

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA VEROSIMILITUD DEL DERECHO COMO JUICIO DE
PROBABILIDAD PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS
CAUTELARES EN PROCESOS CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVOS”**

TESIS

PRESENTADO POR:

MARCOS WILSON TICONA ANCCO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PROMOCIÓN XXXV

PUNO – PERÚ

2016

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**“LA VEROSIMILITUD DEL DERECHO COMO JUICIO DE PROBABILIDAD
PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS”**

TESIS PRESENTADA POR:

TICONA ANCCO, MARCOS WILSON

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 03 de enero del 2017.

APROBADA POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE : 
Abg. EVA MARINA CENTENO ZAVALA

PRIMER MIEMBRO : 
Abg. JUAN CASAZOLA CCAMA

SEGUNDO MIEMBRO : 
Abg. ROXANA ZAPATA COACALLA

**DIRECTOR Y ASESOR
DE TESIS** : 
Abg. PETER J. MANZANEDA CABALA

**Área : Derecho Público
Línea : Derecho Procesal
Tema : Derecho Contencioso Administrativo.**

PUNO – PERÚ

2016



DEDICATORIA

Con mucho cariño a mi madre; Dionisia, y a mis hermanas, Milagros y Yaneth.



AGRADECIMIENTO

Mi eterna gratitud y agradecimiento a mi docente y amigo Dr. Peter Jesús Manzaneda Cabala.

Mi aprecio a la familia Zaga Castillo, y en especial a mi amigo Percy Antonio Zaga Castillo.

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I	14
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	14
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	14
1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	14
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	17
1.2.1. Pregunta general	17
1.2.2. Preguntas específicas	17
1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	17
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	19
1.4.1. Objetivo general	19
1.4.2. Objetivos específicos	20
CAPÍTULO II	21
MARCO TEÓRICO E HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	21
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	21
2.2. MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN	22
2.2.1. Tratamiento del proceso contencioso administrativo	22
2.2.1.1. Base constitucional del proceso contencioso administrativo	25
2.2.2. Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo	30
2.2.2.1. Presupuestos materiales de la medida cautelar	37
2.2.2.1.1. Verosimilitud del derecho	37
2.2.2.1.2. Peligro en la demora	49
2.2.2.1.3. Adecuación	55
2.2.3. Medidas cautelares de innovar y de no innovar	58
2.2.3.1. Medida cautelar de innovar	59
2.2.3.2. Medida cautelar de no innovar	61
2.2.4. Ponderación y delimitación del interés público en medidas cautelares ..	64
2.2.4.1. Ponderación	64
2.2.4.2. Interés público	66
2.2.5. Argumentación y motivación jurídica	71
2.2.6. Interpretación jurídica	75
2.2.7. Contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	76

2.2.8.	Verosimilitud del derecho en la legislación comparada.....	81
2.2.8.1.	Legislación Argentina.....	82
2.2.8.2.	Legislación de Colombia.....	82
2.2.8.3.	Legislación de España.....	83
2.3.	MARCO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN.....	83
2.3.1.	Verosimilitud del derecho.....	83
2.3.2.	Medida cautelar.....	84
2.3.3.	Proceso contencioso administrativo.....	84
2.3.4.	Argumentación jurídica.....	84
2.3.5.	Interpretación jurídica.....	85
2.3.6.	Legislación comparada.....	85
2.4.	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	85
2.4.1.	Hipótesis general.....	86
2.4.2.	Hipótesis específicos.....	86
2.5.	OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	87
CAPÍTULO III.....		88
ENFOQUE Y DISEÑO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN.....		88
3.1.	LA INVESTIGACIÓN.....	88
3.2.	ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN.....	88
3.3.	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	90
3.4.	ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN.....	90
3.5.	DELIMITACIÓN DE LA MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN.....	91
3.6.	MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	92
3.6.1.	Método dogmático.....	93
3.6.2.	Método comparativo.....	93
3.7.	TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	94
3.7.1.	Análisis de contenido.....	94
3.7.2.	Estudio de caso o análisis documental.....	94
3.7.3.	Análisis comparativo.....	95
3.7.4.	Entrevista.....	95
3.8.	INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	96
3.9.	DESCRIPCIÓN DE MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS POR OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	96
CAPÍTULO IV.....		98
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....		98
SUB CAPÍTULO N° 01.....		100
4.1.1.	ANÁLISIS DE POSICIONES DOCTRINARIAS ACERCA DE LA “VEROSIMILITUD DEL DERECHO”.....	100

4.1.1.1.	Verosimilitud del derecho como “apariencia”	101
4.1.1.2.	Verosimilitud del derecho como “probabilidad”	104
SUB CAPÍTULO N° 02.....		109
4.2.	ARGUMENTACIÓN DE LOS JUECES EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES RESPECTO DE LA VEROSIMILITUD DEL DERECHO.....	109
SUB CAPÍTULO N° 03.....		128
4.3.	TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA VEROSIMILITUD DEL DERECHO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	128
4.3.1.	Tratamiento legislativo de la verosimilitud del derecho en el proceso contencioso administrativo de Perú	128
4.3.2.	Tratamiento legislativo de la verosimilitud del derecho en el Código Contencioso Administrativo de Argentina (Provincia de Buenos Aires)	130
4.3.3.	Tratamiento legislativo de la verosimilitud del derecho en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España	131
4.3.4.	Tratamiento legislativo de la verosimilitud del derecho en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia .	134
4.4.	CONSTRUCCIÓN Y VERIFICACIÓN FINAL DE LAS HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN	135
4.4.1.	PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA I.....	135
4.4.2.	PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA II.....	137
4.4.3.	PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA III.....	140
CONCLUSIONES		144
RECOMENDACIONES.....		146
BIBLIOGRAFÍA.....		147
ANEXOS		151

RESUMEN

El trabajo de investigación cualitativa, titulada “La verosimilitud del derecho como juicio de probabilidad para la adopción de medidas cautelares en procesos contencioso administrativos”, el trabajo tuvo como objetivo investigar cómo se debe interpretar la verosimilitud del derecho contenida en el artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, conforme a las posiciones doctrinarias; y de qué manera argumentan este presupuesto los Juzgados Civiles de Puno en la adopción de medidas cautelares, recopilando y utilizando como muestreo intencionado las resoluciones cautelares tramitados en los Juzgados Mixtos de Puno en el año 2015, y finalmente analizar e interpretar a través de fichas de estudio de casos y fichas de análisis de contenido cómo es que los operadores judiciales de estos Juzgados interpretan el presupuesto “verosimilitud del derecho” en las resoluciones cautelares. De esta manera se llegó a la conclusión, que los Juzgados Mixtos de Puno no delimitan adecuadamente el contenido de la verosimilitud en la argumentación de sus decisiones; solo realizan citas legales de la norma, sin expresar las razones que justifiquen la adopción de las medidas cautelares; esta deficiente interpretación es ocasionado por un error en la redacción del artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, advertido en el proceso de análisis, porque desnaturaliza el contenido esencial de la verosimilitud del derecho planteado por la doctrina frente a la presencia de la ponderación.

ABSTRACT

The qualitative research paper entitled "The likelihood of the right as a trial of probability for the adoption of precautionary measures in contentious administrative proceedings", the objective of the work was to investigate how to interpret the verisimilitude of the right contained in article 39, item 1) Of Law 27584, Law of the Administrative Contentious Process, according to the doctrinal positions; And how the Puno Civil Courts argue in this case for the adoption of precautionary measures, compiling and using as intentional sampling the precautionary rulings processed in the Mixed Courts of Puno in 2015, and finally analyzing and interpreting through Case study and content analysis forms how the judicial operators of these Courts interpret the "likelihood of the right" budget in the precautionary rulings. In this way it was concluded that the Mixed Courts of Puno do not adequately delimit the content of the likelihood in the argumentation of their decisions; Only make legal appointments of the rule, without expressing the reasons that justify the adoption of precautionary measures; This deficient interpretation is caused by an error in the wording of article 39, paragraph 1) of Law 27584, Law of the Administrative Contentious Process, noted in the analysis process, because it denaturalizes the essential content of the verisimilitude of the law raised by the doctrine Against the presence of the weighting.

INTRODUCCIÓN

El trabajo tiene por finalidad realizar la investigación del tema titulado “La verosimilitud del derecho como juicio de probabilidad para la adopción de medidas cautelares en procesos contencioso administrativos”, es decir está referida por un lado a cómo argumentan e interpretan la verosimilitud del derecho conforme a las posiciones doctrinarias los jueces de los Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, esto conforme a la redacción y contenido del artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Asimismo, analizamos de la legislación comparada cuál es el tratamiento que se le da respecto a este presupuesto para su adopción de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, toda vez advertimos que el contenido y ubicación de la verosimilitud frente a una categoría jurídica es absolutamente distinta en su redacción.

Ahora bien, es conocido que las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos, están orientadas a asegurar el resultado en definitiva del juicio en curso. Sin embargo del análisis de las resoluciones cautelares emitidas por los Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil de Puno en el año 2015, se desprende que en muchas ocasiones al momento de adoptar una medida cautelar solicitada, los jueces civiles equivocan su interpretación para evaluar esta categoría jurídica y como consecuencia algunas veces realizan argumentos deficientes e interpretaciones literales respecto de la “verosimilitud” sin realizar esencialmente la delimitación de este presupuesto conforme señala la doctrina, pero esto sucede gracias a una equivocada ubicación de un presupuesto en el artículo 39° inciso 1) que es

totalmente ajeno a la verosimilitud y con ello se da una suerte de regla de proporcionalidad en un lugar que no lo es. Es decir el legislador al reunir tanto la “verosimilitud” como la “ponderación” en un mismo lugar, hace que nuestros jueces y operadores del derecho para llegar a determinar y definir qué se entiende por verosimilitud del derecho se ven casi en una obligación, antes que determinar el contenido esencial de la verosimilitud, de realizar una ponderación de intereses, siendo un despropósito legal; por ende es que día a día de las resoluciones cautelares emitidas se podrá advertir que existe un total desamparo en favor del justiciable, privándosele de tutela cautelar en estos procesos contencioso administrativos por existir estos aspectos nada claros tanto en su redacción como en su misma interpretación y como consecuencia de lo anterior existe en las resoluciones cautelares meras citas legales y aparentes motivaciones judiciales sin presentarse argumentaciones solidadas por parte de los operadores del derecho. Dejando de aprovechar de esta manera en forma significativa la utilidad que tienen las medidas cautelares en un proceso judicial y con ello privando a las partes de una fuente poderosísima de seguridad procesal en la conservación de sus derechos e intereses mediante la rapidez y eficiencia de la respuesta jurisdiccional, aun siendo provisoria.

Asimismo, no debe olvidarse que el proceso contencioso administrativo tiene como principio fundamental la tutela jurisdiccional efectiva, sin embargo la realidad nos demuestra que uno de los principales problemas de la administración de justicia en nuestra localidad y seguramente en nuestro país radica en la lentitud de los procesos, lo que en diversas ocasiones llega a perjudicar u ocasionar daños irreparables al justiciable que se somete al

proceso judicial, toda vez que lo único que pretende éste es una apropiada y verdadera tutela jurisdiccional efectiva en aras de evitar un desmedro de los cuales muchos son derechos fundamentales, ya que a la época de la sentencia -siendo aún favorable- éste pudiera ver muy afectados sus intereses por el simple hecho de existir interpretaciones equivocadas de la norma, meras citas legales, argumentaciones insuficientes y sobretodo una aparente motivación de resoluciones judiciales.

De esta forma, y habiendo señalado de manera general el contenido de nuestra investigación jurídica, corresponde dar paso a su estructura y partes, toda vez que está constituido por capítulos.

El primer capítulo, empieza con el planteamiento del problema de la investigación, que es la descripción de la problemática en la interpretación y argumentación respecto de la verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*) que realizan los jueces durante la adopción de las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos y cómo es el tratamiento de este presupuesto en la legislación comparada.

Seguidamente en el segundo capítulo, desarrollamos el marco teórico de la investigación y antecedentes que garantizan el estudio. La base teórica, trata sobre la doctrina de la variable de estudio el que contiene conceptos jurídicos utilizados en la temática como son: conceptos de acción o proceso contencioso administrativo, concepto y presupuestos de la medida cautelar, la verosimilitud del derecho en su interpretación y argumentación, y otros conceptos teóricos; de esta misma forma se presenta el marco conceptual con el objeto de proporcionar definiciones a cada uno de los términos utilizados

abundantemente en nuestro trabajo de investigación, y finalmente en este capítulo se describe la operacionalización de variables.

En cuanto al tercer capítulo, se presenta el enfoque y diseño metodológico de la investigación, siendo un enfoque cualitativo y diseño dogmático jurídico así como estudio de casos cualitativos. El método de la investigación comprende tanto el dogmático como el comparativo, ambos ayudan al mejor entendimiento del contenido verosimilitud del derecho en la doctrina como en el tratamiento que le da la legislación comparada a este presupuesto ampliamente conocido.

Finalmente en el cuarto capítulo, concretamente se hace referencia a los resultados de la investigación, teniendo en cuenta los objetivos trazados en cuanto a la variable analizada, cual es la verosimilitud del derecho, y esta es ampliamente discutida en base a las teorías, doctrinas, legislación comparada y de las propias resoluciones cautelares emitidas por los Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno durante el año 2015. Asimismo, en este capítulo se consigna las conclusiones, sugerencias, bibliografía y anexos.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES Y

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067 y aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, dispone que toda 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 de manera supletoria las normas del Código Procesal Civil; disponiendo en su artículo 39°, que 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: *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 tercero la medida cautelar; y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada (...).*

En ese sentido, uno de los presupuestos de la medida cautelar en el proceso contencioso administrativo, es la “verosimilitud del derecho” que de la redacción del artículo 39° inciso 1) se entiende como juicio de ponderación entre los derechos del peticionante y el interés público, cuando en la doctrina este presupuesto es claramente interpretada como un juicio de probabilidad y apariencia; es así que a partir de la interpretación teórica identificamos la procedencia de la ponderación, como una regla de proporcionalidad que es ajena al contenido esencial de la verosimilitud del derecho y en ese sentido es un error sostener que para acreditar este presupuesto se deba recurrir a la ponderación de derechos cuando esta última es un presupuesto aparte de toda medida cautelar en el proceso contencioso administrativo y debe tener su propia ubicación para ser interpretada como tal, sin ser confundida y desnaturalizada en su contenido.

Ahora bien, al momento de adoptar una medida cautelar solicitada, los jueces civiles muchas veces equivocan su interpretación para evaluar esta categoría jurídica y como consecuencia algunas veces realizan motivaciones aparentes e interpretaciones literales respecto de la “verosimilitud”.

La presente investigación jurídica advierte que la verosimilitud del derecho es una categoría que no puede ser confundida en su análisis durante su adopción, toda vez que la ponderación a la que hace alusión la norma señalada es un error en su redacción y ubicación, siendo estos dos presupuestos ajenos entre sí.

De esta manera, refiriéndonos propiamente a la redacción del artículo 39° inciso 1); la doctrina manifiesta que la verosimilitud del derecho es entendida: (i) como juicio de probabilidad que se desprende a partir de los

hechos expuestos y los medios probatorios aportados por el peticionante, y (ii) como apariencia o verosimilitud en sentido estricto; se desprende a partir de las máximas de experiencia y los fundamentos de hecho expuestos por el solicitante. Definido la verosimilitud del derecho, ahora puntualizaremos la “ponderación” como tal; al respecto la doctrina sostiene que es un tipo de discurso que permite resolver conflictos de principios mediante la creación de reglas, es decir es aquella que resuelve la equivalencia entre dos intereses contrapuestos aplicando el principio de proporcionalidad al caso concreto.

Delimitada estas dos categorías jurídicas, se advierte que no solamente existe contradicción entre estas figuras sino una desnaturalización del contenido de la verosimilitud en el inciso 1) del artículo 39° de la Ley 27584, porque los operadores jurídicos al momento de desarrollar y delimitar la verosimilitud del derecho únicamente deben centrarse en cómo y cuál es su contenido esencial y a partir de ello acreditar este presupuesto al caso concreto; no debe señalarse que para determinar ¿qué es “verosímil”? se tenga que utilizar y realizar ponderación alguna entre derechos como señala la norma, por el contrario advertimos que la doctrina y la legislación comparada establecen cuáles son los indicadores para ser sustentada, sin embargo y contrariamente la norma objeto de análisis contiene una lógica distinta a lo señalado por la doctrina, es así que se concluye advirtiendo la existencia de un error de contenido que conlleva muchas veces a una mala interpretación por parte de los operadores del derecho.

Finalmente, este problema fue y es demostrado cada día en las resoluciones cautelares emitidas por parte de los operadores del derecho de los Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil de Puno durante el año

2015, cuya aparente interpretación y argumentación lo único que creó fue la violación de derechos constitucionales; como el de la tutela jurisdiccional efectiva y la motivación de resoluciones judiciales; consiguientemente la vulneración del debido proceso.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.2.1. Pregunta general

¿Cómo se debe interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones doctrinarias; y de qué manera argumentan este presupuesto los Juzgados Civiles de Puno en la adopción de medidas cautelas?

1.2.2. Preguntas específicas

1. ¿Cómo se debe interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones doctrinarias?
2. ¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?
3. ¿Cómo es el tratamiento de la verosimilitud del derecho en la legislación comparada respecto de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo?

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Esta investigación jurídica propone un aporte teórico significativo, toda vez que pone de manifiesto uno de los problemas más notorios que se ve día a día en

los Juzgados Civiles con la adopción de medidas cautelares en procesos contenciosos administrativos; pues, los jueces civiles muchas veces equivocan su interpretación para evaluar y delimitar esta categoría jurídica de la verosimilitud del derecho y como consecuencia muchas veces realizan argumentaciones deficientes e interpretaciones literales de este presupuesto contenida en el artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, vulnerando derechos en su mayoría de los administrados, toda vez que una argumentación deficiente e interpretación literal desnaturaliza la esencia del contenido “verosimilitud” del derecho frente a la ponderación de derechos.

La importancia de esta investigación jurídica radica en abordar la problemática del contenido esencial de la “verosimilitud del derecho” surgida a partir de la presencia de la ponderación de derechos en el artículo 39° de la mencionada Ley, siendo por tanto de utilidad para los campos teóricos y prácticos del Derecho.

En esta línea, resulta entonces relevante, novedosa y sobre todo una verdadera problemática actual el tema materia de investigación, toda vez que señalamos en la descripción del problema, a la fecha en la teoría y en la práctica, se advierte que no existe interpretación adecuada ni mucho menos una debida argumentación al presupuesto “verosimilitud”, que es confundida en su análisis y aplicación al caso concreto, a pesar que la doctrina nos da luces respecto a su contenido esencial y con ello cuáles son sus indicadores o parámetros para llegar a esta. Asimismo la legislación comparada en su redacción se advierte que cada presupuesto comprende apropiadamente su ubicación para su determinación.

Aspectos por los cuales asumimos que es necesario abordar estudios referentes al tema materia de investigación para optar soluciones que ayuden a vislumbrar la temática y contribuyan a desarrollar de mejor manera cada una de las categorías jurídicas con sus indicadores y su ubicación adecuada y con ello brindándoseles mayores luces para su interpretación en la práctica a los operadores del derecho; para tal efecto recomendamos que mediante el Ilustre Colegio de Abogados de Puno se elabore un Proyecto de Ley a fin de modificar el inciso 1) del artículo 39° de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo; toda vez que de nuestra actual redacción y ubicación en la norma objeto de análisis aparece dos categorías jurídicas ajenas entre sí en un mismo lugar, debiendo ser la ponderación reubicado en un supuesto distinto al que se señala actualmente.

Asimismo, realizar buenas prácticas de nuestro alicaído derecho contencioso administrativo, toda vez que nuestra investigación es un trabajo de estudio tendiente a asistir con la finalidad planteada.

Por último, traemos a colación la utilidad metodológica del presente estudio que proponemos a la comunidad académica. En la investigación cualitativa, el diseño dogmático y estudio de casos, se enfoca por un lado, al plano teórico; análisis de las teorías, doctrinas, jurisprudencia y la legislación, y por otro lado se acerca al plano del análisis de resoluciones judiciales mediante el estudio de caso.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo general

Analizar e interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones

doctrinarias y la argumentación de este presupuesto en la adopción de medidas cautelas por los Juzgados Civiles de Puno en el año 2015.

1.4.2. Objetivos específicos

1. Analizar e interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones doctrinarias.
2. Analizar e interpretar la argumentación de la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo por los Juzgados Civiles de Puno.
3. Analizar el tratamiento legislativo de la verosimilitud del derecho en la legislación comparada respecto de las medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO E HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Realizada la búsqueda del registro de trabajos de investigación en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, advertimos que no se encontró ningún trabajo de investigación concerniente al tema materia de investigación; igualmente en el ámbito en que desarrollamos nuestra investigación jurídica no se aprecia investigaciones relacionados con el problema; de esta manera debemos precisar en lo demás que los hechos que generan y justifican la investigación son una problemática latente y sin antecedentes de tipo investigativo alguno en la práctica del derecho contencioso administrativo vigente.

Sin embargo a nivel nacional encontramos antecedentes a nuestro criterio y seguramente es un tema cercano a nuestra investigación; toda vez quien escribe este trabajo es un entendido en la materia, ya que el profesor Ramón Huapaya Tapia con el trabajo titulado “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)”, pretende acabar con ciertos

mitos o dogmas perniciosos en el derecho público. En ese sentido de las conclusiones que se pueden advertir en este trabajo propuesto por el profesor Huapaya Tapia; es particularmente terminar con el mito de la superioridad del interés público frente a los derechos fundamentales de las personas. Bien entendido, el interés público se construye sobre los intereses comunes de la sociedad, como por ejemplo, la protección del ambiente, del patrimonio cultural, la defensa de los desprotegidos o la eficacia de la acción administrativa en la construcción de infraestructuras públicas. Sin embargo, la sola mención del interés público muchas veces nos remite a una suerte de “frase mágica” que por sí sola tiene mucha fuerza y carga emotiva. Es por ello que su empleo en ciertas oportunidades es peligroso, porque puede ser usada como una expresión que busque limitar los derechos o impedir la eficacia de la tutela jurisdiccional.

En ese sentido creemos que la investigación anteriormente aludida, es el que valió para su realización de este trabajo de investigación que presentamos a la comunidad jurídica.

2.2. MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1. Tratamiento del proceso contencioso administrativo

La acción contencioso administrativa se encuentra normada en el artículo 148° en nuestra Constitución Política del Perú del año 1993. En ese sentido el Tribunal Constitucional señaló que: “Se puede recurrir al Poder Judicial mediante la acción contencioso-administrativa la que tiene por finalidad que este revise la adecuación al sistema jurídico de las condiciones administrativas que versen sobre derechos subjetivos de las personas, constituyendo así una garantía de constitucionalidad y legalidad de la administración pública frente a

los administrados; así lo establece el artículo 148° de la Constitución Política del Estado (STC., 1996)”.

Así pues “Mediante el proceso contencioso-administrativo los particulares afectados pueden cuestionar todo tipo de actuaciones administrativas por cualquier motivo de contrariedad al derecho, enjuiciando tanto la inconstitucionalidad como la ilegalidad de las actuaciones administrativas impugnadas, y asimismo demandar el reconocimiento de derechos incluso de origen legal y no solo constitucional”.

En esa misma línea señalamos que la facultad que tiene el ciudadano para reclamar ante el abuso o el exceso del poder administrativo, procedimiento especial previsto legalmente para trasladar un reclamo administrativo a la vía judicial ciñéndose a determinados requisitos y condiciones se denomina “contencioso administrativo”.

En el proceso contencioso administrativo se enfrentan dos partes. Por regla general, estos papeles están previamente asignados. El particular titular del derecho o interés legítimo lesionado por el acto o actuación administrativa, asume la carga de ser demandante y la administración, productora del acto o actuación recurrida, la más cómoda posición de demandada.

Sin embargo, los particulares también pueden actuar en la posición de demandados en dos circunstancias: En el proceso de lesividad, en que la administración solicita judicialmente la nulidad de su propio acto, previa declaración de lesividad. La posición del demandado la asumirá entonces el titular de los derechos o intereses que se verán afectados con la declaración judicial de nulidad que pretende la acción de lesividad y cuando los particulares son demandados junto con la administración porque sus derechos o intereses

legítimos quedaran afectados por la estimación de las pretensiones del demandante. Estos derechos o intereses han sido declarados o reconocidos por la administración a través de un procedimiento administrativo trilateral” (ANACLETO, 2016, págs. 86-87).

De igual manera el proceso contencioso-administrativo debe ser catalogado, como el medio ordinario del control jurisdiccional de constitucionalidad y legalidad de la Administración Pública, en la medida que cumple una doble finalidad, a saber, una de tipo objetivo, que tiene a emplear el proceso contencioso-administrativo como un instrumento de contralor de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, finalidad que subsiste junto a una de carácter subjetivo, la misma que implica que el proceso contencioso-administrativo tiene un rol de proceso jurisdiccional destinado a otorgar tutela procesal efectiva a los derechos e intereses individuales o colectivos frente a la actuación de la Administración Pública (HUAPAYA, 2006, pág. 220).

Asimismo citando al administrativista peruano Juan Carlos Morón Urbina expresa que el “Proceso Contencioso Administrativo, es el proceso organizado dentro de la relación de los poderes públicos para dar satisfacción jurídica, con intervención del órgano judicial y con la aplicación de normas y principios del Derecho Administrativo o Financiero, a las pretensiones de los afectados en sus derechos e intereses legítimos por la actuación administrativa” (ANACLETO, 2016, pág. 88).

Por último, manifestamos que el proceso contencioso-administrativo en el Perú es el instrumento de control jurisdiccional externo de la actuación administrativa, instaurado para que el órgano judicial conozca los conflictos de

intereses o incertidumbres jurídicas que surjan con la Administración Pública - los cuales se pueden generar por la acción u omisión de esta-, siempre que el administrado haya agotado la vía administrativa, salvo en los casos expresamente previstos por la propia norma, donde ello no se requiera. La jurisprudencia ha establecido que tampoco se requiere dicho agotamiento cuando se cuestione una actuación material que no se sustenta en acto administrativo.

2.2.1.1. Base constitucional del proceso contencioso administrativo

Consideramos que el fundamento constitucional del proceso contencioso administrativo en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en los siguientes postulados:

- a. El proceso contencioso-administrativo es un medio jurisdiccional destinado a brindar tutela de los derechos subjetivos del ciudadano y de su posición central en el ordenamiento jurídico.
- b. El proceso contencioso-administrativo es parte de los postulados del Estado de Derecho, en la medida que constituye un instrumento destinado a efectivizar el control interorgánico de la Administración Pública.
- c. El proceso contencioso-administrativo es un medio que permite garantizar la tutela judicial efectiva frente a todo acto del poder administrativo que vulnere o dañe un derecho subjetivo o un interés legítimo de un sujeto de derecho.

La base constitucional del proceso contencioso-administrativo viene dada por los alcances del artículo 148° de la Constitución Política del Estado. Asimismo el proceso contencioso-administrativo es un proceso jurisdiccional

ordinario “constitucionalizado”, sus alcances deben ser interpretados no aisladamente, sino en función de la regulación del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 139.3 de la Constitución Política de 1993. Por tanto, teniendo en cuenta que el contencioso-administrativo es un legítimo y acabado proceso jurisdiccional, y comparte la matriz sustancial de todo proceso, cual es la de ser un instrumento de satisfacción procesal de pretensiones; necesariamente debe encontrar sus fundamentos y sustentos constitucionales, en los alcances de este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (HUAPAYA, 2006, págs. 67-68).

El proceso contencioso-administrativo es un proceso ordinario y preferente para el control jurídico de las decisiones administrativas, en cuyo trámite las partes pueden actuar con amplitud los medios probatorios.

Así, el proceso contencioso-administrativo no solamente será instrumento de control del sometimiento de la Administración Pública a la legalidad, sino también será un instrumento de tutela procesal dispensada por el ordenamiento jurídico a favor de los particulares y sus posiciones jurídicas (HUAPAYA, 2006, págs. 141-142).

El doctor Julio A. Fernández Cartagena, en su artículo publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de setiembre del 2003, señala: “En el proceso contencioso administrativo los particulares haciendo uso de su derecho de acción, solicitan tutela jurisdiccional frente a los actos de la Administración Pública. Así, el proceso contencioso administrativo es el instrumento mediante el cual se despliega la función jurisdiccional del Estado no solo para revisar la legalidad del acto administrativo, sino también para que el administrado pueda

plantear una pretensión solicitando tutela efectiva frente a la situación jurídica subjetiva que ha sido vulnerada o amenazada por la actuación administrativa.

En ese sentido, podemos decir que el proceso contencioso administrativo es la manifestación de un sistema de plena jurisdicción, el cual tiene por objeto: i) el control netamente jurídico de la actuación administrativa y, ii) la efectiva vigencia y respeto de las situaciones jurídicas subjetivas de los administrados.

En todo proceso es parte activa o demandante la que ejercita el derecho de acudir ante el juez afirmando la titularidad de un derecho o de un interés y solicitando el amparo de una pretensión. Es pasiva o demandada aquella contra quien se dirige la pretensión y que usualmente se resiste o se opone a concederla.

En ese sentido el proceso contencioso administrativo es un proceso de plena jurisdicción por el cual se controla a la Administración Pública, a través del Poder Judicial y con ello satisfacer las pretensiones planteadas por el administrado, por actuación administrativa de la Administración Pública.

El proceso contencioso administrativo será el instrumento a través del cual los particulares pueden, en ejercicio de su derecho de acción, solicitar tutela jurisdiccional frente a una actuación de la Administración Pública. Pero debe tenerse en cuenta que, en virtud del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la pretensión que dirija el particular contra la Administración tendrá como finalidad no solo revisar la legalidad del acto administrativo-como era en el antiguo sistema francés- declarando su validez e invalidez, sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva determina que el particular pueda plantear una pretensión solicitando una efectiva tutela a la situación jurídica

subjetiva que alega que le ha sido vulnerada o que le está siendo amenazada (PRIORI, 2006, pág. 81).

La finalidad del proceso contencioso administrativo no se agota en el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo, sino que además involucra la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrativos por la judicatura ordinaria (ESPINOSA, 2004).

En efecto, conforme a lo establecido en el artículo 1° de dicha Ley, 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” (PRIORI, 2006, pág. 83).

En ese sentido, debe tenerse en cuenta el hecho que la tutela jurisdiccional en el proceso contencioso administrativo tiene por finalidad tutelar cualquier tipo de situación jurídica de los particulares que se encuentre vulnerada o amenazada, y no sólo los derechos subjetivos (PRIORI, 2006, pág. 84).

El proceso contencioso administrativo se presenta como un medio a través del cual el Poder Judicial controla la constitucionalidad y la legalidad de la actuación administrativa (no cualquier actuación administrativa, sino sólo aquella que se encuentren sujetas al derecho administrativo) brindando, además, una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los administrados que pudieran haberse lesionado o que se hallen amenazadas por la actuación administrativa inconstitucional o ilegal (PRIORI, 2006, pág. 85).

En el contencioso-administrativo subjetivo o de plena jurisdicción, el análisis jurisdiccional no se circunscribe a determinar si la Administración actuó conforme a Derecho o no, sino si en su quehacer respeta los derechos fundamentales.

La exclusividad del proceso contencioso-administrativo como medio procesal para impugnar en sede judicial las actuaciones de la Administración Pública.

Al margen de un juicio global de los aspectos más saltantes de la novísima regulación del proceso contencioso, nosotros estimamos necesario advertir cuales son los contenidos temáticos que contiene la ya citada ley procesal. Los contenidos de esta exposición dogmática, es decir, aquellas innovaciones concretas y específicas del *statu quo* que se han producido a través de la regulación del proceso contencioso-administrativo, son las siguientes: i) El proceso contencioso-administrativo, como todo proceso judicial, se fundamenta en base a la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho de acción. ii) La Ley del Proceso Contencioso Administrativo propicia un proceso contencioso-administrativo tuitivo a favor de los particulares, con amplias herramientas procesales de tutela de su posición jurídica. iii) Se establece un proceso contencioso-administrativo de “plena jurisdicción” u subjetivo. iv) Se concibe al proceso contencioso-administrativo como un legítimo y acabado proceso jurisdiccional, con sus propios conceptos y con independencia con relación al fuero y a las normas de los procesos civiles (HUAPAYA, 2006, pág. 377).

2.2.2. Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

La lentitud, la tremenda lentitud es una de las lacras de la justicia, hasta se ha pensado que es consustancial al proceso. Por mucho que se consagre el debido proceso entre los derechos humanos y su decisión en un plazo razonable, la situación no puede ser más desesperanzadora en todos los órdenes jurisdiccionales y, sobre todo, en el administrativo.

A fin de paliar las consecuencias de la lentitud y tratar de evitar que cuando llegue la solución del litigio ya carezca de sentido el fallo, se han ideado las medidas cautelares, que tienen por finalidad garantizar los efectos de la sentencia.

Ahora bien, diversos son las teorías que existen en la literatura jurídica acerca de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, tanto en nuestro país así como en la doctrina extranjera, sin embargo casi en su totalidad éstos coinciden en que la tutela cautelar es un derecho fundamental para quien lo solicita durante el ejercicio de un proceso judicial, toda vez que el principal problema que atraviesa día a día el justiciable es la demora del proceso judicial. En ese sentido, en el trabajo de investigación daremos a conocer algunos conceptos de juristas conocedores de esta materia a fin de que el contenido y significado sea lo más adecuado para el objetivo de nuestra investigación.

De esta manera, en el cuestionamiento de la legalidad, justicia y validez de los actos administrativos ante la jurisdicción, las medidas cautelares se presentan como un capítulo esencial de la garantía de tutela judicial efectiva del ciudadano, frente a una administración que puede ejercer por sí sus

decisiones, aun cuando estuvieren cuestionadas en aquella sede, favoreciéndose el uso del poder público (GARCÍA F. , 2006, pág. 19).

Así también, para (CARNELUTTI, 1959) la medida cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la *litis* pues su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva.

“La medida cautelar aparece siempre configurada en función de un proceso pendiente, a cuya eficacia sirve de garantía” (MONROY J. , 2002, pág. 151).

Francisco Ramos Méndez manifiesta que “La medida cautelar es el remedio arbitrario por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del juicio, en orden a su eficacia. Su mecanismo operativo es hasta cierto punto sencillo: El juicio eficaz es el que otorga una completa satisfacción jurídica a las partes. No se limita a la mera “declaración” del derecho, sino que se prolonga incluso en una eventual fase de ejecución para cumplir en todo su alcance el pronunciamiento jurisdiccional. Solo cuando la sentencia ha sido cumplida por completo alcanza su plena eficacia. Como esta meta se vislumbra ciertamente lejana al inicio del juicio, la solución idónea estriba en anticiparla o al menos asegurarla de alguna manera. La medida cautelar anticipa provisionalmente la ejecución o asegura su éxito, desde el propio momento inicial del juicio” (VILLEGAS, 2016, págs. 80-81).

En opinión de Alberto Hinostroza, “La medida cautelar, llamada también preventiva o precautoria, es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todos o

determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y peligro en que la demora en la sustanciación de la *litis* u otra razón justificable traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho (HINOSTROZA, 2013, pág. 423).

De igual forma se sostiene que toda 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 de la misma (PRIORI, 2006, pág. 36).

Asimismo de las providencias cautelares, sin salir del campo procesal, ha de buscarse, más que a base de un criterio ontológico, a base de un criterio teleológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de la providencia principal), a que sus efectos están preordenados; ya que éstos aparecen desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que pueden ceder el puesto o los efectos de la providencia principal.

Las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la Administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también, se podría decir, el buen nombre (CALAMANDREI, 2005, págs. 137-140).

Por su parte Giovanni Priori Posada citando a Elio Fazzalari manifiesta que “las providencias cautelares son providencia jurisdiccionales (...) emitidas por el Juez civil en espera y en vista de una sentencia de mérito, con la finalidad de asegurar sus efectos: las providencias cautelares operan sobre la

situación presente, con el objeto de que la sentencia, sobreponiéndose con éxito al proceso ordinario, no llegue demasiado tarde” (PRIORI, 2006, pág. 36).

En el proceso Contencioso Administrativo, las medidas cautelares cumplen un rol trascendental, porque estas medidas constituyen el único mecanismo para suspender la ejecutividad del acto administrativo (...).

Por dicha razón, si un acto administrativo impone una sanción, carga u obligación puede ser ejecutado inmediatamente; la interposición de la demanda judicial no suspende la eficacia de la decisión administrativa; solo lo podría hacer una medida cautelar (LORETTA, 2011, págs. 340-341).

La tutela cautelar se presenta desde la óptica del sujeto necesitado de tutela (el “justiciable”) como una autentica garantía de obtener la tutela efectiva y definitiva de sus derechos, en todos aquellos supuestos en los que el tiempo necesario para obtener la razón constituye fuente potencial de ineficacia de aquella (ARIANO, 2014, pág. 18).

La finalidad de la tutela cautelar es hacer posible que la tutela jurisdiccional se efectivice neutralizando los peligros derivados de la duración (o por la duración) del proceso-instrumento de tutela (ARIANO, 2014, pág. 27).

El propósito de una medida cautelar en todo proceso y más aún en el proceso contencioso administrativo, es garantizar la eventual eficacia de una sentencia, eso no quiere decir que se adelante a resolver el fondo de la controversia, mucho menos adelantar criterios sino simplemente garantizar que una eventual sentencia de un juicio en el evento de que pueda ser acogida la demanda se pueda realizar, en ese sentido toda medida cautelar como instrumento de derecho priorizara de manera sumaria y urgente las circunstancias de hecho y prueba aportada para su apropiada adopción.

Las medidas cautelares son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso, o previamente a él, a solicitud de interesado para asegurar bienes o pruebas y mantener una situación de hecho, como anticipo de una garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes y para no tornar ilusorias las sentencias judiciales (DIEZ, 1996, pág. 71).

De este modo se ha entendido que la decisión cautelar es una verdadera decisión jurisdiccional, valorativa de las circunstancias de hecho y de derecho aparentes al momento de su dictado, reclamada como reacción inmediata y provisional, tendiente a superar el peligro de la pérdida o el perjuicio de pruebas, cosas, personas o derechos, que pudiera resultar de la eventual o concreta desigualdad de las partes en orden a la disposición de aquéllas desde el origen de un conflicto sometido a decisión judicial y hasta el momento de su composición efectiva (GORDILLO, 2013).

Como se ha señalado anteriormente; “La medida cautelar tiene por finalidad darle -en lo posible- al solicitante de la misma la seguridad que lo ordenado en la sentencia va a ser cumplido o ejecutado. De esta manera se garantiza que no sólo va a obtener una simple declaración respecto de su derecho, sino que su pretensión va a ser amparada de modo efectivo. La medida cautelar tiene por objeto asegurar la satisfacción del derecho del pretensor o la reparación del daño producido, estando también dirigida a evitar este último, lo que significa al final de cuentas que su finalidad radica en impedir que la sentencia a dictarse en el proceso principal llegue a ser (por circunstancias naturales o voluntarias) inútil o inejecutable, ya sea total o parcialmente” (HINOSTROZA, 2013, pág. 424).

La tutela cautelar no constituye un fin en sí misma, pues su función se agota en servir de instrumento para asegurar la efectividad de la tutela de fondo. A esta nota distintiva de la tutela cautelar se le suele llamar instrumentalidad. Pero, justamente porque la tutela cautelar es instrumental no tiene vocación de estabilidad en el tiempo, por lo que en sustancia es una tutela provisional. La provisionalidad de la tutela cautelar constituye una nota distintiva derivada de su instrumentalidad implica que la tutela cautelar nazca (ARIANO, 2014, pág. 65).

Por otro lado, las medidas cautelares pueden llegar a tener unos efectos innovativos y anticipativos a la satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal. Ya no se trata que la conservación de cierta situación implique satisfacción de derechos e intereses que en aquella estaban siendo satisfechos, sino de introducir una innovación, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido (LEDESMA, 2008, pág. 7).

La tutela cautelar clásicamente se ha pensado como una forma de tutela procesal dirigida al aseguramiento de un derecho, que puede perderse debido a la duración de un proceso “principal” donde se discute la suerte del mismo.

Por nuestra parte creemos que la función de la tutela cautelar, es evitar que el tiempo que demande un proceso judicial, el cual está obligado a iniciar, para obtener la protección, termine por convertir en irreparable la vulneración o amenaza del derecho cuya protección se solicita.

La medida cautelar, es aquella institución procesal mediante el cual el órgano jurisdiccional, instancia de parte, emite una decisión anticipando todos o

algunos efectos del fallo, para asegurar la eficacia o el cumplimiento de la sentencia.

Actualmente se sostiene que las medidas cautelares deben ser enfocadas desde su posición originaria; es decir, como una forma y/o manifestación del Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva, lo cual a su vez es principio y derecho fundamental, para poder comprenderlas como una herramienta procesal frente a la necesidad de tutela y no como erróneamente se concebía, limitadas a la presunción de validez del acto administrativo (LORETTA, 2011, págs. 339-341).

Entonces, como se entiende bajo esta perspectiva, queda claro que las medidas cautelares son un instrumento del instrumento y por ende se deducen las características clásicas del proceso cautelar en nuestro país; autonomía, jurisdiccionalidad, instrumentalidad, contingencia y variabilidad. En dicha línea, el artículo seiscientos doce del Código Procesal Civil de aplicación supletoria a los procesos contencioso administrativos, señala que “toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.”

Ahora bien, el que la tutela cautelar sea necesariamente instrumental a la tutela de fondo, implica que esta jamás pueda ser el instrumento para tutelar directamente la situación sustancial, pues el nexo instrumental: tutela cautelar (medio) – eficaz tutela de fondo (fin) marca esa suerte de dirección obligada de la tutela cautelar, en cuanto esta (en contenido y efectos) está teleológicamente dirigida a hacer posible o en todo caso no convertir en inútil la tutela de fondo (VILLEGAS, 2016, pág. 84).

Entonces, las medidas cautelares hayan su justificación en la necesidad de neutralizar el riesgo de frustración procesal (aquel que eventualmente

imposibilita la válida prosecución del proceso y la realización de su fin), el mismo que se evidencia cuando existe la denominada peligrosidad procesal potencial, esto es aquella aptitud y actitud para materializar o tornar en efectivo un riesgo de frustración procesal (VILLEGAS, 2016, pág. 85).

Con todo lo dicho y por último, se establecieron los presupuestos para el otorgamiento de dicha tutela cautelar: (i) la verosimilitud del derecho, (ii) el peligro en la demora de la prestación jurisdiccional, y, (iii) la adecuación de la tutela cautelar solicitada, tal como lo ha recogido del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (HUAPAYA, 2012, págs. 914-915).

2.2.2.1. Presupuestos materiales de la medida cautelar

El análisis sobre estos presupuestos debe vincularse adecuadamente, toda vez que son los elementos indispensables para la adopción de la medida cautelar solicitada.

2.2.2.1.1. Verosimilitud del derecho

Es oportuno reiterar que el estudio de toda medida cautelar se caracteriza por ser sumaria y diligente debido a la simpleza de su procedimiento, especialmente cuando el caso solo requiera de una aproximación cognoscitiva al derecho, esto es, un juicio de probabilidad, conocido también, como *fomus boni iuris*, en ese sentido este presupuesto se desarrolla en la mayoría de veces de la siguiente manera.

La norma señala que para invocar la verosimilitud del derecho se debe ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y el perjuicio que causa al

recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada. En ese sentido, la norma citada, no da prevalencia al interés público, sino que prevalece “el grado de necesidad de tutela”; pues al someter a la ponderación todos los intereses en conflicto, necesariamente tendríamos que razonar la urgencia del demandante, en el caso concreto. Es decir, verificar que haya “razonable apariencia, de que la parte recurrente litiga con razón y que haya dudas razonables sobre la legalidad del acto administrativo”; no es suficiente, sino que además es necesario que haya un grado de necesidad de tutelar inmediatamente (LORETTA, 2011, pág. 351).

Siendo así, y a decir de Cassagne; para determinar cuando estamos ante una circunstancia razonable de amparar el pedido de tutela cautelar, es necesario efectuar un test de proporcionalidad sobre los derechos y/o intereses en conflicto. Para dicho fin, el procesalista Giovanni Priori Posada ha señalado cinco puntos, que pueden ser valorados para establecer en qué casos, podría o debería limitarse el derecho fundamental de la tutela cautelar; señalando lo siguiente:

Teniendo en cuenta que la tutela cautelar es una manifestación del principio de tutela jurisdiccional efectiva y como tal, en sí misma, representa un derecho fundamental, entonces, solo podría limitarse (entiéndase rechazarse el pedido) después de efectuar un test de razonabilidad como en los siguientes supuestos: i) Cuando tiene por finalidad la protección de un valor consagrado constitucionalmente. ii) De ser así, cuando se ha comprobado que la limitación a la tutela cautelar; es adecuada o idónea para lograr esa finalidad. iii) Asimismo, de ser adecuada o idónea, se debe verificar si dicha limitación es necesaria para lograr la finalidad requerida; es decir, no debe existir otro medio,

para conseguir la protección del valor consagrado constitucionalmente y que la única forma de hacerlo es limitando el derecho fundamental a la tutela cautelar.

iv) De cumplirse con los tres supuestos anteriores, corresponde ponderar los daños que la limitación generaría y los beneficios que con ello se obtendría, para determinar si la limitación tiene justificación. v) Finalmente, se debe evaluar, si con la limitación, se está afectando el contenido esencial al derecho fundamental a la tutela cautelar. Es decir si con ello, se afecta el derecho de todo ciudadano a solicitar y obtener del órgano jurisdiccional a través de una cognición sumaria.

Para efectuar el test de razonabilidad y poder ponderar, se hace necesario comprender qué se entiende por interés general; sin embargo, como es sabido, es un concepto muy amplio y quizás podría siempre concluir en que no ameritaría suspender el acto administrativo; sin embargo lo que se debe ponderar es, si el perjuicio al interés general que supondría dictar una medida cautelar determinada, es mayor o menor al derivado de no dictarla. Por ello, 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 (LORETTA, 2011, págs. 351-353).

En ese sentido consideramos que el *fumus boni iuris* es una expresión del Derecho Romano que debe ser entendida como apariencia o verosimilitud del derecho. Un derecho es verosímil cuando reviste apariencia de verdadero. La certeza del mismo se configurará cuando se adquiere convicción de su existencia. Ahora bien, para decidir la *litis* es indispensable que el Juez esté convencido de la certeza del derecho en que se sustenta la pretensión, lo cual

se logra si están acreditados suficientemente los hechos en que la última reposa. Es por ello que la actividad probatoria de las partes tendrá por la finalidad formarle tal convicción al Juez. Sin embargo, tratándose de la medida cautelar sólo le es exigible al peticionante que acredite no la certeza sino la verosimilitud del derecho en que funda su pretensión principal. Será en el curso del proceso central que se determinará si el derecho aparente que se invocó para la concesión de la medida cautelar resulta ser cierto -y por lo tanto- o, en su defecto, inexistente, por lo que no será objeto de tutela. La determinación de la verosimilitud del derecho emerge, pues, de una apreciación sumaria y nada exhaustiva en comparación con la que tendrá lugar en la fase probatoria del proceso principal del que derivará la declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho invocado (HINOSTROZA, 2013, pág. 435).

Como muy bien precisa (CALAMANDREI, 2005, pág. 77) la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea para decirlo con mayor claridad, basta que según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis; solo cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad.

En efecto, como consecuencia de la reiterada jurisprudencia europea emitida en esta materia; las medidas cautelares han sido revaloradas, desde el

ángulo del principio de tutela jurisdiccional efectiva, dejando atrás el tradicional rol de excepción de los actos administrativos, para pasar a cumplir una función de protección frente a la necesidad de tutela (GARCÍA E. , 1992, pág. 129).

La estimación de una demanda cautelar exige del juez el despliegue de una actividad cognitoria sumaria o juicio de razonabilidad para la comprobación de la verosimilitud del derecho invocado. Esta actividad no está destinada a producir certeza en el juez, sino únicamente considerable probabilidad de amparo de la pretensión principal, razonable apariencia de que el solicitante de la medida litiga con razón, pues quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho (FERNÁNDEZ, 1996, pág. 408).

Según Víctor Anacleto Guerrero citando a Jorge Danós Ordoñez quien manifiesta acerca de este presupuesto en los términos siguientes “Lo que señala este presupuesto, es que para poder evaluar la verosimilitud, se debe ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros si se otorga la cautelar y el perjuicio que le causa al demandante la eficacia inmediata de la actuación impugnada.

Se tiene que evaluar dos platos en una balanza, de un lado si se otorga la cautelar cuanto se va a perjudicar a los intereses públicos generales sobre la colectividad, el hecho que el juez otorgue la cautelar cuanto va afectar la tutela en el cumplimiento de sus deberes por parte de la administración y afectar a la ciudadanía, cuánto hay de perjuicio, por otro lado, de la balanza el perjuicio que le causaría al actor al demandante que le apliquen la actuación que él está impugnando, que le ejecuten el acto administrativo.

Lo que se pide al juez que evalúe, si hay equilibrio o que se evalúe si, es que por proteger a uno perjudique totalmente al otro, o si es que por hacer valer el interés público se va a perjudicar particulares.

En realidad es una norma nueva modificada en el año dos mil once, porque la norma original decía que para evaluar la verosimilitud del derecho, el juez debería tener en cuenta que la ley del procedimiento administrativo en su artículo nueve consagra otro principio administrativo; el otro principio administrativo importante que impacta sobre la cuestión administrativa en el contencioso es el de presunción de legalidad.

Para Álvaro Enrique Mora Espinoza; “Este presupuesto constituye otro de los postulados esenciales para la adopción de las medidas cautelares. Al darse la correlatividad de la interposición de un proceso y el derecho que le asiste a quien lo interpone, la “apariencia de buen derecho” es determinante para que, por intermedio del órgano jurisdiccional, pueda cesar el daño que esté ocasionando.

El derecho que le asiste al particular determina la necesidad de un juicio previo y positivo por parte del órgano jurisdiccional (sin llegar a prejuzgar en el estricto sentido de la palabra); se hace una presunción de la final resolución favorable al derecho del administrado y ello, por cuanto exista claridad (con los límites propios) tanto en el derecho que se está alegando, como en el daño que se esté produciendo. Sin embargo “este *fumus boni iuris* no puede, en absoluto, suponer que tan solo se va a adoptar la medida cuando se tenga convencimiento absoluto de que se va a estimar la pretensión del actor, dado que ellos implicaría la actividad probatoria encaminada a lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional acerca de la concurrencia de todos los

presupuestos necesarios para adoptar dicha resolución. Implica por tanto, una mera probabilidad de este presupuesto, lo que conlleva la aparición de esa situación jurídica necesitada de cautela” (MORA, 1998, págs. 310-320).

El *fumus bonis iure*, en opinión de (MORELLO, 2001, pág. 29) se autoabastece de un remedo de prueba orgánicamente idóneo, pero menos pleno, impregnado, sin embargo, de fundamentales consecuencias toda vez que ese conocimiento no exhaustivo pero constitucionalmente suficiente, basta para motivar su procedencia. Esto a su vez pone en evidencia la existencia de diversos registros de profundidad en la situación subjetiva de la conciencia del juez que sólo algunas veces desemboca en la proximidad de la “verdad real”, extremo éste que no es siempre necesario ni determinante para el obrar justo del Juez.

Según Eduardo García de Enterría, el verdadero criterio de las medidas cautelares se encuentra en la doctrina de *fumus boni iuris* unida al *periculum in mora*, sólo son protegibles por medidas cautelares aquellos procesos que acreditan que la temeridad está en la Administración que ha forzado al recurso y que está abusando, por consiguiente, de su privilegio de ejecutoriedad (GARCÍA E. , 1992, pág. 277).

No obstante, como bien lo acota García de Enterría este presupuesto debe determinarse a partir de una ponderación previa según criterios jurídicos objetivos, no se trata de apelar al olfato del juez, pues el humo de buen derecho no se aprecia por la nariz, sino mediante una valoración objetiva “prima facie” del fondo del proceso, para de esa forma no caer en el terreno de lo subjetivo e inaprensible. Indudablemente, existe una cierta “zona de

incertidumbre” en los términos bien conocidos de la teoría del “margen de apreciación”.

A efecto de simplificar y acelerar el dictado de la suspensión de la ejecución, la ley autoriza al juez a conformarse con un juicio de verosimilitud “fundado en pruebas leviores, o como también se dice, en pruebas prima facie”.

Pues, la apariencia de buen derecho debe deducirse tanto de la consistencia, fundamento y seriedad de las pretensiones invocadas por el recurrente, así como de la falta de seriedad en la respuesta de la Administración (JINESTA E. , 1996, págs. 14-16).

El perjuicio atendible por quien dispone la medida cautelar debe consistir en el riesgo de que se frustre la tutela efectiva que corresponde otorgar a la sentencia final. Este riesgo y no otro, es lo que obliga al juez que decide la medida cautelar, a intentar una valoración prima facie de las respectivas posiciones, de forma que debe otorgar la tutela cautelar a quien tenga “apariencia de buen derecho” (*fumus boni iuris*), precisamente para que la parte que sostiene una posición injusta manifiestamente no se beneficie, como es tan frecuente, con la larga duración del proceso y con la frustración, total o parcial, grande o pequeña, que de esa larga duración va resultar para la otra parte como consecuencia del abuso procesal de su contrario.

En este sentido, tenemos que la indagación del *fumus boni iuris* se reduce a un juicio o cálculo de probabilidad y verosimilitud sobre la existencia de la situación jurídica tutelada, razón por la que no prejuzga el mérito del asunto, y se afirma esto último porque bien puede suceder que el estudio de fondo destruya la apariencia, en cuyo caso la sentencia final deberá desestimar las pretensiones aducidas (JINESTA E. , 1996, pág. 140).

Asimismo, este presupuesto, en opinión de (BARONA, 2000, pág. 743) comporta la existencia de un juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario, a favor del demandante de la medida cautelar sobre el derecho que viene afirmando en el proceso principal. Este fundamento responde al justo término medio entre la certeza que implica la sentencia que se dicta al finalizar el proceso y la incertidumbre propia de la iniciación de ese proceso. A este término medio es lo que se denomina verosimilitud.

De otro lado, como quiera que la investigación versa sobre el estudio de la verosimilitud del derecho, en ese sentido asumimos la posición crítica de (MARINONI, 2016, pág. 187) toda vez que manifiesta: “La verosimilitud, si comprendida desde la línea de la teoría del conocimiento, no se puede situar en el mismo plano de la convicción, dado que existe convicción de verdad y convicción de verosimilitud, aunque ambas, desde la perspectiva gnoseológica, solamente puedan derivar en verosimilitud.”

A raíz de lo expuesto, se debe dejar claro que, el valor de la convicción depende de la racionalidad de su justificación, es decir, de la descripción de las relaciones entre las pruebas y los hechos y de la explicación de las presunciones y de las reglas de la experiencia.

Para decirlo más claramente: la convicción de verosimilitud se debe justificar no sólo con base en las pruebas producidas, sino también mediante la explicación racional de la dificultad de la producción de la prueba, considerando que, cuanto mayor sea esa dificultad, menos se le debe exigir al juez (MARINONI, 2016, págs. 208-209).

Así, un juicio de verosimilitud (requerido para la cognición en sede cautelar) consistiría apenas en un cálculo de qué tan probable sea que el

derecho, ulteriormente, sea amparado en la sentencia definitiva de mérito (o, en términos de Calamandrei, el proveimiento principal).

Ahora bien, a decir de Jorge Danós Ordoñez, “las cautelares son mucho más apremiantes en materia contenciosa administrativa porque la administración goza de una serie de prerrogativas una prerrogativa que se presume que su decisión es legal y además ella la puede hacer cumplir aunque la incumpla mientras no haya una orden judicial en contra o una ley haya dispuesto lo contrario. Volviendo al requisito de presunción de verosimilitud, verosimilitud del derecho invocado, que es lo que tiene que hacer el juez, para ver si se otorga o no se otorga, dice, es evaluar cuanto se perjudica los intereses generales y cuanto se perjudica el interés del demandado, es decir, tiene que evaluar para poder ver el tema. En realidad más que la verosimilitud lo que está haciendo es establecer una regla de proporcionalidad, pero eso es lo que dice la ley”.

Basta, por lo tanto, con la probabilidad o la fundada posibilidad de que el derecho exista o que tenga apariencia de verdadero. En definitiva el fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido de allí que resulte suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor (GORDILLO, 2013, págs. XIII-31).

En otras palabras, para su procedencia no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido en el proceso principal, extremo que solo puede ser alcanzado al tiempo de la sentencia, ni es

menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, bastando que a través de un estudio prudente -apropiado al estado del trámite- sea dado percibir un *fumus bonis iuris* en el peticionario (GORDILLO, 2013, págs. XIII-32).

La verosimilitud es una cualidad que funciona bajo parámetros muy distintos: ella se relaciona únicamente con la mera posibilidad de que lo afirmado pueda corresponderse con una hipótesis real o plausible (con total independencia de que en el caso particular la aserción sea o no verdadera) y juzgado ello no sobre la base de pruebas y evidencias concretas que tiendan a demostrar -en mayor o menor grado- la existencia del hecho enunciado sino exclusivamente con relación al conocimiento generalizado que se posee sobre la forma en que las cosas suceden normalmente, de ordinario, según el curso usual de los acontecimientos (MARINO, 2014).

Cabe concluir que, para adoptar una medida cautelar no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido, ni mucho menos realizar un profundo análisis de las relaciones que vinculan a las partes, toda vez que lo único que se necesita es simplemente una apropiada fundamentación de los hechos expuestos y ésta acredite la probabilidad o fundada posibilidad de que el derecho exista o tenga apariencia de verdadero.

“La importancia de distinguir entre verosimilitud y probabilidad tal como proponen Taruffo y Mitidiero, está directamente vinculado con la importancia de la búsqueda de la verdad mediante racionalidad en la verificación de las alegaciones de hecho. Esta preocupación es inexistente en Calamandrei y es relativizada, en gran medida, por Daisson Flach.

Finalmente, llegados a este punto, es posible decir algo más: desvincular “verosimilitud” de “probabilidad” y, por tanto, tomar consciencia de la necesidad de realizar una valoración racional de la prueba, seguido de una justificación racional de la premisa fáctica, generará un impacto decisivo en la práctica judicial. En efecto, bajo esas premisas, el análisis sumario que debe ser realizado ante el pedido de una medida provisional ya no puede limitarse a que el juez diga que “está convencido” o que resuelva conceder la medida sin mayor examen de las pruebas o sin medir una justificación adecuada. Ello determinaría una gravísima violación a los derechos fundamentales a la prueba y a la justificación de las decisiones judiciales.

Emplear la cognición sumaria presupone una valoración probatoria precisa, en donde el juez demuestre cómo es que llegó a la corroboración de la hipótesis suficiente para dar la tutela concedida. Y corresponde a la doctrina, por tanto, ilustrar a nuestros jueces para que sean capaces de tutelar los derechos de la mejor posible” (CAVANI, 2015, págs. 807-825).

Finalmente, (CHINCHILLA, 2011, pág. 875) señala que la apariencia de buen derecho no debe ser, en mi opinión, la causa determinante de la adopción de las medidas cautelares, por la sencilla razón de que la tutela cautelar es un instrumento de la efectividad de la tutela judicial, lo que significa que su adopción se justifica cuando es necesario preservar la efectividad frente al peligro que para la misma puede implicar la demora del proceso. Ahora bien, siendo cierto que, como ha manifestado el Tribunal Supremo, “la institución cautelar no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la posición jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso”, no lo es menos que

el *fumus boni iuris* es también un elemento característico de la tutela cautelar, que está en su propia definición, ya que si la medida cautelar se otorga porque el recurrente acredita la existencia de un daño en sus derechos o intereses legítimos, es porque, en principio, y aunque solo sea aparentemente, el recurrente es titular de estos derechos o intereses legítimos, y no tiene el deber jurídico de soportar ese daño.

2.2.2.1.2. Peligro en la demora

La realidad demuestra que para que el justiciable solucione sus conflictos con la administración pública y a su vez obtenga, después de un proceso judicial dificultoso, una sentencia favorable y definitiva, el cual requerirá de un cierto tiempo para desarrollarse y solucionar el conflicto discutido en el mismo, frente a tal situación el juzgador debe analizar cuando es necesario dictar una medida cautelar, para evitar que la eventual sentencia estimatoria devenga en ineficaz, causándole un daño de difícil o imposible reparación.

Este presupuesto se define como el temor razonablemente y objetivamente fundado de la parte interesada de que la situación jurídica sustancial aducida resulte lesionada grave e irreparablemente durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal (JINESTA E. , 2008, págs. 128-131).

En ese sentido, consideramos y a decir de la doctrina; que el peligro en la demora constituye el elemento más importante a tomar en cuenta en el estudio de la medida cautelar. Este requiere ser alegado y justificado, mas no probado (RIVAS, 2000, pág. 42).

El peligro en la demora es aquel requisito de la medida cautelar consistente en el riesgo de ineficacia de la sentencia a dictarse en litigio, en

caso de no expedirse en forma inmediata el auto de cautela que asegure el cumplimiento o ejecutabilidad de aquella (HINOSTROZA, 2013, pág. 435).

Debe entenderse que toda medida cautelar que sea solicitada no debe ser dirigida a causar perjuicio a la otra parte, seguramente de una manera poco equilibrada y evitar el abuso en la solicitud de ésta. En ese sentido el profesor Montero Aroca, señala que el peligro de las medidas cautelares no es el peligro del daño genérico jurídico, al cual se atiende en los dos procesos clásicos, sino el peligro específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional, considerada en sí misma como posible causa de un ulterior daño; mientras que el daño ya causado encuentra su remedio en los procesos declarativo y ejecutivo, las medidas cautelares tratan de evitar que ese daño se agrave como consecuencia de la duración de aquellos”.

Como se puede advertir, para aproximarse a una noción más clara del *periculum in mora*, no basta solamente que el interés para obrar nazca de un estado de peligro y que la medida solicitada tenga por ello la finalidad de prevenir un daño temido, es necesario que a causa de esa inminencia del peligro tal medida tenga carácter de urgencia en cuanto sea de prever que si esta se demorase se transformaría en daño efectivo o se agravaría el ya ocurrido, esto es, que la providencia cautelar debe ser dictada sin demora porque de otro modo sería ineficaz (LEDESMA, 2013, págs. 82-83).

El peligro en la mora, es un principio, configurado por dos elementos o componentes: Uno, el daño eventual y grave que puede experimentar quien reclama el reconocimiento de su derecho; y el otro, la necesaria e inevitable lentitud del proceso, en el cual las partes en conflicto, ejercerán todas las garantías fundamentales en defensa de sus pretensiones. Esta lentitud produce

un retraso o tardanza en la decisión jurisdiccional definitiva, que reconocerá o no la existencia del derecho y que genera un peligro de insatisfacción del mismo o de satisfacción tardía, peligro que el órgano jurisdiccional constitucionalmente está llamado a conjurar, por imperio del derecho a la tutela judicial efectiva (RODRÍGUEZ, BENAVIDES, SHEFFER, & SENDÍN, 2009, pág. 555).

Ahora bien, el profesor Álvaro Enrique Mora Espinoza nos indica: “(...), por el tiempo que debe mediar entre la interposición de la demanda, por parte del que se siente perjudicado y la resolución jurisdiccional, declarando en muchos casos, primeramente el derecho y luego ejecutándolo, existe un evidente riesgo a que se puedan producir daños al derecho o interés del administrado, ese “peligro”, al cual nos hemos referido anteriormente, es precisamente el “*periculum in mora*”. En otras palabras, es el daño marginal, “que como consecuencia de la duración del proceso principal se produciría o agravaría si la medida cautelar no fuera adoptada, privando así total o parcialmente de efectividad práctica a la resolución judicial que ponga fin a dicho proceso” (ANACLETO, 2016, pág. 271).

Asimismo Mario Rejtman Farah expresa: “El *periculum in mora* se vincula con la posibilidad de que cuando se llegue a dictar sentencia esta resulte tardía, ineficaz, abstracta o inoperante. La sentencia que finalmente se dicte podrá contemplar a lo sumo y solo a veces la parcial reparación del daño. Con el transcurso del tiempo el acto hábil cumplido ya sus efectos. Y si ellos derivaran de una actividad verosíblemente viciada e ilegítima resultaría irrazonable que el afectado se hubiera mientras tanto privado de su derecho lesionado.

El peligro en la demora existe aun cuando el perjuicio que cause la ejecución del acto no sea grave. Nuestra jurisprudencia sin embargo suele exigir la acreditación de la gravedad del daño o que la suspensión cause menos perjuicios a la Administración que al particular la ejecución.

Debe pues evitarse el perjuicio evitando afectar derechos o garantías del particular aun cuando ellas puedan ser luego reparadas por una probable indemnización. No es el derecho y el evitar un perjuicio que muchas veces no será reparable (REJTMAN, 2000, págs. 174-176).

Al respecto, Calamandrei ha sostenido la existencia de dos tipos de *periculum in mora*: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza de la providencia principal: "Algunas de la providencias cautelares (...) no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza (...) o la ejecución forzada (...) del derecho, se produzcan, cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta, en condiciones prácticamente más favorables (...). En cambio en otros casos (...) la providencia interina trata de acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene el juicio de mérito. Aquí, por lo tanto, la providencia provisoria cae directamente sobre la relación sustancial controvertida (...)"

Para Agustín Gordillo, por su parte, en el proceso contencioso administrativo “El peligro en la demora es obvio, pues de ejecutarse los actos administrativos atacados, una eventual sentencia favorable solamente sirve para los daños y perjuicios –que pagaremos todos-, no para la preservación del derecho que se ve amenazado (GORDILLO, 2013, págs. XIII-33).

En líneas generales, el *periculum in mora* ha sido entendido como “la posibilidad, razonable y objetivamente fundada, de una lesión grave e irreparable a la situación jurídica del gestionante, por el transcurso del tiempo necesario para el dictado de la sentencia principal” (ROJAS, 2008, pág. 74).

Asimismo, el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a dictarse en el proceso principal no puede, en los hechos, hacerse efectiva (...) un temor fundado en la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, ésta permanezca incumplida.

La probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda pueda frustrarse en los hechos, porque, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable, o por la propia actitud de la parte contraria (KIELMANOVICH, 2000, pág. 52).

En palabras de (GARCÍA F. , 2006, pág. 115) no debe perderse de vista que este peligro se vincula con la pérdida, a manos del demandado, del bien de la vida, que constituye la base de la pretensión que habrá de postularse a la jurisdicción y que, si no se acredita esta “probabilidad”, la medida deberá rechazarse.

Como bien lo apunta (MONROY J. , 2002), “si bien el peligro en la demora nace de la imposibilidad de que el proceso judicial sea solucionado de manera inmediata, es decir, del necesario desarrollo temporal del proceso, se complementa por las posibles actividades que puedan realizar otros sujetos para afectar la situación jurídica del actor, mientras se dilucida el conflicto. De concretarse esta amenaza y de acuerdo a la gravedad del peligro, se puede dar lugar a dos situaciones: i) Que el daño causado sobre el derecho pretendido lo haya afectado de manera parcial. ii) Que el daño traiga consigo una afectación total o irreparable. En ambos supuestos se encuentra claramente configurado el peligro en la demora, pues la eficacia del proceso no sólo consiste en obtener un pronunciamiento que sea realizable en el plano material, sino que el derecho pretendido sea concedido en su totalidad, sin disminución alguna”.

Asimismo, el mismo jurista señala que este presupuesto se fundamenta en el riesgo de que el proceso se torne ineficaz impidiendo que el demandante obtenga la tutela efectiva que pretende: “El *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 el demandante sino también en que el solo transcurso del tiempo constituye de por sí una amenaza que merece una tutela excepcional. No se trata de proteger al afectado del daño genérico que implica un conflicto de intereses, pues éste es tutelado, precisamente, por un proceso judicial. El *periculum in mora* está destinado, específicamente, a proteger que lo pedido al momento de

demandar (petitorio) sea pasible de obtener una tutela efectiva en caso de que la sentencia declare fundada la demanda (MONROY J. , 2002, pág. 176).

En ese sentido, resulta claro este ejemplo que ocurre día a día en los procesos contenciosos administrativos en los que es evidente el peligro en la demora, toda vez que la ejecutoriedad del acto administrativo por la Administración Pública y la lentitud del proceso judicial sea por muchísimas razones, y con ello dejará al desamparo de una verdadera tutela jurisdiccional efectiva al justiciable.

2.2.2.1.3. Adecuación

La relación entre medida cautelar y pretensión planteada en la demanda es de idoneidad, y a ello se refiere la adecuación, como presupuesto de las medidas cautelares. Algunos autores han preferido hablar de “funcionalidad” de la medida cautelar.

El requisito de adecuación está relacionada con la pretensión principal, toda vez que dependiendo de los derechos y/o intereses que se pretende proteger se adoptará la medida adecuada al caso concreto.

Este requisito se sustenta en el principio de mínima injerencia, a través del cual se espera que, la tutela que se otorga sea suficiente para cautelar el derecho o interés invocado, no más. Es decir, si bien es cierto, la tutela cautelar aparece como la protección del Estado, frente a la inminencia del peligro, ello no puede significar que dicha protección tutele a uno y perjudique a otros.

Al respecto, Juan José Monroy Palacios sostiene que este requisito, involucra dos elementos que deben concurrir de manera simultánea: i) congruencia, y ii) proporcionalidad; el primero, implica una correlación lógica entre el específico pedido cautelar y el objeto de la cautela; y el segundo,

referido a grado de incidencia material, a fin de evitar, notorio exceso o medidas injustas, por desproporción (MONZÓN, 2011, pág. 356).

Una verdadera adecuación, si bien podría representarse mediante la elección de una determinada variante cautelar, no debe quedar sujeta sólo a ello. Consideramos que un pedido cautelar será “adecuado” cuando la congruencia y la proporcionalidad se busquen dentro de la relación jurídica sobre la cuál recaerá la cautela a otorgarse. Asimismo la adecuación no significa la elección de uno u otro tipo cautelar. Una medida cautelar será más adecuada cuanto más lógica y precisa resulte para el caso en concreto, es decir, cuando apunte de la mejor al logro de la tutela cautelar que dispone sin perjudicar más de lo debido el derecho e intereses de la parte que debe soportar la medida y de terceros. Así un mandato cautelar “adecuado” no deberá escatimar palabras ni frases si su intención es dispensar una tutela jurisdiccional efectiva, precisa y a la vez mesurada. En síntesis, la adecuación de la medida cautelar implica tanto la facultad del juez de precisar y complementar la medida solicitada, como también la facultad del mismo funcionario para reemplazarla por otra medida más idónea, siempre en la búsqueda de mayor congruencia y proporcionalidad (JIMÉNEZ, 2006, págs. 76-77).

El presupuesto de la adecuación permite determinar si la medida cautelar solicitada y/o concedida sirve para el propósito que, de manera general, se reserva a las medidas cautelares, esto es, garantizar la eficacia de la sentencia que declare fundada una pretensión. Una medida que no sea adecuada, es decir, incongruente, no cumplirá con la finalidad prevista, y por ello, constituye una herramienta absolutamente inútil conferida al litigante. La

adecuación, por ello, asegura al litigante que va a contar con esa medida que garantice de manera real la efectividad de la sentencia. El juez no podrá, por ello, conceder una medida cautelar que no sea idónea para garantizar la efectividad de la futura que declare fundada la pretensión (PRIORI, 2006, págs. 87-88).

Ello quiere decir que debe existir una relación de coherencia y adecuación entre aquello que se intenta garantizar y la medida cautelar solicitada como garantía: “debe pues, existir una correspondencia entre la medida cautelar y el objeto del proceso”.

En esa misma línea advertimos que “La adecuación significa la idoneidad de la medida para garantizar la eficacia de la decisión definitiva. La adecuación pone en evidencia la vinculación directa que existe entre el tipo o la forma de la medida cautelar a dictarse y la decisión definitiva que se adoptaría. En ese sentido, la medida cautelar solicitada o aquella que finalmente termina concediendo el juez debe ser la medida apropiada o útil para garantizar o viabilizar la decisión definitiva a adoptar.

En base a la adecuación, el juez tiene que evaluar la idoneidad de la medida propuesta y, en caso ello no se presentara, concederá la medida que él considere que es la apropiada para garantizar la decisión definitiva del proceso” (SALAS, 2016).

Una correcta evaluación en torno a la adecuación de las medidas cautelares, garantiza dos cosas (i) que quien pretende algo en el proceso obtenga aquel medio que requiere para garantizar realmente su pretensión y (ii) que el demandado no sufra en magnitud mayor a lo necesario para lograr la finalidad de las medidas cautelares. Con ello, se evita simultáneamente la

desprotección del pretendiente y el abuso contra el afectado (PRIORI, 2006, pág. 89).

Con ello se pretende que los jueces realicen una revisión de la pertinencia de la medida cautelar solicitada respecto de la finalidad práctica que se quiere lograr en el proceso. Cabe en ese sentido precisar que, si el Juez no considera que la medida cautelar específicamente solicitada sirve para garantizar la eficacia de la pretensión puede, conforme al artículo treinta y ocho del Proyecto ordenar se trabe otra medida cautelar, siempre que ésta se adecue a la finalidad práctica que se quería lograr con la solicitada (PRIORI, 2006, pág. 93).

En suma, lo que se busca a través de este presupuesto es que el juez pondere la medida cautelar solicitada con el objeto que se pretende asegurar, y ante la diversidad de medidas cautelares debe conceder la medida menos gravosa que garantice suficientemente la pretensión principal, evitándose la concesión de una medida excesiva (VALLEJOS, 2009).

2.2.3. Medidas cautelares de innovar y de no innovar

Nuestra legislación en el proceso contencioso administrativo en su artículo 40°, señala que son de especial procedencia las medidas cautelares de innovar y de no innovar; sin embargo, ello no significa que sean las únicas utilizables en esta jurisdicción, porque hay otras, que también resultan viables.

Ahora bien, si la demanda contenciosa administrativa versa sobre un acto administrativo que impone una carga, obligación, restricción etcétera; entonces, probablemente el demandante necesite que se suspenda los efectos de dicha decisión (Es decir que no se ejecute) hasta que se dilucide la validez del acto cuestionado en sentencia. En ese caso, se tendría que verificar, en

qué circunstancia el demandante se está presentando al proceso judicial, pues si el acto administrativo cuya nulidad se solicita aún no ha sido ejecutado entonces lo pretendido será que -no se altere la situación de hecho o derecho existente en ése momento- y que se suspenda los efectos de dicha resolución hasta la emisión de sentencia; por tanto, en estos casos, se necesitará una medida de no innovar, es decir, no variar el *statuo quo* ostentado al momento de presentar la demanda.

Caso contrario, si la Administración ya ejecutó la sanción, el demandante puede pretender que se revierta dicha actuación, en cuyo caso, necesitará una medida innovativa; o sea, que la orden judicial, permita variar (innovar) la situación de hecho existente al momento de presentar la demanda (MONZÓN, 2011).

En ese sentido a continuación desarrollamos ampliamente estos tipos de medidas cautelares por ser consideradas su utilización de manera especial en el proceso contencioso administrativo.

2.2.3.1. Medida cautelar de innovar

Si la finalidad es suspender o paralizar, las consecuencias de los efectos del acto administrativo, entonces, la forma guardará relación de adecuación con las medidas de innovar y no innovar; porque se entiende que la vigencia indiscriminada de la regla de ejecutividad del acto administrativo puede provocar situaciones de hecho perjudiciales para los sujetos pasivos de la actividad administrativa; sobre todo en los casos, tengan que soportar la ejecución de un concreto acto pese a haber formulado impugnación (GIMENO, MORENO, GARBERÍ, & GONZÁLEZ, 1993, pág. 672).

Sobre el particular resulta de vital importancia señalar que Jorge W. Peyrano en la obra de Víctor Ticona Postigo manifiesta en la descripción de la medida cautelar innovativa: “Es una medida excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de dictado, medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor” (ANACLETO, 2006, pág. 275).

En ese sentido la medida cautelar innovativa es de carácter genérico, la misma que se encuentra destinada a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda conforme lo dispone expresamente el artículo seiscientos ochenta y dos del Código Procesal Civil de aplicación supletoria a los procesos contencioso administrativos.

Bien (KIELMANOVICH, 2000, pág. 372) nos enseña que la medida cautelar innovativa, se refiere a la que tiende a variar el estado de hecho existente al momento de iniciarse el juicio, a retrotraer las cosas al estado anterior al acto o hecho cuestionado en el proceso.

La medida cautelar innovativa se distingue por ser más excepcional que la de prohibición de innovar, porque adelanta los efectos de la sentencia de mérito como si la misma hubiera sido fundada, situación que reviste un riesgo mucho mayor.

Adolfo Rivas, señala que la medida innovativa tiene dos objetivos: restituir la situación al estado de hecho o de derecho (o ambos) que tenía al iniciarse el conflicto o al plantearse la demanda, y cambiar la situación existente al tiempo de pedirse la medida a otra distinta, siempre que ello resulte

necesario para asegurar la efectividad de la sentencia. Se da aquí lo que podemos llamar efecto modificativo (LEDESMA, 2013, pág. 385).

La medida cautelar innovativa se dispone mediante el dictado de un mandato judicial, a un órgano específico de la administración pública para que observe una conducta activa, es decir, una obligación de hacer.

Se trata de que la autoridad administrativa haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente.

El dictado de la medida cautelar innovativa es de carácter extraordinario, pues para que el juez la pueda otorgar se exige que el daño que pueda causarse a quien la solicita, por la situación de hecho o derecho que se pretende innovar, sea irreparable. Además de que tiene que cumplir con los requisitos esenciales de toda providencia cautelar (GALLEGOS, 2002, pág. 119).

Las medidas cautelares de innovar implican, en sentido contrario lo que refiere una medida cautelar de no innovar, es decir la obligación de restituir una situación jurídica cumpliendo determinada conducta; en vez de tener que abstenerse de alterar la situación que queda sometida a no innovación.

2.2.3.2. Medida cautelar de no innovar

En este orden de ideas, Colombo define la medida de no innovar como aquella que cumple una función de aseguramiento que consiste en reponer el estado de cosas a la situación existente antes de que hubiese sido unilateral o indebidamente modificado por alguna de las partes, o en su caso, mantener el *statu quo* inicial o derivado de una sentencia, impidiendo que durante el curso del pleito se modifique, sin orden judicial, la situación de hecho o de derecho

cuando esa alteración podría influir en la sentencia o tornar en ineficaz o imposible su ejecución o producir perjuicios innecesarios, no justificados.

En el supuesto de la prohibición de innovar como en el de las medidas innovativas, la idea que subyace en la construcción procesal consiste en que la primera procede para mantener la igualdad de las partes en el proceso e impedir que la modificación de la situación de hecho o de derecho “pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible” (CASSAGNE & PERRINO, 2013, pág. 328).

Por su parte Podetti define como la medida precautoria dictada por un órgano judicial intimando a cualquiera de las partes se abstenga de alterar, mientras dura el pleito, el estado de cosas sobre lo que versa o versará la litis existente en el momento de notificarse dicha medida. Es una medida cautelar que procura el mantenimiento del *statu quo*, es decir, de un estado de cosas y la seguridad de los bienes implicados en la litis, mientras esta se sustancia y decide. Persigue, por un lado, que el derecho del vencedor no resulte de imposible cumplimiento o dañado o menoscabado por las innovaciones o alteraciones introducidas durante el curso del proceso; y por otro, que no se perturbe la paz, ni se dañen o perjudiquen bienes o servicios de interés común (LEDESMA, 2016, pág. 170).

Es una medida prevista para situaciones de incertidumbre de derechos en juego, en las que se inmoviliza la realidad a fin de no afectar o frustrar derechos de cada parte.

La medida tiene un objeto inmediato: que no se modifique no altere la situación fáctica o jurídica; y un objeto mediato: que al momento de la sentencia pueda esta cumplirse, si el derecho le es reconocido al litigante,

despejando la posibilidad de que se torne ilusorio el derecho que pueda corresponderle, evitando así un perjuicio irreparable (LEDESMA, 2016, pág. 171).

La medida de no innovar es una facultad del juez de impedir que se modifique la situación de hecho, cuando tal acto tenga una decisiva influencia en la solución del proceso y es excepcional porque puede recurrir a ella cuando no exista otra prevista en la ley. Esto significa que no correspondería decretarla en reemplazo del embargo o, más ampliamente, sería inadmisibles cuando la cautela pudiere obtenerse por medio de las restantes medidas establecidas por el ordenamiento (LEDESMA, 2016, pág. 175).

A manera de conclusión diremos que la medida de no innovar acoge la figura de la prohibición de innovar la cosa litigiosa como una influencia hacia nuestros días de la *litis contestatio* del Derecho Romano. Esto significa que, pendiente de pleito, no puede cambiarse el estado de la cosa litigiosa. Todo esto con el fin de asegurar la igualdad de las partes, la buena fe y probidad en los debates judiciales a fin de evitar que se modifique el estatus jurídico o de hecho de los bienes litigiosos, de tal manera que la sentencia se pueda cumplir a cabalidad. Se busca preservar la cosa litigiosa o el derecho subjetivo material objeto de la *litis*, para evitar que ese cambio o innovación que se haga genere un perjuicio al actor que tenga pendiente un litigio, para lo cual es vital la advertencia de su inmovilización o efecto conservativo desde la notificación de la demanda, a fin de preservar el principio de igualdad de partes (LEDESMA, 2016, pág. 178).

Así, la prohibición de innovar puede llegar a producir efectos innovativos, esto es, no limitándose solamente a ordenar el congelamiento del estado de

cosas imperantes al tiempo de acaecer su dictado o notificación, sino a veces retrotrayendo su vigencia para remover actos o hechos sucedidos con anterioridad, en tanto hayan alterado el *statu quo* existente (LOGAR, 2000).

2.2.4. Ponderación y delimitación del interés público en medidas cautelares

2.2.4.1. Ponderación

Muchos de los entendidos en la materia consideran que la ponderación, como instrumento técnico-jurídico, ha nacido en litigios individuales sobre derechos fundamentales ante los jueces.

En primer lugar, de acuerdo con una acepción amplia, la ponderación alude a la actividad consistente en tomar en consideración simultáneamente exigencias que presionan en sentidos opuestos. Ponderar equivale aquí a sopesar o valorar criterios que demandan acciones diferentes, a medir el peso de razones opuestas mediante su colocación en los platillos de una balanza.

En una segunda acepción, que podemos denominar estricta, la ponderación es un método para la resolución de ciertas antinomias que, además, está lo suficientemente caracterizado como para que su empleo sea utilizado de ordinario como un criterio que permite distinguir entre dos categorías de normas, como son los principios y las reglas. De este modo, el concepto de ponderación recibe un significado más preciso en el ámbito de la teoría del Derecho, donde sirve como pasarela entre dos de sus ámbitos de reflexión característicos: la teoría de la interpretación y la teoría de las normas (ORTEGA & DE LA SIERRA, 2009, pág. 20).

La ley de la ponderación se formula mediante la siguiente regla: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto

mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”; asimismo, implica la consideración de tres elementos: a) intensidad del daño o la afectación a un principio en el caso concreto, b) la importancia de la satisfacción de un principio es decir, el “peso abstracto que se le otorga a un principio” de acuerdo a los valores predominantes en la sociedad y; c) la relación entre los dos principios. El desafío es encontrar una forma de hacer estas valoraciones racionalmente y para ello se debe asignar un valor a cada uno de los principios para que se pueda determinar el “peso” de cada uno de los principios. (ALEXY, 2010).

En definitiva, la ponderación es un tipo de discurso que permite resolver conflictos de principios mediante la creación de reglas. El concepto de ponderación propuesto por Alexy se articula, así, en un doble nivel. Para poder resolver un conflicto de principios es necesario obtener previamente una norma que, al no necesitar ya ser ponderada, pueda integrar si más la premisa mayor de un juicio de subsunción. La ponderación es, precisamente, la técnica de argumentación jurídica que permitiría pasar de un nivel a otro mediante el establecimiento de una relación de preferencia condicionada.

En efecto, sin ponderar es establecer una relación de preferencia condicionada, debe entonces concluirse que el resultado de este procedimiento es un acto de producción normativa, es decir, un acto-fuente en sentido estricto.

De igual manera en la misma línea F. Velasco ha subrayado también que la ponderación es una forma de poder decisorio, y a esta circunstancia se refiere asimismo Guastini al afirmar que la naturaleza de la ponderación no es propiamente interpretativa, puesto que su sentido no es tanto atribuir un

significado a las disposiciones que expresan los principios que integran la colisión -una operación ésta que habrá debido realizarse previamente-, cuando emitir un juicio de valor comparativo cuyo resultado es la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión (ORTEGA & DE LA SIERRA, 2009, págs. 24-25).

2.2.4.2. Interés público

La Sala Transitoria Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en el expediente Cas. 8125-2009-DEL SANTA, fundamento 9); y además constituye precedente vinculante señala que "(...) el interés público es un concepto jurídico genérico con contenido y extensión variable, que tiene que ver con aquello que beneficia a todos como comunidad, por ello se afecta cuando el acto viciado tiene repercusiones no solo en un reducido grupo de personas sino en la colectividad".

El interés público es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría (...) apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración (ESCOLA H. , 1989, págs. 249-250).

De igual forma el Tribunal Constitucional desarrolló el contenido jurídico de interés público, manifestando que éste es un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión. En ese sentido señala que la doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del

razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados.

El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.

Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad (STC, 2004, págs. Fundamento 10-11).

Asimismo Ezequiel Cassagne señala de esta manera el concepto de interés público: “Respecto al interés público, no descartamos que los jueces deban valorarlo al momento de decidir el otorgamiento de una medida cautelar, y aun mas, reconocemos que constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia (...)”.

Esta explicación ampliamente lo realiza (MARCHECO, 2015, pág. 226) señalando que “En la misma medida deviene límite de la tutela cautelar, por cuanto en la adopción de las medidas de esa naturaleza debe asegurarse que el eventual daño que pueda ocasionarse a la comunidad sea menor que el que

genere su no aceptación. En consecuencia, el establecimiento de las decisiones cautelares debe procurar que se produzca la menor afectación posible al interés general. Esto supone que la vigencia del interés general y la necesidad de eficacia de la actividad administrativa implican que la adopción de fondo de una decisión cautelar debe estar presidida por una ponderación y búsqueda de equilibrio entre los intereses en juego”.

El interés de la administración pública no siempre es coincidente con el interés público, por lo que debe partirse de una tesis pro interés de la administración, el denominado *in dubio* pro interés público, sino que deben ponderarse las circunstancias en cada caso concreto y demostrarse la afectación de ese interés público. En todo caso, es una ponderación de intereses en juego y no una verificación del interés de la administración. (Tribunal de casación de lo contencioso administrativo N° 124-F-TC-2008).

A decir de Rodríguez Arana; el interés general no es un cheque en blanco, no es una fórmula abierta que permita el desencadenamiento de las potestades administrativas sin más. Necesita ser demostrado en lo concreto, precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligro expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder (HUAMÁN, 2016, pág. 62).

El concepto de interés público, que actúa como justificante de determinadas acciones por parte del Estado, es un concepto muy amplio y opera como cláusula general habilitante de la actuación pública en nombre de un bien jurídico protegido por el ordenamiento. El interés público puede

identificarse en términos generales con alguno de los fines del Estado mismo y es la pauta de actuación a la que la administración pública ha de sujetarse.

A decir de (GONZÁLEZ, 2002, pág. 42) “(...) debe ponderarse si frente a ese interés o derecho privado cuya tutela cautelar se pretende, existe o no un interés público contrapuesto que convierta en gravosa la petición esbozada, pues de ser así, sería difícil, cuando no imposible, acoger la medida requerida. Se impone aclarar aquí, que no se trata de cualquier interés público, sino solamente de aquel que posea el mismo rango del derecho fundamental a la tutela cautelar (...), y por ende, que sea capaz de relegarlo por intereses superiores. En todo caso, ese interés general (referido a derechos fundamentales de la colectividad o de terceros), no debe prevalecer en todos y cada uno de los supuestos, como tampoco, excluirse en todos y cada uno de ellos, y para el evento de que exista, deberá estar claramente expresado en el motivo o contenido de la conducta, o en su caso, comprobado en el procedimiento cautelar”.

En ese sentido sustentamos que el interés público deberá estar relacionado con la actividad a desarrollar la administración pública, de tal forma que no cabe identificar ésta con interés público o social sino, con el contenido del derecho fundamental tutelado (salud pública, medio ambiente, educación pública, protección de los consumidores, etcétera) versus la disminución de la esfera jurídica del demandante. Asimismo es interesante entender que este derecho colectivo en nuestra legislación merece la ponderación, es decir éste es un mecanismo de argumentación, de evaluación del peso de unos determinados intereses, intereses que en el marco de la tutela cautelar vienen determinados por la urgencia y el *fumus boni iuris*. Por ello, el contenido

concreto de este elemento se encuentra en la jurisprudencia que desarrolla ambos conceptos (...). La ponderación implica, en primer lugar, integrar el *periculum in mora* y confrontar el riesgo que conlleva la adopción de la medida cautelar o, en su caso, la no adopción de la misma para todos los intereses implicados. Dicha valoración, además, ha de venir acompañada de la toma en consideración del *fumus boni iuris*, de manera que sólo las situaciones jurídicas prima facie susceptibles de ser protegidas pueden tener cabida en el discurso del juez cautelar (DE LA SIERRA, 2004, pág. 368).

Finalmente, advertimos que Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, resolución N° 114-F-TC-08 del 24 de setiembre de 2008 de San José Costa Rica manifestó que el interés general se constituye en un visible concepto jurídico indeterminado vaciado en estricto, de contenido concreto pues es susceptible de ser cubierto o llenado, si cabe la ocurrencia del término, de cara a cada situación en particular. En ese sentido cuando se adopta una medida cautelar en el proceso contencioso administrativo, necesariamente debe de realizarse los argumentos y/o justificaciones respectivos por parte de los Juzgados, absolviendo las interrogantes más recurrentes, esto es: ¿qué pasa si la medida no se acoge? y ¿qué pasa si la medida se acoge? y ¿cuáles intereses se lesionan en caso de adoptarse por una u otra decisión?, es decir, toda resolución cautelar debe responder a estas preguntas y ser debidamente justificadas con un razonamiento apropiado. Toda vez que, como muchas veces se refirió la doctrina y jurisprudencia internacional, propiamente la española “El interés de la Administración Pública no siempre es coincidente con el interés público, por lo que no debe partirse de una tesis pro interés de la administración, el denominado *in Dubbio* pro Interés Público, sino que deben

ponderarse las circunstancias en cada concreto y demostrarse la afectación de ese interés público. En todo caso, es una ponderación de intereses en juego y no una verificación del interés de la administración”.

En ese sentido, el interés general debe referirse, pues, a derechos fundamentales de la colectividad o de terceros, no tiene porqué prevalecer en cualquier caso, pero no puede descartarse que así sea según las circunstancias concretas de cada supuesto. Como tampoco puede excluirse que ese criterio de la ponderación del interés general pueda jugar también en favor de la adopción de medidas cautelares frente al acto administrativo (CHINCHILLA, 1993, pág. 178).

El interés público constituye también la medida y el límite con que las medidas cautelares han de ser decretadas, dado que aquél ha de prevalecer siempre. Para ello, deberá observarse si su dictado resulta menos dañoso para la comunidad que su rechazo (GALLEGOS, 2002, pág. 60).

2.2.5. Argumentación y motivación jurídica

La argumentación consiste en esgrimir una serie concatenada de razonamientos convenientemente expuestos, para persuadir al destinatario de la veracidad o validez de una tesis que, por lo general, no está demostrada fehacientemente con anterioridad. La argumentación también sirve para hacer labor de divulgación persuasiva, sobre la verdad o validez ya demostrada, pero aún no conocida por todos.

La argumentación es un razonamiento que se hace con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis propuesta. La argumentación es la cadena de argumentos, presentados y discutidos, convenientemente,

para fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido” (CASTILLO, LUJÁN, & ZAVALETA, 2006, pág. 233).

Ahora bien, motivar equivale a justificar razonablemente un activo volitivo. El Tribunal Constitucional en el expediente N° 00728-2008-PHC/TC. Lima, señaló que: “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales” (STC., 2008).

En ese sentido algunos juristas señalan que la motivación de las resoluciones judiciales constituye el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho realizados por el juzgador, en los cuales apoya su decisión. Motivar, en el plano procesal, consiste en fundamentar, exponer los argumentos facticos y jurídicos que sustentan la decisión. No equivale a la mera explicación o expresión de las causas del fallo, sino a su justificación razonada, es decir, a poner de manifiesto las razones o argumentos que hacen jurídicamente aceptable la decisión.

La motivación es un deber de los órganos jurisdiccionales y un derecho de los justiciables, y su importancia es de tal magnitud que la doctrina la considerada como un elemento del debido proceso; situación que ha coadyuvado para extender su ámbito no solo a las resoluciones judiciales, sino

también a las administrativas y a las arbitrales (CASTILLO, LUJÁN, & ZAVALETA, 2006, págs. 369-370).

Asimismo, en Casación N° 1102-2000-Lambayeque, publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de octubre del 2000, se señaló que se debe tener en cuenta que la motivación constituye un elemento eminentemente intelectual, que expresa el análisis crítico y valorativo llevado a cabo por el juzgador, expresado conforme a las reglas de la logicidad y comprende tanto el razonamiento de hecho como de Derecho en los cuales el juzgador apoya su decisión.

Asimismo, la debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva (STC., 2005).

Además, en la sentencia recaída en los Expedientes Nro. 0791-2002-HC/TC y Nro. 1091-2002-HC/TC, se afirmó, entre otras cosas, que la motivación debe ser tanto suficiente (debe expresar por sí misma las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla) como razonada (debe observar la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los factores que justifiquen la adopción de esta medida cautelar) (STC., 2005).

Como lo ha precisado este Colegiado en reiterada jurisprudencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, *prima facie*, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (STC., 2005, pág. fundamento 2).

Igualmente, motivar las decisiones judiciales responde a dos necesidades diferentes, la una de carácter procesal y la otra vinculada al control del ejercicio del poder. En la primera dimensión, la esencialmente procesal, la motivación tiene como destinatarios principales a las partes y a los jueces ya que se busca que estas conozcan el significado de la decisión judicial, puedan impugnarla en caso de así decidirlo y el juez a cargo del examen de la impugnación pueda valorar los motivos. En la segunda dimensión se presenta una necesidad de carácter político, el control del poder de los jueces, ligado a las exigencias de una sociedad democrática (ATIENZA, 2011).

En consecuencia, es pertinente considerar que el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución contiene, como elemento de la tutela judicial efectiva, la obligación de motivar las resoluciones. Esto implica que la motivación sobre la que se sustentan las decisiones judiciales debe contener -además de las

razones que expresan los criterios jurídicos adoptados- el fundamento de derecho que exprese que la aplicación de las normas al caso en cuestión no es arbitraria (STC., 2002, pág. fundamento 4).

El Tribunal Constitucional en el expediente Nro. 1480-2006-AA/TC. FJ 2, ya había precisado en esa oportunidad que “El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso (...)” (STC., 2008, pág. fundamento 6).

2.2.6. Interpretación jurídica

La interpretación jurídica reviste particularidades y cuenta con problemas distintos según el sistema jurídico a los que se refiera y al tipo de normas que se pretenda interpretar. Aquí ejerce también una influencia decisiva las clases de lenguaje legal existentes como los rasgos típicos del mismo, el cual forma parte del *genus* más amplio del lenguaje natural (CASTILLO, TÚPEZ, & ZAVALETA, 2006, pág. 24).

Interpretar la ley es “conocer y adaptar las normas abstractas a los casos singulares; es pasar de lo general a lo particular”. La interpretación es un ejercicio jurídico de adaptación de la norma a las particularidades del caso, su aplicación a situaciones fácticas para que la norma pueda desarrollar sus consecuencias jurídicas, establezca la relación jurídica y de forma a los derechos y obligaciones que la norma acarrea (VALENCIA & ORTIZ, 2012).

El intérprete está, pues, llamado a desarrollar una tarea que consistirá en identificar el sentido autentico de las palabras utilizadas en el texto de la ley;

una tarea de lógica jurídica, por cuanto deberá establecer una conexión entre los términos, conforme a un principio de racionalidad; un trabajo de interpretación jurídica, pero sólo en la medida en que ha de convertir o traducir en términos adecuados la primigenia intención de quien habló (es decir, el legislador). Por el ello, podría definirse esta actividad hermenéutica, como interpretación “textual” (BETTI, 2014).

A decir de (GUASTINI, 2010), se distingue en la interpretación jurídica tres clases: la interpretación cognitiva, la interpretación decisoria y la creativa. La cognitiva, busca identificar los posibles significados de un texto normativo, en la interpretación decisoria se escoge una de los significados obtenidos en la interpretación cognitiva y se desecha las otras, esta clase de interpretación puede ser hecha por los juristas o por un órgano de aplicación, pero solamente la última tiene consecuencia jurídica, finalmente, la interpretación creativa es la que atribuye a los textos jurídicos “nuevos significados” no comprendidos en los anteriores o para obtener las llamadas normas “implícitas” a los que se arriba mediante procedimientos pseudo-lógicos, por no ser razonamientos deductivos.

2.2.7. Contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es un Derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena, y cuyo contenido básico comprende un “complejo de derechos”: derecho de acceso a la justicia, Derecho al debido proceso, proceso a una resolución fundada en derecho y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales (OBANDO, 2011, pág. 56). En ese sentido deberá entenderse y como muchos comprendidos en la materia seguramente coinciden en que el derecho a la

tutela jurisdiccional efectiva tiene por finalidad la satisfacción de los intereses particulares durante el proceso judicial.

En realidad, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva requiere que la atención sea puesta no solo en el derecho material, sino también en la realidad social. (MARINONI, 2007).

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 prestación formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En ese sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial 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.

El maestro mexicano José Ovalle Favela sostiene “Podemos definir este derecho a la tutela jurisdiccional, como el derecho público subjetivo que toda persona tiene para acceder tribunales independientes e imparciales con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un proceso justo y razonable en el que se respeten los derechos que corresponden a las partes, así como para que dichos tribunales emitan una decisión jurisdiccional” (VALLE, 1996, pág. 289).

Asimismo el profesor español Jesús Gonzales Pérez refiriéndose a la tutela judicial efectiva nos indica “El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”, a que cuando pretenda algo de otra esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas” (GONZALES, 2001, pág. 33).

De igual manera se señala que “El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos, acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia” (GONZALES, 2001, pág. 57).

Luis R. Sáenz Dávalos nos indica que la tutela judicial efectiva, es en principio una atributo que permite al ciudadano acceder al órgano jurisdiccional a través de cualquiera de sus procesos según la naturaleza de su particular pretensión, su principal manifestación es sin duda alguna, el derecho de acción, aun cuando su ámbito material no se agote con dicha variable” (SÁENZ, 2003, pág. 146).

Asimismo, Mario Rejtman Farah refiriéndose a la tutela judicial irrestricta nos dice: “Las contiendas sobre derecho administrativo que se ventilan ante los estrados judiciales se ejercen sobre la pretensión del administrado y no, revisando, un acto administrativo previo. La necesidad de una decisión administrativa previa proviene del derecho francés y del derecho español, pero no se justifican en nuestro sistema y, en consecuencia debería ser optativo para el administrado. El contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva: es un proceso de efectiva

tutela de los derechos del recurrente y los de la administración (...) no se trata, pues, de un supuesto proceso objetivo o sin partes”. El proceso administrativo no es revisor ni es el acto administrativo el objeto del recurso, sino las pretensiones que se deducen con relación a dicho acto (REJTMAN, 2000, pág. 3).

Víctor Anacleto Guerrero citando en su libro Proceso Contencioso Administrativo a Juan Carlos Benalcázar Guerrón al definir la tutela judicial efectiva, indica: “El derecho a la tutela judicial efectiva puede definirse como aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas, se lo concibe como un derecho de pretensión, ya que a través de él se pueden obtener beneficios del Estado, bien porque impone la actuación de la jurisdicción en el caso concreto, bien porque exige que el Estado cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la justicia prestada, de modo que serán de responsabilidad de aquel los defectos y anomalías de las prestaciones que se le exigen” (ANACLETO, 2016, págs. 81-82).

La “Tutela Jurisdiccional Efectiva”, si bien es un derecho fundamental en este caso es concebida como la otra función de éste Proceso Judicial, entendiendo que no basta que se ejerza control jurídico sobre las actuaciones de la Administración Pública demandada, sino que además es trascendental que dicho control tenga por misión, ejercer efectiva tutela de los derechos e intereses de los Administrados, pues en sede administrativa, se cuenta con el principio de autotutela lo que puede representar un desequilibrio con el administrado.

Este principio contiene dos matices importantes de resaltar, por un lado la “tutela”, que involucra el derecho fundamental de las personas de poder acudir a un órgano jurisdiccional a fin de formular sus incertidumbres y/o controversias jurídicas en orden de lograr justicia; y por otro lado, la “efectividad” con la que deben ser atendidas las pretensiones; es decir, no basta que las pretensiones sean atendidos por un órgano jurisdiccional, sino que para que dicha tutela sea realmente concebida, necesariamente debe ser efectiva. Esta efectividad no solo nos debe hacer pensar en la celeridad con la cual deben ser atendidas las demandas, sino también con la efectividad que deben adoptarse los mecanismos judiciales durante todo el proceso, necesario para lograr la efectiva tutela, así también al emitir pronunciamiento de fondo como al ejecutar la sentencia.

Por consiguiente, no podría hablarse de una tutela sino es efectiva, pues desde esta perspectiva, no basta admitir una demanda contenciosa administrativa sino que además, para hacer eco de dicho principio, es necesario garantizar los derechos que se encuentran comprendidos en él (LORETTA, 2011, págs. 42-43).

Por último, debemos señalar que “La tutela jurisdiccional efectiva será aquel derecho fundamental de la persona a través del cual busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin: es por ello, que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sólo es aplicable dentro del proceso judicial. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permite que el proceso cumpla sus fines (OBANDO, 2011, pág. 53).

Finalmente, para que este derecho fundamental pueda ser considerado pleno, debe ser apreciado en toda su integridad. Por ello, el profesor Francisco Chamorro sostiene que se puede hablar de cuatro grados de efectividad:

- a) La efectividad de primer grado garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. La tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el mero acceso y en el proceso debido, sino que se requiere además una respuesta del órgano jurisdiccional.
- b) La efectividad de segundo grado garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado.
- c) La efectividad del tercer grado garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.

La efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada (OBANDO, 2011, pág. 55).

2.2.8. Verosimilitud del derecho en la legislación comparada

Hemos elegido analizar e interpretar legislaciones de la República de Argentina, República de Colombia y España o también denominado Reino de España, no por una eventualidad sino por ser legislaciones que le dan amplia prioridad y cada una de ellas desarrollan abundantemente estos procesos contenciosos administrativos en materia cautelar y por ello ayudan en la contribución de algún modo al desarrollo del tratamiento de este presupuesto “verosimilitud” de una manera clara, esencial y apropiada su contenido y ubicación, sin ser desnaturalizada ni mucho menos confundida con otras categorías jurídicas.

2.2.8.1. Legislación Argentina

En la República Argentina, cada provincia posee su propia legislación respecto al proceso contencioso administrativo. En ese sentido para tener un panorama de la regulación de esta institución cautelar, analizamos lo concerniente a la regulación provincial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esto por ser la capital de este país.

De esta manera, mediante Ley 12.008, se aprobó el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, vigente desde el uno de junio de mil novecientos noventa y nueve. En ese sentido se pudo advertir que en su artículo 22° inciso 1), se señala:

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

2.2.8.2. Legislación de Colombia

El análisis y tratamiento que se da en esta legislación comparada, es objeto de investigación para reconocer cuál y qué sentido comprende el presupuesto de la verosimilitud en su redacción y ubicación frente a la ponderación de intereses en las medidas cautelares en los procesos que tengan como propósito la defensa y protección de los derechos e intereses de la sociedad. Es así que mediante Ley 1437 del 18 de enero del año 2011, se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El mismo que cuenta con 308° artículos, y en su undécimo capítulo reconoce el

contenido de las medidas cautelares y en su artículo 231° señala cuales son los requisitos para decretarlas manifestando que:

“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
2. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
3. *Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
4. *Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.*

2.2.8.3. Legislación de España

En el Boletín del Estado N° 167 del 14 de julio de 1998, fue publicada la Ley 29/1998, de 13 de julio, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Se señala:

Artículo 130° inciso “1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, 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. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

2.3. MARCO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

2.3.1. Verosimilitud del derecho

Se le define como la indagación que hace el juez sobre la probabilidad cualificada, sobre la apariencia cierta, de que el derecho invocado por el

solicitante de la medida cautelar en la realidad exista y que, en consecuencia, será efectivamente reconocido en la sentencia final.

2.3.2. Medida cautelar

Instrumento procesal que puede platearse antes o dentro de un proceso ya iniciado, con la finalidad de asegurar preliminar y preventivamente la eficacia de la sentencia, a fin de proteger el derecho del accionante o actor quien por fundadas razones puede suponer válidamente que su pretensión o el derecho que invoca se encuentra en peligro ante el demandado, quien en tanto dure el proceso, puede disponer para eludir su propia obligación, de los bienes que finalmente pueden garantizar la pretensión (PELÁEZ, 2007, pág. 4).

2.3.3. Proceso contencioso administrativo

El proceso contencioso-administrativo constituye un mecanismo de control jurisdiccional de la actuación administrativa a través del cual el Estado garantiza a los particulares el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, la misma que no se reduce a realizar la revisión de la validez formal del acto administrativo, sino que además debe brindar una efectiva tutela a la situación jurídica de los administrados que podrían haberse lesionado o que se hayan amenazados por la actuación administrativa inconstitucional o ilegal de la instancia administrativa (Exp. N° 00563-2005; 25/06/2007).

2.3.4. Argumentación jurídica

Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de

argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.

2.3.5. Interpretación jurídica

La interpretación jurídica es entonces necesaria a efectos de resolver una controversia y su expresión más sólida la constituye la fase final del razonamiento jurídico, cual es la motivación del juez. Y para ello, el Juzgador acude a las reglas y normas contenidas en el ordenamiento jurídico.

2.3.6. Legislación comparada

Es la comparación entre normas presentes en ordenamientos jurídicos distintos. La expresión legislación comparada es sinónimo de Derecho comparado. Asimismo centra su atención sobre uno o más ordenamientos jurídicos con el fin de señalar sus diferencias y similitudes respecto del ordenamiento jurídico de origen.

2.4. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

En esta parte del trabajo, es preciso esclarecer que en los estudios cualitativos, las hipótesis adquieren un papel distinto al que tienen en la investigación cuantitativa. En primer término, en raras ocasiones se establecen antes de ingresar en el ambiente o contexto y comenzar la recolección de datos (Williams, Unrau y Grinnell, 2005). Más bien, durante el proceso, el investigador va generando hipótesis de trabajo que se afinan paulatinamente conforme se recaban más datos o las hipótesis son uno de los resultados del estudio (Henderson, 2009). Las hipótesis se modifican sobre la base de los razonamientos del investigador y, desde luego, no se prueban estadísticamente. Las hipótesis de trabajo cualitativas son pues, emergentes,

flexibles y contextuales, se adaptan a los datos y avatares del curso de la investigación (HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ, & BAPTISTA, 2014, pág. 365).

2.4.1. Hipótesis general

Los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno en la adopción de medidas cautelares no argumentan la verosimilitud del derecho, únicamente realizan una cita legal de la norma, dado que el artículo 39° inciso 1) presenta una deficiente redacción por aglutinar dos instituciones diferentes; pese a que la doctrina delimitó este presupuesto como juicio de probabilidad y apariencia.

2.4.2. Hipótesis específicos

1. La verosimilitud del derecho contenida en el inciso 1) del artículo 39° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo se debe interpretar conforme a dos posiciones doctrinarias; por un lado como aquella apariencia o verosimilitud propiamente dicha, y para determinar este aspecto el Juez debe realizar una argumentación en base a los fundamentos expuestos en la solicitud cautelar y las máximas de experiencia. Por otro lado, también es entendida como aquella probabilidad y para llegar a esta última, el Juez debe realizar una argumentación en base a los hechos expuestos y la prueba aportada por el peticionante.
2. Los Juzgados Civiles de Puno no delimitan adecuadamente el contenido de la verosimilitud del derecho al momento de argumentar sus decisiones porque confunden la interpretación del artículo 39° inciso 1) por aglutinar distintas categorías jurídicas en su redacción y ubicación, y

con ello los operadores del derecho únicamente realizan una cita legal del mencionado artículo en la adopción de medidas cautelares.

3. La verosimilitud del derecho en la legislación comparada se entiende como la relación con el objeto del proceso, justificación razonable del petitorio fundada en derecho, la demostración de la titularidad del derecho y la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto para la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

2.5. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE	DIMENSIÓN	INDICADORES	SUB INDICADORES
Verosimilitud del derecho.	Posiciones doctrinarias.	1. Probabilidad. 2. Apariencia.	1.1.1 Hechos expuestos. 1.1.2 Prueba aportada. 2.2.1 Fundamentos de hechos. 2.2.2 Máximas de experiencia.
	Argumentación del Juzgado.	1. Interpretación literal. 2. No delimitan la verosimilitud del derecho. 3. Aglutinación de categorías jurídicas en el artículo 39° inciso 1).	
	Legislación comparada.	1. Objeto del proceso. 2. Justificación razonable del petitorio fundada en derecho. 3. Titularidad del derecho.	

ELABORACIÓN: Propia.

CAPÍTULO III

ENFOQUE Y DISEÑO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. LA INVESTIGACIÓN

La investigación es un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplica al estudio de un fenómeno o problema (HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ, & BAPTISTA, 2014).

3.2. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

El enfoque cualitativo se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis preceda a la recolección y el análisis de los datos, los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos (HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ, & BAPTISTA, 2014).

En palabras del profesor Carlos Muñoz Razo, son las tesis cuya investigación se fundamenta más en estudios descriptivos, interpretativos e inductivos (que van de lo particular a lo general) y se utilizan para analizar una realidad social al amparo de un enfoque subjetivo, con el propósito de explorar,

entender, interpretar y describir el comportamiento de la realidad en estudio, no necesariamente para comprobarla.

Por lo general, esta exploración se realiza con la recopilación de datos sin medición numérica, lo cual permite que emerjan puntos de vista, emociones, experiencias y otros aspectos no cuantificables. De esta manera, se pretende entender la realidad a través de esas aportaciones subjetivas, o bien, a través de las interpretaciones, también subjetivas, que de ellas hace el propio investigador (MUÑOZ, 2011, pág. 22).

El presente trabajo de investigación jurídica es de enfoque cualitativo, toda vez que la variable; verosimilitud del derecho se sometió al análisis, entendimiento e interpretación para responder a las preguntas de investigación.

Es decir nos ayudó a desarrollar una posición teórica y/o práctica, en el que se analizó la verosimilitud del derecho en la adopción de las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos tramitados en los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno.

Finalmente advertimos y aclaramos que respecto al segundo objetivo específico, el que consiste en “analizar e interpretar la argumentación de la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares”; señalamos que del análisis y exposición de un número de causas judiciales tramitados en los Juzgados Civiles de Puno, ello no implica que se haya desnaturalizado la esencia del tipo de investigación cualitativa, por el contrario este objetivo hizo que nuestra investigación cobre mayor sustento con lo afirmado por las posiciones doctrinarias respecto al concepto “verosimilitud del derecho” cuya argumentación jurídica en relación al contenido normativo del artículo 39° inciso

1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, debe ser apropiado como tal.

3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

En el enfoque cualitativo, el diseño se refiere al abordaje general que se utilizará en el proceso de investigación (HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ, & BAPTISTA, 2014, pág. 470). Por lo anterior, el trabajo de investigación siguió el diseño dogmático jurídico, toda vez que se tuvo presente aspectos esencialmente teóricos; es decir el análisis de legislaciones, teorías, doctrinas, y jurisprudencia.

Asimismo, se utilizó el diseño de “estudio de casos cualitativos” (resoluciones cautelares) y, a partir de ello se analizó la problemática y se planteó las propuestas y soluciones correspondientes, es decir recomendar una propuesta legislativa para modificar el artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, optimizando su verdadero y esencial contenido del presupuesto “verosimilitud del derecho”. Toda vez que el carácter de la ponderación es un contenido ajeno a la verosimilitud del derecho, es así que este último debe ser regulado en un supuesto distinto al presupuesto anteriormente mencionado.

3.4. ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN

El ámbito de la investigación jurídica se limita al análisis de las resoluciones cautelares de los procesos contenciosos administrativos, tramitados solamente en los tres Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil pertenecientes a la Corte Superior de Justicia de Puno.

Igualmente se recurrió al estudio y análisis de libros, revistas, folletos, ensayos, artículos especializados y consulta a expertos de la materia para construir el marco teórico de la investigación.

3.5. DELIMITACIÓN DE LA MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN

La elección de la muestra del trabajo de investigación jurídica, está delimitado esencialmente por el aspecto temático y por el carácter de la misma, en cuanto a las posiciones doctrinarias acogidas por los operadores del derecho, incluido Jueces de los Juzgados Civiles de Puno respecto a la verosimilitud del derecho en la adopción de las medidas cautelares, asimismo en la legislación comparada; es así que el presente trabajo de investigación analiza las posiciones doctrinarias (probabilidad, apariencia, prejujuamiento, certeza). Mas no se considera el número de expedientes tramitados sino únicamente el aspecto temporal (año 2015), dado que el trabajo de investigación jurídica es esencialmente de enfoque cualitativa.

Es decir, para seleccionar los expedientes se tomó en cuenta las interpretaciones realizadas por los jueces civiles de Puno en la adopción de medidas cautelares, de las cuales tenemos: verosimilitud del derecho como probabilidad, como apariencia, como apariencia y probabilidad, como certeza y como prejujuamiento, es así que de los 150 expedientes ingresados en el año 2015; de las cuales 80 expedientes realizan una interpretación literal, en 25 expedientes interpretan como juicio de probabilidad y en 45 expedientes como apariencia.

En este orden de ideas analizando previamente las interpretaciones, se seleccionó un número de 5 expedientes por cada Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil, seleccionando la variedad de interpretaciones.

Finalmente la técnica que se utilizó para la delimitación de la muestra obedeció al sistema de “muestreo intencionado” (HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ, & BAPTISTA, 2010, pág. 455).

Asimismo, según (PÁEZ, 2010) señala respecto al muestreo intencionado, ésta se basa en una buena estrategia y el buen juicio del investigador. Se puede elegir las unidades del muestreo. Un caso frecuente es tomar elementos que se juzgan típicos o representativos de la población, y suponer que los errores en la selección se compensarán unos con otros.

En nuestra opinión y siguiendo la línea de investigadores (HERNÁNDEZ R. , FERNÁNDEZ, BAPTISTA, RAMOS, & CHARAJA) la muestra no es un elemento característico de las investigaciones cualitativas, sino es una exigencia para las investigaciones cuantitativas, toda vez que la muestra hace alusión al número y porcentaje a determinarse mas no a aspectos de interpretación y análisis de las normas y doctrina (dogmático), estos últimos son características de las investigaciones cualitativas.

3.6. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

El método, en tanto se emplea para realizar investigaciones científicas, se denomina método científico, y constituye un sistema de procedimientos, técnicas, instrumentos, acciones estratégicas y tácticas para resolver el problema de investigación, así como probar la hipótesis científica (CARRASCO, 2006, pág. 269). Asimismo, a decir de (ÁLVAREZ, 2002) técnicamente es un conjunto ordenado y sistematizado de procedimientos que nos posibilitan desarrollar la tarea de adquirir nuevos conocimientos o de perfeccionar los ya obtenidos.

En ese sentido cada método de investigación como un proceso sistemático favorece a dirigir la actividad de una manera formal, ayudando al logro de objetivos. Y por ello, en el trabajo de investigación de acuerdo al enfoque y diseño de investigación se utilizó dos métodos; el método dogmático y el método comparativo los que se describen a continuación:

3.6.1. Método dogmático

El método dogmático es aquella actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación y otros), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, y estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización (COVA, 2011).

En el trabajo de investigación este método fue utilizado para estudiar la unidad de estudio de la investigación, toda vez que interesa saber los conceptos relacionados al análisis del contenido esencial de la “verosimilitud del derecho” y su adopción en las medidas cautelares por los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno tramitados en los procesos contencioso administrativos.

3.6.2. Método comparativo

Este método permite conocer la totalidad de los hechos y fenómenos de la realidad estableciendo sus semejanzas y diferencias en forma comparativa. Los resultados de las comparaciones metodológicas nos llevan lógicamente a encontrar la verdad (CARRASCO, 2006, pág. 272).

Este método nos permitió establecer el tratamiento que le otorgan al presupuesto “verosimilitud del derecho” en las medidas cautelares en procesos contencioso administrativos para su adopción en la legislación comparada; esto es, Argentina, España, Colombia.

3.7. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

Las técnicas utilizadas en el trabajo de investigación, son:

1. Análisis de contenido.
2. Estudio de caso o análisis documental
3. Comparación.
4. Entrevista.

3.7.1. Análisis de contenido

El procedimiento de esta técnica implica la presentación del caso por el investigador, su descripción, análisis y evolución (PINEDA, 2008, pág. 128). Igualmente Gabriel Álvarez Undurraga la denomina; investigación Jurídico-dogmática o investigación doctrinal, el cual tiene como fuente de datos, las obras escritas como ensayos, doctrinas del derecho, teorías científicas de las diferentes ramas y otros similares (CHARAJA, 2011, pág. 327).

Con esta técnica, en el trabajo de investigación se analizó el contenido de la doctrina y teorías relaciones con las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo; es decir se analizó estrictamente la verosimilitud del derecho y también se recurrió a la legislación comparada.

3.7.2. Estudio de caso o análisis documental

Es una forma de investigación técnica, un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma

unificada sistemática para facilitar su recuperación. Comprende el procesamiento analítico-sintético que, a su vez, incluye la descripción bibliográfica y general de la fuente, la clasificación, indización, anotación, extracción, traducción y la confección de reseñas (DULZAIDES & MOLINA, 2004).

Ahora bien, esta técnica nos ayudó a identificar los expedientes judiciales, propiamente resoluciones cautelares (Juzgado, número de expediente, materia, demandante, demandado y otros), quienes fueron tramitados en los tres Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno durante el año 2015. Asimismo advertimos, con esta técnica no se buscó ingresar al fondo del documento y/o resolución para conocer sus motivaciones, posiciones doctrinales, ni tampoco predecir cuál será su perspectiva futura.

3.7.3. Análisis comparativo

Esta técnica es aquella que nos ayuda a establecer las diferencias y semejanzas de las cualidades, características y dimensiones de los objetos, sujetos, teorías y normas para delimitar los atributos comunes.

En ese sentido, esta técnica se utilizó para establecer el tratamiento que se le da al presupuesto “verosimilitud” y si existen semejanzas y diferencias en la legislación comparada (Argentina, España y Colombia) para la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

3.7.4. Entrevista

Esta técnica de recojo de datos es más flexible, fácil, y más completa que un cuestionario de preguntas que el investigado debe responder. Nos permite

retroalimentar la pregunta cuando el sujeto informante no entiende o tiene dificultades para responder, lo que no podemos hacer con un cuestionario (CHARAJA, 2011, pág. 321).

La técnica de entrevista nos ayudó a ampliar la base teórica y, para ello se recurrió a los especialistas en esta materia; quienes proporcionaron valiosa información en nuestro trabajo de investigación.

3.8. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Los instrumentos utilizados en el trabajo de investigación, son:

- Ficha de análisis de contenido.
- Ficha de estudio de caso o análisis documental.
- Ficha textual.
- Ficha de análisis comparativa.
- Ficha de entrevista.

3.9. DESCRIPCIÓN DE MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS POR OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Primer objetivo: Analizar e interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones doctrinarias.

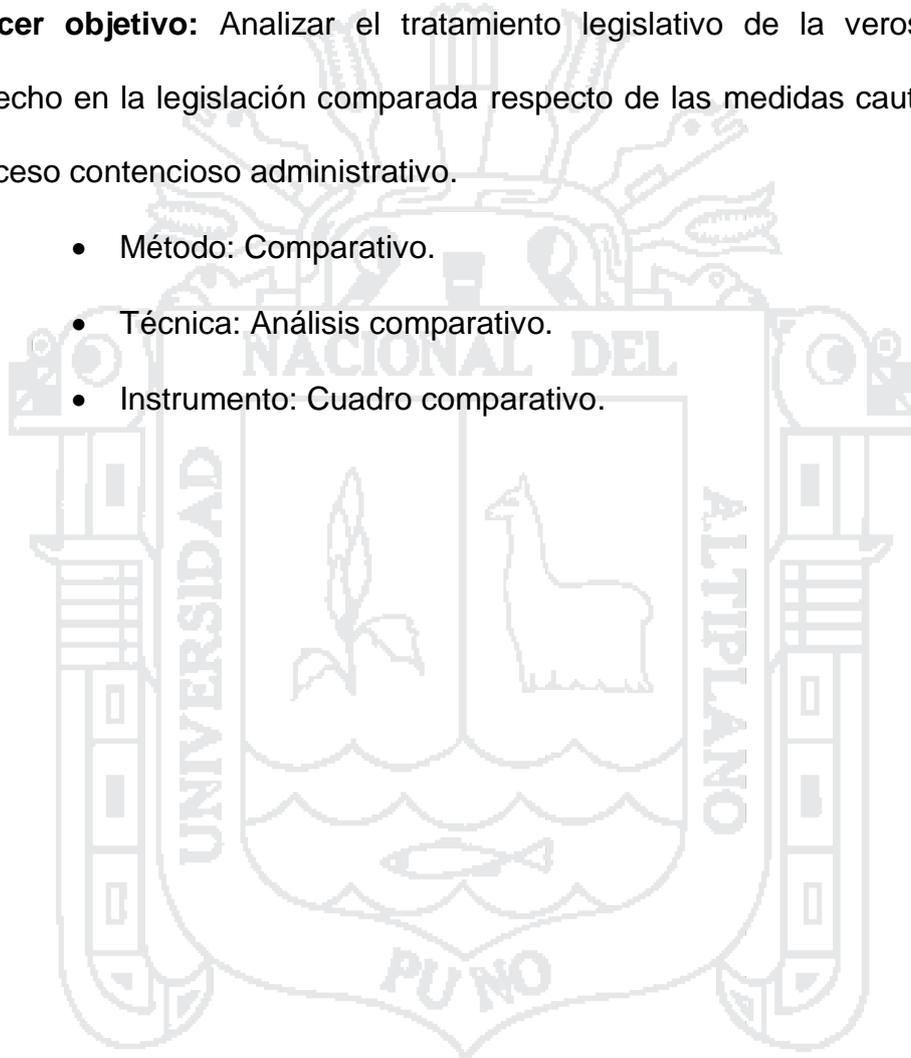
- Método: Dogmático
- Técnica: Análisis de contenido y entrevista
- Instrumento: Ficha de análisis de contenido y ficha de entrevista.

Segundo objetivo: Analizar e interpretar la argumentación de la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo por los Juzgados Civiles de Puno.

- Método: Dogmático.
- Técnica: Estudio de caso y análisis de contenido.
- Instrumento: Ficha de estudio de caso y ficha de análisis de contenido.

Tercer objetivo: Analizar el tratamiento legislativo de la verosimilitud del derecho en la legislación comparada respecto de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

- Método: Comparativo.
- Técnica: Análisis comparativo.
- Instrumento: Cuadro comparativo.



CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

En este capítulo presentamos los resultados del trabajo de investigación jurídica, toda vez que dar respuesta a nuestras interrogantes planteadas es alcanzar cada uno de los objetivos trazados a lo largo de la investigación. Asimismo, los datos obtenidos son fruto de la recopilación y sistematización de la información de la doctrina y de resoluciones cautelares emitidos por los tres Juzgados Mixtos hoy especializados en los Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno durante el año 2015.

Asimismo las resoluciones cautelares analizadas han sido obtenidas de los legajos judiciales de cada uno de estos Juzgados; procesos contencioso administrativos comprendidos sobre medidas cautelares de innovar y de no innovar en su mayoría, todo esto dentro y fuera del proceso, que comprenden materias sobre nulidad de resolución o acto administrativo, cese de actuación material, impugnación de despido y reconocimiento o restablecimiento del derecho; solicitando los justiciables ampliamente la reincorporación temporal a sus centros laborales.

Igualmente para la sistematización de la información se ha tratado de escoger resoluciones en las que los Jueces adoptan distintos puntos de vista,

es decir medidas cautelares que fueron rechazadas y medidas cautelares que fueron concedidas, toda vez que el norte de la investigación fue esencialmente analizar e interpretar el verdadero contenido de la verosimilitud del derecho y la redacción del artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, es así que muchas veces la labor de interpretar y argumentar una decisión judicial es una problemática que cada día no deja de sorprendernos y cayendo los jueces en utilizar simples citas legales de la norma sin fundamento alguno o en todo caso argumentaciones deficientes.

En ese sentido, y de lo manifestado en esta última parte sostenemos que para llegar a establecer el verdadero sentido de la verosimilitud del derecho se tuvo que realizar primeramente un estudio minucioso para comprender el contenido esencial de este presupuesto, y ello gracias a la ingente y generosa doctrina, cuyas posiciones teóricas permitieron su esclarecimiento, y de esta manera poder adoptar una posición.

Finalmente, se tuvo en cuenta el papel y el rol por el que la legislación comparada le da a la verosimilitud del derecho y su tratamiento en adopción de las medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos. De esta manera, es analizado de mejor forma la problemática de la presente investigación jurídica.

SUB CAPÍTULO N° 01

**4.1.1. ANÁLISIS DE POSICIONES DOCTRINARIAS ACERCA DE LA
“VEROSIMILITUD DEL DERECHO”**

Hemos visto al desarrollar el marco teórico de este trabajo de investigación, muchas de las definiciones utilizadas por la doctrina para describir al “humo de buen derecho” que reposan en la noción de “verosimilitud” propiamente dicha. Para quienes se inclinan por este tipo de conceptualizaciones, el juicio crítico que se efectúa al analizar el “*fumus bonis iuris*” ante una solicitud cautelar se explica en términos de lo que al Juez le resulta “verosímil” o “aparente” del planteo del peticionante. Estas posturas utilizan terminologías como “fuerte apariencia” del derecho, o “credibilidad suficiente” del relato esbozado por el requirente, o de la argumentación sobre un derecho que “es creíble”, entre otros.

En ese sentido, la Real Academia Española define a lo “verosímil” como aquello que tiene apariencia de ser verdadero, que es creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad. Y define a su vez la idea de apariencia como el aspecto o parecer exterior de algo, como una cosa que parece y que no es. En el lenguaje natural (aquel que usamos en los diálogos cotidianos) la palabra “verosímil” se utiliza para referir a aquello que parece o aparenta ser verdadero, aun cuando no lo sea o aun cuando no tengamos los elementos suficientes para saberlo.

En suma, decimos que algo es verosímil cuando tiene una representación con lo verdadero, adquiere apariencia de verdad, y que es inverosímil cuando esa relación de semejanza peca en ausencia. Sin embargo este presupuesto en la doctrina comprende dos posiciones teóricas; esto es

como probabilidad o como apariencia y cada una de ellas con sus respectivos indicadores.

4.1.1.1. Verosimilitud del derecho como “apariencia”

El concepto de la “verosimilitud del derecho” o “*fumus bonis iuris*” como también se lo denomina ampliamente en la doctrina, ha sido abundantemente estudiado por los teóricos del derecho, y uno de los muy reconocidos en su estudio fue el profesor italiano Piero Calamandrei, en su obra cumbre: “*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*”, también conocido como Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, así como también en el ensayo titulado “*Verità e verosimiglianza nel processo civile*” siendo estos trabajos sus antecedentes más relevantes en cuanto al tema materia de investigación. Sin embargo, el mismo profesor en cada uno de sus estudios para la determinación del presupuesto verosimilitud del derecho nunca desvinculó de manera expresa los términos de probabilidad y apariencia, es decir lo que realmente señala el profesor italiano es: “Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar”. De esta manera podrá notarse que el profesor Calamandrei no desvincula términos como apariencia y probabilidad, por el contrario éste manifiesta que la verosimilitud comprende ambos términos, sin embargo quien adopta una postura como un juicio de apariencia y por ende sus indicadores para su determinación como tal, es el profesor Daisson Flach, señalando que: “La función pragmática del derecho

exige del juez una aproximación adherente a lo “normal” como elemento de vinculación a la realidad. Ello implica un juicio de valor para que se dé preferencia, al menos tendencialmente, a la alegación verosímil (aunque potencialmente falsa), en detrimento de aquella que se muestre inverosímil (aunque potencialmente verdadera). Se trata, según fue evidenciado por Giuliani, de atribuir a la verosimilitud una función ética orientadora de la decisión en el dominio de lo probable, límite de la razón práctica”. Continúa este doctrinando señalando que, “la verosimilitud viene a servir también como concepto integral de función decisoria, tomando -a diferencia del modelo de prueba moderno antes identificado y criticado por él- la cuestión de hecho y de derecho como componentes de una unidad lógica que define su sentido y función”.

Asimismo, Tomas Marino en el ensayo “Que es (y que no es) la verosimilitud en el derecho”, señala que la verosimilitud en el derecho entendida como apariencia, “tiene una dimensión preponderantemente subjetiva dado que la procedencia de la medida cautelar estaría dada no más que por un convencimiento interno del juez derivada del contraste entre las narraciones unilateralmente efectuadas por quien pide la medida y los cánones de “normalidad” del juzgador”. Igualmente el mismo jurista señala que “El juicio de verosimilitud implica considerar como aparentemente verdadero a un cierto hecho porque se presenta en circunstancias tales en las que esa categoría de sucesos en particular ocurre normalmente”.

Ahora bien, en esta posición un primer y esencial indicador que debe analizar el juez para adoptar si concede o no la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, es verificar y analizar la presencia de la apariencia

o verosimilitud del derecho invocado, que a decir de la doctrina especializada ésta se construye principalmente a partir de los fundamentos de hechos que expone el peticionante en la solicitud de la medida cautelar. Por otra parte el mismo Tomas Marino manifiesta el “*fumus bonis juris*” como un juicio de verosimilitud en sentido estricto (es decir, de apariencia) conlleva una confianza tal vez elevada en el bagaje cultural y la experiencia de vida del juez, de cuyo contenido pudiere erguirse la vara de medida para juzgar la normalidad de la hipótesis fáctica que es llamada a evaluar. Mientras que las máximas de la experiencia tienen en la valoración racional (y probabilística) de la prueba un papel más modesto, aquí pasan a tener un papel protagónico, excluyendo cualquier otro elemento de juicio o marco de referencia”.

En esa misma línea, Leandro Giannini señala respecto a la verosimilitud entendida como juicio de apariencia “La identificación de la verosimilitud con la “apariencia” es una definición por demás significativa, que aleja al análisis de ese presupuesto cautelar del ámbito de los estándares de prueba”.

Ahora bien, de lo analizado sostenemos que la verosimilitud es una cualidad que funciona bajo parámetros muy distintos: ella se relaciona únicamente con la mera posibilidad de que lo afirmado pueda corresponderse con una hipótesis real o plausible y juzgado ello no sobre la base de pruebas y evidencias concretas que tiendan a demostrar la existencia del hecho enunciado sino exclusivamente con relación al conocimiento generalizado que se posee sobre la forma en que las cosas suceden normalmente, de ordinario, según el curso usual de los acontecimientos. Es decir el verdadero parámetro por medio del cual juzgamos la verosimilitud de una aserción en la concordancia que ella tiene con la forma en que general y frecuentemente

ocurre las cosas en el mundo o cómo las personas se comportan en condiciones ordinarias y de normalidad, y no con pruebas o evidencias que permitan corroborar aquello sobre lo que el enunciado versa en el caso concreto.

Bajo esta concepción, el juez calificará de verosímil a aquel derecho que se sustente en un relato que se le presente como “aparentemente verdadero” y que constituya, por esa razón, una hipótesis fáctica “creíble” de conformidad con el conocimiento que tiene sobre cómo las cosas ocurren en condiciones de normalidad.

En ese sentido, el juicio de verosimilitud no guarda en ningún sentido la representatividad de prueba alguna, sino por el contrario se advierte que la indagación debe ser mediante una máxima de experiencia que interesa día a día en la realidad que se producen de manera concreta. Igualmente, la idea de la verosimilitud propiamente se relaciona con la verdad, pero solo respecto a términos de apariencia más no de identidad.

Finalmente manifestamos que se debe exigirse la sola apariencia del derecho y no la presencia irrefutable de él, para lo cual la verificación debe ser *prima facie*, sin exigir un examen íntegro y riguroso, es decir de lo afirmado por la doctrina este presupuesto simplemente y de manera subjetiva adopta dos parámetros o indicadores para su determinación.

4.1.1.2. Verosimilitud del derecho como “probabilidad”

El profesor Giovanni Priori Posada; manifiesta que “la verosimilitud entendido como probabilidad del derecho es valorada no como el juicio formulado al azar ni sobre la base de discernimientos ambiguos del juzgador, sino que es un juicio que sin llegar a establecer en la certeza absoluta, es posible de ser

corroborado con los medios de pruebas que se haya ofrecido en la solicitud cautelar durante el proceso”.

El mismo Tomas Marino señaló que “La concepción de probabilidad que mejor se adapta a la realidad del proceso judicial y que mejor explica las definiciones de “verosimilitud en el derecho” antes referenciadas es la probabilidad lógica o inductiva”.

Leonardo Giannini enseña que “las razones suficientes para postular la necesidad de enfocar el primero de las presupuestos de las medidas cautelares, dentro del estudio de los estándares de prueba, transformando lo que hoy se denomina genéricamente “verosimilitud del derecho” en un juicio de probabilidad apoyado en un estándar de prueba atenuado (esto último, en comparación con el grado de certeza exigible para dictar la sentencia de mérito)”.

Bajo esta concepción podemos entender que “probabilidad” corresponde al grado de confirmación que los elementos de prueba disponibles atribuyen a los enunciados relativos a los hechos de la causa. A diferencia de las otras teorías, la probabilidad aquí descansa no en elementos estadísticos o conocimientos extraprocesales que alejan los modelos de razonamiento de posibles aplicaciones concretas en casos controvertidos, sino que vincula a la probabilidad con el grado de confirmación que un cierto conjunto de pruebas (o evidencias) presentan con relación a una cierta hipótesis fáctica en particular.

El núcleo esencial del concepto de probabilidad lógica se refiere específicamente al grado de confirmación que un enunciado recibe de las inferencias fundadas en las premisas que lo justifica, siendo la prueba la que constituye la base del razonamiento y determina el tipo de conclusión que se

puede extraer. A diferencia del juicio de verosimilitud, en el ámbito de la probabilidad las máximas de la experiencia y las generalizaciones que de ellas se desprenden juegan un papel relevante pero no exclusivo, permitiendo garantizar las inferencias inductivas que vinculan la evidencia con la hipótesis de hecho controvertida.

Asimismo, Daniel Mitidiero sostiene que es la probabilidad lógica (“aquella que se apoya en la conexión lógica de las pruebas con las normas generales causales y mide inductivamente el grado de apoyo de las pruebas a las hipótesis formuladas”) la herramienta necesaria para la verificación de la probabilidad -y no de la verosimilitud-, lo cual implica, ciertamente, valorar racionalmente la prueba. Ello implica procedimientos lógicos de gran complejidad, tales como formular adecuadamente la hipótesis, individualizar analíticamente la prueba y confrontar la hipótesis y la prueba, a fin de que aquella sea confirmada y ni refutada”. Asimismo, el mismo jurista continúa y señala que “no basta la verosimilitud para la concesión de la anticipación de tutela (sea cautelar, sea satisfactiva) puesto que el análisis de lo que normalmente acontece no es suficiente para llegar al grado de corroboración de la hipótesis necesaria, o, mejor, al nivel de veracidad de las alegaciones de hecho requerida”.

Por consiguiente la verosimilitud del derecho entendido como probabilidad del derecho es valorada no como el juicio formulado al azar ni sobre la base de discernimientos ambiguos del juzgador, sino que es un juicio que sin llegar a establecer en la certeza absoluta, es pasible de ser corroborado con los medios de pruebas que se haya ofrecido en la solicitud cautelar durante el proceso.

En ese sentido, concebir al recaudo de la “verosimilitud en el derecho” en términos de probabilidad supone considerar que lo que el juez efectúa es, precisamente, un juicio de probabilidad con relación a los diversos aspectos que componen el reclamo del peticionante (que, puede referirse a los hechos en los que se funda, al derecho del que dice ser titular o de las chances de éxito de la demanda). Y este juicio de probabilidad no se realiza en términos de apariencia entre lo que se alega y el conocimiento general sobre la normalidad de las cosas (como ocurre con la verosimilitud stricto sensu) sino mediante una evaluación crítica de los elementos de prueba que al momento del pedido cautelar hubieren sido aportados o producidos, y que dependerá del grado de confirmación que esa evidencia arroje con relación a la hipótesis de hecho que sostiene la tutela cautelar pretendida.

A decir de Enrique Falcón la verosimilitud se entiende como la probabilidad que el derecho exista y no como una incontestable realidad, que solo logrará al agotarse el trámite. La verosimilitud (*fumus boni iuris*) importa que “*prima facie*”, en forma manifiesta, aparezca esa probabilidad de vencer, o que la misma se demuestre mediante un procedimiento probatorio meramente informativo. De igual manera en la doctrina especializada y apelando a la argumentación de Enrico Liebman, este manifiesta que no se trata de establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente el objeto del proceso principal, sino de formular un juicio de probabilidad de su existencia sobre la base de una cognición sumaria y superficial.

Finalmente y a decir de Leonardo Giannini, “Este juicio de probabilidad (atenuado en cuanto al estándar de verificación exigido para la hipótesis fáctica en cuestión) se distingue del juicio de mera “apariencia”, que sólo demanda

comparar los hechos alegados con criterios de normalidad basados en la experiencia general, sin requerir la presencia de elementos de convicción “en concreto” que respalden la veracidad del relato”.



SUB CAPÍTULO N° 02**4.2. ARGUMENTACIÓN DE LOS JUECES EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES RESPECTO DE LA VEROSIMILITUD DEL DERECHO**

En lo concerniente a la argumentación judicial, el Juez tiene la ardua labor, no solamente apoyarse en lo que rigurosamente señala la norma a utilizar para resolver el caso en concreto, sino también de tener formación consistente y adecuada de lo que señala su discrecionalidad ampliamente en el que puede desplegar sus decisiones sin proceder de modo incorrecto.

Ahora bien, es primordial que un juez muy aparte de los patrones de argumentación para emitir una resolución apropiada, tiene que ver también con la norma a utilizar de acuerdo a cada caso concreto, y de interpretar de tal forma, que le facilite el apoyo y razonamiento para una correcta decisión, no para confundir con normas que aplicadas al caso no tienen sentido.

En ese sentido, y a decir de Manuel Luján Tupez toda argumentación es la cadena de argumentos, presentados y discutidos, convenientemente, para fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”.

Cuadro N° 02

ANÁLISIS DE CASO N° 01

Juzgado: Segundo Juzgado Mixto hoy Especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00634-2015-27-2101-JM-CA-02	Juez: Martha Irene Aguilar Castillo.
Cuaderno: Cautelar	Materia: Nulidad de resolución o acto administrativo
Demandante: Juan Quispe Huanacuni.	Demandado: Municipalidad de Puno
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 01	Tipo de medida cautelar de no innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho: ¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</p> <p>El Juzgado simplemente realiza una cita legal del artículo 39° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley 27584; que se da de la siguiente forma: "(...) que, para la concesión de una medida cautelar es exigible el cumplimiento de ciertos requisitos como: a) Apariencia de derecho invocado, b) Peligro en la demora, c) Razonabilidad y adecuación de la medida cautelar, y d) La contracautela".</p> <p>Asimismo el Juzgado realiza una deficiente argumentación y adopta la siguiente definición, sin expresarlo ni percatarse que existe posiciones doctrinarias respecto de este presupuesto y cada una de ellas comprende sus indicadores para determinarse como probabilidad o como apariencia, sin embargo el operador del derecho adopta esta definición: "(...) pues, estas providencias se fundan en un juicio del Juez acerca del presumible o probable fundamento de la pretensión que constituye el objeto del juicio principal; esto requiere que se acredite la aparencia en el derecho y no la certeza del mismo que será resuelta en la sentencia".</p> <p>De esta forma, algunas veces sin expresar claramente el operador del derecho, realiza, pero confundiendo definiciones de la verosimilitud frente a las posiciones doctrinarias estudiadas, toda vez que señalan una interpretación materializando de la siguiente manera: "(...) se tiene de las copias adjuntas a la solicitud (copias de la demanda y sus anexos) que el hecho de que sea admitida una demanda, no quiere decir que ella vaya necesariamente ser estimada, por tanto no hay suficientes elementos que permitan determinar la verosimilitud de la solicitud".</p> <p>En suma confunden muchas veces los indicadores o parámetros para determinar la verosimilitud, como probabilidad o como apariencia indistintamente.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 03

ANÁLISIS DE CASO N° 02

Juzgado: Primer Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00013-2015-99-2101-JM-CA-01	Juez: Hilarión Flores Chambilla
Cuaderno: Cautelar	Materia: Cese de actuación material
Demandante: Macedo Aguilar, Aldo Erik	Demandado: Municipalidad de Puno
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 01	Tipo de medida cautelar de innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho: ¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</p> <p>El Juzgado realiza una aparente argumentación y adopta la siguiente definición: “(...) a criterio del Magistrado que dicta la misma no se habría acreditado en forma fehaciente la verosimilitud de su derecho y por existir un posible perjuicio al interés público”. De esta manera, se podrá advertir que del análisis del presupuesto verosimilitud, el operador del derecho únicamente realiza y confunde el contenido esencial de este presupuesto, toda vez que lo que debió realizar es analizar cuáles son los indicadores para llegar a definir la verosimilitud y no realizar una mera ponderación en un lugar que no es el apropiado.</p> <p>Asimismo, el Juez continua en su interpretación de la verosimilitud del derecho al caso concreto, materializándose de la siguiente manera: “(...) pretende se realice una análisis prima facie de cada uno de los medios de prueba que sustentan su record laboral, esto es, a fin de determinar que el solicitante se encuentra dentro de los alcances de la Ley N° 24041, es decir, pretende un pronunciamiento por parte de éste órgano jurisdiccional sobre el fondo del asunto, lo que de por si desnaturalizaría la esencia misma de un proceso cautelar, en el que sólo se verifica la apariencia del derecho, es así, que analizar dichos medios de prueba y darles valor probatorio positivo (...)”.</p> <p>Si bien es cierto, en esta última parte se realiza un mero análisis de los medios probatorios, consideramos que debió tener en cuenta además los fundamentos de hecho y de esta manera señalar si existe o no verosimilitud en la solicitud cautelar, esta entendida en la doctrina como probabilidad. Igualmente, se podrá notar que de las pruebas adoptadas por el solicitante el Juez manifiesta que si llega a pronunciarse estaría realizando un prejuzgamiento cosa que es absolutamente desproporcionado declarar de esta manera.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 04

ANÁLISIS DE CASO N° 03

Juzgado: Primer Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00197-2014-13-2101-JM-CA-01	Juez: Hilarión Flores Chambilla
Cuaderno: Cautelar	Materia: Reconocimiento o restablecimiento del derecho
Demandante: Daniel José Santander Rozas	Demandado: Gobierno Regional de Puno
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 02	Tipo de medida cautelar de innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho: ¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</p> <p>El Juzgado no adopta ni realizad argumentación alguna respecto del presupuesto verosimilitud del derecho. Sin embargo lo que se advierte es una mera cita legal del artículo 39° de la Ley 27584, en los términos siguientes: “(...) <i>deben concurrir y/o conjugarse hasta tres presupuestos, estos son: 1) la verosimilitud del derecho (fumus boni iuris), 2) el peligro en la demora (periculum in mora), 3) que la medida sea adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión (adecuación). Tales presupuestos son los pilares sobre los que se sostiene la medida cautelar</i>”. En ese sentido, se puede advertir que es simplemente una cita de la norma en comentario, sin ser siquiera argumentada este presupuesto tan importante, y menos aún considerada como indica la doctrina; esto sea probabilidad o apariencia y sus indicadores (fundamentos de hecho, prueba aportada, máximas de experiencia) para determinar el contenido esencial de la verosimilitud del derecho.</p> <p>De igual manera podemos señalar y advertir que lo único que considera el operador judicial en su aparente argumentación de la verosimilitud del derecho al caso concreto es materializa de una manera casi insignificante y se da de la siguiente manera: “(...) <i>de lo expuesto en la solicitud y documentos anexados a ella y teniendo a la vista el proceso principal, se tiene que el demandante no ha acreditado la verosimilitud del derecho invocado</i>”. En realidad, se nota que existen los elementos e indicadores para ser determinada como un juicio de probabilidad, sin embargo esta es confundida como un juicio de apariencia o verosimilitud propiamente dicha.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 05

ANÁLISIS DE CASO N° 04

Juzgado: Primer Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00567-2014-89-2101-JM-CA-01	Juez: Ángel H. Huanca Yampara
Cuaderno: Cautelar	Materia: Nulidad de resolución o acto administrativo
Demandante: Liliana G. Vargas Flores de Ramos	Demandado: Municipalidad de Puno
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 01	Tipo de medida cautelar de no innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho: ¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</p> <p>Nuevamente el Juzgado no adopta ni considera ni determina definición alguna, respecto al presupuesto verosimilitud del derecho y solamente realiza tanto una cita legal del artículo 39° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, así como también una aparente argumentación, siendo el primero de ellos como se señala a continuación: “(...) es de requerir y valorar los requisitos establecido en el artículo 39° del TUO de la ley 27584, ello con la finalidad de impedir que el resultado de un proceso de la Litis, lo que autoriza a sostener que es preferible concederlas o negarlas”.</p> <p>Ahora bien, yendo más allá de esta cita legal lo que realmente hace el Juzgado en la presente resolución cautelar es limitarse a señalar que los hechos expuestos y pruebas aportadas no generan convicción en el juez, es decir, no se asume ninguna posición doctrinaria sobre la verosimilitud del derecho, ni mucho menos interpretación de este presupuesto. A pesar que podemos señalar que estos indicadores o elementos que refiere el juez es parte de este presupuesto cautelar pero visto como un juicio de probabilidad mas no como una apariencia tal como manifiesta las posiciones doctrinarias. Es así que se advierte el total desconocimiento de este presupuesto que ya se señaló a nivel de la doctrina, peor aún limitarse a la aplicación de una simple cita legal del artículo mencionado es un despropósito, porque lo único que genera es vulnerar el principio de la tutela jurisdiccional efectiva, en sentido estricto a una debida motivación que debe contener toda resolución judicial.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 06

ANÁLISIS DE CASO N° 05

Juzgado: Primer Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00598-2015-76-2101-JM-CA-01	Juez: Ángel H. Huanca Yampara.
Cuaderno: Cautelar	Materia: Nulidad de resolución o acto administrativo
Demandante: Jhonatan E. Manco Chirinos	Demandado: Ugel de Puno
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 01	Tipo de medida cautelar de innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho: <i>¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</i></p> <p>Igualmente al ser el mismo Juzgado el que emite la presente resolución, podemos advertir que tampoco existe una apropiada argumentación del presupuesto verosimilitud del derecho; simplemente se da el uso de la muy conocida cita legal del artículo 39° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, el mismo que refiere: “(...) es de requerir y valorar los requisitos establecido en el artículo 39° del TUO de la ley 27584, ello con la finalidad de impedir que el resultado de un proceso de la Litis, lo que autoriza a sostener que es preferible concederlas o negarlas”.</p> <p>Es más, clamorosamente, de la revisión de esta resolución cautelar ni siquiera se menciona a la verosimilitud del derecho, por el contrario ésta es confundida con “la irreversibilidad de lo ordenado” que es un concepto ajeno al presupuesto objeto de análisis. Y con ello nuevamente se vuelve a caer en una aparente argumentación de la verosimilitud. Asimismo y es obvio que no se señala por parte del Juzgado que la verosimilitud del derecho sea considerada como probabilidad o como apariencia tal como refiere la doctrina respecto a este presupuesto tan importante en su análisis. Entonces, no se señala ni su interpretación y mucho menos su argumentación, es más para adoptar la medida cautelar solicitada en el caso concreto y objeto de estudio el juzgador considera necesario realizar la ponderación de intereses, toda que al ser un proceso contencioso administrativo ésta vulneraría intereses generales si esta medida cautelar es concedida.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 07

ANÁLISIS DE CASO N° 06

Juzgado: Segundo Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00078-2015-14-2101-JM-CA-02	Juez: Ariel Antonio Quispe Laureano
Cuaderno: Cautelar	Materia: Reconocimiento o restablecimiento del derecho
Demandante: Chayña Mamani, Víctor	Demandado: Gobierno Regional de Puno
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 01	Tipo de medida cautelar de no innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho: <i>¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</i></p> <p>El Juzgado en una correcta argumentación de la verosimilitud del derecho, adopta la siguiente definición: "(...) <i>El fumus boni iuris debe ser entendida como apariencia de verosimilitud del derecho. Esta expresión latina significa la apariencia del derecho legítimo, el humo del buen derecho; Un derecho es verosímil cuando reviste apariencia de verdadero</i>". Igualmente se señala que "<i>tratándose de la medida cautelar sólo le es exigible al peticionante que acredite no la certeza sino la verosimilitud del derecho en que funda su pretensión principal</i>".</p> <p>Sin embargo, del análisis de la presente resolución cautelar el Juzgado nuevamente confunde términos respecto a este presupuesto, toda vez que se señala de esta manera: "(...) <i>se fundan en un juicio del Juez acerca del presumible o probable fundamento de la pretensión que constituye el objeto del juicio principal; esto requiere que se acredite la apariencia en el derecho y no la certeza del mismo que será resuelta en la sentencia</i>". Es así que se advierte que se considera los términos probabilidad como similar a apariencia, cosa que la doctrina en muchas ocasiones sentencio que es absolutamente distinto.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 08

ANÁLISIS DE CASO N° 07

Juzgado: Segundo Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00054-2015-44-2101-JM-CA-02	Juez: Martha Irene Aguilar Castillo.
Cuaderno: Cautelar	Materia: Nulidad de resolución o acto administrativo
Demandante: Callata Quispe, Wilde	Demandado: Gobierno Regional Puno
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 02	Tipo de medida cautelar de innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho: ¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</p> <p>El Juzgado realiza y manifiesta simplemente una cita legal del artículo 39° de la Ley 27584, siendo de esta manera: “(...) <i>que 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: 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 tercero la medida cautelar; y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada (...).</i></p> <p>Asimismo, haciendo argumentación aparente se adopta la siguiente definición: “<i>Para que se logre este requisito necesariamente tienen que concurrir los elementos de: certeza del derecho que se discute (...).</i>” E igualmente se manifiesta que la verosimilitud del derecho al caso concreto se materializa de la siguiente manera: “(...) <i>el juez a través de los fundamentos y medios probatorios adjuntados llegará a una conclusión de la probabilidad del derecho invocado</i>”.</p> <p>Se podrá notar que, las razones que expone el juzgador es una mezcla con respecto al contenido verosimilitud del derecho, toda vez que por un lado se nota que para que exista este presupuesto debe existir los elementos suficientes para ser considerado como <i>certeza</i> de derecho, sin embargo el contenido esencial no tiene nada que ver con la certeza, por el contrario lo verosímil está relacionado con dos hipótesis, llámese como probabilidad o como apariencia que la doctrina ampliamente sostiene. En suma nuevamente al no definir adecuadamente se cae en una aparente argumentación.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 09

ANÁLISIS DE CASO N° 08

Juzgado: Segundo Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00117-2015-19-2101-JM-CA-02	Juez: Martha Irene Aguilar Castillo.
Cuaderno: Cautelar	Materia: Cese de actuación material
Demandante: Coila Gallegos, Mario	Demandado: Municipalidad de Puno
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar concedida
Resolución N° 03	Tipo de medida cautelar de innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho: <i>¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</i></p> <p>Del análisis e interpretación de la resolución en comentario se podrá señalar que existe un aspecto negativo y un aspecto positivo, del cual referimos en los siguientes términos:</p> <p>El Juzgado realiza y manifiesta simplemente una cita legal del artículo 39° de la Ley N° 27584, siendo de esta manera: "(...) <i>que 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: 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 tercero la medida cautelar; y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada (...).</i></p> <p>Asimismo, el Juzgado no adopta ni considera definición alguna, respecto a este presupuesto. Sin embargo la interpretación y argumentación deficiente de la verosimilitud del derecho al caso concreto someramente se materializa de la siguiente manera: "(...) <i>de los fundamentos y anexos de la solicitud cautelar se presume que probablemente la demanda sea declarada fundada, de este modo, se cumple con el requisito de verosimilitud del derecho</i>".</p> <p>En ese sentido, si bien es cierto que de los argumentos se puede advertir que existe una posición doctrinario como es el juicio de probabilidad, también es cierto que debería de ser señalado como tal, toda vez que el Juzgado manifiesta que existe los fundamentos de hecho y anexos, este último debe entenderse como la presentación de los medios de prueba, pero creemos que debe ser lo manifestado de manera expresa a fin de ser apropiado la argumentación y por ende llegar a una verdadero juicio de probabilidad y no quedarse en un juicio de apariencia o verosimilitud propiamente dicho.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.
ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 10

ANÁLISIS DE CASO N° 09

Juzgado: Segundo Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00118-2015-41-2101-JM-CA-02	Juez: Martha Irene Aguilar Castillo.
Cuaderno: Cautelar	Materia: Nulidad de resolución o acto administrativo
Demandante: Chambi López, Nicolás Quintin	Demandado: UGEL Puno
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 01	Tipo de medida cautelar de innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho: ¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</p> <p>El Juzgado adopta la siguiente definición: “(...) se fundan en un juicio del Juez acerca del presumible o probable fundamento de la pretensión que constituye el objeto del juicio principal; esto requiere que se acredite la apariencia en el derecho y no la certeza del mismo que será resuelta en la sentencia”.</p> <p>La argumentación e interpretación de la verosimilitud del derecho al caso concreto se materializa de la siguiente manera: “(...) tratándose de la medida cautelar sólo le es exigible al peticionante que acredite no la certeza sino la verosimilitud del derecho en que funda su pretensión principal”.</p> <p>En el análisis de la presente resolución cautelar se limita en señalar que los hechos expuestos y pruebas son aspectos que debe ser valorados frente a una adecuada ponderación de intereses, es decir, no se asume ninguna posición doctrinaria sobre la verosimilitud del derecho, ni mucho menos interpretación de este presupuesto. A pesar que podemos señalar que estos indicadores o elementos que refiere el juez es parte de este presupuesto cautelar pero visto como un juicio de probabilidad mas no como una apariencia tal como manifiesta las posiciones doctrinarias.</p> <p>Es así que se advierte el total desconocimiento de este presupuesto que ya se señaló a nivel de la doctrina, peor aún limitarse a la aplicación de una simple cita legal del artículo mencionado es un despropósito, porque lo único que genera es vulnerar el principio de la tutela jurisdiccional efectiva, en sentido estricto a una debida motivación que debe contener toda resolución judicial.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 11

ANÁLISIS DE CASO N° 10

Juzgado: Segundo Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00017-2015-43-2101-JM-CA-02	Juez: Martha Irene Aguilar Castillo.
Cuaderno: Cautelar	Materia: Impugnación de despido
Demandante: Condori Huanca, Fulgencio	Demandado: Municipalidad de Puno
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 01	Tipo de medida cautelar de innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho: ¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</p> <p>El Juzgado adopta la siguiente definición: “(...) <i>El fumus boni iuris es una expresión del Derecho Romano que debe ser entendida como apariencia de verosimilitud del derecho. Esta expresión latina significa la apariencia del derecho legítimo, el humo del buen derecho; Un derecho es verosímil cuando reviste apariencia de verdadero</i>”. Igualmente se señala que “tratándose de la medida cautelar sólo le es exigible al peticionante que acredite no la certeza sino la verosimilitud del derecho en que funda su pretensión principal”.</p> <p>Sin embargo, esta definición contiene dos deficiencias en su interpretación y argumentación; siendo una de ellas la negativa en adoptar alguna posición doctrinaria respecto a la verosimilitud del derecho, y de igual manera de la misma resolución cautelar se puede advertir que “<i>para considerar lo verosímil del derecho se deberá de ponderar los posibles efectos de que vaya a causar a los intereses de la comunidad con una medida cautelar (...)</i>”.</p> <p>Finalmente la verosimilitud del derecho al caso concreto se materializa de la siguiente manera: “(...) tratándose de la medida cautelar sólo le es exigible al peticionante que acredite no la certeza sino la verosimilitud del derecho en que funda su pretensión principal”.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 12

ANÁLISIS DE CASO N° 11

Juzgado: Segundo Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00934-2015-82-2101-JM-CA-02	Juez: Martha Irene Aguilar Castillo.
Cuaderno: Cautelar	Materia: Nulidad de resolución o acto administrativo
Demandante: Lupaca Mamani, German	Demandado: Gobierno Regional
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 01	Tipo de medida cautelar de innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho: ¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</p> <p>El Juzgado no adopta ni realizad argumentación alguna respecto del presupuesto verosimilitud del derecho. Sin embargo lo que se advierte es una mera cita legal del artículo 39° de la Ley 27584, en los términos siguientes: “(...) <i>deben concurrir y/o conjugarse hasta tres presupuestos, estos son: 1) la verosimilitud del derecho (fumus boni iuris), 2) el peligro en la demora (periculum in mora), 3) que la medida sea adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión (adecuación). Tales presupuestos son los pilares sobre los que se sostiene la medida cautelar</i>”. En ese sentido, se puede advertir que es simplemente una cita de la norma en comentario, sin ser siquiera argumentada este presupuesto tan importante, y menos aún considerada como indica la doctrina; esto sea probabilidad o apariencia y sus indicadores (fundamentos de hecho, prueba aportada, máximas de experiencia) para determinar el contenido esencial de la verosimilitud del derecho.</p> <p>La argumentación deficiente que se desarrolla de la verosimilitud del derecho al caso concreto se materializa únicamente de la siguiente manera: “(...) <i>sin embargo, para ello es necesario realizar un análisis jurídico respecto a los requisitos de la medida cautelar, pues toda medida cautelar presupone un juzgamiento anticipado respecto a la pretensión principal</i>”. Asimismo señala que “<i>no puede aún concluirse de que exista verosimilitud del derecho, si bien ha sido admitida la demanda, ello no necesariamente quiere decir que exista verosimilitud</i>”. Nuevamente se confunde términos que no son lo apropiados; es decir en el análisis de la presente resolución se considera a lo verosímil como un prejujgamiento, cosa que es un absoluto despropósito en su contenido esencial.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 13

ANÁLISIS DE CASO N° 12

Juzgado: Segundo Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00940-2015-32-2101-JM-CA-02	Juez: Martha Irene Aguilar Castillo.
Cuaderno: Cautelar	Materia: Nulidad de resolución o acto administrativo
Demandante: Díaz Apaza, Gregorio	Demandado: UGEL Puno
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 01	Tipo de medida cautelar de innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho: ¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</p> <p>El Juzgado adopta nuevamente una argumentación deficiente, y esta se presenta de la siguiente definición: “(...) <i>Apariencia del derecho invocado, es decir la apariencia, rasgo o aspecto exterior de derecho, la llamada verosimilitud</i>”.</p> <p>Entonces, no se señala ni su interpretación y mucho menos su argumentación, es más para adoptar la medida cautelar solicitada en el caso concreto y objeto de estudio el juzgador considera necesario realizar la ponderación de intereses, toda vez que al ser un proceso contencioso administrativo ésta vulneraría intereses generales si esta medida cautelar es concedida.</p> <p>Finalmente se puede señalar que la argumentación e interpretación de la verosimilitud del derecho al caso concreto se materializa de la siguiente manera: “(...) <i>pues toda medida cautelar presupone un juzgamiento anticipado respecto a la pretensión principal</i>” y “<i>con las copias anexas a la solicitud cautelar no se acredita el requisito de verosimilitud</i>”. Asimismo señala que “(...) <i>no puede aún concluirse de que exista verosimilitud del derecho, si bien ha sido admitida la demanda, ello no necesariamente quiere decir que exista verosimilitud</i>”.</p> <p>Además erróneamente se advierte de la manifestación por parte de Juzgado que toda medida cautelar importa un juzgamiento anticipado; cosa que es absolutamente falso. Seguidamente señala que no se acredita la verosimilitud del derecho, sin embargo no manifiesta ni mucho menos argumento de que manera se pudo haber acreditado este presupuesto, toda vez que la única manera de acreditar es que se haya presentado los medios probatorios suficientes y los fundamentos de hecho por el peticionante de la solicitud cautelar.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 14

ANÁLISIS DE CASO N° 13

Juzgado: Segundo Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00026-2015-40-2101-JM-CA-02	Juez: Martha Irene Aguilar Castillo.
Cuaderno: Cautelar	Materia: Cese de actuación material
Demandante: Chávez Laguna, Luis Junior	Demandado: Gobierno Regional
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 01	Tipo de medida cautelar de innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho:</p> <p><i>¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</i></p> <p>El Juzgado no adopta ni considera definición alguna, respecto a este presupuesto.</p> <p>Únicamente se realiza una simple cita legal de la norma, en los siguientes términos: “(...) <i>es de requerir y valorar los requisitos establecido en el artículo 39° del TUO de la ley 27584, ello con la finalidad de impedir que el resultado de un proceso de la Litis, lo que autoriza a sostener que es preferible concederlas o negarlas</i>”.</p> <p>Ahora bien del análisis de la resolución judicial se puede advertir que la interpretación de la verosimilitud del derecho al caso concreto se materializa de la siguiente manera: “(...) que la verosimilitud del derecho invocado lo da las misma sentencia favorable que le sirve de fundamento”. En ese sentido nuevamente se cae en un abandono absoluto de una adecuada argumentación respecto a este presupuesto, toda vez que es uno de los que merece una apropiada definición.</p> <p>Es así que se advierte el total desconocimiento de este presupuesto que ya se señaló a nivel de la doctrina, peor aún limitarse a la aplicación de una simple cita legal del artículo mencionado es un despropósito, porque lo único que genera es vulnerar el principio de una debida motivación de resolución judicial y por ende también el de la tutela jurisdiccional efectiva.</p> <p>Finalmente, hacemos notar que no se llega a manifestar las posiciones doctrinarias, respecto de la verosimilitud del derecho.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 15

ANÁLISIS DE CASO N° 14

Juzgado: Segundo Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00462-2009-92-2101-JM-CA-02	Juez: Ariel Antonio Quispe Laureano
Cuaderno: Cautelar	Materia: Acción contenciosa administrativa
Demandante: Mamani Payehuanca, Eduardo Miguel	Demandado: Municipalidad de Puno
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar concedida
Resolución N° 03	Tipo de medida cautelar de innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho:</p> <p><i>¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</i></p> <p>El Juzgado no adopta ni toma posición alguna respecto a la definición de este presupuesto.</p> <p>De igual manera la argumentación respecto a la verosimilitud del derecho se hace su interpretación al caso concreto materializándose de la siguiente manera: "(...) donde el juez a través de los fundamentos y medios probatorios adjuntados llegará a una conclusión de la probabilidad del derecho invocado". El Juzgado adopta de manera sensata una posición que desarrolla ampliamente la doctrina, es más el operador de justicia señala claramente que el término verosimilitud es entendido como juicio de probabilidad y de las cuales claramente se menciona sus indicadores o parámetros para definir objetivamente –fundamentos de hecho y medios probatorios aportados- este presupuesto.</p> <p>Sin embargo, también se señala que "(...) <i>aparece que se ha dictado sentencia amparado el petitorio del demandando, la misma que en la actualidad se encuentra en la Sala Civil</i>". En ese sentido, se puede advertir que esta apropiada definición y al haber adoptado esta posición doctrinaria, es simplemente y como se desprende de la misma resolución porque en el proceso principal u ordinario se obtuvo sentencia favorable el peticionante de la medida cautelar, de esta manera pareciera que para realizar una apropiada argumentación o por lo menos adoptar alguna posición doctrinaria es por el hecho de que esta sea condicionada por el simple resultado de un proceso autónomo y ajeno a un proceso cautelar.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

Cuadro N° 16

ANÁLISIS DE CASO N° 15

Juzgado: Tercer Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno	
Expediente N° 00415-2015-12-2101-JM-CA-02	Juez: Guido Armando Chevarria Tisnado.
Cuaderno: Cautelar	Materia: Cese de actuación material
Demandante: Anchapuri Quispe, Leonardo	Demandado: Municipalidad de Puno.
Fecha de inicio:	Estado actual: Medida cautelar rechazada
Resolución N° 03	Tipo de medida cautelar de innovar
VARIABLE	<p>Verosimilitud del derecho:</p> <p>¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo?</p> <p>El Juzgado no adopta ni considera definición alguna, respecto a este presupuesto.</p> <p>Únicamente se realiza una simple cita legal de la norma, en los siguientes términos: “(...) es de requerir y valorar los requisitos establecido en el artículo 39° del TUO de la ley 27584, ello con la finalidad de impedir que el resultado de un proceso de la Litis, lo que autoriza a sostener que es preferible concederlas o negarlas”.</p> <p>Ahora bien del análisis de la resolución judicial se puede advertir que la interpretación de la verosimilitud del derecho al caso concreto se materializa de la siguiente manera: “(...) que la verosimilitud del derecho invocado lo da las misma sentencia favorable que le sirve de fundamento”. En ese sentido nuevamente se cae en un abandono absoluto de una adecuada argumentación respecto a este presupuesto, toda vez que es uno de los que merece una apropiada definición.</p> <p>Es así que se advierte el total desconocimiento de este presupuesto que ya se señaló a nivel de la doctrina, peor aún limitarse a la aplicación de una simple cita legal del artículo mencionado es un despropósito, porque lo único que genera es vulnerar el principio de una debida motivación de resolución judicial y por ende también el de la tutela jurisdiccional efectiva.</p> <p>Finalmente, hacemos notar que no se llega a manifestar las posiciones doctrinarias, respecto de la verosimilitud del derecho.</p>

FUENTE: Legajos de los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – 2015.

ELABORACIÓN: El investigador.

En síntesis, del análisis de cada uno de los cuadros en mención, podemos manifestar que para establecer la argumentación e interpretación de la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos por los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno en el año 2015, se ha tomado en cuenta el contenido jurídico que se le da para realizar su adopción y justificación de estos conceptos jurídicos; en ese sentido en un primer momento se ha podido apreciar de las resoluciones cautelares emitidos por el Primer Juzgado, Segundo Juzgado y Tercer Juzgado Mixto hoy especializado en lo Civil de Puno respecto al presupuesto “verosimilitud del derecho”, que este presupuesto no es asumido bajo ninguna posición doctrinaria ni mucho menos definida como tal y sin embargo se justifica manifestando que las providencias se fundan en un juicio del Juez acerca del presumible o probable fundamento de la pretensión que constituye el objeto del juicio principal; esto requiere que se acredite la apariencia en el derecho y no la certeza del mismo que será resuelta en la sentencia. Es decir, el Juzgado hace mal en interpretar de esa manera, toda vez que asociar términos y/o contenidos absolutamente distintos - probabilidad y apariencia-, comprenden aspectos distintos que la doctrina desarrolló amplia y generosamente, por ende se advierte la ausencia y definición apropiada del contenido verosimilitud del derecho.

Igualmente los Juzgados Civiles de Puno insisten y continúan expresando que la verosimilitud del derecho al caso concreto se materializa con las copias adjuntadas a la solicitud, esto es copias de la demanda y sus anexos, es decir se recurre a la existencia de las pruebas para su mejor razonamiento a la hora de adoptar cualquier medida cautelar solicitada en

procesos contencioso administrativos, sin embargo si se refiere a la presentación de pruebas para su adopción, podremos indicar que ya no estamos hablando de apariencia o verosimilitud en sentido estricto propiamente, por el contrario hacemos referencia a un juicio de probabilidad, que es un contenido absolutamente distinto y como señalamos en el marco teórico de esta investigación jurídica, mencionar “probabilidad” es hablar de los fundamentos de hecho y prueba aportada por el peticionante en la solicitud cautelar y así manifiesta el estudio doctrinario.

Ahora bien, si bien es cierto que de las resoluciones cautelares emitidas por los Juzgados Mixtos en el año 2015 se puede contrastar que cada Juez utiliza términos referentes a la “verosimilitud” como apariencia, probabilidad y certeza, es mas en muchas ocasiones estos términos son asociados como si fueran términos absolutamente iguales; nosotros advertimos que no es adecuado reunir estos términos de una manera tan incorrecta, porque como señalamos anteriormente cada una de ellas comprenden contenidos totalmente distintos, y peor aún señalar en un misma resolución cautelar que apariencia es similar a probabilidad es un despropósito. Sin embargo, lo que realmente llama la atención del estudio y análisis de las resoluciones emitidas por los operadores judiciales es que muchas veces se realiza una mera cita legal del artículo 39° de la Ley 27584, en los términos siguientes: “(...) *deben concurrir y/o conjugarse hasta tres presupuestos, estos son: 1) la verosimilitud del derecho (fumus boni iuris), 2) el peligro en la demora (periculum in mora), 3) que la medida sea adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión (adecuación). Tales presupuestos son los pilares sobre los que se sostiene la medida cautelar*”. En ese sentido, se puede advertir que es simplemente una

cita de la norma, sin ser siquiera argumentada este presupuesto tan importante, y menos aún considerada como indica la doctrina; esto sea como probabilidad o apariencia y sus indicadores (fundamentos de hecho, prueba aportada, máximas de experiencia) para determinar el contenido esencial de la verosimilitud del derecho. De igual manera, podemos señalar y advertir que lo único que considera el operador judicial en una motivación aparente de la verosimilitud del derecho al caso concreto es materializa de una manera casi insuficiente y se da de la siguiente manera: “(...) *de lo expuesto en la solicitud y documentos anexados a ella y teniendo a la vista el proceso principal, se tiene que el demandante no ha acreditado la verosimilitud del derecho invocado*”. En realidad, se nota que existen los elementos e indicadores para ser determinada como un juicio de probabilidad, sin embargo esta es confundida como un juicio de apariencia o verosimilitud propiamente dicha.

Finalmente, de los quince casos analizados; en siete cuadernos cautelares no se definen, ni se adopta una postura doctrinaria respecto a la verosimilitud del derecho, ahora bien cuatro casos adoptan la verosimilitud del derecho como probabilidad o como algo presumible según los Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil, y en cuatro cuadernos cautelares se define a la verosimilitud del derecho como “apariencia” sin argumentar el contenido de ésta para justificar la decisión adoptada. Esto nos lleva a sostener que existe una pobre argumentación en cada una de las decisiones judiciales al momento de adoptar en uno u otro sentido, asimismo los litigantes deben controlar estrictamente la argumentación de los jueces a través de los recursos de apelación y quejas ante la Oficina Descentralizada de Control de la Magistratura.

SUB CAPÍTULO N° 03

4.3. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA VEROSIMILITUD DEL
DERECHO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

CUADRO N° 19



FUENTE: Legislación comparada.

ELABORACIÓN: El investigador.

4.3.1. Tratamiento legislativo de la verosimilitud del derecho en el
proceso contencioso administrativo de Perú

El Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, dispone en su artículo 39° inciso 1), “que 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: 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 tercero la medida cautelar; y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada”.

En realidad, esta es una norma por la que el juez debe tener en cuenta al requisito de presunción de verosimilitud del derecho invocado para ver si se otorga o no se otorga y asimismo cuanto se perjudica los intereses generales y cuanto se perjudica el interés del demandante, es decir el juez tiene que evaluar para poder ver con claridad el tema. Aquí, tal como está la norma más que la verosimilitud cualificada, lo que está haciendo el legislador es simplemente establecer una regla de proporcionalidad.

Sin embargo, advertimos y tal como señala el profesor Salas Ferro; la verosimilitud tiene que ver con la alta probabilidad que el derecho invocado le corresponde al peticionario cautelar, mientras que lo segundo tiene que ver con el análisis de los efectos de una medida cautelar, es decir, con valorar o ponderar los eventuales daños que podría causar al interés público o a terceros el otorgamiento de una medida cautelar, y el perjuicio que causaría al demandante el rechazo de la solicitud cautelar.

En ese sentido, advertimos una inapropiada redacción del artículo 39° inciso 1), al involucrar categorías jurídicas totalmente distintas. Es decir para determinar si existe o no “verosimilitud del derecho” a la hora de adoptar una medida cautelar, el Juzgado debería señalar cuáles son los indicadores (fundamentos de hecho y prueba aportada) por los que su contenido esencial llegue a generar certeza, probabilidad o apariencia en el juzgador, sin embargo ello no ocurre, toda vez que al juntar contenidos jurídicos absolutamente distintos hace que los jueces de los Juzgados se inclinen por uno de estos sin advertir lo esencial del presupuesto señalado como tal; en otras palabras lo que

debería ocurrir es estrictamente que, a la hora de adoptar una postura el Juzgado debe de analizar e interpretar el contenido jurídico de la “verosimilitud del derecho” en sentido estricto. Dado que el contenido de la ponderación y la eventual afectación del interés público comprenden categorías jurídicas absolutamente distintas, que la doctrina nacional ampliamente estudió.

4.3.2. Tratamiento legislativo de la verosimilitud del derecho en el Código Contencioso Administrativo de Argentina (Provincia de Buenos Aires)

En la Ley 12.008 que entrara en vigencia a partir del 1/6/99 y Texto actualizado con las modificaciones introducidas por la Ley 12310, 13101, 13325 y 14437.

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

En el Código Contencioso Administrativo de Argentina (Provincia de Buenos Aires), se señala que para la adopción de medidas cautelares sean positivas u otros se debe tener en cuenta tres presupuesto básicos; siendo el primero de ellos; la verosimilitud del derecho, con ello se hace referencia que el derecho invocado debe ser verosímil al objeto del proceso. Es decir el demandante deberá acreditar que los hechos y la prueba aportada tienen la probabilidad de ser amparados por el derecho.

Asimismo se debe tener en cuenta que en el inciso uno, literal “a” del artículo 22° no hace ninguna alusión a la ponderación 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, con ello hacemos notar la inapropiada redacción del artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, toda vez que son categorías absolutamente distintas.

4.3.3. Tratamiento legislativo de la verosimilitud del derecho en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España

La legislación española regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la Ley 29/1998, de 13 de julio, en el que se señala en su artículo 130° inciso 1). Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, 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. 2). La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

El citado artículo menciona que la verosimilitud del derecho debe ser valorado de acuerdo a las circunstancias expuestas en la solicitud y de acuerdo

a los intereses en conflicto; tanto de la parte afectada así como de la entidad que emitió acto y para tal efecto menciona dos supuestos; si la ejecución del acto podría perjudicar gravemente a los intereses del solicitante y segundo hace mención a que la disposición emitida (objeto del proceso) afectaría gravemente la finalidad del recurso. Lo que llama la atención del artículo objeto de análisis ésta no señala las reglas específicas para interpretar la verosimilitud del derecho, únicamente hace referencia al interés público como límite para su interpretación, es decir y como señala la doctrina de ese país, el presupuesto de la verosimilitud se encuentra de manera implícito en su regulación.

Asimismo, a decir de Carmen Chinchilla; sorprende que el artículo 130° de la Ley, que es el precepto que define los presupuestos de la adopción de las medidas cautelares, haya omitido toda referencia al *fumus boni iuris*, porque si bien es cierto que la apariencia de buen derecho no debe ser por sí sola la causa determinante de la adopción de medidas cautelares, no lo es menos que es un criterio más a tener en cuenta por el órgano judicial para fundamentar su decisión.

En esa línea la misma jurista señala adecuadamente, que El *fumus boni iuris* debería, pues, haber sido mencionado explícitamente por el artículo 130° al definir los presupuestos de la adopción de las medidas cautelares, ya que es un criterio que no puede marginarse en la toma de una decisión tan difícil de adoptar como es la de las medidas, en la que todos los criterios y elementos de juicio son pocos para tomar una decisión acertada. Una vez más la flexibilidad reclama que el criterio de la apariencia de buen derecho sea tomado también en cuenta para adoptar las decisiones en materia de tutela cautelar, pues de la misma forma que la intensidad con la que el interés general reclama la

ejecución de un acto es tenida en cuenta por los Tribunales para determinar la intensidad del perjuicio que se exige para adoptar la medida cautelar, la intensidad con que se manifieste la apariencia de buen derecho, que es tanto como decir la apariencia de ilegalidad del acto administrativo, debe también tomarse en consideración para determinar la medida del daño que cabe exigir para apreciar la existencia del *periculum in mora* necesario para otorgar la medida cautelar solicitada.

Ahora bien, la misma legislación española refiriéndose a la ponderación que deberá efectuar el Juzgador será en un segundo momento. Toda vez que en primer lugar el Juez deberá analizar los requisitos exigidos; el peligro en la demora, la adecuación y verosimilitud del derecho, este último aparece en su redacción de manera implícita, sin embargo reiteramos que este presupuesto es muy determinante en el análisis para la evaluación de toda medida cautelar solicitada y por ende su manifestación debería ser explícito. En ese sentido, posteriormente tomada la decisión cautelar, y en un segundo momento, conjuntamente y cumplidos con la existencia de estos presupuesto deberá ponderar la tutela cautelar a ser otorgada con los criterios de una eventual afectación al interés público. Es decir, el contenido del presupuesto verosimilitud del derecho tiene su propia esencia sin ser asociado a uno diferente y con ello no se genera complicaciones en su reconocimiento como tal al momento de ser calificado en el análisis y razonamiento del Juez.

4.3.4. Tratamiento legislativo de la verosimilitud del derecho en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia

Mediante Ley 1437 del 18 de enero del año 2011, se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El mismo que reconoce el contenido de las medidas cautelares y en artículo 231°, señala que:

“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. **Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.**
2. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
3. *Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
4. *Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.*

Haciendo una interpretación de dicha disposición, advertimos que la legislación colombiana en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437. Aborda tres dimensiones de la verosimilitud del derecho; por un lado se señala que la demanda esté razonablemente fundada en derecho, con este requisito se hace alusión a la verosimilitud del derecho en sentido estricto, dado que toda petición, solicitud y/o demanda cautelar tiene que estar subsumido en el derecho. Respecto al segundo requisito exigido se señala que el demandante haya demostrado la

titularidad del derecho o de los derechos invocados. Con esto hacemos notar la legitimidad que debe tener el peticionante a la hora de interponer su solicitud cautelar. Asimismo el tercer requisito como parte de la verosimilitud del derecho señala; que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. Con este requisito lo que hace el legislador en Colombia es tomar la verosimilitud del derecho como un juicio de probabilidad, donde en ella se expresa los fundamentos de hechos en base a los medios probatorios aportados.

4.4. CONSTRUCCIÓN Y VERIFICACIÓN FINAL DE LAS HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

4.4.1. PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA I

“La verosimilitud del derecho contenida en el inciso 1) del artículo 39° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo se debe interpretar como aquella probabilidad que se desprende a partir de los fundamentos fácticos y la prueba aportada por el peticionante, dado que estos indicadores son verificable objetivamente, a diferencia de la segunda interpretación que es meramente subjetiva ya que para su adopción exige una discrecionalidad del Juez basado en las máximas de experiencia y los fundamentos expuestos en la solicitud cautelar.

Para desarrollar esta hipótesis partimos de la idea que el núcleo esencial del concepto de probabilidad se refiere específicamente al grado de confirmación que un enunciado recibe de las inferencias fundadas en las premisas (premisa mayor y menor) que lo justifica, siendo la prueba la que

constituye la base del razonamiento y determina el tipo de conclusión que se puede extraer.

A diferencia del juicio de apariencia o verosimilitud propiamente dicha, en este ámbito las máximas de experiencia y las generalizaciones que de ellas se desprenden, juegan un papel subjetivo, toda vez que no permite justificar las decisiones a partir de los medios probatorios aportados al caso concreto y de manera objetiva. Sino condicionando las decisiones a las facultades discrecionales que tiene el operador del derecho en la adopción de toda medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.

A decir, de Giovanni Priori Posada; la verosimilitud entendido como probabilidad del derecho es valorada no como el juicio formulado al azar ni sobre la base de discernimientos ambiguos del juzgador, sino que es un juicio que sin llegar a establecer en la certeza absoluta, es pasible de ser corroborado con los medios de pruebas que se haya ofrecido en la solicitud cautelar durante el proceso. Asimismo interpretando al profesor Tomas Marino, la verosimilitud del derecho permite objetivizar el análisis del juez, brindando un marco de referencia más sólido para la justificación o motivación de la decisión, toda vez que de la verosimilitud del derecho interpretado como una mera apariencia (hechos y máximas de experiencia) nos conduce a la subjetividad y una riesgosa interpretación respecto a este presupuesto a la hora de adoptar una decisión.

Finalmente, en nuestra opinión sostenemos que la verosimilitud del derecho se entiende como aquel juicio de probabilidad que se desprende a través del relato fáctico y las pruebas aportadas por el peticionante, mas no con una simple alegación de hechos y las máximas de experiencia del juez a la

hora de analizar y adoptar medida cautelar que fuera solicitada en proceso contencioso administrativo. Por tanto esta es la construcción final de la hipótesis número uno.

4.4.2. PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA II

“Los Juzgados Civiles de Puno no delimitan adecuadamente el contenido de la verosimilitud del derecho al momento de argumentar sus decisiones; únicamente realizan una interpretación literal del artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo en la adopción de medidas cautelares”.

Analizando lo casos, los operadores del derecho en la adopción de las medidas cautelares únicamente realizan argumentaciones aparentes y simples citas legales del artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, sin desarrollar el contenido esencial de la verosimilitud del derecho comprendida en la norma señalada; ya que los aspectos concomitantes de la norma no son desarrollados por los jueces de los Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil de Puno.

Es así, que de la norma en análisis se desprende dos categorías jurídicas distintas y contradictorias entre sí; en ese sentido la doctrina define claramente a la verosimilitud del derecho como aquel presupuesto entendido como juicio de probabilidad (hechos y pruebas) para la adopción de medidas cautelares. Ahora bien si esto es así, entonces la norma al señalar el supuesto: *“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”*, nos preguntamos qué función cumpliría y cuál sería la utilidad de su ubicación en el inciso 1) del artículo 39°, cuando esta última en realidad

hace referencia a una regla de proporcionalidad y ponderación, mas no a un indicador o elemento, ni mucho menos un presupuesto para determinar el contenido esencial de la verosimilitud del derecho en sentido estricto, toda vez que del análisis de las resoluciones cautelares emitidas por los Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil de Puno durante el año 2015, se desprende que muchas veces confunden e interpretan equivocadamente el contenido verosimilitud del derecho que refiere el artículo anteriormente señalado, en el que también su misma redacción deja mucho que desear, reuniendo categorías jurídicas absolutamente diferentes en un lugar que no es el adecuado, siendo este inapropiado y desnaturalizando cada contenido jurídico, es decir el legislador al reunir tanto la “verosimilitud” como la “ponderación” en un mismo lugar, hace que nuestros jueces y operadores del derecho para llegar a determinar y definir qué se entiende por verosimilitud del derecho se ven en un despropósito legal, porque la misma norma señala que para definir la verosimilitud el juzgador deberá realizar la ponderación de interés; y con ello simplemente se creó una suerte de regla de proporcionalidad, y como tal las consecuencias son simplemente la realización de interpretaciones inadecuadas y aparentes argumentaciones; es decir su inadecuada redacción y ubicación de dos categorías jurídicas totalmente distintas en el artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584 tiene como secuela prácticas irracionales por parte de los operadores del derecho en decisiones trascendentales.

Reforzamos y sostenemos esta postura con el planteamiento del profesor Salas Ferro quien manifiesta; que el carácter de la ponderación es entendido como el análisis de los efectos de una medida cautelar, es decir, con

valorar o ponderar los eventuales daños que podría causar al interés público o a terceros el otorgamiento de una medida cautelar, y el perjuicio que causaría al demandante el rechazo de la solicitud cautelar.

Asimismo, otra de las argumentación comunes por parte de los jueces es aquella que señala que la verosimilitud del derecho es “probabilidad”, sin justificar cuál es su contenido esencial como tal, toda vez que en la doctrina para llegar a la probabilidad se debe verificar los hechos y la prueba; los Juzgados no realizan mayor argumentación respecto a estos dos últimos indicadores.

Así también, se advierte que, del análisis de las resoluciones cautelares emitidas el año 2015 por los Juzgados Mixtos hoy Especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, si bien la verosimilitud del derecho juega un rol importante para su adopción, sin embargo este instrumento no es siquiera analizado de manera rigurosa en su contenido y tal como indica la doctrina especializada, toda vez advertimos que la verosimilitud en concreto tiene doble contenido; llámese como apariencia o como probabilidad, siendo este último el más coherente, objetivo y verificable para su adopción.

Finalmente, dada las ideas expuestas los Jueces civiles de Puno, no mencionan un concepto doctrinario concreto a pesar que de las resoluciones cautelares emitidas se puede advertir que muchos de estos señalan que lo “verosímil” es sinónimo de apariencia, probabilidad o ambos a la vez, sin embargo nosotros sostenemos que a partir de estos conceptos se puede elaborar cada uno de los indicadores o parámetros para su aplicación al caso concreto y de esta manera sentar bases en la argumentación. Esto no sucede en la práctica, ya que los operadores del derecho no exponen las razones para

justificar el contenido de la verosimilitud del derecho, afectándose frecuentemente el principio de motivación de las resoluciones judiciales y el de la tutela jurisdiccional efectiva.

Por tanto esta es la construcción final de la hipótesis número dos.

4.4.3. PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA III

“El tratamiento en el derecho comparado parte de la idea que la verosimilitud del derecho es un presupuesto fundamental y determinante para su adopción; asimismo es entendida como la relación con el objeto del proceso, justificación razonable del petitorio fundada en derecho, la demostración de la titularidad del derecho y la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, en el marco de las medidas cautelares del proceso contencioso administrativo”.

Para verificar esta hipótesis, primeramente se recurre a la regulación del actual Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires – Argentina, y concretamente las medidas cautelares reguladas en el artículo 22º del referido código al respecto la norma señala:

*“1.- Podrán disponerse medidas cautelares siempre que: a) **Se invocare un derecho verosímil en relación al objeto del proceso.** b) **Existiere la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho.** c) **La medida requerida no afectare gravemente el interés público”.***

Analizando la norma, el presupuesto de la verosimilitud aparece regulada en el supuesto del inciso 1) del artículo 22º, toda vez que la relación con el objeto del proceso se entiende como aquel elemento que coadyuva con la finalidad del proceso, es decir, en qué medida garantiza el derecho del peticionante con la adopción de la medida cautelar. En ese sentido, la verosimilitud del derecho en esta legislación conserva su sentido original, como juicio de probabilidad sin perder de vista al objeto del proceso. Entonces, el

aporte adicional de esta legislación respecto a nuestra legislación es que las medidas cautelares deben estar encaminadas con la consecución del proceso principal siempre para garantizar y cautelar los derechos de los justiciables.

Ahora bien, realizando una comparación con la legislación contenciosa administrativa nacional se aprecia que las exigencias respecto a los fundamentos fácticos, máximas de experiencia y pruebas aportadas no están explícitos en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires – Argentina, y la virtud que brinda este artículo es que la verosimilitud del derecho debe ser interpretado con relación con el objeto del proceso. Se advierte que el presupuesto “verosimilitud” como contenido esencial se encuentra adecuadamente regulado, es decir no existe mezcla alguna de dos categorías jurídicas diferente en comparación con la redacción del inciso 1) del artículo 39° de nuestra legislación contenciosa administrativa, en ese sentido su tratamiento legislativo es coherente y adecuado con lo referido por la doctrina contenciosa administrativa. De esta manera, el presupuesto “verosimilitud” en la norma analizada es apropiado y tiene su propia ubicación para su mejor entendimiento e interpretación por parte de los operadores del derecho, sin ser confundida frente a otra categoría jurídica.

Seguidamente, en la legislación colombiana en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437.

“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. **Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.**
2. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados (...).*

Aborda dimensiones de la verosimilitud del derecho; por un lado se señala que la demanda esté razonablemente fundada en derecho, con este requisito se hace alusión a la verosimilitud del derecho en sentido estricto, dado que toda petición, solicitud y/o demanda cautelar tiene que estar subsumido en el derecho (hechos y pruebas). Respecto al otro requisito exigido se manifiesta que el demandante haya demostrado la titularidad del derecho o de los derechos invocados, con esto hacemos notar la legitimidad que debe tener el peticionante a la hora de interponer su solicitud cautelar.

En suma, el tratamiento de la verosimilitud del derecho en el análisis y posterior determinación en esta legislación; el demandante haya presentado los medios probatorios suficientes (documentos, informaciones) e igualmente de los argumentos o fundamentos de hecho que puedan permitir su adopción; dejando de lado el juicio de ponderación de intereses en otro extremo. Con lo manifestado lo que en realidad hace el legislador en Colombia es tomar la verosimilitud del derecho como un juicio de probabilidad, donde en ella se expresa los fundamentos de hechos en base a los medios probatorios aportados.

De esta manera, el presupuesto “verosimilitud” en la norma analizada es apropiado y tiene su propia ubicación para su entendimiento e interpretación por parte de los operadores del derecho, sin ser confundida frente a otra categoría jurídica.

Por otro lado, del análisis de la legislación española tenemos que la medida cautelar está regulado en el artículo 130° de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; esta norma señala que el juez al momento de conceder una medida cautelar en estos procesos debe realizar la valoración

circunstanciada de todos los interés en conflicto, en esta legislación se habla de manera integral los requisitos del proceso cautelar, es decir se menciona los hechos controvertidos, medios probatorios aportados, disposiciones que respaldan y la valoración del juez.

Artículo 130° inciso "1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, 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. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada".

En ese sentido, no se delimita los presupuesto de una medida cautelar de manera específica, esto es; verosimilitud del derecho, ponderación del interés público frente a derechos particulares. Pero particularmente en esta legislación estos requisitos se abordan de manera integral dejando la tarea al juez de valorar los fundamentos de hecho, los agravios expresados y la prueba aportada para conceder o denegar la medida cautelar.

Asimismo, esta legislación menciona que la medida cautelar deberá concederse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. Es decir la concesión de una determinada medida cautelar está condicionado en estricto si el acto administrativo cuestionado perturba gravemente el estado regular de la administración y la sociedad.

Por estos fundamentos, estos son los resultados finales de la investigación.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, se interpreta como la probabilidad que se deriva de los fundamentos fácticos y la prueba aportada, sin embargo los Juzgados Civiles de Puno no argumentan adecuadamente la verosimilitud del derecho, solo realizan citas legales de la norma en la adopción de las medidas cautelares.

Los jueces deben interpretar la norma adoptando una postura doctrinaria y a partir de ello desarrollar al caso concreto.

SEGUNDA: La verosimilitud del derecho contenida en el inciso 1) del artículo 39° de la Ley N° 27584, se debe interpretar como aquella probabilidad que se desprende a partir de los fundamentos fácticos y la prueba aportada por el peticionante, dado que, estos indicadores son verificables objetivamente, a diferencia de la segunda interpretación que es subjetiva ya que para su adopción exige una discrecionalidad del Juez basado en las máximas de experiencia y los fundamentos expuestos en la solicitud cautelar sin considerar el elemento probatorio.

TERCERA: Los Juzgados Civiles de Puno no delimitan adecuadamente el contenido de la verosimilitud del derecho en la argumentación de sus decisiones; solo realizan citas legales de la norma, sin expresar las razones que justifiquen la adopción de las medidas cautelares; es así, que en el proceso de análisis se advirtió que esta deficiente interpretación por parte de los jueces es ocasionado a partir de un error en la redacción del artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo por reunir dos categorías jurídicas ajenas entre sí, porque desnaturaliza el

contenido esencial de la verosimilitud del derecho planteado por la doctrina frente a la presencia de la ponderación. Por tal razón se afecta el principio de la tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo, de los 150 expedientes analizados; 80 expedientes realizan interpretaciones literales, en 25 expedientes interpretan como juicio de probabilidad y en 45 expedientes como apariencia del derecho.

CUARTA: El tratamiento en el derecho comparado parte de la idea que la verosimilitud del derecho es un presupuesto fundamental y determinante para su adopción; igualmente es entendida como la relación con el objeto del proceso, justificación razonable del petitorio fundada en derecho, y la demostración de la titularidad del derecho, en el marco de las medidas cautelares del proceso contencioso administrativo.

Respecto a nuestra legislación la verosimilitud difiere en su ubicación y aglutinación por contener dos categorías excluyentes entre sí, es decir en la legislación peruana este presupuesto supone realizar ponderación, mientras que esta última en la legislación comparada está regulada en un supuesto distinto a la verosimilitud.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda al Poder Judicial y a los operadores del derecho, que los resultados de la presente investigación sean tomados en cuenta para realizar una valoración razonable del presupuesto “verosimilitud del derecho”, seguido de una justificación o argumentación propia de su contenido al momento de adoptar una medida cautelar solicitada en el proceso contencioso administrativo, esta sea con mayor y mejor examen respecto a este presupuesto jurídico.

SEGUNDA: Sugerimos al Ilustre Colegio de Abogados de Puno, que mediante una propuesta legislativa y tomando en cuenta los criterios interpretativos planteados en la presente investigación jurídica, proponga la modificatoria del artículo 39° inciso 1) de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, desarrollado en el anexo número siete.

TERCERA: Se sugiere a los Jueces civiles encargados de adoptar las medidas cautelares solicitadas en los procesos contencioso administrativos, delimitar adecuadamente la naturaleza jurídica de la verosimilitud del derecho, tal como se desarrolla en la presente investigación, al momento de argumentar sus razones esto para garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

CUARTA: Recomendamos a los estudiantes, docentes, y los operadores del derecho en general que los resultados obtenidos respecto de la legislación comparada deben ser tomados en cuenta en los Seminarios, Diplomados y en los cursos de Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad; ampliando y profundizando su contenido.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, G. (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica: Hacia una Nueva Perspectiva*. Santiago: Danka Universidad Central de Chile.
- ANACLETO, V. (2006). *Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Lex & Iuris.
- ARIANO, E. (2014). *Estudios sobre la Tutela Cautelar*. Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil.
- ATIENZA, M. (2011). *Argumentación y Constitución, publicado en argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales*. Buenos Aires.
- BARONA, S. (2000). *El Nuevo Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BETTI, E. (2014). *Teoría de la interpretación jurídica*. Obtenido de https://www.academia.edu/16491950/Teor%C3%ADa_de_la_Interpretaci%C3%B3n_Jur%C3%ADdica_de_Emilio_Betti_traducida_por_Alejandro_Vergara_Blanco_Santiago_2015_.
- CALAMANDREI, P. (2005). *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Lima: ARA Editores.
- CARNELUTTI, F. (1959). *Instituciones del Proceso Civil* (Vol. I). Buenos Aires: Ejea.
- CARRASCO, S. (2006). *Metodología de la Investigación Científica*. Lima: San Marcos.
- CASSAGNE, J., & PERRINO, P. (2013). *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: LexisNexis.
- CASTILLO, J., LUJÁN, M., & ZAVALA, R. (2006). *RAZONAMIENTO JUDICIAL Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Lima: ARA.
- CAVANI, R. (2015). Verosimilitud, probabilidad: ¿da los mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero. *Colecao Grandes Temas Do Novo CPC*, 807-825.
- CHARAJA, F. (2011). *El MAPIC en la Metodología de Investigación*. Puno: Sagitario Impresores.
- CHINCHILLA, C. (1993). El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales. *Administración Pública*, 178.
- CHINCHILLA, C. (2011). *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*. Madrid: Civitas.
- COVA, M. (30 de enero de 2011). *dd*. Obtenido de <http://mercedescova.blogspot.pe/2011/01/el-metodo.html>
- DE LA SIERRA, S. (2004). *Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial*. Navarra: Thompson – Aranzadi.
- DIEZ, M. M. (1996). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- DULZAIDES, M., & MOLINA, A. (22 de Marzo de 2004). Recuperado el 15 de Octubre de 2016, de http://www.bvs.sld.cu/revistas/aci/vol12_2_04/aci11204.htm

- ESCOLA, H. (1989). *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma.
- ESPINOSA, E. (2004). *Material sobre el Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Palestra.
- FALCÓN, E. M. (1999). *Gráfica Procesal* (Vol. I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- FERNÁNDEZ, M. (1996). *Derecho Procesal Civil III*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. S.A.
- GALLEGOS, P. (2002). *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Ábaco.
- GARCÍA, E. (1992). *La Batalla de las Medidas Cautelares*. Madrid: Editorial Civitas.
- GARCÍA, E. (1992). *La Batalla de las Medidas Cautelares* (Vol. II). Madrid: Editorial Civitas.
- GARCÍA, F. (2006). *Medidas "cautelares autónomas" en el contencioso administrativo*. Buenos Aires: Hammurabi.
- GIMENO, V., MORENO, V., GARBERÍ, J., & GONZÁLEZ, N. (1993). *Derecho Procesal Administrativo*. Valencia: Tirand lo Blanch.
- GONZALES, J. (2001). *Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Madrid: Civitas.
- GONZÁLEZ, O. (2002). *La Justicia Administrativa. Medidas Cautelares Positivas*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- GORDILLO, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- GUASTINI, R. (2010). *Lecciones de teoría del Derecho y del Estado*. Lima: Communitas.
- HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C., & BAPTISTA, L. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw Hill.
- HINOSTROZA, A. (2013). *Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: GRIJLEY.
- HUAMÁN, L. (2016). *Comentarios al Régimen Jurídico de la Ley del Servicio Civil*. Lima: JURISTA EDITORES E.I.R.L.
- HUAPAYA, R. (2006). *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Jurista Editores.
- HUAPAYA, R. (2012). Contenciosos Administrativos en Iberoamérica. En R. HUAPAYA TAPIA, *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica* (págs. 914-915). Lima: ARA Editores.
- JIMÉNEZ, J. (2006). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo. Problemas, Análisis y Alternativas*. Lima.
- JINESTA, E. (1996). *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica.
- JINESTA, E. (2008). *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*. San José: Jurídica Continental.

- KIELMANOVICH, J. (2000). *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- LEDESMA, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil* (Vol. III). Lima: Gaceta Jurídica.
- LEDESMA, M. (2013). *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- LEDESMA, M. (2016). *LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL*. Lima: Gaceta Jurídica.
- LIEBMAN, E. T. (1980). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA.
- LOGAR, A. (2000). *Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Platense.
- LORETTA, L. (2011). *Comentario Exegético a la ley que regula el proceso contencioso administrativo*. Lima: Ediciones Legales.
- MARCHECO, B. (2015). La tutela cautelar en lo contencioso-administrativo. El caso de Cuba. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, 226.
- MARINO, T. (2014). Qué es (y qué no es) la Verosimilitud en el Derecho.
- MARINONI, L. (2007). *Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Lima: Palestra.
- MONROY, J. (2002). *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Lima: Comunidad.
- MONROY, J. (2002). *Bases Para la Formación de una Teoría Cautelar*. Lima: San Marcos.
- MONZÓN, L. (2011). *Comentario Exegético a la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: EDICIONES LEGALES.
- MORA, Á. (1998). *El Control Jurisdiccional Contra la Inactividad de la Administración Pública*. Madrid: Universidad complutense de Madrid.
- MORELLO, A. (2001). *La prueba, tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MUÑOZ, C. (2011). *Cómo elaborar y asesorar una investigación de Tesis*. México: Pearson.
- OBANDO, V. (2011). *Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: ARA Editores.
- ORTEGA, L., & DE LA SIERRA, S. (2009). *PONDERACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- ORTEGA, L., & DE LA SIERRA, S. (2009). *PONDERACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- PELÁEZ, M. (2007). *El Proceso Cautelar*. Lima: Grijley.
- PEYRANO, J. (2000). *Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema*. Buenos Aires: Rubinzal.

- PINEDA, J. (2008). *Investigación Jurídica*. Puno: Pacífico.
- PRIORI POSADA, G. F. (2006). *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA.
- PRIORI, G. (2006). *Comentarios a la ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: ARA Editores.
- PRIORI, G. (2006). *La Tutela Cautelar su Configuración como Derecho Fundamental*. Lima: ARA.
- REJTMAN, M. (2000). *Impugnación Judicial de la actividad administrativa*. Buenos Aires: La Ley.
- RIVAS, A. (2000). *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Lima: Rhodas.
- RODRÍGUEZ, J., BENAVIDES, V., SHEFFER, J., & SENDÍN, M. (2009). *Derecho Administrativo Iberoamericano*. Florida: Congrex S.A.
- ROJAS, E. (2008). *Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo*. San José: E. Rojas F.
- SÁENZ, L. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores.
- SALAS, P. (16 de junio de 2016). Obtenido de <http://www.derechopedia.pe/mas/el-derecho-administrativo/98-las-medidas-cautelares-en-el-proceso-contencioso>
- STC, EXP. N.º 0090-2004-AA/TC (2004).
- STC., 0008-96-I (Tribunal Constitucional 23 de 04 de 1996).
- STC., EXP. Nro. 1405-2002-HC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 09 de julio de 2002).
- STC., EXP. Nro. 6712-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 17 de octubre de 2005).
- STC., EXP N.º 4348-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 21 de julio de 2005).
- STC., EXP. Nro. 00728-2008-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 13 de Octubre de 2008).
- VALENCIA, A., & ORTIZ, A. (2012). *Derecho Civil. Parte general y personas*. Bogotá: Temis.
- VALLE, J. (1996). *Garantías Constitucionales del Proceso*. México: McGraw Hill.
- VALLEJOS, J. (13 de Diciembre de 2009). *ALGUNOS APUNTES SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR*. Obtenido de Justicia y Derecho: <http://asociacionjusticiayderechouigv.blogspot.pe/2009/12/algunos-apuntes-sobre-la-medida.html>
- VILLEGAS, E. (2016). *Límites a la Detención y Prisión Preventiva*. Lima: Gaceta Jurídica.



ANEXO N° 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO	PROBLEMA GENERAL Y ESPECIFICOS	OBJETIVO GENERAL Y ESPECIFICOS	HIPÓTESIS GENERAL Y ESPECIFICAS	VARIABLE DE ESTUDIO	DIMENSION	INDICADORES	MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>"La verosimilitud del derecho como juicio de probabilidad para la adopción de medidas cautelares en procesos contencioso administrativos".</p>	<p>PROBLEMA GENERAL ¿Cómo se debe interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones doctrinarias y de qué manera argumentan este presupuesto los Juzgados Civiles de Puno en la adopción de medidas cautelares?</p> <p>PROBLEMAS ESPECIFICOS 1. ¿Cómo se debe interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones doctrinarias? 2. ¿Los Juzgados Civiles de Puno cómo argumentan la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo? 3. ¿Cómo es el tratamiento de la verosimilitud del derecho en la legislación comparada respecto de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL Analizar e interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones doctrinarias y la argumentación de este presupuesto en la adopción de medidas cautelares por los Juzgados Civiles de Puno en el año 2015.</p> <p>OBJETIVOS ESPECIFICOS 1. Analizar e interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones doctrinarias. 2. Analizar e interpretar la argumentación de la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo por los Juzgados Civiles de Puno. 3. Analizar el tratamiento legislativo de la verosimilitud del derecho en la legislación comparada respecto de las medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL Los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno en la adopción de medidas cautelares no argumentan la verosimilitud del derecho, únicamente realizan una cita legal de la norma, dado que el artículo 39° inciso 1) presenta una deficiente redacción por aglutinar dos instituciones diferentes: pese a que la doctrina delimitó este presupuesto como juicio de probabilidad y apariencia.</p> <p>HIPÓTESIS ESPECIFICAS H1- La verosimilitud del derecho contenida en el inciso 1) del artículo 39° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo se debe interpretar conforme a dos posiciones doctrinarias: por un lado como aquella apariencia o verosimilitud propiamente dicha, y para determinar este aspecto el Juez debe realizar una argumentación en base a los fundamentos expuestos en la solicitud cautelar y las máximas de experiencia. Por otro lado, también es entendida como aquella probabilidad y para llegar a esta última, el Juez debe realizar una argumentación en base a los hechos expuestos y la prueba aportada por el peticionario.</p> <p>H2- Los Juzgados Civiles de Puno no delimitan adecuadamente el contenido de la verosimilitud del derecho al momento de argumentar sus decisiones porque confunden la interpretación del artículo 39° inciso 1) por aglutinar distintas categorías jurídicas en su redacción y ubicación, y con ello los operadores del derecho únicamente realizan una cita legal del mencionado artículo en la adopción de medidas cautelares.</p> <p>H3- La verosimilitud del derecho en la legislación comparada se entiende como la relación con el objeto del proceso, justificación razonable del peticitorio fundada en derecho, la demostración de la titularidad del derecho y la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto para la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.</p>	<p>Verosimilitud del derecho.</p>	<p>1. Posiciones doctrinarias. 2. Argumentación por el Juzgado. 3. Legislación comparada. (Argentina, España, Colombia).</p>	<p>1.1. Probabilidad 1.2. Apariencia 2.1. Interpretación literal 2.2. No delimitan la verosimilitud del derecho. 2.3. Confunden categorías jurídicas. 3.1. Objeto del proceso. 3.2. Justificación razonable del peticitorio fundada en derecho. 3.3. Titularidad del derecho.</p>	<p>MÉTODOS: 1. Dogmático 2. Comparativo TÉCNICAS: 1. Análisis de contenido. 2. Análisis documental. 3. Análisis comparativo. 4. Entrevista. INSTRUMENTOS: 1. Ficha de análisis de contenido. 2. Ficha de análisis documental. 3. Ficha textual. 4. Ficha de análisis comparativa. 5. Ficha de entrevista.</p>

ANEXO N° 02

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**FICHA TEXTUAL**

TEMA DE INVESTIGACIÓN: “*La verosimilitud del derecho como juicio de probabilidad para la adopción de medidas cautelares en procesos contencioso administrativos*”.

TESISTA: BACHILLER MARCOS WILSON TICONA ANCCO.

Tema: VEROSIMILITUD DEL DERECHO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Ficha Nro. 04

Autor: PRIORI, G. (2006).

Pág.: 83

“(…) el análisis de la verosimilitud del derecho en este proceso, no debe pasar por una revisión de la legalidad o no del acto administrativo, sino también por la lesión o amenaza a la situación jurídica del particular, cuya protección se pretende en el proceso. (…).”

Nota: Este es uno de los ejes temáticos que se desarrollan en la investigación, es decir en la adopción de medidas cautelares en proceso contencioso administrativo.

ANEXO N° 03

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

“La verosimilitud del derecho como juicio de probabilidad para la adopción de medidas cautelares en procesos contencioso administrativos”

I.- IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

- 1.1. Título de contenido: **“verosimilitud del derecho”**
- 1.2. Autor: Giovanni F. Priori Posada.
- 1.3. Lugar de edición:..... Año:..... Editorial:.....

II.- CRITERIOS DE ANÁLISIS

ARGUMENTOS
.....
ANÁLISIS
.....
OBSERVACIÓN
.....

ANEXO N° 05

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“La verosimilitud del derecho como juicio de probabilidad para la adopción de medidas cautelares en procesos contencioso administrativos”

FICHA COMPARATIVA

ÍTEM OBJETO DE COMPARACIÓN:	<i>Verosimilitud del derecho</i>
PERÚ	ARGENTINA
<p>Legislación objeto de comparación:</p> <p>Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Artículo: 39° inciso 1)</p>	<p>Código Contencioso Administrativo de Argentina (Provincia de Buenos Aires)</p>
<p>Interpretación:</p> <p>1.- Como juicio de probabilidad 1.1.- Hechos 1.2.- Prueba</p> <p>2.- Como juicio de apariencia 2.1.- fundamentos 2.2.- Experiencia</p>	
<p>OBSERVACIONES:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>	

ANEXO N° 06

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**FICHA DE ENTREVISTA**

Sr. Abogado sírvase absolver las siguientes interrogantes, cuyos resultados servirán para ampliar la base teórica de la investigación titulada “La verosimilitud del derecho como juicio de probabilidad para la adopción de medidas cautelares en procesos contencioso administrativos”.

1. ¿Cómo se debe entender e interpretar la verosimilitud del derecho contenida en el artículo 39° inciso 1) de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo?
2. ¿Es apropiada la redacción y ubicación de la ponderación en el inciso 1) del artículo 39° de la Ley 27584 y cómo debe ser entendida?
3. ¿Los jueces en el proceso de la aplicación de la norma realizan la labor de motivación o argumentación?

Gracias por su colaboración.

ANEXO N° 07

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Recomendamos que mediante el Ilustre Colegio de Abogados de Puno se elabore un Proyecto de Ley a fin de modificar el inciso 1) del artículo 39° de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, por los fundamentos expresados y desarrollados en la investigación que antecede; recomendamos la modificación en los siguientes términos:

“Artículo 39.- Requisitos:

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

1. ***Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, este presupuesto deberá ser examinado razonablemente entre los hechos expuestos y la prueba aportada.***
2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.
3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.
4. ***No perturbe gravemente el interés público o de terceros. El Juez deberá ponderar, la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el***

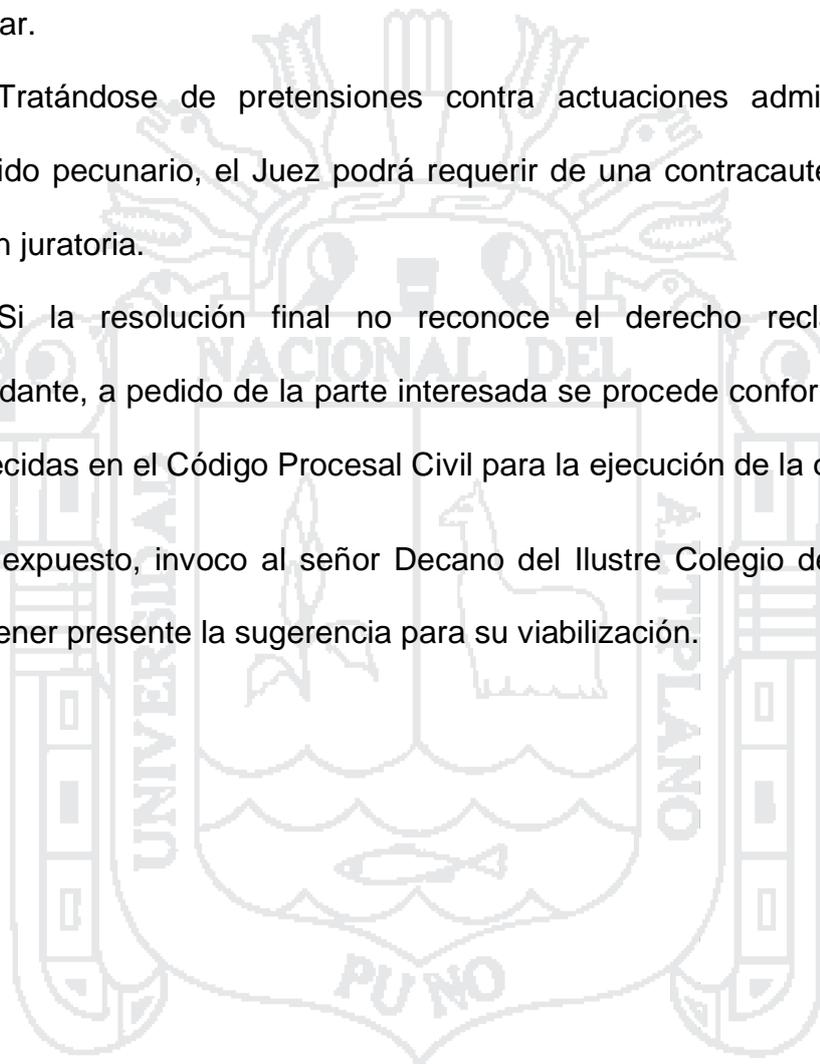
perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.

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

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

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

Por lo expuesto, invoco al señor Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Puno tener presente la sugerencia para su viabilización.





ARTÍCULO JURÍDICO

VEROSIMILITUD DEL DERECHO COMO JUICIO DE PROBABILIDAD PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

*Marcos Wilson Ticona Ancco**

****Bachiller de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano – Puno.***

Email: mgmarkgonzalez@gmail.com

RESUMEN

El trabajo de investigación, tiene como propósito analizar e interpretar la verosimilitud del derecho contenida en el artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584 conforme a las posiciones doctrinarias y la argumentación de este presupuesto en la adopción de medidas cautelares por los Juzgados Civiles de Puno en el año 2015. Para ello, se realizó la delimitación de este presupuesto cautelar conforme a las posiciones doctrinarias; toda vez que muchas veces para su determinación ésta es entendida como un juicio de ponderación entre derechos del peticionante y el interés público, cuando en la doctrina -como fuente del derecho- es claramente interpretada como un juicio de probabilidad y apariencia; es decir que a partir de la interpretación teórica identificamos la procedencia de la ponderación, como una regla de proporcionalidad que es ajena al contenido esencial de la verosimilitud del derecho; y en ese sentido es un error sostener que para acreditar este presupuesto cautelar se deba recurrir a la ponderación de derechos cuando esta última es un presupuesto ajeno y debe tener su propia ubicación para ser interpretada como tal, sin ser confundida. Por otro lado, en la investigación el método dogmático nos ayudó al estudio de la doctrina con la finalidad de pulir los aportes de los juristas en el análisis de la verosimilitud del derecho.

En ese sentido, se llegó a la conclusión que los Juzgados Civiles de Puno no delimitan adecuadamente el contenido de la verosimilitud del derecho en la argumentación de sus decisiones; solo realizan citas legales de la norma, sin expresar las razones que justifiquen la adopción de las medidas cautelares; esta deficiente interpretación es ocasionado a partir de un error en la redacción del artículo 39° inciso 1) de la Ley N° 27584, advertido en el proceso de análisis, porque desnaturaliza el contenido esencial de la verosimilitud del derecho planteado por la doctrina frente a la presencia de la ponderación en su redacción normativa.

Palabras Clave: Argumentación jurídica, interpretación jurídica, medidas cautelares, proceso contencioso administrativo, verosimilitud del derecho.

ABSTRACT

The purpose of the research work is to analyze and interpret the verisimilitude of the right contained in article 39, paragraph 1) of Law 27584 in accordance with the doctrinal positions and the argumentation of this budget in the adoption of precautionary measures by the Civil Courts of Puno in the year 2015. For this, the delimitation of this precautionary budget according to the doctrinal positions was made; Since many times for its determination this is understood as a weighing judgment between the rights of the petitioner and the public interest, when in doctrine - as a source of law - it is clearly interpreted as a judgment of probability and appearance; That is to say that from the theoretical interpretation we identify the origin of the weighing, as a rule of proportionality that is outside the essential content of the verisimilitude of the right; And in that sense it is a mistake to maintain that to prove this precautionary budget should be resorted to the weighing of rights when the latter is a third-party budget and must have its own location to be interpreted as such without being confused. On the other hand, in the investigation the dogmatic method helped us to study the doctrine with the purpose of polishing the contributions of jurists in the analysis of the verisimilitude of the law.

In that sense, it was concluded that the Civil Courts of Puno do not adequately delimit the content of the verisimilitude of the law in the argumentation of its decisions; Only make legal appointments of the rule, without expressing the reasons that justify the adoption of precautionary measures; This deficient interpretation is caused by an error in the drafting of article 39, paragraph 1) of Law No. 27584, noted in the analysis process, because it denatured the essential content of the verisimilitude of the right raised by the doctrine before The presence of the weighing in its normative wording.

Key Words: Legal argumentation, legal interpretation, precautionary measures, administrative contentious process, likelihood of the right.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067 y aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, señala que toda 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; disponiendo en su artículo 39°, que 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: 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 tercero la medida cautelar; y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada (...). De esta manera, uno de los presupuestos de la medida cautelar en la acción o proceso contencioso administrativo, es la “verosimilitud del derecho” que de la redacción del artículo 39° inciso 1) se entiende como juicio de ponderación entre los derechos del peticionante y el interés público, cuando en la doctrina este presupuesto es claramente interpretado como un juicio de probabilidad y apariencia; es así que a partir de la interpretación teórica identificamos la procedencia de la ponderación, como una regla de proporcionalidad que es ajena al contenido esencial de la verosimilitud y en ese sentido es un error sostener que para delimitar y acreditar este presupuesto se deba recurrir a la ponderación de derechos, cuando esta última es una categoría jurídica distinta y debe comprender su propia ubicación para ser interpretada como tal, sin ser confundida y desnaturalizada en su contenido. Sin embargo, la problemática se agudiza más cuando al momento de adoptar una medida cautelar solicitada, los jueces civiles muchas veces equivocan la interpretación de la verosimilitud del derecho y como consecuencia muchas veces realizan argumentaciones deficientes y meras citas legales de esta norma.

Por ello, la investigación jurídica advierte que la verosimilitud del derecho es una categoría jurídica que no puede ser confundida en su análisis durante su adopción, toda vez que la ponderación a la que hace alusión la norma señalada, comprende un error en su redacción y ubicación, siendo estos dos presupuestos ajenos entre sí. De esta manera, refiriéndonos propiamente a la redacción del artículo 39° inciso 1); la doctrina manifiesta que la verosimilitud del derecho es entendida (Calamandrei. 2013): (i) como juicio de probabilidad que se desprende a partir de los hechos expuestos y los medios probatorios aportados por el peticionante, y (ii) como apariencia o verosimilitud en sentido estricto; que se desprende a partir de las máximas de experiencia y los fundamentos de hecho expuestos por el solicitante (Cavani, R. 2015). Es decir, la verosimilitud del derecho entendido como probabilidad del derecho es valorada no como el juicio formulado al azar ni sobre la base de discernimientos ambiguos del juzgador, sino que es un juicio que sin llegar a establecer en la certeza absoluta, es pasible de ser corroborado con los medios de pruebas que se haya ofrecido en la solicitud cautelar durante el proceso. Respecto a la segunda posición, la verosimilitud del derecho entendido como juicio de apariencia, la doctrina señala que ésta no guarda en ningún sentido la representatividad de prueba alguna, sino por el contrario se advierte que la indagación debe ser mediante una máxima de experiencia que interesa día a día en la realidad que se producen de manera concreta. Igualmente, la idea de la

verosimilitud propiamente se relaciona con la verdad, pero solo respecto a términos de apariencia más no de identidad. Asimismo y habiendo definido la verosimilitud del derecho, puntualizaremos la “ponderación” como tal; al respecto la misma doctrina sostiene que es un tipo de discurso que permite resolver conflictos de principios mediante la creación de reglas, es decir es aquella que resuelve la equivalencia entre dos intereses contrapuestos aplicando el principio de proporcionalidad al caso concreto. Delimitada estas dos categorías jurídicas, se advierte que no solamente existe contradicción entre estas figuras sino una desnaturalización del contenido de la verosimilitud en el inciso 1) del artículo 39° de la Ley N° 27584, porque los operadores jurídicos al momento de desarrollar y delimitar la verosimilitud del derecho únicamente deben centrarse en cómo y cuál es su contenido esencial y a partir de ello acreditar este presupuesto al caso concreto; es decir no debe señalarse que para determinar ¿qué es “verosímil”? se tenga que utilizar y realizar ponderación alguna entre derechos como señala la norma, por el contrario advertimos que la doctrina -como fuente del derecho- nos proporciona mayores luces y establece cuáles son los indicadores o parámetros para ser sustentada, sin embargo y contrariamente la norma objeto de análisis contiene una lógica distinta a lo señalado por la doctrina, es así que se concluye advirtiendo la existencia de un error de contenido que conlleva muchas veces a meras interpretaciones de la norma o argumentaciones deficientes. Finalmente, con todo lo señalado es que día a día de las resoluciones cautelares emitidas por parte de los Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil de Puno se demuestra simples citas legales de la norma y argumentaciones deficientes.

Por tales consideraciones, la investigación tiene como objetivo general analizar e interpretar la verosimilitud del derecho contenida en el artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, conforme a las posiciones doctrinarias y la argumentación de este presupuesto en la adopción de medidas cautelares por los Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil de Puno en el año 2015. Y como objetivos específicos analizar e interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones doctrinarias. Igualmente analizar e interpretar la argumentación de la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo por los Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil de Puno.

Finalmente, el trabajo de investigación señala como hipótesis general que los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno en la adopción de medidas cautelares no argumentan la verosimilitud del derecho, únicamente realizan citas legales de la norma, dado que el artículo 39° inciso 1) presenta una deficiente redacción por aglutinar dos instituciones diferentes; pese a que

la doctrina delimitó este presupuesto como juicio de probabilidad y apariencia. Además, las hipótesis específicas manifiestan que la verosimilitud del derecho contenida en el inciso 1) del artículo 39° de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, se debe interpretar conforme a dos posiciones doctrinarias; por un lado como aquella apariencia o verosimilitud propiamente dicha, y para determinar este aspecto el Juez debe realizar una argumentación en base a los fundamentos expuestos en la solicitud cautelar y las máximas de experiencia. Por otro lado, también es entendida como aquella probabilidad y para llegar a esta última, el Juez debe realizar una argumentación en base a los hechos expuestos y la prueba aportada por el peticionante. Asimismo, los Juzgados Mixtos hoy especializados en lo Civil de Puno no delimitan adecuadamente el contenido de la verosimilitud del derecho al momento de argumentar sus decisiones porque confunden la interpretación del artículo 39° inciso 1) por aglutinar distintas categorías jurídicas en su redacción y ubicación, y con ello los operadores del derecho únicamente realizan citas legales de la norma en la adopción de medidas cautelares.

II. MATERIALES Y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

La investigación se enmarca dentro del enfoque cualitativo (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014) toda vez que la variable de estudio, verosimilitud del derecho, se sometió al análisis e interpretación. Igualmente se siguió el diseño dogmático y estudio de casos cualitativos; es decir el diseño dogmático nos ayudó a estudiar, analizar e interpretar aspectos esencialmente teóricos del presupuesto verosimilitud del derecho en las teorías, doctrinas, y jurisprudencia. De igual forma el diseño de “estudio de casos cualitativos” nos ayudó a analizar cómo es que de las resoluciones cautelares emitidas por los Juzgados Civiles de Puno, interpretan y argumentan este presupuesto; es así que a partir de ello se analizó la problemática y se planteó las propuestas y soluciones correspondientes, es decir recomendar una propuesta legislativa para modificar el artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, optimizando su verdadero y esencial contenido del presupuesto “verosimilitud del derecho”.

La metodología de la investigación científica se concibe como el estudio y la aplicación del conjunto de métodos, técnicas y recursos en el proceso de la investigación, y trasladando esta metodología al ámbito del derecho y teniendo en cuenta el enfoque de la investigación, se utilizó los métodos; el dogmático y comparativo. En ese sentido, a decir de (Cova, 2011) “El método dogmático es aquella actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones”. Asimismo, “El método comparativo permite conocer la totalidad de los hechos y fenómenos de la realidad

estableciendo sus semejanzas y diferencias en forma comparativa” (Carrasco, 2006, pág. 272). En ese sentido, los objetivos específicos del trabajo de investigación comprenden su propio método, técnica e instrumento; es decir para el primer objetivo, que es analizar e interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones doctrinarias. El método dogmático es el que se utilizó, la técnica el análisis de contenido y entrevista; y finalmente los instrumentos utilizados para este primer objetivo fueron la ficha de análisis de contenido y ficha de entrevista. En un segundo momento de la investigación, y en cuanto al segundo objetivo de la investigación se tuvo que analizar e interpretar la argumentación de la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo por los Juzgados Civiles de Puno, el mismo que tuvo como método dogmático, seguidamente como técnica el estudio de caso y análisis de contenido; y finalmente los instrumentos comprendieron la ficha de estudio de caso y ficha de análisis de contenido. Asimismo, el universo de estudio está constituido por 150 expedientes ingresados en el año 2015; de las cuales 80 expedientes realizan una interpretación literal, en 25 expedientes interpretan como juicio de probabilidad y en 45 expedientes como apariencia, de esta manera para seleccionar los expedientes materia de estudio se tomó en cuenta las interpretaciones realizadas por los jueces civiles de Puno en la adopción de medidas cautelares, de las cuales tenemos: verosimilitud del derecho como probabilidad, como apariencia, como apariencia y probabilidad, como certeza y como prejuizgamiento.

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA VEROSIMILITUD DEL DERECHO CONFORME A LAS POSICIONES DOCTRINARIAS

Para un óptimo análisis y comprensión de los resultados del trabajo de investigación, se tuvo que realizar los objetivos específicos; esto es: analizar e interpretar la verosimilitud del derecho en el artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo conforme a las posiciones doctrinarias. Y como segundo objetivo específico; analizar e interpretar la argumentación de la verosimilitud del derecho en la adopción de medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo por los Juzgados Civiles de Puno.

3.1.1. VEROSIMILITUD DEL DERECHO COMO “PROBABILIDAD”

Bajo esta concepción podemos entender que “probabilidad” corresponde al grado de confirmación que los elementos de prueba disponibles atribuyen a los enunciados relativos a los hechos de la causa. La probabilidad aquí descansa no en elementos estadísticos o conocimientos extraprocesales que alejan los modelos de razonamiento de posibles aplicaciones

concretas en casos controvertidos, sino que vincula a la probabilidad con el grado de confirmación que un cierto conjunto de pruebas (o evidencias) presentan con relación a una cierta hipótesis fáctica en particular.

El núcleo esencial del concepto de probabilidad lógica, que señala el profesor Tomás Marino; se refiere específicamente al grado de confirmación que un enunciado recibe de las inferencias fundadas en las premisas que lo justifica, siendo la prueba la que constituye la base del razonamiento y determina el tipo de conclusión que se puede extraer. La verosimilitud del derecho entendido como probabilidad del derecho es valorada no como el juicio formulado al azar ni sobre la base de discernimientos ambiguos del juzgador, sino que es un juicio que sin llegar a establecer en la certeza absoluta, es pasible de ser corroborado con los medios de pruebas que se haya ofrecido en la solicitud cautelar durante el proceso.

En ese sentido, concebir al recaudo de la “verosimilitud en el derecho” en términos de probabilidad supone considerar que lo que el juez efectúa es, precisamente, un juicio de probabilidad con relación a los diversos aspectos que componen el reclamo del peticionante (que, puede referirse a los hechos en los que se funda, al derecho del que dice ser titular o de las chances de éxito de la demanda). Y este juicio de probabilidad no se realiza en términos de apariencia entre lo que se alega y el conocimiento general sobre la normalidad de las cosas (como ocurre con la verosimilitud stricto sensu) sino mediante una evaluación crítica de los elementos de prueba que al momento del pedido cautelar hubieren sido aportados o producidos, y que dependerá del grado de confirmación que esa evidencia arroje con relación a la hipótesis de hecho que sostiene la tutela cautelar pretendida (Marino, 2015).

Ahora bien, a decir del profesor (Falcón. E, 2016); la verosimilitud se entiende como la probabilidad que el derecho exista y no como una incontestable realidad, que solo logrará al agotarse el trámite. La verosimilitud (*fumus boni iuris*) importa que “*prima facie*”, en forma manifiesta, aparezca esa probabilidad de vencer, o que la misma se demuestre mediante un procedimiento probatorio meramente informativo. De igual manera en la doctrina especializada y apelando a la argumentación de (Liebman. E, 2016), este manifiesta que no se trata de establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente el objeto del proceso principal, sino de formular un juicio de probabilidad de su existencia sobre la base de una cognición sumaria y superficial.

En ese sentido el profesor (Cavani. R., 2015), citando a Michele Taruffo señala que el verdadero sentido que debe cobrar la verosimilitud del derecho debería ser bajo un juicio de probabilidad, y por ende se debe advertir que los parámetros o indicadores para una verdadera determinación de este presupuesto propios en su contenido, son; los fundamentos de hecho y las pruebas

aportadas, y con ello el juicio de probabilidad se hace notar como un juicio más objetivo para su determinación sin ser manoseado por aspectos subjetivos que pudiera dejar de garantizar una verdadera tutela judicial efectiva en favor del solicitante cautelar; cosa que esta posición teórica comprende a cabalidad y trata de evitar cualquier tipo de vulneraciones en la interpretación que podrían realizar los operadores del derecho.

3.1.2. VEROSIMILITUD DEL DERECHO COMO “APARIENCIA”

Un primer y esencial indicador que debe analizar el juez para adoptar si concede o no la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, es verificar y analizar la presencia de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado, que a decir de la doctrina especializada ésta se construye principalmente a partir de los fundamentos de hechos que expone el peticionante en la solicitud de la medida cautelar.

En ese sentido, el juicio de verosimilitud no guarda en ningún sentido la representatividad de prueba alguna, sino por el contrario se advierte que la indagación debe ser mediante una máxima de experiencia que interesa día a día en la realidad que se producen de manera concreta. Igualmente, la idea de la verosimilitud propiamente se relaciona con la verdad, pero solo respecto a términos de apariencia más no de identidad.

Ahora bien, de lo analizado advertimos y compartimos la postura que acoge Tomas Marino en los términos que la verosimilitud es una cualidad que funciona bajo parámetros muy distintos: ella se relaciona únicamente con la mera posibilidad de que lo afirmado pueda corresponderse con una hipótesis real o plausible y juzgado ello no sobre la base de pruebas y evidencias concretas que tiendan a demostrar la existencia del hecho enunciado sino exclusivamente con relación al conocimiento generalizado que se posee sobre la forma en que las cosas suceden normalmente, de ordinario, según el curso usual de los acontecimientos. Es decir el verdadero parámetro por medio del cual juzgamos la verosimilitud de una aserción en la concordancia que ella tiene con la forma en que general y frecuentemente ocurre las cosas en el mundo o cómo las personas se comportan en condiciones ordinarias y de normalidad, y no con pruebas o evidencias que permitan corroborar aquello sobre lo que el enunciado versa en el caso concreto. Bajo esta concepción, el juez calificará de verosímil a aquel derecho que se sustente en un relato que se le presente como “aparentemente verdadero” y que constituya, por esa razón, una hipótesis fáctica “creíble” de conformidad con el conocimiento que tiene sobre cómo las cosas ocurren en condiciones de normalidad.

Finalmente esta postura teórica manifiesta que se debe exigirse la sola apariencia del derecho y no la presencia irrefutable de él, para lo cual la verificación debe ser prima facie, sin exigir un examen íntegro y riguroso. Es decir y tal como señaló el profesor Juan Monroy Gálvez, el juicio

de apariencia de agota en la representatividad, y esta se da en las máximas de experiencia o también dicho en el orden normal de las cosas que sucede cada día que podrá advertir todo magistrado ante alguna solicitud cautelar. Asimismo esta postura doctrinaria al señalar que para la determinación de la verosimilitud del derecho deberá de darse bajo dos parámetros; los fundamentos de hecho y las máximas de experiencia, sin embargo se podrá notar que son indicadores muy subjetivos, dejando al libre albedrío de cada magistrado sin siquiera revisar ni por reojo las pruebas aportadas por el peticionante, cosa que es absolutamente desproporcionado y por ende vulnerable para su determinación el presupuesto de la verosimilitud. De esta manera en el grafico 01 que presentamos, podremos advertir claramente la diferencias que existen entre las posiciones doctrinarias estudiadas respecto de la verosimilitud del derecho como un presupuesto, si no el más determinante uno de los más importantes en su análisis a la hora de adoptar las medidas cautelares solicitadas.



Grafico 01: Análisis de la verosimilitud del derecho por la doctrina.
Elaboración: El investigador.

En suma, del análisis e interpretación de la verosimilitud del derecho contenida en el artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, conforme a las posiciones doctrinarias se tiene que este presupuesto se deduce en la teoría como un juicio de probabilidad y como juicio de apariencia, teniendo cada uno de ellos sus propios parámetros e indicadores para su determinación; en ese sentido el primero de ellos comprende los fundamentos de hecho y las pruebas aportadas y, respecto a la apariencia este advierte sus propios indicadores; los fundamentos de hecho y las máximas de experiencia que se adquiere del orden normal de como sucede las cosas día a día. De esta manera, un juicio de apariencia comprende una dimensión preponderantemente subjetiva, es decir un convencimiento interno del juez esto a raíz de los hechos narrados por el peticionante; y por el contrario el juicio de

probabilidad, entendido como una dimensión objetiva se limita a un estándar de pruebas atenuadas. Es decir, tal como refiere Giovanni Priori Posada; la verosimilitud entendido como probabilidad del derecho es valorada no como el juicio formulado al azar ni sobre la base de discernimientos ambiguos del juzgador, sino que es un juicio que sin llegar a establecer en la certeza absoluta, es pasible de ser corroborado con los medios de pruebas que se haya ofrecido en la solicitud cautelar durante el proceso. De esta manera, el presupuesto “verosimilitud del derecho” contenida en el artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, debe determinarse bajo las posturas mencionadas por la doctrina, mas no como refiere la norma que para su establecimiento se tenga que realizar una ponderación de derechos, toda vez que este último comprende una categoría jurídica absolutamente distinta.

3.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA VEROSIMILITUD DEL DERECHO EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR LOS JUZGADOS CIVILES DE PUNO

En realidad la “verosimilitud del derecho”, no es asumido bajo ninguna posición doctrinaria ni mucho menos definida como tal y sin embargo se justifica manifestando que las providencias se fundan en un juicio del Juez acerca del presumible o probable fundamento de la pretensión que constituye el objeto del juicio principal; esto requiere que se acredite la apariencia en el derecho y no la certeza del mismo que será resuelta en la sentencia. Es decir, los Juzgados muchas veces hacen mal en interpretar de esa manera, toda vez que asociar términos y/o contenidos absolutamente distintos -probabilidad y apariencia-, comprenden aspectos distintos que la doctrina desarrolló amplia y generosamente, por ende se advierte la ausencia y definición apropiada del contenido verosimilitud del derecho.

Igualmente los Juzgados Civiles de Puno insisten y continúan expresando que la verosimilitud del derecho al caso concreto se materializa con las copias adjuntadas a la solicitud, esto es copias de la demanda y sus anexos, es decir se recurre a la existencia de las pruebas para su mejor razonamiento a la hora de adoptar cualquier medida cautelar solicitada en procesos contencioso administrativos, sin embargo si se refiere a la presentación de pruebas para su adopción, podremos indicar que ya no estamos hablando de apariencia o verosimilitud en sentido estricto propiamente, por el contrario hacemos referencia a un juicio de probabilidad, que es un contenido absolutamente distinto; mencionar “probabilidad” es hablar de los fundamentos de hecho y prueba aportada por el peticionante en la solicitud cautelar y así manifiesta el estudio doctrinario.

Ahora bien, si bien es cierto que de las resoluciones cautelares emitidas por los Juzgados Mixtos en el año 2015 se puede contrastar que cada Juez utiliza términos referentes a la “verosimilitud”

como apariencia, probabilidad y certeza, es más en muchas ocasiones estos términos son asociados como si fueran términos absolutamente iguales; nosotros advertimos que no es adecuado reunir estos términos de una manera tan incorrecta, porque como señalamos anteriormente cada una de ellas comprenden contenidos totalmente distintos, y peor aún señalar en un misma resolución cautelar que apariencia es similar a probabilidad es un despropósito. Sin embargo, lo que realmente llama la atención del estudio y análisis de las resoluciones emitidas por los operadores judiciales es que muchas veces se realiza una mera cita legal del artículo 39° de la Ley 27584, en los términos siguientes: “(...) deben concurrir y/o conjugarse hasta tres presupuestos, estos son: 1) la verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*), 2) el peligro en la demora (*periculum in mora*), 3) que la medida sea adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión (adecuación). Tales presupuestos son los pilares sobre los que se sostiene la medida cautelar”. En ese sentido, se puede advertir que es simplemente una cita de la norma, sin ser siquiera argumentada este presupuesto tan importante, y menos aún considerada como indica la doctrina; esto sea como probabilidad o apariencia y sus indicadores (fundamentos de hecho, prueba aportada, máximas de experiencia) para determinar el contenido esencial de la verosimilitud del derecho.

IV. CONCLUSIONES

El artículo 39° inciso 1) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, se interpreta como la probabilidad que se deriva de los fundamentos fácticos y la prueba aportada, sin embargo los Juzgados Civiles de Puno no argumentan adecuadamente la verosimilitud del derecho, solo realizan citas legales de la norma en la adopción de las medidas cautelares.

Los jueces deben interpretar la norma adoptando una postura doctrinaria y a partir de ello desarrollar al caso concreto.

La verosimilitud del derecho contenida en el inciso 1) del artículo 39° de la Ley N° 27584, se debe interpretar como aquella probabilidad que se desprende a partir de los fundamentos fácticos y la prueba aportada por el peticionante, dado que, estos indicadores son verificables objetivamente, a diferencia de la segunda interpretación que es subjetiva ya que para su adopción exige una discrecionalidad del Juez basado en las máximas de experiencia y los fundamentos expuestos en la solicitud cautelar sin considerar el elemento probatorio.

Los Juzgados Civiles de Puno no delimitan adecuadamente el contenido de la verosimilitud del derecho en la argumentación de sus decisiones; solo realizan citas legales de la norma, sin expresar las razones que justifiquen la adopción de las medidas cautelares; es así, que en el

proceso de análisis se advirtió que esta deficiente interpretación por parte de los jueces es ocasionado a partir de un error en la redacción del artículo 39° inciso 1) de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo por reunir dos categorías jurídicas ajenas entre sí, porque desnaturaliza el contenido esencial de la verosimilitud del derecho planteado por la doctrina frente a la presencia de la ponderación. Por tal razón se afecta el principio de la tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo, de los 150 expedientes analizados; 80 expedientes realizan interpretaciones literales, en 25 expedientes interpretan como juicio de probabilidad y en 45 expedientes como apariencia del derecho.

V. BIBLIOGRAFIA

- Álvarez, G. (2002). Metodología de la Investigación Jurídica: Hacia una Nueva Perspectiva. Santiago: Danka Universidad Central de Chile.
- Calamandrei, P. (2005). Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Lima: Ara.
- Carrasco, S. (2006). Metodología de la Investigación Científica. Lima: San Marcos.
- Cavani, R. (2015). Verosimilitud, probabilidad: ¿da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero. Colecao Grandes Temas Do Novo CPC, 807-825.
- Cova, M. (30 de enero de 2011). Obtenido de: <http://mercedescova.blogspot.pe/2011/01/el-metodo.html>
- Falcón, E. (1999). Gráfica Procesal (Vol. I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Fernández, M. (1996). Derecho Procesal Civil III. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. S.A.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, L. (2014). Metodología de la Investigación. México: Mc Graw Hill.
- Priori, G. (2006). La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental. Lima: ARA.