiten marcar la diferencia con otras instituciones afines, por un lado, así como justificar debidamente su otorgamiento en el caso concreto. A la luz de la doctrina, se estudian los presupuestos tradicionalmente aceptados y que han sido considerados por el legislador peruano en su totalidad en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, y se analiza comparativamente el caso español, cuya legislación recoge los presupuestos del *periculum in mora* y la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto a la vista del caso en concreto, así como el tratamiento jurisprudencial del *fumus boni iuris*, todo ello salvo que la medida ocasione una grave perturbación a los intereses generales o de tercero, teniendo en cuenta que la medida cautelar es un juicio eminentemente ponderativo.

Llegados a este punto, se abordará la tutela cautelar y su proyección en el contencioso administrativo a partir del concepto clave de la **pretensión**. Para ello, se analiza la construcción objetiva del proceso y su evolución hacia un sistema subjetivo o de plena jurisdicción, entendiendo que la amplitud de pretensiones se tiene que trasladar también la tutela cautelar. Así, se estudiará la superación del carácter revisor y la necesaria correlación entre las pretensiones procesales y medidas cautelares, ampliando el espectro de las medidas cautelares más allá de las medidas cautelares de suspensión.

Se analizará también la tutela cautelar desde sus diferencias y semejanzas con el **ordenamiento procesal civil**. Este enfoque reviste de trascendencia, pues el ordenamiento procesal civil resulta de aplicación supletoria al proceso contencioso administrativo tanto español como peruano; y más aún en la medida en que nuestros legisladores han optado por un sistema de medidas cautelares innominado, que nos exigirá remitirnos a las medidas cautelares específicas del ordenamiento procesal civil en lo que fuera aplicable, así como a las normas generales y principios que regulan la institución cautelar.

A partir de los textos normativos español y peruano, se estudiará la **tipología** de medidas cautelares previstas en el proceso contencioso administrativo, poniendo especial énfasis en el carácter innominado de las medidas cautelares y su potencialidad para garantizar la eficacia de los procesos. Pero con sentido crítico se reclamará y postulará una previsión, a modo ejemplificativo, sobre las medidas cautelares



específicas- partiendo del sistema plural de acciones procesales y su correlativa ampliación al ámbito de la tutela cautelar-, tal y como se ha regulado en los ordenamientos procesales civiles y en el Código Portugués del Proceso de los Tribunales Administrativos de 2002. Así mismo, se resaltarán la virtualidad de las medidas cautelares positivas, especialmente procedentes para los procesos en que se ventilen acciones contra la inactividad y contra la vía de hecho.

Por último, teniendo en cuenta las nuevas necesidades de los justiciables y que no todos los supuestos de urgencia se amoldan al esquema clásico de las medidas cautelares, se estudian las **nuevas formas de tutela de urgencia**, que han tenido gran desarrollo en la doctrina iberoamericana, en especial en Brasil y Argentina -las **medidas anticipadas y autosatisfactivas** respectivamente-. Partiendo de su reconocimiento e incluso su carácter de doctrina recibida en algunos ordenamientos, abordaremos su definición, su naturaleza, sus presupuestos, sus diferencias y semejanzas con las medidas cautelares. La importancia académica y práctica, que se advierte para Perú y España, respecto de estas “nuevas formas de tutela de urgencia”, reside en la necesidad de adaptar las normas procesales del contencioso administrativo, mediante propuestas de *lege ferenda* direccionadas a la incorporación de estas nuevas instituciones, con total respeto de los derechos de los justiciables, sin forzar su voluntad a postular pedidos inoficiosos que sobrecargan el sistema de justicia, ni desdibujar instituciones que han sido concebidas para otros supuestos, por parte de una judicatura comprometida con un nuevo rol que exige un dinamismo tuitivo que muchas veces la carga procesal

no deja expresar; ante esa realidad, nuestra propuesta permitirá abrir nuevos horizontes y perspectivas a la tutela de urgencia; especialmente desde el ámbito de una actividad administrativa respetuosa de los derechos humanos y a la dignidad, campo desde luego muy fecundo para el estudio de las nuevas formas de tutela de urgencia, pero fecundo también para repensar la proyección futura del propio Derecho Administrativo bajo una perspectiva humanizada, tarea imprescindible siempre, pero más que nunca en estos tiempos que vivimos.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **La tutela jurisdiccional efectiva en el proceso contencioso-administrativo**



## **I. CONTENIDO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA**

El numeral 3 del artículo 139 de la Constitución del Perú consagra “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” como uno de los principios rectores de la función jurisdiccional.

Estos principios-derechos son mencionados de forma general e indeterminada en nuestra Constitución. Nuestra normativa legal no nos ofrece un desarrollo definido e inequívoco acerca de sus alcances, motivo por el cual es oportuno acudir a la doctrina especializada y a la jurisprudencia, donde el desarrollo de ambos conceptos ha merecido singular atención y debate.

### **1. Definición de tutela jurisdiccional efectiva**

La tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo ciudadano de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo 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).

Para González Pérez (1985: 27) se entiende a la tutela jurisdiccional efectiva como el derecho que tiene toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea resuelta por un órgano jurisdiccional a través de un proceso de

garantías mínimas.

De Bernardis (1995: 37) define la tutela jurisdiccional efectiva como la manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en garantizar el libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes o la creación de nuevas situaciones jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad.

Para Couture (1985: 479), la tutela jurisdiccional efectiva consiste en la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas, lo que resulta siendo la descripción del instituto alemán de la *Rechtsschutzbedürfniss*.

La tutela jurisdiccional efectiva es, por tanto, la facultad de utilizar, con una serie de garantías y principios, el sistema estatal de administración de Justicia para resolver los conflictos derivados de nuestro accionar como ciudadanos o para solicitar la protección de una situación jurídica.

Este derecho tiene una función trascendente respecto a los otros derechos humanos porque permite la exigibilidad de estos ante un órgano del Estado, que se caracterizará por su imparcialidad, idoneidad y

transparencia, a través de procedimientos previamente establecidos en las leyes (García Castillo, 2020).

## **2. Relación entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso**

La relación entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso ha sido motivo de debate entre juristas y estudiosos del Derecho. Esto lo grafica bien Hurtado Reyes, quien nos dice que dentro de la doctrina nacional no se ha llegado a un consenso sobre la relación entre los derechos referenciados, ya que existen diversas posiciones difícilmente reconciliables: la posición de quienes, como Monroy Gálvez o Ticona Postigo, consideran que el debido proceso es manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva; la de quienes, como Marcial Rubio Correa, entienden que ambas instituciones son sustancialmente lo mismo; o la posición de quienes, como Giovanni Priori, consideran que estas son instituciones provenientes de distintas tradiciones jurídicas (Hurtado Reyes, 2009: 32).

En contraposición a las posiciones doctrinarias antes expuestas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú sí ha tomado una postura definida en este debate, diferenciando ambos principios, argumentando que la tutela jurisdiccional efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, mientras el derecho al debido proceso, por su parte, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como

instrumento de tutela de los derechos subjetivos. En el Exp. N. ° 8123-2005-PHC/TC, del 14-11-2005, se ha sostenido lo siguiente:

“6. No se trata naturalmente de que el juez constitucional, de pronto, termine revisando todo lo que hizo un juez ordinario, sino, específicamente, que fiscalice si uno o algunos de los derechos procesales con valor constitucional están siendo vulnerados. Para proceder de dicha forma existen dos referentes de los derechos de los justiciables: la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. **Mientras que la tutela judicial efectiva supone** tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, **el derecho al debido proceso, en cambio,** significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la



razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido proceso en sus sentencias recaídas en los expedientes 2192-2002-HC/TC (FJ 1); 2169-2002-HC/TC (FJ 2), y 3392-2004-HC/TC (FJ 6)” (fundamento jurídico 6; los resaltados son nuestros) Cfr. Oelckers Camus (1978: 121-122, 124).

Si bien el Tribunal constitucional hace una distinción entre ambos principios, considera que estos actúan en conjunto:

“42. Mediante ambos derechos [la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.] se persigue garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Asimismo, estos derechos poseen un *contenido complejo* (pues se encuentran conformados por un conglomerado de mecanismos que no son fácilmente identificables) que no se limita a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 139°, el segundo párrafo del artículo 103° u otras disposiciones de la Constitución, sino también a aquellos derechos que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad y que se deriven del principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 3.º de la Constitución).” (Exp. N. ° 0023-2005-PI/TC [Caso *Proceso de*

*Inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 de la Ley N. ° 28237], del 27-10-2006, fundamento jurídico 42).*

Sin embargo, nosotros nos decantamos por aquella postura que propugna que el derecho al debido proceso se encuentra subsumido dentro del contenido más amplio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Si bien nuestra jurisprudencia constitucional ha señalado que la tutela jurisdiccional efectiva persigue asegurar tanto la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos judiciales para la solución de controversias, como garantizar la efectividad y cumplimiento del resultado obtenido, esto no podría entenderse dentro de un proceso que no respete las garantías legales y procedimentales mínimas para que este pueda cumplir a cabalidad con la finalidad por la que fue concebida.

En efecto, no puede pretenderse el acceso a la justicia y la efectividad de las sentencias, si no se ha garantizado un proceso en el cual se hayan respetado las disposiciones legales y principios procesales, a la par de otorgar un trato que respete las garantías mínimas de todo justiciable, derivados del principio de la dignidad humana, pues de otro modo, la tutela jurisdiccional estaría amparando la efectividad de sentencias que carecerían de la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe tener.

Por tal motivo, no podemos considerar que la tutela jurisdiccional sólo se circunscriba a garantizar el acceso a la justicia y el posterior aseguramiento y efectividad de lo que dentro del proceso se decida, sino que es necesario que tal decisión judicial haya sido

producto de un debate pormenorizado, en respeto de sus propias reglas y sobre todo, en respeto de los principios fundamentales que nuestra Constitución consagra, ya que sin esto, podríamos estar frente a resoluciones judiciales viciadas, impropias de lo que se aspira dentro de un sistema democrático.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, por lo expuesto, podría considerarse como un principio “continente”, es decir, que dentro de su desarrollo se abarcan una serie de principios y derechos, en este caso, de carácter procesal y que, sólo cuando estos han sido garantizados, entonces podríamos decir que también se garantizó la tutela jurisdiccional efectiva. Siguiendo esta línea, y tomando en cuenta el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la tutela jurisdiccional efectiva, podríamos disgregar el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional en un conjunto de 4 grandes derechos (de los que a su vez se desprenderá otra pluralidad derechos) que serían:

- El derecho de acceso a la justicia
- El debido proceso
- La tutela cautelar
- La efectividad de las sentencias

#### **A. El derecho de acceso a la justicia**

Debe tomarse en cuenta que el derecho de acceso a la justicia aún se encuentra sujeto a un proceso de evolución en el Perú. En ese sentido, corresponde reiterar el gran aporte del maestro Couture, que refirió que “una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el “qué es la acción”) debe partir de la base necesaria que de cualquier súbdito tiene

derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la Ley procesal. Ese derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción” (Couture 1953: 71). Posteriormente, Cappelletti y Garth (1996:9) acotaron que el derecho de acceso a la justicia significaba que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas bajo el auspicio del Estado: “hay acceso a la justicia cuando el pueblo puede solucionar sus conflictos y ejercer sus derechos por medio del Estado”. En resumidas cuentas, se puede decir que el acceso a la justicia es el derecho que tiene toda persona de acceder ante los jueces y tribunales para obtener de ellos una sentencia o mandato judicial conforme al ordenamiento jurídico vigente.

El derecho de acceso a la justicia forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual, según nuestro Tribunal Constitucional, garantiza el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar que se resuelva una situación jurídica o conflicto de intereses en un proceso judicial:

*“13. El derecho de acceso a la jurisdicción, conviene recordarlo, forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, por lo que cualquier impedimento o mecanismo que dificulte su acceso, se convierte en un obstáculo contrario al derecho constitucional de toda persona de acceder sin condicionamientos a la tutela jurisdiccional (STC N° 3741-2004-AA/TC).*

*14. De igual forma, en la STC N° 0763-2005-PA/TC, ha quedado establecido que el derecho de acceso a la justicia garantiza el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar que se resuelva una situación jurídica o conflicto de intereses en un proceso judicial.” (Exp. N. ° 2600-2008-PA/TC, del 18-11-2008, fundamentos jurídicos 13 y 14).*

Es de anotar que, como todo derecho fundamental<sup>1</sup>, este no posee carácter ilimitado, motivo por el cual no puede entenderse que invocando el derecho de acceso a la justicia pueda ampararse cualquier solicitud o demanda del justiciable, y mucho menos pretenderse que los jueces se vean obligados a estimar de manera favorable alguno de estos requerimientos. Quiere decir, por ejemplo, que la tutela jurisdiccional efectiva no está referida a la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que, admitida ésta, tenga necesariamente que declararse fundada. En ese sentido, la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional señala:

*“13. En principio, este Tribunal ha establecido que ningún derecho fundamental resulta ilimitado. Así, en el caso del derecho de acceso a*

---

<sup>1</sup> El derecho de acceso a la justicia aparece reconocido en los siguientes instrumentos internacionales: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966; Convención Americana de Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969; Convención Interamericana para prevenir y Sancionar la Tortura, del 9 de diciembre de 1885; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, del 9 de junio de 1994; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1990.

*la justicia, los requisitos procesales o las condiciones legales que puedan establecerse se constituyen como sus límites, siendo que para que éstos sean válidos, es necesario que se respete su contenido esencial. Evidentemente, no están comprendidos en los límites justificados por el ordenamiento aquellos requisitos procesales que, so pretexto de limitar el derecho de acceso a la justicia, introduzcan vías y mecanismos que impidan, obstaculicen o disuadan, irrazonable y desproporcionadamente, el acceso al órgano judicial.” (Exp. N. ° 0005-2006-PI/TC [Caso Proceso de Inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley N° 28476, Ley del FEDADOI y otro], del 27-03-2007, fundamento jurídico 32).*

Es decir, el derecho de acceso a la justicia está limitado por los requisitos procesales o las condiciones legales previstas para su ejercicio, y a su vez, estas limitaciones no deben impedir desproporcionadamente el referido derecho de acceso. Dentro de estos requisitos procesales podemos encontrarnos, por ejemplo, con la exigencia del agotamiento de la vía previa administrativa, la cual se concibe entonces como una limitación del derecho constitucional de acceso a la justicia, que sólo será exigible si su tránsito se configura como una vía idónea y eficaz para los fines que persigue el justiciable. En este sentido el Tribunal Constitucional estima que, si el legislador prevé la obligatoriedad del agotamiento de la vía previa administrativa, una exigencia derivada del derecho de acceso a la justicia es que éste sea configurado de la manera más breve como sea posible, pues de ese modo se optimiza mejor el principio *pro actione*:

*“2. La demandada ha justificado la introducción del recurso de revisión en el procedimiento administrativo municipal, alegando que su inexistencia lesionaría el derecho al debido proceso administrativo y, particularmente, los derechos a la pluralidad de instancias y a la defensa, apoyándose para ello en lo que en su momento sostuviera la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima en un proceso constitucional de amparo. 3. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En efecto, el derecho a la pluralidad de instancias no es un contenido esencial del derecho al ‘debido proceso administrativo’ —pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede—; pero sí lo es del derecho al debido proceso ‘judicial’, pues la garantía que ofrece el Estado constitucional de derecho es que las reclamaciones de los particulares contra los actos expedidos por los órganos públicos, sean resueltas por un juez independiente, imparcial y competente, sede ésta en la que, además, se debe posibilitar que lo resuelto en un primer momento pueda ser ulteriormente revisado, cuando menos, por un órgano judicial superior. A juicio del Tribunal, tras la conceptualización del derecho al debido procedimiento administrativo expresada por la demandada, subyace una idea errada de la configuración y justificación de la vía administrativa. En efecto, llevado al absurdo, con ella implícitamente se termina afirmando que las reclamaciones del administrado contra el Estado tienen su ámbito primario y natural de solución en el procedimiento administrativo y,*

*sólo subsidiariamente, en el ámbito del proceso judicial, cuando, en principio, toda resolución administrativa es susceptible de ser impugnada en sede jurisdiccional. Evidentemente, se trata de una interpretación que no guarda relación con el principio del Estado de derecho, que, como se ha dicho, garantiza a los individuos que la solución de sus conflictos —con el Estado o con otros particulares— puedan dilucidarse ante un tribunal de justicia competente, independiente e imparcial. Es en relación con el tercero imparcial, esto es, con referencia al órgano judicial, que el legislador debe garantizar la existencia, cuando menos, de una dualidad de instancias de resolución de conflictos, así como los medios (impugnatorios) apropiados para posibilitar su acceso. Naturalmente, los órganos y tribunales administrativos no satisfacen esas condiciones de imparcialidad e independencia, pues se trata de entes que, o forman parte de la estructura organizativa del órgano cuyo acto administrativo se reclama, o pertenecen, en general, al Poder Ejecutivo. Precisamente porque los órganos administrativos no cumplen esas garantías mínimas que debe observar el ente que resuelva el conflicto, es que, al tiempo de considerarse el agotamiento de la vía administrativa como un derecho del particular [derecho que se traduce en evitarle el acceso a la justicia ordinaria si puede resolver su conflicto con la administración estatal en dicha sede], dicha vía, cuando se fija su agotamiento de manera obligatoria, debe contemplarse de manera tal que no pueda considerarse un privilegio del Estado o, acaso, como una medida que, irrazonable y desproporcionadamente, disuada, imposibilite o*



*impida el acceso del particular a un tribunal de justicia. En ese sentido, estima el Tribunal Constitucional que, **si el legislador prevé la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, una exigencia derivada del derecho de acceso a la justicia es que éste sea configurado de la manera más breve como sea posible, pues de ese modo se optimiza mejor el principio pro actione.***” (Exp. N. ° 010-2001-AI/TC [Caso Defensoría del Pueblo], del 26-08-2003, fundamentos jurídicos 2 y 3. Los resaltados son nuestros).

## **B. El debido proceso**

El debido proceso es uno de los principios rectores del proceso, consagrado en nuestra Constitución y sistema normativo, así como en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos en el mundo, y que irradia su efecto garantista sobre todo tipo de proceso, sea este judicial, administrativo, arbitral e incluso entre relaciones entre particulares como, por ejemplo, en los procedimientos sancionatorios seguidos al interior de una persona jurídica.

Tiene su origen en el derecho anglosajón (*due of process of law*), aunque su concepto ha ido ampliándose y adaptándose a los nuevos escenarios tanto político-sociales como jurídicos.

Este derecho podría entenderse como el derecho que tiene todo justiciable a que se respeten, en el decurso de un proceso, todos los principios, derechos y normas que son reconocidas o exigibles por mandato de la ley y que garantizan que una causa pueda

tramitarse y resolverse en justicia. Según las palabras de Couture, el proceso “no es un fin sino un medio; pero es el medio insuperable de la justicia misma. Privar de las garantías de la defensa en juicio, equivale, virtualmente, a privar del derecho” (Couture, 1948: 194). Es debido al carácter trascendental del proceso, como medio que tiene el justiciable para la consecución del valor justicia, que el debido proceso se erige como uno de los grandes pilares para el correcto funcionamiento de la actividad jurisdiccional.

El debido proceso es un derecho de carácter complejo, es decir, dentro de su seno comprende a una pluralidad de derechos fundamentales de orden procesal, cuya observancia por parte del órgano jurisdiccional es crucial para cumplir con los fines del proceso y garantizar una decisión en justicia para los sujetos procesales que formen parte de este. Es así que, tanto en nuestra normativa como en nuestra jurisprudencia, derechos como el de defensa, el de motivación de las resoluciones judiciales, el derecho al juez natural y otros, se consideran como derechos subsumidos en la garantía del debido proceso. Incluso la jurisprudencia ha llegado a reconocer derechos implícitos en su interior, es decir, derechos que no han sido expresamente consignados en la Constitución, pero se desprenden de su contenido, como el derecho a la no autoincriminación en materia penal o el derecho a los recursos o medios impugnatorios.

Una de las características del principio del debido proceso es que es un derecho de efectividad inmediata. Es decir, es aplicable directamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo entenderse en el sentido de que su contenido se encuentra supeditado a la arbitraria

voluntad del legislador, sino a un razonable desarrollo de los mandatos constitucionales. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, un “derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente” se derivan del principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 3° de la Constitución)” (Exp. N. ° 0023-2005-PI/TC [Caso Proceso de Inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 de la Ley N° 28237], del 27-10-2006, fundamento jurídico 47).

En doctrina “se suele identificar al debido proceso bajo dos dimensiones, una formal y otra material; la primera, postula el respeto a los principios y reglas, como pueden ser el juez natural, el respeto al procedimiento preestablecido, el derecho a la defensa, la motivación resolutoria, la cosa juzgada, etc.; mientras que la segunda, postula el contenido de justicia o razonabilidad que toda decisión supone” (Gaceta Jurídica, 2015: 78). En ese sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, que al desarrollar el contenido del debido proceso ha sostenido que esta admite dos dimensiones: una formal, procesal o procedimental, y otra de carácter sustantivo o material:

“5.3.1. El artículo 139, inciso 3), de la Constitución establece como derecho de todo justiciable y principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso. Dicho derecho, a tenor de lo que establece nuestra jurisprudencia, **admite dos dimensiones**: una formal, procesal o procedimental, y otra de carácter sustantivo o material. **En la primera** de las mencionadas está concebido como un derecho continente que abarca diversas garantías y reglas (las cuales a su vez son derechos parte de un gran derecho con una estructura compuesta o compleja) que garantizan un estándar de participación justa o debida durante la secuela o desarrollo de todo tipo de procedimiento o proceso (sea este judicial, administrativo, corporativo particular o de cualquier otra índole). **En la segunda** de sus dimensiones exige que los pronunciamientos o resoluciones con los que se pone término a todo tipo de proceso respondan a un referente mínimo de justicia o razonabilidad, determinado con sujeción a su respeto por los derechos y valores constitucionales.” (Exp. N. ° 00579-2013-PA/TC [caso Seguro Social de Salud-ESSALUD], del 24-10-2014, fundamento jurídico 5.3.1; los resaltados son nuestros).

En otra sentencia ha señalado que las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales:

“4. Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con

alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, **las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material**, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Como ya se anticipó,

*en el caso de autos, se trata de un reclamo por la transgresión al debido proceso en sede administrativa, no solo en el ámbito formal sino también sustantivo. Corresponde, por tanto, a este Colegiado emitir pronunciamiento respecto de ambos extremos invocados.” (Exp. N. ° 3075-2006-PA/TC, del 02-05-2006, fundamento jurídico 4; los resaltados son nuestros).*

### **C. La tutela cautelar**

Enfrascarse en una disputa judicial es un trámite muchas veces agotador y que requiere necesariamente de una importante inversión de tiempo y recursos. El período de tiempo en el que se desarrolla el proceso, desde el inicio de la acción judicial hasta la emisión de la sentencia definitiva puede ser por unos cuantos meses o por muchos años.

En este escenario, el tiempo cobra una vital trascendencia respecto a la real efectividad que pueda tener una decisión judicial al término del proceso, ya que un plazo excesivo podría suponer que la situación jurídica que se buscaba tutelar en un primer momento haya cambiado de tal forma que imposibilite cualquier tipo de satisfacción obtenida a través de un fallo judicial<sup>2</sup>. Puede ser el caso en el que se demande la reivindicación de un bien, sólo para descubrir en la etapa de ejecución de sentencia que el bien ya ha sido vendido, o el caso de una demanda que pretenda la

---

<sup>2</sup> “Probablemente, el principal obstáculo de la efectividad de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos es el simple transcurso del tiempo. Es evidente que, si la tutela llega tarde, no es efectiva y, por ende, no es tutela de nada [...]” (Chinchilla, 1999: 563)

cobranza de un crédito contra una persona que al término de juicio ostenta la condición de insolvente.

Ante tal incertidumbre, es que nuestro ordenamiento jurídico consagra el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, conminando a los operadores jurídicos a dar trámite a los procesos judiciales procurando celeridad y economía procesal.

Sin embargo, muchas veces no es suficiente con que el proceso culmine en un plazo óptimo o razonable, ya que incluso en tal supuesto existe el riesgo de que el bien objeto de controversia varíe su situación imposibilitando efectivizar el mandato del juez en sentencia, deviniendo la decisión judicial en una mera declaración de intenciones sin posibilidad de concreción fáctica.

Es debido a esta incertidumbre, que nace la necesidad por parte del órgano jurisdiccional de contar con mecanismos procesales que aseguren la efectividad de una futura decisión judicial. Para garantizar ello, se realizan actos de razonable injerencia en la esfera jurídica de las partes procesales con el fin de asegurar los medios necesarios para la satisfacción de la pretensión motivo de controversia en caso de que el mandato del juez fuese en sentido favorable. Al conjunto de estos mecanismos legales destinados a evitar la inutilidad de una futura decisión judicial, se le conoce como tutela cautelar.

Como sostiene Redenti (1957: 105-106), “los *procedimientos cautelares* no tienden a un juicio definitivo sobre una acción civil, ni a una ejecución satisfactoria (y por tanto, a su vez, de carácter

definitivo). Tienden más bien a la introducción y realización de providencias destinadas a prevenir el inconveniente de que, mientras se discute acerca de la existencia (fundamento) de una acción y de la satisfacción a que tiende *ope iudicis*, desaparezcan los medios o los bienes sobre los que dicha satisfacción habría en hipótesis de conseguirse, u ocurra algún otro accidente que la haga imposible o muchísimo más dificultosa”.

En efecto, de la tutela cautelar se tiene la certeza de que se trata de una tutela distinta de la declarativa y la ejecutiva (de allí que se diga que es un *tertium genus*), que por ello goza de autonomía funcional frente a sus dos hermanas “mayores”; que tal tutela presenta como notas características la de ser instrumental (o sea, “no ser fin en sí misma”, sino la de estar preordenada a asegurar el resultado práctico de la tutela de fondo y no a satisfacer los intereses sustanciales en controversia); la de ser provisional (o sea, inestable en el tiempo, en cuanto destinada a cesar en algún momento); y la de ser variable en su contenido (en cuanto para el logro de su finalidad está sujeta a una implícita cláusula *rebus sic stantibus* que permite adaptarla a la variación de las circunstancias que se produzcan durante su vigencia) (Ariano, 2010: 19-20).

La tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución, sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139°



inciso 3) de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta imposible el cumplimiento de la decisión adoptada por ésta.

Sobre la tutela cautelar como contenido implícito del derecho al debido proceso, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido lo siguiente:

*“46. [Es] necesario precisar que el reconocimiento del derecho a la tutela cautelar no implica el derecho a que, en todos los casos en que se solicite una medida cautelar, ésta tenga que ser aceptada o concedida. Es la respectiva autoridad judicial la encargada de valorar, en función al caso concreto, si corresponde dictar una medida cautelar o, en su caso, mantenerla o revocarla, por lo que todo juez está facultado para aplicar la medida cautelar pertinente para así garantizar el debido proceso de las partes del proceso.*

*47. Así también es evidente que, por su propia naturaleza, la medida cautelar debe constituir una tutela de urgencia, por lo que para ser concedida no se debe superar el límite de la irreversibilidad, es decir, que en modo alguno la medida cautelar debe ocasionar consecuencias que después no puedan ser revertidas.*

*48. Finalmente, es preciso reconocer que si bien la regla general es que todo proceso jurisdiccional deba contar con mecanismos que aseguren una tutela cautelar, caben determinadas excepciones como sucede, por*

*ejemplo, en el caso de la ausencia de tutela cautelar en el proceso de inconstitucionalidad. En este caso, se presentan diferentes razones que justifican tal ausencia.*

*En primer término, la consideración de las leyes como expresión de la voluntad popular otorga a éstas una legitimación democrática directa que no poseen el resto de disposiciones.*

*En segundo lugar, la existencia de razones de orden práctico, según las cuales “la eficacia erga omnes que la suspensión tendría como lógica consecuencia del control concentrado de inconstitucionalidad comprometería en gran medida la certeza de las relaciones jurídicas, al afectar con carácter general tanto a los procesos en curso como a las relaciones jurídicas pendientes” (STC N° 0023-2005-PI/TC, de 27 de octubre de 2006, fundamentos 46-48).*

#### **D. La efectividad de las sentencias**

El ciudadano acude a los tribunales con el propósito que se le reconozca o declare un derecho a su favor o a favor de quien represente y, para ello, tiene que seguir una serie de actos procesales destinados a crear en el juez una convicción respecto a los hechos que sustentan su petitorio. Esta sucesión de actos tiene como fin que el juez se pronuncie respecto a la controversia discutida mediante la emisión de una sentencia, esto es, la resolución judicial mediante la cual el juez estimará o desestimará el derecho o derechos que pretenden hacerse efectivos.

Sin embargo, las decisiones judiciales y los derechos que en su texto reconozcan sólo tendrían un carácter meramente declarativo si éstas no se cumpliesen de manera concreta y real, supuesto en el cual no podríamos decir que la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva ha sido cumplida. Es por ello que el derecho a garantizar la efectividad de las sentencias constituye una manifestación del principio de tutela jurisdiccional efectiva, sin la cual el proceso no tendría razón de ser. Con la tutela jurisdiccional efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos jurisdiccionales, sino que también se busca garantizar la eficacia del resultado obtenido<sup>3</sup>.

El Tribunal Constitucional ha sostenido:

*“7. El derecho a la ejecución de las sentencias*

---

<sup>3</sup> En el mismo sentido se puede ver el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Muelle Flores vs Perú*, fundamento jurídico 140: “Ahora bien, como ya ha establecido esta Corte, tanto el cumplimiento como la ejecución de las sentencias constituyen componentes del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. De igual manera, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución, debido a que el derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado permitiera que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes. La Corte considera, que para tal efecto, dentro del deber de garantizar los medios y mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones definitivas, “deben establecerse mecanismos de seguimiento e imposición del cumplimiento que estén disponibles y sean accesibles en la práctica [...] [como medidas coercitivas de distinta naturaleza, entre ellas,] las sanciones contra quienes dificultan el ejercicio efectivo de los derechos Ello, contribuiría con hacer efectivo el derecho protegido por la decisión que se busca implementar [...]”<sup>154</sup> accesible en el link:

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_375\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf)

*como componente del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone la posibilidad de que la tutela ofrecida por el juez constitucional opere generando consecuencias fácticas en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas. De ahí que sea acertado afirmar que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. Y es que la pronta y debida ejecución de las sentencias permite además dar efectividad al Estado democrático de Derecho, que implica, entre otras cosas, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando sino también ejecutando lo juzgado. Así pues, será inconstitucional todo aquel acto que prorrogue en forma indebida e indefinida el cumplimiento de las sentencias.*

*8. En efecto, este Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de señalar en el Exp. N° 042-2002-AA/TC que la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una efectiva tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de Derecho no puede existir cuando no es posible alcanzar la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto. Para ello, la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos [...] reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues sólo así se*

*podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos.” (Exp. N° 04909-2007-PHC/TC [caso Roberto Araujo Espinoza], del 03-10-2007, fundamentos jurídicos 7 y 8).*

En otra sentencia, afirma lo siguiente:

*“13. A juicio del Tribunal Constitucional, tras el reconocimiento del derecho a la ejecución de las sentencias no sólo está el derecho subjetivo del vencedor en juicio, sino también una cuestión de capital importancia para la efectividad del “Estado democrático de derecho” que proclama la Constitución. En efecto, tras los artículos 38, 45, 51, 102 inciso 2, 118 inciso 1, y 138 de la Constitución, existe un mandato de sujeción de los ciudadanos y órganos públicos a la Constitución y a todo el ordenamiento jurídico. Dicha sujeción al ordenamiento jurídico, cuando se produce un conflicto, ordinariamente se procesa a través del Poder Judicial, en tanto que tercero imparcial. De ahí que cuando un tribunal de justicia emite una resolución, y ésta adquiere la condición de firme, con su cumplimiento no sólo se resuelve un conflicto y se restablece la paz social, sino, además, en la garantía de su cumplimiento, se pone a prueba la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos al ordenamiento jurídico. El Estado democrático de derecho está, pues, sujeto a un plebiscito de todos los días. Y es difícil que pueda hablarse de la existencia de un Estado de derecho cuando las sentencias y las resoluciones judiciales firmes no se cumplen. Como afirma el Tribunal*

*Constitucional español, “Cuando este deber de cumplimiento y colaboración -que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza- se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento -si se produjera- no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes” (STC 67/1984). (Exp. N° 0015-2001-AI/TC [Caso Ejecución de sentencias que ordenan el pago de sumas de dinero contra el Estado], del 29-01-2004, fundamento jurídico 13).*

Como todo derecho fundamental, la efectividad de las resoluciones judiciales no está exenta de limitaciones o condiciones para su ejercicio, las cuales, dada la naturaleza de este derecho, podríamos categorizar como limitaciones propias y limitaciones externas.

Respecto a las limitaciones propias, nos encontramos con que el objeto que fundamenta la actividad jurisdiccional destinada a garantizar el derecho a la ejecución de las sentencias se erige también como una limitación a sí misma. Tanto en doctrina, como en nuestra jurisprudencia, se considera que el derecho a la ejecución de las sentencias garantiza que estas sean cumplidas “bajo sus propios términos” como una garantía para el órgano jurisdiccional de procurar la eficacia del íntegro de todo aquello declarado en sentencia, no pudiendo reducir el alcance de lo otorgado en una etapa posterior en desmedro del justiciable. Sin embargo, al mismo tiempo este mandato para garantizar el cumplimiento de la sentencia bajo sus propios términos, constituye una

limitación al órgano jurisdiccional encargado de no extralimitarse en la interpretación de aquello que ha sido decidido en sentencia, conducta que perjudicaría irrazonablemente a la persona o personas a quienes el mandato les va dirigido en su contra y favoreciendo ilegítimamente a la parte ganadora. No puede pretenderse ante la autoridad judicial el cumplimiento de actos que tengan como fin asegurar el cumplimiento de aquello que no se desprenda inequívocamente de manera expresa o implícita de lo decidido en sentencia, amparándose en el derecho a la efectividad de las sentencias.

Por otro lado, las limitaciones externas tienen su razón de ser en que el derecho a la efectividad de las sentencias no puede ser apreciado de manera aislada respecto a la totalidad del ordenamiento jurídico. Esto implica que el trámite que debe realizar el órgano jurisdiccional para efectivizar el contenido de las sentencias debe cumplir con una serie de requisitos exigidos por ley, como los referidos a la competencia de la autoridad judicial encargada de hacer cumplir el mandato del juez, a la necesidad de que se trate de una resolución judicial firme, etcétera. Pero también significa que el contenido de lo que pretende efectivizar no exceda las restricciones y limitaciones impuestas por los principios constitucionales y/o legales.

Por último, el derecho a la efectividad de las sentencias debe leerse en concordancia con el derecho al plazo razonable en el cumplimiento de las resoluciones judiciales, puesto que, un cumplimiento tardío de lo decidido en la sentencia no cumpliría con los parámetros de eficacia necesarios para decir que

la garantía ofrecida por la tutela jurisdiccional efectiva ha sido llevada a cabo.

El Tribunal Constitucional ha sostenido:

*“13. En atención a lo precedentemente expuesto, el cumplimiento de los mandatos judiciales en sus propios términos debe llevarse a cabo de forma inmediata, a fin de garantizar una tutela adecuada a los intereses o derechos afectados de los justiciables. El no cumplimiento inmediato de un mandato judicial, por el contrario, puede afectar no solo a quien es la parte vencedora en el proceso (esfera subjetiva), sino también a la efectividad del sistema jurídico nacional (esfera objetiva), pues, evidentemente, de qué serviría pasar por un largo y muchas veces tedioso proceso, si al final, a pesar de haberlo ganado, quien está obligado a cumplir con el mandato resultante no lo hace; es por ello que, de darse tales circunstancias, se estaría frente un problema real que afectaría per se el derecho fundamental a la ejecución de pronunciamientos judiciales, contenido de la tutela jurisdiccional efectiva” (Exp. N° 03515-2010-PA/TC, del 09-11-2011, fundamento jurídico 13).*

En otra sentencia reciente, que constituye doctrina jurisprudencial vinculante, el Tribunal Constitucional ha establecido la obligación de los órganos jurisdiccionales de otorgar mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas ancianas cuanto mayor sea la edad de estas:

*“30. [R]esulta inadmisibile desde todo punto de vista que una persona anciana de 99 años tenga*



*que transitar por los despachos judiciales, durante más de 10 años, en la etapa de ejecución de sentencia, para cobrar una deuda que el Estado tiene con ella. En tal sentido, el Tribunal Constitucional debe establecer con criterio vinculante la siguiente exigencia: todos los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de otorgar mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas ancianas cuanto mayor sea la edad de dichas personas, bajo responsabilidad". (Expediente 02214-2014-PA-TC [Caso Inocente Puluche Cárdenas], del 07-05-2015, fundamento jurídico 30).*

## **II. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y PERUANA**

### **1. La tutela jurisdiccional efectiva en la Constitución peruana de 1993**

La Constitución peruana de 1993 fue aprobada por el Congreso Constituyente Democrático (que no solo contaba con poderes constituyentes sino también legislativos) el 26 de agosto de 1993, siendo sometida al voto popular y ratificada mediante referéndum del 31 de octubre de 1993. Fue promulgada el 29 de diciembre de 1993 y entró en vigencia el 1 de enero de 1994.

La tutela jurisdiccional efectiva está regulada constitucionalmente en el inciso 3 del artículo 139 de la carta política, que establece:

*“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.”*

Una definición más precisa de la tutela jurisdiccional efectiva la encontramos en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional:

*“Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales*

*[...] Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.”*

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho un interesante desarrollo de la tutela jurisdiccional efectiva. Ha señalado, por ejemplo, que la tutela jurisdiccional efectiva no está referida a la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que, admitida a trámite, tenga necesariamente que declararse fundada dicha demanda:

*“[Cuando] el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, no quiere ello decir que la judicatura, prima facie, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado” (Expediente N° 763-2005-PA/TC, del 13-04-2005, fundamento 8).*

La tutela jurisdiccional efectiva exige también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia resulte eficazmente cumplido:

*“En otras palabras, con la tutela jurisdiccional efectiva no solo se persigue asegurar la*

*participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia”. (Exp. N° 763-2005-PA/TC, del 13-04-2005, fundamento 6).*

Por último, la tutela jurisdiccional efectiva está referida también a la proporcionalidad y razonabilidad que deben contener las sanciones impuestas:

*“El derecho a la tutela procesal efectiva [...] no solo se refiere al conjunto de garantías del que debe estar revestido todo procedimiento restrictivo de derechos, sino también a que la sanción que eventualmente pueda ser impuesta guarde razonabilidad y proporcionalidad con la conducta imputada, y que la conducta que es causal de sanción no suponga la restricción de derecho constitucional alguno del sancionado [...]”. (Expediente N° 5477-2005-PA/TC, de 27-06-2006, fundamento 2).*

## **2. La tutela jurisdiccional efectiva en la Constitución española de 1978**

### **A. Generalidades**

La Constitución española de 1978 fue aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978 siendo ratificada por el pueblo español en

referéndum del 6 de diciembre de 1978 y sancionada por el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

En dicho orden de ideas, el constituyente recoge la tutela jurisdiccional efectiva como parte de los derechos fundamentales.

Las menciones a lo jurisdiccional son diversas (referencia expresa a los artículos 17 incisos 2, 3 y 4, 18 incisos 2 y 3, 20 inciso 5, 22 inciso 4, 53 inciso 3, 55 inciso 2, 70 inciso 2, 76 inciso 1, 120 inciso 1, 121, 122 *in tottum*, 123 inciso 2, 124 inciso 4, 126, 127 inciso 2, 152 inciso 1, 159 incisos 1 y 4, 163) a lo largo del texto constitucional; sin embargo, corresponde indicar que la lectura constitucional ligada al tema del contencioso administrativo y la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra en dos importantes artículos: el 24.1 y el 106.

### **B. La tutela jurisdiccional efectiva en la construcción del artículo 24 CE**

Para empezar, dentro del espacio asignado a la protección judicial de los derechos, el artículo 24 precisa los alcances de la tutela jurisdiccional efectiva.

En el inciso 1 se detalla la proyección en el ejercicio de dicho derecho:

*“1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.*

El artículo 24 de la CE supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los Tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos<sup>4</sup>, sino también que dichas personas —todas las personas— tienen derecho a “obtener una tutela efectiva” de dichos Tribunales “sin que”, como se dice textualmente en el referido artículo, “en ningún caso, pueda producirse indefensión”<sup>5</sup>.

En este aspecto, aparece una vocación de amplitud en la titularidad del derecho subjetivo de soporte fundamental aplicable a todos los tipos de proceso. En ese sentido, Huergo Lora (2000: 339) señala lo siguiente:

*“El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE no es un simple derecho de acceso a los Tribunales ni un derecho a obtener, siempre que se reúnan los presupuestos procesales exigibles, una resolución sobre el fondo de las pretensiones deducidas. La nota de la efectividad exige que la tutela judicial sea útil, que esté en condiciones de cumplir su cometido, es decir, que una eventual*

---

<sup>4</sup> STCE 71/1991, del 8 de abril, f.j 3 y 4, del Tribunal Constitucional Español, “Dado que el art. 24.1 C.E. impone que cualquier interés legítimo obtenga tutela judicial efectiva, es claro que el citado precepto no puede ser interpretado como excluyente en todo caso de las acciones declarativas, de modo que un interés legítimo quede sin tutela judicial (...), ya que, como se afirmó más anteriormente, allá donde exista un derecho o interés legítimo digno de tutela, existirá un derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, por lo que habrá de admitirse y resolverse la correspondiente acción, al margen de su eventual carácter declarativo”.

<sup>5</sup> STCE 13/1981, del 22 de abril, f. j. 1, del Tribunal Constitucional español.

*resolución estimatoria de la pretensión no proporcione a quien la formuló una satisfacción únicamente teórica o pírrica, sino que satisfaga el interés que la llevó a deducirla. De ahí que la previsión de las medidas cautelares no sea una decisión libre del legislador, sino que estas vienen exigidas por el artículo 24.1 CE. Y además sea cual sea la pretensión formulada, ya se reduzca ésta a la anulación de un acto impugnado o bien se trate de una pretensión de condena. La razón es bien evidente: las medidas cautelares son igualmente necesarias para la efectividad de la tutela judicial tanto en un caso como en el otro. Por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva e incluso el principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad vedan al legislador limitar la tutela cautelar a un solo tipo de pretensiones. [...] La garantía constitucional de la tutela cautelar no incluye un derecho incondicionado a la obtención de medidas cautelares ni al carácter suspensivo de los recursos, sino que tiene como contenido el reconocimiento a los órganos judiciales de la potestad de otorgar medidas cautelares que en cada caso resulten adecuadas (sin límite alguno ni necesidad de previsión legal: STC 148/1993), al objeto de evitar la frustración de la tutela judicial”.*

Repárese, al efecto, que la redacción constitucional se proyecta al presente de modo que permite efectivizar el ejercicio del mismo sin mayores limitaciones que las que plantee de manera escrita el legislador condicionando el ejercicio de este derecho a efectos de impedir el abuso del derecho. Este mismo inciso

detalla que la obtención de la tutela jurisdiccional efectiva se hace por parte de quienes se encuentran constitucional y legalmente habilitados al efecto; con el propósito, reza la parte final de este inciso primero, de que el sujeto que acude a la autoridad jurisdiccional se vea afectado no solo en la etapa de acceso a los tribunales sino inclusive en el tránsito del proceso mismo hasta llegar a la etapa de ejecución de la decisión emitida por el director del proceso<sup>6</sup>.

Como sostiene Figueruelo Burrieza (1983: 210-211):

*“(...) para intentar aproximarnos al concepto de tutela efectiva recogido por nuestros constituyentes, es necesario señalar con la doctrina procesalista que el derecho a la*

---

<sup>6</sup> Según García Pons (1997: 217-218): “El derecho genérico a la justicia, constituido en el ordenamiento jurídico constitucional, por una parte, como derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con todas las garantías, y por otra, como derecho humano al proceso debido internacionalmente positivizado, cuyos contenidos integran el mínimo esencial interno siempre que su interpretación sea *in favor libertatis*, *in bonus* y no *in peius*, tiene un contenido complejo que se descompone en un conjunto de derechos específicos, a su vez portadores de un determinado contenido esencial que en ocasiones puede suscitarse en situación de colisión, entre ellos el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, expresión del ámbito temporal del proceso debido.

Al tratarse de un derecho, no de libertad, ejercitable sin más y directamente desde la Constitución, sino de un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el poder legislativo establezca o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; ahora bien, ni el legislador puede poner ningún obstáculo al contenido —o conjunto de contenidos— esencial de tal derecho fundamental, ni tampoco nadie puede en teoría jurídica, dada la extensión de su protección internacional, impedir o limitar, por vedarlo el principio *pro actione* dimanante de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, el derecho a la justicia en los términos temporales más allá de lo razonable en un tiempo y un espacio determinados”.



*jurisdicción, como concepto instrumental del derecho fundamental de defensa jurídica, y modo de satisfacerlo, tiene un contenido que es el poder atribuido a todos los ciudadanos para provocar la actividad jurisdiccional y obtener a través del proceso una sentencia determinada. En este sentido, uno de los empeños más fructíferos de los últimos tiempos ha sido la constitucionalización del derecho a la jurisdicción o el libre acceso a los tribunales...”.*

Finalmente, en cuanto concierne a esta parte del artículo 24, corresponde indicar que la actividad judicial para calificar como efectiva debe alejar todo rasgo de indefensión. La mención a la indefensión es amplia, debido a que no compete a la Constitución desarrollar un papel pedagógico, que bien puede ser entregado al legislador o al juez.

Sobre la relación de la tutela jurisdiccional efectiva y el proceso contencioso administrativa, Araujo-Oñate (2011: 264-265) ha señalado lo siguiente:

*“El marco de protección de los derechos constitucionales fundamentales en la jurisdicción contenciosa administrativa española está enmarcado en el contexto de un nuevo modelo de la protección de los derechos humanos y que transita por la redefinición del Estado de derecho y la justicia como un valor, y, por ello, se ha establecido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que además de abarcar el derecho subjetivo cobija los intereses legítimos y proscribire todo tipo de indefensión”.*

El inciso 2 del artículo 24, reitera el carácter de la titularidad global del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. En este aspecto, la Constitución desarrolla un largo listado de derechos fundamentales que se desprenden de la tutela jurisdiccional efectiva permitiendo la identificación entre derechos contenidos y derecho continente:

*“2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia [...]”.*

Se llega a entender que el rol expuesto por la Constitución en esta parte inicial del inciso 2 del artículo 24 es meramente referencial ya que el que el texto constitucional de 1978 carezca de una **cláusula apertus** (como sí la tiene la carta constitucional peruana de 1993) no puede llevar a un razonamiento deductivo que niegue la proyección amplísima de derechos fundamentales que no están mencionados en esta parte del artículo 24.

Luego, la parte conclusiva de este inciso se enfoca en aspectos ligados a la prohibición de autoincriminación tratándose de razones de parentesco o de la guarda del secreto profesional:

*“2. [...] La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos*

*presuntamente delictivos”.*

### **C. La tutela jurisdiccional efectiva en la construcción del artículo 106 CE**

En igual medida, encontramos el artículo 106 enfocado precisamente en el control judicial de la administración.

No hay detalle más impecable, dentro de la concepción del contencioso-administrativo como proceso, que la Constitución española recoja en soporte supra legal la protección del ciudadano a través de este instrumento procesal.

Precisamente, en el inciso 1º de este artículo advertimos que la Constitución de 1978 asigna expresamente, al Poder Judicial, el control de la actividad administrativa (mención aparte es el tema de la actividad generadora de normas infralegales entregadas también al juez contencioso-administrativo pero reservadas a los procesos constitucionales en el Perú), generando un espacio abierto de plena favorabilidad en la elección de la justicia que se requiere:

*“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.*

Esta redacción no es casual. Revela, como se advierte, la honda necesidad de que sea una justicia especializada la que tenga que dirimir las controversias entre los particulares cuando actúan

como administrados o interesados y la administración en su calidad de poder público<sup>7</sup> de modo que, respecto de esto último, sean otros órdenes jurisdiccionales (social o el militar) quienes deban juzgar a la administración cuando no actúe como poder público sino en virtud de otras esferas jurídicas.

Aún más, este inciso 1º permite que sea la justicia quien se encuentra en plena obligación de control respecto de los criterios de conveniencia y utilidad que rodean la actividad administrativa al punto tal que el Poder Judicial resulta plenamente competente para la valoración judicial de los criterios discrecionales o reglados con los que la administración realiza su actividad administrativa de Derecho administrativo.

Según Bassols Coma (1978: 157):

---

<sup>7</sup> Como sostiene Perfecto Andrés Ibáñez (1997: 5): “Hace más de treinta años, el profesor García de Enterría publicó un texto que ha terminado por ser clásico en la materia: *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Bajo título tan elocuente, expresivo de una tensión ideal que se inscribe en la línea de la histórica propuesta estratégica del Ihering de La lucha por el derecho, el ilustre administrativista, analizaba las diversas formas de manifestarse el ejercicio de la potestad político-administrativa, señalando el papel que la legalidad, a través de la jurisdicción, está llamada a jugar en cada caso, como función de control. La doctrina de aquel texto luminoso se hizo sentido común entre los juristas de inspiración democrática y, en 1978, adquirió estatuto constitucional, a través del art. 103, 1º, que prevé el ‘sometimiento pleno [de la Administración pública] a la ley y al derecho’, como medio de asegurar la efectividad de la proposición contenida en el primer enunciado del mismo precepto, cuando afirma que aquélla ‘sirve con objetividad los intereses generales’. El art. 106 del texto fundamental cerraba el círculo: ‘Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican’”.

*“En el orden estrictamente judicial, el artículo 106 proclama que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Constituye este sistema el propio y tradicional de la Justicia Administrativa —aun cuando el precepto transcrito hace una referencia in genere a los Tribunales—, mientras que para las Comunidades Autónomas se alude de forma expresa y nominativa a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La admisibilidad absoluta y sin límites ni restricciones del control judicial parece eliminar toda posible exención o limitación en el enjuiciamiento del poder administrativo, lo que permite augurar, entre otras posibles revisiones de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la eliminación o práctica desaparición de los llamados actos políticos o de gobierno”.*

Precisamente bajo esta perspectiva de inexistencia de ámbitos de actuación administrativa inmunes al control judicial donde el Tribunal Constitucional enmarca la tutela cautelar, toda vez que “... la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa impuesta por el art. 106.1 de la CE comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos” (entre otras, en SSTC 238/1992, de 17 de diciembre, 148/1993, de 29 de abril y 78/1996, de 20 de mayo).

Por su parte, el inciso 2º recoge siempre dentro del

alcance de proyección de la tutela judicial efectiva en el contencioso-administrativo la posibilidad de acudir a la responsabilidad civil de la administración, también llamada responsabilidad extracontractual de la administración (Rodríguez-Arana, 2002: 25-40), con el propósito de cuestionar la actividad administrativa de Derecho administrativo de contenido dañoso que no se encuentra dentro de los parámetros del actuar servicial administrativo:

*“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.*

Como se advierte, de la redacción del artículo 106 de la Constitución, es posible verificar que el control de la actividad administrativa y la responsabilidad civil de la administración son el eje central de la tutela judicial efectiva cuando se emplaza a la administración.

### **3. La tutela jurisdiccional efectiva en las Leyes Orgánicas del Poder Judicial peruana y española**

Inicialmente, debemos indicar que tanto la legislación española como la peruana desarrollan, mediante leyes orgánicas, los ámbitos competenciales de determinadas instituciones, quienes pueden ser administraciones públicas o no, encontrándose, dentro de estas últimas, al Poder Judicial. En esta óptica, respecto de la actividad judicial, dichas leyes

orgánicas precisan las competencias de los jueces según diversos criterios pudiendo ubicar en ellos el aspecto material que permite entonces que los magistrados contencioso-administrativos asuman, como parte de sus funciones, la atribución de resolver controversias derivadas de las relaciones jurídicas de Derecho administrativo.

### **A. El Decreto Supremo N° 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial**

La regulación de esta ley orgánica se enfoca en determinar los alcances competenciales de los órganos judiciales mereciendo interés, de nuestra parte, lo relacionado al contencioso-administrativo como proceso, por encontrarse vinculados a la tutela jurisdiccional efectiva como soporte de este capítulo de la investigación.

En estricto, el artículo 23 orienta los alcances del contencioso-administrativo en función al mandamiento de la Constitución; en este punto, dicha regulación entrega al legislador las atribuciones para la determinación de los diversos institutos ligados a la actividad jurisdiccional. En este orden de ideas, se asume que la carta constitucional delinea el alcance de este proceso constitucionalizado<sup>8</sup> de modo genérico

---

<sup>8</sup> La Defensoría del Pueblo del Perú (2000: 7-8) ha precisado lo siguiente: “La acción contencioso administrativo en el Perú, antes de su reconocimiento constitucional en 1979, era utilizada sólo para declarar judicialmente la nulidad de resoluciones administrativas. En este contexto, el artículo 11 del Decreto Ley N° 14605 - Ley Orgánica del Poder Judicial (ya derogado), no señalaba ningún plazo para la impugnación de las resoluciones administrativas en la vía judicial. A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, según lo dispuesto en su

como corresponde a un cuerpo constitucional por lo que cuestiones básicas, que tienen que ver con el derrotero de este proceso judicial, se dejan a su legislación especial:

Artículo 23.- Acción Contencioso-administrativa:

*“La acción contencioso-administrativa de que trata el Art. 240 de la Constitución se rige, en cuanto a sus reglas de competencia, procedencia y procedimiento, por su propia ley”.*

Por otro lado, para completos aspectos organizacionales, los artículos 33 inciso 4<sup>9</sup>, 35 inciso

---

artículo 240, la acción contenciosa administrativa fue utilizada para impugnar cualquier acto o resolución de la administración que causara estado, es decir que agotará la vía administrativa. Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N° 767 del 29 de noviembre de 1991, se promulgó la Ley Orgánica del Poder Judicial la cual entró en vigencia el 1 de enero de 1992.

Esta norma señaló en su artículo 23 que la acción contencioso-administrativa regulada en la Constitución Política de 1979, se regía en cuanto a sus reglas de competencia, procedencia y procedimiento, por su propia ley; sin embargo, hasta la fecha no se ha emitido una Ley especial que regule dicha acción.

(...) En consecuencia, es de apreciarse que la regulación legal de la acción contencioso administrativa en nuestro sistema jurídico, requiere de un desarrollo legislativo autónomo, que lo desvincule del proceso civil y recupere su esencia de ser un instituto procesal para la defensa de las pretensiones o intereses de los administrados frente a la posible arbitrariedad o ilegalidad de la actuación administrativa”.

<sup>9</sup> Artículo 33 (derogado por la Tercera Disposición Derogatoria de la Ley N° 29364).- Competencia de las Salas Civiles: “Las Salas Civiles conocen: (...) 4.- En primera instancia de las acciones contencioso-administrativas, en los casos que la ley así lo establece; (...)”.



2<sup>10</sup>, 40 inciso 5<sup>11</sup>, 43 inciso 2<sup>12</sup>, la Vigésima Sétima<sup>13</sup> así como la Vigésima Octava<sup>14</sup> Disposiciones Finales y Transitorias delineaban los alcances competenciales de las Salas Civiles, Sala de Derecho Constitucional y Social, Salas Laborales, Salas Agrarias, Salas Especializadas en lo Constitucional y Contencioso-

---

<sup>10</sup> Artículo 35 (derogado por la Tercera Disposición Derogatoria de la Ley N° 29364). - Sala de Derecho Constitucional y Social. - Competencia: “La Sala de Derecho Constitucional y Social conoce: (...) 2.- Del recurso de apelación de las resoluciones dictadas por las Salas Civiles Supremas y Superiores, en las acciones contencioso-administrativas que ellas conocen en primera instancia; (...)”.

<sup>11</sup> Artículo 40 (derogado por la Tercera Disposición Derogatoria de la Ley N° 29364). - Competencia de las Salas Civiles: “Las Salas Civiles conocen: (...) 5.- Como primera instancia, en las acciones contencioso-administrativas de su competencia (...)”.

<sup>12</sup> Artículo 43.- Competencia de las Salas Agrarias: “Las Salas Agrarias conocen: (...) 2.- En primera instancia, las acciones contencioso-administrativas y popular, en materia agraria; (...)”.

<sup>13</sup> Vigésima Sétima.- Salas Especializadas en lo Constitucional y Contencioso Administrativo y en lo Comercial en la Corte Superior de Lima: “A partir del año judicial de 1994, en la Corte Superior de Lima, además de las Salas Especializadas a que se refieren los artículos 40, 41, 42 y 43 de la presente Ley, existirán una (01) Sala Especializada en lo Constitucional y Contencioso-Administrativo y una (01) Sala Especializada en lo Comercial.

1. La Sala en lo Constitucional y Contencioso-administrativo conocerá: (...) c. Como primera instancia en las acciones contencioso-administrativas de su competencia; (...)”.

<sup>14</sup> Vigésima Octava. - Sala Especializada en lo Contencioso-Administrativo en la Corte Suprema: “A partir del año judicial de 1994, en la Corte Suprema existirá, además de las Salas Especializadas previstas en el artículo 30 de la presente Ley, una Sala Especializada en lo Contencioso-Administrativo.

1. La Sala en lo Contencioso-Administrativo conocerá:

a. Del recurso de apelación de las resoluciones dictadas por las Salas Superiores y como primera instancia en los casos que corresponde conforme a ley, en las acciones contencioso-administrativas; (...)”.

administrativo y en lo Comercial en la Corte Superior de Lima, Sala Especializada en lo Contencioso-administrativo en la Corte Suprema, todos respecto del proceso contencioso-administrativo.

### **B. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial de España**

Al respecto, luego de enfocarnos en los alcances del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, desarrollaremos los alcances del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es necesario detenernos en algunos incisos de este artículo (1, 2 y 4) por ser de relevancia para nuestro análisis.

Así, el inciso 1 del artículo 9 determina los alcances de la competencia judicial en orden a los principios de legalidad y tipicidad contribuyendo a firmar la determinación del juez en función al mandamiento legal:

*“1. Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley”.*

A su turno, en el inciso 2, el legislador rescata el alcance del fuero de atracción del orden jurisdiccional civil (aunque con algunos puntos dudosos rescatados por la doctrina [Chocrón Giráldez, 2000: 4-5]) enfocándose en determinar el alcance proyectado de la justicia civil en materias o aspectos que no hayan sido regulados de modo expreso por otros ordenamientos, de tal forma que no cabe que ningún tema o asunto quede ausente de tutela judicial; en este aspecto, tal previsión legislativa reclama

importancia ya que mediante ella el justiciable encuentra satisfacción a sus pretensiones mediante el mecanismo residual de la intervención del juez civil:

*“2. Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional [...]”.*

El inciso 4 es clave para efectos de nuestro estudio:

*“4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.*

*Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y*

*del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.*

*También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”.*

El legislador precisamente se toma el cuidado de enfatizar la actividad jurisdiccional del juez contencioso-administrativo de cara a la actividad administrativa de Derecho administrativo lo que permite que otros temas que vinculan a la administración, pero no hayan sido generados dentro del espacio de dicha disciplina encajan en los incisos 2<sup>15</sup>, 3<sup>16</sup> y 5<sup>17</sup>, que aparecen como excluyentes de la

---

<sup>15</sup> Artículo 9: “(...) 2. Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. (...)”.

<sup>16</sup> Artículo 9: “(...) 3. Los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar. (...)”.

<sup>17</sup> Artículo 9: “(...) 5. Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así

competencia del juez contencioso-administrativo.

En este aspecto, con vocación de artesano el legislador modela todo el ámbito de las causas que pueden ser de conocimiento del magistrado del proceso contencioso-administrativo: en este aspecto, la mención a la figura de la actividad administrativa de Derecho administrativo que aparece en esta parte de la ley orgánica no es limitada (Martín Rebollo, 1995: 191-230).

De esto, precisamente, da cuenta el legislador cuando, para evitar una interpretación cercenada de la figura de la actividad administrativa, comprende otras formas del ejercicio del poder público<sup>18</sup> que no siempre

---

como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral. (...)”.

<sup>18</sup> Cordón Moreno (2012: 305) señala lo siguiente: “El principio de plenitud del control judicial de la administración, largamente ansiado por la doctrina y consagrado finalmente en los artículos 103 y 106 de la Constitución española de 1978 (CE), ha tenido tradicionalmente diversos límites que han venido impidiendo su efectividad. La exclusión expresa por la Ley de determinadas actuaciones de la fiscalización jurisdiccional, la limitación de las pretensiones ejercitables en el proceso y, correlativamente, de la potestad jurisdiccional declarativa y ejecutiva, y la regulación de la legitimación son las más importantes.

La Ley 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA/1998), da un importante paso adelante en todas estas materias, aunque el mismo no ha sido definitivo. Adelantando de algún modo la conclusión a la que pretendo llegar, se puede afirmar con carácter general, que en la Ley desaparecen los dos primeros límites a que antes se hacía referencia, pero se mantiene el de la legitimación. El legislador ha sido consciente de que el principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico —calificada en la Exposición de Motivos como ‘verdadera cláusula regia del Estado de Derecho’— y su efecto, la plenitud del control jurisdiccional, comportaba dos consecuencias: por un lado, hacia inviable cualquier ámbito de la actuación de estos poderes inmune al

se conectan con la actividad formal de la administración incluyéndose, con mayor obviedad, el instituto de la responsabilidad civil de la administración —también llamada responsabilidad extracontractual— generada siempre en ejercicio de la actividad administrativa de Derecho administrativo dándose el tiempo para incluir, bajo un esquema de responsabilidad concurrencial, a particulares que interactúan con la administración (por ejemplo, en situaciones de concesiones o de delegación de la actividad administrativa) cuando se afecte indebidamente a los administrados produciéndose, por mandamiento del propio legislador, la moderación de la vocación del fuero de atracción del juez civil<sup>19</sup> lo que lleva a un escenario excepcional en este aspecto.

---

control jurisdiccional y, por otro, había que articular un sistema de pretensiones que garantizara la posibilidad de obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de los mismos, cualquiera que fuera su forma de manifestación.

Pero, sin duda, por prudencia no se ha atrevido —salvo excepciones— a romper del todo con los vínculos subjetivos de la legitimación, por lo que ésta continúa siendo un límite al enjuiciamiento de la conformidad o no conformidad a Derecho de la actividad administrativa”.

<sup>19</sup> Como sostiene Choclón Giráldez (2000: 7): “(...) el art. 2 e) de la Ley 29/1998, salva el problema al atribuir al orden contencioso administrativo ‘la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (...) no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social’. Por lo demás, cualquier duda acerca de la posible vulneración de la reserva de Ley Orgánica sobre competencia de los órganos jurisdiccionales operada por el art. 122 de la Constitución, queda despejada con la reforma del art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que efectuó, como ya sabemos, la Ley 6/1998; de esta forma, la Ley Orgánica corrobora el pronunciamiento de la Ley Ordinaria en línea con lo prescrito en el citado art. 122 de la Constitución”.

#### **4. La tutela jurisdiccional efectiva en las leyes del proceso contencioso-administrativo peruana y española**

##### **A. El Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, del Perú**

Conviene recordar que la tutela jurisdiccional efectiva tiene una triple identidad: (i) nos permite acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías; (ii) genera la obligación al juez, una vez admitida la demanda, de resolver la cuestión mediante una sentencia firme<sup>20</sup>; y (iii) constituye un mandato al legislador en la medida que este tiene la obligación de positivizar un ordenamiento procesal que permita el pleno ejercicio de este derecho. Y, a decir de Marinoni (2007: 177), mediante “técnicas procesales capaces de atender al derecho material”<sup>21</sup>.

La Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo pretende satisfacer esta exigencia, pues con su aprobación (en el año 2001) se buscó garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos

---

<sup>20</sup> Como señala Montero Aroca (2014: 210): “El contenido esencial del derecho [a la tutela jurisdiccional efectiva] se ha centrado, en buena medida, en la necesidad de que por el órgano jurisdiccional se dicte ‘una resolución fundada en derecho, resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable’”.

<sup>21</sup> Cfr. Prado y Zegarra (2017).

frente a las actuaciones de la administración pública. Como señala Huapaya (2006: 436): “el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha generado una influencia dramática sobre las concepciones que se tenían hasta hace pocos años con relación a los procesos. Aún más dramática ha sido su influencia sobre la regulación del proceso contencioso-administrativo, puesto que ha recuperado su rol subjetivo o de ‘plena jurisdicción’, de tutela de derechos subjetivos, en la medida en que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha transformado su misión meramente impugnatoria, a la misión subjetiva de constituir el medio ordinario de resolución de los conflictos existentes entre particulares y la Administración Pública”.

En el artículo 1 de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo quedó establecida claramente esta finalidad:

*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.”*

Como señala Priori (2009: 135), “lo dispuesto en la ley supuso un verdadero cambio radical en todo el sistema del proceso contencioso administrativo, pues de un sistema aparente solo de control de legalidad



del acto administrativo que parecía haber mantenido el sistema francés de control restringido de la actuación de la Administración, hemos pasado a un sistema de amplia tutela”.

**B. La Ley 29/1998, de 13 de julio,  
reguladora de la Jurisdicción  
Contencioso-administrativa, de España**

La tutela jurisdiccional efectiva es instrumento clave del contencioso-administrativo como proceso (recurso, en su terminología) en el escenario español (Martín Rebollo, 1995: 193-194).

Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley nº 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) se enfoca en determinar la proyección de la tutela jurisdiccional efectiva en consonancia con la Constitución de 1978 en sede contencioso-administrativa como consecuencia del desnivel que hay entre los actores del tráfico administrativo que son el poder público y el particular, este último sometido a un régimen jurídico estatutario<sup>22</sup>.

En este aspecto, la Exposición de Motivos anuncia ya la apertura de todos los medios jurídicos posibles para que el ciudadano pueda juzgar a la administración cuando ésta, con sus acciones u omisiones, le cause daños reales o potenciales al particular incluyéndose aquí el aspecto referido a las expectativas legítimas de

---

<sup>22</sup> Artículo 1: “1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo (...)”.

los administrados enfocados en la figura del interés legítimo:

*“Ante todo, hay que tener en cuenta el impacto producido por la Constitución de 1978. [...] Sólo a raíz de la Constitución de 1978 se garantizan en nuestro país plenamente los postulados del Estado de Derecho y, entre ellos, el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, el sometimiento de la Administración pública a la ley y al derecho y el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales. La proclamación de estos derechos y principios en la Constitución y su eficacia jurídica directa han producido la derogación implícita de aquellos preceptos de la Ley Jurisdiccional que establecían limitaciones en el acceso a los recursos o en su eficacia carentes de justificación en un sistema democrático [...]”<sup>23</sup>.*

Con este propósito, el legislador español rescata el espacio de amplitud del artículo 24 de la Constitución de 1978, enfocado en la proscripción de formulismos inútiles lo que lleva a la preferencia del fondo del asunto sobre la forma:

*“Desde este último punto de vista, la reforma compagina las medidas que garantizan la plenitud material de la tutela judicial en el orden contencioso-administrativo y el criterio favorable al ejercicio de las acciones y recursos y a la defensa de las partes, sin concesión alguna a*

---

<sup>23</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

*tentaciones formalistas, con las que tienen por finalidad agilizar la resolución de los litigios. La preocupación por conseguir un equilibrio entre las garantías, tanto de los derechos e intereses públicos y privados en juego como del acierto y calidad de las decisiones judiciales, con la celeridad de los procesos y la efectividad de lo juzgado constituye uno de los ejes de la reforma. Pues es evidente que una justicia tardía o la meramente cautelar no satisfacen el derecho que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución”<sup>24</sup>.*

Señalado lo anterior, corresponde indicar que el propio legislador reconoce toda una proyección beneficiosa de la tutela jurisdiccional efectiva sobre el proceso contencioso-administrativo enfocado en la apertura de la necesidad de justicia a los Tribunales cuando se emplaza a la Administración en ejercicio de potestades de Derecho administrativo; ahora bien, en igual sentido reconoce la imposibilidad de que la tutela cautelar clásica contribuya a superar esa desigualdad entre particular y poder público,

---

<sup>24</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. El Tribunal Constitucional español ya había señalado reiteradamente esta relación entre la justicia cautelar y el artículo 24.1 de la Constitución española, al señalar que, dada su naturaleza de instrumento necesario para garantizar la efectividad de la tutela judicial, las medidas cautelares, en general, y la suspensión, en particular, forman parte del derecho fundamental garantizado en dicho artículo puesto que constituyen el medio para evitar que la duración del proceso, sumado a la prerrogativa de la ejecutividad de los actos administrativos, haga perder al recurso su finalidad “dando a una eventual sentencia favorable efectos meramente declarativos o haciendo de ella una pura declaración de buenos propósitos, desprovista de eficacia práctica” (Autos del Tribunal Constitucional 184/1998, de 14 de septiembre; 199/1998, de 28 de septiembre; y 235/1999, de 11 de octubre).

situación que abona, aun cuando no lo precise el legislador, a la inserción de otras formas —típicas o no— de tutela urgente que no siempre, como pasaremos a detallar, se relacionan con lo cautelar.

En este orden de ideas, el legislador del proceso contencioso-administrativo español abona por una expansión<sup>25</sup> de la tutela jurisdiccional en orden a la sumarización procesal; sirviéndonos, a modo de ejemplo, la constatación de algunas disposiciones jurídico-procesales establecidas con tal propósito por el legislador:

Artículo 129:

*“1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.  
2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda”.*

En lo referente al ámbito y extensión del proceso contencioso-administrativo, proclama la entera necesidad de reformular la mirada que se tiene de la administración como organización:

*“Fiel al propósito de no alterar más de lo necesario la sistemática de la Ley anterior, el*

---

<sup>25</sup> Artículo 83: “(...) 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del Título VI”.

*nuevo texto legal comienza definiendo el ámbito propio, el alcance y los límites de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*

*Respetando la tradición y de conformidad con el artículo 106.1 de la Constitución, se le asigna el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa sujeta a Derecho Administrativo. Sin embargo, la Ley incorpora a la definición del ámbito de la Jurisdicción ciertas novedades, en parte obligadas y todas ellas trascendentales.*

*En primer lugar, era necesario actualizar el concepto de Administración pública válido a los efectos de la Ley, en atención a los cambios organizativos que se han venido produciendo y en conexión con lo que disponen otras Leyes. También era imprescindible confirmar en ésta la sujeción al enjuiciamiento de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de actos y disposiciones emanados de otros órganos públicos que no forman parte de la Administración, cuando dichos actos y disposiciones tienen, por su contenido y efectos, una naturaleza materialmente administrativa. Sin intención de inmiscuirse en ningún debate dogmático, que no es tarea del legislador, la Ley atiende a un problema práctico, consistente en asegurar la tutela judicial de quienes resulten afectados en sus derechos o intereses por dichos actos y disposiciones, en casi todo semejantes a los que emanan de las Administraciones*

*públicas*<sup>26</sup>.

Como ya se sostiene en líneas precedentes, la construcción o deconstrucción de dicho concepto es necesario a efectos de afinar el direccionamiento del proceso contencioso-administrativo:

*“(...) Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde. No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociables de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley. La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos contencioso-administrativos estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable, tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones. Por eso la nueva Ley somete a control de la Jurisdicción la actividad de la*

---

<sup>26</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

*Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas.”<sup>27</sup>.*

Entendiéndose que este medio jurisdiccional de protección de los derechos de los particulares obliga a identificar una variedad de actuaciones administrativas de Derecho administrativo: formales o materiales, individuales o colectivas, positivas u omisivas, se hace necesario ajustar dicha figura para separarla de los órdenes jurisdiccionales distintos<sup>28</sup> del contencioso-administrativo tales como la jurisdicción civil, penal, militar, social, entre otras:

*“[...] La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con*

---

<sup>27</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

<sup>28</sup> Artículo 3: “No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública.

b) El recurso contencioso-disciplinario militar.

c) Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales y la Administración pública y los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma Administración.

d) Los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica”.

*el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad —llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida ‘per se’ del control jurisdiccional—. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de ‘acto político’ se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho”<sup>29</sup>.*

Por otra parte, siempre dentro de la Exposición de Motivos, el legislador refuerza el papel de la tutela jurisdiccional efectiva afirmando la idéntica calidad de partes procesales respecto de los sujetos desiguales que, con anterioridad al juicio contencioso administrativo, eran administrados y administración pública:

*“[...] La nueva Ley se limita a recoger las sucesivas modificaciones, clarificando algunos puntos todavía oscuros y sistematizando los preceptos de la manera más sencilla posible. Lo*

---

<sup>29</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.



*que se pretende es que nadie, persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, concepto comprensivo de los derechos subjetivos pero más amplio, pueda verse privado del acceso a la justicia”<sup>30</sup>.*

Desde dicha perspectiva, se entiende que cada cual acude a los Tribunales como sujetos pares, como iguales, ante el director del proceso.

Todavía más, en cuanto concierne al contencioso-administrativo anulatorio, el legislador precisa los alcances de la tutela jurisdiccional efectiva ha establecido en sendas reformas que aparecen con una mayor vocación de protección al sujeto que emplaza a la administración en uso de potestades administrativas<sup>31</sup>:

*“Del recurso contra actos, el mejor modelado en el período precedente, poco hay que renovar. La Ley, no obstante, depura el ordenamiento anterior de algunas normas limitativas que carecen de justificación, aunque mantiene la inadmisibilidad del recurso contra actos confirmatorios de otros firmes y consentidos. Esta última regla se apoya en elementales razones de seguridad jurídica, que no sólo deben tenerse en cuenta en favor del perjudicado por un acto administrativo, sino también en favor del*

---

<sup>30</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

<sup>31</sup> La Real Academia Española define potestad administrativa como: “facultad de actuación reconocida por el ordenamiento jurídico a los órganos de las administraciones públicas (...)”.

*interés general y de quienes puedan resultar individual o colectivamente beneficiados o amparados por él. Por lo demás, el relativo sacrificio del acceso a la tutela judicial que se mantiene por dicha causa resulta hoy menos gravoso que antaño, si se tiene en cuenta la reciente ampliación de los plazos del recurso administrativo ordinario, la falta de eficacia que la legislación en vigor atribuye, sin límite temporal alguno, a las notificaciones defectuosas e inclusive la ampliación de las facultades de revisión de oficio. Conservar esa excepción es una opción razonable y equilibrada”<sup>32</sup>.*

En el rubro relacionado al recorrido del proceso contencioso-administrativo ligado a la tutela jurisdiccional efectiva, determina cierta restricción<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

<sup>33</sup> Artículo 81: “1. Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos siguientes:

- a) Aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros.
  - b) Los relativos a materia electoral comprendidos en el artículo 8º 4.
2. Serán siempre susceptibles de apelación las sentencias siguientes:
- a) Las que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de la letra a) del apartado anterior.
  - b) Las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.
  - c) Las que resuelvan litigios entre Administraciones públicas.
  - d) Las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales”.

en el acceso a recursos impugnativos tratándose de la expedición de sentencias derivadas de los Juzgados Contencioso-administrativos lo que permite avizorar una sana limitación en el ejercicio de este derecho fundamental:

*“El nuevo recurso de apelación ordinario contra las sentencias de los Juzgados no tiene, sin embargo, carácter universal. No siendo la doble instancia en todo tipo de procesos una exigencia constitucional, ha parecido conveniente descargar a los Tribunales Superiores de Justicia de conocer también en segunda instancia los asuntos de menor entidad, para resolver el agobio que hoy padecen. Sin embargo, la apelación procede siempre que el asunto no ha sido resuelto en cuanto al fondo, en garantía del contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva, así como en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, en los litigios entre Administraciones y cuando se resuelve la impugnación indirecta de disposiciones generales, por la mayor trascendencia que ‘a priori’ tienen todos estos asuntos”<sup>34</sup>.*

Análisis aparte, siempre dentro del rubro relacionado al trayecto del proceso contencioso-administrativo, merece lo referido a la ejecución de los mandamientos judiciales emitidos por este juez que emplaza a la administración en ejercicio de potestades de Derecho administrativo:

---

<sup>34</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

*“3. La Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo. El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe, y en la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado, que la propia Constitución les atribuye. Prescripciones que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas”<sup>35</sup>.*

En esta parte, el legislador reconoce la necesidad de poner énfasis en la ejecución de los mandamientos judiciales a efectos de no ver flaquear las atribuciones de hacer ejecutar lo juzgado que forman parte, qué duda cabe, de la tutela jurisdiccional efectiva.

La protección cautelar de derechos es otro punto analizado por el legislador enfocándose a dotar, sobre la base de la experiencia, de las necesarias garantías para que cumplan realmente su papel, construido sobre el sustento postulado por la interpretación

---

<sup>35</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

judicial de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956<sup>36</sup>:

*“5. De las disposiciones comunes sobresale la regulación de las medidas cautelares. El espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva Ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción.*

---

<sup>36</sup> Según Sanz Gandasegui (1995: 183-184 y 188-189): “El Tribunal Supremo ha introducido un nuevo elemento en el debate doctrinal y jurisprudencial sobre la configuración de las medidas cautelares en el ámbito del proceso contencioso-administrativo en una serie de autos, concretamente los de fecha 2 y 19 de noviembre de 1993, dictados por la sección sexta de la Sala III. Este nuevo elemento no es otro que la admisión de la adopción de medidas cautelares provisionalísimas —inspiradas en las previstas con el carácter de ‘innominadas’ en el art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)— consistentes en la suspensión del acto administrativo en tanto se sustancia la pieza de suspensión, con el objeto —según se argumenta— de garantizar la eficacia de la resolución que sobre la referida pieza se adopte. Estas decisiones hasta ahora sólo aislada y excepcionalmente habían sido adoptadas por algunos Tribunales Superiores de Justicia, por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo.

(...) El razonamiento seguido por el Tribunal para la adopción de la medida provisional de suspensión del acto administrativo sigue dos líneas de argumentación: por una parte, desde una perspectiva constitucional, imbrica la adopción de medidas cautelares en el ámbito del artículo 24 de la Constitución. En segundo lugar, y como apoyo directo para poder adoptar la medida provisional/sima, se fundamenta en la aplicación supletoria de la LEC en virtud de la disposición adicional sexta de la LJCA, que da entrada, a su vez, a la utilización del artículo 1428 de la LEC”.

*Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.*

*La Ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto”<sup>37</sup>.*

La regulación procesal contencioso-administrativa termina apartándose de la impronta impugnatoria y por ende suspensivas<sup>38</sup> de las actuaciones administrativas formales para ceder espacio a un carácter amplio (Chinchilla Marín, 2000) de la protección cautelar:

---

<sup>37</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

<sup>38</sup> Artículo 136: “1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada. (...)”.

*“Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan medidas ‘inaudita parte debitoris’ —con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada—, así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho”<sup>39</sup>.*

Se entiende entonces que la tipicidad cautelar clásica no es instrumento aprobado en la tutela jurisdiccional efectiva. La ley contencioso-administrativa española dota al juez de la materia de un amplio poder discrecional para admitir los pedidos cautelares que, de cara al caso concreto, pueda solicitar quien reclama tutela de los Tribunales de Justicia.

La tipicidad de la regulación procesal no es un ingrediente imprescindible para la aceptación o denegación cautelar de modo que, de ocurrir esto último, se quebraría la tutela jurisdiccional efectiva fragmentándose el carácter tuitivo del proceso

---

<sup>39</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

contencioso-administrativo en general y de la protección cautelar contencioso-administrativa en específico.

Aún más, el legislador dándole puntual confirmación a la plena jurisdicción precisa que las decisiones cautelares pueden levantar todas las vallas que una inadecuada actividad administrativa produce daños desautorizados en el particular, encontrándose aquí comprendidas (por encontrarse afiliadas a la terminología de la actividad administrativa de Derecho administrativo) la inactividad administrativa y las vías de hecho pues se entiende que son situaciones jurídicamente relevantes contra hechos inaceptables en el Derecho administrativo.

### **5. La tutela jurisdiccional efectiva en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, se afirma en la necesidad de crear condiciones mínimas de dignidad para los ciudadanos de los Estados miembros; en este aspecto, se concentra en valorar al hombre como persona. Respecto de la tutela jurisdiccional efectiva, se abre un espacio en dicho documento supraconstitucional para la proyección jurisdiccional con la siguiente redacción:

Artículo 25.- Protección Judicial

*“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes,*



*que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.*

A criterio de Virginia Lynn (2015: 54-56), este numeral está muy vinculado a la noción de efectividad de la “medida procesal”; y cuando expresamente señala que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, para la defensa de derechos fundamentales, considera que se está haciendo alusión a las tutelas de urgencia contra actos que violan derechos fundamentales, por lo que este numeral constituye en el fundamento convencional de los procesos en los que se articulan las garantías constitucionales como el hábeas corpus, amparo y hábeas data. En cuanto a las medidas cautelares, señala también que el sistema interamericano configura esta necesidad de que esa efectividad se garantice por medidas accesorias a los procesos principales, mediante la aplicación del artículo 63 del Pacto de San José de Costa Rica que establece:

*“2. En caso de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes”.*

Para Gallegos Fedriani (2006: 32-33), el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, otorga anclaje convencional a las medidas cautelares, toda vez que garantiza a toda persona el acceso a la

justicia para hacer valer sus derechos destinadas a restablecer la observancia del derecho, y es el Estado, que debe evitar que las sentencias o resoluciones judiciales, se tornen en ineficaces; en ese sentido refiere que las medidas cautelares junto con el amparo y otros procesos de urgencia, representan medidas sencillas rápidas y efectivas contra actos que violan derechos reconocidos en la Constitución, tratados internacionales o leyes, en especial cuando son cometidos por persona que actúen en cumplimiento de funciones oficiales.

Para nosotros, teniendo en cuenta que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental por el cual se defiende todos los derechos vulnerados, consideramos que su fundamento convencional se encuentra en el numeral bajo comentario; sin perjuicio de armonizar el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con el artículo 63 del Pacto de San José de Costa Rica y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Justicia y las opiniones consultivas sobre la materia; debiendo precisar que los jueces nacionales están en la obligación de ejercer control difuso de convencionalidad.

Ahora bien, continuando con el artículo 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, el numeral 2. establece:

*“Los Estados Partes se comprometen:*

*a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*

- b) *A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- c) *A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

Para empezar, tómesese detalle que la Convención implícitamente especifica el instituto de la tutela jurisdiccional efectiva dentro del espacio jurisdiccional.

Esta posición obedece a la necesidad de asegurar que sea un juez el agente último que permita asegurar los derechos de las personas. De acuerdo a su jurisprudencia, no en vano, el inciso 1 del artículo 25 de la Convención desarrolla la tutela jurisdiccional efectiva al amparo del recurso (léase, proceso) sencillo:

*“65. El artículo 25 de la Convención Americana establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes. La Corte ha declarado que esta disposición constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. [...].*

*66. Con base en las anteriores consideraciones y concretamente al no haber tenido el señor Suárez*

*Rosero el acceso a un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo, la Corte concluye que el Estado violó las disposiciones de los artículos 7.6 y 25 de la Convención Americana.”<sup>40</sup>*

La proyección de la sencillez, desde nuestra posición, va enfocada a un medio jurisdiccional donde si bien las ritualidades se encuentren presentes no tengan una prevalencia sobre lo que busca el justiciable. En otra sentencia se establece lo siguiente:

*“82. [...] Esta disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.*

*83. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. [...]”<sup>41</sup>*

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha reiterado que la tutela judicial efectiva se satisface con procedimientos judiciales accesibles para los justiciables, sin dilaciones indebidas a fin de obtener una respuesta a su controversia de manera rápida, sencilla e integral

---

<sup>40</sup> Corte IDH, caso Suárez Rosero vs Ecuador, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrs 65-66.

<sup>41</sup> Corte IDH, caso Castillo Páez vs Perú, sentencia del 3 de noviembre de 1997, párrs. 82-83.

conforme al artículo 8 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

*“174. Esta Corte ha declarado que la protección judicial, ‘constituye uno de los pilares básicos de la Convención Americana y del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática’. La Corte ha señalado que ‘los artículos 8 y 25 de la Convención también consagran el derecho al acceso a la justicia, norma imperativa del Derecho Internacional’. Asimismo, el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos judiciales sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. Aunado a lo anterior, este Tribunal ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, reconocidos ya sea en la Constitución, en las leyes o en la Convención”.*<sup>42</sup>

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos responsabilizó al Estado argentino por su demora al momento de ejecutar una sentencia de indemnización a favor de un joven de la que dependía su tratamiento médico como persona con discapacidad y que se encontraba en situación de pobreza:

---

<sup>42</sup> Corte IDH, caso Lagos del Campo vs Perú, sentencia del 31 de agosto de 2017: párr. 174.

*“186. En suma, de los argumentos presentados por el Estado no se desprenden razones concretas que justifiquen por qué un proceso civil que no debía durar más de dos años [...], terminó durando más de doce años. Como se mencionó anteriormente, la actividad de la parte interesada no es la causante directa de dicha dilación, por lo que no ha sido desvirtuada la falta de diligencia que las autoridades judiciales que estuvieron a cargo del proceso judicial tuvieron en relación con los términos o plazos establecidos por el proceso civil. A la luz de lo anterior, el Tribunal concluye que la autoridad judicial no procuró en forma diligente que los plazos procesales se cumplieran, no cumplió su deber de “tom[ar] medidas tendientes a evitar la paralización del proceso” y, no obstante tratarse de un asunto relacionado con una indemnización por incapacidad física de un menor de edad, no hizo uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, no le confirió “preferente despacho” y, en general, no tuvo la diligencia especial requerida para resolver este asunto objeto de su conocimiento.*

*[...]*

*190. Teniendo en cuenta las razones expuestas, este Tribunal considera que el Estado no ha demostrado que la demora prolongada por más de 12 años no sea atribuible a la conducta de sus autoridades [...].”<sup>43</sup>*

Podría entonces aquí aceptarse que este instrumento internacional de derechos fundamentales recoge la

---

<sup>43</sup> Corte IDH, caso Furlán y familiares vs Argentina, sentencia del 31 de agosto de 2012: párrs. 186 y 190.

mención implícita a los mecanismos de protección judicial ligados tanto a la cognición plena como a los de sumarización procesal incluyendo aquí a la tutela cautelar clásica así como a medios de protección no cautelares; esto último se aprecia en la mención a la expresión “cualquier otro recurso efectivo” que se desprende de modo objetivamente de la redacción de esta parte del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que debe ser leído de modo amplio.

Como es prudente se exige aquí que dicha amplitud de protección jurisdiccional para la articulación del recurso sencillo, rápido y efectivo al que alude la Convención debe ser efectuada ante jueces competentes lo que, desde un análisis en sentido contrario, llevaría a sostener que no obra el alcance de garante de los derechos de la Convención si los recursos o procesos se articulan ante jueces que carecen de competencia para tramitar el asunto controversial cuando se hace con un mal propósito por parte de quien emplaza (mas no así cuando son los Tribunales los que asumen competencia cuando no lo deben hacer, según la jurisprudencia) ya que se trata de un espacio al cual no puede acceder apareciendo la mención a la prohibición de abuso del derecho.

Este mismo inciso determina que la actividad judicial se aboca a constreñir actuaciones positivas que afectan derechos lo que debe entender no solo en la literalidad de dicha expresión de modo que la protección judicial del artículo 25 también abarca situaciones de actuación omisiva.

En este aspecto, los mecanismos de tutela jurisdiccional se encaminan a la eficacia de los derechos fundamentales de las personas que componen los Estados miembros a los que les alcanza la Convención.

El derecho de acceso a la justicia sirve también como instrumento para hacer efectivos otros derechos. En nuestro medio, permite, por ejemplo, acceder a otras instancias para la protección de los derechos fundamentales de las personas. “A través de su ejercicio es factible la exigencia de respeto a otros Derechos Humanos, es decir, de éste derivan los mecanismos mediante los cuales los segundos son justiciables y, en este sentido, representa el mecanismo que sirve para asegurar, proteger y dar certeza a todos los derechos reconocidos en determinado orden nacional” (Dávila Pérez, 2015: 247).

Según Cappelletti y Garth (1996: 12-13), el derecho de acceso a la justicia es el “más fundamental” de todos los derechos, ya que éstos no tendrían efectividad alguna de no existir el modo por el cual remediar su violación. Solo la posibilidad jurídica de hacer valer un recurso ante una violación de un derecho fundamental permite asegurar su máximo grado de disfrute (Castilla Juárez, 2012: 45).

La Corte Interamericana ha establecido lo siguiente: “Tomar en serio lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana nos llevaría a establecer la obligatoriedad de que se dispongan de recursos judiciales efectivos y que en esos recursos se vigile no sólo el cumplimiento de las leyes, sino también lo dispuesto por la Constitución, del país que se trate, y



de la propia Convención Americana. Se trata del derecho a la garantía de los derechos fundamentales”<sup>44</sup>

Este carácter de derecho-garantía cobra especial importancia dentro de un modelo de control de convencionalidad (Dávila Pérez, 2015: 248). El control de convencionalidad, según Eto Cruz (2015: 326), es la potestad jurisdiccional que tiene un órgano de jurisdicción supranacional para resolver controversias que derivan de normas, hechos, actos contrarios a una norma supranacional aprobada por los estados (en el caso peruano, el ejemplo más notorio es la Convención Americana de Derechos Humanos) o a los demás tratados internacionales. El control de convencionalidad tendrá como eje cotejar y comparar si en un determinado ordenamiento interno se adecúa y acata a la Convención o no, por ejemplo. Para la Corte IDH, el control de convencionalidad es “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.”<sup>45</sup> Es un instrumento que permite que los jueces nacionales se erijan como efectivos garantes de los Derechos Humanos, lo que conlleva que la violación de los Derechos Humanos encuentre su remedio en la sede interna de los Estados y no lleguen continuamente casos sobre el

---

<sup>44</sup> Corte IDH, caso *Liakat Ali Alibux vs Suriname*, sentencia del 30 de enero de 2014: párrafo 71, voto concurrente del Juez Ferrer Mac Gregor.

<sup>45</sup> Corte IDH, caso *Gelman vs Uruguay* (Supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución del 20 de marzo de 2013: párrafo 65.

mismo tema a la Corte Interamericana. El ejercicio de un *control de convencionalidad* se da, por una parte, en la interpretación sustantiva de los derechos de la Convención Americana y, por otra, en que los Estados se encuentren obligados a cumplir con los requerimientos procesales mínimos dispuestos dentro del derecho a la protección judicial, según lo establece el artículo 25 de la Convención. El cumplimiento de esta obligación fortalece el derecho a un recurso efectivo para que los demás derechos puedan ser garantizados y, en consecuencia, protegidos en sede judicial.<sup>46</sup>

En igual medida, el artículo 25 ofrece la posibilidad de que la tutela jurisdiccional efectiva no solo se ejercite cuando la afectación, potencial o concreta, de derechos se manifieste a través de acciones u omisiones de los particulares sino de la propia administración (aspecto que refuerza el papel del contencioso-administrativo como recurso o proceso) con el enunciado de la expresión “aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” de modo que obra una visible garantía en defensa de la eficacia vertical así como horizontal de los derechos fundamentales:

*“[...] según el artículo 25.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos: ‘Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos*

---

<sup>46</sup> Corte IDH, caso Liakat Ali Alibux vs Suriname, sentencia del 30 de enero de 2014: párrafo 89, voto concurrente del Juez Ferrer Mac Gregor.

*fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales’.*

*La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha equiparado el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo con los procesos de amparo y hábeas corpus (Opinión Consultiva OC/8/87, párrafo. 32). De esta forma, de consuno, tanto el ordenamiento constitucional como el ordenamiento supranacional regional reconocen el derecho constitucional a la protección judicial de los derechos fundamentales. Protección judicial a la que se debe promover su acceso, aun si los actos que ocasionan agravio de los derechos constitucionales son expedidos ‘por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales’, dentro de las cuales, naturalmente, se encuentran comprendidos los jueces; pero también cualquier autoridad o funcionario que ejerza funciones estatales” (Expediente N° 1230-2002-HC/TC, fundamento. 8, caso César Humberto Tineo Cabrera).*

El apartado a) del inciso 2 de este artículo se centra en respaldar la necesidad de un compromiso el cual no es un simple enunciado lírico.

El sentido que imprime la Convención se basa en requerir que el sujeto que se aboque a la protección de los derechos de las personas, si bien lo haga a nombre del Estado, deba respetar los parámetros mínimos vinculados a la tutela jurisdiccional efectiva y el

debido proceso desarrollados en el artículo 8 de este mismo instrumento internacional de tutela de derechos fundamentales con el siguiente tenor:

Artículo 8.- Garantías Judiciales

*“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter [...]”.*

Como puede verse, esta parte del artículo 25 faculta a que la construcción de la tutela jurisdiccional efectiva así como del debido proceso se haga en los términos del artículo 8 antes citado con el propósito de que las personas puedan conocer cuál es el espacio de acción de la actividad jurisdiccional: en esta parte del análisis, verifíquese que la Convención desarrolla un listado que, además de ser frondoso, trata de ser exhaustivo sin que ambos caracteres nos puedan llevar a pensar en un listado cerrado del mismo.

Por su parte, el apartado b) del inciso 2 obliga a que los Estados miembros deban desarrollar espacios destinados a ampliar los mecanismos de tutela jurisdiccional. En este aspecto, dicho apartado despliega la invocación a que todo medio de protección judicial de los derechos de las personas sea proyectado en beneficio de quienes requieren tutela judicial encontrándose, a partir de la lectura de esta parte de la Convención, los Estados miembros obligados a que no solo gesten la posibilidad de nuevos instrumentos procesales (espacio fértil para las especialidades de la tutela autosatisfactiva,

urgente, monitoria, etc.) sino que procedan a generar toda acción, de hecho o de derecho, formal o material, que abone por la apertura de la tutela jurisdiccional de manera que, inclusive, se puedan crear novísimos procesos judiciales para afrontar la necesidad de justicia requerida a los Tribunales por los ciudadanos.

Por último, la Convención a partir del apartado c) del artículo 2 recoge el derecho de hacer ejecutar lo juzgado como parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En este aspecto, los Estados parte deben asegurar a sus ciudadanos, que la protección jurisdiccional no acaba en la articulación de la demanda o en de la contestación de la misma o la reconvencción o que inclusive se llega a la emisión de una decisión declarativa del juez contenida en lo que se denomina sentencia, sino que también se llega a la ejecución del pronunciamiento judicial del director del proceso, permitiéndose asegurar la concreción de aquello dispuesto por la decisión judicial ya emitida.

## **6. La tutela jurisdiccional efectiva en el Derecho comunitario europeo y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El primer párrafo del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>47</sup> describe algunas

---

<sup>47</sup> “Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 6. *Derecho a un proceso equitativo* (primer párrafo):

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en

hipótesis de protección de la tutela jurisdiccional efectiva. En primer lugar, es una disposición que no se restringe a los “derechos y obligaciones de carácter civil”, pudiéndose extender de todos modos al campo contencioso administrativo. Tampoco puede interpretarse como una mera referencia al derecho interno del Estado demandado; se trata de un concepto “autónomo” previsto en el Convenio<sup>48</sup>.

Ya desde hace un buen tiempo que se ha planteado la posible aplicación del art. 6.1 del Convenio a los procesos contencioso administrativos. El artículo 6, párrafo 1, ampara la aplicación de las resoluciones judiciales definitivas y obligatorias (y no la de resoluciones que pueden someterse al control de instancias superiores)<sup>49</sup>.

---

materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia [...]”.

<sup>48</sup> La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente: “[La] Corte recuerda que la noción de ‘derechos y obligaciones de carácter civil’ no debe interpretarse como una simple referencia al derecho interno del Estado demandado y que el artículo 6 párr. 1 (art. 6-1) se aplica independientemente de la condición de las Partes, así como de la naturaleza de la ley que rige la ‘controversia’ y de la autoridad competente para decidir [...]”. (Corte EDH, asunto *Georgiadis c. Grecia*, sentencia del 29 de mayo de 1997: párr. 34).

<sup>49</sup> La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido lo siguiente: “21. La Corte reitera que el derecho de acceso a un tribunal garantizado por el artículo 6 § 1 de la Convención sería ilusorio si el orden jurídico interno de un Estado Contratante permitiera que una decisión judicial firme y vinculante quedaría inoperante en perjuicio de una parte. (véase la sentencia *Moresby*

Tratándose de demandas contencioso-administrativas se hace más importante este alcance. Al presentar un recurso de anulación ante un tribunal administrativo, el objetivo del justiciable consiste en lograr que desaparezca el acto impugnado, pero, sobre todo, la supresión de sus efectos.

En dos sentencias de la CEDH (asunto *Georgiadis vs. Grecia* y asunto *Kyrtatos vs. Grecia*), se ha establecido que la protección efectiva del justiciable y el restablecimiento de la legalidad implican la obligación de ejecutar la sentencia por parte de la administración<sup>50</sup>.

---

v. Grecia de 19 de marzo de 1997, Informes de sentencias y decisiones 1997-II, pp. 510-511, párrafo 40). Sin embargo, en lo que respecta al presente caso, la Corte observa que la decisión del tribunal administrativo, cuya no ejecución denunciaron los demandantes, no fue una decisión definitiva ya que fue dictada en primera instancia y podía ser afectada, que fue el caso. Sin embargo, independientemente de que el plazo y el ejercicio de la apelación tuvieran efecto suspensivo, cuestión no resuelta en el presente caso, la Corte no puede aceptar que el artículo 6 no solo ampara la ejecución de las decisiones judiciales definitivas y vinculantes, sino que de decisiones que pueden estar sujetas a revisión por autoridades superiores y, posiblemente, anuladas. [...]”. (Corte EDH, asunto *Ouzounis y otros c. Grecia*, sentencia del 4 setiembre de 2002: párr. 21).

<sup>50</sup> “41. Estas declaraciones son aún más importantes en el contexto del litigio administrativo, en el caso de una disputa cuyo resultado sea determinante para los derechos civiles del litigante. Al interponer un recurso de nulidad ante la máxima jurisdicción administrativa del Estado, se pretende conseguir no solo la desaparición del acto controvertido, sino también y sobre todo el levantamiento de sus efectos. Sin embargo, la protección efectiva del litigante y el restablecimiento de la legalidad implican la obligación de la administración de cumplir con una sentencia o sentencia dictada por dicho tribunal. La Corte recuerda al respecto que la administración constituye un elemento del Estado de derecho y que, por tanto, su interés se identifica con el de la buena administración de justicia. Si la administración se

Si bien se puede justificar cierto retraso en la ejecución de una sentencia definitiva en determinadas circunstancias, ello no debe afectar al derecho del justiciable a su aplicación<sup>51</sup>.

---

niega o no cumple”. (Corte EDH, asunto *Hornsby c. Grecia*, sentencia de 19 de marzo de 1997: párr. 41).

“31. En el presente caso, la Corte observa que un colegio especial del Consejo de Estado consideró que las autoridades no habían observado las decisiones núms. 3955/1995 y 3956/1995 del tribunal superior. De hecho, no procedió a la demolición de los dos edificios construidos con los permisos N° 620/1993 y 298/1992, y continuó emitiendo permisos de construcción relacionados con el área que había sido incluida en los caseríos como consecuencia de la ilegalidad. modificación de sus límites.

32. Así, al abstenerse durante más de siete años de tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a dos decisiones judiciales firmes y ejecutorias, las autoridades griegas en el presente caso privaron a las disposiciones del artículo 6.1 del Convenio de cualquier efecto útil. (Corte EDH, asunto *Kyrtatos c. Grecia*, de 22 de mayo de 2003: párrs. 31 y 32).

<sup>51</sup> “35. Una autoridad estatal no puede utilizar la falta de recursos como pretexto para no pagar una deuda por decisión judicial. Es cierto que una demora en la ejecución de una sentencia puede estar justificada en circunstancias particulares, pero la demora no puede resultar en una violación de la esencia misma del derecho protegido por el artículo 6 § 1 (*Immobiliare Saffi vs. Italia* [GC], N° 22774/93, § 74, ECHR 1999-V). En el presente caso, el demandante no debería haber podido beneficiarse del resultado satisfactorio del procedimiento, que se refería a la indemnización por los daños causados a su salud con motivo de una participación obligatoria para una operación de emergencia, debido a las dificultades económicas que el Estado experimentaría.

36. La Corte observa que las sentencias dictadas por el tribunal municipal de Chakhty el 3 de marzo de 1997, el 21 de mayo de 1999 y el 9 de marzo de 2000 quedaron incumplidas total o parcialmente al menos hasta el 5 de marzo de 2001, cuando el Ministerio de Finanzas tomó la decisión de liquidar la deuda con el solicitante en su totalidad. La Corte también nota que este último pago no se realizó hasta después de la comunicación de la presente demanda al Gobierno.



Así mismo, el artículo 13 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos establece: “Derecho a un recurso efectivo Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

La exigencia del artículo 13 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, respecto al **recurso efectivo**, debe entenderse, para todos los ordenamientos incluido el contencioso-administrativo, como un recurso susceptible de alcanzar un resultado favorable en un plazo razonable. Las medidas cautelares encuentran su fundamento en esta norma del derecho comunitario, pues, son un recurso efectivo con la finalidad de evitar la ineficacia de la sentencia o resolución final, toda vez que el tiempo que transcurre entre el llamado a la jurisdicción y el pronunciamiento de la sentencia, la resolución o actuación administrativa puede causar efecto desde que es dictada.

Un caso que cita García de Enterría (1997: 225 ss.) es el **Asunto Antonissen**. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea), mediante un auto de 29 de enero de 1997, anuló el auto del Tribunal de Primera Instancia de 29 de noviembre de 1996 que

---

37. Al no haber tomado durante años las medidas necesarias para cumplir con las decisiones judiciales definitivas dictadas en el presente caso, las autoridades rusas han privado a las disposiciones del artículo 6 § 1 del Convenio de todo efecto útil. (Corte EDH, caso Bourdov vs. Rusia, de 7 de mayo de 2002: párrs. 35 al 37).

denegó una medida cautelar solicitada por el demandante. El TJCE ha avanzado considerablemente en materia de tutela cautelar, permitiendo al juez nacional, no ya suspender cautelarmente las leyes del país que estuvieran en contra del derecho comunitario o los propios reglamentos comunitarios cuando existieran dudas sobre su validez, sino incluso adoptar medidas cautelares positivas frente a la aplicación de los reglamentos (Pérez Gálvez, 2013: 503).

Podemos observar aquí que la justicia comunitaria europea ha señalado que la técnica de las medidas cautelares es una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial<sup>52</sup> y que, por ello, es aplicable aun frente a las leyes de los Estados, cuando se trata de tutelar normas comunitarias, incluso frente a las propias normas comunitarias cuando existe el *fumus* de su posible invalidez (TJCE, asunto Zuckerfabrik sentencia del 21 de febrero de 1991) y, desde luego, incluyendo medidas positivas u órdenes de hacer a la Comunidad o a los Estados demandados y no sólo meras suspensiones (TJCE, asunto Atlanta, sentencia del 9 noviembre de 1995).

---

<sup>52</sup> En la jurisprudencia comunitaria europea, el nexo tutela cautelar-tutela judicial efectiva se ha ido paulatinamente consolidando en muchas resoluciones: “una prohibición absoluta de obtener una medida de esta naturaleza, independientemente de las circunstancias del caso, sería contrario al derecho a una protección jurisdiccional completa y efectiva que los justiciables tienen del Derecho Comunitario, y que implica de manera especial que pueda ser asegurada su protección provisional si es necesaria a la plena efectividad de la decisión definitiva” (auto del presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 29 de enero de 1997 [asunto Antonissen]) (García de Enterría, 1997: 230).

El **asunto *Factortame*** constituye un hito en la afirmación de la importancia de la tutela cautelar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la sentencia "Factortame" ha conferido a las jurisdicciones nacionales el poder de ordenar las medidas provisionales contra medidas legislativas nacionales supuestamente incompatibles con el derecho comunitario, es decir, la posibilidad para el juez interno de suspender la aplicación de una norma legislativa estatal, notoriamente incompatible con el derecho comunitario. La sentencia Factortame, puede ser considerada como la contribución más notable en materia de procesos de urgencia.

Desde 1983, Factortame Ltd. y otras sociedades españolas constituyeron en el Reino Unido numerosas empresas con el fin de poseer y matricular buques de pesca con bandera británica. En 1988 estas empresas poseían 95 buques de pesca. Ese año se modificó la Ley británica (de 1894) y ahora la norma exigía que los propietarios de esos buques de pesca fuesen solo británicos. Factortame y otros presentaron acciones ante los tribunales de Londres y varios recursos ante el TJCE. En 1989, la Comisión Europea interpuso un recurso por incumplimiento contra el Reino Unido y solicitó del TJCE que suspendió la aplicación de los nuevos requisitos de inscripción de buques vinculados a la nacionalidad. El presidente del TJCE, por auto de 10 de octubre de 1989 (246/89 R), acordó la suspensión. También en 1989 Factortame y otras empresas presentaron un recurso contencioso-administrativo ante la *High Court of Justice* de Londres frente a la Ley de la marina mercante en cuanto se refería a los requisitos de inscripción de buques y solicitaron la suspensión de su aplicación. El tribunal

británico adoptó la medida cautelar, pero fue apelada por el Gobierno británico y la *Court of Appeal* anuló la medida cautelar. No obstante, esta decisión fue recurrida ante el tribunal supremo del Reino Unido, quien acudió al TJCE planteándole si tenía la facultad de suspender cautelarmente la aplicación de una ley nacional eventualmente contraria al Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a la Cámara de los Lores en el sentido que efectivamente, **cabe suspender una ley nacional si esta es contraria al Derecho comunitario**. La segunda sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 25 de julio de 1991, *Factortame II* (C-221/89), constata la disconformidad sustancial con el Derecho comunitario del régimen británico de la matriculación de los buques de pesca. Prácticamente por las mismas razones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud de la sentencia de 4 de octubre de 1991 (C-246/89) declara que el Reino Unido había incumplido las obligaciones que le imponía el derecho de establecimiento consagrado por el Tratado CEE. Por último, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dicta una sentencia el 5 de marzo de 1996 en la que establece que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables. Lo relevante de esta sentencia es que nos permite apreciar las dimensiones de la importancia de la tutela cautelar, permitiendo asegurar la legalidad del ordenamiento jurídico, en este caso, del Derecho Comunitario europeo (García de Enterría, 2004: 106). Con respecto a este ordenamiento, se reafirma la operatividad del principio de su supremacía también a nivel cautelar.

En la sentencia **Zuckerfabrik**<sup>53</sup> se plantea no la suspensión de la norma nacional sino de la norma comunitaria. Se establece que la suspensión cautelar por un juez nacional (en este caso, alemán) de la ejecución de un acto administrativo interno dictado en aplicación de una norma comunitaria cuya validez se cuestiona implica por su parte un juicio negativo, aunque provisional, sobre la validez de la misma. El TJCE ha admitido la posibilidad de que el juez nacional suspenda cautelarmente la ejecución de un acto administrativo interno dictado en aplicación de un Reglamento comunitario sobre cuya validez dude seriamente.

En la sentencia **Atlanta**, de 9 de noviembre de 1995, el TJCE se pronunció sobre la posibilidad de que los jueces nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no solo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona<sup>54</sup>. Efectivamente, un tribunal contencioso-administrativo alemán no dudó en advertir al TJCE, de que si resultase no ser “competente para, por la vía de las medidas cautelares, conceder protección frente a los actos administrativos de las autoridades nacionales basados en el Derecho comunitario, debería someter al *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal Constitucional Federal alemán] la cuestión de la compatibilidad de la ley nacional de autorización del Tratado CEE con el apartado 4 del artículo 19 de la *Grundgesetz* [Ley

---

<sup>53</sup> Véase, extensamente, sobre esta sentencia en García de Enterría (2004: 131 ss.).

<sup>54</sup> Véase, extensamente, sobre esta sentencia en García de Enterría (2004: 153 ss.).

fundamental de Bonn]” que, es aquel que consagra el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. El TJCE respondió que la “protección provisional que los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar, en virtud del Derecho comunitario, a los justiciables no puede variar dependiendo de que estos soliciten la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional adoptado con arreglo a un Reglamento comunitario o la concesión de medidas cautelares que configuren o regulen, en su favor, situaciones jurídicas o relaciones jurídicas controvertidas” (TCJE, asunto Atlanta, 1995: apartado 28).

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **La tutela cautelar**





## **I. LINEAMIENTOS GENERALES**

### **1. Tutela jurisdiccional ordinaria y tutela jurisdiccional diferenciada**

#### **A. La tutela jurisdiccional diferenciada: origen, concepto y manifestaciones**

Es indiscutible que existen situaciones que no pueden ser protegidas por los tipos de tutela jurisdiccional ordinaria ya que pueden generar riesgos para la protección de derechos y situaciones jurídicas consideradas como fundamentales. Es por eso que la doctrina procesal ha previsto la existencia de una tutela jurisdiccional diferenciada para referirnos a otras modalidades especiales de protección de derechos que brindan los órganos jurisdiccionales.

La creación del concepto de **tutela jurisdiccional diferenciada** se le atribuye a Andrea Proto Pisani, y tiene su origen en un extenso ensayo suyo de 1973<sup>55</sup>, en el que buscaba verificar, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, la legitimidad constitucional o no de la reforma del proceso laboral especial y también, implícitamente, de la introducción de un procedimiento especial sumario no cautelar en ese tipo de procesos. El profesor Proto Pisani sostenía que “el legislador ordinario en materia procesal puede prever procedimientos diferenciados de aquellos ordinarios, allí donde la necesidad de

---

<sup>55</sup> Proto Pisani (2014a). Véase también: Proto Pisani (2014b; 2014c; 1982; 2018).

tutela o la peculiaridad de cada una de las situaciones sustanciales exija recurrir a este tipo de mecanismos” (Proto Pisani, 2014a: 89).

La tutela diferenciada tiene que ver “con la necesidad de que el proceso sirva a los fines para los que ha sido creado, para que la sociedad reconozca en el proceso la justicia que vivamente busca, para que el proceso sea un medio efectivo de protección de las situaciones jurídicas materiales” (Priori, 2003: 291). Se presenta como una respuesta del derecho procesal a las nuevas situaciones complejas que se generan en la vida de relación del hombre, tomando en cuenta que la tutela ordinaria del proceso de cognición no admite la posibilidad de una respuesta inmediata, sino más diferida en el tiempo (Hurtado Reyes, 2006: 466).

Fue la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad lo que “determinó la necesidad de aumentar las previsiones tradicionales de tutela ordinaria, así como de sus manifestaciones clásicas. Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su compromiso con hacer efectivos los distintos derechos materiales que, como ya se expresó, habían desarrollado otras manifestaciones que exigían fórmulas procesales más expeditivas, es cuando aparece la llamada *tutela jurisdiccional diferenciada*” (Monroy Gálvez y Monroy Palacios, 1991: 163).

La expresión *tutela jurisdiccional diferenciada*, puede ser entendida de dos maneras:

a) como **la existencia de procedimientos específicos**, cada cual adecuado a la especificidad de

la relación material que son simples adecuaciones o amoldamientos de la estructura ordinaria tradicional del proceso; y

b) como **regulación atípica**, donde la estructura tradicional, ya en sus presupuestos, ya en sus elementos, o ya en sus circunstancias, muta para sostener el derecho sustancial (Pérez Ragone, 2000: 88).

Hay dos tipos de tutela diferenciada: la tutela diferenciada conservadora y la tutela diferenciada contemporánea (Monroy Gálvez y Monroy Palacios, 1991: 178 ss.).

La **tutela diferenciada conservadora** se manifiesta en su respeto por la cognición plena como único instrumento para otorgar satisfacción (Monroy Gálvez y Monroy Palacios, 1991: 178). Por eso se dice que incluso al interior de la tutela jurisdiccional ordinaria también se dan manifestaciones de tutela diferenciada. En el caso peruano, por ejemplo, se produce a través de la regulación de procesos que solo se diferencian del ordinario en que tienen menos plazos o audiencias: proceso de conocimiento, abreviado o sumarísimo.

Más cercana a la tutela cautelar es la **tutela diferenciada contemporánea**, pues esta sí tiene una naturaleza muy diferente a la ordinaria, ya que busca satisfacer esas nuevas exigencias de las partes en cuanto a la celeridad y eficacia de sus pretensiones.

A su vez, la tutela diferenciada contemporánea puede ser también de dos clases: tutela diferenciada

preventiva y tutela diferenciada de urgencia.

Con el nombre de **tutela diferenciada preventiva** queremos identificar a aquel tipo de actividad jurisdiccional que tiene por finalidades específicas eliminar las incertidumbres jurídicas u obtener sentencias condenatorias —de hacer o de no hacer— no susceptibles de ser satisfechas por reparación patrimonial, es decir, de prestaciones infungibles (Monroy Gálvez y Monroy Palacios, 1991: 181). Esta tutela es importante porque incide más en la protección de derechos extrapatrimoniales.

La **tutela diferenciada de urgencia** es la que más relación tiene con la tutela cautelar, pues tiene por finalidad neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela de un proceso (Monroy Gálvez y Monroy Palacios, 1991: 190). De sus dos variantes, la tutela de urgencia cautelar y la tutela de urgencia satisfactiva, es la primera la que tiene relación directa con la tutela cautelar y a ella nos referiremos más extensamente. En cuanto a la tutela de urgencia satisfactiva, su uso está en expansión a nivel jurisprudencial, pero ante la carencia de regulación se le admite bajo el rótulo de tutela de urgencia cautelar.

## **B. La tutela de urgencia**

### **a. Concepto de tutela de urgencia**

El gran problema del proceso es el tiempo. El debido proceso exige cumplir con una serie de garantías para que las partes puedan actuar y defenderse

correctamente<sup>56</sup>. Eso requiere cumplir con una serie de plazos. Pero muchas estos plazos se extienden *ad infinitum* y la justicia no es lo suficientemente rápida para cumplir con el objetivo para la que fue invocada. El justiciable empieza a perder la paciencia. A diferencia de tiempos pasados, cuando, resignadamente, aguardaba el resultado del lento devenir de la maquinaria judicial, el interesado de hoy exige ser satisfecho con resoluciones expeditas de sus expectativas (Peyrano, 2003: 11).

Una de las soluciones que ofrece el derecho procesal para hacer frente a este problema es la tutela de urgencia.

En su concepción más básica, la **tutela de urgencia** tiene por finalidad neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela de un proceso (Monroy Gálvez y Monroy Palacios, 1991: 190).

En una definición más precisa podríamos decir que el proceso urgente constituye una categoría amplia

---

<sup>56</sup> “El proceso toma tiempo, y muchas veces el tiempo que es necesario para que el proceso pueda actuar sobre la situación jurídica material se convierte en la peor amenaza —y muchas veces en la más grave lesión— que la situación jurídica material puede sufrir” (Priori, 2006: 24). En el mismo sentido, Couture (2002: 120): “El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela de derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido”. Así en palabras de Martínez Botos, es indudable que el lapso que transcurre entre la postulación de la demanda y la emisión de la resolución definitiva pueden surgir diversas circunstancias que diluyan o hagan de imposible realización la eficacia de la decisión final. (Martínez Botos, Raúl, 1990: 27).

caracterizada por la necesidad de proporcionar respuestas jurisdiccionales prontas y expeditas a determinadas situaciones cuya solución no admite demoras. Las *diligencias cautelares* son solo una especie de la tutela de urgencia, pero también se integra con otras: las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias, el habeas corpus, etc.<sup>57</sup>

La tutela de urgencia alude a la necesidad de otorgar protección al justiciable ante situaciones que no soportan el tratamiento temporal brindado por la tutela ordinaria; su propósito no es en ningún caso constituirse en un reemplazo de la tutela ordinaria o clásica, sino que la complementa, dado que su finalidad es la misma: proveer al justiciable de una tutela jurisdiccional efectiva (Monroy Palacios, 2004: 60). Se parte de la premisa que existen determinadas situaciones en la que la tutela jurisdiccional debe actuar de manera inmediata, urgente, pues de no hacerlo la situación jurídica podría verse lesionada de manera irreparable; por ello, no puede esperarse llevar un largo proceso ordinario para después de él, recién dictar una resolución sobre el tema de fondo; si la respuesta no se da hoy, la situación jurídica material no sería realmente protegida (Priori, 2003: 291).

La tutela de urgencia es un mecanismo de tutela diferenciada que busca establecer procedimientos simplificados que luchan contra el peligro en la demora del proceso y pretenden distribuir el tiempo del proceso de manera equitativa entre las partes, además de lograr que el solicitante de tutela logre

---

<sup>57</sup> Conclusiones del X Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe, de agosto de 1996 (cfr. Vargas, 1999: 83).

satisfacción de lo pretendido de manera provisional o definitiva (Hurtado Reyes, 2006: 466).

El proceso de urgencia se caracteriza por registrar, en su seno, un reclamo acentuado de una pronta, expedita y eficiente respuesta jurisdiccional, en el cual el factor “tiempo” posee especiales resonancias en busca del ideal de justicia segura y en un plazo razonable (Martel Chang, 2002: 44).

### ***b. Sumarización del proceso en la tutela de urgencia***

La sumarización del proceso constituye una técnica adjetiva gestada sobre la base de la urgencia de la protección jurisdiccional (Marinoni, 2001: 45-51). Según Casassa Casanova (2010: 1-2).

*“El tiempo y la necesidad de una tramitación más ágil en oposición a los procesos ordinarios, los cuales importaban un trayecto largo por transitar en aras de un agotamiento de la cognición previo al otorgamiento de tutela, trajo como necesidad a fin de resolver pretensiones que contenían tutelas urgentes, el desarrollo de la sumarización de los procesos.*

*Con ello podemos empezar atribuyendo la calidad de proceso sumario o sumarizado —en oposición al de cognición plena o plenario— aquel que se tramita en forma rápida y simple, cuya cognición se encuentra limitado legalmente, tanto en la posibilidad de alegación como de prueba, y cuya resolución definitiva —necesariamente— no tiene los efectos de cosa juzgada.*

*De esta simple definición se pueden sacar ciertas pautas. La primera es que la finalidad del proceso sumario es otorgar una tutela más rápida que la concedida en el proceso plenario, sin embargo, la rapidez o brevedad no es la esencia del proceso sumario, sino lo esencial será la limitación en la cognición. Véase pues que la aceleración de los procesos ha sido el motivo del desarrollo de la sumarización, en otras palabras, su razón de ser, pero éste —es decir la rapidez en su tramitación— no es su esencia, al punto que podemos afirmar que no todo proceso de tramitación rápida es sumario, ya que procesos rápidos pueden también ser de cognición plenaria, pero sí se puede afirmar que un proceso de cognición limitada es sumario. Por ello coincidimos con la posición de Gutiérrez Berlinchez cuando afirma que, si no hubiera ninguna norma limitativa, esto es, a las limitaciones cognoscitivas, habría que deducir que la cognición del juez es plena, y, por tanto, el proceso es plenario.*

*En segundo lugar, lo resuelto en definitiva en este proceso sumarizado no tiene los efectos de la cosa juzgada. Y es que la exclusión del efecto de cosa juzgada consiste precisamente en la falta de plenitud de la actividad procesal declarativa. Por ello y para redondear la idea, Montero Aroca nos precisa que la sumariidad supone limitación y ésta se refiere a las alegaciones de las partes, al objeto de la prueba y a la condición judicial, lo que lleva a que en el proceso sumario no se plantee con plenitud el*



*conflicto existente entre las partes, sino sólo un aspecto concreto del mismo; en esas circunstancias lógico que pueda existir un proceso plenario posterior en el que pueda plantearse la totalidad de litigio y en el que no podrá excepcionarse cosa juzgada”.*

Aquí se asume que importa, en grado sumo, la necesidad de justicia requerida por el particular. En este aspecto, la prontitud del tiempo que se requiere para obtener justicia se constituye en un paso importante para proveer la necesidad de protección judicial pronta. Así, tiempo, urgencia, prontitud son expresiones que cobran importancia aquí<sup>58</sup>. Tal necesidad de obtener justicia de los jueces obliga a limitar los pasos procedimentales que ordinariamente acompañan al proceso.

Se produce una necesaria exigencia de flexibilización proyectado a la obtención de respuesta beneficiosa para quien pide la tutela.

El asunto, entonces, de la sumariedad no destaca solo por la urgencia sino por brindar, a quien lo requiere, una respuesta efectiva que ordinariamente resulta inviable en la protección judicial ordinaria:

*“La finalidad del proceso civil no puede ser reducida solo a la solución de controversias. La jurisdicción mediante el proceso persigue prioritariamente la oportuna y adecuada tutela de los derechos cuya protección es requerida. De*

---

<sup>58</sup> Como sostiene Correia de Mendonça (2017: 42), “Sumarización significa simplificación y rapidez del proceso (...)”.

*esta forma, no solamente se tutelan los derechos resolviéndose las controversias sino, además, se hacen efectivos los beneficios para la sociedad en su conjunto. La necesidad de prestar atención al derecho sustantivo a ser tutelado impone adecuar procesos y procedimientos que consideren alguno de los dos motivos generales que justifican la 'sumariedad'. Parece ser una preocupación a lo largo de la historia el justificar lo sumario como una entre tantas alternativas para dar respuesta a la demora en la protección de los derechos. El problema de la lentitud irrazonable de la justicia civil no puede responderse únicamente con la implementación de procedimientos con mayor rapidez, celeridad o simplificación. La solución es mucho más compleja y multidisciplinaria.*

*(...) Con la voz 'sumario' se alude a diferentes modalidades para la gestión del riesgo tiempo en el proceso. Es una variable más para distribuir entre las partes la duración de un proceso. La posibilidad de acceder a lo sumario en cualesquiera de sus modalidades ya mencionadas no solo se funda en casos de (i) 'urgencia' y necesidad de una respuesta jurisdiccional rápida, (ii) sino que, también, el criterio de un derecho evidente alegado por el demandante y en un tipo de controversia que se asume como de mayor simplicidad o una conducta determinada del demandado justifican también distribuir el riesgo en favor del que requiere la aplicación de ese tipo de procedimiento. Es por ello que puede referirse a la decisión 'sumaria' o a un procedimiento*

‘sumario’...” (Pérez Ragone, 2017: 137-138).

En el escenario de sumariedad, la urgencia no deja de ganarse una importante ubicación (esquema con el cual normalmente se le asocia) en el plano de resolución de las controversias jurídicamente relevantes; empero, lo que cobra medular interés es la medida del cumplimiento de la decisión jurisdiccional.

Sobre el derecho a la tutela urgente, el Tribunal Constitucional peruano<sup>59</sup> ha sostenido lo siguiente:

*“2. Adicionalmente, el Tribunal, en uniforme jurisprudencia, ha señalado que los supuestos de tutela urgente como, por ejemplo, grave estado de salud, permiten acceder al proceso constitucional de amparo para evitar un perjuicio irremediable en el justiciable.”*

Se entiende que el juez dispone de plenos poderes jurídicos y fácticos para generar un cambio en el contexto de las cosas a tal punto que puede privilegiar la efectividad material del resultado contenido en la sentencia mediante la tutela cautelar, en menoscabo de la seguridad jurídica que se podría obtener en el procedimiento ordinario. Esos poderes se superponen a las ritualidades del proceso lo que obliga a que el juez haga un ejercicio de evaluación probatoria sobre el elenco de probabilidades (Cairo, 2001: 131-136) que el escenario de las partes procesales le ofrece bajo la exigencia de la tutela de urgencia al que la doctrina procesal califica en los siguientes términos:

---

<sup>59</sup> STC N° 01902-2014-PA/TC, ff. 2 (caso Livio Honorato Concha Valer).

*“El fundamento básico de la tutela de urgencia es la ‘urgencia pura o intrínseca’, que corresponde a la demostración prima facie de la concurrencia de una situación urgente que de no ser conjurada puede irrogar un periculum damni, a diferencia de la ‘urgencia funcional’ que proporciona la tutela cautelar clásica, en la que hay una relación mediata o indirecta entre la pretensión cautelar y el daño y el daño a evitar, en cuanto no se enfoca la urgencia per se, sino que se la evalúa con relación a los fines del proceso principal, para asegurar o conservar los efectos del futuro título ‘por ello se observa que la teoría cautelar clásica tendiente a evitar la demora que el desarrollo del proceso supone torne ilusorios los derechos brinda soluciones a la denominada urgencia funcional. En otras palabras, se preocupan por dar respuestas a situaciones que resulten premiosas en miras a otra coyuntura (el proceso principal), y cuya dañosidad es meramente virtual o conjetural, en el sentido de que puede o no llegar a registrarse’ ...” (Sumaria, 2016: 16-17).*

El grado al que se expone el derecho del particular afectado se constituye en un importante insumo a valorarse en la tutela de urgencia.

El proceso entonces llega a ser sumario no por el tiempo sino por el nivel de protección de los derechos cuya tutela se entrega al juzgador.

**c. *Encuadre de la tutela cautelar dentro de la tutela de urgencia: la tutela de urgencia como género y la tutela cautelar como especie***

Hemos señalado que el proceso tiene como función resolver conflictos intersubjetivos de intereses o incertidumbres de relevancia jurídica. Es a través de la tutela jurisdiccional efectiva que podemos acceder al sistema estatal de administración de justicia para resolver los conflictos derivados de nuestro accionar como ciudadanos o para solicitar la protección de una situación jurídica. Esta tutela jurisdiccional no se expresa de manera uniforme, pues, como hemos visto, existen situaciones que no pueden ser protegidas por los tipos de tutela jurisdiccional ordinaria ya que pueden generar riesgos para la protección de derechos y situaciones jurídicas consideradas como fundamentales. Es por eso que la doctrina procesal ha previsto la existencia de una tutela jurisdiccional diferenciada para referirnos a otras modalidades especiales de protección de derechos que brindan los órganos jurisdiccionales.

Dos son las formas como se expresa la tutela jurisdiccional: la tutela ordinaria o clásica y la tutela diferenciada. Dentro de la tutela diferenciada podemos ubicar a la tutela de urgencia.

La tutela de urgencia se manifiesta mediante procesos breves y expeditivos en los que se privilegia el valor eficacia. Esta tutela presenta, a su vez, dos manifestaciones:

- 1) la **tutela de urgencia cautelar**, que se brinda al

interior de un proceso principal, y está dirigida a la adopción de “medidas cautelares”, provisionales por definición, destinadas a impedir que el paso del tiempo convierta en ilusoria la realización del mandato contenido en la sentencia;

2) la **tutela de urgencia satisfactiva**, la cual se presta mediante procedimientos breves (por ejemplo, el proceso de amparo) dirigidos a resolver, de manera definitiva, conflictos en los cuáles está involucrada la amenaza o vulneración de derechos cuya supervivencia depende de la rapidez con que se brinde la protección jurisdiccional (Cairo, 2001: 132; Monroy Gálvez y Monroy Palacios, 1991: 190).

Como vemos, la tutela cautelar es una expresión de la tutela de urgencia que requiere ser regulada con características que no neutralicen su objetivo de evitar el peligro en la demora del trámite de un proceso (Cairo, 2001: 136).

Para Huapaya Tapia (2019a: 702) se debe distinguir “lo que se denomina ‘tutela de urgencia’, respecto de lo que es tutela cautelar, las cuales se vinculan en una relación de género a especie. Ello es así porque, al lado de la tutela cautelar se reconocen otros mecanismos procesales dentro del espectro de la denominada tutela de urgencia de los derechos, como, por ejemplo, la tutela anticipatoria o los procesos urgentes. En efecto, si reconocemos a un género en la tutela de urgencia, estarían dentro de éstas, la tutela cautelar, la técnica anticipatoria (medidas dirigidas a garantizar la inmediata satisfacción del derecho), y los procesos urgentes como en el Perú el proceso constitucional de amparo) dirigidos a proteger específicamente un

derecho. En todas estas está presente la cognición sumaria, en donde el juez no tiene un conocimiento pleno de los hechos, sino que tendrá que resolver sobre la base de evidencia específica de un peligro o amenaza de afectación sobre un derecho o la comisión de un ilícito, o también sobre la base de una ‘apariencia de buen derecho’ o de ‘probabilidad de su existencia’<sup>60</sup>.

## **2. Fundamento constitucional y rasgos propios de la tutela cautelar**

Resulta curioso que la **tutela cautelar**, a pesar de ser una especie de la tutela de urgencia (y está, a su vez, de la tutela jurisdiccional diferenciada), ha conseguido un mayor desarrollo dogmático y jurisprudencial que la categoría que lo contiene. Se atribuye a Piero Calamandrei (1996) su mejor sistematización<sup>61</sup> y difusión con las características de ser “un instrumento del instrumento” (Monroy Gálvez y Monroy Palacios, 1991: 192).

El fundamento constitucional de la tutela cautelar es el mismo fundamento que en los procesos ordinarios o ejecutivos, es decir, es el mismo derecho a la acción<sup>62</sup>. La acción cautelar es siempre el mismo

---

<sup>60</sup> Cfr. también Monroy Palacios (2001).

<sup>61</sup> Según Tarzia (1993: xxiv), “el mayor desarrollo de la doctrina sobre la tutela cautelar, anterior al Código [Civil y Comercial italiano] de 1942, se lo debemos notoriamente a Calamandrei. Se puede decir que la sistematización realizada por Calamandrei, salvo por algunos (pero no despreciables) aspectos, todavía es dominante hoy”.

<sup>62</sup> Como acertadamente señala Reimundín (1970: 394), la acción es una o única; cuando se hace referencia a las especies de acciones y a su clasificación, es simplemente para empelar un

derecho constitucional de peticionar de la parte frente al juez (Padrós, 2004: 55). Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, pues es necesario que la jurisdicción les asegure a las partes procesales que sus decisiones se puedan ejecutar, siendo este uno de los elementos más valiosos de la tutela judicial efectiva y que excede el marco de las garantías procesales que se deducen del debido proceso, del derecho a la defensa y del acceso a la justicia. El legislador debe establecer instituciones con la posibilidad de que el juez pueda realmente ejecutar su sentencia (Suárez y Vallejo, 2017: 143). Para la Corte Constitucional colombiana, “las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso” (Corte Constitucional, 2004: tercera consideración).

Más adelante veremos las diferentes clases de tutela cautelar, sus requisitos y características. Por lo pronto, conviene identificar algunos rasgos que son propios de la tutela cautelar:

- 1) La tutela cautelar no es **satisfactiva**, pues no generan firmeza o definitividad en las decisiones judiciales que la ordenan.
- 2) Otra característica es su **autonomía**, en cuanto que tiene un fin distinto a lo que decide en el proceso principal. La tutela cautelar tiene que ver más con la justicia del

---

criterio didáctico que facilite la comprensión de esta figura procesal. En el mismo sentido: Satta (1971: 214-215).



proceso (en lograr su eficacia) que con el principio de seguridad jurídica que acompaña al proceso principal, que muchas veces perjudican o alargan el tiempo del proceso.

- 3) La **provisionalidad** es algo típico de la tutela cautelar. Las medidas cautelares son provisorias en la medida que mantendrán su vigencia hasta que no se dicte la sentencia con autoridad de cosa juzgada (Priori, 2006: 205).
  
- 4) Como consecuencia de su característica de ser un “instrumento del instrumento” (Calamandrei dixit<sup>63</sup>), la medida cautelar es **instrumental**, en el sentido de que son institutos jurídicos mediante los cuales se pretende asegurar la eficacia de una sentencia que ampare una pretensión planteada en el proceso (Priori, 2006: 102).

---

<sup>63</sup> “Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar del derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea, elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, *instrumento del instrumento*” (Calamandrei, 1996: 45).

## **II. LAS MEDIDAS CAUTELARES**

### **1. Concepto**

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos jurídicos adoptados judicialmente, antes o durante el proceso, que tienen por finalidad asegurar la eficacia del mismo (la ejecución o el cumplimiento de la resolución que se emita en un momento posterior). La necesidad de una cautela se debe a que la satisfacción inmediata de una pretensión de conocimiento o ejecución resulta materialmente irrealizable (Gallegos Fedriani, 2004: 27). Las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismo. Por tal motivo, Calamandrei (1996: 40) entiende que la cautelar es provisoria *en el fin*.

Para Priori (2006: 36), la “medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la demora del mismo.

Para ello, el órgano jurisdiccional que conoce el proceso cuya decisión se quiere garantizar (proceso principal), luego de evaluar si se presentan los presupuestos exigidos por la ley, dicta una resolución, a pedido de parte, que dispone el otorgamiento de una medida adecuada para poder garantizar la eficacia de la sentencia (medida cautelar)”.

Una definición que ha tenido generalizada aceptación

es la que hace la Corte Constitucional de Colombia<sup>64</sup> : “las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso”.

Con la medida cautelar se trata de dar respuesta al problema que supone la duración de los procesos civiles desde que se inician hasta que se obtiene un título que es bastante como para iniciar el proceso de ejecución. Normalmente se asume que el proceso judicial responde enteramente a las expectativas de las personas. Queda así expuesto que, quienes acuden a la justicia, lo hacen con el propósito de obtener la satisfacción de sus pretensiones. Aparece, entonces, el carácter integral del proceso el cual permite que se obtenga protección jurisdiccional sin tenerse que esperar, en todos los casos, un mandamiento definitivo atendiendo a que el tiempo<sup>65</sup> es un factor determinante en la construcción de la tutela judicial efectiva<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Sentencia C-379-04 del 27 de abril de 2004, recaída en el expediente D-4974, sobre proceso de inconstitucionalidad del artículo 37A, de la ley 712 de 2001 “Por el cual se reforma el Código Procesal del Trabajo.”

<sup>65</sup> Como dice Carnelutti (1971a: 412 ss.), la tutela cautelar es un instrumento de tutela dispuesto por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra el tiempo.

<sup>66</sup> Una “debida protección de los derechos e intereses de las personas depende en muchas oportunidades que el juez pueda, a efectos de un proceso, detener, retroceder o acelerar el curso del tiempo. De acuerdo a ese control de los efectos del tiempo, el juez necesitará en algunos casos impedir el cambio posible de una situación (detener el tiempo), eliminar el cambio ya ocurrido de una situación (retroceder el tiempo), o bien anticipar el cambio probable o solamente posible de una situación (acelerar el tiempo). Pero no le basta al juez poder controlar los efectos del

El tiempo es un insumo necesario en la solución de controversias. Quien busca justicia no entiende de plazos, términos, formalidades u otros institutos propios del Derecho procesal (del cual vive abstraído) sino de la propia necesidad de encontrar soluciones diferentes, reales y efectivas. El ciudadano común se sustrae de las ficciones propias de la formación jurídica ya que recaen sobre él otras motivaciones ligadas a su entorno que no siempre coinciden con las expectativas mostradas por el Derecho objetivo lo que igualmente acontece, con la apertura de contextos beneficiosos al particular que emplaza a la administración, en el escenario propio del proceso contencioso-administrativo.

Una forma de paliar los efectos negativos de la demora en la resolución oportuna de las causas judiciales es a través de la adopción de un régimen cautelar debidamente tipificado, que les devuelva a los litigantes la confianza de que el Estado no solamente es capaz de resolver sus conflictos, sino de que las decisiones adoptadas se podrán cumplir (Restrepo Medina, 2005: 191)<sup>67</sup>.

---

tiempo en relación al proceso, sino que este control tiene que operar además con urgencia. Para ese control urgente del tiempo, a efectos de una adecuada y efectiva tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos por parte de la Jurisdicción, se establece el proceso cautelar” (Bordalli, 2001: 53).

<sup>67</sup> “[La] tutela cautelar judicial es un instrumento que sirve para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, sin la cual deja de ser justicia, a fin de que la sentencia que en su día declare el derecho pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al obtenerse por este camino la eficacia de la administración de justicia, los derechos cuya existencia y protección son declaradas por el ordenamiento,

## **2. Naturaleza jurídica**

Para determinar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares se han utilizado las nociones de proceso, medida, acción, pretensión, providencia o sentencia, (Cassagne, 2007: 2). Creemos que, para efecto de determinar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se debe precisar si se trata de pretensiones

---

puedan hacerse efectivos y, de esta forma, se preserve la seguridad jurídica.

La tramitación de los procesos que se plantean ante la jurisdicción contencioso administrativa no escapa del riesgo de ineficacia de la decisión para los derechos o intereses de los sujetos procesales, principalmente de los demandantes, por la demora en la resolución de las causas judiciales y, por el contrario, esa eventualidad es más gravosa y apremiante que en los procesos tramitados por las demás jurisdicciones.

Ello resulta ser así, porque en este tipo de procesos la legislación únicamente reconoce como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, pero no contempla ninguna protección cautelar respecto de las decisiones de la administración que denieguen las solicitudes de los administrados o prohíban el desarrollo de alguna actividad.

Esta situación —generadora de la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva—, para poder ser remediada en forma cabal, no puede ser asumida únicamente desde la perspectiva de los derechos individuales de los accionantes la cual, si bien tiene y merece un reconocimiento propio, se enmarca dentro de un denominador común, que en su conjunto justifica en mayor medida la búsqueda de una solución y que consiste en la preservación de la seguridad jurídica.

(...) En el proceso contencioso administrativo la conciliación entre la celeridad y la ponderación como fundamento de las medidas cautelares se dificulta porque el administrado carece de acceso directo a los tribunales, lo cual retarda la celeridad, ya que previamente debe agotar los recursos ante la administración, y porque el juez, frente a la solicitud de protección cautelar del derecho del administrado, mediante la suspensión de los efectos del acto demandado, debe ponderar la irreversibilidad del daño que puede causarse al interés del accionante con el daño que puedan sufrir”.

procesales dentro de un proceso, o si estamos en presencia de un proceso judicial autónomo, aunque accesorio de un proceso principal y definitivo.

Abogar por la naturaleza autónoma o accesorio de la tutela cautelar es un asunto de especial trascendencia para entender la necesidad de los alcances de la tutela cautelar. Tal contexto no hace más que demostrar esa vieja batalla entre la cognición plena y la sumarización del proceso.

La cognición plena niega abiertamente a la protección cautelar la posibilidad de que el pedido provisorio que se requiere de los jueces sea valorado como una decisión definitiva e inamovible: aquí se entiende que se trata de un mecanismo que terminaría descartando el proceso como tal y que, dentro de una esquizofrenia jurídica, finalice volviéndolo todo cautelar con lo que no tendría ningún sentido práctico y teórico iniciar un proceso judicial.

La sumarización del proceso se entiende como un mecanismo centrado en la rapidez como la efectividad de lo que se espera de los tribunales cuyas respuestas no siempre se ven satisfechas por la construcción de la noción clásica de proceso, lo que es necesario en un contexto de prevalencia de la tutela judicial efectiva.

Está visible dualidad enfocada en perspectivas aparentemente irreconciliables de la forma en la que se conciben los procesos judiciales, lleva a asignar a la tutela cautelar un valorable papel principal o un incómodo papel secundario. Como es de advertirse, el rasgo de autonomía de la tutela cautelar implica asumir que obran otras formas de protección no

principal en beneficio del ciudadano.

A los efectos de determinar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se debe precisar, en efecto, si estamos en presencia de un proceso judicial autónomo (aunque accesorio de un proceso principal y definitivo) o si se trata de pretensiones procesales dentro de un proceso.

### **A. Autonomía de la tutela cautelar**

Se atribuye el concepto de autonomía de la tutela cautelar a Carnelutti (1971a: 413), quien sostenía que mientras los procesos ejecutivos y de conocimiento persiguen la composición definitiva de la litis, el proceso cautelar, en cambio, tiene por finalidad la composición provisional. Para hacer menos penosa la litis, o para agilizar su composición o asegurar la reintegración del derecho, el juez interviene, no ya para definir la litis, sino para realizar “una sistematización de hecho en espera de la decisión definitiva; ya para mantener con la providencia cautelar el estado de hecho, bien para asegurar la igualdad de las partes, o ya para asegurar la realización anticipada o preventiva de la sentencia definitiva” (Rengel-Romberg, 1989: 87).

Para Fairén Guillén (1969: 895 ss.), el proceso cautelar tiene autonomía suficiente para justificar su separación legislativa de los procesos declarativo y ejecutivo de los cuales es instrumento<sup>68</sup>. Devis

---

<sup>68</sup> En esa línea el español Cortés Domínguez señala: “[El] punto de partida es la existencia de un verdadero y puro derecho procesal a la cautela (autónomo), es decir, el aseguramiento de la tutela plena de las sentencias [...]. Del carácter accesorio y

Echandía (1993: 2009) lo considera como proceso y como acción cautelar, definiéndolo como derecho de iniciar un procedimiento para que se adopten medidas judiciales necesarias para el aseguramiento de la satisfacción del derecho material o para su defensa; es decir, que se realice un proceso cautelar.

En similar posición tenemos a Guasp (1968: II, 900), quien admite la plena existencia de un proceso cautelar por el que se trata de remover los obstáculos que puedan presentarse respecto de la eficacia del proceso principal, y cuya finalidad se traduce en un *aseguramiento o prevención* de los efectos de la sentencia a recaer en ese proceso.

Otro autor argentino, Reimundín, también postula la autonomía del proceso cautelar y su independencia como proceso (cfr. Cassagne, 2007: 3).

## **B. Nuestra posición**

Es posible que la posición más previsible sobre la naturaleza del proceso cautelar sea la que defiende la teoría de la accesoriedad de la tutela cautelar. Si la

---

dependiente de la cautela en relación a la sentencia declarativa, no se deriva la negación de la autonomía del proceso cautelar que, por el contrario, se fundamenta en que las medidas cautelares se adoptan bajo los presupuestos procesales y con un procedimiento distinto al principal” (cfr. Chinchilla, 1991: 52).

Asimismo, De la Sierra (2004: 43) señala que el término “proceso cautelar” es utilizado por quienes consideran la función cautelar como un proceso autónomo, instrumental y diferenciado de los procesos declarativo y ejecutivo, donde la pretensión cautelar no consiste en declarar el derecho ni de realizarlo forzosamente, sino proteger determinadas situaciones jurídicas con los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, en tanto se adopte la resolución de fondo.



medida cautelar, provisional y temporal, busca asegurar una pretensión original, parece obvio que se trata de actuaciones procesales íntimamente vinculadas a un proceso principal, de allí su accesoriidad.

Sin embargo, en la práctica procesal, puede apreciarse que mientras los procesos de conocimiento, como los de ejecución, persiguen la composición definitiva de la litis, el proceso cautelar, en cambio, tiene por finalidad la composición provisional y se tramitan de forma separada, de allí que existan quienes defiendan que tiene autonomía suficiente para diferenciarse de los procesos declarativos y ejecutivos a los cuales garantiza.

A eso se refiere el Código Procesal Civil peruano (artículo 635), cuando señala que todos “los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial”.

Sin embargo, toda la construcción doctrinal que sostiene la autonomía del proceso cautelar no ha conseguido liberarse de un cierto formalismo jurídico, dejando a veces la impresión de tomar el proceso como un fin en sí mismo, y no como un medio para la realización de la justicia.

Los actos relativos a la obtención de una medida cautelar conforman un proceso autónomo no solo porque se forme un cuaderno especial; sino porque la efectividad de una medida cautelar constituye anticipo y garantía de una decisión definitiva posterior; todo lo cual es posible merced a la

autonomía del proceso cautelar. La eficacia y éxito de una decisión definitiva, dentro de un contexto de riesgo e incertidumbre, está subordinada a la efectividad del proceso cautelar.

De allí que somos partidarios de una posición intermedia como la que defiende Palacio. Este autor, si bien entiende que no son atendibles los reparos que se han formulado para desechar la mencionada autonomía del proceso cautelar, “desde un punto de vista teórico y práctico, la caracterización de la materia examinada bajo el rótulo de medidas o providencias cautelares no resulta en modo desdeñable”, aunque señala que este último criterio no se opone a la existencia de un verdadero proceso cautelar, “ya que si bien éste carece de autonomía con respecto al proceso principal cuya eficacia garantiza, la tiene sin embargo, en el ámbito conceptual, e incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal” (Palacio, 1985: VIII, 17).

Padrós comparte el criterio de la existencia de un proceso autónomo, pero accesorio. Según este autor, es necesario diferenciar el concepto de pretensión del de proceso, en la medida que la pretensión cautelar es el acto fundamental del proceso cautelar y consiste en la declaración de verosimilitud del derecho y en el consecuente despacho de la medida requerida.<sup>69</sup> En

---

<sup>69</sup> En todo proceso, explica Guasp (1952: 37), existe un elemento objetivo alrededor del cual gira toda la serie de actos que componen la actividad procesal, el que está constituido por la concreta y específica reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el juez. Esta específica reclamación es la pretensión procesal. Desde este punto de vista, el proceso judicial se caracteriza por ser esencialmente un “instrumento de satisfacción de pretensiones” (Guasp, 1952: 26).

tal entendimiento sostiene que “el proceso cautelar es aquel proceso que se origina en una pretensión de igual naturaleza, provisional o precautoria, cuya finalidad es obtener una medida judicial que asegure el eventual cumplimiento de la sentencia de mérito en todos aquellos supuestos en que exista el riesgo de que sobrevengan mutaciones perjudiciales para quien ostenta un derecho a primera vista verosímil” (Padrós, 2004: 59).

En esa línea de análisis, para Padrós (2004: 88), “no cabe duda alguna —a la luz de la especial función y finalidad propia de este tipo de procesos— que las características de la tutela cautelar autorizan a erigirla en una categoría con autonomía suficiente junto con los procesos de conocimiento y de ejecución”<sup>70</sup>.

Dado el carácter doblemente instrumental del proceso cautelar y debido a su propia naturaleza, el proceso cautelar sirve a todos los procesos, independientemente de su carácter contencioso o no contencioso. La autonomía del proceso cautelar, entre otras razones, se evidencia precisamente en la posibilidad de poder servir a todos los procesos sin pertenecer a la estructura de ninguno de ellos (Pérez

---

<sup>70</sup> Según este autor, “no cabe duda alguna —a la luz de la especial función y finalidad propia de este tipo de procesos— que las características de la tutela cautelar autorizan a erigirla en una categoría con autonomía suficiente junto con los procesos de conocimiento y de ejecución Padrós (2004: 88). Agrega que “la trascendencia doctrinaria y práctica adquirida por el proceso cautelar en los últimos tiempos —particularmente en países como España o Italia— imponen sin duda ya [...] la configuración de este tipo de tutela urgente como una categoría procesal autónoma de igual rango legal que los procesos de conocimiento y de ejecución” (Padrós, 2004: 88).

Ríos, 2010: 90 y 91)<sup>71</sup>.

### **3. Características**

Las características de la medida cautelar permiten identificar detalles que construyen la misma.

#### **A. Accesoriedad de la tutela cautelar**

La teoría de la accesoriedad tiene su origen en Calamandrei (1996: 32), autor que entiende que no se debe hablar de proceso cautelar sino de providencias cautelares, “debido a que [...] el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado [...]”. El maestro de Florencia señala que la nota verdaderamente típica de las medidas cautelares es que “nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente *preordenadas* a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente” (Calamandrei, 1996: 44)<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Más allá de su íntima vinculación con el proceso principal, la autonomía del proceso cautelar resulta plenamente justificada, tanto por su unidad conceptual y funcional en cuanto no es un accesorio de un determinado proceso, sino un complemento funcional de cualquier tipo o especie de proceso, como por la peculiar finalidad de actuar provisoriamente el derecho que a través de este proceso judicial se persigue (Padrós, 2004: 89).

<sup>72</sup> Anteriormente, su maestro Chiovenda afirmaba: “La medida provisional responde a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico; si este daño es o no realidad inminente y jurídico resultará de la declaración definitiva” (Chiovenda, 1954: 319 ss.).

Según Rocco (1977: 24-25), “no cabe decir que la acción dirigida a obtener providencias cautelares sea mera acción, ya que no

Según Podetti (1969: 19), no existe un proceso cautelar específico, pues solamente podría hablarse de autonomía cuando la medida se impetra separadamente del proceso donde se actuará el derecho. Di Lorio (1978: 826) también niega la autonomía del proceso cautelar sosteniendo que “siempre se tratará de actuaciones procesales íntimamente vinculadas a un proceso principal. Y esto es así cuando la actividad cautelar se practique con anterioridad o contemporáneamente con dicho proceso, o dentro de él y por vía de incidente. [...] Tales medidas luego de promovido el proceso tendrán carácter incidental, y las concedidas antes de la deducción del proceso, como habrán de insertarse en éste una vez iniciado, adoptan el carácter de

---

puede considerarse como accesorio del derecho cautelado, pues toda acción (de declaración de certeza, de condena o ejecutiva), y así también la acción cautelar, por ser del todo independiente del derecho sustancial al que se refiere la providencia solicitada, tiene un puro carácter de derecho procesal”.

Asimismo, Liebman (1980: 161-164) sostiene que la “acción cautelar está siempre vinculada por una relación de complementariedad respecto de la acción principal, ya propuesta o de la cual se anuncia la próxima proposición. Esta relación está dada por esto: que la cautela que se pide tiene la finalidad de garantizar el proficuo resultado de la acción principal. No obstante, la acción cautelar es autónoma y puede ser aceptada o rechazada según que se presente por su contenido fundada o infundada; incluso, las condiciones a las que está subordinada son diversas para cada medida cautelar, y es la doctrina la que se ha esforzado en deducir de las disposiciones de la ley un concepto unitario de las condiciones que se exijan para su aceptación. Estas condiciones son, en principio las siguientes: a) Probable existencia de un derecho, del cual se pide la tutela en el proceso principal (*funis bonis iuris*); b) Fundado temor de que mientras se espera aquella tutela, lleguen a faltar las circunstancias de hecho favorables a la tutela misma (*periculum in mora*)”.

incidentes anticipados del proceso principal; lo cual niega la autonomía como proceso”.

Sin embargo, cabe señalar que las medidas cautelares no se hallan sujetas al trámite de los incidentes y éstos, por otra parte, pueden suscitarse durante el trámite del proceso cautelar (Palacio, 1991: 96, n. 13).

Para esta posición, las medidas cautelares no constituyen un proceso sino un procedimiento<sup>73</sup>, ya que carecen de un fin en sí mismas, son de carácter provisorio, tienen un límite de caducidad y no tienen la fuerza material de cosa juzgada, motivo por lo que estas pueden ser modificadas cuando lo sean también las circunstancias de hecho que fundamentaron el asunto en cuestión<sup>74</sup>.

## **B. Oportunidad**

La noción de oportunidad en términos procesales, está referida al momento en el cual es posible realizar determinado acto procesal; para el caso de las medidas cautelares, éstas pueden ser solicitadas en

---

<sup>73</sup> Como sabemos, el proceso se manifiesta externa y formalmente a través de un procedimiento. El procedimiento es la sucesión ordenada de actos procesales a través de los cuales el proceso se sustancia, es decir, se manifiesta, toma forma, se lleva a cabo (Álvarez del Cuervo, 2008: 1). Por lo tanto, los actos procesales individuales o aislados no conforman un proceso.

La obtención de una medida cautelar es resultado de una serie de actos de las partes, del órgano de jurisdicción y de sus auxiliares, orientados a asegurar el cumplimiento de una obligación, aún no reconocida por el órgano jurisdiccional o cualquier otra medida que asegure, de la forma más adecuada, el cumplimiento de la decisión definitiva (Gallardo, 2000: 25).

<sup>74</sup> Cfr. Bisogno (2003), citando a Enrique M. Falcón.

cualquier momento hasta antes de que se emita sentencia final -con autoridad de cosa juzgada- en el proceso (Monroy Palacios, 2002: 223).

En cuanto corresponde a la oportunidad cabe indicar que el legislador nacional, ha señalado en el artículo 37 del Texto Único Ordenado del Decreto Supremo 011-2019-JUS, que la medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste y remite expresamente a las normas procesales del ordenamiento procesal civil; es en el artículo 608 del Código Procesal Civil que se determina los alcances de la protección cautelar anterior al planteo del proceso calificado como principal:

Artículo 608.- Juez competente, oportunidad y finalidad:

*“Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”.*

En muchos aspectos se entiende que la protección cautelar se orienta al adelanto de posición (Rengel Romberg, 103: 1989) respecto del futuro fallo. Desde dicha perspectiva, la sección pertinente del artículo 608 vincula el alcance de la protección cautelar a la articulación de la pretensión principal lo que permite advertir la equivalencia<sup>75</sup> entre aquello el pedido

---

<sup>75</sup> Casación n.º 2649-2005-Junín: “Conforme lo precisa el artículo 612 del Código Procesal Civil, toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable, siendo su objetivo garantizar la efectividad de una sentencia que resolverá el fondo de la controversia, por lo que las resoluciones referidas a ella son temporales y no definitivas

cautelar y lo que se decidirá en sede del proceso principal.

Ahora bien, un dato de importancia a tener en cuenta es que más allá de la equivalencia entre la pretensión cautelar y la pretensión principal, aparece la exigencia del juez del proceso principal para que asuma competencia respecto del asunto calificado como cautelar.

Como sostiene Ledesma Narváez (2008: 6-8):

*“El proceso no se agota en un instante. El tiempo que tome desde que se inicia el proceso hasta que se logre una sentencia, en definitiva, que dirima el conflicto, podría llevar a buscar tutela para conservar o para innovar la situación de hecho existente, prohibiendo su transformación o imponiendo la mutación de ese estado; pero también la tutela puede orientarse a asegurar a futuro la ejecución forzada de una sentencia, como sería el caso del embargo, que busca inmovilizar los bienes de propiedad del obligado. Ello se explica porque para evitar poner en cuestionamiento la efectiva tutela de la jurisdicción, se hace necesario pedir a ella otro tipo de respuestas, ya no la dirimente de un conflicto, sino la que busque asegurar, conservar o anticipar los efectos del derecho en discusión.*

*En ese sentido, el artículo en comentario reafirma esa finalidad al señalar que la medida cautelar*

---

pudiendo en cualquier momento variar por decisión que las deniegue o las conceda, según el caso”.



*está 'destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva'. La falta de custodia frustraría la eficacia de la función dirimente. Tenemos que precisar que se pide el aseguramiento, no para que la jurisdicción resuelva el conflicto, sino para que genere otro tipo de respuestas, otras situaciones que proporcionen una real efectividad del derecho; sin embargo, existen medidas que buscan conservar alguna situación de hecho en discusión o anticipar los efectos de lo que se busca.*

*(...) Adviértase la oportunidad en que puede operar la medida cautelar: antes del proceso y luego de iniciado este.*

*En el primer supuesto, esta medida está sujeta a la condición de formular su pretensión dirimente ante la jurisdicción dentro de los diez días posteriores a la ejecución (véase el artículo 636 del CPC). Igual exigencia corre para el caso de medidas cautelares dictadas antes del inicio del procedimiento arbitral (véase el artículo 79 de la Ley N° 26572)".*

Este régimen especial de caducidad de 10 días computados desde la ejecución de las medidas cautelares, previsto por el legislador en el artículo 636<sup>76</sup> del Código Procesal Civil, en caso las solicitudes

---

<sup>76</sup> "Artículo 636 del Código Procesal Civil.- Medida cautelar fuera de proceso: Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la

cautelares se presentan antes del proceso, obedece a que las medidas cautelares son otorgadas *inaudita pars* por razones de urgencia en situaciones de peligro en la demora, en las que el juez opta por diferir la contradicción hasta un momento posterior; además las medidas cautelares son medidas transitorias que despliegan sus efectos para garantizar la eficacia del proceso principal y si no hay proceso no habría necesidad de mantener la medida cautelar menos aún en perjuicio del afectado.

En España, en cuanto a la oportunidad para solicitar medidas cautelares, el artículo 136.2 de la Ley 29/1998 también recoge la posibilidad de que las medidas cautelares se soliciten antes de la presentación de la demanda e, incluso, antes de la propia interposición del recurso. Se trata de las llamadas medidas cautelarísimas o provisionalísimas, cuya solicitud se tramita y resuelve *inaudita pars*, cuando se plantee el recurso contra la inactividad de la Administración o ante una vía de hecho (artículos 29 y 30, respectivamente). En estos casos, se exige al interesado su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. De no interponerse el

---

interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación."

recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.

Conviene recordar que este tipo de medidas cautelares excepcionales –sin audiencia del demandado– también están previstas en el ordenamiento procesal civil en el artículo 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que obedecen a razones de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar. En el contencioso administrativo la posición habilitante, a decir de Palomar Olmeda, es únicamente la urgencia, ya que la posición institucional de la demandada, hace difícil una posición subjetiva obstruccionista. (Palomar Olmeda, 2012: 1090-1091).

Desde nuestro punto de vista, en efecto la justificación de esta excepcionalidad es la urgencia, además dada la naturaleza peculiar de la Administración, ésta no requiere realizar acciones obstruccionistas; pues, basta el carácter ejecutorio de sus actos y la presunción de legalidad de los mismos, privilegios que afectan los intereses de los ciudadanos y en algunos supuestos podría habilitar esta excepcionalidad, que como ya hemos señalado no afecta el derecho contradictorio sino que por razones de urgencia éste se difiere para una etapa posterior.

Tienen que concurrir circunstancias de especial urgencia, entendida como mayor intensidad que la normalmente se exige para la adopción de las medidas cautelares; además de los otros presupuestos para las medidas cautelares; asimismo las resoluciones que

las adoptan deben estar debidamente motivadas, estas medidas cautelarisimas, resultan especialmente procedentes en los supuestos contemplados en los artículos 29 y 30 de la LJCA<sup>77</sup>.

Estos preceptos normativos tanto en Perú como en España, denotan una clara opción de los legisladores hacia la instrumentalidad de la medida cautelar.

### **C. Finalidad**

En cuanto compete a la finalidad de la protección cautelar, lo que es buscado es la garantía del cumplimiento de aquello que resolverá, en el futuro, el juez<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Como señala Salvador Martín Valdivia (2016: 354) “Las únicas excepciones a este automatismo en la adopción de la medida cautelar sería la manifiesta apreciación (“que se aprecie con evidencia”) que no concurre la situación de inactividad descrita en el artículo 29 de la Ley o no se trate de una actuación por vía de hecho, pero ha de insistirse que esa apreciación debe ser evidente y manifiesta [...]. Véase también en ese sentido García Gil (2010:46-47).

<sup>78</sup> Según Ulate Chacón (2007: 147-148): “Normalmente se tutelan intereses individuales, derechos económicos, tales como la propiedad, las libertades contractuales, la responsabilidad patrimonial o el patrimonio del acreedor, etcétera. Se ha reintegrado que las medidas cautelares deben ser sujetas a criterios de proporcionalidad y razonabilidad para no romper el equilibrio entre las partes.

La jurisprudencia civil y la misma Sala constitucional han restringido los recursos a los casos que el proceso civil les concede expresamente apelación.

(...) El tema ha sido desarrollado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia administrativista. Las medidas cautelares han superado la limitación a la simple suspensión del acto administrativo y se han extendido en otros ámbitos, de la actividad de la administración, a fin de evitar daños y perjuicios irreparables para los administrados”.

En este sentido, Ortells Ramos (2000: 35 ss.) considera que la razón de ser de la existencia de las medidas cautelares es doble. De un lado, el hecho de que una resolución con eficacia no puede obtenerse sin más inmediatamente después de ser pedida, puesto que la realización de todo proceso exige tiempo, y entre el momento en que debió producirse la satisfacción y el momento en que efectivamente se produce mediante la sentencia y, en su caso, mediante la ejecución forzosa, implica, ya de por sí, que el proceso no cumple, con perfección ideal, su función de realización del Derecho. Y, de otro lado, evitar que en este tiempo de demora se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la sentencia a dictar. De este modo el perjudicado no tendría, ni siquiera, una satisfacción tardía, lo que sin duda es más grave. Por ello, la tutela cautelar es el instrumento jurídico-procesal que tiene por función evitar tal circunstancia<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> En palabras del Tribunal Constitucional español, “la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que **aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso**” (STC 14/1992, de 10 de febrero; STC 148/1993, de 29 de abril y STC 78/1996, de 20 de mayo).

Así lo afirma reiteradamente el Tribunal Supremo: “... la pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando, para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto” (STS de 20 de mayo de 2009, R. 690/2008; y ATS de 24 de septiembre de 2020, R. 204/2020); “...Se trata de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga **la pérdida de la**

En igual medida, la figura de la finalidad cautelar debe enlazarse a la equivalencia entre aquello que se pide en el proceso principal y lo que lógicamente se pretende asegurar en el tiempo.

Ahora bien, podríamos sostener que cuando el Código Procesal Civil señala que la medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva (artículo 608, *in fine*) se orienta a un escenario tipo de la protección cautelar ya que no siempre el asunto cautelar se va a orientar a buscar o pretender obtener, en uno u otro contexto, el adelantamiento del fallo futuro: en este punto, la protección cautelar dada por el Código Procesal Civil igualmente permite sortear el escenario desfavorable en que está inmiscuido el solicitante cautelar sin que ello implique que el juzgador ya se encuentre adelantando la posición judicial final exteriorizada en la futura sentencia produciendo la moderación de la apariencia del derecho como pone énfasis la doctrina en materia contencioso-administrativa.

---

**finalidad del proceso**" (STS de 12 de mayo de 2017, R. 1291/2016).

La importancia de **no hacer perder al recurso su finalidad** se encuentra también amparada por la jurisprudencia de la Unión Europea. Así el Auto de la Vicepresidenta del TJUE, 19 de octubre de 2018, asunto 619/18, Comisión/República de Polonia, suspendiendo una Ley polaca por entender viola un artículo de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, si el recurso fuera finalmente desestimado el único efecto de las medidas provisionales solicitadas habría sido posponer la aplicación de las disposiciones nacionales controvertidas (24). En cambio, si el recurso es finalmente estimado, la aplicación inmediata de tales disposiciones podría perjudicar de una manera irremediable el derecho fundamental consagrado en la Carta (25).

#### **D. Carácter instrumental**

La instrumentalidad implica que la tutela cautelar se encuentra preordenada a la emanación de una ulterior decisión definitiva a recaer en otro proceso, cuya eficacia práctica tiende a asegurar preventivamente (Padrós, 2004: 137). Más que para hacer justicia, la tutela cautelar sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Las medidas cautelares se encuentran inevitablemente ligadas a la providencia a la cual han de rendir su tributo (Calamandrei, 1996: 44). Como señala Chiovenda (1954: I, 282), “la medida provisional actúa una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley”.

Si bien es cierto que en todos los procesos judiciales se evidencia su carácter instrumental respecto del derecho sustantivo discutido, en las medidas cautelares ese carácter instrumental es reforzado o cualificado, teniendo en cuenta que no busca poner fin al proceso, sino garantizar la eficacia de este (Monroy Palacios, 2002: 152). Este carácter instrumental significa que las medidas cautelares están siempre conectadas con el proceso principal de cognición plena, en el sentido que pierde sus efectos en caso la sentencia desestime el derecho cautelado; o en caso se ampare el derecho asegurado en el proceso principal es absorbida por la ejecución de la sentencia (Proto Pisani, 2018: 644).

Por su parte Kielmanovich (2000: 42), señala que las medidas cautelares son instrumentales, toda vez que no tienen un fin en sí mismas, sino que se encuentran

subordinadas y ordenadas funcionalmente al proceso principal del cual dependen; sin que ello se oponga a que algunas veces exista coincidencia material entre el objeto de las medidas cautelares y el de la pretensión principal.

El artículo 612 del Código Procesal Civil establece el prejuzgamiento, su carácter provisorio, así como la instrumentalidad y variabilidad como sus características de la tutela cautelar<sup>80</sup>. Esto resulta discutible pues su carácter instrumental no está ligado al fondo de la controversia, sino con la eficacia de la sentencia que se va emitir en el proceso que va garantizar.

En cuanto corresponde el carácter instrumental de dicha protección provisorio, debe indicarse que se traduce en la entera calificación de accesoriedad<sup>81</sup>, de modo que el legislador procede al abierto rechazo de otros medios no principales de tutela del ciudadano cómo acontece con las medidas autosatisfactivas o urgentes que, en sí mismos, constituyen verdaderos

---

<sup>80</sup> Artículo 612 (CPC): Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisorio, instrumental y variable”.

<sup>81</sup> Como sostiene Aristides Rangel-Romberg (1989: 94): “[Lo] que justifica las medidas cautelares en general, es la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo de la providencia jurisdiccional definitiva; y como las medidas innominadas tienen la misma naturaleza cautelar de las medidas nominadas o típicas, y lo mismo que éstas, son temporales e instrumentales respecto de la providencia definitiva que pone fin al juicio, aparece obvia la afirmación de que las medidas innominadas tienden, como aquellas nominadas o típicas, a prevenir el riesgo manifiesto de que puede resultar ilusoria la ejecución del fallo y a evitar que una de las partes, pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, mientras se decide el juicio principal”.



procesos (De los Santos, 2002: 296-300).

Si ampliamos nuestro pensamiento, hemos de concebir que la instrumentalidad se aproxima a la pretendida búsqueda de eficacia real, verdadera y tangencial que todos esperamos de los Tribunales.

Desde todo punto de vista, dicho carácter instrumental en cuanto a que sea sinónimo de eficacia alcanzada en el proceso principal, resulta mucho mejor que la lógica de accesoriadad que pareciese extraerse de la redacción del artículo 612 del Código.

En la legislación española, la nota de instrumentalidad viene escrita en el texto de los artículos 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido a “la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias **para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria** que pudiera dictarse”; y artículo 726 de la misma norma adjetiva que señala como característica de la medida cautelar que sea “exclusivamente **conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria**”. De ambos numerales se puede colegir que este carácter de instrumentalidad determina que si bien la tutela cautelar actúa de manera sustancial – por ejemplo, un embargo- no brinda la protección que se está requiriendo en el proceso principal, sino que sólo garantiza la eficacia de la tutela jurisdiccional que se está solicitando en el proceso principal (Priori Posada, Giovanni, 2006: 104).

## **E. Carácter provisional**

El proceso cautelar está directamente vinculado a la función del servicio que éste desarrolla y a la exigencia de garantizar el derecho o interés jurídico pendiente de litis. Por ese motivo, los efectos de la tutela cautelar tienen duración limitada en el tiempo y, al menos casi todos nunca son definitivos. En tal sentido, el carácter provisional de la tutela cautelar debe ser considerado desde un doble aspecto:

i) teniendo en cuenta los efectos limitados de las providencias cautelares durante el proceso, en cuyo transcurso pueden ser sustituidas, modificadas o dejadas sin efecto cuando desaparecen las circunstancias que las originaron;

ii) con relación al término de vigencia de la tutela cautelar, en virtud del cual las decisiones cautelares subsisten mientras dura el proceso y hasta que se dicta la sentencia definitiva.

Proto Pisani precisa que “aquello que recurre en toda medida cautelar es la provisoriedad de la providencia, no necesariamente también la provisoriedad de los efectos”. La tutela cautelar es provisional porque es producto de la cognición sumaria y no de una cognición plena, por eso “no estará nunca en grado de sostener por sí misma de modo definitiva los efectos que a esta se vinculan, aunque estos, en cuanto al contenido, sean totalmente anticipatorios de la futura providencia a cognición plena” (Proto Pisani, 2018: 643).

Chiovenda (1922: 262) sostenía que “en la medida

provisional es necesario pues distinguir su justificación actual, esto es, frente a las apariencias del momento y su justificación última. La medida provisional actúa una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de la ley: si después, por ejemplo, esta otra voluntad se ha demostrado inexistente, también la voluntad actuada con la medida provisional se manifiesta como una voluntad que no habría debido existir. La acción aseguradora es, pues, ella misma una acción provisional”.

La cualidad de provisoria significa que “los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración *temporal* (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas, como se dice, con la cláusula *rebus sic stantibus* [...]) sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación *de otra providencia jurisdiccional*, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar, con la calificación de *definitiva*” (Calamandrei, 1996: 36 y 37)<sup>82</sup>.

Este carácter provisorio refuerza la tesis de que las medidas cautelares no son un fin en sí mismas atendiendo a que las mismas brindan solución a lo pedido por el particular de manera provisional, lo que una vez más permitiría alejar otras formas de tutela

---

<sup>82</sup> Lo anterior es precisamente lo que define esta característica, esto es, que las medidas cautelares no tienen vocación de perdurar indefinidamente en el tiempo, sino que son provisionales en su naturaleza y no aspiran jamás a convertirse en definitivas (Marín, 2002: 12).

que la noción de la sumarización del proceso permite invocar en beneficio de quien acude a los tribunales.

En ese sentido, conforme señala Monroy Palacios (2002: 157), las medidas cautelares no gozan del atributo de la cosa juzgada<sup>83</sup>, porque este sólo es ínsito de las sentencias en las que se ha emitido un pronunciamiento sobre el fondo. Su finalidad es buscar garantizar la eficacia de la sentencia; por ello no pone fin a ninguna relación material.

### **F. Carácter variable**

Esta característica en las medidas cautelares imprime la nota de flexibilidad o mutabilidad, por la cual su solicitante está en aptitud de pedir la ampliación, restitución o mejora acreditando que la medida adoptada no cumple suficientemente su finalidad que es garantizar la eficacia del proceso principal; y por otro lado, el afectado con la medida también puede pedir sustitución por otra medida menos gravosa, reemplazo de los bienes por otros de menor valor y reducción del monto de la medida probando que no se va afectar la eficacia del proceso principal y que su mantenimiento puede significar un abuso de derecho por parte del solicitante o que resulta desproporcionada. A su vez el juez resuelve valorando las alegaciones y los medios probatorios aportados por

---

<sup>83</sup> La cosa juzgada es “la inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia. La misma no se identifica simplemente con la definitividad e intangibilidad del acto que pronuncia el mandato; es, por el contrario, una cualidad especial, más intensa y más profunda, que inviste el acto también en su contenido y hace así inmutables, además del acto en su existencia formal, los efectos cualesquiera que sean del acto mismo” (Liebman, 1946: 71).

los justiciables.

Desde esta perspectiva, entonces, la nueva decisión del juez, sobre el pedido de variación de la medida cautelar, es una obra de artesanía.

Es un trabajo de filigrana en el que se debe valorar correctamente lo expuesto y probado por quien solicita protección cautelar o por parte de quien resulte afectado con la medida. El juez, entonces, dispone de plenos poderes innovativos que enfatizan aún más la proclama constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

En este aspecto, el juez tiene plenos poderes para moldear o acomodar el pedimento cautelar para que la medida cautelar satisfaga plenamente su objetivo pues esto le conecta con la necesidad de verdadera tutela judicial efectiva.

Sobre el tema, Monroy Gálvez (1990: 45-46) ha expresado:

*“Como ya se ha expresado, el juez concede una medida cautelar sobre la base de una información preliminar dada por el peticionante, quien lo persuade de la pertinencia de conceder la medida.*

*Sin embargo, durante la secuela del proceso — básicamente durante la etapa probatoria— puede ocurrir que el juez vaya conociendo más en torno a la fundabilidad de la pretensión y llegar a conclusiones como las siguientes: que la medida cautelar es muy reducida en función de*

*todo lo que va a ser amparado en el fallo definitivo, o que la medida concedida es tan exagerada que garantiza al peticionante con un exceso cercano al perjuicio al actor.*

*Puesto en cualquiera de ambas situaciones, es perfectamente posible que el juez —de oficio o a pedido de parte— pueda variar el contenido de la medida cautelar, aumentándola o reduciéndola según sea el caso. Esto puede ocurrir debido a que una de las características de la medida cautelar es su **variabilidad***<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Resulta interesante la decisión adoptada por el Tribunal Supremo de España propósito de una solicitud de medida cautelar en medio de la pandemia, orientada a preservar la integridad física del personal sanitario. En este caso, en Auto de 20 de abril de 2020 (R. 91/2020) , el Alto Tribunal señala: “Pues bien, constando como consta la insuficiencia de medios de protección con que deben contar los profesionales sanitarios a pesar de las actuaciones desplegadas por la Administración, hemos de volver al interés principal concernido por la pretensión cautelar y extensivo al conjunto del presente proceso: la preservación de los derechos a la integridad física y a la salud de los profesionales sanitarios. Situada, como no puede ser de otro modo, en esa perspectiva, considera la Sala que ese interés público esencial demanda en los momentos excepcionales presentes toda la tutela posible.

Para ello, debemos volver al artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 invocado por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos y concluir que, no habiendo alcanzado plena efectividad la distribución de los medios de protección a los profesionales sanitarios, es procedente conforme al artículo 136 de la Ley de la Jurisdicción adoptar la medida cautelar de requerir al Ministerio de Sanidad que emprenda de inmediato las actuaciones precisas para superar las carencias apreciadas y hacer realidad el objetivo allí previsto.

De igual modo, a fin de valorar la necesidad de esa medida cautelar a los efectos del artículo 132 de la Ley de la Jurisdicción en función de su cumplimiento y de las necesidades que la evolución de la pandemia pueda originar, considera la Sala preciso que por el Ministerio de Sanidad se le informe quincenalmente de las concretas medidas adoptadas en

#### **4. Presupuestos de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo**

##### **A. El tratamiento de los presupuestos por la doctrina**

Según Guasp Delgado (1943: 683), se entiende por presupuesto aquella circunstancia o conjunto de circunstancias necesarias para que un acto produzca todos los efectos a los que normalmente va destinado; es decir, son los requisitos o exigencias que hacen que algo sea concebido como tal y se diferencie de otras instituciones parecidas.

Para Priori Posada, (2006: 99-100) por presupuestos de las medidas cautelares se debe entender aquellos requisitos indispensables que el juez debe valorar para adoptar una medida cautelar, esto es, son exigencias para el dictado de una medida cautelar y, por tanto, no son elementos en los que la carencia de uno puede ser compensada con la mayor presencia del otro. Así refiere que el alto grado de peligro en la demora no supe la falta de verosimilitud; tampoco que el alto grado de verosimilitud supla la carencia de peligro en la demora; ni mucho menos que la correcta adecuación nos permita prescindir de los otros dos presupuestos.

---

cumplimiento de este auto con indicación de la distribución efectiva de los medios de protección del personal sanitario entre las Comunidades Autónomas y de la que dentro de estas se efectúe por sus servicios sanitarios, para lo cual habrá de recabarles los datos correspondientes y adoptar las medidas necesarias, todo ello de acuerdo con la competencia y responsabilidad que le atribuye al Ministerio de Sanidad el artículo 12 del Real Decreto 463/2020”.

Tradicionalmente la doctrina admite tres presupuestos: verosimilitud o apariencia de buen derecho -más conocido como *fumus boni iuris*-; peligro en la demora -o *periculum in mora*- y contracautela.

Para nosotros, la contracautela no es un presupuesto que se tenga que evaluar para calificar una solicitud cautelar, sino que es una exigencia para su ejecución; sí consideramos, sin embargo, como presupuesto esencial la proporcionalidad o adecuación de la medida.

#### **a. Verosimilitud o “*fumus boni iuris*”**

Para el maestro Piero Calamandrei, (1996: 77), en vía cautelar, el juez debe obrar con celeridad atendiendo a la urgencia a fin de evitar el peligro, adelantando la providencia definitiva, por lo que refiere que la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de *verosimilitud*; y entiende ésta como el conocimiento que obtiene el juez sobre la existencia del derecho por el que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la tutela cautelar.

Así siguiendo al maestro florentino, podemos señalar que si bien la tutela jurisdiccional exige que se dicten medidas cautelares con la finalidad de evitar que se produzcan daños por la demora -justificada o no- del proceso, esto no significa que basta la sola alegación de esos daños, sino que el juez para adoptar las medidas cautelares debe ponderar si existe la posibilidad de que en el futuro vaya emitir una sentencia fundada en el proceso principal a favor de



quien solicita la tutela cautelar, pues resulta evidente que es esta sentencia la que puede devenir en ineficaz por la demora del proceso.

En términos de Kielmanovich (2000: 51), “[l]as medidas cautelares no exigen un examen de *certeza* sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una aceptable *verosimilitud*, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad, que sólo se logrará al agotarse el trámite, si bien aquélla debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y *prima facie* lo demuestren”.

De acuerdo con este presupuesto se requiere que el juez aprecie, con la prueba aportada por el peticionante, que existe la posibilidad de que la pretensión propuesta —o que se va a proponer— en el proceso principal sea atendida, para que se expida la decisión cautelar<sup>85</sup>. Corresponde al juez realizar un cálculo de probabilidad, que le permita inferir que la pretensión principal podría ser amparada (Lama More, 2007: 27). En tal sentido, el requisito de

---

<sup>85</sup> En palabras de Monroy Palacios (2002: 170), el “solicitante de la medida cautelar deberá demostrar al juez que la pretensión principal —que se intenta garantizar— tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia. Por tratarse de un mecanismo solicitado durante el transcurso del proceso resulta humanamente imposible que el juez pueda tener certeza de que la medida solicitada garantizará el futuro derecho a ser considerado por la sentencia. Adicionalmente, la propia estructura del pedido cautelar, al buscarse con urgencia un mecanismo que acabe con la situación de peligro, impide un análisis detallado de la fundabilidad de la pretensión llevada al proceso. Tengamos en cuenta que, precisamente, por aquella situación de urgencia, el actor tan sólo se limita a presentar una información sumaria respecto de las posibilidades de su posición frente al proceso”.

verosimilitud está asociado a la existencia de una fuerte probabilidad de que el derecho en cuestión favorezca al demandante, o al menos tenga una razonable verosimilitud de ser declarada fundada en la demanda principal (Huapaya, 2015: 919).

La verosimilitud no sugiere que el juez evalúe a futuro la fundabilidad de la pretensión, sino que considere, por lo menos, que la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace discutible. Por eso es que se la conoce también como *fumus bonis iuris* (“humo de buen derecho”), porque lo que se requiere para la obtención de la medida cautelar es solo la apariencia de la existencia del derecho<sup>86</sup> que solicita el demandante (Monroy Palacios, 2002: 173).

Ya que se trata de un procedimiento de cognición sumaria y, en consecuencia, meramente superficial, el juez no puede conocer con certeza el derecho, o sea, lo que a cada uno le corresponde. Lo único que se requiere es que los argumentos y pruebas aportadas

---

<sup>86</sup> La “apariencia de buen derecho (lo que supone una menor rigurosidad en la prueba de la titularidad del derecho que recién se esclarecerá en la sentencia) [...] debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista y no como su incontestable realidad, que solo se logrará al final del proceso” (Cassagne y Perrino, 2006: 341). Según Palacio, resulta suficiente la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor, de manera tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho, suponiendo que el desarrollo de ese proceso principal no resulte un obstáculo para alcanzar esa certeza (Palacio, 1985: 32). Para Huapaya (2019a: 703), la apariencia o verosimilitud del derecho es considerada como aquello que tiene forma exterior o apariencia de verdadero, lo que implica que la pretensión tenga un sustento jurídico que la haga discutible, esto es, que se configure la posibilidad razonable de que ese derecho exista.

por el peticionante tengan una consistencia que permitan al juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asiste la razón en el derecho solicitado. La resolución cautelar no declara la certeza del derecho sino la verosimilitud del mismo como dice Ezequiel Cassagne (2007: 11).

En materia contencioso administrativa, señala Padrós (2004: 121-122) que para otorgar la tutela cautelar contra la Administración Pública, los tribunales del fuero contencioso federal argentino han adoptado un criterio más restrictivo que los exigidos por la norma procesal civil, invocando para ello la presunción de legitimidad del obrar estatal y exigiendo la acreditación de la nulidad o arbitrariedad manifiesta del acto impugnado, aun en supuestos en los que existe suficientemente acreditado el peligro grave en la demora. Esta sobrevaloración de la verosimilitud del derecho como requisito preponderante para juzgar la procedencia de las medidas cautelares contra el obrar administrativo, en desmedro del *periculum in mora*, se ha fundado en la presunción de legitimidad de los actos administrativos, incluso tratándose de actos irregulares.

En contraposición a este escenario, regímenes como el español muestran un avance más favorable hacia una interpretación más flexible de las condiciones usualmente exigidas para acordar la tutela cautelar en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, aceptando la posibilidad de disponer la suspensión del acto administrativo cuando su ejecución impondría al solicitante un sacrificio de especial entidad, o bien frente a la concurrencia de un auténtico peligro para

los intereses del actor en razón de la demora del proceso (Padrós, 2004: 123).

***b. Peligro en la demora o “periculum in mora”***

El peligro en la demora o *periculum in mora* está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por demandante, sino también en que el solo trascurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece una tutela especial. El peligro en la demora no busca proteger del daño que implica todo conflicto de intereses, pues para eso está el proceso principal, sino que lo que busca proteger es que la pretensión del proceso principal pueda preservarse en caso obtenga sentencia favorable (Monroy Palacios, 2002: 176).

La consideración del *periculum in mora*, como presupuesto de las medidas cautelares obedece a la necesidad de contrarrestar los daños que podrían surgir a causa del transcurso del tiempo necesario para que se emita sentencia o resolución final en el proceso principal; el juez, al calificar una medida cautelar, debe sopesar el peligro que corre el derecho reclamado, es decir, si éste podría perjudicarse aún más o transformarse en irreparable durante el tiempo que dure el litigio con el consecuente perjuicio para la parte demandante.

El *periculum in mora* es la base determinante de las

medidas cautelares, ya que la finalidad de aquellas es evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso con la lentitud propia e inevitable del mismo (Chinchilla, 1993: 173)<sup>87</sup>. Desde nuestro punto de vista es un presupuesto esencial, pero recordemos que no es el único que se debe considerar, sino que debe concurrir además el presupuesto de verosimilitud y adecuación para que la medida cautelar no pierda su naturaleza jurídica.

Las medidas cautelares son una “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma” (Calamandrei, 1996: 45).

La doctrina clásica, siguiendo a Calamandrei (1996: 71-72), distingue dos formas o manifestaciones de peligro:

**Peligro de infructuosidad:** es el temor que durante el lapso que dure el proceso desaparezcan los medios y la sentencia devenga en ineficaz; en palabras del maestro Calamandrei, “lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa

---

<sup>87</sup> Como dice Calamandrei (1996: 42), el “*periculum in mora*, que constituye la base de las medidas cautelares, no es el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria, sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño *marginal* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario.”

y prácticamente eficaz” (Calamandrei, 1996:71).

**Peligro de tardanza en la providencia cautelar:** es el temor de que la sola duración del proceso, genere una sentencia que no sea efectiva. Así nos remitimos a las palabras del maestro Calamandrei, quien refiere que el peligro en la demora está constituido por “[...] la prolongación a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito.”, en esta clase de peligro en la demora la providencia cautelar recae directamente sobre la relación sustancial controvertida (Calamandrei, 1996:71-72).

Para Monroy Palacios (2002: 183), no hay distinción entre las medidas que neutralizan el peligro de infructuosidad y las medidas que buscan enervar el peligro de tardanza del proceso principal, por lo que este autor prefiere llamarlas **medidas cautelares no coincidentes** a aquellas que aseguran la efectividad de la pretensión sin que los efectos prácticos sean coincidentes con el petitorio de la demanda principal; y **medidas cautelares coincidentes** a las que implican una actuación material que coincide parcial o totalmente con el petitorio de la demanda principal si es que ésta se declara fundada.

Nosotros coincidimos con la posición del maestro florentino, pues sí evidenciamos diferencia funcional en el pronunciamiento cautelar en los distintos tipos de peligro: así tenemos que en el peligro de infructuosidad se adoptan medidas para garantizar la eficacia del proceso; y, por otro lado, en el peligro de

tardanza se adoptan medidas cautelares satisfaciendo por adelantado el derecho material, de modo que este peligro guarda estrecho vínculo con la relación sustancial controvertida.

### ***c. La adecuación***

Para Monroy Palacios, las medidas cautelares en la mayoría de los casos, importa una modificación fáctica y jurídica de actuación inmediata sobre la situación del demandado, es decir, que éste se ve afectado sin que haya sido oído en un juicio de cognición plena y sin que exista una sentencia con calidad de cosa juzgada, en ese sentido, la adecuación importa emitir un juicio de razonabilidad sobre la medida cautelar en función a aquello que se pretende asegurar y la finalidad perseguida, debiendo otorgar aquella medida que afecte lo menos posible los intereses del sujeto sobre quien recae la misma, debiendo conjugar ello, obviamente, con la finalidad de la medida cautelar que en definitiva es asegurar la eficacia del proceso. La adecuación se condice con la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con, precisamente, el objeto que es materia de esta tutela de aseguración (Monroy Palacios, 2002: 186-189).

La adecuación implica que se establezca si la medida cautelar se adecúa al objeto que se pretende asegurar, pues existe la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con el objeto que es materia de esta tutela de aseguración, a fin de evitar el abuso de derecho y perjuicios innecesarios al demandado. En ese sentido refiere Priori Posada (2006: 88) que, en virtud de la

adecuación, el juez no podrá conceder una medida que no sea idónea para garantizar la futura sentencia que se declare en el proceso principal, para lo cual debe adoptar la justa medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La congruencia se refiere “a la correlación lógica que necesariamente deberá establecerse entre la cautelar concedida y el objeto de la tutela” (Monroy Palacios, 2002: 190). En tanto que la proporcionalidad es “una calificación cuantitativa y no cualitativa en la correlación necesaria que debe existir entre la medida otorgada y el objeto que esta busca asegurar” (Monroy Palacios, 2002: 191).

#### ***d. La contracautela***

Como ya se había adelantado, consideramos que la contracautela, más que un presupuesto de las medidas cautelares es una condición para su eficacia. El juez, al momento de calificar la solicitud cautelar, no valora la contracautela ofrecida, sino que ésta se exige para poder ejecutar la medida cautelar adoptada.

Con la contracautela se busca proteger a quien debe concretar el mandamiento provisorio. En este punto, la contracautela por sí misma no se constituye en una garantía para asegurar al afectado con la decisión cautelar sino, antes bien, dirigida a quien soporta una medida cautelar que se constituye en excesiva respecto de lo que debió adecuadamente pedirse o de lo que el juez concedió en su momento.

Monroy Palacios define la contracautela como una



garantía procesal que tutela los intereses del demandado afectado por la medida cautelar. ‘Contracautela’, entonces, por ser una garantía respecto de otra trabada en contra. Por ello, también, otros se refieren a la caución como la ‘cautela’ del demandado (2004: 264).

Por su parte, Kielmanovich (2000: 56) señala que la contracautela es la “contracara” de la medida cautelar, pues, por un lado, se dirige a cautelar un derecho que aún es litigioso; por otro lado, resguarda al afectado con la medida para que éste pueda resarcirse de manera efectiva de los perjuicios que se le hayan generado.

En sentido similar Gallegos Fedriani (2006: 79) describe la contracautela como el medio que asegura preventivamente el eventual crédito de resarcimiento de los daños que podrían resultar de la ejecución de la providencia cautelar si, en definitiva, la misma se revela como infundada. Es decir, no es un requisito de la medida cautelar sino su valla. Es la cautela que la ley toma contra quien pide la cautelar.

Conforme a Carrasco Delgado (2010: 174), la tutela cautelar opera bajo las exigencias del tiempo. Por lo mismo, y frente a la tardanza de los procesos judiciales, la cautela constituye un instrumento a fin de afrontar la demora del proceso. Sin embargo, la expansión de la tutela cautelar en sus ámbitos de aplicación ha significado por contrapartida, la afectación de exigencias del debido proceso, tales como el derecho a la igualdad procesal y la bilateralidad de la audiencia. Es imposible pensar que la necesidad de obtener decisiones en un plazo

razonable, se produce sin un sacrificio a la calidad del proceso y, correlativamente, a sus niveles de exactitud. Es así como es realista sostener que una tutela provisional esconde una desigualdad en el procedimiento y una disímil protección de los derechos de las partes. Se genera así “una verdadera paradoja de garantías, que manifiesta la existencia de intereses contrapuestos que, por una parte, exige celeridad cautelar y, por la otra, impone el respeto a ciertas ritualidades que favorecen el debido proceso”.

En tal contexto, el Juez conserva plenos poderes para aceptar o incluso adaptar la contracautela, sin que ello implique asumir una posición invasiva respecto del contexto del proceso, ya que se entiende que es el legislador el sujeto jurídico el que le da plena habilitación jurídica para tal propósito.

## **B. Los presupuestos de las medidas cautelares en la legislación del Perú**

### ***a. Verosimilitud o “fumus boni iuris”***

Este presupuesto está contemplado en el numeral 1 del artículo 611 del Código Procesal Civil peruano, que nos habla de la verosimilitud del derecho invocado como uno de los requisitos para dictar la medida cautelar.

En el texto original de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo<sup>88</sup>, el presupuesto de la

---

<sup>88</sup> Artículo 36.- Requisitos (Texto original de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo). 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

verosimilitud del derecho estaba vinculado a que el Juez aprecie una apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, pero que equipare la misma a la presunción de legalidad del acto administrativo. Dicho criterio, asumido como bueno en la antigua normativa española, actualmente está desfasado, ya que se limita únicamente a confrontar las medidas cautelares frente al acto administrativo (el cual ya no es la única actuación impugnada en el contencioso administrativo) y de otro lado, eleva innecesariamente el rango de fuerza jurídica de la presunción de legitimidad, la cual tradicionalmente es concebida como una presunción *iuris tantum*, y que además no debe limitar la apreciación del Juez para tutelar los derechos, vale decir que frente al Juez, la legalidad de la actuación administrativa no puede oponerse como un criterio o canon comparativo, pues justamente, dicha actuación administrativa será discutida en el proceso principal (Huapaya, 2015: 133).

Es por eso que, mediante el Decreto Legislativo 1067 (TUO de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo), se modificó el texto de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, específicamente los requisitos o presupuestos sobre tutela cautelar, a fin de compatibilizar la tutela judicial cautelar con la efectividad de dicho derecho. Así, la nueva redacción, actualmente vigente, señala lo siguiente:

---

definitiva, siempre que:

1. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de **presunción de legalidad del acto administrativo**, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar”.

### Artículo 38.- Requisitos

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

*1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, 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** [...]*”

Si bien este nuevo texto con acierto deja de lado la equivalencia de la apariencia de buen derecho con la presunción de legalidad del acto administrativo, introduce otra noción equivocada. Este error consiste en analizar la verosimilitud del derecho en función de la afectación que causaría al interés público. García de Enterría señalaba que efectivamente tal interés público (“razones de Estado”) no puede oponerse para suspender la tutela judicial efectiva como derecho fundamental<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> “La Administración no puede crear de modo arbitrario situaciones antijurídicas y luego oponer a su remoción —cautelar o definitiva, el caso es idéntico— el perjuicio práctico que esa remoción pueda causarle eventualmente. El argumento carece de la menor consistencia y su generalización no es menos que una ruptura radical de los postulados elementales del Estado de Derecho, que intentan sustituirse por los propios del Estado absoluto, y hoy, totalitario, para el cual la famosa *clausula salutaris*, que se decía implícita en todos los derechos subjetivos, sujetaba o condicionaba la efectividad de éstos al principio supremo, *salus publica suprema lex est*, el interés público debe ser la primera ley. Hoy esa supuesta cláusula implícita de relativización no existe, es incompatible con la idea misma de

Consideramos que es un exceso de la Administración supeditar el otorgamiento de una medida cautelar a un interés público que puede resultar gaseoso y arbitrario<sup>90</sup>. Si se le antoja, la Administración podría no otorgarlo, por ejemplo, si afecta a la recaudación tributaria o a la caja fiscal<sup>91</sup>. Lo correcto debería ser

---

Estado de Derecho y se opone frontalmente, de manera especial, a la explícita proclamación como preeminentes en el orden político y para la paz social de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la tutela cautelar efectiva” (García de Enterría, 2004: 246).

<sup>90</sup> Así el criterio del interés público “no puede admitirse sin más, debiendo por el contrario indagarse —en cada caso— la efectiva presencia de las razones de interés general que imponen la ejecución inmediata del acto administrativo. Y ello es así, pues [...] no cualquier interés invocado por la Administración Pública será suficiente para concluir en que la suspensión compromete, por sí misma y apriorísticamente, el cumplimiento de fines generales impostergables” (Padrós, 2004: 292). En ese mismo sentido según Ezequiel Cassagne: “Respecto al interés público, no descartamos que los jueces deban valorarlo al momento de decidir el otorgamiento de una medida cautelar, y aún más, reconocemos que constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia. Lo que sí se objeta es la aplicación de este concepto a los fines de restringir la procedencia de las medidas precautorias, invocando en los hechos meras insinuaciones dogmáticas, en un claro propósito de evitar analizar el caso concreto. Pero, claro está, el interés público a ponderarse no es el acto, reglamento o situación de hecho en sí misma, sino el interés público de que se suspenda o no dicho acto administrativo o reglamento, o se mantenga o altere en forma provisoria una situación, mientras dure el proceso judicial”. (Ezequiel Cassagne, 2007: 246).

<sup>91</sup> Según Ezequiel Cassagne (2007: 18-19), “el interés público no debe ser aquel perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad. De todas formas, nuestra opinión es que, en principio, frente a una ilegalidad manifiesta no es procedente la invocación del interés público”. Escola (1989: 240-241) sostenía que “en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público ‘del pueblo’, como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la

ponderar si el perjuicio al interés general que supondría dictar una medida cautelar determinada es mayor o menor al derivado de no dictarla. Creemos que el requisito de verosimilitud del derecho invocado por el particular debe ser comparado con la existencia de causas evidentes o notorias de ilegalidad de la actuación u omisión administrativa impugnada (Huapaya, 2015: 921)<sup>92</sup>.

---

administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el Jefe de Gobierno, conductor o *leader* de turno [...] podrá darse la presencia de un interés, en cuanto se trata y consiste en una cosa o un bien a los que se considera valiosos, y que son queridos y pretendidos por quien los propone y define. Pero nunca podrá sostenerse, con propiedad, que ese interés sea un interés público, pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales que es la que otorga aquel carácter. Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la administración pública, etc. Pero no de un interés público, condición que no adquiriría ni aun cuando ese interés, al que no se ha trepitado en llamar a veces superior, pudiera ser impuesto coactivamente a toda la comunidad: es que el interés público es sólo el resultado de querer voluntaria y libremente formulados, y nunca impuestos forzosamente a los componentes de la comunidad [...]

<sup>92</sup> Huapaya sugiere que se debe eliminar la referencia a la ponderación de la verosimilitud del derecho con el interés público en el artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo por las siguientes razones: (i) el interés público no es el canon que permita determinar la ilegalidad de la actuación administrativa, sino que, por el contrario, la verosimilitud del derecho debe ser enfrentada a la existencia de una evidente o manifiesta ilicitud de la actuación u omisión administrativa, carga que se impone al pretensor cautelar, (ii) un escenario de tutela de derechos fundamentales no permite subordinarlos al interés público, y, (iii) es necesario superar el dogma revisor en el contencioso-administrativo, superando la idea de que la única actuación impugnabile es el acto administrativo, en función a lo dispuesto en el artículo 4 del propio TUO-LPCA (Huapaya, 2015: 922).

### **b. Peligro en la demora**

El artículo 611 del Código Procesal Civil establece que 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: [...] 2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir **peligro la demora** del proceso o **por cualquier otra razón justificable**. [...]”

La regulación analizada coloca al peligro en la demora como unos de los presupuestos determinantes de la construcción cautelar, llevando a guardar vinculación con las medidas cautelares civiles o generales. En este aspecto, se asume como básico que el desarrollo propio de los juicios en general y de los contenciosos-administrativos en específico es un dato de la realidad que contribuye a sostener que el factor tiempo es un elemento importante que debe considerarse para el concesorio o la denegación de la tutela cautelar.

En este aspecto, en atención al concepto jurídico indeterminado “**cualquier otra razón justificable**”, se permite que el solicitante cautelar evalúe en el curso de la relación procesal los motivos concretos distintos del peligro en la demora que lleven a la obtención de la tutela cautelar. Desde dicha perspectiva, la amplitud del concepto permite sostener diversos argumentos distintos del peligro aludido para solicitar la medida cautelar y que esta, al final de cuentas, pueda ser concedida. Podría alegarse —por ejemplo—, para darle soporte a este concepto jurídico

indeterminado, la necesidad de atención del pedido cautelar por razones de salud del solicitante que resultan impostergables a riesgo de poner en peligro su derecho fundamental, por el hecho de que a la fecha conclusiva del juicio contencioso-administrativo el daño producido por la actividad administrativa se podría tornar insuperable (argumento normalmente utilizado en los amparos constitucionales), o la afectación continuada u otros motivos que la realidad práctica, tan rica en su generación, nos puede mostrar en cada caso concreto.

### ***c. La adecuación***

El artículo 611 del Código Procesal Civil, señala en su primer párrafo que “el juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro en la demora del proceso o, por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere **adecuada** atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal. (...)”.

El texto expreso de la norma procesal civil remite al principio de adecuación, por lo que consideramos sea valorado juntamente con los presupuestos de verosimilitud y peligro en la demora.

Se denota la necesidad de un pronunciamiento congruente relacionado a la solicitud cautelar. Ahora bien, cabe aquí indicar que el legislador abre un amplio espectro interpretativo pues la estimación de adecuación de la medida cautelar, como requisito de su pedido, se enfoca a garantizar la eficacia de la



pretensión procesal planteada. Sin embargo, dicha expresión es ambigua por las siguientes razones que generan interpretaciones disimiles:

- Una primera interpretación nos lleva a entender que la medida cautelar se orienta a la garantía de que lo pedido en ella se concrete, esto es, sea eficaz, que equivale enfocar, precisamente, a su normal producción de efectos jurídicos: destaca aquí que el legislador omite toda mención a la naturaleza principal o instrumental (léase, cautelar) de la pretensión. Abona en este primer razonamiento que no solo cabe que el solicitante cautelar plantee una pretensión no principal y le sea concedida sin mayor mérito que el análisis y las pruebas que le acompañan o que, por otro lado, planteada como ha sido argüida, permita discrecionalmente al juez procederse a su adecuación con el propósito de que el pedido cautelar alcance el resultado esperado en el mundo real.
  
- Una segunda interpretación llevaría a entender que la necesidad de adecuación del pedido cautelar, a efectos de respetar el principio de congruencia procesal, se afinca en la necesidad de calzar el pedimento cautelar con la pretensión principal siendo este un razonamiento basado en el Código Procesal Civil, así como de modo expreso en la ley procesal contencioso-administrativo.

Del análisis expuesto, puede advertirse que el examen realizado se enfoca a que la medida cautelar deba calzar necesariamente con la pretensión del proceso

principal, de modo que obra información destinada al amparo de la segunda interpretación; esto con el propósito de evitar que, en la realidad, el pedimento cautelar sobrepase los alcances proyectados de la pretensión generada en el proceso principal dado que es el demandante el que conoce el tipo de actuación administrativa sometida a juicio contencioso-administrativo y quien debe articular la medida cautelar que se ajuste al fondo de la controversia.

La Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado que el juez puede adecuar la medida cautelar a fin de salvaguardar la eficacia de la decisión definitiva, siempre y cuando no funde su decisión en hechos diversos a los alegados por las partes:

*“Cuarto. [El] artículo 611 del Código [Procesal Civil] faculta al juez a dictar medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal, también es verdad, que tal adecuación, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos a los que han sido alegados por las partes, conforme al artículo VII Título Preliminar del Código Procesal Civil, hacer lo contrario implicaría estar actuando como juez y parte.*

*Quinto. [El] a quo al adecuar la solicitud recurrida, ha amparado una medida de no innovar, la misma que está destinada a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda; sin embargo, entendiendo la*

*postulada como una medida fuera de proceso, la solicitante ha precisado que la demanda futura, es una de interdicto de recobrar; derecho que por su naturaleza está destinada, a que la perjudicada sea repuesta en el derecho de posesión del que ha sido privada; es decir, que la adecuación dada por el juez, no resulta compatible ni propiamente adecuada a los hechos” (Expediente N° 4918-2000, de 25 de mayo de 2000).*

El artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley 27584 aprobado por Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, establece los requisitos de la medida cautelar:

#### Artículo 38.- Requisitos

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

- 1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, 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.*
- 2. [...]*
- 3. Se estime que resulte **adecuada** para garantizar la eficacia de la pretensión”.*

Del artículo bajo comentario se advierte que se faculta a los jueces para ponderar la pertinencia de la medida cautelar con la finalidad práctica que se persigue en el proceso principal, es decir, si la medida cautelar es

idónea para garantizar la eficacia de la decisión definitiva.

#### **d. Contracautela**

El Código Procesal Civil peruano define a la contracautela de este modo:

Artículo 613.- Contracautela y discrecionalidad del juez

*“La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.*

*La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.*

*La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.*

*La contracautela de naturaleza real se constituye*

*con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.*

*En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte.*

*Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, esta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la proroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo.”*

Como vemos, el artículo 613 del Código Procesal Civil concede facultad discrecional al Juez para admitir la contracautela en cuanto a su naturaleza y monto. En consecuencia, el Juez debe exigir contracautela real o, en su caso, personal, según el grado de verosimilitud del derecho sustantivo invocado en la demanda y en atención al monto por el cual se pide medida cautelar.

La contracautela se fijará atendiendo al grado de verosimilitud del derecho invocado. La contracautela tiene relación directa con la apariencia del derecho que fluya de la pretensión, si el juicio de probabilidades que realiza el Juez sobre la tutela solicitada se acentúa, cual vasos comunicantes, es menor la posibilidad de que la medida a otorgar cause daño, y, por tanto, la contracautela no necesita ser

rigurosa.

En el proceso contencioso administrativo peruano a partir de la modificatoria efectuada con el Decreto Legislativo N° 1067, el 27 de junio de 2008, conforme a la nueva tendencia procesal, en el artículo 36 expresamente se consignó que la contracautela es un requisito para la ejecución de la medida cautelar (ex post) y no se le considera como un presupuesto de las medidas cautelares según se infiere de la literalidad del artículo antes enunciado: **“Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela** atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar.”

### **C. Los presupuestos de las medidas cautelares en la legislación española**

El análisis de los presupuestos de las medidas cautelares en el Derecho español ha sido extensamente estudiado por la doctrina, pero su sistematización se debe principalmente al esfuerzo casi pedagógico realizado por el **Tribunal Supremo**. Un buen ejemplo de ello es la pormenorizada explicación que se puede leer en un Auto de 7 de marzo de 2018 (R. 32/2018), en el que el ponente, Sr. Fernández Valverde, se extiende en explicar la regulación vigente de las medidas cautelares de la Ley 29/1998, que resume así:

*“... la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por:*

a) *Un sistema general, previsto en los artículos 129 a 134 de la LRJCA.*

b) *Dos supuestos especiales procesales, previstos en los artículos 135 (medidas de especial urgencia, provisionalísimas o cautelarísimas) y 136 de la misma Ley (supuestos de inactividad de la Administración o vía de hecho, de los artículos 29 y 30 de la propia Ley).*

c) *Otras dos especialidades, por razón de la materia a que se refieren, como son las previstas en el artículo 122 bis (en relación con la autorización judicial contemplada en el Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico), así como en el 127 quáter de la misma LJCA (en relación con el Procedimiento especial para la garantía de la Unidad de Mercado, Ley 20/2013, de 9 de diciembre).*

*Dejando al margen las citadas especialidades, el sistema general se caracterizaría por las siguientes notas:*

*1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes). Las medidas cautelares pueden adoptarse respecto de toda la actuación administrativa, incluyendo, por tanto, los actos administrativos y las*

*disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la medida cautelar de suspensión de los preceptos impugnados (artículos 129.2), con algunas especialidades procesales previstas en el mismo artículo 129.2 in fine y en el artículo 134.2 de la misma LJCA.*

*2ª. Se fundamenta el sistema cautelar en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".*

*3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante, la concurrencia del periculum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".*

*4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (periculum in mora y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuizar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de*



*que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental, e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución , cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.*

*5ª. Como segunda aportación jurisprudencial --- y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.*

*6ª. Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 in fine, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.*

*7ª. Con esta regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "numerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda*

*se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".*

*8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del número 2 para las disposiciones generales), y su duración se extiende "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).*

*9ª. En correspondencia con la amplitud de ámbito de las medidas cautelares, la LRJCA lleva a cabo, igualmente, una ampliación de las contracautelas compensatorias de las anteriores, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose, además, que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3).*

*10ª. Por último, y de conformidad con lo previsto en el Disposición Final de la LRJCA, en todo lo no previsto en la misma rigen los artículos 721 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil".*

A partir de esta sistemática explicación, atenderemos a algunas de las notas señaladas.

**a. El “*periculum in mora*”**

El artículo 129 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, establece que los interesados en el procedimiento contencioso-administrativo pueden solicitar al órgano jurisdiccional la adopción de “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”, disponiendo a su vez el artículo 130 de la LJCA que la medida cautelar solicitada “podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Este es el régimen general de las medidas cautelares, en expresión de Chinchilla Marín (2000:296-297), en contraposición al régimen especial –referido a recursos contra inactividad o vías de hecho–.

En interpretación de este régimen general, el Tribunal Supremo español ha venido señalando que:

*“Como es suficientemente conocido, la razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general -como hemos señalado, entre otras muchas resoluciones, en ATS de 12 de julio de 2002 -, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.*”

*Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso o, como dice expresivamente el artículo 129 de la LRJCA "asegurar la efectividad de la sentencia". Por ello el periculum in mora forma parte de la esencia de la medida cautelar, "opera como criterio decisor de la suspensión cautelar" (AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000), y, el artículo 130 de la misma LRJCA especifica como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta es aquél en que "la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso". En definitiva, con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil" (Sentencia de 18 de julio de 2018, R.1808/2017).*

De hecho, el Tribunal Supremo ha llegado a pronunciarse en el sentido de que el **criterio principal** o **decisor** a considerar en orden a la adopción de medidas cautelares es precisamente el que se refiere a la garantía de la efectividad de la sentencia:

*"Esta Sala ya ha declarado de manera reiterada que en el artículo 130 de la Ley 29/1.998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, el criterio elegido para decidir la medida cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del "periculum in mora", que opera como criterio decisor de la medida*

*cautelar de suspensión cautelar*” (Sentencia de fecha 21 de febrero de 2005).

Esto es, en virtud de un criterio jurisprudencial consolidado de los Tribunales, la pérdida de la finalidad legítima del recurso es el elemento decisor de la medida cautelar, siendo el objetivo último de las medidas cautelares asegurar la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual, como se ha expuesto extensamente en el capítulo anterior, no sólo incluye el derecho a acceder a los tribunales y obtener de ellos, en su caso, una resolución judicial que satisfaga la pretensión del recurrente, sino también el derecho a que esa resolución pueda ejecutarse y llevarse a puro y debido efecto.

Como ha señalado insistentemente el Tribunal Supremo, el aseguramiento del proceso es el nuevo parámetro esencial para la adopción de la medida cautelar; y este aseguramiento no se agota en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio:

*“... ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, **con abstracción de eventuales perjuicios**, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga **ineficaz el proceso**. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada*

*ante los Tribunales”* (Sentencia de 17 de julio de 2018, R. 1808/2017).

Y resulta evidente que ello no se consigue cuando “el recurrente, caso de obtener una sentencia favorable a su pretensión impugnatoria, no podría alcanzar la satisfacción de su derecho” (ATS de 29 de abril de 2003) o cuando “de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso” (STS de 13 de mayo de 2005).

El criterio determinante para la adopción de la medida cautelar de que la ejecución del acto o la disposición general “**podieran hacer perder la finalidad legítima al recurso**” supone, para Botía Torralba, (2007:37-38) una opción del legislador por un criterio finalista cercano al *periculum mora*, toda vez que persigue preservar la eficacia o el efecto útil de la eventual sentencia estimatoria de las pretensiones del recurrente que pueda dictarse en el proceso, ante el riesgo de que, por la duración del mismo, puedan producirse situaciones irreversibles que en perjuicio del demandante hagan ineficaz la sentencia o impidan la ejecución en sus propios términos.

Se entiende que una finalidad es legítima, cuando el recurso persiga la satisfacción real y efectiva del reconocimiento del derecho del recurrente y será ilegítima cuando el recurso sólo busque diferir la ejecutividad de la actuación administrativa. En esa línea, Chinchilla Marín, Carmen (1993: 173) señala: “Así pues, la medida cautelar tiene sentido si hay un

derecho que necesita una protección provisional y urgente, a raíz de un daño producido o de inminente producción, mientras dure un proceso en el que se discute precisamente una pretensión de quien sufre dicho daño o su amenaza”.

### ***b. La ponderación de todos los intereses en conflicto***

Siendo el peligro de demora un criterio decisor respecto de la adopción de las medidas cautelares, lo cierto es que de la lectura del artículo 130 se advierte que el *periculum in mora*, por sí solo no, justifica la adopción de la medida cautelar (Botía, 2007: 46)<sup>93</sup>, sino que el juez debe efectuar una ponderación de “*todos los intereses en conflicto*”<sup>94</sup>, es decir, de los

---

<sup>93</sup> En ese mismo sentido, la Magistrada Teso Gamella (2007: 64) establece que no “puede entenderse que la pérdida de la finalidad del recurso se refiere a la mera duración del recurso contencioso administrativo porque, entonces en todos los casos se procedería la adopción automática de medidas cautelares. La frustración de la finalidad del recurso se produce, por el contrario, cuando, mientras dura el proceso, surgen, o se advierte que pueden surgir, hechos o circunstancias específicas que impidan la efectividad de la sentencia”.

<sup>94</sup> Así resulta bastante ilustrativa la Resolución del Tribunal Supremo del 17 de febrero de 2020, en la que se denegó la medida cautelar solicitada por la representación de don Oriol Junqueras i Vies, alegando una “ponderación de los intereses públicos y de terceros en el que aduce que, de una parte, se ha vulnerado el derecho fundamental de sufragio pasivo del recurrente (artículo 23.2 CE, 39,2 CDFUE y artículo 3. 1 Protocolo 1 del CEDH), el derecho al sufragio de los electores y la protección institucional del Parlamento europeo. La suspensión al Acuerdo impugnado pondría fin a dicha suspensión e impediría que se privara en forma irreversible de sus derechos, protegiendo asimismo la institucionalidad europea [...]” Por otro lado, el Tribunal ponderó dar preferencia con carácter abstracto a una sentencia penal firme, poniendo de relieve que el Tribunal Constitucional en el ATC 2/2018 justificó la denegación de una

intereses del recurrente -concretados en evitar cautelarmente la ejecución del acto-, del interés público -que demanda la inmediata ejecución- y la posible existencia de terceros afectados por la medida cautelar. El Tribunal Supremo se refiere a ello señalando que “el criterio de ponderación de los intereses concurrentes es **complementario** del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso” (Sentencia de 17 de julio de 2018, R. 1808/2017).

Ahora bien, los intereses confrontados no están en la misma posición. Así, el artículo 130.2 de la LJCA dispone que la medida cautelar únicamente podrá denegarse “cuando de ésta pudiera seguirse **perturbación grave** de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada”.

Al respecto y, desde una posición conflictivista de los derechos fundamentales, García de Enterría (2000: 257 y ss) criticó la redacción del artículo 130.2 de la Ley 29/1998 y señaló que es un grave error del legislador hacer prevalecer los intereses de la Administración o de un tercero a través de la “ponderación circunstanciada” sobre el derecho fundamental a la tutela judicial previsto en el artículo 24 de la Constitución Española y, en concreto, para la

---

medida cautelar, por la afectación grave para los intereses generales derivado de la imposición de una pena a quienes ejercían funciones públicas, en la medida que ello supone socavar la confianza de los ciudadanos en quienes están encargados de velar por su seguridad y libertad, y resulta particularmente grave en el caso de los que ostentan cargos representativos, supuestos en el que este tipo de penas supone la destrucción de la naturaleza misma de la institución representativa.



jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que el artículo 103.1 de la Constitución española declara el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho; en ese sentido indica que sólo cabe hacer una reinterpretación correctora y limitativa de esta exigencia, reconduciendo el conflicto de intereses a ponderar a un eventual conflicto con derechos fundamentales, bien de un tercero, bien de los que pudieran resultar protegidos específicamente por la concreta actuación de la Administración.

En esta línea, la jurisprudencia española insiste en que, para poder denegar una medida cautelar que procedería otorgar de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 130 LJCA, la Ley exige que se produzca, no cualquier daño, sino una perturbación grave de los intereses generales o de los intereses de terceros. El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 25 de mayo y 18 de octubre de 2004, establece en qué términos ha de efectuarse la concreta valoración circunstanciada de los intereses en conflicto en la pieza separada de medidas cautelares, en cuya virtud:

*“Interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, son pues los dos conceptos que, armonizados, determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión. (...) Y así, si cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso”.*

Recientemente, el mismo Tribunal Supremo ha señalado, en relación a una medida de suspensión, que su procedencia y su mayor o menor amplitud dependerá del grado en que el interés público esté en juego:

*“... al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada, según exige el citado artículo 130.2 LJCA. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia, **cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto**” (ATS 3 de junio de 1997 RJ 201997\5049, FJ. 3), entre otros muchos) ...” (Sentencia de 17 de julio de 2018, R. 1808/2017).*

Y también en ocasiones el Tribunal Supremo acuerda la medida cautelar en atención a la relevancia de los intereses invocados por quien la demanda.

Es el caso resuelto por Auto de 20 de abril de 2020 (R. 91/2020) en el que, como expresa el Tribunal, el interés público es también el del demandante de la cautelar: la integridad física y la protección de la salud, en el supuesto particular respecto de los médicos que desarrollan su función en plena pandemia de la COVID-19:

*“... no nos parece dudoso que el interés que hace valer la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos no es distinto ni, mucho menos, contrario al interés público propio de la acción administrativa -declaración de estado alarma incluida- que se enfrenta a las consecuencias de la pandemia causada por el COVID-19. Se trata del vinculado a la preservación del derecho fundamental a la integridad física y del derecho a la protección de la salud de los profesionales sanitarios y no cuesta esfuerzo en asociarlo a la preservación de esos mismos derechos de las personas a las que asisten que, en la situación crítica que atravesamos, somos potencialmente todos. Es, por tanto, un interés público común que en medio de la pandemia adquiere un carácter esencial. Su preservación, en consecuencia, ha de ser el criterio principal a tener en cuenta y no parece necesario explicar que frente a él no se vislumbran intereses diferentes merecedores de mejor protección”.*

Y es el caso resuelto mediante Auto de 29 de julio de 2019 (R. 305/2019), fuera del escenario pandémico, pero con posible perturbación a derechos fundamentales del solicitante/recurrente. En este caso, se pedía la suspensión cautelar de una sanción

impuesta a un periodista por la Mesa del Congreso, consistente en la retirada de acreditación de prensa por el plazo de un año, que impediría informar a sus lectores del debate de investidura del candidato propuesto para la Presidencia del Gobierno. El Tribunal Supremo enfrente los posibles perjuicios a la libertad de información con la escasa incidencia de la medida en el interés público y acuerda concederla, reseñando que

*“No es necesario que ahora recordemos el significado de la libertad de información como garantía de una opinión pública libre en el seno de la democracia pluralista, ni la prevalencia que le reconocen por esa razón el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sí es preciso, sin embargo, detenernos en la incidencia que pueda tener el mantenimiento de la medida cautelar Mesa del Congreso de los Diputados (...)”.*

La ponderación de intereses, por lo demás, es una tarea esencialmente **casuística**, razón por la cual no se pueden fijar reglas generales, sino que el juez va realizar una **valoración circunstanciada**, analizando el caso en concreto, atendiendo a todas las circunstancias y peculiaridades. Y no puede ensayarse una respuesta única ante supuestos aparentemente similares, sino que la solución que adopte el juez será de tipo artesanal para el caso específico<sup>95</sup>. Desde luego ello no impide que las

---

<sup>95</sup> En palabras del Tribunal Supremo en su reciente Auto de 17 de febrero de 2010 (R. 25/2021), si bien reiterando doctrina consolidada: “Sucede, en consecuencia, que “la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se

valoraciones circunstanciadas difieran en función del órgano judicial que asume la tarea, con una indudable carga de inseguridad jurídica que debería aceptarse como un mal asumible si se quiere preservar la autonomía valorativa del juzgador.

Un magnífico ejemplo de ello se encuentra en la distinta solución alcanzada, para casos muy similares, por Tribunales Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas ante situaciones muy similares. Es el caso de la solicitud de suspensión cautelar solicitada por Asociaciones Profesionales de Hostelería frente a órdenes autonómicas que establecieron determinadas medidas de prevención como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID- 19, concretamente el cierre de los establecimientos hosteleros. Paradójicamente, pero en este marco analizado de la potestad judicial de valorar circunstanciada de todos los intereses en conflicto, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia denegó la medida cautelar<sup>96</sup>.

---

otorgue" (STC 148/93, 29 de abril). Posición que asimismo ha sido constante doctrina de este Tribunal al declarar que "**la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo**, lo que implica, desde luego un **claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes**" (Autos de este Tribunal de 23 de enero de 1990, 8 de octubre de 1991, 31 de octubre de 1994).

<sup>96</sup> Véase el ATSJ GAL 74/ 2020 del 13 de agosto 2020 (R 7277/2020), en el recurso interpuesto por la Asociación Profesional de Empresarios de Hostelería de A Coruña contra la Orden de Consellería de Sanidade de 7 de agosto 2020, por la que se establecen determinadas medidas de prevención como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID- 19, al ponderarse los intereses en conflicto, sin prejuzgar el tema de fondo el Tribunal Superior señala: "Se

Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco concedió la medida<sup>97</sup>.

---

*exige, entonces, que en este juicio valorativo se ponderen adecuadamente los intereses públicos y los perjuicios que puedan derivarse de la ejecución de la resolución objeto del recurso, teniendo en consideración, en definitiva, la gravedad e importancia de todos los intereses en conflicto.”* Así el Tribunal Superior de Galicia, teniendo por un lado el interés de los empresarios del sector hostelería de atajar y evitar los perjuicios económicos que su ejecución está causando a un colectivo cuyos beneficios se nutren principalmente de la recaudación en épocas del año como es la época estival, gracias al turismo y, por otro lado, la preponderancia del interés general en la protección de la salud pública, justifica la denegación de la medida cautelar solicitada”.

<sup>97</sup> Véase ATSJ PV 2/2021, de 9 de febrero de 2021 (R 94/2021): “Que, entrando en el análisis de los requisitos exigidos por la adopción de una medida cautelar, el primero de ellos es el *periculum in mora*. Ciertamente, en los muy numerosos municipios en la denominada "zona roja" el cierre de las actividades hosteleras es total hasta que salgan de tal zona con lo que, al carecer de ingresos, se genera un grave quebranto económico. Es notorio y resulta muy difícil reparación ante la realidad del cierre definitivo de un número no desdeñable de negocios, de forma tal que una posible indemnización futura, de producirse, no restablecería la situación fáctica actual.

Desde el punto de vista de los intereses en conflicto, no cabe desconocer la situación pandémica en la que nos encontramos y la alta incidencia del virus COVID- 19 en el momento actual, lo que exige medidas que dificulten su expansión.

*(...) De tal forma, la primera conclusión a la que ha de llegarse es que no aparece con claridad la influencia de la apertura de los establecimientos hosteleros con el elevado nivel de incidencia del virus tras la celebración de la Navidad. Por otra parte, tal apertura queda sometida a importantes medidas de corrección de la actividad que permiten minimizar los riesgos de su desarrollo para la salud pública (...). En definitiva, la conjugación de los intereses en conflicto hace que la Sala entienda que la apertura de la actividad hostelera, en las condiciones antedichas, no aparece en este momento como un elemento de riesgo cierto y grave para la salud pública por lo que se accederá a la medida cautelar en estos términos. En cualquier caso, debe recordarse a las partes que art. 132 Ley 29/98 alude a que las medidas cautelares adoptadas*

El Tribunal Supremo exige una “justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar” (Sentencia de 17 de julio de 2018, R. 1808/2017).

### ***c. El “fumus boni iuris”***

Aunque el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa recogía explícitamente el criterio de la apariencia de buen derecho, el mismo fue suprimido en trámite parlamentario sin que alcanzara el rango de norma allí positivizada, aunque posteriormente se plasmara en el artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/ 2000. Esta omisión fue criticada por la doctrina española (García de Enterría, 2000: 257 y ss), por tratarse de un principio jurídico reconocido por los tribunales – nacionales y europeos – y aplicado sin sobresaltos durante años, incluso bajo el paraguas de una Ley, la de 1956, muy cicatera en esta materia<sup>98</sup>, precisamente

---

"podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiasen las circunstancias en virtud de las cuales se hubieren adoptado".

<sup>98</sup> Así, el Tribunal Supremo ha manifestado durante la vigencia de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 que “la necesidad de examinar cada caso y fallar en razón a la concreta individualidad de cada uno lo que se advierte prima facie, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es una apariencia –apariencia, insistimos- de buen derecho. Esa apariencia aun siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada” (Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990).

para hacer frente a los excesos derivados de la prerrogativa de la ejecutividad de los actos administrativos<sup>99</sup>.

Lo cierto es que, durante largo tiempo, el Tribunal Supremo acudió a este viejo principio de manera reiterada. Sirva de ejemplo la sentencia de 7 de abril de 2004, en la que incluye el siguiente razonamiento:

*“El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el «perjuicio» inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón. Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del «fumus boni iuris», aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto*

---

<sup>99</sup> En el Auto de 20 de diciembre de 1990 el Tribunal Supremo señalaba que “la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón. Este principio general de Derecho ... obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en él cuando en un supuesto de hecho concreto -y esto subraya la necesidad de examinar cada caso y fallar en razón a la concreta individualidad de cada uno- lo que se advierte “prima facie”, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal es una apariencia -apariencia, insistimos- de buen derecho. Esa apariencia, aun siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada”.



*infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible.”*

En los últimos tiempos, sin embargo, el Tribunal Supremo ha matizado enormemente el uso de este criterio. En la citada Sentencia de 17 de julio de 2018, y antes en la de 14 de diciembre de 2016, R. 3714/2015, resume la posición de este modo:

**“... la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho<sup>100</sup>, siempre que sea**

---

<sup>100</sup> Así en el Auto del 7 de setiembre de 2016, Recurso 216/2016, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón amparó la solicitud cautelar del Arzobispado de Zaragoza y los Obispos de Teruel-Albarracín, Huesca, Jaca, Tarazona y Barbastro-Monzón, representados por la Procuradora contra la Orden ECD/850/2016 del Departamento de Educación, Cultura y Deporte de 26 de mayo que modifica el currículo anterior reduciendo la carga lectiva de la materia de Religión al 50 % del horario que tenía en el Curso anterior, señalando expresamente: **“ La Sala no debe prejuzgar sobre el fondo del asunto, -como se alega por la Administración en su oposición – pero sí debe indicar que el recurso está fundamentado en una vulneración del Acuerdo con la Santa Sede y en la vulneración de los derechos fundamentales.** Y es que la presunción de legalidad viene aquí quebrada por el informe jurídico desfavorable del **máximo órgano consultivo de esta Comunidad Autónoma,** dictamen que no ha merecido en la orden impugnada,

*manifiesta -ATS 14 de abril de 1997-, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero **advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina** al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan **necesitada de prudente aplicación**, debe ser tomada en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero **no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo**, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, **se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución**, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba..."<sup>101</sup>.*

---

contestación alguna que refrendase la legalidad de Orden. Por ello procede la estimación de la medida cautelar”.

<sup>101</sup> Véase el reciente Auto de 16 de febrero de 2021 (R. 12/2021): “No habla la Ley de la Jurisdicción de la apariencia de buen derecho. No obstante, la ha considerado la jurisprudencia y encuentra reconocimiento legal en el artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha delimitado en términos muy restrictivos los

Un Auto del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2020 (R. 204/2020) insiste y desarrolla esta misma tesis, al señalar lo siguiente:

*“El ATS 26 de septiembre de 2018 (R. 279/2018) con cita ATS de 2 de noviembre de 2016 (R. 4674/2016) señala que “la aplicación de la regla de apariencia de buen derecho va indisolublemente ligada al examen de la cuestión de fondo, lo que obligaría a pronunciarnos anticipadamente sobre la validez del Real Decreto impugnado, lo que está vedado al incidente cautelar”.*

*Se ha aceptado la apariencia de buen derecho conjugada con el peligro por mora procesal a que se refiere **la LEC, de aplicación supletoria en este orden jurisdiccional**, engarzada con la necesidad de no hacer perder su finalidad*

---

supuestos en que cabe fundamentar en ella la adopción de medidas cautelares. Tal orientación se debe a que se trata de un criterio estrechamente ligado a la cuestión de fondo que ha resolverse en el proceso y, por eso, no parece que deba aplicarse cuando éste se encuentra en sus inicios, salvo en casos absolutamente claros; esto es, **aquellos en los que *in actu oculi*, de un vistazo, se aprecie el fundamento de la pretensión de quien pide la medida**. Es lo que sucede cuando se impugnan actos de aplicación de leyes declaradas inconstitucionales o de disposiciones generales declaradas nulas, o bien cuando se recurran actuaciones idénticas a otras ya declaradas contrarias a Derecho, o sean manifiestas las infracciones al ordenamiento jurídico que aquejan a las impugnadas.

Es reiterada y, por tanto, conocida la jurisprudencia que así lo dice. Bastará, pues, con remitirnos a las sentencias núm. 443/2017, de 14 de marzo (rec. cas. núm. 3212/2015) y la núm. 1668/2016, de 7 de julio (rec. cas. núm. 3454/2014), y las que en ellas se citan”.

*legítima al recurso, cuando el órgano jurisdiccional se ha pronunciado, anulándolo, sobre un acto similar al impugnado (ATS 31 de marzo de 2011, R. 169/2011).*

*Puede caber el caso de que, con anterioridad a la adopción de la medida cautelar cuestionada, el órgano jurisdiccional se hubiere pronunciado, en otros pleitos, sobre la invalidez del acto cuestionado (STS de 13 de junio de 2007, R. 1337/2005) absolutamente manifiesta.*

*Criterio análogo es el de la STS 14 de diciembre de 2016, R. 3714/2015 (...). En esa misma línea se decanta el **Tribunal Constitucional** al sostener que no cabe, por tanto, prejuzgar el fondo del asunto por lo que son ajenas al incidente cautelar las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal (STC 148/1993, 29 de abril)”.*

La doctrina se divide respecto al reconocimiento legal de este presupuesto. Y frente a quienes consideran que no se ha recogido explícitamente –y sin que ello impida su consideración, como viene haciendo la jurisprudencia–, algunos estudiosos del contencioso lo reconocen expresamente en el régimen cautelar especial –recursos contra inactividad y vías de hecho– o, incluso, en ambos regímenes, general y especial (De la Sierra: 266-272).

Coincidimos con esta última posición, por varias razones. En primer lugar, esta posición es la más coherente con la idea de que el juicio cautelar es un juicio ponderativo por definición, en la cual no debe

quedar fuera ningún criterio, pues el juzgador debe equilibrar la eficacia administrativa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ambos principios que gozan de reconocimiento constitucional<sup>102</sup>. En segundo lugar, de la lectura del numeral 129, que hace alusión a la efectividad de la sentencia, y del artículo 130, referido a la finalidad legítima del recurso, es evidente que para denegar o conceder una medida cautelar en esos términos se procederá a evaluar los visos de legalidad en función al recurso principal. Por último, en ninguna parte del texto normativo se establece la pretendida diferenciación entre regímenes –general y especial– a efectos de primar solo en uno de ellos la aplicación de este presupuesto, por lo que de aceptarse debe hacerse para todos los casos.

La urgencia y la apariencia de buen derecho de la pretensión serán, en definitiva, presupuestos complementarios. Al juzgador le corresponderá decidir sobre la adopción de la medida cautelar en el caso concreto, examinando el peligro en la demora que da mérito a esta tutela urgente y provisional que busca salvaguardar la expectativa del reconocimiento de un derecho; valorando todas las circunstancias de los intereses en conflicto, teniendo que balancear, por un lado, la eficacia que exige la Administración pública como servidora del interés general y, por otro lado, el interés del justiciable, que podría ver frustrado su derecho fundamental a la tutela judicial- En definitiva, la respuesta que la judicatura emita no se quedará sólo en la defensa de derechos subjetivos

---

<sup>102</sup> Cfr. Chinchilla Marín, Carmen sobre la flexibilización de los criterios (1993: 177)

sino, y sobre todo, en garantizar la eficacia y la seriedad de la función judicial dentro de la sociedad (Gallegos Fedriani, 2006: 30).

#### **d. La garantía o caución**

El artículo 133.1 de la Ley 29/1998 establece que:

*“Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, **podrán** acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. **Igualmente podrá exigirse la prestación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos**”.*

Del tenor de este artículo se advierte que el legislador establece que en el proceso también importa y es materia de protección el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurridos y, como la sentencia que ponga fin al proceso les puede dar la razón, es preciso contar con instrumentos que permitan limitar o evitar esos perjuicios (Lucas Murillo De La Cueva, 2016: 890-891). Se trata, así, de compensar o asegurar el equilibrio de los intereses de todas las partes en conflicto (también los de la Administración demandada y cualquier tercero afectado con la medida cautelar).

De la lectura de la norma glosada, se infiere además que la exigencia de caución o garantía sólo está justificada cuando la adopción de la medida cautelar pueda causar algún tipo de perjuicio y, aun en tal supuesto, no tiene que adoptarse siempre, esto es, necesariamente y en todo caso, ya que la Ley vigente

se limita a prever que “podrá exigirse”<sup>103</sup>; corresponde, por tanto, al juez o tribunal decidir si debe requerir caución y determinar si ésta es idónea y suficiente, ponderando todas las circunstancias del caso concreto<sup>104</sup>; así, por ejemplo, en la STS 4641/2015<sup>105</sup>,

---

<sup>103</sup> En este sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo. Concretamente en la Sentencia de 21 de febrero de 2012, F.J. 3º, al considerar que cuando no queda acreditado el hecho de que se cause algún perjuicio con el otorgamiento de la medida cautelar del acto impugnado no procede exigir la prestación de garantía o caución al recurrente. Siguiendo su literalidad, reconoce lo siguiente:

“... sin que se deduce del mencionado informe pericial emitido por un equipo técnico con fecha 22 de octubre de 2010, exista riesgo para la salud de las personas y del entorno ambiental derivado de la continuidad de la actividad de INAMA, de cuya suspensión cautelar no pueden derivarse, a la vista de las conclusiones del referido informe pericial, perjuicios de cualquier naturaleza *determinantes de la necesidad de exigir prestación de caución o garantía a la entidad peticionaria de la medida cautelar de suspensión*”.

En ese mismo sentido se puede revisar el ATS 8586-2019 del 29 de julio de 2019, en el que la Sala Suprema que mantiene la medida cautelar de suspensión sin caución debido a la relevancia del derecho fundamental invocado (libertad de información) y la escasa incidencia de la medida en el interés público. tutelado por la actuación de la Mesa del Congreso de los Diputados.

<sup>104</sup> Ver STS 8425/2011.

<sup>105</sup> STS 4641/2015 del 6 de noviembre de 2015: “En relación con la fijación de la caución, debemos también traer a colación lo que señalamos en los citados precedentes, cuando declaramos, en concreto en la mentada Sentencia de 21 de abril de 2015, que “Como es sabido, de conformidad con el art. 133 LJCA, “cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza (...) podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos”. En el presente caso, como se ha visto, la suspensión cautelar de los actos administrativos recurridos implica la continuación en el disfrute de la financiación pública por los colegios afectados mientras dure la tramitación y resolución del recurso contencioso-administrativo. Ello significa que el posible perjuicio que ha de ser garantizado consiste en el importe pecuniario de la financiación pública efectivamente dada a los colegios afectados

incluso se determinó la base y el período que debería comprenderse para determinar la caución.

El órgano judicial debe cuidar que la imposición de la caución no se constituya en un obstáculo insalvable que frustre el acceso a las medidas cautelares, lo que sucederá si es de tal naturaleza o tal entidad que haga imposible su cumplimiento, bien por desproporción en sí misma o en consideración con la situación patrimonial del solicitante de la medida cautelar.

De otro lado, la jurisprudencia ha zanjado que la exigencia de caución no resulta oponible al Estado

---

durante ese tiempo; importe que, junto con los correspondientes intereses, tendría derecho a recuperar la Administración demandada en caso de desestimación del recurso contencioso-administrativo.(...) Así centrada la cuestión, es claro que la recurrente tiene razón cuando afirma que la falta de imposición de caución infringe lo ordenado por el art. 133 LJCA El único motivo del presente recurso de casación debe ser estimado en este extremo, lo que conduce a la anulación del auto impugnado. (...) Debe ahora resolverse lo procedente en la pieza separada de medidas cautelares. A la vista de cuanto queda dicho, procede acordar la medida cautelar solicitada, si bien debe imponerse una caución ajustada a la envergadura del perjuicio que podría producirse. (...) En las actuaciones remitidas a esta Sala no hay dato alguno que permita saber cuál es el importe de la financiación que recibiría la demandante en todo el tiempo de duración del concierto educativo que le ha sido denegado por el acto administrativo recurrido. De aquí que esta Sala no pueda establecer una suma determinada, debiéndose limitar a fijar las bases para su determinación por la Sala de instancia: (...) 1ª. La caución debe reflejar toda la financiación que la demandante haya de recibir de la Administración en concepto de concierto educativo. (...) 2ª. El período a tener en cuenta para el cálculo debe ser de dos años a partir del momento en que habría comenzado a surtir efecto el concierto educativo denegado por el acto administrativo recurrido. (...) Al igual que dijimos en nuestras sentencias de 17 y 18 de junio de 2014, prudencialmente debe considerarse que la duración previsible de este recurso contencioso-administrativo esté en torno a los dos años, por lo que la caución ha de ceñirse a dicha previsión´´...”.



conforme lo dispone el artículo 12 de la Ley 52/1997, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas, por estar exento de la obligación de constituir caución entre otras “especialidades procesales”, que ostenta; privilegio aceptado y mantenido por la jurisprudencia (ATS 2479/2021 del 3 de febrero 2021).

Asimismo, el numeral 2 del artículo 133 de la Ley 29/1998 establece:

*“La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente”.*

De la lectura de este numeral se puede inferir, conforme ya se había señalado, que en estricto sentido la caución no constituye un presupuesto de la tutela cautelar, sino una condición exigible para su eficacia, con la finalidad de cubrir los daños que pudiera ocasionar al cautelado la ejecución de la medida cautelar, y sólo es exigible para evitar o paliar los daños.

De igual manera y en concordancia con la flexibilidad en la regulación de los tipos de medidas cautelares, el legislador ha optado por un sistema innominado o abierto para la caución, pudiendo elegir el solicitante el que más convenga para paliar o evitar los daños y perjuicios que eventualmente puedan surgir con la

ejecución de la medida cautelar. Por consiguiente, si la medida cautelar se condiciona a la caución o garantía, ésta no se efectivizará hasta que se cumpla y se acredite con la caución o garantía.

Cabe enfatizar que son especialmente procedentes en este tema las normas del ordenamiento procesal civil para completar los vacíos o falta de previsiones legales, en virtud de la supletoriedad consagrada por la Disposición Final Primera de la Ley 29/1998; así, resulta aplicable el artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece los requisitos de la solicitud cautelar y prevé que es el solicitante de la medida cautelar quien propone la caución, especificando de qué tipo o tipos y con justificación del importe que se propone; siendo el tribunal quien decide sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución conforme también se establece en el artículo 737 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a los tipos de caución, nuevamente nos remitimos al apartado 3 del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo precisar que es el aval la forma más frecuente de contracautela. El artículo no establece formas específicas de contracautela, ni prelación alguna, por lo que queda a decisión del tribunal no solo su establecimiento, sino también la cuantía y tipo.

Finalmente, el numeral 3 del artículo 133 de la Ley 29/1998 señala:

*“Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración o la persona que pretendiere tener derecho a*

*indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida”.*

El numeral bajo comentario está dedicado de manera expresa a restablecer ese equilibrio de los intereses de las partes en conflicto; así, el legislador ha querido también cautelar el derecho de la parte demandada o terceros que hayan sido afectados con la medida cautelar (de ahí la denominación de contracautela o cautela de la cautela). Es una carga para el beneficiario de la medida cautelar que se establece hasta un año después de que las medidas cautelares son levantadas; vencido este plazo, procede la extinción de la caución o garantía establecida mediante el sencillo trámite incidental, ante el juzgado que ha concedido la medida cautelar.



## **CAPÍTULO TERCERO**

### **La tutela cautelar y su proyección en el proceso contencioso- administrativo**



## **I. CONSIDERACIONES PREVIAS**

### **1. Sobre la construcción del ámbito objetivo del contencioso-administrativo a través de un sistema de pretensiones o “recursos” en Perú**

El artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo establece que el proceso contencioso administrativo 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.

Por otro lado, el artículo 3 de la misma Ley establece que 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. Este último artículo pretende consagrar la exclusividad del proceso contencioso-administrativo para conocer de los litigios contra actuaciones de las Administración pública en ejercicio de potestades administrativas, aun cuando en realidad dicha exclusividad acaba siendo únicamente “el proceso específico” (Díez Sánchez, 2004: 330).

Son sometidas a control, a través del proceso contencioso-administrativo, las siguientes **actuaciones administrativas** (artículo 4 Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo):

- 1) Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
- 2) El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.
- 3) La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
- 4) La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.
- 5) Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.
- 6) Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

En el proceso contencioso administrativo (establece el artículo 5 Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo) podrán plantearse **pretensiones** con el objeto de obtener lo siguiente:

- 1) La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
- 2) El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
- 3) La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.



- 4) Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
- 5) La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.

La **sentencia** que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente (artículo 40 Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo):

- 1) La nulidad, total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado.
- 2) El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda.
- 3) La cesación de la actuación material que no se sustente en acto administrativo y la adopción de cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento.
- 4) El plazo en el que la administración debe cumplir con realizar una determinada actuación a la que está obligada, sin perjuicio

de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento.

- 5) El monto de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

A la vista de esta regulación, la doctrina ha observado que el proceso contencioso administrativo peruano posee una doble naturaleza. Es **objetivo**, en tanto se dirige a tutelar la legalidad de las actuaciones administrativas, pero también es **subjetivo**, en tanto protege a los administrados ante el comportamiento arbitrario de la autoridad administrativa (Guzmán Napurí, 2012: 109-110).

Aclarado eso, conviene determinar ahora cuál es el objeto del proceso contencioso administrativo. A nuestro juicio es un error señalar como objeto del proceso contencioso administrativo al “acto objeto de revisión”, a los “recursos” o a los “medios de impugnación”. Hasta antes de la Ley 27584, nuestro proceso contencioso administrativo estaba estructurado sobre el modelo francés, a partir de un sistema cerrado de recursos y un sistema revisor del previo acto administrativo. En ese sistema, el acto administrativo es el eje sobre el cual gira el proceso contencioso administrativo (García de Enterría, 1992: 59 ss.; 2007: 125 ss.)<sup>106</sup>.

En el actual contencioso administrativo esa regla ha

---

<sup>106</sup> Véase el resumen de este modelo francés en Duguit (1926: 262-262).

cambiado y hoy es la pretensión procesal el centro del proceso. El sistema contencioso administrativo peruano tiene por objeto las **pretensiones procesales administrativas**<sup>107</sup>, que versarán sobre cualquier manifestación de la actividad o inactividad de la Administración Pública: “una petición realizada por un sujeto y dirigida a un juez a fin de que una entidad de la administración pública le satisfaga un interés legítimo o un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico” (Huapaya, 2019: 49).

Veamos ahora qué se entiende por pretensión procesal y pretensión procesal administrativa. Según Guasp (1985: 62), **pretensión procesal** es “la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta al autor de la declaración”. En tanto que **la pretensión procesal administrativa** es “la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a la Administración pública o frente a otro sujeto de Derecho público o privado que ejerza actividad administrativa” (Urosa, 2005: 57)<sup>108</sup>.

Como vemos, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo nos habla tanto de las pretensiones como de las actuaciones administrativas

---

<sup>107</sup> “Hoy en día se admite de forma unánime que el objeto del proceso lo constituyen cualesquiera ‘pretensiones de las partes’, literalmente ‘deducidas en relación con los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo’, pero admitiéndose su extensión a cualquier forma de actuación o inactividad de la Administración” (García Pérez, 1997: 60-61).

<sup>108</sup> Sobre los requisitos y el contenido de la pretensión procesal administrativa, puede verse: González Pérez (1953: 106 ss. y 116 ss.).

impugnables. Ello es así por la estrecha vinculación que existe entre ambas, dado que las primeras (pretensiones) se deducen siempre en relación con las segundas (actuaciones administrativas) (Huapaya, 2019: 50).

Las pretensiones necesariamente “deben deducirse en función de una previa actuación administrativa (que habitualmente no será el ‘objeto’ del proceso, sino un presupuesto procesal). Así, de acuerdo al artículo 1 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, la finalidad del proceso contencioso-administrativo es doble: por un lado, la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados, pero, por otro y como condición previa, el control jurídico de las actuaciones de la administración pública, habiéndose incluso establecido una lista de aquéllas contra las que procede la impugnación” (Baca Oneto, 2009: 113).

El objeto del proceso contencioso administrativo es la pretensión procesal administrativa por dos razones:

- 1) En primer lugar, porque está judicializada. Si bien es cierto la Constitución vigente (artículo 148<sup>109</sup>) ha establecido que el control jurídico de las resoluciones administrativas será realizado por el Poder Judicial, mediante la acción contenciosa administrativa, esta cláusula de la justicia administrativa tiene que ser interpretada en concordancia con la cláusula del derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución. El proceso

---

<sup>109</sup> Artículo 148.- “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”.

contencioso administrativo es, pues, una jurisdicción judicial —no administrativa— y por tanto le son aplicables y exigibles todos los principios generales del derecho procesal y del proceso judicial.

- 2) En segundo lugar, porque la propia Ley del Proceso Contencioso Administrativo (artículo 5) realza la institución de la pretensión procesal como objeto que caracteriza a los recursos contencioso-administrativos, al establecer enunciativamente las pretensiones procedentes contra la Administración Pública.

#### **A. Doble finalidad del contencioso-administrativo: el “objetivo” y el “subjetivo”**

Como ya hemos señalado, el proceso contencioso administrativo peruano tiene una doble finalidad<sup>110</sup>. Es **objetivo**, en tanto se dirige a tutelar la legalidad de las actuaciones administrativas, pero también es **subjetivo**, en tanto protege a los administrados ante el comportamiento arbitrario de la autoridad administrativa (Guzmán Napurí, 2012: 109-110).

El proceso contencioso-administrativo tiene su origen en el sistema francés, como un medio de orden público de protección de la legalidad de la Administración. Un esquema de control o de revisión de los actos de la

---

<sup>110</sup> “Debemos recordar que la tutela contencioso-administrativa es de naturaleza objetivo-subjetiva. El juez brinda tutela tanto a la juridicidad —mediante el control de la aplicación del derecho—, así como protección a los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares” (Huapaya, 2019: 25).

administración, dominado por la prioridad que resulta asignada al recurso por *excés de pouvoir* (“recurso por exceso de poder”), forjado por el Consejo de Estado galo (García de Enterría, 2000: 45). Era un recurso destinado simple y llanamente a controlar la legalidad de la actuación administrativa, sin que resulten relevantes las concretas afectaciones o intereses que sustenten las demandas de los particulares —se decía que el particular era una suerte de Ministerio Público, cuya misión era denunciar la nulidad, a fin de que la justicia actúe en defensa de la legalidad—. Era un **“contencioso administrativo objetivo”**, que privilegiaba la revisión de la legalidad de la actuación administrativa antes que la tutela de los derechos del administrado (Huapaya, 2019: 19).

La mayoría de países siguió el modelo francés, pero de un modo singular. Mientras los franceses ponían en práctica un sistema donde “la administración se juzga a sí misma”<sup>111</sup> (esto es, se entregó la jurisdicción a un

---

<sup>111</sup> “La tutela judicial efectiva se halla estrechamente conectada con la protección de los verdaderos derechos de los ciudadanos y viene a romper el antiguo marco del esquema procesal basado en que la Administración era la protectora única y exclusiva del interés público y el interés del ciudadano para tener una tutela judicial especial a través de la vigencia del principio *in dubio pro actione*. La tutela judicial o, si se prefiere, la tutela jurisdiccional, ha de ser (como lo prescribe el artículo 17 de la Constitución de México) pronta, completa e imparcial y en cualquier caso efectiva, conforme a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En definitiva, se produce la ampliación del ámbito del clásico derecho de defensa en varios sentidos al operarse el desplazamiento del eje de la protección procesal de la Administración por el de la tutela jurisdiccional del ciudadano, que pasa a ocupar un sitio en el ordenamiento que se considera básico y fundamental. Esa evolución que ha tenido la antigua garantía de la defensa ha acontecido en casi todos los países del mundo occidental, bien que con los matices propios y diferenciales de cada ordenamiento comparado. (...) Por su parte, en algunos sistemas, las proyecciones de la tutela judicial

órgano administrativo especializado, independiente y técnico), los demás estados encargaron este proceso a sus órganos judiciales.

En el Perú pasó lo mismo, una vez reconocido constitucionalmente el proceso contencioso administrativo (artículo 148 Constitución), se implementó una jurisdicción especializada con este objetivo esencial. Ahora son órganos ubicados dentro de la estructura del Poder Judicial los llamados a juzgar, en el ejercicio de la función jurisdiccional, la actuación administrativa realizada con carácter previo (Huapaya, 2019: 21). Lo curioso es que, pese a ser regulado como un proceso jurisdiccional, el proceso contencioso-administrativo se moldeó, al inicio, sobre los principios del modelo francés objetivo del “proceso al **acto**”, vale decir, como un proceso con un objeto y alcance limitado en cuanto a sus pretensiones y a sus alcances respecto a la administración pública. Recién ahora podemos apreciar que el proceso contencioso-administrativo se ha convertido en un proceso jurisdiccional dirigido a brindar tutela efectiva a las pretensiones, esto es, a los derechos e intereses legítimos de los administrados (Huapaya, 2019: 22).

En ese sentido, a partir de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo quedaron atrás las ideas clásicas que señalaban que el objeto del proceso contencioso-administrativo era solo el acto objeto de revisión. Hemos pasado de un modelo contencioso objetivo a un modelo contencioso subjetivo, que busca

---

efectiva han alcanzado una extensión considerable: a) en materia de medidas cautelares, incluyendo las medidas positivas y las autosatisfactivas, cuya traba agota el contenido de la pretensión (...)” (Cassagne, 2011: 151 y 164).

tanto el control jurídico de las actuaciones y omisiones administrativas, así como la efectiva tutela de los derechos de los administrados. Se ha pasado de un modelo de una mera revisión del acto a uno de tutela de derechos del administrado (Huapaya, 2019: 49). La Ley del Proceso Contencioso Administrativo potencia el rol del proceso contencioso-administrativo en atención a su **dobles objeto** de control judicial de la legalidad de las decisiones de la Administración Pública y garantía de los derechos e intereses de los particulares según Jorge Danós (2003: 203).

Podemos afirmar que el TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo ha diseñado el proceso contencioso administrativo como un proceso de “plena jurisdicción” (de control jurídico pleno de la actuación administrativa)<sup>112</sup>, o “de carácter subjetivo”<sup>113</sup>, de

---

<sup>112</sup> Para Díez-Sánchez, “El contencioso-administrativo peruano se inscribe, pues, sin discusión alguna en un proceso de plena jurisdicción. No es un proceso objetivo sino subjetivo, no es un proceso de revisión sino de control jurídico pleno de la actuación administrativa, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Es un proceso para la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, cuando éstos puedan estimarse lesionados o afectados por aquellas actuaciones procedentes de los poderes públicos” (Diez Sánchez, 2004: 329).

Se ha impuesto así, progresivamente, “una percepción distinta del Proceso contencioso-administrativo, la del contencioso subjetivo o de plena jurisdicción, en el cual el análisis jurisdiccional no se limita a determinar si la administración actuó o no conforme a derecho, sino que apunta básicamente a establecer si en su quehacer dicha administración respetó los derechos fundamentales de los administrados, fenómeno al cual, por cierto, no ha sido ajeno nuestro país, pues con la dación de las leyes N° 27584 y 27684 es que se instaura en el Perú un Proceso contencioso-administrativo que reclama ser uno subjetivo o de plena jurisdicción” (Espinosa-Saldaña, 2012: 12).

<sup>113</sup> Según Huapaya (2019: 49-50), “se ha pasado de un modelo contencioso objetivo a un modelo contencioso subjetivo, que busca tanto el control jurídico de las actuaciones y omisiones



modo que los jueces no están restringidos a sólo verificar la validez o nulidad del acto administrativo, o su posible ineficacia, sin entrar al fondo del asunto, porque tienen encomendado la protección y la satisfacción a plenitud de los derechos e intereses de los administrados demandantes afectados por actuaciones administrativas (Danós, 2003: 207)<sup>114</sup>.

### **B. La evolución hacia un sistema subjetivo o de plena jurisdicción en el contencioso-administrativo**

Desde la etapa “francesa” de nuestro proceso contencioso-administrativo, de solo tutelar la legalidad de las actuaciones administrativas, hemos transitado a un proceso eminentemente subjetivo, que tiende a ser de plena jurisdicción. El contencioso-administrativo es concebido ahora como un proceso

---

administrativas, así como la efectiva tutela de los derechos de los administrados. Se ha pasado de un modelo de mera revisión del acto a uno de tutela de derechos del administrado. Por el contrario, en el Perú, el TUO de la LPCA prevé que el proceso contencioso-administrativo sea un proceso jurisdiccional pleno, donde el juez tiene todos los poderes para disponer las medidas necesarias para la tutela de los derechos e intereses afectados por la actuación administrativa”.

<sup>114</sup> “El marco legal del contencioso-administrativo en el Perú anterior [la regulada por el Código Procesal Civil de 1992, que la denominaba como ‘Impugnación de acto o resolución administrativa’] sólo consideraba de manera expresa a los actos administrativos como las únicas actuaciones administrativas que podían ser impugnables en dicho proceso” (Danós, 2003: 181). Se ha pasado de esa situación a una en la que consagra “la universalidad del control jurisdiccional de las actuaciones administrativas realizadas en ejercicio de potestades públicas, no reconociéndose la existencia de ámbitos de la actividad administrativa que puedan considerarse exentos o inmunes al control jurisdiccional” (Danós, 2003: 204).

subjetivo en el cual lo relevante es la tutela del sujeto y sus situaciones jurídicas, sin perjuicio de que también se realice una revisión de la juridicidad de las actuaciones de la administración pública<sup>115</sup>. Y es que, si bien existen excepciones al principio de exclusividad, ello no implica que las actuaciones administrativas excluidas no sean susceptibles de revisión jurisdiccional, como es el caso de las normas administrativas y de los conflictos generados en la etapa de ejecución contractual en el contexto de contratación administrativa (Guzmán Napurí, 2012: 119)<sup>116</sup>.

Una consecuencia lógica de la evolución del Estado de derecho es la limitación del poder de la Administración. Como bien ha precisado Santofimio, la “idea de juzgar a la administración y de garantizar tanto los derechos subjetivos como la legalidad objetivamente considerada se ha consolidado de manera magnífica en la evolución del Estado de

---

<sup>115</sup> “Sin embargo, los frutos de esta visión subjetiva del contencioso-administrativo todavía tardan en aparecer. Se impone por ello un mayor estudio de los temas básicos del contencioso-administrativo, con el fin de efectivizar este proceso cuya importancia radica en el control de los excesos del poder administrativo y en el hecho de que solo el juez puede brindar aquello que la administración no supo tutelar a favor del administrado. Al ser así, con mayor razón se apreciará la necesidad de especialización de los jueces. Si en este modelo el juez no solo controla la juridicidad del acto, sino que además brinda tutela efectiva, necesariamente debe tener conocimiento de los temas de fondo en los que enmarcan las controversias, los cuales, evidentemente, son temas propios del derecho administrativo” (Huapaya, 2019: 22).

<sup>116</sup> “Para ello es necesario que exista una amplia gama de actuaciones administrativas susceptibles de revisión a través de dicho mecanismo. En dicho ámbito se incluyen no solo declaraciones, sino también omisiones y comportamientos materiales” (Guzmán Napurí, 2012: 118-119).

derecho, donde el control fluye como una necesidad justificadora y sustentadora de su existencia conceptual y práctica” (2017: 838).

Para cumplir con ese criterio subjetivo del proceso, la justicia contencioso-administrativa debe proteger derechos<sup>117</sup> y su objeto debe ser la pretensión procesal. La tutela subjetiva implica que el juez de lo contencioso-administrativo es también un protector de los derechos. Ello supone que debe disponer de los medios procesales necesarios para ordenar, compeler y restablecer derechos vulnerados por la acción u omisión administrativa. Sus herramientas serán el poder del juez en torno a la plena jurisdicción (efectos de las sentencias), sus poderes de oficio, la regulación de las pruebas, la amplitud del objeto material del contencioso, entre otros aspectos (Huapaya, 2019:25).

El ámbito subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa abarca, pues, aquellas competencias propias o paradigmáticas de dicho orden (que serían estrictamente las actuaciones de la Administración pública sujetas al Derecho Administrativo) y las competencias de atribución o adicionales por razones materiales o de otra índole (que serían las actuaciones de otros órganos o poderes constitucionales no integrados en el seno de la Administración pública, en ciertos casos sustantivamente análogos a los anteriores, y las actuaciones de sujetos privados que actúen funciones públicas) (Díez Sánchez, 2004: 336).

---

<sup>117</sup> En un modelo subjetivo de contencioso-administrativo, es claro que este proceso sirve de instrumento también para la tutela de los derechos y, entre ellos, los derechos fundamentales (Fernández Torres, 2012: 235-236; Rodríguez-Arana, 2010: 686 ss.).

### **C. Construcción del contencioso-administrativo**

El contencioso-administrativo no nace en la Revolución francesa. Por ello no es obra directa de los revolucionarios galos. Su aparición es posterior a tal suceso. Frente a dicho escenario tiene importantes momentos que identifican su inicial afiliación administrativa hasta llegar a su actual concepción jurisdiccional.

#### ***a. Etapa anulatoria o de mera revisión de legalidad del contencioso-administrativo***

En esta etapa, el contencioso-administrativo no es un proceso como lo entendemos hoy. Se trata de un medio de control interno de la administración; una suerte de custodia de la regularidad de la actividad administrativa. Se asume que resultado adecuado tratar al contencioso-administrativo como un mecanismo de jurisdicción retenida que más tarde, al ser entregada al Consejo de Estado, abre paso para la jurisdicción delegada.

#### ***b. Etapa de plena jurisdicción***

La acción o pretensión de plena jurisdicción es aquella que se interpone ante el órgano jurisdiccional, con el fin de alcanzar el reconocimiento o restablecimiento del derecho que se haya vulnerado.

Desde el punto de vista de Roberto Dromi (2001:1104), “[...] en el proceso subjetivo o de plena jurisdicción la pretensión gira en torno a la tutela de un derecho subjetivo que el demandante alega se le ha

negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo que se impugna. En este tipo de procesos, evidentemente, es exigencia ineludible que el actor invoque en su favor un derecho subjetivo, pues precisamente se trata de una vía procesal que tiende a su protección”. Asimismo, el profesor Jesús Gonzales Pérez(1953: 93) define la plena jurisdicción como aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional, es decir, la parte no solo se pide la anulación del acto, sino el reconocimiento de un derecho subjetivo o de cierta situación jurídica individualizada, con todas las consecuencias que tal reconocimiento implique, es decir, el poder judicial podrá restaurar la situación jurídica hasta donde se haya vulnerado su derecho; y cuando no haya posibilidad de restaurar el derecho en sí, atendiendo a una demanda de indemnización en provecho de la parte cuyo derecho se ha lesionado y no se puede reponer al estado primitivo.

La plena jurisdicción en el proceso contencioso administrativo, se basa en la observancia del debido proceso<sup>118</sup> y en la tutela jurisdiccional<sup>119</sup> efectiva, dado que permite al administrado solicitar la tutela de sus derechos subjetivos lesionados por la administración a través de un acto administrativo por lo que el juez está en la obligación de pronunciarse sobre el conflicto de fondo y no solo realizar el control de legalidad de la actuación administrativa; es decir,

---

<sup>118</sup> Significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos- EXP. N.º 09727-2005-PHC/TC, del 6 de octubre del 2006, Fundamento 7.

<sup>119</sup> “... supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia”- *Ibidem*.

sobre los derechos subjetivos del administrativo presuntamente afectados, reconociéndolos, restableciéndolos y adoptando, todas las medidas necesarias para garantizar su efectiva satisfacción.

En la plena jurisdicción, se asume que quien acude al Consejo de Estado lo hace como titular de derechos lo que, en buena cuenta, implica que el sujeto que acude a dicho órgano mitad administrativo - mitad judicial lo hace ostentado un interés propio y no solamente el clásico enfocado en el restablecimiento de la legalidad administrativa. El Consejo de Estado se abre paso como un órgano distinto de la administración cuyo papel es juzgar, aunque indirectamente, a la administración. Esta fase inicial posteriormente da origen a que se entregue a los jueces la posibilidad de enjuiciar a la administración en sus relaciones con los particulares lo cual acontece mediante la acción de la jurisprudencia que Francia confecciona con magistral detalle.

Teniendo en cuenta lo señalado, procedamos a analizar los alcances del control jurisdiccional sobre las diversas expresiones de la actividad administrativa desde el sistema de pretensiones peruano.

### *1) Control judicial de actos administrativos*

El control judicial de los actos administrativos se enfoca desde una perspectiva amplísima. En este punto, dicho control no es solo anulatorio. Desde dicha perspectiva, se asume que el juez contencioso-administrativo es un auténtico guardián de los derechos de los particulares como lo es el juez civil. En este derrotero, el juzgador sigue los mismos

lineamientos de la nulidad administrativa de modo que es posible que se identifique la causa que afecta la validez del acto administrativo lo cual se efectúa con la invocación de las causales establecidas por el legislador llevando a que, en las pretensiones procesales articuladas al efecto, se deba solicitar la nulidad judicial del acto administrativo así como la respuesta que el particular, en su calidad de administrado, solicita del órgano judicial.

En este punto, tan igual como ya lo hemos señalado en la parte referida al aspecto impugnativo, es viable que el juez no solo anule, sino que ofrezca fórmulas concretas de restablecimiento de la situación jurídica del particular.

## *2) Control judicial de actuaciones administrativas*

El control judicial de las actuaciones administrativas distintas del acto administrativo es un progreso tangencial del Estado constitucional. Se llega a asumir, en mérito a la judicialización del Derecho administrativo, que el poder público se expresa mediante formas diversas que también componen lo que es dado en llamar como actividad administrativa de manera tal que es posible ejercer control judicial sobre esas diversas formas administrativas siempre que causen daños al particular que interactúa como administrado.

### *2.1) Juzgamiento de la inactividad administrativa*

#### *2.1.1) La inactividad administrativa como un fenómeno recurrente e inevitable*

La actividad administrativa desde siempre es percibida por medio de acciones, esto es, de conductas positivas o activas. No en vano, a la actividad administrativa se une la idea de la declaración administrativa. Esta forma de percepción del quehacer administrativo generó que el legislador, al momento de confeccionar las leyes procesales que llevan a juicio a la administración, no ceda espacio al control jurisdiccional de la inactividad administrativa.

La inactividad administrativa es un fenómeno muy recurrente que es producto del inevitable crecimiento de la administración pública. Vista en el contexto de resolver innumerables situaciones y problemas, el propio mecanismo que hace funcionar la administración hace que este crezca desmesuradamente, cumpliendo así solo algunas de sus obligaciones o atendiendo los pedidos de los administrados de modo erróneo, lento o simplemente dejando de hacerlo.

Al administrado no le interesa juzgar o conocer las causas de este incumplimiento o de esta inactividad. Lo único que le importa es que su pretensión sea atendida. Para esto recurre al control judicial de los actos administrativos.

### *2.1.2) Definición de inactividad administrativa*

La inactividad administrativa suele ser definida como el incumplimiento por omisión de la actuación administrativa jurídicamente debida, esto es, como el incumplimiento de cualquier deber de actuación, u obligación de hacer o dar que el ordenamiento jurídico imponga a la administración. Con fundamento en esa



definición, la inactividad es una manifestación del actuar antijurídico de la Administración, contraria al principio de legalidad, pues el ordenamiento jurídico no solo habilita, sino que además exige que la Administración ejerza sus potestades y competencias (Urosa, 2003: 47-48).

La inactividad administrativa se manifiesta en el incumplimiento de dos deberes específicos: por un lado, el de cumplir con las obligaciones específicas establecidas por una norma jurídica o por una ley a cargo de la administración y, por otro lado, el de cumplir con el principio de eficacia que toda entidad administrativa en función al servicio de los intereses generales debe cumplir (Huapaya, 2019: 55). Se trata, en esencia, de una carencia del quehacer de la administración cuando son las leyes y reglamentos quienes le ordenan actuar frente al particular.

Toda ausencia de actividad jurídicamente debida es inactividad. El incumplimiento de toda obligación o deber administrativo es una forma de inactividad. Por tanto, ni es suficiente definirla como la ausencia de la actuación *legalmente* debida, ni aun siquiera como el incumplimiento de obligaciones previstas *en normas jurídicas*, desde que no solo la Ley y demás normas jurídico-formales son fuentes de deberes y obligaciones administrativas (Urosa, 2003: 48).

### *2.1.3) Dos tipos de inactividad administrativa: formal y material*

La doctrina tradicional ha señalado que la inactividad de la administración se manifiesta de dos maneras: formal y material.

La **inactividad formal**, siguiendo la doctrina clásica, se refiere a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento; es la simple no contestación a una petición de los particulares (Nieto, 1962: 80). De conformidad con esta postura, Danós Ordóñez, señala que la inactividad formal se traduce en el incumplimiento de resolver expresamente las cuestiones que hubiesen sido planteadas por los particulares; en ese sentido indica que, para corregir el incumplimiento formal de la Administración de resolver las peticiones o recursos que se le formulen se ha creado la técnica del silencio administrativo en sus variantes negativa y positiva (Danós, 1996: 226).

Con criterio más amplio, la inactividad formal se identifica con el incumplimiento de un deber meramente formal de la Administración, carente de contenido sustancial, entre los cuales se comprende el deber de dar oportuna respuesta, el cual es correlativo con el derecho fundamental de petición, pero también se debe considerar el deber de instrucción o tramitación del procedimiento administrativo, el deber de dar impulso procesal, el deber de notificar entre otros. En ese sentido, la noción de inactividad formal no se identifica sólo con la ausencia de acto, es decir, con el deber de decidir expresa y oportunamente, sino además con la pasividad frente a toda obligación de naturaleza formal, es decir, que para la determinación del carácter formal o material de la inactividad **debe atender a la naturaleza jurídica de la obligación más que al modo de ejercicio o exteriorización.** (Urosa, 2003: 49-53).

Compartimos la opinión de Urosa Maggi cuando afirma que no debe confundirse la inactividad formal con el silencio, pues éste es una técnica recursiva para permitir el acceso a instancias administrativas o judiciales, mientras que la inactividad formal es una omisión ilegal a la actuación debida por la Administración y bajo ese supuesto, puede ser condenada a su cumplimiento en la vía judicial (Urosa, 2003: 50-51).

La **inactividad material** es un simple no hacer al margen de un procedimiento, supone una conducta omisiva en cuanto a sus resultados materiales. Según Nieto (1962: 80), “el concepto de inactividad material se corresponde con la idea ordinaria de la misma: es una pasividad, un no hacer de la administración en el marco de sus competencias ordinarias”. Para Ferret i Jacas (1985: 271), la inactividad material se define como la conducta omisiva en cuanto a sus resultados materiales, con independencia de que existan unas resoluciones administrativas desde el punto de vista jurídico-formal.

La inactividad material tiene su fundamento en el incumplimiento de las obligaciones sustantivas de hacer o dar que el ordenamiento jurídico impone a la Administración y que se encuentren reguladas por el Derecho Administrativo, ya sea que esta obligación se encuentre contenida en una norma (cualquiera que sea su rango jerárquico); en un contrato, en un mandato judicial o en un acto emanado de la propia Administración<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Cfr. Urosa (2003: 53-54).

Existen casos, recuerda Montoro Chiner (1986: 266), en que se dan ambos supuestos, y existen también otros en que se da la actividad formal seguida de una pasividad material que, de hecho, enerva e impide la existencia del procedimiento, aunque éste haya llegado a iniciarse<sup>121</sup>.

#### *2.1.4) Tutela judicial frente a la inactividad*

El juez contencioso-administrativo controla jurídicamente la inacción de la administración. La tutela judicial frente a la inactividad administrativa abarca todos los modos o medios judiciales que el ordenamiento jurídico otorga a los particulares para el restablecimiento de sus derechos e intereses frente a la inactividad de la Administración Pública (Urosa 2020: 2). El juez asume verdaderos poderes sustitutivos que han sido omitidos por el funcionario o servidor públicos en la interacción con el administrado siempre que sean actuaciones regladas o se reduzca la discrecionalidad a cero.

La tutela judicial frente a la inactividad administrativa, al igual que la tutela judicial frente a cualquier forma de actuación de la Administración Pública, encuentra justificación, en primer lugar, en el principio constitucional de universalidad de control,

---

<sup>121</sup> Esta doble posibilidad ha llevado a Ferret i Jacas (1985: 75 ss.) a distinguir la inactividad formal “como inexistencia de acto administrativo formal” y la inactividad material “como conducta materialmente omisiva de la Administración”. Esta puntualización viene justificada porque “la Administración puede haber realizado una conducta materialmente activa, pero no contestar a las peticiones o reclamaciones del particular (inactividad formal). Y puede, sin embargo, seguir una conducta omisiva y, a requerimiento del particular, emitir un acto que la justifique (inactividad material).

según el cual toda manifestación de la actuación –o ausencia de actuación- administrativa es plenamente controlable por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y, más importante aún, toda pretensión procesal frente a la Administración Pública debe ser tutelada por dichos órganos jurisdiccionales de la manera más efectiva posible. Como consecuencia directa de esa universalidad de control derivamos el principio de integridad de la tutela judicial, según el cual el proceso contencioso administrativo deberá otorgar garantía a toda pretensión fundada en derecho frente a la Administración Pública.

En segundo lugar, la tutela judicial frente a la inactividad administrativa se fundamenta en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva<sup>122</sup>,

---

<sup>122</sup> En la Constitución peruana tendremos que acudir al artículo 139.3, que establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional, la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”. El artículo 148, que se ocupa del proceso contencioso administrativo, es más lacónico e incompleto (“Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”), no consagra expresamente el control judicial de las vías de hecho ni de la inactividad, por lo que tenemos que acudir a la Ley de desarrollo, el Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, que lo regula con más acierto: “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.” La misma omisión ocurre en el texto Constitucional de Venezuela, pero conforme refiere Torrealba Sánchez; Miguel (2011:23) es pacíficamente aceptado por la doctrina y jurisprudencia que el control judicial también comprende el control de las actuaciones materiales o vías de hecho y el de la inactividad en virtud del principio de universalidad de control.

en atención al cual el orden contencioso administrativo deberá garantizar el derecho de acceso a la justicia, el derecho a un procedimiento idóneo y acorde con la tutela judicial requerida, y el derecho a la efectividad y a la plena ejecución de la sentencia definitiva, todo lo cual se sintetiza y resume en el principio de efectividad de la tutela judicial (Urosa, 2020: 4-5).

El Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo peruano (artículo 5.2) señala que el administrado puede plantear estas pretensiones ante la jurisdicción contencioso-administrativa a fin de lograr el restablecimiento de su situación jurídica ante la inactividad de la administración:

La **pretensión de condena** a actuación o pretensión prestacional es la declaración de voluntad por la que se solicita del juez contencioso administrativo ordene a la Administración la realización de una determinada conducta de hacer o dar a lo cual viene compelida en virtud de una obligación jurídicamente impuesta e injustificadamente incumplida (Urosa, 2003: 184 ss.). Es la pretensión por excelencia frente a la inactividad pues mediante ella se logra el cumplimiento en especie de la obligación reconocida frente el demandado.

El artículo 5.4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo del Perú la define como aquella que ordena “a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme”. Por su parte, la LJCA española la concibe como aquella que condena

a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas. Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

En España, las pretensiones de condena son una exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, puesto que los derechos e intereses de los particulares pueden ser lesionados tanto mediante actos expresos como mediante omisiones o inactividades. La pretensión de condena es la vía procesal adecuada para obtener una sentencia que ordene al sujeto demandado cumplir el deber jurídico que ha desatendido (Huergo Lora, 2000: 119).

El mismo artículo 24.1 CE exige al legislador que establezca un sistema procesal que permita a los ciudadanos formular pretensiones de condena para tutelar las posiciones jurídicas subjetivas a que se refiere este precepto constitucional (derechos e intereses legítimos). Sería inconstitucional una regulación de la justicia administrativa en la que sólo se pudiesen deducir pretensiones anulatorias o declarativas, incluso si otra previsión normativa afirmara a reglón seguido que otra Administración está obligada a adoptar las medidas necesarias para la efectividad del fallo (Huergo, 2000: 121).

El planteamiento de **pretensiones indemnizatorias** se hace necesario cuando el restablecimiento de la lesión se logra mediante la reparación de los daños y perjuicios causados por la ausencia de actuación de la Administración pública. Se trata de pretensiones de condena, pero en ellas la nota característica es el restablecimiento por equivalente, mediante la indemnización (artículo 31.2 de la Ley que regula la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España). Esta pretensión será efectiva siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores (artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo del Perú).

La inactividad administrativa es susceptible de causar perjuicios en la esfera jurídica de los particulares y, en esa medida, estos pueden plantear reclamaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa a fin de lograr el restablecimiento de su situación jurídica. Así, puede ser necesario el planteamiento de pretensiones indemnizatorias cuando el restablecimiento de la lesión se logra mediante la reparación de los daños y perjuicios causados por la ausencia de actuación de la administración pública. Se trata de pretensiones de condena, pero en ellas la nota característica es el restablecimiento por equivalente, mediante la indemnización.

Puede, por último, plantearse una **pretensión ejecutiva**, entendida como la declaración de voluntad dirigida al órgano judicial y formulada frente al ejecutado, a fin de que realice determinada actuación concreta, para satisfacer un derecho ya declarado.



## 2.2) Juzgamiento de las vías de hecho

Cuando la actuación material no se sustenta en acto administrativo o carece de título para su realización, estamos ante la denominada “vía de hecho administrativa” (por ejemplo, si la administración ordena el cierre de un local comercial o el tapiado de un inmueble sin que exista una orden previa). Tal como señalan Meilán y García Pérez (2013: 444), “la vía de hecho es en sí misma una actuación llevada a cabo por cauces ilegítimos, sin rodearse el poder público de sus formalidades habituales”. Es una actuación de facto que de manera grosera quebranta el principio de legalidad (Perrino, 2007: 429).

También son vías de hecho administrativas las actuaciones materiales que violen principios o normas del ordenamiento jurídico. Lo serán cuando violen derechos fundamentales (intimidad, inviolabilidad de domicilio, secreto de documentos privados, trabajo, etc.), cuando violen el principio de razonabilidad, o cuando se produzcan infracciones graves a las normas de procedimiento. Este sería el caso, por ejemplo, de una demolición luego de haberse obtenido la licencia correspondiente en vía de regularización, es decir, pese a haber cesado la situación ilegal (Huapaya, 2019: 58).

En la vía de hecho administrativa existe una actuación de la Administración, ya sea de tracto único o sucesivo, pero, en definitiva, un acto<sup>123</sup>. Sin embargo, García Pérez (1997: 58) precisa que en

---

<sup>123</sup> Cfr. Garrido Falla (1998: 268-269), citado por Jiménez Plaza (2005: 140).

“todos estos casos la vía de hecho se identifica, en mayor o menor medida, con una ausencia total de formas que la hace, cuando menos, poco identificable con el prototipo de acto administrativo”<sup>124</sup>. Esta actuación puede ser perfectamente impugnada al carecer de la necesaria cobertura jurídica, por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente y al margen del procedimiento legalmente establecido (Jiménez Plaza, 2005: 140).

En la doctrina se admiten diversos supuestos de vía de hecho (García Pérez, 1997: 57):

- Cuando la actividad ejecutoria administrativa no se legitima en un acto administrativo previo, porque no se ha dictado o porque ha dejado de existir (por haber sido anulado o revocado). Por ejemplo, cuando se despide a un trabajador municipal de limpieza, impidiendo el registro a su centro de labores, sin expedir el acto administrativo mediante el cual se cesa a dicho servidor.

---

<sup>124</sup> “En otras ocasiones, el legislador ha evitado la expresión ‘actos administrativos’ y, en su lugar utiliza expresiones de carácter marcadamente más amplio. La LOPJ [Ley Orgánica del Poder Judicial de España], por ejemplo, declara competente en el orden contencioso-administrativo a la jurisdicción española ‘cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas...’. Aunque no se menciona expresamente la vía de hecho, tampoco se determina la competencia de la JCA [jurisdicción contenciosa administrativa] en relación con ‘actos administrativos’, utilizando el concepto más amplio de simples ‘actos’ o, como reza su Exposición de Motivos, la ‘actividad administrativa’. [...]

La jurisprudencia ha terminado por admitir expresamente que el concepto de ‘acto de la Administración Pública’ es más amplio que el de ‘acto administrativo’ tradicionalmente ligado al objeto del contencioso (ex. artículo 37.1)” (García Pérez, 1998: 59).

- Cuando el acto incurre en tan grave defecto que carece de toda fuerza legitimadora. Por ejemplo, cuando se ejecuta un acto administrativo ordenado por una autoridad incompetente.
- Cuando la ejecución material no guarda conexión con el supuesto de hecho del acto que le sirve de fundamento o es desproporcionada con los fines que se propone. Por ejemplo, cuando se ordena la demolición de una obra luego de haber regularizado con la respectiva licencia de construcción, es decir, cuando ya había cesado su situación irregular.
- Cuando, con posterioridad al título de la ejecución (acto administrativo), no se realizan los actos conminatorios previos a la ejecución (notificación y apercibimiento, cuando su ausencia constituye un vicio esencial y no se reducen a una mera comunicación o aviso de lo que la Administración se propone realizar). Por ejemplo, cuando se embarga cuentas de un deudor coactivo sin haberse notificado válidamente del procedimiento de ejecución coactiva.
- Cuando las actuaciones ejecutorias se realizan sin previo procedimiento o sin observar las reglas de competencia. Por ejemplo, cuando se ejecuta la clausura de un establecimiento sin contar con el procedimiento regular<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> Cfr. López Menudo (1988a).

El artículo 5.3 del TUO de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo se ocupa de las vías de hecho administrativas:

“Artículo 5.- Pretensiones

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

[...]

*3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.”*

El administrado afectado debe acudir al juez contencioso administrativo solicitando la pretensión de declaración de contraria a derecho<sup>126</sup> y cese de una actuación material. Es a través de este medio que puede combatir “aquellas actuaciones materiales de la administración que carecen de la necesaria protección jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase<sup>127</sup>.

La sentencia debe tener naturaleza declarativa<sup>128</sup> y de

---

<sup>126</sup> “*Contraria a derecho* significa que es una actuación material de la administración que transgrede el ordenamiento jurídico, es decir, las normas legales, disposiciones reglamentarias, normas y precedentes constitucionales, procedimientos, principios, precedentes administrativos, etc.” (Salas Ferro, 2013: 230).

<sup>127</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

<sup>128</sup> “Se trata de una declaración que pone en evidencia la ilicitud de la actuación de la administración. Sin embargo, la pretensión no se limita a solicitar al juez una declaración que finalmente podría terminar siendo un pronunciamiento sin efectos concretos para detener la arbitrariedad y los perjuicios. En efecto, [esta] pretensión [...], además de la declaración de *contraria a derecho*,

condena, porque si la solicitud tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten en su caso medidas que tienen naturaleza interdictal, como el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda (Jiménez Plaza, 2005: 140).

En estos casos resulta innecesario exigirle al administrado el agotamiento de la vía administrativa, incluso si dicha actuación impugnada no se encuentre contemplada expresamente entre las causales de inexigibilidad del agotamiento de la vía administrativa a que se refiere el artículo 20º del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

La sentencia que declare fundada la demanda por vía de hecho administrativa ordenará la “cesación de la actuación material que no se sustente en acto administrativo y la adopción de cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento” (artículo 40.3 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo).

---

persigue el *cese de la actuación material* ilícita que no se sustenta en acto administrativo” (Salas Ferro, 2013: 230).

En los casos de vía de hecho administrativa es donde más podemos notar la trascendencia de la aplicación del principio de la tutela jurisdiccional efectiva. Como ya hemos señalado, la tutela jurisdiccional efectiva es la facultad que tenemos de utilizar, con una serie de garantías y principios, el sistema estatal de administración de justicia para resolver los conflictos derivados de nuestro accionar como ciudadanos o administrados para solicitar la protección de una situación jurídica, incluso cuando no exista acto administrativo que impugnar, “hacer cesar la actuación material arbitraria e incluso para compensar por los daños y perjuicios sufridos [...] con la actuación material irregular” de la administración (Salas Ferro, 2013: 231)<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> En España, antes de la Constitución de 1978, el “carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa logró durante largo tiempo que el conocimiento de estas cuestiones se remitiera a la jurisdicción civil, por la vía de la admisión de interdictos contra la Administración Pública. La ausencia de acto administrativo, la consiguiente actividad material de la Administración y la naturaleza revisora de la jurisdicción contenciosa provocaron una línea jurisprudencial con escasas excepciones proclive a la declaración de inadmisibilidad de los recursos planteados ante vías de hecho, salvo que previamente se hubiese provocado una decisión administrativa (García Pérez, 1998: 58).

Una vez aprobada la Constitución se hizo imprescindible replantear esa situación. Se empezó a utilizar, por ejemplo, “el artículo 106.1 del texto constitucional para designar el objeto del control jurisdiccional: junto a la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa’ y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, sin limitar ni condicionar la forma externa en que dicha actuación se produzca” (ibidem).

## **2. La superación del carácter revisor: la necesaria correlación entre las pretensiones procesales y las medidas cautelares**

En sus inicios la jurisdicción contenciosa-administrativa, se ha entendido con un carácter meramente revisor<sup>130</sup> como “*un juicio al acto*”, el cual ostenta atributos extraordinarios que coloca a la administración pública en una posición privilegiada, que goza de presunción de validez y de fuerza ejecutoria, que emanan de su naturaleza estatal- y no como un proceso abierto a la tutela plena de los derechos e intereses jurídicos de ambos contendientes, como sucede en el derecho civil, razón por la cual se proyectó a la tutela cautelar como una herramienta procesal de contenido esencialmente negativo, limitado a la mera suspensión de los efectos de la decisión administrativa cuestionada mediante la acción o recurso judicial. La expansión alcanzada por las medidas cautelares ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia, teniendo en cuenta la amplitud del sistema de pretensiones.

En efecto, para Bacigalupo Saggese (2019: 234), la superación de la concepción meramente revisora del proceso contencioso administrativo no sólo obliga a diversificar el sistema de pretensiones procesales, sino

---

<sup>130</sup> En el caso peruano, sin profundizar en perspectiva histórica, se puede decir que el proceso contencioso administrativo como regulación específica, surge en el 2001 con la Ley 27584, su antecedente remoto es la regulación prevista en el código procesal civil como un proceso de “impugnación *de acto o resolución administrativa*”, bajo la modalidad de “proceso abreviado”, con un marcado carácter revisor (Huapaya, 2015: 911).

que atendiendo a esta amplitud de pretensiones deducibles en el proceso principal, tal evolución obliga a diversificar en paralelo las pretensiones ejercitables en sede cautelar<sup>131</sup>, de tal forma que haya adecuación entre ambas, y que el derecho que posiblemente se reconozca en la instancia judicial se pueda conservar durante el tiempo que demande la tramitación del proceso principal, asegurando que éste no pierda su utilidad y eficacia y pueda ejecutarse.

En ese sentido, Botía Torralba, (2007:30-31) refiere que: “La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa ha optado por un sistema de “*numerus apertus*” respecto a la tipología de las medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas en el recurso contencioso- administrativo, de manera que la suspensión cautelar del acto administrativo deja de ser la única medida posible, pudiendo adoptar el órgano jurisdiccional **“cuantas medidas”** aseguren la efectividad de la sentencia ( artículo 129 Ley 29/1998)”.

Por ello, el profesor Rodríguez-Arana (2018 :587-588) en especial referencia al derecho español<sup>132</sup>, señala

---

<sup>131</sup> Ver Exposición de Motivos apartado VI.5 “(...) la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible.”

<sup>132</sup> Rodríguez -Arana Muñoz (2018:572) señala: “La Ley opta así por una cláusula abierta que permita adoptar en cada caso concreto la medida que sea idónea para cumplir su función de garantizar la efectividad de la tutela judicial que se solicita. La Ley ha seguido así el criterio del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconociendo un genérico derecho a solicitar cualquier medida cautelar y no establece límites de ninguna clase ni en cuanto al tipo de medida que puede



que la suspensión ya no puede ser la única medida cautelar posible, por lo que es el Juez o Tribunal el que debe valorar la adopción de las que, según las circunstancias, fuesen necesarias; ponderando todos los intereses que puedan verse afectados, ya sean públicos o privados; y concluye además que la Ley 29/1998 en materia de medidas cautelares, está haciendo un serio intento por equilibrar el privilegio de ejecutividad de la actividad administrativa con los derechos de los ciudadanos (derecho fundamental a la tutela judicial) dotando a los jueces de los instrumentos procesales adecuados, incluso la posibilidad de adoptar medidas cautelares de carácter positivo.

La doctrina y legislación admiten la extensión de las pretensiones en sede cautelar en función de la mayor amplitud de las pretensiones que se discuten en el proceso principal; sin embargo en la práctica –en el caso peruano– su otorgamiento es bastante restringido, ya sea por la prevalencia del dogma de la ejecutividad de los actos administrativos; o por temor de contravenir o perturbar el interés general o cualquier otro motivo etc., sin pretender justificar o no dicha negativa a su concesión.

Si bien es cierto que la Ley que regula la jurisdicción contenciosa administrativa española ha optado por un sistema cautelar de “*numerus apertus*” e “*innominados*”, esto no significa que el recurrente

---

solicitar y adoptarse ni en cuanto a los supuestos de hecho frente a los que procede su adopción ni tampoco en cuanto a los efectos que estas medidas puedan tener, optando por un régimen de gran flexibilidad, con dos únicos límites en los artículos 130.2 y 133.1(...)”

puede solicitar cualquier tipo de medida cautelar, en ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial de la cual -como antes hemos señalado- la tutela cautelar es derivada; sino que el mismo texto expreso del artículo 129.1 pone límites cuando establece que “[l]os interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de **cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.**”; ese en nuestra opinión, el límite natural de las medidas cautelares entendidas como instrumentos procesales para garantizar la eficacia de la sentencia, es decir, no se puede pedir provisionalmente en vía cautelar aquello que no es, o no va ser materia de discusión en el proceso principal.

En ese sentido, insistimos en que, teniendo en cuenta el artículo antes glosado, el juez o tribunal al calificar una solicitud cautelar, debe evaluar la adecuación entre la medida cautelar y la pretensión objeto del proceso principal. Botía Torralba (2007: 31), pone énfasis en la radical importancia de discernir bien cuál es la medida más adecuada para salvaguardar el derecho expectatio del recurrente, pues, si bien es cierto es facultad del órgano jurisdiccional decidir qué medida es la más apropiada para tal fin, resulta obvio indicar que es la parte interesada en su adopción la que inicialmente postule qué medida cautelar estima imprescindible para proteger cautelarmente su derecho. En esa línea, Cara Fuentes (2014: 49), señala que la ley “vincula la finalidad de la medida cautelar a la efectividad de la sentencia que recaiga en el proceso”; de ahí que sea lógico que no quepa adoptar medidas que tengan un objeto diferente de aquello que potencialmente se pueda lograr mediante la sentencia. “En tanto que instrumento o medio para la efectividad

de la sentencia, la medida cautelar carece de autonomía”, concluye la autora.

En el ordenamiento jurídico peruano, de manera similar, el Decreto Supremo N° 011-2019-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 en el artículo 37 señala que “[L]a 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**”; asimismo el artículo 38 establece que “[L]a 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: (...) 3. **Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión** (...)”. Se verifica, pues, que la medida cautelar debe ser adecuada a la pretensión que busca salvaguardar, lo que reafirma el carácter instrumental de las medidas cautelares constituyendo el punto de partida para calificar la solicitud cautelar.

### **3. La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo: diferencias y semejanzas con la tutela cautelar en el orden jurídico civil**

Todo proceso judicial busca el reconocimiento de un derecho, para ello debe ser respetuoso de las garantías mínimas del debido proceso como el derecho de defensa, contradicción, verdad material, entre otros, así cualquiera que fuese su naturaleza (laboral, civil, comercial, penal, tributario etc.) tiene que desplegar su desarrollo en una secuencia temporal. El factor tiempo es ineludible en toda actividad humana y más

aún en un proceso en el que se debe otorgar plazo para respetar las garantías mínimas.

La dilación excesiva del proceso judicial, desde la interposición de la demanda hasta su fin, mediante cualquiera de sus formas de terminación- ya sea con sentencia, o auto final- está en función del tipo de proceso, complejidad del caso y conducta procesal de los justiciables, debiendo considerarse además factores ajenos al proceso<sup>133</sup>, para que éste se desenvuelva dentro de un *plazo razonable*<sup>134</sup>; en ese

---

<sup>133</sup> Así a manera de ejemplo y dentro de la realidad peruana, por motivo del COVID 19 se declaró el estado de emergencia sanitaria, mediante Decreto Supremo 044-2020-PCM, el cual fue prorrogado sucesivamente y conllevó a la suspensión de los plazos procesales hasta por 4 meses, en los Distritos Judiciales ubicados en zonas declaradas de alerta extrema siendo la última prórroga la dispuesta según R.A00025-2021-CE-PJ <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/prorrogan-la-vigencia-del-protocolo-denominado-medidas-de-r-resolucion-administrativa-no-000025-2021-CE-PJ-1924251-11/>

<sup>134</sup> Respecto al plazo razonable la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido en el caso Muelle Flores vs Perú, sobre afectación a la tutela judicial efectiva, debido al incumplimiento en la ejecución de la sentencia de amparo por más 24 años; así en el fundamento jurídico 155 se establece: “El Tribunal ha establecido que **la evaluación del plazo razonable se debe analizar en cada caso concreto**, en relación con la duración total del proceso, lo cual podría también incluir la ejecución de la sentencia definitiva. De esta manera, ha considerado cuatro elementos para analizar si se cumplió con la garantía del plazo razonable, a saber: i) **la complejidad del asunto**, ii) **la actividad procesal del interesado**, iii) **la conducta de las autoridades judiciales**, y iv) **la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso**. La Corte recuerda que corresponde al Estado justificar, con fundamento en los criterios señalados, la razón por la cual ha requerido del tiempo transcurrido para tratar los casos y, en la eventualidad de que éste no lo demuestre, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto.” Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso

sentido, Gallegos Fedriani (2004: 727) refiere que resulta materialmente imposible la satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento o de ejecución, por lo que legislativamente se han previsto instrumentos procesales que consideran este lapso entre el inicio del proceso y la decisión final, a efectos de evitar que durante esta demora sobrevenga cualquier supuesto que haga imposible cumplir con la decisión final, es así que la tutela cautelar busca asegurar la eficacia práctica de la resolución que se va emitir<sup>135</sup>.

En ese análisis y bajo ciertas circunstancias, está fuera de toda discusión el carácter de urgente de la tutela cautelar en todos los órganos jurisdiccionales, la cual adquiere unos rasgos específicos en el contencioso administrativo, teniendo en cuenta que se dirige contra la administración pública encargada de procurar el interés general; en ese sentido “las peculiaridades de la tutela cautelar en el contencioso-administrativo derivan de la propia configuración de este tipo de procesos.” Gil Ibáñez, José Luis (2001:100).

Así, en palabras de Meilán Gil (2011: 39) “Aunque la

---

Muelle Flores vs Perú, emitida el 6 de marzo de 2019, párr. 155. Accesible en el link:

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_375\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf)

<sup>135</sup> En términos más actuales, Pérez Gaipo, Julio (2018: 98), señala: “si el proceso fuese una actividad de carácter instantáneo que no requiriera de un acto de tiempo para su realización, la tutela cautelar no tendría por sí mismo sentido, pues trata de dar cumplimiento al principio de indemnidad de la tutela, esto es, que el uso del proceso no se vuelva en contra de aquel ciudadano que se vea en la necesidad de acudir al mismo”.

sustancia del proceso sea la misma en todos los órdenes jurisdiccionales, en el contencioso-administrativo, uno de los actores introduce singularidades. La Administración Pública es un actor cualificado al ser titular de potestades que se justifican en relación con el interés general que debe servir. Los artículos 103 y 106 de la Constitución lo expresan con claridad”

En esa línea de análisis, la magistrada Teso Gamella (2007: 33) señala que: “A diferencia de lo que sucede en el proceso civil, en el que las medidas cautelares pretenden evitar que durante la sustanciación del proceso se produzcan acontecimientos que provoquen la insolvencia del deudor o la desaparición de sus bienes, en el contencioso administrativo no existe ese temor a hechos fraudulentos o casuales que puedan frustrar la finalidad del recurso, sino al ejercicio de las prerrogativas exorbitantes de la Administración y, muy especialmente a las consecuencias que se derivan de la ejecutividad de los actos administrativos”<sup>136</sup>.

En cuanto a estos rasgos especiales de las medidas cautelares en el contencioso administrativo y a la luz

---

<sup>136</sup> El propio Tribunal Supremo español insiste en esta idea. Véase por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 (R. 1808/2017): “... .. en el proceso administrativo la "justicia cautelar" tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en **constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas**, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1 de la Constitución Española...”.

del ordenamiento jurídico peruano, Adolfo Armando Rivas (2005: 284-285), refiere: “[A] diferencia del proceso civil, el demandante ha de enfrentarse con los principios de ejecutoriedad del acto administrativo que permite llevarlo a la práctica sin necesidad de previa autorización judicial, y el de presunción de legalidad del acto, que autoriza a considerarlo inicialmente ajustado al orden jurídico, y emitido por la autoridad competente al efecto, y en general, dotado de validez ( art.9, Ley 27444).”

Por consiguiente, la tutela cautelar en el contencioso administrativo, teniendo en cuenta estos rasgos específicos, según la magistrada Teso Gamella (2007: 61) “encuentra[n] su fundamento no solo en lograr la efectividad del pronunciamiento futuro, sino también en compensar o servir de contrapeso, a las prerrogativas exorbitantes de la Administración”.

Se advierte que las diferencias que surgen respecto de la tutela cautelar en ambos ordenamientos guarda relación con el sujeto pasivo de las medidas cautelares, que por lo general es una Administración Pública y porque el proceso judicial principal cuya eficacia y utilidad quiere garantizar se regula por el derecho administrativo y no por las normas del derecho privado, salvo en caso de lagunas legales en las que por decisión del propio legislador, se ha optado por la heterointegración vía aplicación supletoria de las normas procesales civiles<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> En cuanto a la supletoriedad de la ley de enjuiciamiento civil -en el derecho español- véase con mayor detalle Gil Ibáñez, José Luis (2001: 79 -86).

Desde la perspectiva del proceso civil, por regla general, la materia controvertida versa sobre derechos subjetivos de los particulares, respecto de los cuales la tutela cautelar es un instrumento que pretende su efectividad, en razón a la necesidad de evitar el peligro que se genera por el simple devenir del tiempo que transcurre desde su inicio hasta su fin, sin que concurren prerrogativas extraordinarias o privilegios que hagan más desventajosa la situación del demandante.

Por otro lado, en el proceso contencioso-administrativo, además de intereses subjetivos, concurren el interés público y derechos de la colectividad, teniendo en cuenta que el objeto del proceso viene delimitado por las pretensiones de los justiciables, pero también por la actividad administrativa impugnada, gozando sus actos de presunción de legalidad y como consecuencia de ello del privilegio de ejecutoriedad. (Gil Ibáñez, José Luis 2001: 100).

Para García Pullés, citando a Palacio (2004: 797-798), estos rasgos propios de las medidas cautelares contra la Administración Pública, plantean por lo menos tres problemas iniciales; así, advierte en primer lugar, “La dificultad de predicar un sistema general sobre el proceso cautelar, pues existe tal interdependencia entre cada pretensión y el proveimiento cautelar con las circunstancias concretas del caso que parece riesgoso hacer afirmaciones muy generales sobre la materia, esencialmente mudable.”

En segundo orden, señala que no existe un código contencioso administrativo nacional, problema que no



compartimos, pues, debemos precisar que en el caso peruano tenemos el Decreto Supremo 011-2019- JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N°27584 y en el caso español la Ley 29/1998 que regula la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, sí se cuentan con ordenamientos procesales específicos, que regulan el proceso contencioso administrativo, lo cual no significa que no se tenga que acudir de manera supletoria, al código procesal civil<sup>138</sup> o ley de enjuiciamiento civil<sup>139</sup> respectivamente, por mandato expreso de la norma adjetiva específica y de la norma procesal civil, con la discusión a favor o en contra que esta supletoriedad genera.

En tercer orden, plantea como problema la reacción de los gobiernos contra la tutela cautelar del Poder Judicial, que se ha materializado en la emisión de normas que dificultan el acceso al proceso, ponen en tela de juicio su eficacia y la garantía a la tutela judicial efectiva. Así a manera de ejemplo, en el caso

---

<sup>138</sup> TUO de la Ley N° 27584.- Cuarta Disposición Complementaria y Final: “El Código Procesal Civil es de aplicación supletoria en los casos no previstos en la presente Ley”.

Decreto Legislativo N°768. Código Procesal Civil.- Primera Disposición Final: “Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”.

<sup>139</sup> Ley 29/1998.- Disposición final primera. Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil”.

Ley de Enjuiciamiento Civil. – Artículo 4. Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente ley”.

peruano podemos citar el artículo 20 A de la Ley N°29325, por la cual se establece que “a) Para admitir a trámite las medidas cautelares, los administrados deben cumplir con presentar una contracautela de naturaleza personal o real. En ningún caso el juez puede aceptar como contracautela una caución juratoria”, condicionando así la concesión de una medida cautelar al otorgamiento de una garantía real o personal, limitando las facultades de los jueces respecto a la calificación de la contracautela y restringiendo la tutela cautelar, toda vez que ésta es doblemente onerosa para el recurrente quien tiene que cumplir con el pago en vía administrativa y también en sede judicial para poder solicitar tutela cautelar.

En la problemática inicial antes esbozada, encontramos además de las diferencias por el rol específico de la tutela cautelar en el proceso contencioso- administrativo, una aproximación hacia las normas del proceso civil, partiendo de las semejanzas que vendrían por el lado de la finalidad común que persigue la tutela cautelar en ambos ordenamientos, que es evitar situaciones de peligro que proviene de la mera existencia de un proceso y del tiempo necesario para su desarrollo y la aplicación supletoria de las normas procesales civiles.

Considerando que no se puede predicar un sistema general sobre las medidas cautelares, por la dependencia que hay con las pretensiones; es de precisar que ese problema, resulta una semejanza o coincidencia de ambos ordenamientos procesales los cuales buscan asegurar la efectividad de la sentencia, valorando las circunstancias del caso, por lo que se ha optado por un sistema abierto de medidas cautelares

en el proceso civil como en el proceso contencioso-administrativo.

### **A. En el ordenamiento jurídico peruano**

Respecto de la aplicación supletoria del ordenamiento procesal civil, ésta viene regulada por mandato expreso del Texto Único Ordenado de la Ley 27584, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2019-JUS; estableciendo en la cuarta disposición final y complementaria, la cláusula general de remisión y aplicación supletoria del ordenamiento procesal civil antes indicada; y en materia cautelar de manera particular, se reitera el carácter supletorio del ordenamiento procesal civil en cuanto a la oportunidad y contracautela, con las especificaciones establecidas en la ley especial, conforme se advierte en el artículo 37<sup>140</sup> y 38<sup>141</sup> del TUO de la Ley N° 27584.

Estas remisiones específicas lejos de ser innecesarias y caer en un pleonismo fútil, en nuestra opinión, tienen la virtualidad de enfatizar la funcionalidad de la tutela cautelar, desarrollada con más amplitud en el código procesal civil cuya regulación resulta

---

<sup>140</sup> Artículo 37.- 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” (Texto según el artículo 35 de la Ley N° 27584).

<sup>141</sup> Artículo 38.- Requisitos: “(...) 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” (Texto según el artículo único del Decreto Legislativo N° 1067).

aplicable en el proceso contencioso administrativo de tal forma que se pueda completar todos los vacíos y lagunas que puedan surgir ante su escueta regulación.

Así tenemos regulado de manera similar en ambos ordenamientos, por aplicación supletoria en el proceso contencioso administrativo de las normas procesales civiles aspectos como la competencia, requisitos de la solicitud, contenido de la decisión cautelar, características, contracautela, procedimiento y otros.

En ese sentido, teniendo en cuenta esta supletoriedad y respetando las peculiaridades del proceso contencioso administrativo, resultaría procedente también conceder medidas anticipadas conforme lo señala el artículo 618 del código procesal civil, más aún si tanto el ordenamiento procesal civil y el ordenamiento contencioso- administrativo posibilitan un sistema abierto de medidas cautelares y de instrumentos procesales para garantizar la tutela judicial efectiva, en las que el ordenamiento procesal civil sólo ha enunciado algunos tipos de medidas cautelares que puede ayudar a despejar dudas al juez como a los litigantes.

Ahora bien, la norma contenciosa administrativa peruana es clara en señalar que la supletoriedad de las normas del proceso civil se aplica en todos los aspectos no regulados; pero no resalta la configuración especial que tiene el proceso contencioso administrativo, el cual no puede ser desvirtuado, ni distorsionado sino que debe ser matizado conforme a los fines que persigue, toda vez que en el proceso no sólo se discuten intereses

privados de los justiciables, sino también intereses generales y públicos.

## **B. En el ordenamiento jurídico español**

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, establece el carácter supletorio que tiene la ley de enjuiciamiento civil en el proceso contencioso administrativo, según la Disposición Final Primera; asimismo el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil literalmente señala: “en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso- administrativos, laborales y militares, serán de aplicación a todos ellos, los preceptos de la presente ley”.

Es decir, en caso de vacíos legales expresamente se ha establecido la remisión al ordenamiento procesal civil, situación que evidencia las semejanzas que surgen entre la tutela cautelar procesal civil y la tutela cautelar en el contencioso administrativo, al compartir ambos instrumentos procesales regulación adoptada del proceso civil; no obstante que se reconoce la posición privilegiada de la administración pública en el proceso contencioso administrativo y que justifica la urgencia especial de la tutela cautelar a efectos de evitar situaciones irreparables en desmedro de los intereses de los administrados<sup>142</sup> por la ejecutividad de la actuación impugnada.

---

<sup>142</sup> Según Delpiazzo (2014: 10-11): “A pesar de fundadas críticas, la expresión ‘administrado’ y su generalizado uso determinan que siga utilizándose útilmente para designar a cualquier persona física o jurídica u organización no personificada considerada desde su posición respecto a la Administración pública o sus agentes[...] acoge esta crítica García de Enterría y Fernández (2011: II, 904) y refiere que este “término de ‘administrado’ es,

En el derecho español, en materia de medidas cautelares, a diferencia de la legislación peruana, no se ha reiterado este carácter supletorio del proceso civil; pero ello no significa desconocer las semejanzas que existe en la regulación de las medidas cautelares en el proceso civil y en el proceso contencioso administrativo, teniendo en cuenta la finalidad que persiguen, esto es, según Gallegos Fedriani (2006: 57) “asegurar la “operatividad” de la sentencia por dictarse, en el sentido que lo decidido en ella pueda ejecutarse y que por el transcurso del tiempo el objeto del litigio no haya desaparecido, convirtiendo la cuestión en abstracta o insustancial.”

De manera similar en ambos ordenamientos procesales, se ha optado por un régimen abierto de medidas cautelares, si bien en el artículo 727 de la Ley de enjuiciamiento civil hay un listado enunciativo de tipos de medidas cautelares posible, este listado no es taxativo y *podrán acordarse entre otras (...)*, siempre que respondan y sean necesarias para garantizar el efecto útil de la sentencia; así concordando con el artículo 721 de la Ley de enjuiciamiento civil es factible solicitar *las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.*

---

realmente, poco feliz[...]”; en el mismo sentido, Santamaría Pastor (1991: 864-865) señala que el concepto no deja de ser ambiguo y discutido[...].”

Asimismo, en cuanto a los presupuestos que deben ser considerados al calificar una medida cautelar en el proceso contencioso- administrativo, si bien la norma procesal civil es aplicable supletoriamente, debe prestarse atención, teniendo en cuenta que la Ley 29/1998 diferencia entre las medidas cautelares del régimen común -según el objeto del recurso sea un acto o disposición general- en cuyo supuesto sólo se exige el peligro en la demora procesal y previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, conforme lo establecen los artículos 129 y 130 de la LJCA; y, medidas cautelares del régimen especial -referido a la vía de hecho y la inactividad- en cuyo supuesto se exige la apariencia de buen derecho según fluye del artículo 136 LJCA. Chinchilla Marín, Carmen (1999: 581-591).

Ahora bien, para el magistrado José Luis Gil Ibáñez, (2001:101- 102), se debe acotar que la LEC, también establece como presupuesto para la adopción de medidas cautelares en el proceso civil el peligro en la demora procesal (artículo 728.1), pero además exige apariencia de buen derecho (artículo 728.2) y la prestación de caución (artículo 728.3); razón por la cual si bien el ordenamiento procesal civil se aplica supletoriamente a la tutela cautelar en el contencioso administrativo, la exigencia de la concurrencia de estos presupuestos debe realizarse siempre y cuando, aquéllos resulten exigibles teniendo en cuenta si estamos ante el régimen general o régimen especial de las medidas cautelar; pero sobre todo las circunstancias especiales del caso concreto.

#### **4. La funcionalidad de las medidas cautelares: equilibrio entre los privilegios administrativos y la tutela judicial efectiva**

La gran virtualidad de las medidas cautelares en líneas generales, en todos los ordenamientos procesales, es que surgen para compensar o evitar los daños que puedan resultar de la excesiva duración del proceso y que harían perder la finalidad del recurso o convertirían la sentencia en inoperante. Es decir, conforme lo expone la STS del 17 de diciembre de 2001:

*“... la razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso”.*

En términos de Susana De La Sierra (2004: 147), las medidas cautelares responden a idénticas necesidades sociales, este es el contexto sociológico que se replica en todas las latitudes; en el caso español ha sido ampliamente desarrollado por su jurisprudencia, que ha dado justificación a las reformas legislativas en materia cautelar y, que obedecen a la necesidad de contar con aceleración procesal debido a la sobrecarga procesal de los órganos judiciales y el retardo que supone que la sentencia de fondo llegue demasiado tarde.

En esa perspectiva de análisis, y enfocada en el caso peruano, de manera ilustrativa compartimos la información obtenida del Boletín Estadístico de la



Corte Superior de Justicia de Lima, respecto de la carga en trámite<sup>143</sup> (demandas nuevas y expedientes pendientes de años anteriores) en los años 2018, 2019 y 2020 y los respectivos asuntos resueltos<sup>144</sup> durante los mismos periodos, en la especialidad Contencioso Administrativo, referido solo a la primera instancia administrativa, conformada por los 17 Juzgados Contenciosos Administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima, así tenemos de manera gráfica:

Gráfico 1  
PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
Carga de expedientes en trámite y la cantidad de expedientes resueltos y sin resolver de los años 2018, 2019 y 2020.

	Carga total en trámite	N° exptes. Resueltos	%	N° exptes. sin resolver	%
2018	28716	9808	34.16 %	18908	65.84%
2019	26565	11025	41.51 %	15540	58.49%
2020	20604	5505	26.72 %	15099	73.28%

Fuente: Boletín Estadístico de la Corte Superior de Justicia de Lima 2018, 2019 y 2020.

---

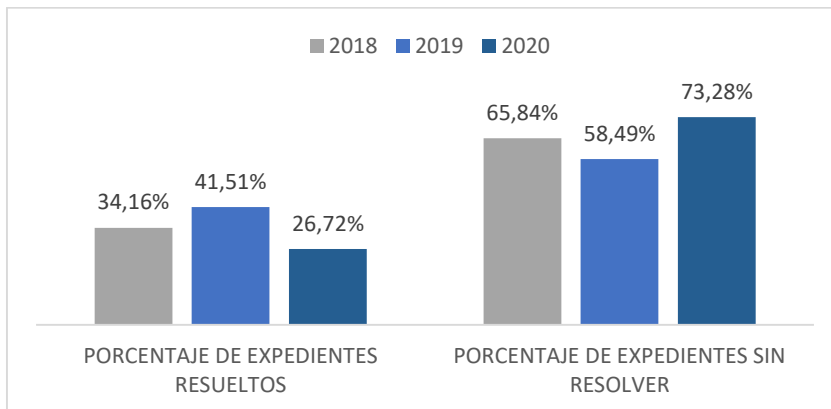
<sup>143</sup> Ver el Boletín estadístico de la Corte Superior de Justicia de Lima accesible en el siguiente link:

<http://informaticacsjlima.pj.gob.pe/EstadisticaCSJLima/SICE/form/cargapentramite>

<sup>144</sup> Ver el Boletín estadístico de la Corte Superior de Justicia de Lima accesible en el siguiente link:

<http://informaticacsjlima.pj.gob.pe/EstadisticaCSJLima/SICE/form/protramite>

Gráfico 2  
PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
Porcentaje de expedientes resueltos y sin resolver de los años  
2018, 2019 y 2020.



*Fuente: Boletín Estadístico de la Corte Superior de Justicia de Lima 2018, 2019 y 2020*

Como vemos, la cantidad anual de casos resueltos resulta considerablemente inferior en comparación de los casos sin resolver, y es este excesivo retardo en la culminación de los procesos contencioso administrativo, el que confiere el carácter protagónico a la tutela cautelar, con la peculiaridad que en el proceso contencioso administrativo, el resultado final del proceso se puede frustrar no sólo por factores ajenos al proceso -como la insolvencia del deudor, la transferencia de los bienes, etc.- sino también por el ejercicio de las potestades administrativas<sup>145</sup> como el

<sup>145</sup> Linares (1996: 226) sostiene que las potestades administrativas de Derecho administrativo se entienden como el poder jurídico atribuible a la administración para el cumplimiento de sus fines; asimismo, sobre el ejercicio de las potestades administrativas, véase Ivanega, Miriam (2008: 114) y Garrido Falla (2002).

privilegio de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos<sup>146</sup>.

Sumado a estos privilegios<sup>147</sup>, Simón Padrós (2004: 100), afirma que la Administración pública, cuenta además con la presunción de legitimidad, según el cual se presume que los actos de la administración son válidos y se ajustan a la ley hasta que se declare judicialmente su nulidad; estos privilegios son los argumentos por los que se justifica la ausencia del carácter suspensivo, es decir, que la interposición de la demanda no suspende la ejecución del acto administrativo. Esta postura de privilegio<sup>148</sup>, condiciona la regulación la tutela cautelar administrativa en casi todos los ordenamientos

---

<sup>146</sup> En este sentido Cassagne, Juan Carlos (2019:314) refiere que “la ejecutoriedad y la ejecutividad actúan en dos planos distintos, la primera se refiere a la facultad que tiene la Administración para el cumplimiento del acto administrativo sin intervención judicial; y la ejecutividad se refiere al título del acto en el plano procesal”. En sentido similar, véase Chinchilla Marín, Carmen (1999:563).

<sup>147</sup> Cfr. Muñoz Machado (1976: 734-741), Fernández Pastrana (1990: 259-268), Ferrada Bórquez (2007: 69-94), 124), Meilán Gil (2011: 35-54) y Patiño Mariaca (1996: 19-48).

<sup>148</sup> Cfr. Oelckers(1978: 121) sostiene que una singularidad del proceso contencioso administrativo es la posición de privilegio de la Administración como parte en el proceso; en esa misma línea, De la Quadra( 2014: 2) refiere que es a merced a la autotutela que la Administración “es capaz de comportarse en su actuar de forma muy distinta a como lo hacen los ciudadanos, de modo que si estos nunca pueden tomarse la justicia por su mano, aun cuando tenga la razón de fondo, la Administración es capaz de imponer su voluntad e incluso de ejecutarla sin necesidad de acudir a los jueces y tribunales para imponer sus decisiones”. Igualmente, Baca Oneto, Víctor (2013: 8), refiere que la existencia de los privilegios de autotutela en manos de la Administración determina que sea el afectado por la actuación administrativa el que tome la iniciativa como parte demandante para solicitar la intervención judicial.

jurídicos, pues, se reconoce la existencia de un *fumus boni iuris* en favor de la administración que el peticionante de la medida cautelar debe desvirtuar.

Así tenemos que en la STC 218/1994 se señala que en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares tienen una función específica, con trascendencia constitucional, toda vez que constituyen un límite o contrapeso a las facultades exorbitantes de las administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa. En ese sentido Sala Atienza y Cadenas García (2016: 62), comentando esta ejecutoria refieren que: “Desde un plano formal, la tutela cautelar es una potestad jurisdiccional mediante la que se trata de asegurar la efectividad del futuro y definitivo pronunciamiento del órgano judicial; y, desde una perspectiva material, constituye *un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas, particularmente en relación al privilegio de ejecutividad de los actos administrativos*”. Igualmente, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2013: 231) señala: “En efecto, la tensión entre eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad, que son dimensiones temporales de la eficacia, y tutela judicial efectiva, constituye el ámbito propio en el que despliegan su virtualidad operativa las medidas cautelares.”

Es por esta función de contrapeso a la ejecutividad y el excesivo retardo de la administración de justicia, que la tutela cautelar, aunque sea justicia provisional genera tanta expectativa en los justiciables. En esa

línea de análisis, mantiene sentido la reflexión que hiciera hace bastante tiempo el jurista Carnelutti, que actualiza y hace suya el profesor Rodríguez Arana-Muñoz (2013:231-232): “la justicia cautelar se está convirtiendo en la única justicia”, por lo que su dimensión y función debe considerarse como derivada de la tutela judicial efectiva, idónea para impedir situaciones de indefensión a causa de la aplicación absoluta del dogma de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

Estas prerrogativas de la administración pública<sup>149</sup> han sido recogidas positivamente en casi todos los ordenamientos administrativos y tienen su fundamento en el principio de eficacia administrativa, en virtud del cual los actos administrativos son inmediatamente eficaces (ejecutividad), y por tanto los propios órganos estatales están facultados para ponerlos en ejecución sin necesidad de acudir al sistema judicial (ejecutoriedad)<sup>150</sup>. El principio de eficacia se afinca en el interés público que persigue la administración pública para cumplir sus fines.

---

<sup>149</sup>A juicio de Martínez López-Muñiz (1981: 195), la administración pública es una organización del poder público que actúa con potestad administrativa: “la administración pública como equivalente a poder público institucionalizado con competencia para dictar disposiciones y actos administrativos”. Esta definición tiene como base una concepción subjetiva de la Administración que bien identifica Cassagne, Juan Carlos (1996:215) cuando afirma que la administración pública es “el conjunto de órganos y entes estatales estructurados orgánicamente para desempeñar con carácter predominante la función administrativa”.

<sup>150</sup> Véase con mayor amplitud MORÓN URBINA, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Tomo I, 2017, 12ava Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 109-112.

Al respecto Chinchilla Marín (1999: 134) señala que “El fundamento de la ejecutividad de los actos administrativos no es tanto la presunción de legalidad de los mismos, sino la necesidad de dotar a las Administraciones públicas de un instrumento idóneo para desarrollar su actividad de servicio a los intereses generales con *eficacia*”. En el mismo sentido Simón Padrós (2005: 20-21), refiere que estos privilegios determinan casi de manera general, que el legislador al regular los procesos contenciosos administrativos, haya fijado como regla que la interposición del recurso judicial -y también en el procedimiento administrativo- no produzca la suspensión de la actuación administrativa impugnada, regla que se replica también en otros ordenamientos jurídicos como el francés, italiano; con la salvedad del sistema germano en el que se establece la suspensión automática de la ejecución del acto impugnado por la mera interposición del recurso administrativo.

Ahora bien, la funcionalidad operativa de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo no trata de eliminar los privilegios gubernamentales de ejecutividad y ejecutoriedad antes señalados, sino de armonizarlos con el derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva; por consiguiente, es en ese contexto, que se debe preservar la vigencia de un control judicial efectivo, para el cual la tutela cautelar, despliega un rol fundamental: preservar la utilidad del proceso hasta que se emita un pronunciamiento final de fondo.

Consideramos que en un Estado Constitucional y Social de Derecho que reconoce la vigencia plena de la Constitución, que tiene en su vértice a la persona y

que busca concretar el principio de dignidad humana, no se puede excluir del control judicial ningún tipo de actuación de sus administraciones públicas, bajo el pretexto del ejercicio de una potestad administrativa<sup>151</sup>; más aún si estas actuaciones se relacionan o están dirigidas a ser cumplidas por los ciudadanos que son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En ese sentido se debe tener claro que dentro de este marco constitucional, jurisprudencial y doctrinal, las medidas cautelares no tienen carácter excepcional que se contrapone a la eficacia que persigue la Administración pública, sino que son facultades que tienen los órganos jurisdiccionales cuando resulten necesarias, con la finalidad de evitar que la lentitud del proceso en el contexto de los privilegios de ejecutividad de la actuación administrativa produzca daños irreversibles y con incidencia en el interés general (Rodríguez-Arana Muñoz, 2018: 558).

**A. En Perú: el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo 004-2019- JUS, Ley que regula el procedimiento administrativo general**

En nuestra legislación, estos privilegios de la administración se han desarrollado como

---

<sup>151</sup> Como señala Cantero Martínez (2011: 632): “[En la legislación española] no existe ninguna definición de lo que haya de entenderse por ejercicio de potestades públicas, aunque se intuye que debe tratarse de una categoría específica de funciones públicas, de funciones reservadas al poder público como parte de su núcleo duro e irreductible, de su propia autoridad pública y, por consiguiente, irrenunciables e indisponibles [...]”.

ejecutoriedad del acto administrativo, y cuenta con la cobertura legal expresa del artículo 203<sup>152</sup> del Texto único ordenado de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dispositivo que según precisa, Juan Carlos Morón Urbina, (2017:112) tiene como fundamento lejano el artículo 118 numeral 1 de nuestra Constitución, por el que se encarga al Presidente de la República y por consiguiente a toda la Administración Pública a “*cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.*”

De la lectura de este precepto constitucional se evidencia que el encargo es directo sin intervención de ningún otro organismo. Si bien la Constitución peruana expresamente no contempla la ejecutoriedad administrativa, su fundamento reside en la ley de desarrollo (Ley N°27444) que opta por dotar de ejecutoriedad propia a los mandatos de la Administración Pública. No obstante, conforme se ha señalado en el numeral anterior, esta prerrogativa de ejecutoriedad de los actos administrativos no es absoluta, sino que debe ser articulada con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, que para el caso peruano se encuentra previsto como principio y derecho de la función jurisdiccional, en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Perú<sup>153</sup>.

Asimismo debemos precisar que el artículo 1 de la Constitución Política del Perú señala: “*La defensa de*

---

<sup>152</sup> Artículo 203.- Ejecutoriedad del acto administrativo Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley

<sup>153</sup> Ver fundamentos jurídicos 44 y 45 de la STC emitida en el Exp N° 0015-2005-PI/TC.



*la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”; en ese marco constitucional, encontramos un límite material a este privilegio administrativo toda vez que ningún atributo o prerrogativa de ningún poder público puede imponerse en abstracto al ciudadano en sacrificio de sus derechos fundamentales, como es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, de la cual la tutela cautelar es derivada.

En adición a ello, desde la estructura misma del Estado también se revela otro límite al atributo de ejecutoriedad de los actos administrativos, pues, según el artículo 43<sup>154</sup> de la Constitución, se reconoce el principio de separación de poderes; y, de acuerdo a esa máxima de la separación de poderes, conforme al artículo 138 de la Constitución, se señala que la potestad de administrar justicia corresponde al Poder Judicial. En ese sentido la aplicación absoluta del privilegio de ejecutoriedad de la actuación administrativa, no obstante que se está impugnando judicialmente, atentaría contra esta función asignada a los jueces, toda vez que se podrían consolidar situaciones irreversibles que una eventual indemnización a posterior no puede reparar; es así que para que la “ejecutoriedad” del acto administrativo no genere irreversibilidad de la situación administrativa concreta, es necesario que se pueda someter a un control judicial y para que éste sea efectivo, resulta necesario asegurar el contenido

---

<sup>154</sup> Artículo 43 de la Constitución Política del Perú. - “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 separación de poderes.”

de la resolución final o la sentencia que se va emitir mediante la tutela cautelar.

De este modo, se puede colegir que el privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos no se puede posicionar como dogma absoluto, sino que admite el control judicial constitucionalmente reconocido-conforme al principio de separación de poderes-y para que éste sea efectivo, la tutela cautelar es la garantía idónea que puede limitar esa prerrogativa de ejecutoriedad; emergiendo así el rol fundamental y trascendente que cumple la tutela cautelar en el marco del ordenamiento jurídico peruano: funcionar como un contrapeso al privilegio de ejecutoriedad que si bien no tiene fundamento constitucional, éste se afianza en el principio de eficiencia de la administración pública; pero sin que esta situación de prerrogativas exorbitantes signifique que se deba tolerar situaciones de indefensión y de irreversibilidad de los derechos en perjuicio de los ciudadanos.

### **B. En España: la Ley 39/2015, Ley del Procedimiento Administrativo Común**

En el derecho español, como regla general, los actos administrativos producen eficacia desde el momento que se emiten (artículo 39.1 LPAC), es decir, son inmediatamente ejecutivos (artículo 98 LPAC) y en consecuencia, la interposición de cualquier recurso no suspende su ejecución (artículo 117.1 LPAC); estos atributos legales tienen fundamento en el principio constitucional de eficacia de la actuación administrativa, conforme lo prevé el artículo 103

numeral 1 de la Constitución de España<sup>155</sup>, que determina que los actos de las administraciones públicas tengan el carácter de ejecutividad; connotación que difiere del ordenamiento peruano, en que esta cualidad sólo cuenta con desarrollo legal; asimismo, este privilegio de eficacia inmediata, que busca servir a los intereses generales, no es absoluto, sino que se debe ejercer articuladamente con respeto a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 numeral 1 de la Constitución Española; más aún si el propio texto constitucional prescribe en su artículo 106 numeral 1<sup>156</sup> que los Tribunales controlan toda la actuación administrativa.

En consecuencia, en el marco de una interpretación armónica de dichos preceptos constitucionales, podemos decir que el control judicial también se extiende a la ejecutividad del acto administrativo para evitar situaciones irreversibles o de indefensión.

En ese contexto constitucional, las medidas cautelares se han desarrollado con amplitud, en virtud de la práctica jurisprudencial y de la opinión de la doctrina; que, asumiendo un rol más activo y garantista, han extendido el ámbito de proyección de la tutela judicial efectiva; así, la jurisprudencia concluye que no puede haber ningún interés público

---

<sup>155</sup> “La **Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales** y **actúa de acuerdo con los principios de eficacia**, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

<sup>156</sup> Artículo 106. 1. “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

en dejar de lado el derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva.

Al respecto, la magistrada Teso Gamella (2007:34 - 35) señala que la jurisprudencia constitucional, ha desarrollado una doctrina uniforme sobre la relación que hay entre las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos; así analizando las STC 22/1984 y entre otras las SSTC 148/1993 y 189/2004, refiere que el privilegio de autotutela ejecutiva no es contrario a la Constitución, toda vez que viene directamente reconocida, como una prerrogativa en servicio de los intereses generales. Además, reconoce que es el legislador el que debe regular las medidas cautelares que permitan el control judicial del privilegio de ejecutividad<sup>157</sup>.

Como corolario de todo lo anotado, se puede concluir que la medida cautelar emerge de la tutela judicial efectiva y que ésta se satisface permitiendo que el principio de la ejecutividad administrativa<sup>158-</sup>

---

<sup>157</sup>En este orden de ideas, doña Pilar Teso Gamella (2007:33) es categórica en señalar: “El acto administrativo se comporta, por tanto, como un título ejecutivo. Y la Administración, en consecuencia, puede ejecutar un acto administrativo, mientras no haya sido anulado judicialmente, de manera que el acto puede estar completamente ejecutado cuando se produzca la resolución que pone fin al proceso. Así, la sentencia definitiva puede resultar finalmente innecesaria e inútil, si lo resuelto no puede ser cumplido, y de este modo el acto administrativo habrá quedado blindado, por la fuerza de los hechos, haciéndose inmune al control judicial que ya no le afectará, por haberse agotado sus efectos antes de la resolución judicial que resolvió o no sobre la conformidad o no con el ordenamiento jurídico”.

<sup>158</sup> Ver al respecto, Rodríguez- Arana Muñoz, Jaime (1986:180).

entendida como la fuerza obligatoria de los actos administrativos- sea factible de ser sometida a control judicial, configurando así la nueva funcionalidad de las medidas cautelares, que nacidas inicialmente sólo para suspender la ejecutividad de los actos administrativos, se han proyectado en la actualidad en un sistema de “*numerus apertus*” de medidas innominadas, que se amolde a la amplitud de supuestos de las pretensiones posibles en el proceso contencioso administrativo, en las que sin duda se encuentran las de carácter positivo (Rodríguez- Arana Muñoz: 2018: 557).

## **II. TIPOLOGIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

En principio debemos señalar que no pretendemos en esta investigación desarrollar una tipología de medidas cautelares, a manera de un listado cerrado, pues, somos conscientes que en la realidad de las relaciones entre Administración y Administrado siempre surgen nuevas necesidades no contempladas que no se pueden encajar en el esquema cautelar y, mucho menos, en un repertorio sellado de medidas cautelares típicas posibles de adoptar; pero sí consideramos prudente y necesario que, junto a la cláusula innominada sobre el poder cautelar genérico del juez, prevista tanto en el ordenamiento jurídico

peruano<sup>159</sup> como en el español<sup>160</sup>, haya cuando menos un listado enunciativo de medidas cautelares típicas posibles en el contencioso- administrativo, de modo similar a lo previsto como medidas cautelares específicas en el Código Procesal Civil (artículo 642 y siguientes) o en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 727), respectivamente.

Ahora bien, no debemos perder de vista que la amplitud del objeto del proceso contencioso administrativo también se tiene que reflejar en la ampliación del repertorio de medidas de tutela cautelar<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Decreto Supremo N° 011-2019. Artículo 38.- Requisitos: “La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva [...]”.

<sup>160</sup> Ley 29/1998 Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Artículo 129. 1: “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

<sup>161</sup> En este sentido, la Ley prevé cuatro acciones o modalidades diferentes de recurso (y, correlativamente, “la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo que cubren todo el espectro de la actividad e inactividad administrativas, a saber: en primer lugar, el tradicional recurso contra actos administrativos, ya sean estos expresos o presuntos ( artículos 25.1 y 31), en segundo lugar, el que, de manera directa o indirecta, versa sobre la legalidad de una disposición de rango inferior a la ley ( 25.1, 26, 27 y 31); en tercer lugar el recurso contra la inactividad administrativa (artículos 25.2, 29 y 32.1 ); y, en cuarto y último lugar, el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hechos, esto es, actuaciones materiales que careciendo de la necesaria cobertura jurídica, limitan o menoscaban derechos o intereses legítimos de los ciudadanos ( artículos 25.2, 30 y 32.2)”.

## **1. En Perú: el Texto Único Ordenado, de la Ley N° 27584, Decreto Supremo 011-2019- JUS, Ley de que regula el proceso contencioso-administrativo**

En principio, debemos precisar que la norma procesal contencioso administrativa peruana de 2001 toma ejemplo de la legislación española de 1998; y, apartándose de manera expresa de la literalidad del mandato constitucional específico para el contencioso administrativo contenido en el artículo 148<sup>o</sup><sup>162</sup> de la Constitución de 1993 y de su regulación predecesora contenida en el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, reconoce una pluralidad de formas administrativas de actuación y omisión que pueden ser objeto de proceso, mediante el proceso contencioso administrativo; es decir, se aparta de ese carácter revisor, según el cual sólo se podía cuestionar en sede judicial la legalidad de los actos administrativos, por lo que sólo cabía otorgarse medida cautelar de suspensión.

Este contexto amplio del objeto de las pretensiones en el contencioso administrativo debe trasladarse también a la tutela cautelar; pues, en palabras de Huapaya (2019: 712), de "nada sirve un proceso de plena jurisdicción si es que la tutela cautelar no se interpreta en dicha clave, en la idea de brindar el máximo de tutela posible para evitar que la duración del proceso vuelva ilusorios, perjudique o desaparezca los derechos invocados por el administrado". En ese

---

<sup>162</sup> Artículo 148 de la Constitución Política del Perú: "Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativo".

sentido, Huapaya afirma que el legislador ha conferido a los jueces un poder amplio y genérico para dictar medidas cautelares adecuadas y necesarias para garantizar la eficacia de la tutela judicial, sin restringirle solo a dictar medidas de suspensión de actos administrativos, sino también habilitándole a disponer medidas cautelares positivas. Haciendo una lectura conjunta de los artículos 37°, 38° inciso 3 y 39° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 Decreto Supremo N°011-2019 JUS y el artículo 629° del Código Procesal Civil, se puede inferir que, en primer lugar, **los jueces pueden adoptar cualquier medida cautelar adecuada que corresponda para garantizar la eficacia de cualquiera de las pretensiones peticionadas en el proceso principal;** y que, en segundo lugar, **resultan especialmente procedentes las medidas cautelares de innovar y no innovar** (Huapaya Tapia, 2019:710):

- Artículo 37: *“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 [...]”*.
- Artículo 38: *“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 [...]”*.
- Artículo 39: *“Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar”*.

Así mismo, de manera expresa por aplicación **supletoria** de las normas del ordenamiento procesal



civil, en materia cautelar se dota al juez del **poder cautelar genérico** -previsto en el artículo 629 del Código Procesal Civil - con el fin asegurar la decisión definitiva que se va emitir en sentencia (artículo 608 del Código Procesal Civil).

La fórmula reconoce un *numerus apertus* en la configuración de las medidas cautelares y un poder cautelar general al juez administrativo para disponer cualquier medida que, en cada caso, aparezca como la más idónea para asegurar interinamente la tutela efectiva del derecho en tanto se sustancia el proceso sobre la legalidad de la actuación administrativa (Padrós Ramiro, 2004: 223).

Desde nuestro punto de vista, consideramos que la norma que regula la protección cautelar en el proceso contencioso-administrativo peruano es excesivamente lacónica. Sería importante que se incluyese un catálogo mínimo de medidas cautelares típicas posibles que puedan presentarse en el proceso contencioso administrativa y que sean correlato de la amplitud de pretensiones que pueden ser deducidas en el contencioso administrativo. Es decir, junto al poder cautelar **genérico** reconocido al juez, sería conveniente introducir un listado enunciativo de medidas cautelares **específicas** que sirvan de referente a jueces y abogados, para vencer la inercia comprobada en la práctica de un uso exclusivo por los jueces peruanos de las medidas cautelares de suspensión.

Esta insuficiencia puede llegar a poner en entredicho la seguridad jurídica y amenazar incluso el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que, como

hemos señalado, comprende también la tutela cautelar. Y, si bien reconocemos las potencialidades de la medida cautelar genérica y las medidas cautelares innovativa y de no innovar, un listado enunciativo de medidas cautelares específicas aliviaría un uso indebido de la discrecionalidad por parte de la judicatura y mitigaría la incertidumbre jurídica<sup>163</sup>. Esta propuesta ha sido recogida en el anteproyecto de reforma de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo No. 27584<sup>164</sup>, que busca modificar el numeral 36.1 de la siguiente forma:

Artículo 36. Medidas cautelares. Atipicidad

*“1. En función de la pretensión principal demandada o por demandarse, se puede otorgar cuanta medida cautelar negativa o positiva sea necesaria, según las circunstancias del caso, para asegurar la efectividad de la decisión final. **A título ejemplificativo, se puede disponer:***

- 1) La suspensión de la actuación administrativa impugnada o por impugnarse;*

---

<sup>163</sup> En ese mismo sentido, respecto a la Ley 29/1998 se pronuncian don Eduardo García de Enterría (2004:363), Teso Gamella, Pilar, (2007:97) y Huergo Lora (2000:353); es decir es saludable el poder cautelar genérico que se otorga al juez; pero también es deseable como ocurre en otros ordenamientos un listado enunciativo de las posibles medidas cautelares, para no dejar sin referente a los jueces y a los justiciables.

<sup>164</sup>

[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/194424/03\\_Anteproyecto\\_Ley\\_que\\_regula\\_el\\_Proceso\\_Contencioso\\_Administrativo.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/194424/03_Anteproyecto_Ley_que_regula_el_Proceso_Contencioso_Administrativo.pdf)

- 2) Ordenar a la entidad demandada la cesación o suspensión de una actuación material no fundada en acto administrativo;
- 3) Ordenar a la entidad demandada que admita la participación del demandante en un procedimiento administrativo dirigido a la selección y/o adjudicación de contratos, órdenes de servicio, bienes públicos, ingresos a la función pública o promociones, o cualquier otro procedimiento de similar naturaleza sujeto a normas administrativas;
- 4) Otorgar provisionalmente, autorizaciones, licencias, permisos, inscripción en registros administrativos y similares, siempre y cuando se trate de títulos habilitantes de naturaleza reglada. Asimismo, otorgar prórrogas provisionales de los plazos de vigencia de aquellos;
- 5) Autorizar provisionalmente al demandante, a iniciar o proseguir una actividad o a restituirle una situación jurídica favorable;
- 6) Ordenar a la entidad demandada el pago de una suma de dinero a título provisional;
- 7) Ordenar a la entidad demandada provisionar la suma de dinero demandada;
- 8) Ordenar la asignación o incremento provisional de pensiones”.

Saludamos que la Comisión de Reforma de la Ley 27584 haya incluido al lado de las medidas cautelares innominadas un catálogo ejemplificativo de medidas cautelares típicas que sirvan como referente a los jueces y abogados, en la línea del Código de Portugal de 2002 y ayudando a desterrar la idea de que en contencioso administrativos sólo proceden las

medidas cautelares que disponen la suspensión del privilegio de ejecutividad del acto administrativo. Pero lamentamos que su propuesta se encuentre limitada a la tutela cautelar, sin alcanzar a las otras formas de tutela de urgencia no cautelar, que no calzan en el esquema cautelar tradicional y que surgen ante la necesidad de una respuesta rápida, y en algunos casos hasta independiente de un proceso principal.

En ese sentido discrepamos con Huapaya Tapia (2019: 711) cuando afirma que el marco normativo de la ley es apto para brindar la más amplia tutela cautelar que resulte adecuada para los fines de protección de los derechos e intereses legítimos de los administrados, porque entendemos que no toda la tutela de urgencia se puede disponer mediante la tutela cautelar ordinaria; como hemos dicho en otro lugar, hay otras necesidades de tutela que no se configuran en la estructura cautelar y no se puede desdibujar instituciones tradicionales que resultan útiles pero que han sido pensada para otros fines.

## **2. En España: la Ley 29/1998, Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa**

La Ley 29/1998 ha avanzado decididamente en el diseño no solo de un nuevo sistema plural de acciones procesales, capaz de proporcionar una tutela judicial efectiva frente a cualesquiera comportamientos ilícitos-formales o materiales, singulares o normativos, activos u omisivos-de la Administración, sino también en el de un sistema de tutela cautelar adecuado a aquel, esto es, que no se agote en una lista tasada de medidas cautelares posibles, al acoger el

principio de *numerus apertus* o, lo que es lo mismo, de admisibilidad genérica de “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia” (Bacigalupo, 2019: 234).

La doctrina ha considerado mayoritariamente adecuado la opción del legislador por un sistema de medidas cautelares de *numerus apertus* dada la amplitud de supuestos y de las pretensiones posibles, que van más allá de otorgar la suspensión y de la posibilidad, abierta también en la Ley, de que se pueda proponer cualquier tipo de medida cautelar que esté destinada a asegurar la eficacia de la sentencia que se expida en el proceso principal (Cara Fuentes, 2014: 54 a 56). En esa línea de respaldo, Botía Torralba (2007: 30) señala que el carácter de innominado o de *numerus apertus*, obedece a sus rasgos esenciales esto es su carácter eminentemente casuístico y la profusión de conceptos jurídicos indeterminados presentes en su regulación tales como: *finalidad legítima del recurso, intereses en conflicto, perturbación grave, intereses generales o de tercero*, razón por la cual cada uno de esos criterios debe ser determinado caso por caso.

Es cierto que la lectura de la Exposición de Motivos de la norma genera unas expectativas no cumplidas en el articulado de la Ley. Así, por ejemplo, en su apartado VI.5 afirma que “La nueva Ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, **amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción** [...]”. Sin embargo, de la lectura del texto expreso de la ley no se advierte desarrollo legislativo alguno sobre los tipos de cautelares posibles, ni determinación de los criterios para su adopción; es

decir, no hay ningún referente de guía para el juez, ni para los abogados, ni justiciables. No existe un listado enunciativo sobre las medidas cautelares típicas posibles que se pueden interponer en el contencioso-administrativo, a diferencia de lo que ocurre en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que sí se desarrolla un listado de medidas cautelares específicas, que, como se ha dicho en otro lugar, pueden ser aplicadas supletoriamente al proceso contencioso administrativo conforme a la Disposición Final Primera de la Ley 29/1998.

En ese sentido, podemos inferir que la Ley 29/1998 ha adoptado un sistema cautelar innominado, genérico o de *numerus apertus*, contrario a la pregonada ampliación en los tipos de medidas cautelares, conforme se constata en la redacción del artículo 129.1:

*“Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso **la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.**”*

Como bien señala el maestro García de Enterría, “[u]n progreso indudable ha supuesto la admisión explícita por la LJ de una pluralidad abierta de medidas cautelares: “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia” dice exactamente el artículo 129.1 [...] Esta **cláusula abierta es elogiada** sin duda alguna, **pero nos parece que hubiese sido deseable, como ocurre en otros Derechos, una enumeración de las normalmente disponible, al menos *ad exemplum*, para no dejar al juez perplejo ante la total falta de enunciado** de las medidas a su alcance, que parece

apelar a su invención personal, lo que le intranquilizará normalmente, precisamente por su buen hábito de aplicador legal. Bueno es que el legislador confíe en el juez, pero ya no es tan bueno quizá que le confíe enteramente la configuración de instituciones apenas aludida, por una rúbrica genérica. Bajo el manto de generosidad, en realidad la fórmula puede generar retracción a la hora de sus aplicaciones [...]” (García de Enterría, 2004:362 -363).

En ese mismo sentido, para la magistrada Pilar Teso Gamella, esta falta de precisión y detalle en la regulación de la tutela cautelar, genera incertidumbre, pues, si bien es cierto que el análisis del caso concreto cobra peculiar importancia en materia de medidas cautelares, dada su necesaria adaptabilidad, sin embargo, la carencia de referente o parámetro legal alguno sobre los criterios que deben verificarse para otorgar medidas cautelares abre paso a una amplio poder discrecional del juez, que puede oscilar entre trasladar sin ajuste alguno las normas del ordenamiento procesal civil, o -si es temeroso- denegar toda tutela cautelar que no se encuadre dentro de la tradicional medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado, recortando o restringiendo la tutela cautelar sólo para este supuesto, cuando hay acto administrativo impugnado. La propia magistrada se plantea dudas relevantes a la vista de la genérica invocación legal: ¿es posible otorgar una medida cautelar “autosatisfactiva<sup>165</sup>”, o, ¿se puede otorgar

---

<sup>165</sup> Si bien la medida autosatisfactiva en estricto, no es medida cautelar, pues, tienen naturaleza jurídica distinta; usualmente en atención a sus similitudes, se les confunde e identifica como

una medida anticipada?; ¿puede otorgarse una medida cautelar *sui generis* adecuada para la eficacia de la sentencia?... lo cual puede ir más allá de lo idóneo, proporcionado y adecuado y nos puede conducir a un activismo judicial exacerbado afincado en la idea del juez Hércules (Teso Gamella, Pilar, 2007: 95-97).

En nuestra opinión, no está en discusión la generosidad y las bondades de las medidas innominadas o genéricas en un ordenamiento como el contencioso administrativo, sobre todo por el carácter casuístico de las mismas y su capacidad de adaptarse a la diversidad de hechos y situaciones; sino que, como señala García de Enterría, insistimos en que, junto a esta cláusula abierta, hubiese sido apropiado contar con un listado enunciativo de las medidas cautelares específicas con carácter ejemplificativo que permita despejar dudas o temores en el juzgador; de manera similar a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 727 (Gil Ibáñez, 2001: 94). Se debe tener presente, además, que al momento de solicitar la medida cautelar son los justiciables quienes proponen la medida cautelar que consideran garantiza su derecho, por lo que un listado enunciativo de medidas cautelares específicas sería de gran ayuda para orientar en la presentación de su pedido cautelar.

Se da por superado el protagonismo de la medida cautelar de suspensión, que será una de entre otras

---

si se tratase de una medida cautelar, por eso ante el poder genérico cautelar la pregunta resulta válida.



muchas medidas a adoptar por el juez, y así se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998:

*“Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, **la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible**”.*

Esta medida resulta, desde luego, muy útil cuando se impugna un acto administrativo. Se trata de privarle de la ejecutividad que le es inherente mientras dura el proceso y, así, evitar que la futura sentencia devenga ineficaz (Botía, 2007: 79). Ahora bien, esta tipología de medida, tan eficaz y utilizada en presencia de actos administrativos, pierde toda su eficacia ante pretensiones desvinculadas del clásico acto administrativo (Parejo Alfonso, Luciano, 1983: 301).

El artículo 129 de la Ley 29/1998 establece, como ya señalamos, una regla de *numerus apertus* en el apartado 1 (“Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”). En el apartado 2 cita expresamente la medida de suspensión: “Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda”. De una interpretación sistemática de ambos apartados se deduce que no se trata sino de significar que respecto de ésta última –la suspensión– rige una regla especial en cuanto al momento en que

debe ser planteada: si se impugna una disposición general, deberá efectuarse al inicio del proceso (en uno de los dos primeros escritos de la parte demandante), en tanto que la regla en el resto de los procesos se extiende cualquier momento.

Por último, la Exposición de Motivos las cita expresamente, al señalar que la Ley “introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso **las de carácter positivo**”.

En este punto la Ley recoge una interesante jurisprudencia recaiga bajo la vigencia de la Ley de 1956; jurisprudencia que, superando las estrecheces de dicha norma, posibilitó la adopción de medidas cautelares de contenido positivo.

Estas medidas se pueden definir como aquellos instrumentos procesales que pueden ser invocados por los administrados en un proceso contencioso-administrativo, para hacer ejecutar provisionalmente lo que ha sido denegado o prohibido por un acto administrativo, mientras transcurre el proceso principal en el que se ha impugnado el acto aludido (Campo Cabal 1996: 655).

Para Botía Torralba (2007: 80), “Desde un punto de vista general, la medida cautelar de carácter positivo puede tener un ámbito de aplicación frecuente en los supuestos de vía de hecho e inactividad de la Administración (artículos 29 y 30 LJCA) y en aquellos casos en los que se impugna un acto administrativo de carácter negativo o denegatorio de una solicitud formulada a la Administración”.

### **3. Tipología de medidas en función de las pretensiones o recursos que pueden plantearse en el contencioso administrativo**

La Ley 29/1998 prevé cuatro acciones o modalidades diferentes de recurso, que describe la propia Exposición de Motivos: “en **primer lugar**, el tradicional recurso contra actos administrativos, ya sean estos expresos o presuntos (artículos 25.1 y 31), en **segundo lugar**, el que, de manera directa o indirecta, versa sobre la legalidad de una disposición de rango inferior a la ley ( 25.1, 26, 27 y 31); en **tercer lugar**, el recurso contra la inactividad administrativa (artículos 25.2, 29 y 32.1 ); y, en **cuarto y último lugar**, el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hechos, esto es, actuaciones materiales que careciendo de la necesaria cobertura jurídica, limitan o menoscaban derechos o intereses legítimos de los ciudadanos (artículos 25.2, 30 y 32.2)” (Exposición de Motivos de la Ley 29/1998 apartado VI.5).

En el presente trabajo nos enfocaremos en el sistema de pretensiones en Perú, que excluye al control directo de la actividad normativa de la administración y en materia contractual, toda vez que es obligatorio someter a conciliación o arbitraje la controversia (Díez Sánchez 2004: 329-333); revistiendo de interés para el caso las medidas cautelares contra actos, inactividad y vías de hecho, en los cuales la doctrina y jurisprudencia española se ha desarrollado de manera ejemplar.

### **A. Contenido posible y criterios para la adopción de las medidas cautelares en los recursos contra actos administrativos**

Como ya hemos señalado, la necesidad de tutela cautelar es evidente en el caso de las pretensiones de anulación de actos administrativos, ya que en estos supuestos la Administración, al dictar el acto, goza del privilegio de ejecutividad por la cual sus actos producen efectos jurídicos sobre el particular. Este argumento ha contribuido a encuadrar el proceso contencioso administrativo como meramente de revisión de la legalidad de actos administrativos ya dictados y ha llevado a muchos ordenamientos a sustantivar la suspensión del acto impugnado como única o principal medida cautelar en el proceso administrativo, ignorando las demás o relegándolas a una cláusula general (Huergo Lora, 2000: 341).

Ahora bien, hay que precisar que las **medidas cautelares en los recursos contra actos administrativos pueden tener contenido distinto**. Efectivamente, procede una **medida cautelar suspensiva** si se trata de un acto impugnado de gravamen seguido en un procedimiento de oficio.

Pero si se trata de sea de un acto denegatorio y se pretende condenar a la Administración a llevar a cabo alguna actuación, por ejemplo, otorgamiento provisional de una autorización, la medida cautelar de suspensión no resulta idónea, sino que más conveniente y adecuada resulta una **medida cautelar positiva**. En tal caso, el juez deberá valorar el cumplimiento de los presupuestos y, además, según las circunstancias, analizar si corresponde adoptar la

medida por ser un acto reglado, o en caso de ser discrecional emplear la técnica de reducción a cero de la discrecionalidad; y, superados estos presupuestos, deberá decidir si es posible adoptar la medida por no ser irreversible para no prejuzgar o, en caso de ser irreversible, ser la única forma de tutelar el derecho a la tutela judicial amparado por la Constitución.

En definitiva, aunque la Ley otorga un amplio margen de valoración al juez para otorgar la medida adecuada para asegurar la efectividad de la sentencia, hay ciertos límites como la naturaleza discrecional del acto y la irreversibilidad de la medida.

### **B. Contenido posible y criterios para la adopción de las medidas cautelares en los recursos contra disposiciones generales**

La jurisprudencia ha sido especialmente restrictiva cuando se trata de adoptar medidas cautelares de suspensión en caso de impugnarse disposiciones generales.

En un Auto reciente de 24 de septiembre de 2020 (R. 204/2020), el Tribunal Supremo resume su doctrina recordando que “la suspensión de la ejecución de una disposición de carácter general ya supone un grave perjuicio del interés público”. Y que solo en caso de "grave daño individual" cabe su suspensión (ATS de 15 de julio 1993, R. 6564/1992 y ATS de 29 de julio de 2004, R. 58/2004). También se insiste (ATS de 27 de noviembre de 2006, R. 53/2006, con cita de otros anteriores) en que, “cuando se trata de impugnación de disposiciones generales ... es prioritario el examen

de la medida en que el interés público, implícito en la propia naturaleza de la disposición general, exija la ejecución”.

### **C. Contenido posible y criterios para la adopción de las medidas cautelares en los recursos contra la inactividad administrativa**

Huergo Lora (2000: 342-343) señala que si el objeto del recurso no es la impugnación de un acto administrativo sino que en él se discute si la Administración está obligada a dictar un acto o realizar alguna otra prestación en la que está interesado el demandante, ninguna tutela cautelar útil se puede obtener si se dispone la suspensión del acto impugnado, en unos casos porque no habrá en lo absoluto acto impugnado (en sistemas que no partan en todo caso del principio revisor) y en otros porque, aunque por exigencias de la Ley sea necesario provocar un acto expreso o presunto para vincular la instancia, ese acto será en estos casos manera de denegación que no produce efecto alguno y que por tanto tampoco tiene sentido alguno suspender.

Ante estos supuestos de inacción, en los que se persigue una pretensión de condena, la medida cautelar que solicita el justiciable tendrá contenido positivo y su límite será el otorgamiento provisional del “petitum” de la demanda (máximo ejemplo de la medida cautelar positiva u orden de ejecución), cabiendo en cada caso otras múltiples posibilidades en que, sin conceder ese máximo, se evite la producción de perjuicios de imposible o difícil reparación y, en definitiva, se mantenga abierta la

posibilidad de que la sentencia de fondo tutele eficazmente los derechos e intereses del demandante. En algunos casos, sin embargo, la medida cautelar es irreversible o bien porque se refiere a un momento anterior a la sentencia (se da en el caso de autorización de manifestación, servicios mínimos en casos de huelga etc.); o bien porque, aunque teóricamente se podría exigir su reembolso, la situación de necesidad o insolvencia del solicitante lo hacen poco probable (en casos de precariedad o condición de vulnerabilidad del solicitante); por lo que señala Huergo que incluso en estos casos se debe otorgar la medida cautelar si se dan los demás presupuestos.

Se debe precisar que no cabe adopción de medidas cautelares en recursos contra la omisión de prestaciones materiales de naturaleza discrecional, salvo que se halle reducida a cero.

En el supuesto de **inactividad de la Administración respecto de la inejecución de actos firmes** invocado por el recurrente, la **medida cautelar exigirá la ejecución anticipada** de la obligación reconocida en el acto firme siempre y cuando tenga el carácter de reversible; es decir, siempre que no signifique una ejecución definitiva del acto, salvo que el proceso principal perdiera necesariamente su objeto, por el transcurso del tiempo, antes de que pudiera recaer en el mismo la sentencia de fondo (Bacigalupo, 2019: 258 a 259).

Las medidas cautelares posibles contra **la omisión de prestaciones debidas** son las **medidas cautelares positivas**. En primer lugar, porque, tratándose de un

genuino recurso por omisión, no se impugna a través de acto alguno susceptible de ser suspendido. Y, en segundo lugar, porque, en cualquier caso, jamás una medida suspensiva conseguiría proporcionar la protección cautelar que en estos supuestos resulta necesaria para asegurar “la efectividad de la sentencia” de fondo, a saber: la condena provisional a la Administración demandada a realizar u otorgar la prestación material omitida, en tanto se sustancia el proceso principal (Bacigalupo Saggese 2019: 255 a 256).

#### **D. Contenido posible y criterios para la adopción de las medidas cautelares en los recursos contra actuaciones materiales que constituyan vía de hecho**

Según la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, mediante este recurso, se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase.

Para Jiménez Plaza (2005: 140), la acción tiene naturaleza declarativa y de condena, pues el demandante pretende que se declare contrario a derecho, que cese esa actuación y que se adopten las medidas para que se le restituya en su situación anterior ilegalmente alterado.

En ese sentido, el objeto del recurso en el proceso principal radica en una condena a la Administración para que conserve o no altere el *statu quo ante*; por consiguiente, la tutela adecuada es una **medida cautelar conservativa** pero, además, se debe



disponer cesar inmediatamente en la actuación recurrida, con una **medida cautelar interdictal**.

Esta modalidad de tutela cautelar presenta particularidades, reseñadas por Bacigalupo (2019: 262-263), que pueden resumirse en las siguientes:

- La tutela cautelar se otorga en estos casos –y puesto que aquí no puede operar (en ausencia de acto administrativo) la medida cautelar suspensiva– a través, fundamentalmente, de **una medida cautelar positiva**, pero (a diferencia de las que se adoptan frente a actos denegatorios o inactividad administrativa) **de carácter meramente conservativo** (y no anticipatorio), a saber: la condena cautelar a la Administración demandada a cesar inmediatamente en la actuación material recurrida.
- Siendo esta la más importante, no es, sin embargo, la única medida cautelar que cabe adoptar en los recursos contra las actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho. No solo la acción de cesación es susceptible de aseguramiento cautelar. También lo es la pretensión de restablecimiento del *statu quo ante* alterado o modificado por la actuación material impugnada. Dicha protección se dispensa asimismo mediante una **medida cautelar positiva**, pero esta vez, como es obvio, **de carácter anticipatorio**, que consiste en la condena cautelar a la Administración demandada a restablecer provisionalmente la

situación inicial modificada por la actuación material recurrida.

- El otorgamiento de la tutela cautelar no se condiciona en los recursos contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho a la existencia de una “apariencia de buen derecho” (esto es, la apariencia de que el recurrente ostenta, en efecto, el derecho que razonablemente alega lesionado por la actuación material impugnada), sino – tan solo – a que no exista una “evidencia de ausencia de tal derecho” (o, lo que es lo mismo a que el recurso no carezca manifiestamente de fundamento).
- En cuanto a la **ponderación de los intereses en conflicto**, no puede oponerse al otorgamiento de la tutela cautelar el argumento de que la misma puede ocasionar una “perturbación grave de los intereses generales o de tercero”; no es posible admitir la existencia de un interés público preponderante en que no se interrumpa una actuación material limitadora de derechos que muy posiblemente se revelará contraria al ordenamiento jurídico (Bacigalupo: 2019: 263).

### **III. OTRAS FORMAS DE TUTELA URGENTE NO CAUTELAR Y SU PROYECCIÓN EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Si bien el presente trabajo de investigación versa sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, análisis comparado entre el derecho peruano y español; sin ánimo de distanciarnos del tema materia de investigación, creemos que es conveniente introducir este epígrafe por las siguientes razones de orden material y formal.

En principio, en el capítulo Segundo de este trabajo, siguiendo a Proto Pisani, se ha clasificado a la tutela jurisdiccional como tutela jurisdiccional ordinaria y diferenciada; y dentro de la tutela diferenciada se encuentra la tutela urgente, resultando la tutela cautelar una especie de la tutela urgente, al igual que la tutela anticipada, la tutela autosatisfactiva y otros tipos de tutela urgente como el amparo, el hábeas corpus, etc.

En el caso particular de las medidas cautelares, medidas anticipadas y medidas autosatisfactivas, estos instrumentos procesales comparten elementos afines, como el proceso de cognición (sumario), la urgencia en su trámite e incluso algunos criterios, si bien es cierto -como ya se señaló en el ítem correspondiente- la tutela cautelar -objeto de la presente investigación- es la figura jurídica que ha alcanzado más desarrollo y notoriedad en la doctrina, legislación y jurisprudencia. Ello no es impedimento para desconocer la existencia de otras instituciones afines y hasta complementarias a la tutela cautelar, como lo es la tutela anticipada y la tutela

autosatisfactiva, que pueden ser introducidas al proceso contencioso administrativo peruano y español para hacer más eficiente la tutela judicial de la que deriva la tutela cautelar. Muchas veces, ésta no resulta suficiente o no es la medida adecuada para garantizar la tutela jurisdiccional efectiva, llegando así a forzar la interposición de procesos principales que atentan contra la economía procesal, pues se sobrecarga a los órganos jurisdiccionales con procesos innecesarios, y cuya tramitación también genera perjuicios en los recurrentes, porque esta tramitación inoficiosa se materializa en dispensa de tiempo y dinero.

Además, se considera necesario e imprescindible distinguir estas novedosas instituciones a efecto de no confundirlas con la tutela cautelar, y proponer la incorporación en los respectivos ordenamientos jurídicos bajo estudio (peruano y español) como *lege ferenda*; pues, si bien es cierto que vía interpretación de *lege lata* con enfoque constitucional ya se venía amparando estos tipos de tutela urgente no cautelar, se hace necesario que se establezcan reglas procesales claras para abogados y jueces<sup>166</sup> y evitar caer en un *decisionismo* (Peyrano, 2009:451-452), de tal forma se pueda utilizar estos instrumentos procesales cuando resulten adecuados y pertinentes.

Y, desde luego, abordamos esta cuestión porque consideramos que resulta sumamente interesante que

---

<sup>166</sup> En ese sentido Peyrano nos recuerda que muchas de esas creaciones, fruto del activismo procesal, ya se han consagrado legislativamente en Argentina como lo referido a las cargas probatorias dinámicas, la tutela anticipada, la medida autosatisfactiva, la medida cautelar innovativa y otros ejemplos.

surja este producto de investigación en el marco del programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano<sup>167</sup>, que busca formar doctores en Derecho Público Latinoamericano, manifestando la existencia de un Derecho Público de bases comunes y principios compartidos entre España e Iberoamérica. Observar la experiencia comparada en Brasil y Argentina y ensayar su posible incorporación a Perú y a España, es una realización de los principios del Doctorado cursado y una magnífica muestra de las bonanzas de compartir esa base común de principios aludida.

### 1. Tutela Anticipada y Tutela Cautelar

Para Pérez Gaipo, Julio (2018: 156) el fundamento para admitir la tutela anticipada se puede encontrar en la conocida obra del maestro Calamandrei “*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*” en la cual señala que hay dos manifestaciones del *periculum in mora*: por un lado, el **peligro de infructuosidad**, que guarda relación con la tutela cautelar y consiste en la desaparición de los medios necesarios para la formación o la ejecución de la providencia principal sobre el mérito; y, por otro lado, el **peligro de tardanza**, que se corresponde con la tutela anticipada y se refiere a la prolongación de la insatisfacción del derecho sobre el reclamante a causa de la dilación del proceso ordinario.

La primera manifestación es de carácter objetivo y busca la conservación de los bienes que deben subsistir para que la sentencia se pueda ejecutar; y la

---

<sup>167</sup> Ver el link: <https://doctoradodai.com/presentacion/>

segunda tiene carácter subjetivo, valorando los efectos de la providencia principal con la situación personal de necesidad del solicitante, según la cual una ejecución forzada, fructífera pero diferida, podría resultar en la práctica tan inútil como una ejecución forzosa infructuosa por falta de bienes contra los cuales dirigirse (Calamandrei, 1996: 71).

### **A. Concepto y requisitos de la tutela anticipada**

La anticipación de tutela, medida anticipatoria o tutela anticipada es una tutela diferenciada de urgencia que, sobre la base de una cognición sumaria y siempre que se cumplan los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al peticionante otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material (Martel Chang: 2003: 89).

Las medidas anticipadas son resoluciones que, con independencia de la emisión de la sentencia, satisfacen materialmente la pretensión de una de las partes (Gallegos Fedriani, 2006: 140). Es decir, son instrumentos procesales que cumplen una función que va más allá de la tutela cautelar, pues no cumple solo una función de garantía respecto de la futura sentencia que pueda emitirse en el proceso, sino que supone, en parte, la satisfacción parcial o total de la pretensión contenida en la demanda, cuando del retardo en la satisfacción pueda derivarse perjuicios irreparables (Morello Augusto, 1996: 68).

Mitidiero (2013: 25) define la tutela anticipada como

“la *técnica* direccionada a anticipar de forma *provisional*, mediante *cognición sumaria*, la *tutela jurisdiccional del derecho* para la parte, buscando la *distribución isonómica de la carga del tiempo en el proceso*”. Con la tutela anticipatoria se busca asegurar una decisión anticipada a fin de garantizar un derecho fundamental que le asiste a la persona y que por la demora del proceso no se vea perjudicada (Chipayo, 2019: 6).

En ese sentido, el juez podrá ordenar la anticipación de tutela: a) si existe convicción acerca del derecho invocado; b) si existe un grado de urgencia tal que permita advertir que, si la medida no se tomare en ese momento, se causaría un daño irreparable al peticionante; c) si el demandado abusa de su derecho de defensa o se comporte con propósitos dilatorios; si se efectiviza contracautela y, finalmente, d) si la anticipación no produce efectos irreparables en la sentencia definitiva (Gallegos Fedriani, 2006: 149).

Llamada por Mitidiero como técnica anticipatoria, es el *medio* que permite la anticipación de la tutela jurisdiccional de los derechos. La técnica anticipatoria “se consustancia esencialmente en una inversión procedimental y constituye una técnica procesal. Es un **medio** para la realización de una finalidad ... es el medio que permite la anticipación de la tutela jurisdiccional de los derechos. La anticipación es el ‘medio’ que se orienta a la obtención del ‘fin’ tutela jurisdiccional del Derecho” (Mitidiero, 2013: 25).

## **B. Diferencia entre tutela anticipada y tutela cautelar**

De la aproximación conceptual antes glosada, se puede decir que la tutela anticipada tiene que partir de la teoría de la tutela cautelar, de allí su estrechísima relación, por la que comparten rasgos comunes como los siguientes: la instrumentalidad, toda vez que aparecen vinculadas a un proceso principal, cumpliendo cada una de ellas un rol distinto (en el caso de las medidas anticipadas adelantar parcial o totalmente el derecho); la carencia de efectos de cosa juzgada, pues, son dictadas mediante una cognición sumaria, solo brindan una cosa juzgada provisional; y la ausencia de prejuizamiento, pues, incluso permite su reversibilidad en la sentencia de fondo (Rosario Domínguez, Juan Francisco, 2006: 68).

No se debe igualar la sumariedad que se encuentra de base en la técnica anticipatoria, con la sumariedad procedimental propia de los procesos abreviados y rápidos o sumarios. En la técnica anticipatoria, la sumariedad está referida a la cognición<sup>168</sup> del caso presentado en juicio, es decir, es una *incompletud material* de la cognición de la causa, ya sea porque no es definitiva, porque es parcial o porque es superficial (Mitidiero, 2018: 206).

Sin embargo, no debe confundirse la tutela anticipada

---

<sup>168</sup> El empleo de la cognición sumaria por la doctrina constituye el fundamento de la construcción de tutelas jurisdiccionales diferenciadas para la tutela de los derechos, viabilizando la adaptación del proceso a las necesidades urgentes del derecho material (Proto Pisani, 2014a: 89).



con la tutela cautelar<sup>169</sup>: “La técnica anticipatoria se refiere apenas al momento en que la tutela es prestada y al módulo de cognición vinculado a aquél. La tutela satisfactiva realiza inmediatamente el derecho anticipado (combate el peligro en la tardanza), tanto para prevenir ilícitos y/o daños. La tutela cautelar solamente asegura la posibilidad de disfrute futuro del derecho cautelado (combate apenas el peligro de infructuosidad), y en nada perjudica el resultado del proceso que se orienta a la prestación de la tutela satisfactiva (las medidas cautelares son neutras frente al resultado del proceso principal)” (Mitidiero, 2013: 49).

En la doctrina peruana, Ariano Deho (2003: 709-710) discrepa que la tutela anticipada sea un mecanismo autónomo de tutela. A su vez, Renzo Cavani (2014: 39) está de acuerdo en que la tutela anticipada es una técnica procesal<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> “[No] se trata de dos manifestaciones que responden a similares presupuestos. Mientras la tutela cautelar estaría destinada a asegurar el derecho protegido interinamente, en palabras de Baptista da Silva: el peligro de infructuosidad del Derecho, la tutela anticipada posibilita la inmediata realización del Derecho. La separación y comparación entre ambas formas de tutela le permite a Daniel Mitidiero considerar que ellas responden al principio de anticipación de efectos, que se manifiesta: en las satisfactivas dando respuesta concreta al derecho que se dice vulnerado y en las cautelares por permitir la concreción de un espacio para lograr seguridad durante el proceso. Intenta con ese recorrido demostrar que la diferencia entre ambas nociones es funcional y no estructural” (Oteiza, 2013: 14).

<sup>170</sup> Como señala Pérez Gaipo, Julio (2018: 166) la diferencia es funcional y no estructural, la tutela cautelar busca asegurar la efectividad del proceso; y la tutela anticipada, satisfacer el derecho del peticionante.

A nuestro entender, en el caso peruano existe confusión en el propio legislador, pues, por un lado reconoce la diferencia existente entre medidas cautelares y medidas anticipadas, pero, por un defecto en la técnica legislativa, se incluye el artículo 618 del Código Procesal Civil<sup>171</sup>, que regula a las medidas anticipadas, dentro del Subcapítulo 1° referido a las Disposiciones generales de las Medidas cautelares (Capítulo I), defecto que por la supletoriedad del ordenamiento procesal civil es trasladable al proceso contencioso administrativo y que motivaría una interpretación equivocada de que la tutela anticipada sea entendida como “Tutela cautelar” en el proceso contencioso administrativo.

### **C. La tutela anticipada y medida temporal sobre el fondo**

Se afirma que fue Carnelutti quien puso en evidencia lo que hoy se conoce por algunas legislaciones como anticipo cautelar de la sentencia de mérito y que el Código Procesal Civil peruano<sup>172</sup> la regula bajo la

---

<sup>171</sup> Artículo 618 (Código Procesal Civil peruano): *Medida anticipada*. Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.

A este efecto, si una medida se hubiere ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore por el transcurso del tiempo u otra causa, el Juez, a pedido de parte, puede ordenar su enajenación, previa citación a la contraria. La enajenación puede sujetarse a las estipulaciones que las partes acuerden. El dinero obtenido mantiene su función cautelar, pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad. La decisión sobre la enajenación o conversión es apelable sin efecto suspensivo.

<sup>172</sup> Artículo 674 (Código Procesal Civil peruano): *Medida temporal sobre el fondo*. Excepcionalmente, por la necesidad

figura de la “medida temporal sobre el fondo”<sup>173</sup>. Carnelutti (1971a) dividió los procesos cautelares en inhibitorios, restitutorios y anticipatorios, incorporando dos conceptos a la teoría de la tutela cautelar: la tutela cautelar restitutoria y la tutela anticipatoria<sup>174</sup>.

La tutela anticipatoria es una forma del proceso cautelar innovativo, que se presenta como una modificación anticipada de una situación jurídica. La justificación de la cautela innovativa es que se comprometería el resultado del proceso principal si, desde el principio, no se dispusiera un determinado cambio en el estado de las cosas. Para Carnelutti, lo innovativo está asociado a una tutela de “prevención”, que contribuye, en algunos casos a preservar la

---

impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y, no afecten el interés público.

<sup>173</sup> En otras legislaciones se asume la calificación de despachos interinos de fondo o sentencias anticipatorias (Ledesma, 2013a: 338).

<sup>174</sup> Carnelutti (1971: 415-416) había criticado la clasificación bipartita del proceso cautelar en conservativo e innovativo, ya que toda providencia aporta una novedad, algo que de otra manera no hubiera ocurrido. Por ello, propone una división tripartita concerniente al modo con el cual la fijación de la situación de hecho entre los litigantes es garantizada: inhibición (proceso cautelar inhibitorio), eliminación (proceso cautelar restitutorio) o anticipatorio (proceso cautelar anticipatorio) del cambio (cfr. también Urdaneta, 2004: 147). Incluso antes, en su *Sistema* (Carnelutti, 1944: 250), ya se ocupaba de la tutela anticipatoria: “Otras veces, de lo que se trata no es de eliminar una peligrosa desigualdad entre los litigantes, sino de anticipar proveimientos que, si recayesen en el momento normal, perderían en todo o parte su eficacia. Esa anticipación puede ser conveniente lo mismo respecto al proveimiento del proceso de conocimiento que del proceso ejecutivo”.

igualdad de las partes en el proceso<sup>175</sup>. Lo que justifica las providencias cautelares anticipatorias es, pues, la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo de la providencia jurisdiccional definitiva (Calamandrei, 1996: 40)<sup>176</sup>.

Rivas<sup>177</sup> define las medidas temporales sobre el fondo como “aquellos pronunciamientos que se producen antes de la finalización del proceso sin perjuicio de su continuidad hasta la sentencia definitiva, mediante los cuales se da satisfacción provisoria total o parcial,

---

<sup>175</sup> Para hacer menos penosa la litis, o para agilizar su composición o asegurar la reintegración del derecho, el juez debe intervenir, no ya para definir la litis, sino para realizar —como enseña Carnelutti— “una sistematización de hecho en espera de la decisión definitiva; ya para mantener con la providencia cautelar el estado de hecho, bien para asegurar la igualdad de las partes, o ya para asegurar la realización anticipada o preventiva de la sentencia definitiva (Carnelutti, 1926: n.º 80; 1936: n.º 71). Sin embargo, se debe precisar que, para Carnelutti (1944: 250), “no se trata de eliminar una peligrosa desigualdad entre los litigantes, sino de anticipar proveimientos que, si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia”.

<sup>176</sup> Para Calamandrei (1996: 43 y 44), la función de las providencias cautelares “nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva [...] Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y del mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente”.

<sup>177</sup> Citado por Ledesma (2013a: 338).

al objeto de la pretensión. La medida anticipatoria es disímilmente opuesta a la medida cautelar asegurativa”.

Sotero (2015: 50) señala que “estas medidas anticipadas no son en estricto cautelares (asegurativas) sino satisfactivas (efectos que también podrían generarse al tramitarse una innovativa o no innovativa). A partir de ello se aprecia que nuestro Código Procesal Civil regula como cautelar una forma de protección que carece del rasgo típico (así dicho incluso en sede constitucional) de presentar el instrumento del instrumento”.

Y Ariano (2003: 709) señala lo siguiente: “[C]uando se habla de ‘tutela anticipada’, se está usando la expresión para referirse a la posibilidad de la emisión de una resolución judicial, cuyo contenido y efectos, anticipa en todo o en parte aquel que deberá (o podrá tener) la resolución judicial a dictarse en el momento regular, o sea la sentencia que pone fin a un regular proceso de conocimiento”<sup>178</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia la define como “la solicitud de medida temporal sobre el fondo, prevista en el artículo 674 del Código Procesal Civil, pretende

---

<sup>178</sup> “En esos términos se expresaba Crisanto Mandrioli, en su clásico estudio de 1964 al señalar que: ‘Si anticipar quiere decir, en primer lugar, llegar primero, la técnica de la anticipación referida a una resolución, significa técnica del hacer llegar (es decir hacer pronunciar) una resolución antes de otra resolución (...) la resolución normal y necesaria es aquella que define el juicio de primer grado, es decir, normalmente, la sentencia, y solamente esta, puede ser la resolución anticipada, o sea la resolución respecto de la cual se presenta el fenómeno de la anticipación en sentido propio” (2002: 8).

satisfacer anticipadamente el objeto pretendido y se concede excepcionalmente, para lo cual se requiere, no una simple verosimilitud sino una fuerte probabilidad que, la posición de quien la solicita sea jurídicamente la correcta”<sup>179</sup>.

#### **D. Propuesta sobre la necesidad de incorporación de la tutela anticipada en el proceso contencioso administrativo**

Conforme se ha explicado, el reconocimiento judicial del derecho y su eventual ejecución ulterior requieren de un tiempo más o menos prolongado, dependiendo de la complejidad de los asuntos materia de discusión entre otros factores exógenos y endógenos al proceso. Basta sólo recordar a manera de ejemplo, la información estadística de la Corte Superior de Justicia de Lima presentada líneas arriba y comprobar la realidad del sistema judicial (en este caso peruano): lo desbordados que están los órganos jurisdiccionales por encima de los estándares en carga judicial y por debajo de los estándares en producción; problemática que lastimosamente es común en diversas latitudes.

El factor *tiempo*, pues, se constituye en una nota de dramática importancia e insoslayable consideración en y para el proceso judicial, pues la función jurisdiccional no finaliza con la simple declaración nominal del derecho, sino que se agota hasta su efectivo restablecimiento, teniendo en cuenta que una decisión inoportuna o tardía equivale, algunas veces, a la inexistencia del mismo, y así también una

---

<sup>179</sup> Expediente N° 2607-2008, resolución del 26 de marzo de 2009, Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

resolución oportuna pero de imposible realización resulta inicua para el reconocimiento del derecho. (Kielmanovich, 2000: 15)

Ahora bien, el Estado se ha organizado de tal forma que prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, salvo en supuestos inusuales y de apremiante urgencia como la legítima defensa y otras excepciones; razón por la cual no puede ser indiferente a las consecuencias que la demora en la tramitación de los procesos judiciales puede generar en los ciudadanos, por lo que debe hacerse cargo y ocuparse de proveer las medidas necesarias para evitar esos daños.

En ese contexto, en el proceso en general y en el contencioso administrativo en específico, con las peculiaridades propias de este ordenamiento, el legislador- peruano y español- han previsto la regulación de las medidas cautelares, instrumentos procesales que tienen por finalidad evitar que el transcurso de tiempo haga inútil el desarrollo del proceso o torne en meramente lérica la sentencia. Las medidas cautelares así instituidas, se entienden derivadas de la tutela judicial, la cual como hemos señalado no sólo se alcanza con el reconocimiento o declaración judicial del derecho, sino que se agota con el cumplimiento de la misma en sus propios términos.

Actualmente se evidencia que las medidas cautelares consideradas como instrumentos procesales para garantizar la tutela judicial, resultan ser insuficientes para dar cobertura legal a todos los supuestos de tutela urgente, toda vez que conforme al desarrollo legislativo y doctrinal Iberoamericano en especial en

Brasil y Argentina, hay nuevas herramientas que deben ser incorporadas porque complementan la tutela urgente cautelar, nos referimos a la tutela anticipada que es un instrumento procesal con rasgos propios que difieren de la medida cautelar y de la tutela autosatisfactiva .

La realidad cotidiana nos demuestra que hay supuestos que no se enmarcan dentro de ninguno de los supuestos típicos de medidas cautelares, por no reunir todas sus características, ni cumplir los presupuestos, por lo que resulta imperativo regular explícitamente estas instituciones procesales en nuestras legislaciones contencioso administrativas, para permitir a los intervinientes del proceso contencioso administrativo conocer con certeza los supuestos de tutela anticipada, el procedimiento establecido a fin de evitar el decisionismo judicial y la incertidumbre jurídica debido a su falta de regulación específica, en aras de la seguridad jurídica.

Además, porque su regulación expresa de manera autónoma a la tutela cautelar, pone de manifiesto su naturaleza distinta, la cual requiere para su adopción la presencia de presupuestos distintos que deben ser evaluados por el juez, como el alto grado de probabilidad de derecho invocado que excede la simple verosimilitud y que haya una urgencia más apremiante, en conexión con la persona solicitante de la medida, más que con la eficacia de la sentencia. La regulación expresa evitaría cometer errores en la calificación del tipo de la medida de tutela urgente que se debe solicitar (por los abogados) y el tipo de medida de tutela urgente que se debe conceder.



Estas otras formas de tutela urgente no cautelar son pieza clave para mejorar la administración de justicia, brindando una respuesta célere y oportuna, de tal forma que se contribuye a devolver legitimidad a la justicia<sup>180</sup>, pero principalmente en beneficio de los justiciables que ven satisfecho su derecho de manera más célere.

Estas razones nos llevan a insistir en la necesidad de la regulación expresa de la medidas de tutela anticipada en el proceso contencioso administrativo, de manera independiente a la medidas cautelares y que se adopten más fórmulas de esta naturaleza, sin caer en un rigorismo taxativo sino que se proponga un listado enunciativo o de *numerus apertus*, que permita comprender muchos otros supuestos no previstos o no existentes, una especie de medidas anticipadas innominadas, pues es obvio que la realidad supera a la norma jurídica.

Teniendo en cuenta que las diferencias que hay entre la medida cautelar y la medida de tutela anticipada son de corte funcional más que estructural, y que existen similitudes entre ambas formas de tutela urgente, la propuesta de incorporación legislativa que postulamos debe contemplar estas similitudes y ser flexible, es decir, si el solicitante por error peticiona

---

<sup>180</sup> En ese sentido Gallegos Fedriani (2006: 30) respecto de las medidas cautelares señala que: “Las providencias cautelares están dirigidas más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y por así decir, la seriedad de la función jurisdiccional”. Vale precisar que dicha afirmación resulta extensible a la tutela urgente no cautelar, toda vez que teniendo en cuenta la excepcional urgencia de los supuestos que la configuran su otorgamiento contribuye a devolver la legitimidad y confianza en los jueces”.

una medida cautelar y corresponde una medida de tutela anticipada o viceversa, se debe posibilitar su adecuación, pues, finalmente es el juez quién conoce el derecho aplicable al caso concreto y debe evaluar qué tipo de tutela procede, según las circunstancias de protección y atendiendo el pedido del solicitante.

En el caso peruano consideramos que resulta más pacífico la incorporación legislativa de manera expresa, respecto de la tutela anticipada, pues este instrumento procesal sí se encuentra previsto en el ordenamiento procesal civil en distintas disposiciones normativas, es decir, ya se encuentra positivizada, en ese sentido el artículo 618 del Código Procesal Civil refiere: **“Además de las medidas cautelares reguladas el Juez puede adoptar medidas anticipadas** destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.”.

De la lectura de este artículo- como ya señaló en el ítem correspondiente- se advierte de manera expresa que, para el legislador del Código Procesal Civil, sí hay diferencia entre las medidas cautelares y las medidas de tutela anticipada; pero por defecto en la técnica legislativa se ha insertado esta norma dentro de las disposiciones generales de las medidas cautelares.

Así también dentro del capítulo II referido a las medidas cautelares específicas, en el artículo 674 del Código Procesal Civil, como medida temporal sobre el fondo se esboza una definición de medida anticipada:

**“Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza**

**del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta,** siempre que los efectos de la decisión pueda ser posible reversión y, no afecten el interés público”.

Y seguidamente se regulan supuestos especiales de medidas anticipadas como la asignación anticipada de alimentos, en asuntos de familia e interés de menores, administración de bienes, desalojo y otros previstos en los artículos 675<sup>181</sup>, 677<sup>182</sup> y 679<sup>183</sup> del Código Procesal Civil respectivamente.

Ahora bien, si conforme se ha señalado las normas del ordenamiento procesal civil resultan aplicables supletoriamente al proceso contencioso-administrativo, una consecuencia natural, es que

---

<sup>181</sup> Artículo 675 del Código Procesal Civil: “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 (...)”.

<sup>182</sup> Artículo 677 del Código Procesal Civil.: “Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella (...)”.

<sup>183</sup> Artículo 679 del Código Procesal Civil: “En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien”.

también en el contencioso- administrativo resulten procedentes las medidas de tutela anticipada; así por ejemplo resultaría viable, teniendo en cuenta las condiciones particulares del solicitante (persona adulta mayor) y la alta probabilidad de que se le va reconocer el derecho, que se otorgue una tutela anticipada, para el adelanto de una suma de dinero por subsidio por luto y sepelio, dejando para que en ejecución de sentencia se pague el saldo restante con los intereses respectivos.

Esta demostración fáctica, a modo de ejemplo, respecto de la vigencia de las medidas de tutela anticipada, no se contrapone a nuestra postura sobre la necesidad de incorporación de las medidas anticipadas en el proceso contencioso-administrativo -de manera directa sin tener que ir al ordenamiento procesal civil- sino que la refuerza. Así, si bien ya se vienen concediendo estas medidas anticipadas bajo la cubierta de medidas cautelares -por interpretación vigorosa del poder cautelar genérico que tienen los jueces conforme al artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley 27584, el derecho a la tutela jurisdiccional previsto en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución, el principio *iura novit curia*<sup>184</sup> y otros fundamentos que refuerzan la tutela judicial, o ya sea por aplicación supletoria del ordenamiento procesal civil-, reiteramos nuestro planteamiento en la necesidad de su incorporación expresa, para esclarecer la naturaleza distinta entre la medida de

---

<sup>184</sup> Artículo VII del Código Procesal Civil: “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 petición en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

tutela anticipada y la medida cautelar, de tal forma que no se confundan los presupuestos exigibles a cada una de estas medidas; y que se establezcan algunos de los supuestos en que sea posible conceder medidas de tutela anticipada (listado enunciativo pero no cerrado) y así evitar que proliferen la discrecionalidad y que sobre las bases de reglas ciertas sobre el trámite y procedencia se dicten medidas de tutela anticipada predecibles.

En el caso español, respecto de las medidas de tutela anticipada y autosatisfactivas, no se advierte que la doctrina procesal española se haya detenido a estudiar estas nuevas formas de tutela, por lo menos no con la relevancia que se le ha dado en Iberoamérica, en especial en Brasil y Argentina, países en los que surgieron estas nuevas formas de tutela de urgencia y que generó mucho debate y discusión en foros académicos, congresos, libros, revistas, artículos, etc., pasando a tener la calidad de doctrina recibida al haberse positivizado en algunas de sus legislaciones procesales.

En cuanto a las medidas de tutela anticipada, cabe precisar que, no obstante no tener explícita regulación en el ordenamiento procesal civil – en la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 y tampoco en su predecesora Ley de 1881-, existe la posibilidad de otorgar estas formas de tutela urgente no cautelar (tutela anticipada), invocando la apariencia o bajo la forma de medida cautelar innominada o genérica. Es decir, se requiere un papel más activo por parte de los justiciables para postular estas formas no típicas de tutela de urgencia -toda vez que estas medidas proceden a pedido de parte y son los interesados

quienes están en mejor condición de conocer cuál es la medida de tutela anticipada que satisface mejor su derecho-; y también del juez para decidir con criterio amplio y extensivo, haciendo uso de sus facultades de la tutela cautelar genérica, para superar la insuficiencia de las medidas cautelares típicas y otorgar las medidas más adecuadas para la efectividad de la tutela solicitada (Pérez Gaipo, 2018: 184).

En la Ley de Enjuiciamiento Civil española se encuentran algunas disposiciones que -si bien no de manera expresa- dan lugar a que puedan adoptarse, además de medidas cautelares, otras medidas como las medidas de tutela anticipada; así tenemos que el artículo 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que previa instancia de parte pueden adoptarse “las medidas cautelares que considere necesarias **para asegurar la efectividad de la tutela judicial** que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”; el artículo 726.1 que regula las características de las medidas cautelares establece: “Ser exclusivamente **conducente[s] a hacer posible la efectividad de la tutela judicial** que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria [...]” y el 726.2 “[...] el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones **de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso**, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte”. De la redacción de las normas expuestas se advierte que éstas se refieren al aseguramiento de la efectividad de la tutela judicial y no sólo de la sentencia y que pueden adoptar medidas de contenido semejante a aquellas que se van a dictar en la sentencia (Ortells Ramos, 2000: 144).

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, podemos afirmar que explícitamente no se han previsto las medidas anticipadas y, como en el ordenamiento procesal civil español tampoco se han regulado de manera expresa, no se puede hacer aplicación supletoria de dicho instrumento procesal, a diferencia de lo que ocurre en Perú.

Sin embargo, la lectura del texto del artículo 129.1 de la Ley 29/1998 nos lleva a considerar que éste ha sido más generoso hacia el reconocimiento de otras formas de tutela urgente, al señalar que “[l]os interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso **la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.**” De la redacción del texto se infiere que se puede adoptar cualquier medida -no solo la cautelar- en aras de conseguir la efectividad, entendida como la posibilidad de la adecuada satisfacción del derecho.

De la misma manera, el artículo 134 de la Ley 29/1998 señala que la **medida** acordada será comunicada a la entidad administrativa correspondiente; en esa línea de análisis, el artículo 135 del mismo texto señala para el caso de las medidas cautelarísimas que el juez o tribunal, sin oír a la parte contraria, apreciando las circunstancias de especial urgencia puede adoptar o rechazar las medidas. En ambos supuestos, con un criterio amplio y tuitivo, consideramos que el legislador no se refiere sólo a las medidas cautelares sino a cualquier medida efectiva para la tutela judicial.

Ahora bien, este criterio extensivo que tiene el juez o el tribunal contencioso-administrativo -y también en el ordenamiento procesal civil- para decidir por la medida de tutela anticipada y salvaguardar la efectividad de la tutela, debe entenderse como una facultad-deber que tienen todos los jueces, acorde con el poder cautelar genérico, expresión del poder jurisdiccional, según el cual el juez puede otorgar la medida idónea, independientemente de que se encuentre positivizada, conforme al marco jurídico constitucional.

En efecto, el artículo 24.1 de la Constitución Española<sup>185</sup> establece la protección judicial efectiva de los derechos, y su artículo 118<sup>186</sup> señala que es obligatorio cumplir con las sentencias y resoluciones de los jueces y tribunales, y como se ha señalado la medida anticipada es un instrumento idóneo y oportuno para ese fin. En concordancia con ello, artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que “las sentencias se ejecutarán en sus propios términos<sup>187</sup>”, para lo cual se requiere de un

---

<sup>185</sup> Artículo 24 de la Constitución Española: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

<sup>186</sup> Artículo 118 de la Constitución Española: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

<sup>187</sup> Artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “1. Las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes. 2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Solo por



elenco amplio de tutela urgente (cualquiera que sea su especie) que responda con prontitud a la tutela judicial.

En la doctrina contencioso-administrativa, al igual que en el ordenamiento procesal civil, la medida anticipada ha pasado desapercibida, en tanto que al ser considerada como medida cautelar no se ha generado mayor discusión ni debate al respecto. Sin embargo, el maestro autor de “La batalla por las medidas cautelares”, don Eduardo García de Enterría, de manera concluyente señaló que sí cabe adoptar medidas anticipadas, afirmando: “En todos los ordenamientos positivos europeos es la hora del *référé*, de los juicios provisionales, de la consideración de las **medidas cautelares como un verdadero anticipo del fallo**, aunque provisional, revocable en cualquier momento, sin fuerza de cosa juzgada, anticipo incluso en la forma extrema de una “provisión” de la cosa o el dinero que se reclama en juicio” (García de Enterría, 2004: 151).

En esa línea de reconocimiento de la configuración procesal de las medidas de tutela anticipada, perfilada por el jurista don Eduardo García de Enterría, y teniendo en cuenta que éstas no están previstas de manera explícita en el ordenamiento procesal civil

---

causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización. 3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponde al Rey”.

español, por lo que no es posible otorgarlas en vía de integración en el proceso contencioso administrativo, con mayor razón me atrevería a postular la necesidad de la incorporación de las medidas de tutela anticipada en el ordenamiento específico. La tarea debería partir por diferenciar la naturaleza peculiar de la medida de tutela anticipada y las medidas cautelares; determinar los presupuestos exigibles para la tutela anticipada; enunciar algunos supuestos (listado enunciativo) en los que resulte procedente; y dar la flexibilidad al juez para que otorgue la medida de tutela anticipada en algún supuesto no previsto de acuerdo a las circunstancias del caso y adecuando la tramitación del proceso en caso se requiera.

Así, con esta dosis de mayor de flexibilidad, se superaría la escasez de las medidas de tutela anticipada típicas en el proceso contencioso administrativo, para garantizar de una manera más dinámica y acertada la tutela de cualquier tipo de pretensión con independencia del contenido o de la naturaleza que tenga del mismo; comprendiendo mediante este poder general e innominado de adoptar aquella medida que mejor se ajuste al caso concreto, en especial con el uso de las nuevas tecnologías, siempre difíciles de abarcar por el ordenamiento jurídico debido a su evolución constante.

## **2. Medidas autosatisfactivas y tutela cautelar**

### **A. Concepto y denominación**

Se atribuye a Jorge W. Peyrano la formación de la teoría de las medidas autosatisfactivas. Para este profesor rosarino (Peyrano, 1997: 15), las medidas

autosatisfactivas son “soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles”. Importan una “satisfacción definitiva” de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de tutela de urgencia que debe distinguirse de otras como, por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas. Pueden llegar a “desempeñar un rol trascendental -para remover ‘vías de hecho’, sin tener que recurrir al efecto a la postulación de diligencias cautelares que, como se sabe, ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal que, a veces, no desean promover los justiciables”.

Asimismo, se señala (Peyrano, 1997a: 13; Rojas, 1988: 61 ss.) que “es un requerimiento ‘urgente’ formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de allí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”.

Por otro lado, Pérez Gaipo (2018: 159), en referencia al nuevo Código procesal brasileño, señala que, junto a la tutela cautelar y a la tutela anticipatoria, se encuentra la tutela autosatisfactiva, más próxima a un procedimiento monitorio, en el que el derecho alegado por el solicitante aparece claramente reconocido, a través de medios de prueba documentales o que no requieren actuación, facultando al órgano judicial a decidir, sin escuchar a la parte contraria.

Según Martel Chang (2003: 98), las medidas

autosatisfactivas son verdaderas solicitudes urgentes, presentadas por los justiciables, ante un órgano jurisdiccional, fundamentadas en el principio de celeridad procesal, con la finalidad de que éste provea con carácter expeditivo, autónomo y definitivo, la remoción de vías de hecho u otras situaciones coyunturales urgentes que puedan generar un daño irreparable, no requiriendo la interposición de otro proceso.

La doctrina discute el *nomen juris* de esta medida. Morello (1986: 162), por ejemplo, utilizó la expresión “proceso preliminar preventivo”, con el propósito de identificar a una herramienta “que traspasa la órbita de las medidas preliminares, con autonomía que se agota en sí misma y que tiene fuerza vinculante mediante una sentencia que previene el ulterior proceso contencioso porque la satisfacción preventiva se ha agotado ya con lo actuado dentro de ese tipo de proceso”.

Autores como Rivas (1996: 2) utilizan la denominación de “anticipación impropia por consumación”, mientras que Berizonce (1996: 764 y 1997: 58 ss.), De Lazzari (1996: 651) y Etcheverry (1996: 3) prefieren la denominación “cautela material” y para Monroy Palacios (2002: 278) la noción más adecuada es aquella que describe su característica esencial de “proceso urgente”.

Peyrano (1997: 15) considera que es más acertada la denominación de “medida autosatisfactiva”, porque implica que el justiciable obtiene la satisfacción de su pretensión sin que tenga que realizar un proceso posterior y además porque el proceso urgente es más

genérico y abarca otras hipótesis además de las medidas autosatisfactivas<sup>188</sup>.

## **B. Características**

De todos los medios que dispone el derecho procesal para atender una pretensión revestida de gran urgencia, es probable que la medida autosatisfactiva sea el único instrumento procesal que puede evitar una inminente frustración de un derecho o la

---

<sup>188</sup> En ese sentido, sostiene lo siguiente: “[N]osotros [mismos] hemos contribuido a la imprecisión terminológica de la materia. En efecto, en un primer momento denominamos ‘proceso urgente’, a lo que hoy designamos ‘medida autosatisfactiva’. Dicho recambio (‘medida autosatisfactiva’ por ‘proceso urgente’) nos seduce por varias órdenes de razones: a) en primer lugar porque creemos que denota más cabalmente que el núcleo central consiste en que el justiciable obtiene ya mismo la satisfacción de su pretensión y sin que ello dependa de actividades ulteriores, b) en segundo término pensamos que la locución ‘proceso urgente’ es más global, vale decir, que sirve para abarcar otras varias hipótesis en las cuales el factor ‘tiempo’ posee especiales resonancias. Así, hoy empleamos la expresión ‘proceso urgente’ para aludir al género denominado por el factor temporal y que reconoce, entre otras, las siguientes especies: i) el proceso cautelar clásico, ii) las medidas autosatisfactivas, que ayer llamábamos ‘proceso urgente’, iii) la tutela anticipatoria, por ejemplo, la prevista en el actual artículo 273 del Código Procesal Civil de Brasil bajo cuyo amparo el promotor de un proceso principal puede, cumplidos ciertos presupuestos, conseguir una condena anticipada del demandado, obteniendo así prematuramente el objeto de la pretensión; ello sin perjuicio de que prosiga el trámite del proceso principal cuya sentencia de mérito confirmará o dejará sin efecto la resolución anticipatoria dictada con anterioridad. Por más que creemos que la aludida denominación es la que está prevaleciendo, no podemos dejar de citar algunas otras designaciones de lo mismo. Así, ‘cautelar autónoma’ (la misma es utilizada en la praxis tribunalicia con bastante asiduidad, tiene el inconveniente de poder suscitar equívocos en cuanto a la verdadera naturaleza —que no es cautelar— del instituto), cautela satisfactiva, tutela inhibitoria, tutela diferenciada” (Peyrano, 1997: 15).

satisfacción de una urgente necesidad de tutela jurisdiccional.

Las medidas autosatisfactivas conllevan una tutela urgente y autónoma, que se agota en sí misma, y, por regla general son atendibles *inaudita et alter pars*, para que se genere una satisfacción definitiva del requerimiento del demandante (Martel Chang, 2003:115) De esta descripción, podemos extraer sus características fundamentales.

### ***a. Proceso de estructura monitoria***

Dado el carácter urgente de su reclamación, las medidas autosatisfactivas se dictan dentro un proceso de estructura monitoria, esto es, un proceso de cognición sumaria, que tiene por objeto la atención inmediata de la pretensión solicitada<sup>189</sup>.

Las medidas autosatisfactivas deben utilizarse sólo para supuestos de suma urgencia, en los que, de no efectuar una rápida actuación judicial, se produciría la frustración del derecho invocado y haría imposible

---

<sup>189</sup> “Siendo la urgencia para atender la pretensión del demandante un requisito de procedencia de las medidas autosatisfactivas (donde el factor tiempo se ha constituido en un elemento de suma importancia para garantizar y realizar el acceso a una justicia eficaz), se advierte la necesidad de un trámite expedito para crear convicción en el Juez y evitar, de esta manera, un extenso procedimiento, debate y prueba.

En tal sentido, el diseño del procedimiento monitorio resulta conveniente para cambiar y variar los tiempos del real contradictorio, y por ende de duración del proceso, haciendo posible que se adopte una decisión urgente derivada de las circunstancias fácticas que le anteceden, llevando la controversia a un momento ulterior, siempre que el demandado se oponga a la decisión” (Martel Chang, 2003: 115-116)

iniciar posteriormente un proceso ordinario. Una buena administración de justicia debe ser oportuna y efectiva, para lograrlo, el juez debe ordenar estas medidas cumpliendo los procedimientos correctos y sin caer en excesos que luego puedan ser insubsanables, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto.

Según explica Martel Chang (2003: 120), la principal característica de este tipo de medidas es que la oportunidad de abrir el contradictorio y, consecuentemente, la iniciativa de provocarlo, debe estar a cargo de la parte demandada. Por consiguiente, las medidas autosatisfactivas deben ser ubicadas dentro de esta categoría del proceso monitorio.

Sugiere además que en este tipo de procesos debería emplearse el procedimiento monitorio documental o justificado<sup>190</sup>, este es el modelo adoptado en la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Procesal Civil Brasileiro, el procedimiento permanece en suspenso hasta que se resuelva, en definitiva, sobre el mérito de la oposición porque en verdad la factibilidad de que el Juez llegue a apreciar la fuerte probabilidad del derecho requiere de la prueba del derecho reclamado,

---

<sup>190</sup> “En cuanto a los tipos o posibilidades que el proceso de estructura monitoria admite, debe señalarse que tradicionalmente se han presentado dos modos diferenciados: el denominado procedimiento monitorio puro (que tiene como principal característica que los fundamentos de la demanda resultan de la simple afirmación del actor, apareciendo como el supuesto más adecuado para las medidas autosatisfactivas) y el llamado procedimiento monitorio documental (en el cual los fundamentos del actor deben encontrarse respaldados por prueba escrita)” (Restovich, 1999: 384).

y no solo de afirmaciones del actor.

### **b. Proceso autónomo**

Es un instrumento procesal eficiente **que se agota en sí mismo**<sup>191</sup>, para atender las necesidades del justiciable. Las medidas autosatisfactivas no dependen de un proceso principal<sup>192</sup> y no necesitan de la interposición de una demanda posterior o simultánea a su favor, en la medida que constituyen un pronunciamiento sobre el fondo del litigio que genera cosa juzgada (Peyrano, 1997b: 28). Las medidas autosatisfactivas, constituyen medidas autónomas, no están ligadas a un proceso principal y que dan solución a cuestiones urgentes y se agotan en sí mismo una vez satisfecho lo solicitado por el

---

<sup>191</sup> Julieta Bisogno (2003) señala que “la demanda autosatisfactiva es autónoma, no tiene fines asegurativos de un eventual pronunciamiento futuro favorable, sino que, es principal y **se agota en sí misma** porque persigue el dictado de una sentencia de fondo anticipada al trámite del proceso que resuelva el conflicto con estabilidad provisional o definitiva según fuera la suerte recursiva ulterior; siendo lo que la diferencia de la medida cautelar autónoma innovativa que apunta, especialmente, a la suspensión de los efectos del acto administrativo en los supuestos en que ellos causen perjuicios graves al administrado o cuando se verifique la nulidad manifiesta del acto” (resaltado nuestro). En el mismo sentido, -siguiendo a la doctrina argentina y en especial a Peyrano-, Martel Chang (2003:90) señala: “Las medidas autosatisfactivas son verdaderos procesos principales y urgentes que resuelven de modo definitivo conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas, no siendo por tanto provisorias ni accesorias de otro proceso”.

<sup>192</sup> “Entendidas como un proceso autónomo y exclusivo, las medidas autosatisfactivas producen efectos sustantivos o definitivos sin necesidad de estar vinculadas a la interposición coetánea o ulterior de otra pretensión principal para evitar su caducidad o decaimiento” (Martel Chang, 2003: 120).



justiciable (Rosario Domínguez, Juan Francisco 2006: 65).

**c. Diligenciamiento “*inaudita et altera pars*”**

Las medidas autosatisfactivas se conceden *inaudita et altera pars*<sup>193</sup>, esto es, sin atender u oír a la otra parte, pues, dada la extrema urgencia en la que se desenvuelven, no hay tiempo suficiente como para realizar actividad probatoria u otras audiencias. De todos modos, existe la posibilidad excepcional de que en ciertos supuestos (derecho de familia, por ejemplo) se arbitre una previa y comprimida sustanciación (Peyrano, 2002: 17).

Si bien el principio del contradictorio es una regla fundamental y elemental del proceso contencioso-administrativo y de todo proceso en general, es

---

<sup>193</sup> El artículo 637 del Código Procesal Civil peruano regula el ejercicio del contradictorio cuando se dicta una medida cautelar pero luego de emitida:

Artículo 637: Trámite de la medida cautelar

“La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo.”

ciertamente la estructura de un sistema jurisdiccional en un Estado de Derecho, que busca asegurar la igualdad de partes delante del juez en el ejercicio de derecho de defensa, pues, implica la comunicación a cada uno de los justiciables del conjunto de piezas del expediente y si fuera necesario de los medios relevantes de oficio; y estas reglas son aplicables durante todo el proceso sometido a la dirección del juez. Principalmente, esta obligación va significar que un asunto no pueda ser resuelto, sino se ha respetado el contradictorio, esto es, si una parte no ha tomado conocimiento en un plazo suficiente de los escritos y documentos proporcionados por la parte adversa y sobre todo de aquello que el juez tomará en consideración al resolver; sin embargo, es preciso señalar que los procesos de tutela de urgencia en el cual se enmarca la medida autosatisfactiva, son procesos especiales de “tutela diferencia”, adaptado a la naturaleza de lo petitionado y necesitado de asegurar un decisión rápida que justifica una alteración del principio de contradictorio.

Ahora bien, esta “variación” del principio de contradictorio, no significa una ruptura con esta garantía constitucional; sino que ésta, se restablece principalmente en la obligación del juez de la medida cautelar hasta el final, en el juzgamiento en el proceso principal si es que éste ha sido incoado; o también cuando corresponda -medidas autosatisfactivas- en una tramitación previa que no obstruya la urgencia, o al momento de interponerse el recurso de apelación o en el trámite de oposición contra la medida de tutela autosatisfactiva emitida ante el mismo juez.

Es así que el principio de contradictorio se ha visto adaptado en referencia a la tutela de urgencia (género que comprende a las medidas cautelares, medidas anticipadas, medidas autosatisfactivas y otras especies de tutela de urgencia como el amparo, hábeas corpus etcétera), por lo que en ese sentido podemos colegir que sí hay respeto por el principio de contradictorio, pero su tramitación no se desarrolla bajo el esquema tradicional de la tutela ordinaria, sino en un contexto de urgencia en el que puede diferirse para otra etapa. Sobre el particular, Peyrano, (1997a :33) precisa: “[...] apartándonos de nuestros planteos iniciales si bien la regla es el despacho *inaudita et altera pars* de la medida autosatisfactiva puede aceptarse que en determinadas coyunturas el tribunal interviniente pueda arbitrar alguna suerte de módica sustanciación previa.” En esa misma línea de análisis, a criterio de Padrós, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente conclusiva de las medidas autosatisfactivas, destinadas a agotar en sí misma el objeto del reclamo judicial, resulta necesario preservar el derecho a ser oído antes de que se emita la medida autosatisfactiva, por eso se debe garantizar la bilateralidad en este tipo de procesos urgentes, salvo que circunstancias de especial urgencia, debidamente acreditadas impongan el deber de adoptar la tutela de urgencia sin dar participación a la parte contraria. (Padrós, 2004: 35)

Por otro lado, Pérez Gaipo, (2018: 155), opina que: “Desde otro punto de vista, mediante estas nuevas formas de tutela es posible que, en algunos supuestos, eventualmente se desborden los límites de los principios y garantías del debido proceso, en especial a lo que afecta al cautelado como sujeto pasivo de

estas medidas.” Posición que no compartimos, toda vez que conforme se ha señalado (*supra*), las medidas autosatisfactivas son procesos especiales de “tutela diferencia”, que buscan dar respuesta inmediata a la urgencia de lo peticionado, que justifica una alteración del principio de contradictorio y que éste se difiera, pues está abierta la posibilidad de contradictorio por parte del afectado, ya sea vía recurso de apelación o vía ejercicio del derecho de acción.

En la actualidad, se estima que sería el juez quien tiene la dirección del proceso y según fueren las circunstancias del caso concreto, puede resolver motivadamente si corresponde o no sustanciar previamente el despacho de la solución urgente no cautelar que correspondiera.

### **C. Presupuestos**

Para la doctrina mayoritaria, la procedencia de las medidas autosatisfactiva está condicionada a la concurrencia de circunstancias de especial urgencia, motivando que lo peticionado por el solicitante, muy vinculado al factor tiempo posea una importancia superlativa, de muy urgente necesidad que lo hacen atendible; en ese sentido se exige un alto grado de probabilidad del derecho material mayor al que se exige en las medidas cautelares. (Peyrano, Jorge, 1997a:13-14). Así se advierten como presupuestos básicos: el **requerimiento urgente, la fuerte probabilidad del derecho y la contracautela**. (Martel Chang, 2003:141).

Respecto del **requerimiento urgente**, señala Monroy Palacios, Juan (2002: 273), es mucho más que un peligro en la demora, éste es de tal intensidad que no admite medidas aseguratorias para una posterior y reflexiva composición del conflicto, sino que, por el contrario, es imperativo una solución inmediata sobre el fondo del pedido que sustenta dicha medida; en ese sentido, Martel Chang (2003:142) refiere que implica un riesgo de perecimiento de la pretensión sino se concede la tutela autosatisfactoria.

En cuanto a la **fuerte probabilidad del derecho invocado**, significa una exigencia de *fumus*, mucho más alta que en las medidas cautelares, que va más allá de la verosimilitud o posibilidad y está más próxima de la certeza; pero que ha sido obtenida en proceso de cognición sumaria; no se trata de mera subjetividad del juez, en concordancia con ello, el derecho invocado por el demandante, debe aparecer como manifiesto ( Martel Chang, 2003:145)<sup>194</sup>.

En lo referido a **la contracautela**, como ya se señaló en el *ítem* correspondiente, consideramos que en sentido estricto no se trata de un presupuesto

---

<sup>194</sup> En sentido contrario a lo señalado por la doctrina mayoritaria encabezada por el profesor rosarino, para Monroy Palacios, Juan (2002: 275), este presupuesto no resulta exigible, pues, refiere que al momento de adoptar o no, la tutela autosatisfactiva, el juez tiene los mismos elementos de conocimiento que si se tratara de una medida cautelar (que requiere de la interposición de una demanda e instauración de un proceso); por lo que en su opinión la diferencia estriba en el análisis de la relación material que el solicitante da a conocer al juez-sumariamente-de tal forma que éste debe decidir si en la situación concreta presentada ,no sólo se presenta una amenaza de daño irreparable, sino y sobre todo debe convencerse que si no emite la medida autosatisfactiva la materia litigiosa se sustraerá por completo.

necesario de la tutela autosatisfactiva, los cuales quedan limitados al requerimiento urgente y fuerte probabilidad del derecho invocado; por consiguiente, es posterior al análisis de la concurrencia de estos criterios para adoptar la medida autosatisfactiva; que el juez verifica la procedencia o no de la contracautela, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, por lo que consideramos que no se trata de un presupuesto sino de una condición de eficacia de la medida autosatisfactiva.

#### **D. Similitudes y diferencias con la medida cautelar**

La primera similitud que tienen es que ambas medidas son parte de la tutela urgente; la segunda similitud, es que ambas buscan dar respuesta jurisdiccional pronta y oportuna, a situaciones que no admiten demora ya sea con el fin de garantizar la efectividad de la sentencia (asegurar el proceso) o para satisfacer el derecho (tutela autosatisfactiva), devolviendo así la confianza en el sistema de justicia; en tercer orden se puede decir que ambos procesos son de estructura de cognición sumaria y que se diligencian *inaudita et altera pars*.

Si bien existen semejanzas, por compartir la misma finalidad entre otras características, son instrumentos procesales distintos. Así, se diferencian en que en la tutela autosatisfactiva exige una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible y en la medida cautelar resulta suficiente una simple verosimilitud o apariencia; además, en la medida autosatisfactiva no se requiere incoar un proceso, pues, es autónoma, a diferencia de la medida cautelar,

que es accesoria a un proceso principal. La medida autosatisfactiva acarrea una satisfacción definitiva, por eso en la doctrina se le llama cautela material, a diferencia de la tutela cautelar, que busca garantizar un proceso principal (Martel Chang, 2003: 155 y 156), (Gallegos Fedriani, 2006: 148 y 150) (Pérez Gaipo, 2018: 179).

### **E. Las medidas autosatisfactivas en la jurisprudencia**

En el marco de las reflexiones desarrolladas por la doctrina, y al amparo del artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, advertimos un creciente desarrollo de las medidas autosatisfactivas, en especial por parte de la jurisprudencia argentina en los que se evidencia el uso práctico que de este instrumento hacen los tribunales por lo que es pertinente exponer diversos casos en los que la jurisprudencia argentina ha efectuado el empleo en la realidad de esta especie de tutela de urgencia procesal.

#### **a. Caso *T.M.E. c/ Google Inc.***

El primer caso es el caratulado “T.M.E. c/ Google Inc. s/ Medida Autosatisfactiva”<sup>195</sup>, referido a la tutela de derechos personalísimos (honor, imagen, nombre, intimidad) en el que el Juzgado Federal de Rawson condenó al conocido buscador de internet “Google Inc” y le ordenó suprimir todos los resultados relacionados

---

<sup>195</sup> Juzgado Federal De Rawson (Chubut), (26/11/13) “T.M.E. c/ Google Inc. s/ Medida Autosatisfactiva”, cita online IJ Editores: IJ-LXX-409; Id. Infojus: FA13640000

al nombre de una mujer, que aparecían en distintos sitios de la web al usar la búsqueda del sitio online, los cuales exponían fotos íntimas que causaban agravio a su persona y, que asimismo fueron subidas por una ex pareja sin su consentimiento.

La urgencia es comprobada al demostrar “(...) la existencia de la difusión de imágenes con contenido pornográfico donde se identifica claramente a la actora con sus datos personales, implicando ello una grave afectación de su buen nombre y honor, imagen personal e intimidad, derechos personalísimos protegidos constitucionalmente”.

Ante estas circunstancias, el juez aprueba la Medida Autosatisfactiva y estima que las fotografías en cuestión presentan una situación que requiere de una urgencia expedita, por lo que necesariamente conduce a posponer el principio de bilateralidad y se concede la medida requerida por la accionante, obligando a la empresa demandada, titular del sitio web [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar), su enlace relacionado [www.chubut.tumblr.com](http://www.chubut.tumblr.com) o cualquier variante del mismo, con *“el inmediato y urgente bloqueo de fotografías íntimas, datos personales, así como comentarios injuriantes sobre la persona e intimidad de la mujer”*.

Finalmente, conviene aclarar que la demandante no busca indemnización alguna, sino el cese inmediato del mal que se le estaba provocando a causa de la difusión de esas imágenes, que abarcaban el 70% de las búsquedas online.



**b. Caso V. V., M. C/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de Nación**

Otra situación similar de tutela de urgencia autosatisfactiva se presenta en el proceso “V. V., M. C/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de Nación s/ Medida Autosatisfactiva”<sup>196</sup>, referido al derecho a la salud de una niña con discapacidad, en el cual la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia confirma la resolución que otorgó a una menor con escoliosis lumbar una medida autosatisfactiva y dispuso que la demandada debía hacerse cargo del traslado vía aérea de la menor y un acompañante a un centro especializado de Buenos Aires.

El juez de Primera Instancia había tutelado el pedido del Defensor Oficial que representaba a la menor, que padecía “Escoliosis dorsal lumbar izquierda”, patología por la cual, su médico tratante solicitó una derivación a un centro de diagnóstico y tratamiento de mayor complejidad, y ordenó que la obra social debía arbitrar “los medios conducentes para efectivizar el traslado por vía aerocomercial de la menor y del acompañante designado, hasta la ciudad de Buenos Aires con su correspondiente regreso”, a fin de que la niña asista al centro médico.

Ello motivó la queja de la obra social demandada, que había autorizado el traslado por vía terrestre, pese a

---

<sup>196</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, (02/02/15) “V. V., M. C/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de Nación s/ Medida Autosatisfactiva”, cita online IJ Editores: IJ-LXXVII-473.

que el médico tratante había señalado claramente que debía viajar en avión "para evitar las 26 horas constantes de mala posición espinal". La demandada sostuvo que el juez "le ordenó brindar una prestación con efectos no contratados para el plan de salud que tiene asignada la actora, pese a lo cual acreditó haber dado cumplimiento a la manda judicial" y que no había documentación que sustentasen "los motivos o riesgos que podrían ocasionarse en la salud de la menor como para justificar su traslado por vía aérea y no terrestre".

Los magistrados superiores opinaron que estaban reunidas las exigencias que hacen a la admisibilidad de la medida autosatisfactiva, "en cuanto a la existencia de una fuerte probabilidad del derecho invocado y el peligro en la demora, no existe obstáculo para su procedencia".

Sobre ese tema "ponderando el tipo de dolencia padecido por la menor y los motivos que justifican su derivación médica a un centro de mayor complejidad, -extremos no desconocidos ni cuestionados por la demandada, pues autorizó la prestación conforme los antecedentes médicos invocados-, el traslado debe ser afrontado por la misma prestadora, pues integra el catálogo de prestaciones reconocidos en el Programa Médico Obligatorio confeccionado por la Superintendencia de Seguros de Salud"; el Tribunal Superior valoró que "la demandada no ha podido desautorizar la opinión del médico traumatólogo que expresamente recomendó evitar las veintiséis horas que insume el trayecto en micro".

El médico había afirmado que el traslado "indudablemente implicaría un riesgo para la salud de la menor, derivado de tal postura antiergonómica durante tan prolongado trayecto, implicando una agravante de la dolencia padecida, sin que el medio de transporte elegido resulte idóneo para evitar el agravamiento en las condiciones de salud de la afiliada, ni el adecuado para procurar una favorable evolución de su enfermedad".

Por otra parte, el argumento referido a que la prestación no se encontraba incluida dentro del plan de cobertura pactado con el afiliado, "debe ser descartado, atendiendo a las obligaciones que la ley impone a cargo de todos los agentes del seguro de salud, incluidas las obras sociales por intermedio de sus planes privados o diferenciales", agregó la decisión superior.

Estas consideraciones permitieron determinar "*que resultaría lesivo del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud que le asegura a la accionante, el art. 24 inc. 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño, de permitirse a la demandada cumplir sus obligaciones, pero de manera deficiente*".

### **c. Caso F.A.L.**

Otro caso que conviene evocar es F.A.L sobre medida autosatisfactiva<sup>197</sup>, en la que la Corte Suprema de

---

<sup>197</sup> Corte Suprema de Argentina, sentencia emitida el 13 de marzo de 2012, F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, accesible en el link: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal->

Justicia Argentina declaró procedente el recurso extraordinario y confirmó la medida autosatisfactiva – que a esa fecha ya había sido ejecutada – dispuesta por el Superior Tribunal de Justicia de Chubut, a favor de AF en su condición de madre de la menor de iniciales A.G s/medida autosatisfactiva, para que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente al amparo del artículo 86, inciso 1 y 2 del Código Penal.

La solicitud fue interpuesta por A.F. en representación de AG el 14 de enero de 2010 ante el juez penal, quien sostuvo que carecía de competencia; el 22 de enero de 2010 reedita su solicitud como medida autosatisfactiva ante los jueces de familia, quienes rechazaron la solicitud tanto en primera instancia como en la Cámara, no obstante los informes médicos del equipo técnico interdisciplinario, que señalaban que la adolescente tenía síntomas depresivos, ideas recurrentes suicidas, que el embarazo era concebido por la adolescente como invasivo además que en su mundo interno era inconcebible la idea de tener un hijo cuyo padre era el progenitor de sus hermanos y además hijo del marido de su madre, por lo que se estimó que la continuidad de ese embarazo contra la voluntad de la niña era un riesgo contra su integridad psicofísica, incluido el riesgo de vida.

El Superior Tribunal de Justicia de Chubut, el 8 de marzo de 2010, revocó la instancia anterior y admitió la solicitud de la señora AF, por considerar que: a) el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no

---

ciudad-autonoma-buenos-aires--medida-autosatisfactiva-  
fa12000021-2012-03-13/123456789-120-0002-1ots-  
eupmocsollaf

punible” previsto en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal; b) esta hipótesis era compatible con el plexo constitucional y convencional; y c) pese a ser innecesario se le otorgaba autorización judicial para realizar esta práctica abortiva, que finalmente se produjo el 11 de marzo de 2010. Esta decisión fue recurrida por recurso extraordinario en representación del *nasciturus*, no obstante ya haberse realizado la práctica.

Este caso, resulta interesante y en su momento tuvo relevancia y utilidad dado que la materia era aún controvertida, y no porque se resolviera la situación concreta de A.G., pues, tal como el propio Tribunal reconoce, los agravios expuestos carecen de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva, pues las cuestiones relacionadas con el embarazo, o su eventual interrupción, jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso; sino porque el Tribunal, efectuando su labor pedagógica y exhortativa, señaló que debe brindarse a las víctimas de violación sexual en forma expeditiva e inmediata la asistencia para resguardar su salud física, psíquica, sexual y reproductiva y -aunque no lo dijo con ese término- se garantice la no re-victimización vinculadas a la atención, materia probatoria, asistencia psicológica inmediata y en su caso asistencia legal; a la vez que dispuso que en los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones se implemente campañas de información a las víctimas de violación sexual y se

implementen los protocolos hospitalarios en la materia.

En nuestra materia en específico, este pronunciamiento es relevante porque el Tribunal Supremo confirmó una medida autosatisfactiva en la que se advierten todas sus notas esenciales: pedido de extrema urgencia, alto grado de probabilidad del derecho, autonomía de la medida autosatisfactiva adoptada y el carácter diferido de la contradicción atendiendo que es un pedido urgente dada su naturaleza.

#### **d. Caso G.M.N. vs. G.C.B.A.**

En el ámbito de los derechos laborales, las medidas autosatisfactivas también se han posicionado como un instrumento muy útil para atender necesidades urgentes.

En este caso, la señora G.M.N.<sup>198</sup> solicita el dictado de una medida cautelar autosatisfactiva con el objeto de que su empleador el G.C.B.A., le otorgue licencia por maternidad prevista en el artículo 70, inc ch) de la Ordenanza N° 40593. Manifiesta que desde el año 2006 se desempeña como docente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, relata que en 2011 contrajo matrimonio con A.L.C y que en diciembre de 2017 gestaron a su hija A.A.N.C., quien nació el 13 de

---

<sup>198</sup> Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12 Secretaría N° 23, del 1 ero de octubre de 2018, expediente 35690/2018. Accesible en el link: <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2020/02/1-CON-PERS-D-7-LGTBI-N.-G.-N.-contra-GCBA-s-medida-cautelar-aut%C3%B3n.pdf>

agosto de 2018; refiere que la norma no hace distinción entre madre gestante y no gestante y que el artículo 70 inc d) de la norma antes citada otorga licencia de 120 días a las mujeres que se hayan convertido en madres por adopción, por lo que concluye que la cantidad de días no se vincula al estado físico de la madre. La G.C.B.A. contesta y señala que no acreditó la impugnación de la Dirección General de Administración de Medicina del Trabajo, ni el pedido ante la mentada dirección, y que no resulta acreditado el derecho porque la recurrente no es la madre gestante de la bebé.

Respecto de estas posiciones, el juez considera todo el extenso marco normativo legal, constitucional y convencional para juzgar con perspectiva de género y cumplir con su obligación de promover, respetar y garantizar los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad del derecho a la igualdad y no discriminación consagrados en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otras<sup>199</sup>. Así,

---

<sup>199</sup> Por su parte la profesora Miriam Ivanega (2016: 09) respecto del principio de igualdad y no discriminación en el derecho administrativo ha señalado: “En este esquema, si bien es cierto que las políticas públicas y todo el derecho en su completa e íntegra dimensión y estudio están involucrados en la búsqueda de la igualdad, nos limitamos al derecho administrativo, el que no debe mantenerse ajeno a esa problemática, en su desarrollo y profundización (...)

Porque si hay algo de lo cual estamos todos convencido, es de que han de superarse los tiempos de hablar, escribir y argumentar sobre tales derechos, para pasar a evaluar, en forma concreta, la realidad. Por ello, la experiencia de diversas ramas de derecho (por ejemplo, los derechos penal y de familia) e, incluso, de otras ciencias, son aportes de primer orden para fomentar la enseñanza y ahondar sobre el alcance del principio”.

concluye que la licencia por maternidad no es solo un derecho de la madre trabajadora, sino sobre todo del niño para disfrutar de su familia durante sus primeros meses de vida; advirtiéndole que la demandada no ha señalado si la recurrente ha gozado de licencia, no obstante que la bebé ha nacido en agosto, por lo que la tutela es urgente; además refiere que la norma no discrimina entre madre gestante y no gestante, por lo que aunque no esté regulada la medida autosatisfactiva su petición es procedente; y resuelve concederla porque “se encuentra demostrada una fuerte probabilidad- cercana a la certeza- de que le asista la razón a la actora”.

***e. Caso INSSJP vs. Farmacia Farmacity S.A.***

En el contexto de la COVID 19, la urgencia se hace más crítica con matices que atañen directamente la vida, salud y otros derechos que pueden ser afectados, cuyo reclamo no requiere la articulación de un proceso principal, sino que el derecho se satisface con la adopción de la medida autosatisfactiva.

Este es el contexto en que se produce la solicitud de medida autónoma interpuesta por el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) contra la Farmacia Farmacity SA<sup>200</sup>, por el que solicita el dictado de una **medida**

---

Para un detalle más extenso, nos remitimos a “El principio de igualdad. Cuestiones de género” (Ivanega: 2020).

<sup>200</sup> Sentencia emitida el 20 de marzo de 2020, por el Juzgado Federal de Formosa 1, en la solicitud incoada por el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados contra Farmacity de la ciudad de Formosa1, sobre medida autosatisfactiva. Accesible en íntegro en el link:



**autosatisfactiva** en favor de los afiliados de dicho Instituto, denunciando que los mismos se verían impedidos de acceder a adquirir los medicamentos que le son prescriptos en la Farmacia Farmacity S.A de la Ciudad de Formosa, toda vez que no atendería a los mismos los días sábados, domingos y feriados, y los restantes días solo darían treinta (30) números diarios para atención; el INSSJP acredita sus alegaciones con dos actas de constatación realizadas en presencia de testigos de la situación expuesta, de las cuales resultan que el personal de la Farmacia Farmacity S.A habría informado a los afiliados que la medida de restringir la atención a los afiliados del INSSJP obedecería a la reducción de personal de la empresa. resalta la gravedad de la situación, dado que los afiliados del Instituto son parte de la población más vulnerable, sumada a la actual circunstancia que se vive por la pandemia del COVID-19.

El Juez Federal de Formosa 1 refiere que “[a]sí planteado el caso, en primer lugar, debo analizar la procedencia de la tramitación del reclamo como “medida autosatisfactiva”, la que, si bien no encuentra acogida legislativa, resulta de aplicación jurisprudencial y discrecional”. Y citando a Peyrano señala que “debemos considerar a las mismas como soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita parte, mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados por el requirente sean atendibles e importen una

---

<http://www.saij.gov.ar/juzgado-federal-nro-1-federal-formosa-instituto-nacional-servicios-sociales-para-jubilados-pensionados-inssjp-farmacity-sa-medida-cautelar-autonoma-fa20730000-2020-03-26/123456789-000-0370-2ots-eupmocsollaf?>

satisfacción definitiva de sus requerimientos, constituyendo una especie de tutela de urgencia, que se agota en sí misma”. Y concluye:

“Entiendo entonces que el reclamo efectuado por parte del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, amerita el tratamiento como “medida autosatisfactiva” dada la urgencia de la misma y la naturaleza de la cuestión planteada, por lo que resuelve hacer lugar a la medida autosatisfactiva solicitada, y ordenar a la Farmacia Farmacity SA, el cese de cualquier restricción a los afiliados del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados –INSSJP-, debiendo otorgarse a los mismos y a la provisión de medicamentos en general, un tratamiento preferente mientras dure la emergencia sanitaria decretada por el Poder Ejecutivo Nacional”<sup>201</sup>.

#### ***f. Caso F.A. Roitberg vs. Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

También en el contexto de la pandemia global y sobre el derecho a la salud de las personas mayores, resulta ilustrativa la sentencia emitida en mayo 2020 por el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos

---

<sup>201</sup> Ver sentencia del Juzgado de 1<sup>a</sup> instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario 16 Secretaría 32, Roitberg contra GCBA, del 2 de mayo 2020. Exp. 3125/2020, Accesible en el siguiente link:

<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=3117&source=/Jurisprudencia/forms/fallos.aspx>

Aires, en la causa seguida por F.A Roitberg, coordinador del Centro de Integración Complementario Ernesto “Che” Guevara Proyecto 7, contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que de manera urgente se realicen pruebas PCR a la totalidad de los residentes del centro, como al personal que labora ahí para evitar la propagación del virus, pues un residente había dado positivo el 30 de abril 2020 al virus y el personal sanitario se había limitado a tomar la temperatura y constatar si alguna de las personas residentes presentaba síntomas del COVID 19 y recomendar su aislamiento por si alguna persona reporta síntomas; medidas que no considera adecuadas para evitar la propagación del virus por lo que solicita se hagan los testeos correspondientes; amparando su pedido en el derecho a la salud previsto a nivel constitucional, en la jurisprudencia, la Convención Americana de los Derechos del Hombre y el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Atendiendo a la urgencia y a los derechos fundamentales en juego del caso, el juzgado ordenó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- Ministerio de Salud que arbitrarse en forma urgente los medios necesarios para prevenir, detectar y evitar el contagio y propagación del virus SARS CoV2 (COVID 19) entre los asistentes y residentes del Centro de Integración Complementario Ernesto “Che” Guevara Proyecto 7.

**F. Propuesta sobre la necesidad de  
incorporación de la tutela  
autosatisfactiva en el proceso  
contencioso administrativo**

De la exposición legislativa, jurisprudencial y doctrinal antes referida, se constata la progresiva construcción de las medidas autosatisfactivas como modalidad de la tutela de urgencia y, como se ha evidenciado en los casos expuestos, para dar respuesta a una necesidad de tutela que tiene el carácter de muy urgente, ante supuestos muy apremiantes y que cuentan con una dosis de *fumus boni iuris* altísima, que supera la simple verosimilitud. En esa línea de consolidación se ratifica la aprobación de la misma como vía idónea para el logro de la tutela jurisdiccional efectiva y la correlativa seguridad jurídica a los ciudadanos que acceden a los tribunales. En ese camino, la tutela autosatisfactiva es una solución a las necesidades judiciales actuales, pues habilita la satisfacción de las pretensiones de los justiciables que no encuentran respuesta idónea utilizando los medios clásicos de tutela cautelar que brinda el ordenamiento jurídico. De ahí que propongamos la incorporación de la tutela autosatisfactiva al proceso contencioso administrativo.

No insistiremos en la importancia del **factor tiempo** en el proceso judicial, pues, nos remitimos a lo expuesto en el apartado correspondiente, a efecto de no redundar en dicho tópico; no obstante, reconocemos su capital importancia en nuestra propuesta, pues partimos de la premisa que la tutela autosatisfactiva o las medidas autosatisfactivas

constituyen una especie de la tutela de urgencia al igual que las medidas cautelares y las medidas anticipadas, que cumplen un rol destacado ante la necesidad de dar una respuesta judicial celer, oportuna y eficiente; incluso hay quienes sostienen que actualmente el gran reto de los Poderes Judiciales ya no es garantizar el acceso a la justicia, sino garantizar que esta justicia sea efectiva<sup>202</sup>, postura que no compartimos del todo, por lo menos no para la realidad peruana, pero sí coincidimos en el gran déficit en eficiencia del servicio de justicia, sobre todo por la dilación excesiva de los procesos contenciosos administrativos<sup>203</sup>, problema que resulta ser un mal endémico de nuestra región.

Para combatir esa problemática surge la tutela de urgencia y dentro de ella con mayor desarrollo la tutela cautelar, pero la realidad nos demuestra que la tutela cautelar resulta insuficiente, o mejor dicho inidónea, para atender situaciones urgentes, pues no

---

<sup>202</sup> Discrepamos con esas opiniones, pues reconocemos que hay colectivos que se encuentran en condición de vulnerabilidad, los cuales requieren actuaciones positivas para superar las brechas que limitan el acceso a la justicia, y con esa finalidad los Poderes Judiciales en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana adoptaron las 100 Reglas de Brasilia -accesible en el link <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>- para garantizar el acceso a la justicia de esos colectivos más postergados. Así en el Poder Judicial de Perú se creó la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad y justicia en tu comunidad ([https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/AJPVvJC/s\\_ajpvvcj/c/as\\_acceso\\_justicia\\_inicio/as\\_creacion/](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/AJPVvJC/s_ajpvvcj/c/as_acceso_justicia_inicio/as_creacion/)) que busca brindar una justicia con rostro más humano: celer, accesible e inclusivo.

<sup>203</sup> Ver *supra* gráficos 1 y 2 sobre la carga judicial y producción en el contencioso- administrativo en la Corte Superior de Justicia de Lima.

todo encaja dentro del esquema cautelar; al respecto, Martell Chang (2003: 99) refiere que “la percepción de los justiciables y sus abogados de que “algo faltaba” en el abanico de atribuciones judiciales que permitiese lograr la satisfacción plena y efectiva (sustantiva y autónoma) de ciertas situaciones urgentes, que no encontraban soluciones adecuadas en las medidas cautelares tradicionales que consagran las legislaciones”; es decir, se suscita todo un interés social, económico y mediático en la eficacia de la justicia, y, como señala Peyrano (1997a: 21), “[...] una causa mediata del alumbramiento de la medida autosatisfactiva radica en la necesidad humana básica de darse herramientas verdaderamente nuevas (una tutela diferenciada urgente, en el caso) para dar respuestas eficientes a desafíos que no existían cuando se estructuraron las antiguas.” A decir del profesor Peyrano, y teniendo claramente diferenciados estos nuevos instrumentos procesales, pero sin desconocer su estructura similar (tutela cautelar, tutela anticipada y tutela autosatisfactiva), como lo es que sean procesos de cognición sumaria, coincidimos con el profesor rosarino cuando subraya que: **“si bien todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar”** (Peyrano, 1997a: 19).

En ese sentido, la medida autosatisfactiva, es una nueva forma de tutela urgente diseñada para dar respuesta de manera eficiente y celeridad en casos excepcionales, ante circunstancias especiales de urgencia y necesidad, cuando no sea posible tramitar ninguna otra medida de tutela o su tramitación pueda ocasionar un daño grave irreversible (Rosario Domínguez, 2006: 66). En la misma línea de pensamiento, Monroy Palacios (2002: 370) señala que:

“las llamadas medidas autosatisfactivas constituyen un brillante aporte de la doctrina argentina bajo el cual se agrupan técnicas que buscan satisfacer situaciones que requieren urgente solución, pues, se corre el peligro de que se sustraiga de la materia”<sup>204</sup>.

---

<sup>204</sup> Para ilustrar sobre esta “nueva especie de tutela de urgencia”, y advertir la diferencia con otros instrumentos procesales de la tutela de urgencia, resulta útil traer a colación el caso expuesto por Peyrano (1997:12) “Clavero, Miguel Ángel contra el Comité Olímpico Argentino”. También aquí el demandante promovió un amparo -con sustento en los anchos pliegues del artículo 43 de la Constitución Nacional-que mereció -el 24 de Julio de 1996- por parte de la Justicia en FERIA en lo civil de Capital Federal, el dictado de la resolución cautelar que seguidamente se transcribe: “disponer que la demandada arbitre de inmediato las medidas necesarias e idóneas para que, en cuanto de ella dependa, se proceda a la acreditación de Miguel Ángel Clavero en su condición de integrante del equipo de ciclistas en nuestro país ante los juegos de la XXVI Olimpiada, solventando a su costo o de quien corresponda el importe del pasaje, alojamiento y viático necesario, debiendo adoptar asimismo las medidas pertinentes en la sede de los juegos olímpicos para la efectiva participación del actor en los mismos” ( cfr. artículos 230, 232 y ss. del CPCC). El caso tuvo amplia repercusión periodística. Se trataba de un joven ciclista (Miguel Ángel Clavero) con muchos antecedentes deportivos y que había sido nominado para integrar la delegación de ciclismo en los juegos de la XXVI Olimpiada de Atlanta (Estados Unidos de Norteamérica). El deportista viajó con pasajes oficiales a Atlanta e inicialmente se alojó en la Villa Olímpica. Sin embargo, al día siguiente de su llegada e inopinadamente, el Jefe de la delegación le habría informado “que, por no estar en los listados oficiales, debía retirarse inmediatamente de la Villa”, lo que determinó su regreso a Buenos Aires. Ante la inminencia de la realización de la justa deportiva de su especialidad, Clavero logró el despacho cautelar más arriba recordado, aunque, en definitiva, no volvió a Atlanta por una serie de circunstancias que tornaron inoficioso su retorno, por más que el Comité Olímpico Argentino había cumplimentado el mandato judicial. Como fuere ¿alguien puede dudar de que lo que pretendía Clavero era única y exclusivamente participar en el certamen en cuestión?: sin embargo, debió “demandar” por amparo, sabiendo todos (el juez, Clavero, el Comité Olímpico Argentino) que sus designios no eran tales sino otros distintos y menos cargados de litigiosidad.”

Así, teniendo en claro la funcionalidad específica de las medidas autosatisfactivas para dar respuesta oportuna a circunstancias de extrema urgencia que no requieren la tramitación de un proceso principal, sino sólo la adopción de la medida urgente correspondiente para que se logre la satisfacción definitiva de lo solicitado, postulamos la necesidad de su incorporación expresa al proceso contencioso administrativo, no sólo para favorecer al justiciable con una respuesta pronta e idónea, sino también con el objetivo de lograr una administración de justicia más eficiente que atienda realmente las demandas de los ciudadanos ante la administración y no se distraiga en casos estériles, dispensando los escasos recursos humanos y económicos que se le asignan.

En sede nacional, diversos autores de la doctrina peruana, influenciados por Peyrano, reconocían la insuficiencia de las medidas cautelares clásicas y la existencia de las medidas autosatisfactivas como un proceso urgente de naturaleza no cautelar, autónomo (que no está vinculado a un proceso principal), que requiere una cuota muy alta de probabilidad del derecho invocado, que satisface plenamente lo pedido y no requiere la articulación de un proceso principal, es decir, con una naturaleza y características distintas a las medidas cautelares; motivo por el cual el magistrado Rolando Martell Chang desde el 2003, pregonaba acerca de la necesidad de legislar sobre medidas autosatisfactivas.

Sin embargo, a diferencia de las medidas anticipadas, éstas medidas de urgencia no tienen consagración legislativa en el Código Procesal Civil peruano ni en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo y,



conforme se describió líneas arriba, su otorgamiento por los jueces viene tramitado bajo la forma de medidas cautelares, instando la tramitación de un proceso inoficioso para que la cautelar no pierda vigencia; razón por la cual es imperativa su regulación de manera independiente a las medidas cautelares, para que no se incurra en el error de exigir los mismos presupuestos que las medidas cautelares, ni mucho menos la tramitación de procesos carentes de interés para el justiciable<sup>205</sup> y para la administración de justicia, porque se sobrecarga infructuosamente los juzgados gastando los escasos recursos materiales y personales que se le asignan.

Si bien es cierto las medidas autosatisfactivas no tienen desarrollo legislativo en el ordenamiento procesal civil y la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, a diferencia de las medidas anticipadas, sin embargo, se advierte una escasa presencia en la casuística judicial peruana, bajo el ropaje de medidas cautelares, respondiendo a las necesidades de los ciudadanos que no pueden ser desatendidas por los jueces, ni siquiera en caso de vacíos o deficiencia de la ley<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup>A decir de Peyrano, Jorge (1997:11) "Sucede que algunas "situaciones de urgencia" no pueden encontrar una debida solución en el marco del proceso cautelar ortodoxo. ¿Cuándo ocurre ello? Pues cuando, en verdad, el único interés que le asiste al justiciable es el de remover la urgencia, y punto. Vale decir que no pretende ni desea promover pretensión principal alguna posterior y pese a ello, se ve compelido a promoverla para así estar en condiciones de postular (y de conservar) la cautelar que realmente le importa".

<sup>206</sup> Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.- 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

Asimismo, la judicatura peruana –en contadas ocasiones– con carácter tuitivo, ha venido dictando medidas autosatisfactivas, con fundamento en el **poder cautelar genérico de los jueces**, con un contenido específico que va más allá de la tutela cautelar a la que alude, y que constituye una pieza clave en la evolución de la tutela aseguratoria, al permitir que el juez dispusiese de medidas “cautelares” adecuadas para la protección de la eficacia del proceso, sin importar que éstas medidas se encuentren o no reguladas en el ordenamiento procesal (Monroy Palacios, 2002:355 a 359).

La norma que sirve de fundamento a este poder cautelar genérico antes reseñado está prevista en el Código Procesal Civil, el cual resulta aplicable supletoriamente al proceso contencioso administrativo<sup>207</sup>:

*Artículo 629.-Medida cautelar genérica.-  
“Además de las medidas cautelares reguladas  
en este Código y en otros dispositivos legales, **se  
puede solicitar y conceder una no prevista,***

---

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>207</sup> Texto Único Ordenado de la Ley 27584. Disposiciones complementarias finales. Cuarta.- “El Código Procesal Civil es de aplicación supletoria en los casos no previstos en la presente Ley” (Texto según la sección de las Disposiciones Finales de la Ley N°27584).

***pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”.***

Concuerda con el ya comentado poder- deber del juez previsto en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y en particular, **“el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley**. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho (...)”.

Recientemente en el contexto del COVID 19, tuvo notoriedad en los medios de prensa la resolución cautelar emitida en el expediente N° 00702-2021-01618-JR-CI-01<sup>208</sup>, el 7 de febrero 2021, por el que se concedió la **“tutela cautelar”** solicitada a favor de Pedro Otiniano Vásquez, ordenando que fuese considerado como paciente general sin restricción alguna y no en prioridad III (en razón de su condición de adulto mayor) para el acceso a una cama UCI, y además se autorizó el ingreso al Hospital de Alta Complejidad Virgen de La Puerta Essalud del ventilador Mecánico Prisma Vent 50 -C facilitado por la familia del tutelado. En este caso está fuera de duda que lo que pretendían los familiares de don Pedro Otiniano era que se le proporcionase una cama UCI y se permitiese ingresar el ventilador mecánico; petitorio que fue íntegramente amparado por la “resolución cautelar”; pero, bajo esta forma de tutela de urgencia -teniendo en cuenta el carácter instrumental de las

---

<sup>208</sup>[http://www.gacetajuridica.com.pe/docs/Acta\\_de\\_audiencia\\_especial\(oralizacion\\_de\\_demanda\\_Calificacion\\_y\\_medida\\_cautelar\).pdf](http://www.gacetajuridica.com.pe/docs/Acta_de_audiencia_especial(oralizacion_de_demanda_Calificacion_y_medida_cautelar).pdf).

medidas cautelares-, se requiere de un proceso principal, razón por la cual se tuvo que articular un proceso principal, en contra del interés de los justiciables y en perjuicio de la administración de justicia, que derrocha sus escasos recursos materiales y personales y genera una carga procesal innecesaria.

Insistimos, por lo tanto, en la conveniencia de la regulación expresa de las medidas autosatisfactivas en el ordenamiento contencioso administrativo, para evitar que se generen procesos judiciales carentes de interés para los justiciables con el sólo ánimo que subsista la tutela de urgencia concedida, más aún si las medidas autosatisfactivas ni si quiera están reguladas en el ordenamiento procesal civil, por lo que no pueden ser aplicadas supletoriamente.

Sobre el tema, Acosta (2009: 435), con base en el marco normativo que otorga el poder cautelar genérico al juez y que le permite conceder medidas autosatisfactivas, es de opinión que, mientras no se regule legislativamente la tutela autosatisfactiva, el magistrado dispone de fundamento suficiente en base a esa facultad y, en ese sentido, refiere: “Compartimos la inquietud, con la salvedad de que tal recepción no debe ser necesariamente por la vía de producción formal de la norma, sino -como ya ha sucedido en diversos casos- por la admisión jurisprudencial de una figura, como la autosatisfactiva, que satisface, la necesidad de inmediatez y autonomía”.

Respecto a esta posición, consideramos que no resulta acertada, pues, si bien se atiende la solicitud del recurrente bajo el ropaje de medida cautelar, se coacciona al justiciable a interponer un proceso

principal para mantener vigente su “medida cautelar”, sobrecargando los juzgados con procesos estériles que no tienen interés para los justiciables, tal y como se puede evidenciar en el caso que hemos comentado.

En la legislación especial, también encontramos normas específicas que “permitirían” la adopción de medidas autosatisfactivas -y que también se presentan como fundamento para adoptar medidas anticipadas-. Así, el artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 señala:

“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 [...]”.

En nuestra opinión, esta norma debe ser interpretada en concordancia con el artículo 629 del Código Procesal Civil, teniendo en cuenta el poder cautelar genérico de los jueces, para conceder medidas cautelares u otras medidas de tutela de urgencia, en aras de asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva; así, conforme a las normas antes acotadas, el juez contencioso administrativo puede adoptar cualquier medida cautelar (*numerus apertus*) o interpretarse que la expresión “cualquier otra forma que considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva” incluye otras modalidades de tutela de urgencia, que permitirían válidamente dictar medidas anticipadas o autosatisfactivas en el ámbito de su competencia.

A pesar de la interpretación extensiva y analógica de las normas que regulan las medidas cautelares y de los principios constitucionales antes invocados para la adopción de las medidas autosatisfactivas, somos de la opinión de la necesidad *de lege ferenda*, de regular explícitamente esta especie de tutela de urgencia, para lo cual se debe recoger como insumos los aportes de la doctrina, el derecho comparado -pues en algunos ordenamientos constituye *lege lata*- y el desarrollo jurisprudencial propio y comparado; y así dotar de reglas claras a este instrumento procesal que diluya la incertidumbre jurídica debido a la carencia de regulación específica, eliminando todo resquicio inapropiado de discrecionalidad, que produzca pérdida del derecho. En ese sentido sostenemos nuestra posición de una regulación expresa de la tutela autosatisfactiva en el proceso contencioso administrativo, con reglas claras sobre su tramitación **autónoma** para no recurrir a “retorcimientos”, ni a violaciones de la verdadera voluntad de los justiciables, ni tener necesidad de desdibujar una institución jurídica clásica como la tutela cautelar y encasillarla en supuestos para la cual no ha sido concebida y no resulta idónea.

En ese sentido coincidimos con el padre de la tutela autosatisfactiva, el profesor Jorge Peyrano (1997a: 20), cuando concluye que:

***“Mejor es reconocer que existen nuevas necesidades que reclaman nuevas tutelas que vienen a ser “diferenciadas” respecto de lo que se tenía hasta entonces”.***

Asimismo, esta propuesta de incorporación legislativa de las medidas autosatisfactivas al proceso contencioso administrativo, además de llenar un importante vacío legal ante situaciones urgentes no contempladas, vienen a cumplir con el mandato constitucional contenido en el artículo 139 inciso 3) referido a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, la cual jurisprudencialmente se ha señalado que debe ser efectiva<sup>209</sup>.

En ese sentido, consideramos que las medidas autosatisfactivas son instrumentos procesales extraordinarios por su estructura monitoria, que otorgan solución a circunstancias de extrema urgencia y contribuyen a construir una respuesta oportuna y efectiva, por lo que reiteramos la necesidad de legislar sobre esta forma de tutela de urgencia no cautelar<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> Para el Tribunal Constitucional, la “tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido”- EXP. N.º 763-2005-PA/TC, link <[bit.ly/3soOfow](http://bit.ly/3soOfow)>

<sup>210</sup> Desde esta misma posición Gallegos Fedriani, Pablo (2006: 153): “Con referencia al tema Gordillo afirma que uno de los pasos que le falta a la tutela judicial efectiva, en tiempo suficiente y razonable, es el otorgamiento de medidas cautelares provisionales o definitivamente anticipatorias de la sentencia de condena o autosatisfactivas. Estas sí, por supuesto, deben ser excepcionales, pero no inexistentes. Algunos casos se han comenzado a presentar y parece razonable que se reitere, en materia de enfermedades terminales o dolencias que requieren tratamiento inmediato, la imposibilidad de ejercer la profesión mientras se discute el ámbito de aplicación del título o discapacidad.”

Otro fundamento para bregar por la positivización de las medidas autosatisfactivas en el proceso contencioso administrativo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo artículo 25 establece:

*“Toda persona tiene derecho a un **recurso sencillo y rápido**, o a cualquier otro recurso **efectivo** ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”*

En nuestra modesta opinión, la disposición convencional antes citada evoca una amplitud de recursos en defensa de los derechos fundamentales y pone énfasis en la noción de efectividad, que constituye fundamento a la tutela de urgencia cautelar y también no cautelar, con tal que sirva para proteger derechos fundamentales -reconocidos en el derecho interno o a nivel convencional-, dentro de los cuales la tutela judicial cobra importancia, pues es un derecho instrumental que sirve para proteger todos los demás derechos que se encuentren vulnerados, aun cuando tal vulneración sea cometida en ejercicio de funciones públicas.

Asimismo, esta norma debe ser concordada con el artículo 8 de la Convención, que establece las



garantías judiciales y la exigencia del plazo razonable y señala textualmente que:

***“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”***

En España, como ya se ha señalado en el ítem correspondiente, la tutela autosatisfactiva al igual que la tutela anticipada, no han gozado de mayor importancia ni análisis por parte de la doctrina procesal en general y especial; salvo excepciones, como en el ámbito del contencioso-administrativo, en que la voz del maestro Don Eduardo García de Enterría, desde el 2000<sup>211</sup>, reclamaba un cambio en la Ley 29/1998 en específico en la regulación sobre las medidas cautelares que contemplase la incorporación de **“las medidas cautelares independientes”** que recogemos en nuestra propuesta de trabajo; pues, hasta la fecha expresamente no se han incorporado legislativamente las medidas anticipadas ni tampoco las medidas autosatisfactivas por lo que hacemos reproducción de la crítica que realizó en su momento Don Eduardo García de Enterría:

---

<sup>211</sup> El artículo se publicó en la *Revista Española de Derecho administrativo*, Número 151,2000 pp 251-277.

*“Un reproche claro que ha de hacerse a la regulación de las medidas cautelares en la nueva LJ es su desconocimiento completo de las técnicas de las medidas cautelares independientes (aquí habría de hablarse de provisionales, más bien), no incidentales o accesorias de ningún proceso principal al que procuran servir y cuya decisión final asistir, con el fin como sabemos, de que su “finalidad legítima” no quede frustrada” (García de Enterría, Eduardo 2004: 363-364).*

Si bien esta especie de tutela de urgencia, la más urgente de todas las medidas, no se encuentra prevista en el ordenamiento procesal civil, Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, ni en la legislación procesal precedente, estas medidas cautelares independientes -en términos de Don Eduardo García de Enterría- pueden ser adoptadas de manera excepcional por la jurisprudencia cuando las circunstancias lo requieran. Al igual que las medidas anticipadas, existe la posibilidad de otorgar medidas autosatisfactivas, bajo el esquema cautelar, al amparo del artículo 727.11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece la cláusula de apertura que permite al juez adoptar la medida más idónea en el caso en concreto, según las circunstancias, para asegurar la efectividad de la tutela judicial (“aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”).

Al respecto debe precisarse que, si bien las norma glosada se refiere a la sentencia recaída en un proceso principal, bajo una interpretación extensiva, puede entenderse que la efectividad de la tutela judicial no está referida solo a las sentencias, sino que bajo algunas circunstancias de urgencia a veces el derecho se satisface con la adopción de la medida de urgencia; por eso, a las medidas autosatisfactivas también se les asocia con la “cautela material” del derecho, sin que requiera articularse un proceso principal.

En el ámbito contencioso-administrativo, el artículo 129.1 de La ley 29/1998 señala:

*“Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso **la adopción de cuantas medidas** aseguren la efectividad de la sentencia”.*

Bajo este supuesto normativo, consideramos que esta cláusula da apertura a cualquier especie de tutela de urgencia, acotando que la medida autosatisfactiva agota el derecho en sí mismo, pero ante esta falta de regulación, requiere de la articulación de un proceso carente de interés para el justiciable.

Lo que se postula en el presente trabajo es que, sin desplazar a la tutela cautelar clásica, cuya eficacia resulta aplicable en ciertos supuestos, se implementen otras formas de tutela urgente no cautelar, que responden a nuevos supuestos no contemplados; pues, conforme se ha desarrollado, si bien es cierto las medidas autosatisfactivas y las medidas cautelares comparten algunos rasgos, es indiscutible que son instrumentos procesales

distintos, por lo que considerando esas diferencias y peculiaridades propias podemos colegir que es necesario su incorporación, regulándolas por separado conforme a su nombre jurídico pero sobre todo de acuerdo a su naturaleza, características y presupuestos distintos; y así evitar que los justiciables ante la falta de instrumentos procesales idóneos se vean en la necesidad de promover procesos principales inoficiosos y onerosos, para poder reclamar una respuesta y solución a la situación lesiva que los afecta.

Además, a decir de Peyrano, las medidas autosatisfactivas pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover “vías de hecho”, sin tener que recurrir para tal efecto a la postulación de diligencias cautelares que, como se sabe, ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal que, a veces, no desean promover los justiciables (Peyrano, 1997 a: 17).

Este criterio extensivo que tiene el juez o el tribunal contencioso-administrativo -y también el ordenamiento procesal civil- para decidir por la medida autosatisfactiva, según el cual el juez puede otorgar la medida idónea, independientemente de que se encuentre positivizada, si bien puede encuadrarse sin dificultad en la garantía de la efectividad de la tutela judicial consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución Española<sup>212</sup>, requiere ser concretizado

---

<sup>212</sup> Artículo 24 de la Constitución Española. 1.: “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

con la labor del legislador para evitar incertidumbre jurídica y proporcionar reglas ciertas a los justiciables que eviten la discrecionalidad en el otorgamiento de las medidas autosatisfactivas.

Otro fundamento para impulsar la previsión legislativa de las medidas autosatisfactivas se puede encontrar en la exigencia del artículo 13 Convención Europea de Derechos Humanos, sobre el derecho a un recurso efectivo, que viene a ser un recurso susceptible de procurar un resultado favorable en un plazo razonable; en ese sentido, las medidas autosatisfactivas se configuran como recursos efectivos toda vez que dada las circunstancias responden a supuestos de requerimiento de urgencia, que necesitan una respuesta inmediata que se agota con su despacho favorable.

En fin, y para concluir, creemos que aun cuando hay un marco legal, constitucional y convencional suficiente para otorgar medidas autosatisfactivas, resulta conveniente y necesario incorporar estas medidas expresamente a la legislación procesal, con detalle y precisión, para que los procedimientos se desarrollen bajo reglas claras, se incremente la seguridad jurídica y se evite que un exceso de discrecionalidad judicial pueda llegar a convertirse en decisionismo judicial; y al propio tiempo, para evitar sobrecargar un ya pesado sistema judicial con el planteamiento de procesos innecesarios.



## CONCLUSIONES

### I

Una primera aproximación a la institución objeto de nuestro estudio, **las medidas cautelares**, es partir de su configuración como una **manifestación del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva**, principio que tiene reconocimiento constitucional y convencional, tanto en Perú como en España, el cual no se agota con garantizar el acceso a la justicia y el respeto a las garantías mínimas del debido proceso, sino que comprende también el efectivo cumplimiento de lo resuelto en la sentencia o resolución que pone fin al proceso, de tal forma que la tutela judicial efectiva no es tal, sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la sentencia que se emita en el proceso principal. La medida cautelar está consustancialmente unida al proceso cuya eficacia busca garantizar, bajo la máxima de que “la necesidad del proceso para quien tiene la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón”.

### II

En ese sentido, para que la tutela jurisdiccional sea *efectiva*, emerge la tutela cautelar. Así, las medidas cautelares surgen para frenar los daños ocasionados por la lentitud del proceso judicial, como instrumento procesal para garantizar la eficacia de la sentencia. Su naturaleza jurídica es híbrida: por un lado, gozan de cierta autonomía conceptual, por cuanto su petitorio

es distinto a lo que se pretende en un proceso declarativo o de condena, se forma un cuaderno separado, el juez debe valorar sus presupuestos (verosimilitud, peligro en la demora), etcétera-; y, por otro lado, tiene carácter instrumental, al estar ínsitamente vinculado al proceso principal del cual depende su duración. Este atributo de accesoriedad está referido a la vinculación existente entre la medida cautelar y el proceso que está destinado a proteger, con la finalidad de que la demora en el proceso no haga desaparecer o vuelva inútil el objeto del proceso.

### **III**

En el proceso contencioso administrativo, la situación de urgencia por el daño irreparable que puede provocar el transcurso del tiempo y la demora en el reconocimiento del derecho al administrado es aún más crítica. Y ello se debe en gran medida a la posición preeminente que ocupa la administración pública, a la que el ordenamiento jurídico sustenta sobre cómodas prerrogativas de ejecutividad y ejecutoriedad de sus actos, fundamentadas en el principio de eficacia que se atribuye como gestora del interés general. Así, aun cuando los actos administrativos estén judicializados tienen aptitud para desplegar sus efectos, sin que la interposición de recursos suspenda la eficacia de la actuación administrativa. Es ahí, en ese contexto, donde la medida cautelar despliega su función y cumple el rol de equilibrar el principio de eficacia administrativa y la tutela jurisdiccional efectiva, para lo cual el juez debe valorar la concurrencia de ciertos presupuestos y ponderar todos los intereses en conflicto, evitando así que se



configuren situaciones irreversibles en perjuicio de los ciudadanos.

#### **IV**

La forma de expresión de la Administración es diversa: no sólo se manifiesta emitiendo actos administrativos, sino también con la omisión de actuación o mediante el uso de las vías de hecho. Esta realidad ha sido reconocida por el legislador, con la consiguiente ampliación del sistema de pretensiones procesales en el contencioso-administrativo, que ya no se restringen a la tradicional y limitada acción de anulación del acto administrativo. Siendo esto así, en el seno de un proceso contencioso-administrativo subjetivo de plena jurisdicción, también se ha producido una correlativa extensión de las medidas cautelares que se puedan proponer. Así, junto a las tradicionales medidas cautelares de suspensión, es posible plantear y obtener cualquier otra medida cautelar que sea eficaz para garantizar el cumplimiento de la sentencia.

#### **V**

Nuestros legisladores peruano y español, ante la amplitud de pretensiones deducibles en el proceso contencioso administrativo y siendo la tutela cautelar esencialmente ponderativa, han previsto un sistema innominado de medidas cautelares, con base en el poder cautelar genérico del juez; posición ésta que saludamos, porque armoniza con los objetivos de ser instrumento de eficacia para el proceso; pero a la vez postulamos que resulta conveniente prever, junto a

la cláusula innominada, algunos tipos de medidas cautelares específicas de manera enunciativa y como pauta para los jueces y los justiciables.

## **VI**

La realidad demuestra que no todas las pretensiones de los ciudadanos pueden ser encausadas por los tipos de tutela jurisdiccional ordinaria; por lo que podemos afirmar que en materia procesal el legislador puede prever mecanismos de tutela diferenciada, para responder a las distintas necesidades de tutela jurisdiccional. Dentro de estos mecanismos contamos con la tutela diferenciada y, dentro de ésta, con la tutela de urgencia, siendo las medidas cautelares una especie de tutela de urgencia, la más desarrollada, conocida y con amparo legislativo y jurisprudencial. Pero la realidad evidencia nuevos supuestos de tutela de urgencia que no encajan dentro de la tutela cautelar; pues si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar. Por eso postulamos la necesidad de incorporar de manera expresa en el proceso contencioso administrativo estas nuevas formas de tutela de urgencia, de contenido satisfactorio y no necesariamente instrumental para garantizar la eficacia del proceso, esto es, las medidas anticipadas y las medidas autosatisfactivas, que han alcanzado gran desarrollo en Brasil y Argentina y que requieren previsión legislativa para que se ofrezcan reglas claras para los jueces y justiciables, eliminando la incertidumbre de su aplicación. No se trata de sustituir las medidas cautelares por estas nuevas formas de tutela, sino de que estos instrumentos procesales concurren y desplieguen su eficacia

atendiendo a las circunstancias del caso. Además, consideramos que se está desdibujando la tutela cautelar al adaptarla para supuestos no pertinentes, en los que no se requiere articular un nuevo proceso principal.

## **VII**

Las medidas anticipadas son una especie de la tutela de urgencia, que consisten en una decisión interina, adoptada mediante cognición sumaria, con base en las alegaciones del caso, que constituyen un anticipo del juez sobre aquello que debería ser materia de su decisión final. Las medidas anticipadas se diferencian funcionalmente de las medidas cautelares, pues en aquellas se exige alta probabilidad del derecho que se invoca en el proceso principal, toda vez que con su adopción se satisface el derecho inmediatamente, ya sea en forma parcial o total. Es una nueva forma de tutela de urgencia que complementa la tutela cautelar, en la cual, como es sabido, se proscribía adelantar el derecho. La medida anticipada no busca garantizar la eficacia del proceso, sino que busca satisfacer el derecho.

## **VIII**

Las medidas autosatisfactivas son definidas por la doctrina a partir de sus notas o características esenciales, como instrumentos procesales urgentes, atendibles *inaudita pars*, autónomos, que cuentan con una fuerte probabilidad de que lo solicitado por el recurrente sea atendible e imponen una satisfacción definitiva de sus requerimientos. Constituyen una

especie de tutela de urgencia que se agota en sí misma, por lo que no requieren la articulación de un proceso principal, a diferencia de las medidas cautelares cuya peculiaridad es su carácter instrumental respecto del proceso cuya eficacia buscan garantizar.

Si bien estas medidas autosatisfactivas no se encuentran previstas en el ordenamiento peruano y español, su aplicación se ha venido desarrollando escasamente a través de su jurisprudencia, aunque bajo el ropaje de medida cautelar, forzando con ello la voluntad de los solicitantes a incoar un proceso principal con la finalidad de mantener vigente la medida otorgada y generando, sin duda, perjuicios no solo al justiciable que tiene que tramitar un proceso y asumir los costos, sino también a la administración de justicia quien se sobrecarga con asuntos que carecen de interés para el demandante, malgastando los escasos recursos humanos y logísticos en procesos inoficiosos.

Si bien estas medidas no se encuentran positivizadas en los ordenamientos señalados, su aplicación por la jurisprudencia ha sido factible en base al poder genérico cautelar de los jueces, el principio de la tutela judicial efectiva y por mandato de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y de la Convención Europea sobre Derechos Humanos referidos al derecho de toda persona de contar con un recurso rápido y sencillo para tutelar sus derechos fundamentales.

La aplicación de estas medidas por la jurisprudencia argentina ha demostrado su utilidad en los diversos

ámbitos del derecho: laboral, administrativo, pero sobre todo en el ámbito de los derechos humanos de los colectivos minoritarios, casos en los cuales se ha puesto en evidencia su carácter de muy urgente y su alta probabilidad de *fumus bonis iuris*, que han sido determinantes para su adopción.

La adopción de estas medidas autosatisfactivas bajo la denominación y trámite de medidas cautelares, nos lleva a sostener la necesidad de su implementación legislativa, recogiendo como insumos los aportes de la doctrina, el derecho comparado y el desarrollo jurisprudencial propio y comparado; y así dotar de reglas claras a este instrumento procesal, para tener una herramienta procesal que pueda dar respuesta célere, oportuna y eficiente sin necesidad de articular procesos inoficiosos, con reglas claras que eliminen todo sesgo de discrecionalidad.

## IX

Nuestra propuesta de *lege ferenda* busca mantener la tutela cautelar clásica para los supuestos que corresponda como instrumento idóneo para garantizar la eficacia de la futura sentencia que se va emitir en el proceso principal (verificando sus presupuestos y las circunstancias del caso concreto); e, incorporar a nuestras legislaciones contencioso administrativas: las medidas anticipadas, para los casos en que resulten idóneas adelantando el derecho, sin el coto que se está adelantando lo que se va resolver en sentencia; y, de manera similar implementar legislativamente las medidas autosatisfactivas, para los supuestos de

requerimiento urgente, que satisface el derecho en sí y que no requieren de un proceso principal.

## **X**

Estas tres medidas de la tutela de urgencia – cautelares, anticipadas y autosatisfactivas– se complementan, tienen similitudes y diferencias y cada una es idónea en los supuestos para los cuales se preveen. Asimismo complementan la eficacia del principio de la tutela jurisdiccional efectiva; pues, el litigante ve protegido su futuro derecho (con la medida cautelar) o satisfecho su derecho (con la medida anticipada y la autosatisfactiva) de manera idónea y oportuna; y si bien en la práctica jurisprudencial se han acogido estas nuevas formas de tutela de urgencia bajo el ropaje de medidas cautelares, se requiere dotar de certidumbre al proceso para que los jueces no tengan que apelar al poder cautelar genérico y a la tutela jurisdiccional efectiva al momento de adoptarlas, lo cual deja un amplio margen de discrecionalidad y voluntarismo.

En el proceso contencioso administrativo del siglo XXI, cuando la Administración aun cuenta con prerrogativas de ejecutividad y ejecutoriedad constitucionalmente refrendadas, corresponde dar respuesta a los requerimientos de urgencia no cautelar de manera eficiente y expeditiva, que consagre un nuevo equilibrio entre el principio de eficacia administrativa de la Administración y la tutela jurisdiccional efectiva de los ciudadanos.

## Bibliografía

### **Acosta, José Virgilio**

2009 *El proceso de revocación cautelar levantamiento, modificación, caducidad y nulidad de las medidas cautelares*, 2ª Edición ampliada y actualizada. Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires.

### **Aguirrezabal Grünstein, Maite**

2015 “Recepción de la medida cautelar innovativa y su delimitación con otras formas de tutela cautelar”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 122, Medellín (pp. 35-66). Versión en línea: <[bit.ly/3oSmFxV](http://bit.ly/3oSmFxV)>.

### **Alcubilla, Enrique Arnaldo y Rafael Fernández Valverde (dirs.)**

2006 *Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2.ª ed., La Ley, Madrid.

### **Álvarez del Cuvillo, Antonio**

2008 *Apuntes de derecho laboral. Tema 4: Proceso y procedimiento*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

### **Andrés Ibáñez, Perfecto**

1997 Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 93, 5-12. Madrid.

### **Araujo-Oñate, Rocío Mercedes**

2011 “Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 13, N° 1, Bogotá (pp. 247-291). Versión en línea: <[bit.ly/3gKQP3x](http://bit.ly/3gKQP3x)>.

**Ariano Deho, Eugenia**

- 2003 “Algunas reflexiones sobre la denominada ‘tutela anticipatoria’ y sobre las ‘medidas de satisfacción inmediata’” (a propósito del Anteproyecto de Código Procesal Civil de la Provincia de Buenos Aires)”, en ARIANO DEHO, Eugenia, *Problemas del proceso civil*, Jurista, Lima.
- 2014 “La tutela cautelar entre certezas y dudas: Reflexiones sobre el momento de producción de sus efectos”, en Ariano Deho, Eugenia y Renzo Cavani (eds.), *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*, Ediciones Legales, Lima (pp. 19-34).

**Baca Oneto, Víctor**

- 2009 “Las pretensiones en el proceso contencioso-administrativo”, en VILELA, Karla (coord.), *Teoría de la impugnación*, Palestra, Lima (pp. 107-137).
- [2013] *El control jurisdiccional de la actuación administrativa*, Lección Décimo Octava, Facultad de Derecho. Universidad de Piura.

**Bacigalupo Saggese, Mariano**

- 1992 “El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991”, en *Revista de Administración Pública*, N° 128, Madrid (pp. 413-452).
- 1999 *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- 2019a “El objeto del recurso contencioso-administrativo”, en AA. VV., *Jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 95-121).
- 2019b “Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo”, en AA. VV.,



*Jurisdicción contencioso-administrativa*,  
Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 233-272).

**Bassols Coma, Martín**

1978 “Los principios del Estado de derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución”, en *Revista de Administración Pública*, N° 87, Madrid (pp. 133-159).

**Berizonce, Roberto Omar**

1996 “Tutela anticipada y definitiva”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-II, Buenos Aires.

1997 “Tutela anticipada y definitiva”, en Arazi, Roland (coordinador), *Derecho procesal en vísperas del siglo XXI. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado*, Ediar, Buenos Aires.

2002 “La tutela anticipatoria en Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)”, en Greif, J. (coordinador), *Medidas cautelares*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

2011 “Tutelas de urgencia y debido proceso: hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia”, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, N° 37, Bogotá (pp. 1-18).  
Versión en línea: <[bit.ly/3gKg9GM](http://bit.ly/3gKg9GM)>.

**Bisogno, Julieta**

2003 “¿Las medidas autosatisfactivas cumplen con la garantía constitucional de la defensa en juicio?”, en *Revista Jurídica Cajamarca*, N° 12, julio-septiembre, Cajamarca. Versión en línea: <[bit.ly/2MaFMFD](http://bit.ly/2MaFMFD)>.

**Bordalí Salamanca, Andrés**

2001 “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, en *Revista de Derecho*, Vol. 12, N° 2, Valdivia (Chile) (pp. 51-66). Versión en línea: <[bit.ly/3mfM1UP](http://bit.ly/3mfM1UP)>.

**Botía Torralba, Pascual**

2007 *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso- administrativa*, Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid.

**Cappelletti, Mauro y Bryant Garth**

1996 *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica.

**Cairo Roldán, Omar**

2001 “La tutela de urgencia y el proceso de amparo”, en *Thémis*, N° 43, Lima (pp. 131-136). Versión en línea: <[bit.ly/37ZAJz4](http://bit.ly/37ZAJz4)>.

**Calamandrei, Piero**

1996 *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Marino Ayerra Merín, El Foro, Buenos Aires.

**Calderón Cuadrado, María Pía**

1992 *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid.

**Campo Cabal, Juan Manuel**

1996 “Las medidas cautelares en el derecho administrativo”, *Congreso internacional de derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (pp. 557-676).

**Cantero Martínez, Josefa**

2011 “A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares: nuevos retos para el derecho administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 151, Madrid (pp. 627-649).

**Cappelletti, Mauro y Bryant Garth**

1996 *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de Mónica Miranda, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

**Cara Fuentes, Elena Isabel**

- 2015 *Medidas cautelares y jurisdicción contencioso administrativo*, Fundación Asesores Locales, Málaga.

**Carnelutti, Francesco**

- 1926 *Lezioni di diritto processuale civile*, Vol. II, Cedam, Padua.
- 1936 *Sistema del diritto processuale civile*, Vol. I, Cedam, Padua.
- 1944 *Sistema de derecho procesal civil*, T. I, UTEHA, Buenos Aires.
- 1971 *Derecho procesal civil y penal*, T. I, EJEA, Buenos Aires.
- 1971a *Derecho y proceso*, EJEA, Buenos Aires.

**Carrasco Delgado, Nicolás**

- 2010 “La contracautela: una mirada desde el análisis económico del derecho procesal”, en *Derecho y Humanidades*, N° 16, vol. 2, Santiago de Chile (pp. 171-184). Versión en línea: <[bit.ly/34bDYCt](http://bit.ly/34bDYCt)>.

**Carretero Pérez, Adolfo**

- 1969 “Causa, motivo y fin del acto administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 58, Madrid (pp. 127-148).

**Casassa Casanova, Sergio Natalino**

- 2010 “La sumarización y nuestro indebido proceso de ejecución”, en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Vol. 4, N° 1, Lima (pp. 1-16). Versión en línea: <[bit.ly/2Wb8KXD](http://bit.ly/2Wb8KXD)>.

**Cassagne, Ezequiel**

- 2007 “Las medidas cautelares contra la Administración”, en Cassagne, Juan Carlos (director), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*. La Ley, Buenos Aires. Versión en línea: <[bit.ly/3oGH1L0](http://bit.ly/3oGH1L0)>

**Cassagne, Juan Carlos**

- 1996 *Derecho administrativo*, 5.<sup>a</sup> ed., T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

- 2011 “Proyecciones del principio de la tutela judicial efectiva”, en *Ius et Veritas*, N° 43, Lima (pp. 150-165). Versión en línea: <[bit.ly/2KjqAF1](http://bit.ly/2KjqAF1)>.
- 2013 *El acto administrativo: teoría y régimen jurídico*, Temis, Bogotá.
- 2019 *El acto administrativo: teoría y régimen jurídico*, Ediciones Olejnik, Buenos Aires.

**Cassagne, Juan Carlos y Pablo E. Perrino**

- 2006 *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Lexis Nexis, Buenos Aires.

**Cavani, Renzo**

- 2014 “¿Veinte años no es nada? Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil. Un diagnóstico para el Perú”, en *Revista de Direito*, N° 5, Santa Cruz do Soul (pp. 36-61). Versión en línea: <[bit.ly/37N7jUy](http://bit.ly/37N7jUy)>.

**Chinchilla Marín, Carmen**

- 1991 *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid.
- 1993 Comentarios Monográficos: “*El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*”, en *Revista de Administración Pública*, N° 131, Madrid (pp. 167-189). Versión en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17176.pdf>
- 1999 “La tutela cautelar”, en LEGUINA VILLA, Jesús y Miguel SÁNCHEZ MORÓN (coords.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid.
- 2000 “Medidas cautelares urgentes ante el cierre de una televisión local por ondas (Comentario de los Autos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ciudad Real de 4 de

noviembre de 1999 y 14 de diciembre de 1999)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 151, Madrid (pp. 287-317). Versión en línea: <[bit.ly/345FJks](http://bit.ly/345FJks)>.

**Chiovenda, Giuseppe**

1922 *Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Reus, Madrid.

1954 *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

**Chipayo Barrios, Washington**

2019 *La anticipación de tutela cautelar efectiva en los procesos de familia*, Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, Lima.

**Chocrón Giráldez, Ana María**

2000 “El principio de unidad de jurisdicción en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 451, Pamplona (pp. 4-5). Versión en línea: <[bit.ly/2Qay0KO](http://bit.ly/2Qay0KO)>.

**Concha Machuca, Ricardo**

2013 El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público. *Revista de Derecho*, 26 (2), 93-114. Valdivia (Chile). Versión en línea: <[bit.ly/35Wb8GU](http://bit.ly/35Wb8GU)>.

**Conforti, Franco**

2016 *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*. Tecnos, Madrid.

**Cordón Moreno, Faustino**

2012 “El principio de plenitud del control jurisdiccional y sus límites en el proceso contencioso-administrativo español. La legitimación activa”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11, Lima (pp. 305-314). Versión en línea: <[bit.ly/2Ltlplv](http://bit.ly/2Ltlplv)>.

**Correia de Mendonça, Luís**

2017 El dispositivo: un principio evanescente.

*Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 7  
(2), 28-82. Lima. Versión en línea:  
<[bit.ly/3bP6JJM](http://bit.ly/3bP6JJM)>.

**Courtis, Christian**

- 2006 El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 5, 33-65. México D. F.

**Couture, Eduardo J.**

- 1948 *Estudios de derecho procesal civil*, T. I, Ediar, Buenos Aires.
- 1953 *Introducción al estudio del proceso civil*. 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Depalma.
- 1985 *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires.
- 2002 *Fundamentos del derecho procesal civil*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.

**Cudero Blas, Jesús y Ponce Solé, Juli (coords.)**

- 2019 *Balance y perspectivas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX Aniversario*, Tirant lo Blanch / Transjus, Valencia.

**Danós Ordóñez, Jorge**

- 1996 “El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración”, en *Ius et Veritas*, N° 18, Lima (pp. 225-229).
- 2003 “El proceso contencioso-administrativo en el Perú”, en *A & C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, N° 13, Belo Horizonte (pp. 167-219). Versión en línea: <[bit.ly/346Tkbs](http://bit.ly/346Tkbs)>.

**Dávila Pérez, Martha Elba**

- 2015 “El derecho a un recurso efectivo. Una aproximación teórico-conceptual”, en *Revista de Derecho UNED*, N° 17, Madrid (pp. 225-250).
- 2016 *El derecho a un recurso efectivo en materia administrativa en México. Recepción del*

corpus juris del sistema interamericano y asignaturas pendientes, Disertación doctoral. UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.

**De Bernardis, Jesús**

1995 *La garantía procesal del debido proceso*, Cultural Cuzco, Lima.

**De Esteban, Jorge y Pedro J. González-Trevijano**

1992 *Curso de derecho constitucional español*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

**De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás**

[2014] *La autotutela administrativa*, Lección 6, Universidad Carlos III de Madrid. Versión en línea: <[bit.ly/3oDmg2j](http://bit.ly/3oDmg2j)>.

**De la Sierra, Susana**

2004 *Tutela cautelar contencioso administrativa y derecho europeo*, Aranzadi, Cizur Navarra.

**De Lázzari, Eduardo N.**

1996 “La cautela material”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, Buenos Aires.

**De Los Santos, Mabel**

2002 “Medida autosatisfactiva y medida cautelar. Medidas cautelares (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)”, en Greif, J. (coordinador), *Medidas cautelares*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

**Delgado Castro, Jordi; Palomo Vélez, Diego y Delgado, Germán**

2017 Autotutela, solución adecuada del conflicto y *repossession*: revisión y propuesta. *Revista de Derecho*, 24 (2). Coquimbo (Chile). Versión en línea: <[bit.ly/3it4sFm](http://bit.ly/3it4sFm)>.

**Delpiazzo, Carlos E.**

1999 *Curso sobre medidas cautelares*, Obra Colectiva: Dirigida. Landoni Sosa Angel, “Medidas cautelares en el derecho administrativo” Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, (pp.207-215).

- 2014 Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado constitucional de derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, 1 (3), 7-32. Curitiba (Brasil). Versión en línea: <bit.ly/3sJhAuW>.

**Di Iorio, Alfredo**

- 1978 “Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares”, en *La Ley*, 1978-B, Buenos Aires.

**Díaz Díez, Cristian Andrés**

- 2013 *La jurisdicción de lo contencioso administrativo*, Librería Jurídica Sánchez, Medellín.

**Didier Junior, Freddie; Paula Sarno Braga y Rafael Santos de Oliveira**

- 2010 “Todavía sobre la distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar”, en CAVANI, Renzo (coord.), *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*, Normas Legales, Lima.

**Díez-Picazo, Luis**

- 1998 “La potestad jurisdiccional: características constitucionales”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, N° 2, Toledo (pp. 67-77).

**Díez Sánchez, Juan José**

- 2004 “Comentarios en torno a la Ley de Proceso Contencioso-Administrativo del Perú”, en *Revista de Administración Pública*, N° 165, Madrid (pp. 327-352).

**Duguit, León**

- 1926 *Las transformaciones del derecho público*, trad. de Francisco Beltrán, Madrid.

**Dromi, Roberto**

- 2001 *Derecho administrativo*, 9.<sup>a</sup> ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires.



**Escola, Héctor J.**

1989 *El interés público*, Depalma, Buenos Aires.

**Espinosa-Saldaña, Eloy**

2012 “Proceso contencioso-administrativo peruano: evolución, balance y perspectivas”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11, Círculo de Derecho Administrativo, Lima (pp. 11-20).

**Esteban de, Jorge y Pedro J. González-Trevijano**

1992 *Curso de derecho constitucional español*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

**Etcheverry, María Delia**

1996 “Las medidas cautelares materiales. Sentencia anticipatoria”, en *La Ley*, Buenos Aires, 13 de marzo de 1996.

**Eto Cruz, Gerardo**

2015 “Inconstitucionalidad por omisión e inconveniencia por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos”, en *Justicia Electoral*, N° 16, Cuarta Época, julio-diciembre (pp. 305-343).

**Fairén Guillén, Víctor**

1969 “La reforma del proceso cautelar español”, en su *Temas del ordenamiento procesal*, T. II, Tecnos, Madrid.

**Fernández de Velasco, Recaredo**

1930 *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

**Fernández González, Miguel Ángel**

2004 Derecho a la jurisdicción y debido proceso. *Estudios Constitucionales*, 2 (1), 100. Talca (Chile).

**Fernández Pastrana, José María**

1990 Orientación antiformalista de la jurisprudencia en el agotamiento de la vía administrativa previa. *Revista de*

*Administración Pública*, 121, 259-267.  
Madrid.

**Fernández Torres, Juan Ramón**

2012 “Desafíos y retos de la justicia administrativa en pleno siglo XXI”, en *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, N° 38, Brasilia (pp. 227-244).

**Ferrada Bórquez, Juan Carlos**

2007 “Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. XX, 20, N° 2, Valdivia (Chile) (pp. 69-94). Versión en línea: <[bit.ly/3rLdC35](http://bit.ly/3rLdC35)>.

**Ferrajoli, Luigi**

1997 Jurisdicción y democracia. *Jueces para la democracia*, 29, 3-9. Madrid.

**Ferret i Jacas, Joaquim**

1985 “El control jurisdiccional de la inactividad administrativa”, en *Estudios sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, Generalitat de Catalunya / Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona (pp. 75-92).

**Figueruelo Burrieza, Ángela**

1983 En torno al concepto de tutela efectiva de los jueces y tribunales (Artículo 24.1 de la Constitución española). *Revista de Estudios Políticos*, 33, 207-219. Madrid.

**Gallardo Miraval, Juvenal**

2000 *Cautela y contracautela en el proceso civil*, Tesis, Escuela de Posgrado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Unidad de Posgrado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

**Gallegos Fedriani, Pablo O.**

2004 “Control judicial de la administración. Medidas cautelares”, en AA. VV., *Derecho*

*Procesal Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Hammurabi, Buenos Aires.

- 2006 *Las medidas cautelares contra la administración pública*, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires.

**García Castillo, Rolando**

- 2020 “¿Cuál es el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva?”, en el Portal *Ius360*, Lima, 26 de agosto de 2020. Versión en final: < [bit.ly/2PwZFBm](https://bit.ly/2PwZFBm) >.

**García de Enterría, Eduardo**

- 1992 *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid.
- 1997 “Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (*référé-provision*). A propósito del auto del presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (asunto *Antonissen*), en *Revista de Administración Pública*, N° 142, enero-abril, Madrid (pp. 225-243). Versión en final: <[bit.ly/3pnfzfs](https://bit.ly/3pnfzfs)>.
- 2000 “Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista”, en *Pensamiento Constitucional*, N° 7, Lima (pp. 45-85). Versión en final: <[bit.ly/3a83wUQ](https://bit.ly/3a83wUQ)>.
- 2004 *La batalla por las medidas cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 3ª ed. ampliada, Thomson-Civitas, Madrid.
- 2007 *Las transformaciones de la justicia administrativa*, Civitas, Madrid.

**García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón**

- 2004 *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, Novena edición. Thomson-Civitas, Madrid.

- 2011 *Curso de derecho administrativo*, 12.<sup>a</sup> ed. (reimpr. de la 1<sup>a</sup> edición peruana), tomos I y II, Palestra-Temis, Lima.

**García Gil, Francisco Javier**

- 2010 *La medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos y disposiciones en el proceso administrativo. Legislación. Comentarios. Jurisprudencia. Formularios*, La Ley, Madrid.

**García Pérez, Marta**

- 1997 “El objeto del proceso contencioso-administrativo”, en García Pérez, Marta (coord.), *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, A Coruña (pp. 47-80).
- 1999 *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, Pamplona.

**García Pons, Enrique**

- 1997 “Aporía del restablecimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el nuevo Código Penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 50, Madrid (pp. 217-238).

**García Pullés, Fernando**

- 2004 *Tratado de lo contencioso administrativo*, Vol. I y II, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
- 2006 *Medidas “cautelares autónomas” en el contencioso administrativo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

**Garrido Falla, Fernando**

- 1998 “Título III. Objeto del recurso contencioso administrativo. Capítulo Primero. Actividad administrativa impugnada. Artículos 25 y 26”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 100 (dedicado a los *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*), Madrid

(pp. 259-269).

**Gil Ibáñez, José Luis**

2001 *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo (una visión práctica)*, Editorial Colex, Madrid.

**González Pérez, Jesús**

1950 “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, en *Revista de Administración Pública*, N° 1, Madrid (pp. 149-162).

1953 “La pretensión procesal administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, N° 12, Madrid (pp. 77-128).

1985 *Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, 2ª ed., Civitas, Madrid.

**González-Varas Ibáñez, Santiago**

1994 *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid.

2019 *Contencioso-administrativo: praxis y propuestas*, Aranzadi, Cizur Navarra.

**Guasp Delgado, Jaime**

1943 *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Tomo I, ed. Aguilar, Madrid.

1952 “La pretensión procesal”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 5, N° 1, Madrid.

1968 *Derecho procesal civil*, 3ª ed., 2 tomos, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

1985 *La pretensión procesal*, 2ª ed., Civitas, Lima.

**Guerra Cerrón, María Elena**

2016 *Sistema de protección cautelar*. Instituto Pacífico, Lima.

2019 *Acceso a la justicia cautelar*. Instituto Pacífico, Lima.

**Guzmán Napurí, Christian**

2012 “Las actuaciones impugnables en el proceso contencioso administrativo peruano”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11, Círculo de Derecho Administrativo, Lima (pp.

109-119). Versión en línea:  
<[bit.ly/2JYWqqX](https://bit.ly/2JYWqqX)>.

2018 *Manual del procedimiento administrativo general*, 3ª ed., Instituto Pacífico, Lima.

**Hernández, Gerardo Martín**

2000 *Manual de derecho procesal civil I*, Nica Ediciones, Managua.

**Huapaya Tapia, Ramón A.**

2006 *Tratado del proceso contencioso-administrativo*, 2ª edición, Jurista, Lima.

2015 “Criterios para la adopción de medidas cautelares en la normativa que regula el proceso contencioso administrativo en el Perú (en particular, el requisito de ponderación entre la verosimilitud del derecho y el interés público)”, en AA. VV., *Sobre la tutela cautelar*, Editorial Jurídica Thémis, Lima (pp. 143-162). / También en Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, William VÁZQUEZ IRIZARRY y María del Carmen RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (coordinadores), *Contenciosos administrativos en Iberoamérica*, XIV FIDA, Universidad de Puerto Rico, San Juan de Puerto Rico (pp. 910-925).

2015a “El sistema cautelar tendencialmente atípico del proceso civil peruano”, en AA. VV., *Sobre la tutela cautelar*, Editorial Jurídica Thémis, Lima.

2019 *El proceso contencioso-administrativo*, con la colaboración de Oscar Alejos Guzmán, Colección “Lo esencial del Derecho” 43, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

2019a “La atipicidad de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo peruano como instrumento para su eficacia”, en LÓPEZ RAMÓN, Fernando y Julián VALERO TORRIJOS (coords.), *20 años de la Ley de lo Contencioso*

*Administrativo. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Murcia, 8-9 de febrero de 2019, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.*

**Huergo Lora, Alejandro**

2000 *Las pretensiones de condena en el contencioso administrativo*, Aranzadi, Pamplona.

**Hurtado Reyes, Martín**

2006 *Apuntes de las medidas cautelares en el proceso civil*, Palestra, Lima.

2009 *Fundamentos de derecho procesal civil*, Idemsa, Lima.

**Ivanega, Miriam Mabel**

2008 “Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, Círculo de Derecho Administrativo, Lima (pp. 107-120).

2016 “Cuestiones de género y derecho administrativo”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 451, Ediciones Rap S.A, Buenos Aires (pp. 01-15).

2020 “El principio de igualdad. Cuestiones de género”, en *Revista Derecho y Sociedad*, N° 54 (1), Lima (pp. 93-108).

**Jiménez Plaza, Carmen**

2005 *El fumus bonis iuris: un análisis jurisprudencial*, Iustel, Madrid.

**Kielmanovich, Jorge L.**

2000 “Medidas Cautelares”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

**Lama More, Héctor E.**

2007 “La tutela cautelar”, en Tenorio Torres, Oscar R. (editor), *Debate jurisprudencial*, Motivensa, Lima.

**Ledesma Narváez, Marianela**

2008 *Comentarios al Código Procesal Civil*, T. III.

Gaceta Jurídica, Lima.

2013 Conflicto, autotutela y control jurisdiccional. *Ius et Veritas*, 46, 204-219. Lima. Versión en línea: <[bit.ly/3sIG07u](http://bit.ly/3sIG07u)>.

2013a *La tutela cautelar en el proceso civil*. Gaceta Jurídica, Lima.

2018 *La tutela cautelar y ejecución: características de las medidas cautelares*, Gaceta Jurídica, Lima.

**Liebman, Enrico Tullio**

1946 *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*, traducción de Santiago Sentís, Ediar, Buenos Aires.

1980 *Manual de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires.

**Linares, Juan Francisco**

1996 *Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires.

**López Menudo, Francisco**

1988 *El fumus bonis iuris: un análisis jurisprudencial*, Iustel, Madrid.

1988a *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid.

**Lynn, Virginia**

2015 *Medidas cautelares contra el Estado*, Astrea, Buenos Aires.

**Lucas Murillo De La Cueva, Pablo**

2016 “Título Sexto: Disposiciones comunes a los títulos IV y V”, en Espín Templado, Eduardo, (coordinador), *Comentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, (pp. 867 -924).

**Maqueda, Santiago**

2011 El sentido de los elementos del acto administrativo. *Díkaion*, 19 (2), 467-487. Chía (Colombia). Versión en línea: <[bit.ly/2M75ACi](http://bit.ly/2M75ACi)>.



**Marín González, Juan Carlos**

- 2002 “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, Santiago de Chile (pp. 9-54). Versión en línea: <[bit.ly/38tGQNs](http://bit.ly/38tGQNs)>.

**Marín Salas, Carlos**

- 1965 *Las sentencias de mera declaración*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

**Marinoni, Luis G.**

- 2001 “La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso”, en *Thémis*, N° 43, Lima (pp. 45-51). Versión en línea: <[bit.ly/2KvPEcD](http://bit.ly/2KvPEcD)>.
- 2007 *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Palestra, Lima.

**Martel Chang, Rolando**

- 2002 *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Tesis para optar el grado de Magíster con mención en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. Versión en línea: <[bit.ly/39FOxPS](http://bit.ly/39FOxPS)>.
- 2003 *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*. Palestra, Lima.

**Martín Rebollo, Luis**

- 1995 El control jurisdiccional de las Administraciones Públicas: la reforma del contencioso-administrativo. *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1, 191-230. Logroño. Versión en línea: <[bit.ly/3szqOto](http://bit.ly/3szqOto)>.

**Martínez Boto, Raúl**

- 1990 *Medidas cautelares. Embargabilidad e inembargabilidad. Embargo preventivo. Secuestro. Inhibición de bienes. Prohibición de innovar. Intervención judicial y Anotación de la litis*, Editorial Universidad, Buenos Aires.

**Martínez López-Muñiz, José Luis**

- 1981 “El concepto de administración pública de la

Ley de lo Contencioso, tras la Constitución de 1978”, en *Revista de Administración Pública*, N° 96, Madrid (pp. 179-233).

**Martins, Daniel Hugo**

1996 No llamemos más administrados a las personas que habitan nuestro territorio. *Anuario de Derecho Administrativo*, V, 61 ss. Montevideo.

**Martín Valdivia, Salvador**

2016 *La jurisdicción contenciosa: análisis práctico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

**Meilán Gil, José Luis**

2011 La argumentación en el contencioso-administrativo. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 15, 35-54. A Coruña.

**Meilán Gil, José Luis y García Pérez, Marta**

2013 “Cuestiones actuales de la justicia administrativa en España”, en Fernández Ruiz, Jorge y Filiberto Otero Salas (coordinadores), *Justicia contenciosa administrativa. Congreso internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D. F. (pp. 423-465).

**Menéndez Rexach, Ángel**

2001 El control judicial de la inactividad de la administración. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 163-186. Madrid.

**Miras Pouso, Jorge**

2009 Un apunte sobre el derecho administrativo canónico. *Telmus. Anuario del Instituto Teológico San José*, 2, 129-140. Vigo.

**Mitidiero, Daniel**

2013 *Anticipación de tutela: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, traducción de Renzo Cavani, Marcial Pons, Madrid.

- 2018 “Cognición sumaria, probabilidad y prueba en la anticipación de la tutela”, traducción de Renzo Cavani, en AA.VV., *La prueba en el proceso (Libro de ponencias del VIII Seminario Internacional de Derecho Procesal: proceso y constitución)*, Palestra, Lima (pp.205-221).

**Monroy Gálvez, Juan**

- 1990 “El juez nacional y la medida cautelar”, en *Derecho & Sociedad*, N° 2, Lima (pp. 42-48). Versión en línea: <[bit.ly/2LeE5a0](http://bit.ly/2LeE5a0)>.
- 2001 “La actuación de la sentencia impugnada”, en *Thémis*, N° 43, Lima (pp. 19-43). Versión en línea: <[bit.ly/3q3jiVH](http://bit.ly/3q3jiVH)>.

**Monroy Gálvez, Juan y Monroy Palacios, Juan José**

- 1991 “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV, Lima (pp. 155-180).

**Monroy Palacios, Juan José**

- 2001 “Panorama actual de la justicia civil: una mirada actual desde el proceso”, en *Thémis*, N° 43, Lima (pp. 159-192).
- 2002 *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Comunidad, Lima.
- 2004 *La tutela procesal de los derechos*, Palestra, Lima.

**Montero Aroca, Juan**

- 2014 *Derecho jurisdiccional. Parte general*, 22<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

**Montiel, Félix**

- 1965 El ciudadano y el administrado. *Revista de Administración Pública*, 48, 127-141. Madrid.

**Montoro Chiner, María Jesús**

- 1986 “La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. control jurisdiccional ‘versus’ fracaso legislativo (Análisis en torno a las acciones de responsabilidad por daños derivados de

inactividad administrativa y legislativa por la muerte de los bosques» en la RFA)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 110, Madrid (pp. 263-366).

**Morello, Augusto M.**

1996 *Anticipación de la tutela*; Platense, La Plata.

**Morello, Augusto M. y Gabriel Stiglitz**

1986 *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Platense, La Plata.

**Morón Urbina, Juan Carlos**

2017 *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima.

**Muñoz Machado, Santiago**

1976 La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problemática en materia de sanciones administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 11, 734-741. Madrid.

**Nieto, Alejandro**

1962 “La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 37, Madrid (pp. 75-126).

**Oelckers Camus, Osvaldo**

1978 “El principio de la autotutela administrativa como privilegio de la Administración Pública”, en *Revista de Derecho*, N° 2, Valparaíso (pp. 121-136).

**Ortells Ramos, Manuel**

1999 Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Revista Xurídica Galega*, 25, 13-42. Santiago de Compostela.

2000 *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid.

**Oteiza, Eduardo**

2013 “Prólogo a la edición española” del libro de Daniel MITIDIERO, *Anticipación de tutela: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*,

traducción de Renzo Cavani, Marcial Pons, Madrid (pp. 13-15).

**Padrós, Simón Ramiro**

2004 *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires.

**Palacio, Lino Enrique**

1985 *Derecho procesal civil*, T. VIII, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

1991 “Medidas cautelares en general”, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, N° 10, Bogotá (pp. 93-123).

**Palomar Olmeda, Alberto**

2012 “Medidas Cautelares: artículos 129-136”, en Palomar Olmeda, Alberto, (director), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: recursos, ejecución de sentencias y disposiciones comunes*, 2ª ed., T. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), (pp.1051-1100).

**Parejo Alfonso, Luciano**

1983 *Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid.

1998 “La actividad de la administración pública: sus características, clasificaciones y formas”, en Parejo Alfonso, Luciano *et al.*, *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª edición corregida y aumentada, Ariel, Barcelona.

**Patiño Mariaca, Daniel Mauricio**

1996 La lucha contra los privilegios de la administración. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 96, 19-48. Medellín. Versión en línea: <[bit.ly/3p4f9km](http://bit.ly/3p4f9km)>.

**Peces Morate, Jesús Ernesto**

1999 “Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias”, en Campos Sánchez-Bordona, Manuel (director): *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Consejo General del Poder Judicial,

*Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1999,  
pp. 143-181.

**Pérez Gálvez, Juan Francisco**

- 2013 “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España”, en Fernández Ruiz, Jorge y Filiberto Otero Salas (coordinadores), *Justicia contenciosa administrativa. Congreso internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. (pp. 499-539). Versión en línea: <[bit.ly/3iRrEgx](http://bit.ly/3iRrEgx)>.

**Pérez Ragone, Álvaro**

- 2000 “Prolegómenos de los amparos colectivos. Tutela de las incumbencias multisubjetivas. Parte General”, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 4 (Amparo. Hábeas data. Hábeas corpus, 1), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- 2017 Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: misión y visión en Latinoamérica. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 28, 137-182. Santiago. Versión en línea: <[bit.ly/3sCCcVs](http://bit.ly/3sCCcVs)>.

**Pérez Ríos, Carlos Antonio**

- 2010 *Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano*, Tesis, Universidad Mayor de San Marcos, Lima.

**Perrino, Pablo Esteban**

- 2003 “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, en *Revista de Derecho Público*, 2003-1, Buenos Aires (pp. 257-294). Versión en línea: <[bit.ly/2XVaOUx](http://bit.ly/2XVaOUx)>.
- 2007 “La pretensión procesal administrativa como objeto del proceso contencioso administrativo”, en Cassagne, Juan Carlos (director), *Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I, La Ley, Buenos Aires (pp. 409-436).

**Peyrano, Jorge W.**

- 1981 *Medida cautelar innovativa*, Depalma, Buenos Aires.
- 1995 “Lo urgente y lo cautelar”, en *Ius et Veritas*, N° 10, Lima (pp. 129-132). Versión en línea: <[bit.ly/3d6iBWP](http://bit.ly/3d6iBWP)>
- 1997 “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, en *Ius et Veritas*, 15, 11-26. Lima. Versión en línea: <[bit.ly/3fbY0Tp](http://bit.ly/3fbY0Tp)>
- 1997a “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en Peyrano, Jorge W. (director), *Medidas autosatisfactivas*, Ateneo de Estudios del Proceso Civil / Rubinzal Culzoni, Buenos Aires (pp. 13-26).
- 1997b “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas”, en Peyrano, Jorge W. (director), *Medidas autosatisfactivas*, Ateneo de Estudios del Proceso Civil / Rubinzal Culzoni, Buenos Aires (pp. 27-35).
- 1999 *Curso sobre medidas cautelares*, Obra Colectiva: Dirigida. Landoni Sosa Angel, “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas Propuestas”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, (pp.231-237).
- 2003 “La acción preventiva en derecho procesal civil”, en *Derecho procesal civil. Congreso internacional. Lima, 2003*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima.
- 2009 “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 14, Año XIII, 447-456.Lima.

**Picó i Junoy, Joan**

- 2010 “De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas: ¿un avance del derecho procesal?”, en *Thémis*, N° 58, Lima (pp. 29-

39).

**Podetti, J. Ramiro y Guerrero Leconte, Víctor A.**

1969 *Tratado de las medidas cautelares*, 2<sup>a</sup> ed.,  
Buenos Aires, Ediar.

**Prado, Rafael y Zegarra, Francisco**

[2017] “La tutela jurisdiccional efectiva en el proceso contencioso administrativo”, en el portal *Agnitio*, Asociación Civil Advocatus, Lima. Versión en línea: <[bit.ly/3oZHg49](http://bit.ly/3oZHg49)>.

**Priori Posada, Giovanni**

2003 “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”, en *Ius et Veritas*, N° 26, Lima (pp. 273-292). Versión en línea: <[bit.ly/36IFYTf](http://bit.ly/36IFYTf)>.

2004 “La competencia en el proceso civil peruano”, en *Derecho & Sociedad*, N° 22, Lima (pp. 38-52). Versión en línea: <[bit.ly/3nyMItu](http://bit.ly/3nyMItu)>.

2006 *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*, Ara, Lima.

2009 *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, 4<sup>a</sup> ed., Ara, Lima.

**Proto Pisani, Andrea**

1982 *Apunti sulla giustizia civile*, Cacucci, Bari.

2014 *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima, 2014.

2014a “Tutela jurisdiccional diferenciada y nuevo proceso laboral”, en Proto Pisani, Andrea, *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima, 2014 (pp. 77-187). [Versión original: “Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro”, en *Foro Italiano*, N° V, 1973 (pp. 205 ss.)].

2014b “Notas mínimas sobre la denominada tutela diferenciada”, en Proto Pisani, Andrea, *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima, 2014 (pp. 189-195). [Versión original: “Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata”, en *Diritto e Giurisprudenza*, Jovene, Napoli



(pp. 534 y ss.)).

2014c “Acerca de la tutela jurisdiccional diferenciada”, en Proto Pisani, Andrea, *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima, 2014 (pp. 197-279). [Versión original: “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXXIV, N° 4, Padova, Cedam (pp. 536-591)].

2018 *Lecciones de derecho procesal civil*, Palestra, Lima, 2018. [Versión original: *Lezione di Diritto Processuale Civile*, Jovene, Napoli, 1996].

**Redenti, Enrico**

1957 *Derecho procesal civil*, T. I, traducido al castellano por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, EJEA, Buenos Aires.

**Reimundín, Ricardo**

1970 *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Zavalía, Buenos Aires.

**Rengel-Romberg, Arístides**

1989 “Medidas cautelares innominadas”, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, N° 8, Bogotá (pp. 85-111).

**Restovich, Sergio E.**

1999 “El proceso de estructura monitoria: continente de las medidas autosatisfactivas”, en *Medidas autosatisfactivas. Parte general*, Ateneo de Estudios del Proceso Civil / Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

**Restrepo Medina, Manuel Alberto**

2005 La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 7 (2), 191-205. Bogotá. Versión en línea: <[bit.ly/3gOGnYI](https://bit.ly/3gOGnYI)>.

**Rey Cantor, Ernesto y Ángela Margarita Rey Anaya**

2005 *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos*

Humanos, Temis / Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá.

**Rivas, Adolfo A.**

- 1996 “La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional”, en *La Ley*, Buenos Aires, 22 de febrero de 1996.
- 2005 *Las medidas cautelares en el derecho peruano*, Jurista, Lima.

**Rivero Hurtado, Renée Marlene**

- 2019 La tutela meramente declarativa o de mera certeza y su reconocimiento en el sistema procesal civil chileno. *Ius et Praxis*, 25 (1), 89-130. Talca (Chile). Versión en línea: <[bit.ly/2Nkk2aW](http://bit.ly/2Nkk2aW)>.

**Rocco, Ugo**

- 1977 *Tratado de derecho procesal civil*, Vol. V (*Parte especial. Proceso cautelar*), Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires.

**Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime**

- 1986 *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Montecorvo, Madrid
- 2000 *Cuestiones de ética social*. Servicio de Publicaciones, Diputación Provincial, Lugo.mayor participax del administrado
- 2002 “Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 98, San José (Costa Rica) (pp. 25-40). Versión en línea: <[bit.ly/3afKXhg](http://bit.ly/3afKXhg)>.
- 2010 “Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña [AFDUDC]*, N° 14, A Coruña (pp. 681-700).

- 2013 “Funcionalidad de las medidas cautelares en el sistema contencioso administrativo (especial referencia al derecho español)”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXXV, N° 414, Buenos Aires (pp. 231-254).

**Rodríguez Pontón, José**

- 1999 *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Cedecs, Barcelona.

**Rojas, Jorge A.**

- 1988 “Una cautela atípica”, en *Revista de Derecho Procesal*, Vol. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

**Rengel-Romberg, Aristides**

- 1989 Medidas cautelares innominadas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 8, 85-111. Bogotá. Versión en línea: <[bit.ly/2Kz8D66](http://bit.ly/2Kz8D66)>.

**Rosario Domínguez, Juan Francisco**

- 2006 Aproximaciones al Estudio de la Tutela Anticipada: Doctrina, legislación comparada y su aplicación en el Derecho Procesal Peruano. *Foro Jurídico*, (06), 61-72. Lima. Versión en línea: <[bit.ly/3cgP7pW](http://bit.ly/3cgP7pW)>.

**Ruiz Piñeiro, Fernando Luis**

- 2001 *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra.

**Sainz Moreno, Fernando**

- 1979 La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados. *Revista de Administración Pública*, 89, 293-314. Madrid.

**Sala Atienza, Pascual y María Isabel Cadenas García**

- 2016 *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*, Aranzadi,

Navarra.

**Sala Sánchez, Pascual; Juan Antonio Xiol Ríos y Rafael Fernández Montalvo**

1999 *Práctica procesal contencioso administrativa*, T. IX (Plazos. Medidas cautelares. Arts.128 a 136), Bosch, Barcelona.

**Salas Ferro, Percy**

2013 “Las pretensiones en el proceso contencioso administrativo”, en *Revista Oficial del Poder Judicial*, Año 6-7, N°s 8-9, 2012-2013, Lima (pp. 293-314).

**Sánchez Rubio, M.<sup>a</sup> Aquilina**

2003 “Derecho a la tutela judicial efectiva: Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 21, Cáceres (pp. 601-616).

**Santamaría Pastor, Juan Alfonso**

1991 *Fundamentos de derecho administrativo*, T. I, Ceura, Madrid.

2000 *Principios de derecho administrativo*, Ceura, Madrid.

**Santofimio, Jaime**

2017 *Compendio de derecho administrativo*, T. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

**Sanz Gandasegui, Francisco**

1995 ¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso-administrativo? (Comentario a los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993). *Revista de Administración Pública*, 138, 183-202. Madrid.

**Sanz Rubiales, Iñigo**

1999 Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad. *Revista de Administración Pública*, 148, 359-385. Madrid.

**Satta, Salvatores**

- 1971 *Manual de derecho procesal civil*, T. II (*El proceso de ejecución. Los procedimientos especiales*), trad. de la 7<sup>a</sup> ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires.

**Sotero Garzón, Martín**

- 2015 ““El sistema cautelar tendencialmente atípico del proceso civil peruano”, en AA. VV., *Sobre la tutela cautelar*, Editorial Jurídica Thémis. Lima.

**Suárez Gómez, Martha Consuelo y Vallejo Ramírez, Carlos Eduardo**

- 2017 “Las medidas cautelares innominadas y el activismo judicial”, en *Iusta*, N° 46, enero-junio, Bogotá (pp. 139-158).

**Sumaria Benavente, Omar**

- 2012 Proceso y cultura: el proceso como resultado del ensamblaje de la relación Estado-jurisdicción, *Derecho & Sociedad*, 38, 52-68. Lima. Versión en línea: <[bit.ly/391srsh](http://bit.ly/391srsh)>.
- 2016 Estudio y análisis de la tutela urgente o diferenciada. *Ius et Ratio*, 1, 8-19. Lima.
- 2017 *La tutela cautelar*. Instituto Pacífico, Lima.

**Tarzia, Giuseppe**

- 1993 *Il nuovo processo cautelare*, Cedam, Padua.

**Teso Gamella, Pilar**

- 2007 *Medidas cautelares en la justicia administrativa*, Tirant lo blanch, Valencia.

**Tornos Mas, Joaquín**

- 1990 La situación actual del proceso contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, 122, 103-130. Madrid.

**Torrealba Sánchez, Miguel Ángel**

- 2011 *La vía de hecho en Venezuela*. FUNEDA, Caracas.
- 2016 *Tendencias de la ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (con*

*especial referencia a España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela*), Tesis doctoral. Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano. Universidad de A Coruña, A Coruña.

**Torres Fernández, Juan José**

- 2002 “Título VI: *Disposiciones comunes a los títulos IV y V*”, en Gómez de Mercado, Francisco y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 1998*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

**Ulate Chacón, Enrique Napoleón**

- 2007 “Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 114, 137-174. San José (Costa Rica). Versión en línea: <bit.ly/35VJFFf>.

**Urdaneta Sandoval, Carlos A.**

- 2004 “Introducción del análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas del Código de Procedimiento Civil Venezolano”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 59, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

**Urosa Maggi, Daniela**

- 2003 *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas.
- 2005 “La pretensión procesal administrativa”, en *Revista Derecho y Sociedad*, N° 6, Universidad de Monteávila, Caracas.
- 2020 “Tutela Judicial frente a la inactividad administrativa en Venezuela. Veinte años después”, en Urosa Maggi, Daniela y otros. (coordinadores.), *Temas Fundamentales de Derecho Público. En homenaje a Jesús González Pérez*, Centro para la Integración y

el Derecho Público, Funeda y Aveda, Caracas.  
Versión en línea: <[bit.ly/3jBa8xH](https://bit.ly/3jBa8xH)> (pp. 1-38).

**Valencia Mirón, Antonio José**

2008 *Introducción al Derecho Procesal*, 12<sup>a</sup> edición, Comares, Granada.

**Vargas, Abraham Luis**

1999 “Tutelas procesales diferenciadas (Relato general)”, en su *Estudios de derecho procesal*, T. I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.

1999a “Teoría general de los procesos urgentes”, en *Medidas autosatisfactivas. Parte general*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

**Vásquez Ferreira, Roberto A.**

1999 “Las medidas autosatisfactivas en el derecho de daños y en la tutela del consumidor”, en *Medidas autosatisfactivas. Parte general*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

**Vilela Carbajal, Karla.**

2021 “Análisis de actuaciones procesales en proceso de amparo a favor de paciente con COVID 19”, en *Gaceta Constitucional. & Procesal Constitucional*, N° 159, Lima (60-76).