

# La Cautela Temporal sobre el fondo en el Proceso Contencioso Administrativo. Entre la Cautela Activista y Abstenida

David Percy Quispe Salsavilca\*

*“Domani ci diranno che è utopia ma anche se pare di credere che il patrone è vivo non dobbiamo crederlo perche noi lo abbiamo visto con i nostri occhi... il patrone ma...”.*  
Bernardo Bertolucci Mil Novecentos.

*“Entre lo sublime y lo ridículo hay un paso”*  
Napoleón Bonaparte

*“Para los que temen  
porque son ellos los que cargan la esperanza”*  
Guión de La teta asustada

## SUMILLA

El presente artículo consiste en el análisis de la tutela cautelar dentro del Proceso Contencioso Administrativo. A propósito de un caso en particular del año 2005, a partir del cual se desprenden dos formas de aplicar la concesión de medidas cautelares, siguiendo una interpretación activista o abstenida. Asimismo, para un mejor entendimiento de la tutela cautelar nos explica los requisitos para que se otorgue una medida cautelar (peligro en la demora, verosimilitud y adecuación) y las formas en las que pueden afectar la otorgación de medidas cautelares ya sea a través de medidas de innovar o de no innovar. Finalmente, el autor señala a las interpretaciones bajo las cuales vienen siendo concedidas o aplicadas las medidas cautelares.

## 1. Planteamiento del Problema

La percepción de una transformación en nuestra cultura jurídica de un Estado Legislativo a otra de un Estado Constitucional, ha sido intuída por diversos académicos. Proponemos en el presente ensayo una interpretación sobre un evento judicial cautelar en materia contencioso administrativa, acaecido en la Corte Superior de Justicia de Lima, que nos rememora tal percepción a modo de pre-comprensión y nos sugiere interpretarla dentro de este proceso. Hace aproximadamente cuatro años dos jueces suplentes de la joven especialidad contencioso administrativa, al decidir la concesión de medidas cautelares consistentes en ascender provisionalmente *al grado de General PNP*, que sintetizamos en el presente ensayo con

el nombre de “evento activista”, fueron sometidos a procedimientos disciplinarios y provisionalmente separados del Poder Judicial por medidas provisionales de “abstención” dictadas por el Órgano de Control de la Magistratura, al interior de un procedimiento disciplinario. Al poco tiempo de sucedidos estos hechos, con fecha 28 de Junio de 2008 mediante los Decretos Legislativos N° 1067 y N° 1069 el Poder Ejecutivo por delegación del Congreso modificaba el original artículo 36° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA) Ley N° 27584, así como el artículo 674° del Código Procesal Civil haciéndose al menos a nivel legal, literalmente más restrictiva las medidas temporales sobre el fondo en los procesos civiles en general y específicamente en materia contencioso administrativo.

\* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima desde el año 2003. Magister en Derecho Civil PUCP, Egresado del Doctorado en Derecho PUCP. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Norbert Wiener. Autor de diversos artículos de la especialidad contenciosa administrativa.

Tal sucesión de acontecimientos sugiere espontáneamente una relación causa efecto entre el “evento activista” consistente en la concesión de tales cautelares y el legislador restrictivo que hizo previsora y reactivamente las modificaciones, siendo que en tal contexto, el presente ensayo se plantea la pregunta sobre el contenido y el alcance de las mismas, evaluando el significado del evento dentro de una circunstancia que ciertamente dibuja una *ocatio legis* restrictiva que alcanzó en su momento relevancia mediática, pero, no por ello, debe perder su eje interpretativo dentro de una axiología constitucional, no necesariamente coincidente con la coyuntural preocupación del legislador restrictivo. Un análisis desapasionado de los hechos sucedidos, pero comprometido con los valores constitucionales, nos impone la tarea de comprender los diversos discursos (activista y restrictivo), alrededor de los cuales se asumieron posiciones que justificaron decisiones tan disímiles en el ejercicio de la función pública, tanto administrativa, judicial o ejecutiva en la concesión judicial de la cautelar de ascenso, la imposición de la medida provisional administrativa de “abstención” en el procedimiento disciplinario sobre los magistrados que concedieron la medida y la modificación de textos legales. Reconstruir lo sucedido con una lectura integradora y ajustada a los valores constitucionales, capaz de brindar una síntesis de comprensión en relación a la problemática cautelar en los procesos contenciosos administrativos dentro de un horizonte ampliado, la cual nos permitirá reasumir la orientación de la jurisdicción contenciosa administrativa, al elaborar un discurso cautelar como contralor efectivo de la arbitrariedad de la administración sin incurrir en posibles excesos de protagonismos hipotéticamente rechazados por la estimativa restrictiva.

Téngase presente que la temática cautelar es una de las más sensibles en la regulación del proceso judicial, cuya realización a efectos de una justicia más oportuna y realmente efectiva exige al operador jurisdiccional una singular combinación de “audacia” y “prudencia”. Específicamente el tratamiento concreto de las cautelares en el proceso contencioso administrativo, con cuyo nombre técnico se comprende más que una relación entre particulares y el Estado una relación triangular tridimensional donde se dibuja además

de la relación que posiciona al Estado con el privilegio de autotutela, una relación interorgánica entre el Poder Judicial y el Ejecutivo, así como entre el Poder Judicial y el particular y entre particulares con mayor o menor poder económico o mediático. La sensibilidad del tema cautelar no solo significa que se acepte la posibilidad que mediante una determinada resolución judicial sin convicción, en estado de cognición aún débil, se pueda suspender los efectos de una orden administrativa de paralización de obra o de cierre de local, sino que se pueda, positiva y coincidentemente con lo que es materia de aseguramiento en la eventual sentencia, ejecutar anticipadamente un ascenso laboral, reincorporar a determinado servidor o funcionario público, inscribir provisionalmente una determinada junta directiva en los Registros Públicos, etc. Es decir alterar la relación material anticipando en lo sustancial el contenido del fallo.

Se trata, en un escenario de fuerte sensibilidad, explicitar los criterios y conceptos claves que se asumen, omiten o deben tomarse en cuenta a efectos de ser audaces y prudentes en la concesión o selección de la medida “adecuada”, no solo atendiendo al control jurisdiccional de la administración a efectos de tender efectivamente a una tutela judicial realmente efectiva, sino a efectos de no perjudicar en su contenido esencial o perjudicar en el mínimo el interés público o de terceros cuando sin convicción, o con conocimiento débil se pretenda alterar la relación material, donde patológicamente se afecta un derecho sustantivo subjetivo de un particular. No se trata por consiguiente de ser dogmáticamente restrictivos en la facultad del magistrado a efectos de evitar cautelares arbitrarias (discurso de una cautela abstenida<sup>1</sup>), ni se trata de justificar decisiones sumamente amplias de los magistrados a efectos de garantizar una tutela jurisdiccional efectiva (discurso de una cautela activista) sino dibujar los contornos argumentativos que el operador jurisdiccional debe tomar en cuenta ante un caso concreto de petición cautelar, criterios que el presente ensayo pretende explicitar, a efectos de elaborar un discurso integrador en relación a las medidas temporales sobre el fondo en el proceso contencioso administrativo, que permitan garantizar un estándar de razonabilidad, aceptable a un auditorio universal propio de

<sup>1</sup> Por “Cautela abstenida” entendemos un tipo ideal de cultura jurídica que comprende a los operadores del sistema judicial en su conjunto (abogados, jueces, doctrinarios, funcionarios del Poder Ejecutivo, Legislativo, órganos de control de la magistratura) y consiste en la orientación restrictiva de la concesión de las medidas cautelares, producida por una desconfianza al juez, un temor de éste a la opinión pública, una exigencia ciega de productividad que dificulta la concreción de criterios justos por la necesidad de una mayor motivación que justifique la inaplicación de una norma legal. (Véase nuestro Ensayo “Crítica a la Tutela Abstenida” en: <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/critica%20a%20la%20tutela%20abstenida.pdf>.)

una situación ideal de diálogo correlativa a una comunidad jurídica real de argumentantes con el propósito común de garantizar en cada casuística una efectiva tutela jurisdiccional.

## 2. Calificación de los sucesos como “Evento Activista”

Por evento activista entendemos un conjunto de sucesos acaecidos alrededor de un *factum* del juez, una conducta judicial inusitada, que sin obedecer a actos de “corrupción”, se aparta de la tradición y del texto legal por un propósito sublime de efectivizar principios frente a las reglas rígidas abstractas. El caso que analizamos, a continuación, puede ser calificado como un evento de esta naturaleza, donde dos jueces suplentes seleccionaron el discurso justificativo que permitiese una mayor acción judicial en la concesión de las medidas cautelares interpretando el marco normativo vigente, como un todo, recreando el texto escrito legal y constitucional más allá de su literalidad desempeñando en ello un rol protagónico de primer orden, pero en la que lejos de alcanzar el reconocimiento social, mediático, de la comunidad académica, o de la institución judicial, fueron contrariamente provisionalmente abstenidos, separados de toda función judicial y si bien posteriormente luego de más de un año fueron reincorporados no han vuelto desde entonces a ejercer la función jurisdiccional como jueces suplentes. La frase napoleónica: “Entre lo sublime y lo ridículo hay un paso”, dicha por el emperador francés después de su fracaso en la campaña de Rusia parece apropiada para expresar, en relación al evento, lo que intuimos corresponde a la amarga subjetividad de los magistrados quienes pretendiendo efectivizar la justicia, o acelerar el movimiento hacia una cultura jurídica propia de un Estado Constitucional (sublime) padecieron en carne propia el estigma de la medida provisional de “abstención” dentro de un procedimiento disciplinario. “Evento Activista” comprende así no solo el suceso de la concesión de las medidas cautelares sino también las re-acciones producidas en contra de ella.

## 3. Elementos de circunstancia favorables al “Evento Activista”

La circunstancia en la que acontecieron las cautelares de ascenso, sin manifestaciones de corrupción, revela elementos conducentes al desenvolvimiento de una conducta “activista” en la judicatura. Tal conducta inusitada no se hubiese producido sino previamente se hubieran

objetivado en el Código Procesal Civil quince años antes y en la Ley contenciosa administrativa, seis años antes una estimativa principista que reivindicara junto a la búsqueda de una tutela más efectiva de los derechos fundamentales, un mayor protagonismo del juez en el proceso. De algún modo es apreciable un movimiento de mediana o larga duración, de cambio de estimativa en nuestra cultura judicial de pase de un Estado Legislativo a un Estado Constitucional, no solo por el cambio normativo sino también doctrinario donde se aprecia una recepción y desarrollo por parte de la comunidad académica de la literatura del Neo constitucionalismo o Estado Constitucional<sup>2</sup> perspectiva que a modo de pre-comprensión nos invita a considerar este evento activista, dentro de un proceso de mayor duración al pase de un Estado Constitucional, aún cuando nada nos asegure su total concreción.

### 3.1. El Juez Como Director del Proceso y la Plena Jurisdicción en el Contencioso Administrativo

Quince años antes al “evento activista” entró en vigencia el Código Procesal Civil de 1993 que conceptuó al Juez como “Director del proceso”, y seis años antes entró en vigencia la Ley N° 27584 que estableciendo un proceso contencioso administrativo regulado por una ley especial establecía en palabras de uno de sus autores un cambio de paradigma de un contencioso objetivo de nulidad a otro subjetivo de “plena jurisdicción”. Se ratificó así el protagonismo del juez en el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, afectándose los límites del tradicional privilegio de autotutela de la administración al consagrarse entre otras cosas además el principio de igualdad de las partes, la suplencia de oficio, flexibilización del principio de congruencia e introducirse pretensiones de plena jurisdicción. Se dibujaba con ello un marco normativo nuevo tendiente a facilitar un control judicial efectivo de la administración estableciéndose en materia cautelar reglas como el de la especial procedencia de las medidas innovativas y no innovativas (véase artículo 37° del texto originario de la Ley N° 27584 LPCA). Ciertamente la resistencia de una cultura propia de un Estado Legislativo se mantuvo en el texto final originario de la Ley N° 27584, cuando éste a diferencia de la propuesta elaborada por los académicos, omitía referencia expresa a la pretensión de indemnización, pero el movimiento de mediana o larga duración ya estaba iniciado

<sup>2</sup> Véase por ejemplo el artículo “El Juez Señor del Derecho” de Gerardo Eto Cruz, 2011: p.13. El Peruano 11 de agosto de 2011.

y objetivamente expresado en sus rasgos más fundamentales.

### 3.2. La trayectoria judicial activista triunfante en el Proceso Contencioso Administrativo

No solo se trataba que había una nueva Ley de la especialidad contenciosa administrativa, que daba mayor protagonismo al juez en el proceso contencioso administrativo, sino que la judicatura contenciosa administrativa tempranamente tuvo un lugar activo no solo aplicando el nuevo texto legal, sino efectivamente estableciendo como regla en la generalidad de los casos la específica prescindencia de la audiencia de conciliación y de pruebas, propias del entonces legalmente previsto “proceso abreviado” en la especialidad, bajo el argumento que la naturaleza del proceso contencioso administrativo es por lo general de puro derecho (no se necesita actuación de medios probatorios, porque basta el expediente administrativo) y que en él se discute sustancialmente bienes indisponibles, al pretenderse en la generalidad de los casos la nulidad de un acto administrativo<sup>3</sup>. Por consiguiente de un modo jurisprudencial se inauguró a partir de junio de 2003, a un solo año de vigencia de la Ley N° 27584, en práctica cada vez más extendida y no por cambio legislativo un nuevo proceso, al que finalmente en dos años terminaría el legislador contencioso por adherirse y denominarle “proceso especial” al modificar el texto originario de la Ley N° 27584 del año 2002 con la Ley N° 28531 publicada el 26 de mayo del año 2005, manifestando con ello el reconocimiento de la sociedad civil a este “activismo jurisprudencial”. De este modo la especialidad al año 2008 se presentaba con el antecedente favorable triunfante en su activismo creador, que no se limitó en aplicar, el sistema de plena jurisdicción y la Ley N° 27584 en el proceso contencioso administrativo, sino que realizando un control constitucional, a partir del “derecho a resolver sin dilaciones indebidas”, de la regla de la exigencia de la audiencia de conciliación y de pruebas, inauguró jurisprudencialmente el Auto Concentrado, celebrado favorablemente por la Sociedad Civil, material y legalmente ratificado por el legislador que crearía la denominación “proceso especial” para el proceso contencioso

administrativo, hechos no ignorados por los jueces que concedieron las cautelares<sup>4</sup>.

### 3.3. Antinomia en la Regulación Cautelar del Proceso Contencioso Administrativo en el texto entonces vigente

#### 3.3.1. Algunas Precisiones conceptuales

Dado que la antinomia que resaltamos, como condición de posibilidad del “evento activista” en el presente ensayo, consiste en una norma prevista en el artículo 37° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA) texto originario referido a las medidas de innovar y no innovar y al artículo 674° del Código Procesal Civil referido a las medidas temporales sobre el fondo, es preciso previamente entender con claridad a qué supuesto de hecho está aludiendo el legislador cuando se refiere a las medidas de innovar y no innovar así como igualmente a qué otro supuesto de hecho alude el ordenamiento cuando se refiere a las medidas temporales sobre el fondo, lo que permitirá determinar si la regla específica de la Ley contenciosa para las medidas innovativas son aplicables a algunos supuestos que puedan ser asimilados a las medidas temporales sobre el fondo. Para responder a esta pregunta es menester introducirnos a las clasificaciones de las medidas cautelares presentes en nuestro ordenamiento, sobre lo cual es preciso advertir que el legislador no ha utilizado un solo criterio de clasificación sino múltiples. Así por ejemplo emplea el criterio del momento de la presentación de la petición cautelar para distinguir entre medidas cautelares dentro y fuera del proceso.

Pero específicamente en relación a la expresión “medidas temporales sobre el fondo” debe precisarse que ella refiere a una clase de medida cautelar que obedece a un criterio de clasificación distinto de aquella otra que distingue entre las medidas cautelares de innovar y no innovar. Ciertamente el legislador solo utiliza la expresión “medidas temporales sobre el fondo” sin referirse a la otra clase de medidas cautelares que siendo opuestas a ellas obedezcan al mismo criterio, lo que además de oscurecer la presencia de la otra correlativa clase de medidas cautelares, produce la impresión que las “medidas temporales sobre el

<sup>3</sup> Sobre el proceso de formación del “proceso especial”, léase nuestro artículo “Judges Wars: Episodios en la Génesis del Nuevo Proceso Contencioso Administrativo” incluido en el Suplemento de Análisis Legal Jurídica del Diario Oficial EL PERUANO, Año 2, Número 53 (10-11) y “A Propósito de la Ley Que Regula el Proceso Contencioso Administrativo Legislativo y Judicial ¿Colisión de poderes?” Domínguez Luján

<sup>4</sup> Debe tenerse presente que la Juez que concedió las medidas cautelares fue Secretaria de la entonces Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo que en Junio del año 2003 emitió por primera vez el auto concentrado que el suscrito formó parte y que estuvo presidida por el Dr. Garay Salazar, en agosto bajo la presidencia del suscrito de la entonces Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo.

fondo” responden a una tercera clase dentro de un mismo criterio de clasificación que comprendería además las medidas de innovar y no innovar; pero tal apariencia no es correcta. Las “medidas temporales sobre el fondo” nos refieren a *aquellas medidas cuyos efectos son similares a la eventual sentencia que es materia de aseguramiento*, lo cual naturalmente corresponde a la pretensión principal, criterio de clasificación de las medidas cautelares que permite distinguir las entre “medidas coincidentes” que no son sino las “temporales sobre el fondo”, con las “no coincidentes” con la eventual sentencia materia de aseguramiento<sup>5</sup>. Por el contrario, el criterio de clasificación que diferencia entre medidas innovativas y de no innovar alude a la incidencia de la medida con la *relación material fáctico jurídico*, lo cual no solo responde a otro criterio sino también a otro ámbito de relación, porque debe tenerse presente que cuando se presenta una solicitud cautelar se puede distinguir hasta tres escenarios o “ventanas” en la litis. De este modo antes de la interposición de la demanda, solo existe la “ventana” o “escenario” de la relación material, a la que hay que agregar la “ventana” o “escenario” la relación del proceso principal cuando ella es admitida, y la “ventana” o “escenario” de la relación cautelar cuando se presenta la solicitud cautelar; correspondiendo al criterio de clasificación que distingue entre medidas innovativas y de no innovar un criterio que vincula la medida con la “ventana” o “escenario” de la relación material, donde son innovativas aquellas medidas cuya concesión alteran la realidad material fáctico jurídico mientras que las segundas aseguran la eventual sentencia ordenando la prohibición de eventos que signifiquen la alteración de la relación material, lo que no se pregunta por la coincidencia de los efectos de la medida con la eventual sentencia, que pertenece a la “ventana” o “escenario” del proceso principal, criterio sobre el cual sí responde la medida temporal sobre el fondo como la ejecución anticipada de lo que el juzgador va a eventualmente decidir en la sentencia en su

integridad o solo en aspectos sustanciales por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de su acción y prueba que aporta.

Téngase presente que el texto originario del Código Procesal Civil además de establecer la regla de la excepcionalidad de las medidas innovativas en su artículo 682°, establecía similar regla en el artículo 687° para las medidas de no innovar, por lo que mal se puede concluir que para el legislador del Código Procesal Civil la clasificación de medidas de innovar y no innovar agotase la clasificación de las medidas cautelares por su incidencia en la relación material, lo que nos lleva a hacer explícita dentro de esta clasificación a las medidas que sin ser no innovativas, no inciden en la relación material, así por ejemplo la medida de embargo en forma de inscripción dictada dentro de un proceso de obligación de dar suma de dinero no altera la posición de acreedor-deudor, ni la situación fáctica de la relación material; mientras que las medidas no innovativas contienen una orden de no alteración de la situación fáctica jurídica por lo que bien tiene la naturaleza de una medida que altera o incide en la relación material; por consiguiente las medidas cautelares se clasifican en el Código Procesal Civil según el criterio de su incidencia en la relación material entre aquellas que inciden con las que no inciden, sub clasificándose en relación a las primeras entre medidas innovativas y de no innovar.

### 3.3.2. La regla específica del artículo 37° de la LPCA para las medidas de innovar y no innovar

El artículo 37° de la Ley N° 27584, del entonces texto vigente de la Ley contenciosa, establecía una regla específica para las medidas de innovar y no innovar consistente en su especial procedencia: *“Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar”*<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Clasificación propuesta por Juan Monroy Palacios (En: MONROY, Juan. Teoría Cautelar. Lima: Editorial Comunidad 2002. p. 183 y ss) que se basa en gran medida en la clasificación de Piero Calamandrei entre medidas que neutralizan el peligro de infructuosidad (busca garantizar de manera preventiva la eficacia de la sentencia final) y aquellas que buscan enervar el peligro de tardanza de la providencia principal (busca la aceleración en vía provisoria la satisfacción del derecho recayendo la providencia directamente sobre la relación sustancial controvertida). Monroy Palacios con la denominación propuesta resalta el carácter complementario de ambos conceptos, en ambos incluso la coincidente. Caso típico, de medida temporal sobre el fondo, en el que incluso está previsto expresamente su otorgamiento, es el de asignación anticipada de alimentos, donde comúnmente se acompaña como anexo de la demanda la partida de nacimiento (instrumento público con alto grado de fuerza probatoria) y donde el peligro en la demora es manifiesto, al grado que como resaltamos por su impacto social y su vinculación con derechos fundamentales la Ley las ha previsto expresamente. En materia contenciosa administrativa tal situación se presenta a modo de ejemplo en las medidas consistentes en la reposición de un empleado público, la inscripción registral de la directiva de una asociación, el ascenso provisional al grado de General PNP, etc.

<sup>6</sup> Este texto sigue sin alteración alguna vigente solo que con el Texto Único Ordenado de la Ley. Decreto Supremo N° 013-2008, expedido a raíz de todas las modificaciones establecidas al texto originario ha cambiado su numeración correspondiéndole la numeración de artículo 39°.

Como se puede apreciar esta regla contiene dos supuestos de hecho (las medidas de innovar y no innovar pertenecientes al proceso contencioso administrativo) a las cuales aplica la misma consecuencia jurídica consistente en que “son especialmente procedentes”. En relación a los supuestos de hecho hay que señalar que al comprender a las medidas de innovar y no innovar literalmente alcanza a todas las medidas cautelares que inciden en la relación material, lo cual también fue previsto para el texto del Código Procesal Civil (artículos 682° y 687°) pero con la consecuencia opuesta de la excepcionalidad. Entonces una interpretación sistemática del texto del ordenamiento que no se limite a un contenido literal del ordenamiento sino a la integridad del mismo respetando su coherencia interna y principio de no contradicción e igualdad de trato debe ser capaz de explicar cómo resulta razonable que en el caso específico del proceso contencioso administrativo, rijan la consecuencia totalmente opuesta a la regla general de la excepcionalidad de las medidas innovativas<sup>7</sup> y de no innovar. En ese sentido además de la axiología valorativa de la LPCA de concebirse de plena jurisdicción e introducir como principio el de suplencia de oficio y de igualdad, hay que adicionar la circunstancia muy específica, propia de la controversia procesal de la especialidad contenciosa administrativa, de significar en su esencia la alteración de las naturales posiciones en el proceso, por imposición del privilegio de autotutela de la administración, transformando al acreedor Estado de la relación material no en demandante, como le corresponde a cualquier particular, sino en ejecutante administrativo y correlativamente al particular que de acuerdo a la regla general del monopolio de la tutela por el Poder Judicial debería corresponderle la posición de demandado a situarse en la posición de demandante de la relación procesal. Por consiguiente la regla de la “especial procedencia” de las medidas innovativas encontraría una justificación constitucional al permitir un efectivo control judicial de la actividad administrativa del Estado, que goza de modo extraordinario del privilegio de autotutela.

En relación al otro tema controvertido del originario artículo 37°, sobre la consecuencia jurídica contenida con la expresión “especial procedencia”, hay que señalar que ella no es usada en ningún otro supuesto en la Ley especial, apreciándose su

empleo en el texto procesal general del artículo 615° del Código Procesal Civil, para el supuesto de la solicitud presentada por quien ha obtenido sentencia favorable, con la consecuencia jurídica de convertir en inexigible los requisitos de la petición cautelar previstos en los incisos 1 y 4 del artículo 610° consistentes en la exposición de sus fundamentos (lo que jurisprudencialmente es interpretado como una prescindencia del análisis de la verosimilitud) y ofrecer contracautela. Entonces ¿Qué alcance y significado debería darse a la calificación de “especial procedencia” para las medidas de innovar y no innovar en el contencioso administrativo? Ciertamente la LPCA no especificaba como si lo hizo el artículo 615° del Código Procesal Civil, el alcance de su significación, pero estimamos que no debe comprenderse por “especial procedencia” lo mismo, es decir que ello no debe significar que el operador jurisdiccional deba sustraerse de analizar la verosimilitud y de exigir contracautela, por cuanto el significado literal de esta expresión resalta únicamente un particular tratamiento que solo en el supuesto de mediar una sentencia favorable justifica tal efecto porque en un contexto donde ya ha habido pronunciamiento de certeza en una instancia es razonable que se prescinda del análisis de la verosimilitud y de la contracautela, pero no cuando el efecto de la “especial procedencia” se derive de una estimativa constitucionalista que busca la efectividad del control jurisdiccional a una administración que goza del privilegio de autotutela declarativa y ejecutiva. En ese sentido resulta razonable que “especial procedencia” de las medidas de innovar y no innovar en el proceso contencioso administrativo solo signifique la no aplicación de la regla de la “excepcionalidad” prevista en el texto general del Código Procesal Civil (artículos 682° y 687°)<sup>8</sup> y ello es así por cuanto la medida natural a concederse en el proceso contencioso administrativo es la supresión provisional del privilegio de autotutela de la administración que no es sino la suspensión de los efectos de la resolución administrativa impugnada judicialmente.

### 3.3.3. Las Medidas Temporales sobre el Fondo en el PCA. Ausencia de regla en la específica LPCA y excepcionalidad en el artículo 674° del Código Procesal Civil

Las medidas temporales sobre el fondo, consistentes en un anticipo de lo que el juzgador va

<sup>7</sup> Véase artículo 682° del Código Procesal Civil que señala: “Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que solo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la Ley”.

<sup>8</sup> Véase Priori, 2004: p.5.

a decidir en la eventual sentencia en su integridad o solo en aspectos sustanciales, no tenían una regla específica en la Ley especial por ello una interpretación espontánea casi natural podría concluir en la aplicación para ese caso de la regla general de la excepcionalidad establecida en el Código Procesal Civil, actualmente como veremos más adelante se ha vuelto aún más restrictiva, al exigírsele para su concesión una extraordinaria verosimilitud y peligro en la demora.

Al respecto téngase presente que en nuestra legislación, **inicialmente** solo eran exigibles para el juez, sin que ello sea conjuntivo la necesidad impostergable del solicitante o el fundamento que demuestra la demanda, al disponer el artículo 674° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil aprobado por la Resolución Ministerial 10-93-JUS publicado el 23 de abril de 1993, que:

*“Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o solo- en aspectos sustanciales de ésta”.*

Entonces es menester contrastar esta regla del texto del Código Procesal Civil (artículo 674°) con el artículo 37° del texto originario de la LPCA donde se menciona que son especialmente procedentes las medidas de innovar y no innovar. El artículo 674° del CPC se refiere a las medidas temporales sobre el fondo y la consecuencia que obtiene es la “excepcionalidad” situación diametralmente opuesta a las medidas de innovar y no innovar, cuya consecuencia es la “especial procedencia”, por consiguiente la calificación de una medida como innovativa o de ejecución temporal sobre el fondo es relevante en el contencioso administrativo porque el tratamiento es totalmente opuesto. Pero esta delimitación todavía abstracta configura una auténtica antinomia cuando descubre que en la casuística, dado que como ya hemos explicado el criterio de la clasificación de las medidas innovativas y temporales sobre el fondo son distintas, se presentan medidas que al mismo tiempo que de innovar o no innovar significan también medidas temporales sobre el fondo, entonces para estos casos ¿cuál regla debería aplicarse?, se produce por lo tanto una antinomia donde el criterio de la especialidad no parece suficiente para determinar la norma aplicable. Es el caso por ejemplo de la medida de inscripción provisional que al mismo que altera la realidad fáctico jurídica (innovativa) anticipa los resultados de la eventual sentencia

coincidiendo en lo sustancial con ello cuando además de solicitar la nulidad de la resolución del Tribunal Registral que denegó una solicitud de inscripción se solicitó como pretensión de plena jurisdicción se ordene a los registros públicos la inscripción registral. Esta antinomia se presentaba así como condición de posibilidad para justificar una pluralidad de respuestas entre ellas el evento activista que es objeto de análisis.

#### 4. Análisis de Microscopía: El Emblemático Expediente N° 2006-46466-71-1801-JR-CI-09

##### 4.1. Presentación del caso

En el expediente N° 2006-46466-71-1801-JR-CI-09 la pretensión principal de la demanda, admitida el 29 de Enero de 2005, no se limitaba a un pedido de nulidad de un acto administrativo sino consistía sustancialmente en que se reconociera a favor del recurrente el grado de General de la Policía Nacional del Perú con fecha 01 de Enero de 2005 por la afectación del debido proceso y al derecho fundamental al proyecto de vida solicitando además se ordene su inscripción en el Cuadro de Mérito de la Policía Nacional del Perú en el grado de General de la Policía Nacional del Perú con todas las prerrogativas beneficios honores y remuneraciones correspondientes a dicho grado en la Policía Nacional del Perú así como la asignación de un puesto de comando en dicho grado y en mérito a su antigüedad en el grado en la Policía Nacional del Perú.

En la solicitud cautelar se peticionaba, como medida temporal sobre el fondo, el reconocimiento a favor del recurrente del Grado de General de Policía Nacional del Perú con fecha 01 de Enero de 2005, se ordene su inscripción en el Cuadro de Mérito de la Policía Nacional del Perú en el grado de General de la Policía Nacional del Perú con todas las prerrogativas beneficios honores y remuneraciones correspondientes a dicho grado en la Policía Nacional del Perú así como la asignación de un puesto de comando en dicho grado y en mérito a su antigüedad en el grado en la Policía Nacional del Perú.

Mediante Resolución Número uno de fecha 14.03.08 el Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo concedió la medida cautelar solicitada por el recurrente ordenando que “el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú proceda a ascender provisionalmente a don Juan José Marcelino Santivañez Marín al grado de General PNP, a partir del primero de enero del

año 2008, considerando desde esa fecha tiempo laborable en dicho grado, se ordene su inscripción en el Cuadro de Mérito de la Policía Nacional del Perú con todas las prerrogativas, beneficios, honores y remuneraciones correspondientes a dicho grado en la Policía Nacional del Perú, así como se le asigne un puesto de Comando en dicho grado, y en mérito a su antigüedad en el grado”, dando el plazo de tres días bajo apercibimiento de proceder conforme a Ley en caso de incumplimiento.

#### 4.2. Los requisitos de concesión de las medidas cautelares

Los requisitos de la concesión de la medida cautelar en la doctrina y en la legislación especial del proceso contencioso administrativo son tres: La verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación de la medida. En el Código Procesal Civil se señala además la contracautela pero ésta no se encuentra prevista expresamente en el texto de la LPCA, razón por la cual doctrinariamente se ha mencionado que en rigor es un requisito de ejecución de la medida, aspecto que habría sido recogido conscientemente por el legislador de la Ley N° 27584.

##### 4.2.1. La verosimilitud del derecho invocado

La teoría cautelar rechaza el dogma de la certeza del proceso tradicional consistente en la necesidad ineludible como requisito para la ejecución judicial la certeza del juzgador derivada de una cognición plena. Tal dogma elaborado en un contexto de racionalismo y cientificidad del proceso, se flexibilizó como consecuencia de “la rebelión de las masas” acaecida en el siglo XX, por cuanto los crecientes derechos económicos y sociales exigían no solo su reconocimiento declarativo sino también su eficacia en el plano material, incursionando por consiguiente la teoría cautelar la cual en medio de una cognición no plena se ha limitado a exigir solo una apariencia del derecho, es decir un prejuzgamiento surgido en una circunstancia de cognición insuficiente para emitir una decisión con certeza, pero capaz de justificar una decisión que eventualmente altere la posición desventajosa del demandante, asegurando la ejecutabilidad de la eventual sentencia y la satisfacción subjetiva de la parte que normalmente soporta la carga de la demora del proceso. Precisamente el matiz de la calificación de la verosimilitud por parte del juzgador es la seguridad que tiene la *inaudita pars* que la concesión de la medida al demandante no sea una arbitrariedad en su perjuicio sino que haya pasado un test consistente en la “posibilidad

razonable” que la demanda sea declarada fundada. Precisamente por ello la verosimilitud involucra a nivel de probabilidad un juicio lógico, la construcción de un silogismo, que comprende el establecimiento de la premisa mayor, la premisa menor, el nexo deóntico y la conclusión, como subsunción a nivel de probable y, eventualmente, una ponderación a nivel de probable como justificación del establecimiento de la premisa mayor.

##### 4.2.2. El peligro en la demora

Este requisito resume la razón de ser de la institución cautelar, por cuanto sin él no cabría ni siquiera hablar de la posibilidad de su concesión. Sin duda el lapso de tiempo que transcurre para que se cumpla la prestación del servicio de justicia de decisión final y ejecución se configura en inevitable por necesaria concreción del debido proceso, demora que naturalmente soporta el demandante y al configurarse como peligro puede en no pocas veces convertir en irreparable el perjuicio material al derecho del actor, afectando la eficacia de la eventual decisión final; razón por la cual el establecimiento de una tutela jurisdiccional efectiva estima en tal supuesto como necesaria la posibilidad de la emisión de una decisión preventiva que pueda alterar la situación de desventaja del demandante, que en el contencioso administrativo es el particular frente al Estado. De esta manera el legislador estima el supuesto de peligro en la demora como un requisito de concesión de la medida cautelar. En el supuesto contrario es decir en la situación que el transcurso del tiempo producido a consecuencia del proceso no configure peligro aún cuando pueda haber verosimilitud en el derecho invocado así como adecuación de la medida, la medida deberá ser rechazada.

##### 4.2.3. La adecuación de la medida

Por adecuación de la medida se alude a la exigencia que la específica medida solicitada sea la que corresponda otorgar de acuerdo a la naturaleza de la situación por encontrarse tal medida cautelarmente peticionada *vinculada* a lo que es materia de aseguramiento o a su *conveniencia* conforme a ciertos criterios standars reconocidos legislativamente o jurisprudencialmente por la experiencia práctica. En relación a lo primero se señala que la medida a concederse debe ser congruente (vinculación cualitativa) y proporcional (calificación cuantitativa) con aquello que es materia de aseguramiento (eventual decisión de fondo). De esta manera el tema de la adecuación introduce el



tema de la específica medida, ante la posibilidad de múltiples medidas, que pueden solicitarse (desde el lugar del demandante) o concederse (desde el lugar del operador jurisdiccional). En relación a lo segundo, concerniente a la conveniencia, se adiciona a la selección de la medida criterios orientados a determinar la maximización de utilidad social de la medida atendiendo a un test de costo-beneficio en relación a bienes jurídicos afectados o a la irreversibilidad de la medida, en el supuesto abstracto que ello supone siempre el riesgo de una afectación irreparable, no sustituible al afectado con la medida.

#### 4.3. Escenarios de posibles en el horizonte de respuesta judicial

##### 4.3.1. El antecedente conservador de la denegatoria

Si nos encontramos dentro de un proceso de cambio de estimativa en nuestra cultura judicial, no nos debe sorprender el hecho de los antecedentes conservadores de denegatoria en casos semejantes. Ciertamente la casuística revela que incluso el mismo Magistrado en la **resolución 01 del 08 de febrero de 2007** recaída en el **Expediente N° 2006-4590-63 (Medida Cautelar)**, rechazó la solicitud cautelar de Don William Higinio Cabello Toribio, cuando éste solicitó medida cautelar dentro del proceso ante el Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, con la finalidad que: *“a) se le otorgue la bonificación del diez por ciento en la Notal Final del Cuadro de Mérito para el proceso de Ascenso de Oficiales de la PNP -Promoción dos mil siete, de conformidad con lo que dispone la Ley N° 23324 y b) se disponga el ascenso del recurrente quien ostenta el grado de Comandante PNP al grado de Coronel PNP, por haber alcanzado la vacante respectiva, atendiendo a las consideraciones expuestas”*<sup>9</sup>. Pero aún en este caso el rechazo se basó en la falta de verosimilitud, no teniendo precedente -al menos conocido- la reflexión jurisprudencial o académica de una denegatoria cautelar en base a fundamentos del carácter

extraordinario de las medidas temporales sobre el fondo, pese a cumplirse los requisitos de la ordinaria verosimilitud y del peligro en la demora. La condición de posibilidad del evento activista consistente en la antinomia del artículo 674° del CPC con el artículo 37° de la LPCA no había sido aún analizada ni doctrinaria ni jurisprudencialmente a efectos de fundamentar el rechazo de la medida cautelar.

##### 4.3.2. El antecedente de la concesión cautelar de la Tercera Sala

En el mismo expediente descrito en el acápite anterior la **resolución cautelar fue revocada** por la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la CSJL mediante la Resolución N° 02 de fecha veintiocho de mayo de 2007 recaída en el Expediente N° 964-2007, sustentándose en su quinto considerando acerca de la verosimilitud del derecho invocado: *“Que, en ese sentido, de la revisión de los recaudos aparejados al cuaderno de apelación objeto de análisis se aprecia que los medios probatorios ofrecidos por el recurrente, meridianamente nos llevan a establecer con cierto grado de verosimilitud que: (i) el recurrente prestó servicios el año de mil novecientos ochenta y uno, en el PVT HUANÉSIMO TUMBES, en los meses de enero y febrero (meses en que se suscitó el conflicto con el Ecuador); (ii) el recurrente se encontraría incurso dentro de los alcances de la Ley N° 23324, la cual en su artículo 1 establece que: “El personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales que intervino en forma directa en defensa de la integridad territorial con ocasión del conflicto en la Frontera Norte en Enero y Febrero de 1981, en la Cordillera del Cóndor, será bonificado por una sola vez, en su nota final del Cuadro de Mérito para el Ascenso, en la siguiente escala: hasta en un 15% para quienes participaron en combate en forma decidida, valiente, y con riesgo de sus vidas y hasta en un 10% para quienes se distinguieron por su sacrificio, iniciativa y eficiencia, sin perjuicio de las distinciones, honores y citaciones a que se han hecho acreedores”; y, (iii) al no haberle sido otorgada hasta la fecha la bonificación del 10% en la nota Final del Cuadro de Mérito*

<sup>9</sup> Considerando Primero de la Resolución 01 de fecha 08-02-2007 (Expediente N° 2006-4590-63). La juzgadora motivó el rechazo en la falta de verosimilitud argumentando: *“A que, lo solicitado por el recurrente por ahora no resulta viable, por cuanto, si bien se ha establecido haber participado en el conflicto con el Ecuador como se verifica de los anexos adjuntado, obteniendo incluso las felicitaciones públicas, también lo es que la entidad demandada fundamenta sus decisiones en normas especiales, para el otorgamiento de beneficios como el solicitado, remarcando el hecho que, en sede administrativa el solicitante no ha obtenido resolución favorable a dicho pedido, por lo cual en el expediente principal impugna dicha resolución, por lo cual la Policía Nacional del Perú, teniendo protestad de revisión y otorgamiento de beneficios, actuó de acuerdo a sus prerrogativas, por lo cual y a efectos de desvirtuar lo señalado en las resoluciones cuestionadas será necesario un previo debate en el cuaderno principal, luego de lo cual el órgano jurisdiccional podrá asumir una posición jurídica adecuados a los fines de la tutela pretendida y a la justicia que debe emanar de toda decisión del Poder Judicial”*. (Véase Considerando Tercero de la Resolución 01 de fecha 08-02-2007 (Expediente 2006-4590-63).

*para el ascenso al grado inmediato superior, le correspondería gozar del beneficio estipulado en la normatividad acotada; máxime si se tiene en cuenta que la autoridad administrativa si bien no emitió pronunciamiento expreso sobre su situación jurídica en el procedimiento administrativo iniciado mediante escrito de fecha cinco de enero de dos mil seis -existiendo denegatoria ficta-, si lo hizo en casos similares al de autos, concediéndoles a otros oficiales de la PNP el derecho solicitado en aplicación de la acotada normatividad...”.*

Agregando, en relación al requisito de **la adecuación** lo siguiente: *“Que, en lo atinente al requisito de adecuación de la medida, si bien el artículo 37° de la Ley N° 27584 -Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, establece: “son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar”; **ello, no es óbice para otorgar una medida temporal sobre el fondo** como la solicitada por el pretensor, por cuanto dicha disposición no excluye la procedencia de este tipo de medidas, mas aún si ésta resulta ser una medida congruente y proporcional con el objeto de aseguramiento, esto es, la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia”.*

En base a estos fundamentos, dicho órgano superior -a diferencia de lo decidido por la Magistrado Salinas- percibiendo la antinomia del artículo 674° del CPC y el artículo 37° de la LPCA, concedió la medida cautelar y ordenó que la entidad demandada dando cumplimiento a la Ley N° 23324, otorgue al recurrente la bonificación del 10% en la nota final del cuadro de méritos para el proceso de ascenso de oficiales PNP- Promoción 2007, **disponiendo de manera excepcional su ascenso del grado de Comandante PNP al grado de Coronel PNP.** Pero adviértase que en este caso claramente no nos encontrábamos en el supuesto del artículo 172° de la Constitución Política esto es de ascenso de Generales de las Fuerzas Armadas o Policiales reservada al Presidente de la República.

Bajo tal contexto, de suponerse que esta decisión adoptada por el órgano superior podría haber sido conocida por la Magistrado Salinas ya tiempo después, es verosímil pensar que tal criterio podría haber influenciado en una mayor reflexión y permisividad en el análisis de las medidas cautelares que sobre el tema de ascensos podría haber sido puesto a su conocimiento con posterioridad.

#### **4.3.3. La alternativa “activista” de conceder los ascensos cautelares**

Decir que hay verosimilitud y peligro en la demora es reconocer la presencia de los dos requisitos preponderantes para la concesión de una cautelar. En realidad ello reconoce una situación que en principio exige la toma de una medida para asegurar la eventual sentencia. Que tenga que ser la solicitada u otra más razonable o adecuada a los fines del proceso es un análisis ulterior.

Téngase presente que en el caso concreto en el que se planteaba un ascenso a General de la Policía el análisis de la verosimilitud tendría que ver en el aspecto que la pretensión no solo se limitara a la nulidad del acto administrativo que no lo había considerado dentro del ascenso al demandante, sino además al comprender la pretensión de ascenso (pretensión de plena jurisdicción) era menester que se analizara contra lo que parecía ser un impedimento constitucional (artículo 172°) el cual parecería establecer una regla de reserva del acto de ascenso al Presidente de la República, acto que tradicionalmente no se ha encontrado sujeto a control jurisdiccional por ser considerado un “acto político” o de “gobierno”. La pregunta que seguidamente uno se formula al respecto es que si dentro del cambio de estimativa propio de un Estado Constitucional, donde los “actos políticos” no sujetos a control jurisdiccional tienden a disminuirse sino extinguirse se comprendía también al acto del artículo 172° de la Constitución Política, tema sumamente polémico que no por ello podía ser de plano negada como alternativa, más aún en el contexto de la trayectoria de una judicatura activista victoriosa. Ciertamente de ordenarse por medida cautelar el ascenso a General de la Policía, significaba además conceder una “medida temporal sobre el fondo” lo que de acuerdo a la regla general de las medidas cautelares presente en el texto del Código Procesal Civil solo podía ser otorgada excepcionalmente ante una extraordinaria verosimilitud y un extraordinario peligro en la demora por consiguiente la alternativa activista de conceder las medidas cautelares tenía además el reto de argumentar sólidamente esa extraordinaria verosimilitud y ser consciente que ello significaba ir contra una tradición anterior, de atreverse a acontecer y más todavía de acontecer omitiendo la sólida argumentación, la reacción conservadora propia de la cultura de un Estado Legislativo era predecible.

#### 4.3.4. La Alternativa de conceder adecuando

##### 4.3.4.1. Medida solicitada y medida concedida

El Código Procesal Civil establece la regla general para el requisito de adecuación, a diferencia de los otros requisitos de concesión (verosimilitud del derecho invocado y del peligro en la demora), que la falta de adecuación en la medida solicitada no es causal de su rechazo (véase artículo 611°), sino que simplemente habilita al operador jurisdiccional conceder otra medida que considere adecuada<sup>10</sup>. Esto ciertamente flexibiliza, al interior del proceso cautelar, el principio de congruencia, propio del debido proceso, pero no significa de ningún modo una habilitación para permitir en el magistrado una discrecionalidad ilimitada, absoluta, arbitraria. Por el contrario el precepto que autoriza al magistrado apartarse de lo peticionado como medida, facultándolo a conceder otra medida distinta a la solicitada en la petición cautelar, exige que la específica medida seleccionada por el magistrado deba ser igualmente como se le exige al peticionante “adecuada”, es decir, congruente y proporcional con lo que es materia de aseguramiento lo que corresponde a la eventual sentencia favorable al demandante, por consiguiente resulta totalmente absurdo que solicitando el peticionante una medida cautelar adecuada el Juez ejerciendo la facultad prevista en el artículo 611° del Código Procesal Civil conceda una medida además de distinta a la solicitada no congruente ni proporcional. Atiéndase a esto particularmente porque ello en rigor significa que la específica selección del juez se enmarca dentro de lo definido no por él sino por el mismo demandante que es el peticionante de la medida cautelar<sup>11</sup>, por consiguiente la congruencia en sus rasgos esenciales se mantiene y no se afecta. Similar regla en materia del proceso contencioso administrativo se repetía en el original artículo 36° de la LPCA -actual artículo 39° del texto único ordenado- al establecer 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.”

De esta regla se infiere que el operador jurisdiccional goza de la facultad de conceder una medida distinta a la peticionada por el actor, flexibilizando el principio de congruencia pero manteniéndolo en lo sustancial por cuanto su

actuación siempre ha de moverse dentro de lo peticionado por el demandante en el principal. Delimitemos ahora los supuestos en que esta facultad puede ser utilizada por el magistrado, ciertamente en ella no están comprendidos los casos en los cuales el magistrado estima que no hay peligro en la demora, porque entonces la medida de ninguna manera será concedida. Los supuestos se restringen por consiguiente a aquellos casos en que el operador jurisdiccional califica la existencia de verosimilitud y peligro en la demora, supuesto en el que se presentan las siguientes situaciones: **i)** En primer lugar está el supuesto de una medida peticionada que goza de una ordinaria verosimilitud y peligro en la demora, pero que no es adecuada por no ser congruente o proporcional, la consecuencia de ello será el rechazo de la medida solicitada analizándose la posibilidad de su variación por otra que sea congruente y proporcional, concediéndose por el juez eventualmente la medida adecuada no solicitada; **ii)** En segundo lugar, está el supuesto de una medida peticionada que goza de una ordinaria verosimilitud y peligro en la demora, y es además adecuada por ser congruente y proporcional, pero que al tratarse de una medida temporal sobre el fondo se advierte que no goza de una extraordinaria verosimilitud o extraordinario peligro en la demora, la consecuencia de ello será el rechazo de la medida solicitada analizándose la posibilidad de su variación por otra medida que no sea la temporal sobre el fondo, concediéndose por el juez eventualmente la medida adecuada que no es temporal sobre el fondo y no ha sido solicitada. De este modo puede presentarse situaciones en las que habiendo verosimilitud y peligro en la demora se rechace por falta de una extraordinaria verosimilitud o un extraordinario peligro en la demora, la consecuencia podría ser la de adecuación, el juez podrá conceder una medida distinta a la temporal sobre el fondo, pero qué sucedería si además de no haberlo solicitado el operador jurisdiccional no aprecia como posible porque de las circunstancias actuales no lo advierte otra medida, no tendrá otra alternativa que el rechazo de la medida cautelar.

##### 4.3.4.2. Conceder adecuando en el caso emblemático

El análisis precedente significa la posibilidad que en el caso emblemático era una alternativa

<sup>10</sup> “El juez atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva dictará medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que (se aprecie verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora)”

<sup>11</sup> Por esto no es correcta la apreciación de Ariano Deho, (2004:p.1) que dice que el Código Procesal Civil “le da carta blanca al juez para que determine, sin límites aparentes, el contenido de la medida cautelar a conceder”.

conceder la medida cautelar adecuándola por otra menos gravosa, que no tuviera la naturaleza de una temporal sobre el fondo. Pero ¿cuál medida podía concederse? ¿Acaso una de no innovar que ordenara que se mantenga la situación del demandante en su grado vigente? La alternativa de conceder “adecuando” exigía una argumentación y una imaginación de atender a una medida adecuada no irreversible que a su vez de justificar con un discurso la naturaleza de la variación y con ello un discurso argumentativo sólido, no constituyera una temporal sobre el fondo.

#### 4.4. El discurso justificativo de la Resolución Cautelar

La solicitud cautelar fue concedida mediante Resolución Número uno de fecha 14.03.08, motivándose en relación a la verosimilitud del derecho invocado, en que se había comprobado con los documentos adjuntados que la demandante ocupaba el puesto número catorce del Escalafón de Oficiales Coroneles en situación de actividad, que había sido declarado apto mediante orden General Número 10 del 31 de Octubre de 2007 para postular al grado de General, que contaba con los otros requisitos exigidos como ser egresado y diplomado del INAEP con más de veintiocho años de servicios en la institución cursos de perfeccionamiento de la Escuela Superior de la PNP durante los años de 1985 y 1989 así como que no registraba sentencia judicial condenatoria con pena privativa de la libertad consentida o ejecutoriada durante toda su carrera, que no registraba juicios pendientes ni investigaciones administrativo disciplinarias ante los tribunales administrativos disciplinarios ni sanciones y que era su tercera postulación al proceso de ascenso a General. Asimismo se tuvo presente la inobservancia al debido proceso administrativo pues no se cumplió con la Directiva N° 01-02-2007-DGPNP-DIRREHUM-A “Normas y Procedimientos para el Proceso de Selección y Ascenso a los grados de Teniente General y General de la Policía Nacional del Perú” al no acceder a ninguna vacante para el proceso de ascenso del año 2007- promoción 2008 al haberse otorgado vacantes a Oficiales Coroneles que habían sido declarados inaptos para dicho proceso así como no cumplían con los requisitos mínimos requeridos para su promoción en el cargo.

En relación a la adecuación de la medida el considerando décimo séptimo hizo referencia que “la Ley N° 27584 señala que son especialmente procedentes las medidas cautelares de innovar y de no innovar por ende, a efectos de asegurar la efectividad de la sentencia que puede emitir en el principal y teniendo en cuenta que la medida solicitada resulta adecuada, considerando que la medida innovativa es la adecuada respecto de lo solicitado...por lo cual resulta pertinente por ahora”.

Ante ello el Procurador Público mediante escrito presentado con fecha 25.04.08 solicitó la variación de la medida cautelar informando que no corresponde otorgar el ascenso al grado de General de Policía Nacional del Perú, al Ministerio del Interior ni menos a la Dirección General de la Policía Nacional del Perú, señalando que el mandato es jurídicamente imposible al contravenir lo dispuesto en el artículo 172° de la Constitución Política del Estado Peruano; lo que dio lugar a la Resolución N° 10 de fecha 29.04.08, en la que identificando que el pedido no es de variación de medida cautelar sino de la imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a su mandato, declara improcedente el pedido de Variación de Medida Cautelar, por no cumplir con el presupuesto del artículo 617° del Código Procesal Civil (que regula la variación de la medida cautelar); siendo que mediante resolución N° 12 de fecha 28.04.08 invocando el artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial requiere al Ministerio del Interior como al Director General de la Policía Nacional del Perú, el cabal cumplimiento de lo dispuesto en la resolución N° 1 en el plazo de diez días bajo apercibimiento de Ley.

### 5. Reacción contra el activismo judicial

#### 5.1. Reacción y cultura de tutela abstenida

Por “Cultura de Tutela abstenida” entendemos un “tipo ideal” al estilo weberiano<sup>12</sup>, que se presenta como una construcción edificada sobre el opuesto contrafáctico de la cultura jurídica propia del Estado Constitucional, donde se posiciona un juez propio de un Estado Constitucional con valor de “tutela judicial efectiva”. El nombre “abstenida” alude a su sentido lingüístico de privarse de algo que en relación a la justicia es privarse de su propia esencia

<sup>12</sup> Los “tipos ideales” contruidos y empleados por Max Weber fueron concebidos como construcción conceptual que encuentra su material paradigmático esencialmente en las realidades de la acción social a partir de las cuales crea conceptos generalizantes puros, con el propósito de utilidad para la imputación causal histórica de los fenómenos culturalmente importantes, sin que coincida plenamente con una realidad histórica determinada sino que permita comprenderla empleando eventualmente para su comprensión más de un tipo ideal. Lo expresado es un parafraseo casi textual de Weber, 1984: p.16.

de su propia razón de ser que es impartir justicia<sup>13</sup>. De este modo “Cultura de Tutela Abstenida” o “cultura abstenida” aludiría a una determinada visión de mundo, de hábitos, de creencias, de actitudes vinculadas al quehacer judicial donde se desarrolla una “tutela abstenida”, la cual es propia de un Estado Legislativo. La vigencia hipotética de este Estado se aprecia en la reacción que generó las medidas adoptadas por los jueces activistas.

## 5.2. La denuncia ante el OCMA

La concesión de medidas cautelares fue puesta a conocimiento del Órgano de Control de la Magistratura del Poder Judicial, a través de una denuncia del Ministerio de Justicia, lo que tempranamente, con su misma calificación dio origen a una medida provisional disciplinaria consistente en la separación momentánea del magistrado (resolución de abstención), de fecha cinco de junio del año 2008, la cual fue revocada, después de más de un año por el Órgano de control de segunda instancia, esto es el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

## 5.3. Crónica del correlato mediático

El caso de los ascensos fue de conocimiento público, su emisión fue noticia, trascendió tanto a la prensa televisiva como a la prensa escrita, las

cuales, manifestaron un gran interés con relación al procedimiento disciplinario que se inició contra la magistrada Alicia Salinas, por haber concedido -entre otros- el ascenso del Coronel PNP Juan José Santiváñez Marín a través de una medida cautelar, lo cual cobró singular importancia para la población al transmitir estos medios de comunicación la actitud de esta jueza y de personajes del Poder Ejecutivo como la entonces Ministra de Justicia (Rosario Fernández) y el ex Ministro del Interior (Luis Alva Castro); además de las propias deducciones que estas fuentes de información transmitieron. Así por ejemplo el ex Ministro del Interior, Luis Alva Castro expresó públicamente su oposición al otorgamiento de la medida cautelar efectuada por la Magistrada Alicia Salinas mediante la cual ascendió provisionalmente a un Coronel de la PNP, en base a que dicha decisión atentaría contra lo prescrito en el artículo 172° de la Constitución Política del Perú, por lo que se negaba en su calidad de Titular del Interior a cumplir con dicha decisión<sup>14</sup>, declaración reiterada en otros medios de prensa<sup>15</sup>. En similar orientación la ex Ministra de Justicia, Rosario Fernández manifestó que la concesión significaba un mal uso de las medidas cautelares y un exceso por parte de esta juzgadora, razón por la cual hizo pública su solicitud ante la Jefa del OCMA de que se investigue el ascenso del Coronel PNP Juan José Santiváñez Marín<sup>16</sup>, adjetivándola de hecho absolutamente

<sup>13</sup> En esto recogemos la distinción a modo complementario de la diferencia entre “Tutela jurisdiccional efectiva” y “tutela abstenida”: “En símbolos alegóricos la “tutela judicial efectiva” se representa por una mujer con vendas en los ojos, una espada en la mano y en la otra una balanza; por el contrario, a la tutela abstenida sugerimos representarla sin espada ciertamente con vendas en los ojos una balanza en la mano izquierda y vacía en la derecha luego de haberse colocado la papa en la vagina. El tubérculo como representación no de poder sino de potencial fecundo (que en la labor jurisdiccional debe entenderse el propio juicio, el propio criterio sustentado en la razón y la voluntad propia comprensiva de los valores constitucionales) que sin embargo se emplea como contrapoder, como autocontrol sobre sí misma a punto de privarse de su propia razón de ser, de su aspecto más fecundo y fértil, porque precisamente el Juez cuando se encuadra dentro del tipo ideal de la tutela abstenida renuncia a asumir su propio criterio, por temor a ser sancionado, elige la opción interpretativa más cómoda, la que ignora los principios constitucionales, satisfaciendo con ello un requerimiento evidente de la sociedad civil el de: mayor productividad en el menor tiempo posible”. (Véase Quispe Salsavilca, 2010).

<sup>14</sup> Véase Diario El Correo, p. 5 del miércoles 4 de junio de 2008. Noticia: “ANUNCIA ALVA CASTRO IRÁN AL TC” donde se dice: “El Ministro del Interior acudirá al Tribunal Constitucional para impedir que se viole la Carta Magna como pretende el fallo de la jueza Salinas, que ordena ascender en forma provisional a un oficial. “Vivimos en un Estado de Derecho y voy a pelear hasta el final para que el TC nos dé la razón, porque si queremos limpiar la institución no puede ser que se sigan cometiendo errores y se mantenga a personas que han sido sancionadas y castigadas”, sostuvo el titular del sector, Luis Alva Castro”.

<sup>15</sup> Véase Diario Perú 21, Sección: “POLITICA”, p. 8. del Jueves 5 de junio de 2008. Noticia: “MINISTRO NO ACATARÁ FALLO QUE ASCIENDE A OFICIAL PNP”. Se trata de la medida cautelar que ordena dar el grado de general a coronel José Santiváñez. (...) El ministro del Interior, Luis Alva Castro, aseveró ayer que no acatará la resolución judicial que ordenó ascender al grado de general al coronel PNP José Santiváñez Marín pues, según su lectura de la Constitución, el único que puede ordenar esta disposición es el presidente de la República. La resistencia del ministro a la decisión de la jueza Alicia Salinas fue respaldada por el Director General de la Policía, Octavio Salazar, por la abogada del despacho ministerial, Nora Chacaltana, y por el procurador del sector, Pedro de las Casas, quienes acompañaron a Alva en la rueda de prensa convocada para hablar sobre este tema “El Poder Judicial, a través de una magistrada, no está facultado para otorgar ningún ascenso, no se puede acatar la resolución que asciende a los señores oficiales a un grado superior, no se puede, el propio Tribunal así lo sostiene”.

<sup>16</sup> Véase Diario Oficial “El Peruano”, Sección: “DERECHO”, p. 14. Del Martes 3 de junio de 2008. En primera plana, Rosario Fernández, Ministra de Justicia “PIDE EVITAR MAL USO DE MEDIDAS CAUTELARES”. Noticia: “PIDEN A LA OCMA EVITAR MAL USO DE MEDIDAS CAUTELARES”. “La Ministra de Justicia consiguió ayer el compromiso de la jefa de la OCMA, Elcira Vásquez, de que se sancionará a la jueza Alicia Salinas, quien la víspera ordenó -vía medida cautelar- que el Ministerio del Interior y la PNP asciendan provisionalmente al coronel PNP Juan José Marcelino Santibáñez Marín al grado de general, en oposición al artículo 172° de la Constitución, que señala que el Presidente de la República es el que otorga los ascensos en la PNP y la FFAA”.

escandaloso<sup>17</sup>, preocupación compartida por el propio Presidente del Poder Judicial<sup>18</sup>; a lo que hay que agregar el discurso apologético de la abstención a la magistrada sucedido con ocasión de la separación provisional disciplinaria de la magistrada por parte de los mismos actores.<sup>19</sup> Este correlato mediático en contra del evento activista quedaría sin embargo de algún modo equilibrado a nivel mediático en sus inicios por cuanto, en

diversas entrevistas efectuadas por diarios de prensa televisiva y escrita, donde la magistrada involucrada manifestó que su polémica decisión que autorizó el ascenso provisional del coronel Juan José Santiváñez Marín estuvo arreglada a Ley<sup>20</sup> y que la opinión de estos personajes se trataría de una interferencia a su independencia jurisdiccional<sup>21</sup>, a lo que hay que sumar el discurso neutral de varios representantes de la comunidad

- <sup>17</sup> Diario Oficial "El Peruano", Sección: "POLITICA", Pág. 6. Del Miércoles 4 de junio de 2008. **Noticia:** "ES NECESARIA UNA REFORMA DE JUSTICIA" y debajo en resaltada la palabra: "Infracción" cuyo acápite indicaba: "Fue clara en señalar, sin embargo, que el Jefe del Estado no va a ser obligado, como pretende esta medida cautelar, a violar la Constitución./ Fernández formuló estas declaraciones al referirse nuevamente a la resolución de la Jueza Alicia Salinas, que ordena, bajo una medida cautelar, un ascenso provisional de un coronel al rango de general de la Policía Nacional del Perú (PNP), hecho que atenta contra la seguridad jurídica del país./ Resolución sobre ascenso. / Este es un caso absolutamente escandaloso y si he ido al Poder Judicial es como una ciudadana más que cumple su función. Son casos que atentan contra la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Inclusive en otra resolución se asciende dos grados a un mayor, inmediatamente a coronel./ Se mostró, asimismo, consternada por el hecho de que los 25 casos presentados ante la Corte Superior de Lima para ascensos, sean 16 los que tiene en su despacho la referida magistrado, titular del 9º Juzgado".
- <sup>18</sup> Diario Expreso, p. 8. del Miércoles 4 de junio de 2008. **Noticia:** "MINISTRA EJERCIÓ SU DERECHO CIUDADANO". "El Presidente del Poder Judicial (PJ), Francisco Távora Córdova, dijo ayer compartir la preocupación adoptada por la Ministra de Justicia, Rosario Fernández, por el caso de la juez Alicia Salinas, que ordenó al Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú (PNP) ascender provisionalmente al Coronel Juan Marcelino Santibáñez Marín al grado de general./ "Comparto la preocupación de la Ministra de Justicia; al final será la Ocmá que, en ejercicio de la autonomía que le compete, analizará esa situación y decidirá si abre proceso disciplinario o no", precisó".
- <sup>19</sup> Diario Oficial "El Peruano", Sección: "POLITICA", p. 4. del Domingo 8 de junio de 2008. **En primera plana**, en la portada: "Luis Alva Castro, ministro del Interior" y: "OCMA ACTUÓ EN DEFENSA DE LA PNP". **Noticia:** "OCMA DEFIENDE A PNP". "La Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) del Poder Judicial actuó en defensa de la institucionalidad al suspender del cargo a la Jueza Alicia Salinas, denunciada por tramitar irregularmente demandas de ascensos y reincorporación de efectivos de la Policía Nacional del Perú (PNP) y el Ejército", dijo el Ministro del Interior, Luis Alva Castro. (...) Agregó que el Presidente de la República es quien otorga los ascensos a los generales y la medida cautelar dictada por la magistrado constituye una clara infracción a la Constitución y en las Leyes en las que esto está expreso".
- <sup>20</sup> Diario Expreso, Pág. 2 del miércoles 4 de junio de 2008. **En primera plana**, en letras pequeñas: "Oficiales afirman que se han cometido errores al dejarlos de lado en el proceso de ascenso. Jueza responde a Ministra Fernández" además: "2600 DEMANDAS POR ASCENSOS POLICIALES" **Noticia:** "JUEZA DEFIENDE SU FALLO CONTRA VIENTO Y MAREA". "A pesar de la ola de críticas en su contra, la jueza Alicia Salinas Larriviére negó ayer haber actuado a espaldas de la Ley y la Carta Magna, al dictar una medida cautelar para disponer el "ascenso provisional" del Coronel PNP Juan José Santibáñez Marín al grado de general de dicha institución policial".
- <sup>21</sup> Diario La República, Sección: "POLITICA", p.7 del Jueves 5 de junio de 2008. **En primera plana**, se dice: "HABLA JUEZA DE LOS POLICIAS". **Noticia:** "LA MAYORÍA DE LOS 800 EXPEDIENTES CONTRA PNP EN LIMA ES POR ASCENSOS" precediendo a la entrevista a la magistrada Alicia Salinas, que se detalla a continuación: "- La Ministra de Justicia, Rosario Fernández, cuestionó que usted vea 16 demandas contra la Policía, como la que presentó el Coronel Juan José Santiváñez, ¿Qué otros juzgados ven casos de ese tipo? - Nosotros somos 25 juzgados contenciosos y en 24 de ellos por lo menos hay muchos de estos procesos. Y es así porque el juez titular de ese juzgado ha sido procurador en el Ministerio del Interior y por ello se está inhibiendo del conocimiento de estos procesos.(...) ¿Por los ascensos? - Por distintas cosas, pero la mayoría es por ascensos, porque ha habido irregularidades en el proceso, tal como yo lo advertí en la resolución que es materia de cuestionamiento (el caso del Coronel Juan José Santibáñez) por el Ministerio del Interior ante la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA). -¿Los juzgados de provincia también tienen casos de ascenso? Claro que sí, contra la Policía hay miles. -¿Cuántos expedientes de esta naturaleza ve su juzgado? -Por lo menos más de 60. - ¿Y hubo irregularidades en el caso del coronel Santiváñez? -En este caso yo verifiqué que el proceso de ascenso no fue regular porque hay directivas que dicen los requisitos para un ascenso. El solicitante los cumplía y estaba dentro del escalafón de aptos, sin embargo, han sido ascendidos otros que no estaban en la lista de aptitud y que no cumplían con los requisitos. (...) -El ministro del Interior, Luis Alva Castro, indicó que no es competencia de un juzgado ordenar ascensos, sino del Presidente de la República... -El artículo 172 efectivamente señala que el presidente es el que otorga los ascensos, siempre y cuando éstos sean arreglados a Ley. Esto también lo ha dicho claramente el Tribunal Constitucional, cuando dice que las prerrogativas del Presidente no están fuera del control Constitucional. Entonces, las resoluciones que de el presidente también tienen que estar arregladas a derecho. -El procurador del ministerio del Interior, Pedro de las Casas, argumentó que no se ha ejecutado la medida cautelar porque hay una apelación pendiente... - El Código Procesal Civil refiere que no se puede conceder una apelación hasta que no se ejecute la medida cautelar, y como ellos no lo han hecho, no se ha podido conceder la apelación. Pero hay otras medidas similares en otros casos que sí se han ejecutado... -Así es. Las salas contenciosas y otros juzgados también han ordenado ascensos provisionales. La señora ministra dijo que lo más escandaloso era que se trataba de un ascenso provisional, pero esa es la naturaleza de las medidas cautelares, la provisionalidad. Se dan estas medidas cuando se advierte que hay bastantes probabilidades de que la sentencia ampare la demanda presentada. En base a ello yo he resuelto. -¿Por qué cree que se ha presentado una queja solo contra usted cuando otros juzgados han dictado medidas similares? -El Ministro del Interior presentó directamente al doctor Távora, diciendo que se mostraba preocupado por las medidas cautelares que estaban tomando algunos jueces. Eso quiere decir que no solo era yo quien había emitido ese tipo de resoluciones, sino en todo el país. (...) -¿Cree que la presencia de la Ministra de Justicia, Rosario Fernández, en la OCMA fue una injerencia política? -Yo me siento presionada porque su

académica como Samuel Abad<sup>22</sup>, César Valega y Aníbal Quiroga<sup>23</sup> quienes interpretaron las declaraciones de los actores del Poder Ejecutivo como la expresión de una disconformidad respecto de las decisiones que adopta el organismo encargado de la administración de justicia en el país en el tema específico de los ascensos y reposiciones del personal policial, pero coincidieron en la necesidad de aclarar que prima en el actual Estado de Derecho el respeto a las decisiones del Poder Judicial, ya sea en casos, privados y públicos, como en los penales, por lo demás ciertas opiniones de la prensa expresaban la sospecha de una actitud no muy coherente del Ejecutivo<sup>24</sup> y que quizás no pocos ascensos

dados por el Ejecutivo habían sido irregularmente concedidos<sup>25</sup>.

#### 5.4. Las Medidas de Abstención

Por Resolución de fecha 05 de junio de 2008 la Oficina de Control de la Magistratura dispuso la abstención de la Magistrada en tanto se resuelve su situación laboral, en el Procedimiento Disciplinario acumulado 68-20008, 73-2008, 5454-2008, 6061-2008, 5292-2008, 5293-2008, 5294-2008, 5295-2008 y 5297-2008 por las irregularidades advertidas en los expedientes 2006-46466-0-1801-JR-CI-09 y 2007-2848-0-1801-JR-CI-09.

*presencia puede ser un político frente a mi resolución, que es un tema netamente jurisdiccional. Pero también me siento segura de mi resolución, ese es el principal escudo que me respalda”.*

<sup>22</sup> Diario La República, p. 9. Del Miércoles 4 de junio de 2008. **Noticia: “PRECISIONES”** en un recuadro se numeró la siguiente opinión:

*“1 Fundamentos. El constitucionalista Samuel Abad expresó que la resolución de la magistrada Alicia Salinas está fundamentada, al haber hallado indicios que revelan que no se tomaron en cuenta los requisitos legales establecidos para el ascenso.*

*2 Debe cumplirse. Indicó que por regla general las medidas cautelares deben cumplirse de inmediato, y eso debió hacer el Ministerio del Interior, independientemente de presentar un apelación si no estaba de acuerdo con su contenido, o de presentar una queja ante la OCMA. Dijo que si bien la Ministra de Justicia, Rosario Fernández, tienen derecho a opinar, es función de los procuradores ver los juicios del Estado.”*

<sup>23</sup> Diario Expreso, p. 11. Viernes 6 de junio de 2008. **Noticia: “EL PODER JUDICIAL SÍ PUEDE PRONUNCIARSE SOBRE ASCENSOS”** se detalló las entrevistas de este modo: *“...Valega resaltó la atribución que tiene el PJ para revisar los actos administrativos.”/ “El Poder Judicial de acuerdo a nuestro Estado de Derecho tiene la potestad de administrar justicia en todos los casos y aclarar la situación que en la vía administrativa, pública o privada pueda ser considerada injusta”, dijo en dialogo con EXPRESO./ Explicó que cuando hay un proceso relativo a una situación militar o policial, el Estado tiene la posibilidad de presentar los argumentos que sustentan su decisión pero lo que no se puede impedir es que finalmente decidan.(...)/ De similar parecer fue Aníbal Quiroga, quien al ser consultado por este diario, manifestó que por mandato de la Constitución los poderes políticos (ministerios) deben acatar los fallos y resoluciones judiciales, pero al mismo tiempo sostuvo que éstos deben ser razonables y ajustados a derecho. / “ Si hay controversia en acatar un fallo y su viabilidad o legalidad, eso puede ser corregido por la Corte Superior”, apuntó tras precisar que hace falta jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de medidas cautelares porque algunas de ellas son notoriamente improcedentes e insostenibles”.*

<sup>24</sup> Diario Perú.21, Reportaje de Roberto Cáceres. p. 6 del Miércoles 4 de junio de 2008.

**Noticia: “PARA LA OCMA, TITULAR DE JUSTICIA ARMÓ UN “SHOW”: “Ministra ocultó que, hace 43 días, ya existe un proceso a la juez que favoreció a coronel PNP(...) Perú.21 ha comprobado -con personal del propio Control Interno- que la titular de Justicia no dijo toda la verdad sobre este tema.**

*(...) Al respecto ha quedado demostrado que la queja fue presentada por el procurador del Ministerio del Interior, Pedro De las Casas, y que el 22 de abril pasado se le notificó que se había abierto proceso preliminar a la magistrada.*

*Eso significa que, hace 43 días, ya existe un proceso en la OCMA contra la jueza Salinas por haber dispuesto el ascenso provisional al grado de general del coronel PNP Juan José Santiváñez Marín.(...)/ Los miembros de la Oficina de Control de la Magistratura, con quienes conversó este diario, señalaron que la ministra conocía que se iba a pasar a la segunda etapa de la investigación, y esta habría sido una de las razones para que saliera ante la prensa pidiendo, supuestamente por primera vez, que se abra proceso a la jueza Salinas, cuando en realidad ya hay un proceso y este entrará en su segunda etapa.*

*Por estas consideraciones, dicho personal indicó que el organismo de control interno considera todo este episodio como un show de la ministra”.*

<sup>25</sup> Diario La República, Sección “Política”. Reportaje de María Elena Castillo. p. 6. del jueves 5 de junio de 2008. **Noticia: “POLICIAS RECLAMAN POR ASCENSOS”.** *“ El caso del Coronel Juan José Santiváñez Marín es solo la punta del iceberg, pues hay más de 2 mil 600 demandas presentadas ante el Poder Judicial por oficiales de la Policía Nacional solicitando su ascenso al grado superior porque consideran que han cometido errores al desembarcarlos del proceso de selección (...) Su hijo y abogado José Santiváñez Antunéz defiende alrededor de 700 de estos casos, varios de los cuales han sido ya atendidos en base a una medida cautelar, similar a la que dictó la jueza Salinas./ “Aquí tengo 60 resoluciones de ascensos obtenidos en los últimos tres años, sea por una sentencia judicial o por una medida cautelar, tanto para el grado de coronel como para el de general. Así que es mentira que un juez no se puede pronunciar sobre este tema, como aseguran ahora “, sostuvo, mostrando varias resoluciones ministeriales suscritas por el actual ministro del Interior, Luis Alva Castro, y una RS suscrita por el Presidente Alan García. (...)/ “Tal como figura en el escalafón de recursos humanos de la Policía, mi padre se ubicó en el puesto 14 del cuadro de mérito. El año pasado se dieron 20 vacantes y él debía ascender. Lo raro es que se quedaron los 20 oficiales que estaban primeros, y en lugar de ello ascendieron a los puestos 42, 57, 66, 139 y 148, entre otros “, advirtió. Explicó que no se ha respetado la directiva que norma los ascensos a general al haber ascendido por ejemplo, al general Antero Huaroto, que no cumple la exigencia de ser egresado del CAEN o el Instituto de Altos Estudios Policiales (INAEP)./ “La norma también dice que no deben tener juicios ni investigaciones pendientes, pero tres de los coroneles ascendidos estaban siendo investigados. Además, primero debían ser declarados aptos para el ascenso, sin embargo, la institución policial declaró inaptos a dos de los ascendidos”, reveló con documentos en mano./ Precisamente la Jueza Alicia Salinas evaluó todas estas situaciones y el 14 de marzo pasado dictó medida cautelar a favor del*

### 5.5. El Discurso justificativo de las imputaciones del Órgano de Control

La Oficina de Control de la Magistratura de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Investigación 00157-2008-Lima a través de la Resolución N° 26 del 15 de Enero de 2009, llegó a proponer la destitución de la magistrada Alicia Dolores Salinas Larriviére por su actuación como juez Suplente del Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo atribuyéndole fundamentalmente los siguientes cargos:

- La emisión de mandatos judiciales que ordenaban la reincorporación de oficiales, suboficiales y de servicios de la Policía Nacional del Perú (PNP) legalmente ordenaba sus ascensos hasta por más de un grado, puntajes, reconocimiento de tiempo de servicios y demás prerrogativas con la finalidad de conseguir beneficios que solo pueden ser otorgados por el Poder Ejecutivo, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por Ley. Apreciándose específicamente el siguiente discurso: “(...)la jueza investigada Alicia Dolores Salinas Larriviére, en la tramitación de cuadernos cautelares derivados de los expedientes administrativos 2006-46466-0-1801-JR-CI-09(...) concedió lo petitionado por los accionantes en dichas causas, generando ascensos provisionales que no estaban previstos en la legislación que en cada caso reguló las jerarquías y ascensos de la Policía Nacional del Perú, siendo que en dichas normas (Decreto Legislativo N° 745 -vigente para las promociones de mil novecientos noventa y uno a dos mil seis- y las Leyes N° 28757 y N° 28857 -vigentes para las promociones dos mil siete, dos

mil ocho y dos mil nueve), únicamente se han previsto ascensos definitivos al grado inmediato superior como resultado de una evaluación de méritos y deméritos de cada postulante previo cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas que han regido para cada proceso; lo cual concuerda con lo vertido en la sentencia recaída en el expediente N° 1338-2004-AA/TC<sup>26</sup>(...), encontrándose por ello acreditada la vulneración al principio de legalidad previsto en el artículo sexto del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial referido a los principios procesales de la Administración de justicia<sup>27</sup>(...)”;

- La presunta irrogación de facultades inherentes al Presidente de la República en contravención al artículo 172° de la Constitución Política del Estado, en el caso de ascenso a generales y tenientes generales, vulneración al artículo 168° de la misma, respecto a los demás grados y de la Ley N° 28805, respecto a los actos administrativos que habían sido resueltos por un comisión especial creada por dicha Ley<sup>28</sup>. Advirtiéndose en el Considerando Décimo Segundo de la Resolución N° 26 del 15 de Enero de 2009 el siguiente texto: “(...) conforme al segundo párrafo del artículo 172° de la Constitución Política del Estado: “Los ascensos se confieren de conformidad con la Ley. El Presidente de la República otorga los ascensos de los generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y de los generales de la Policía Nacional, según propuesta del instituto correspondiente”, lo cual implica que los ascensos deben efectuarse conforme a lo regulado por la norma correspondiente,

coronel Santiviáñez, indicando que el proceso de ascenso 2007 para los grados de teniente general y general de la Policía “no se ha desarrollado de conformidad con las normas previstas” y ordena que lo asciendan provisionalmente en un plazo de tres días.(...)/ Pero, además, porque existe el peligro de que la demora del proceso contencioso administrativo perjudique aún más al oficial, ya que podría ser invitado al retiro por renovación al haber solicitado el ascenso por tercera vez”. Así también véase Diario La República, Reportaje de Marcela Canales. Pág. 10 y 11. **Del Viernes 6 de junio de 2008.** Donde se afirma En primera plana, en letras pequeñas: “General confirma primicia de Expreso” y en letras grandes: **“ASCENSOS PNP FUERON A DEDO”**. Al interior, la Noticia: **“SÍ HUBO IRREGULARIDADES EN ASCENSOS PNP EL AÑO PASADO”** “La conferencia de prensa ofrecida el último miércoles por el ministro del Interior Luis Alva Castro, sobre el tema de los ascensos de la Policía Nacional del Perú (PNP), en la que afirmó que solo lograron el grado superior los que tenían los méritos suficientes para hacerlo y que todo responde a un minucioso trabajo de elección por capacidades, le podría costar caro al titular del sector. Sucede que ante esas declaraciones de Alva Castro, en todo momento fue respaldado por el Director PNP, Octavio Salazar Miranda, un testigo clave que ha salido al frente para manifestar que si hubo irregularidades en el proceso de ascenso de coroneles a generales del año 2007”.

<sup>26</sup> “Por otro lado el ascenso de los oficiales de Policía Nacional no es automático, sino que requiere de un proceso de evaluación de carácter eliminatorio, regulado por el Reglamento de Ascensos para Oficiales de la Policía Nacional del Perú aprobado por el Decreto Supremo N° 022-89-IN del catorce de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, el mismo que contempla diversos factores de evaluación y selección para determinar el orden de méritos, tales como tiempo de servicios reales y efectivos, rendimiento profesional, ser declarado apto A en la ficha médica del año del proceso de ascenso, pruebas de aptitud física y de tiro, pruebas de conocimientos, experiencia para el servicio policial, moral y disciplina. Solo al final del proceso el ascenso de los oficiales es otorgado por Resolución Suprema”.

<sup>27</sup> Véase (Considerando Décimo de la Resolución N° 26 del 15 de Enero de 2009).

<sup>28</sup> A partir del tercer cargo se trata de imputaciones adicionadas de oficio en el trámite del Expediente 2006-46466-0-1801-JR-CI-09.



aspecto que ha sido expresado en el considerando relativo a la infracción al principio de legalidad, empero también supone que existen dos presupuestos que deben cumplirse para el ascenso de los Generales de la Policía Nacional, esto es, primero, que el instituto correspondiente debe proponer el ascenso de determinado Oficial candidato (para cuyo efecto debe haber cumplido los requisitos exigidos por el reglamento de la institución), y segundo que dicho ascenso sea otorgado por el Presidente de la República; supuestos que no se han cumplido en la tramitación del expediente N° 2006-46466-0-1801-JR-CI-09 seguido por Juan José Marcelino Santibáñez Antúnez contra el Ministerio del Interior y el Director General de la Policía Nacional del Perú, en el cual se aprecia que la Jueza investigada por resolución del catorce de marzo de dos mil ocho ordenó a los demandados proceder con el ascenso provisional del demandante al grado de General de la Policía Nacional a partir del primero de enero del dos mil ocho, con lo cual queda acreditada no solo la inobservancia de la prerrogativa del Presidente de la República prevista en la Constitución Política del Estado, sino que dicha inobservancia se vería seriamente agravada al haberla soslayado con conocimiento pleno de su existencia, al haberla invocado en el quinto considerando de la aludida resolución”.

- No haber motivado las razones de excepcionalísimas que ameritarían una medida cautelar temporal sobre el fondo, vulnerando el deber de motivación, señalando específicamente que: “(...) la jueza investigada Alicia Dolores Salinas Larriviere, en la tramitación de cuadernos cautelares derivados de los expedientes administrativos N° 2006-46466-0-1801-JR-CI-09(...) concedió lo peticionado por los actores disponiendo sus ascensos provisionales a través de medidas innovativas, no obstante que las solicitudes de estos contenían pedidos de medidas temporales sobre el fondo las cuales buscaban ejecutar de manera anticipada lo que iba a ser materia de pronunciamiento del juez en su sentencia, sin expresar siquiera las razones excepcionalísimas que justificaban el dictado de esa medida, menos las razones por las cuales dicha magistrado adecuó los pedidos de los actores a tal modalidad cautelar; lo cual implica grave

afectación al principio de motivación regulado en el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>29</sup>(...)”. (Véase Considerando Décimo Primero de la Resolución N° 26 del 15 de Enero de 2009).

- Haber violado el principio de congruencia, por cuanto en el quinto considerando pese a establecer que el ascenso a General es una prerrogativa del Presidente de la República, ordena al Ministro del Interior y al Director de la PNP que concedan el ascenso, conducta que importaría además un abuso de sus facultades al pretender que el Ministro del Interior y el Director General de la PNP ejerzan las prerrogativas del Presidente de la República;
- Haber vulnerado el principio de suplencia de oficio por cuanto no obstante identificar que el pedido formulado por el Procurador Público no correspondía a una variación de medida cautelar sino de a la imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a su mandato, declara improcedente el pedido de variación de medida cautelar por no cumplir con el presupuesto del artículo 617° del CPC. Motivando en el Considerando Décimo Cuarto de la Resolución N° 26 del 15 de Enero de 2009 lo siguiente: “(...) de lo actuado en el proceso N° 2006-46466-0-1801-JR-CI-09, seguido por Juan José Marcelino Santibáñez Antúnez se desprende que la Jueza investigada con fecha veinticinco de abril de dos mil ocho, recibió la solicitud del Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior cuya sumilla consignaba variación de medida cautelar, sin embargo su contenido revelaba la imposibilidad jurídica de los requeridos (Ministerio del Interior y Directo de la Policía Nacional del Perú) de cumplir dicha medida toda vez no estaban premunidos de tal atribución, ante lo cual la jueza Salinas Larriviere se limitó a declararlo improcedente por incumplir al artículo 617° del Código Procesal Civil, al no existir congruencia entre lo peticionado y la sumilla y al haber omitido consignar la medida por la cual debía sustituirse la anterior, lo cual evidencia que dicha magistrado ciertamente se abstuvo de cumplir con su deber de complementar o suplir de oficio las deficiencias advertidas en el escrito presentado, vulnerando así el principio de suplencia de oficio regulado por la Ley de la materia”.

<sup>29</sup> “Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente”.

- Haber dictado una medida innovativa pese a que solicitó una medida cautelar temporal sobre el fondo sin justificar su adecuación a dicha forma con la cual habría pretendido subsumir la medida cautelar dentro de los supuestos de procedencia especial de las medidas cautelares reguladas en el artículo 37° de la Ley N° 27584, vulnerando además el Principio de independencia e imparcialidad.
- Haber afectado el principio de Independencia e Imparcialidad, apreciándose en el considerando Décimo Quinto de la Resolución N° 26 del 15 de Enero de 2009 la siguiente justificación: *"(...)las conductas funcionales descritas anteriormente con ocasión de la tramitación de los procesos contencioso administrativo N° 2006-46466-0-1801-JR-CI-09 (...)que giraron a cargo de la jueza Alicia Salinas Larriviere, se aprecia una violación sistemática a diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico con el propósito de favorecer a los demandantes en dichas causas, lo cual no solo implica incumpliendo a sus deberes de sujeción a las garantías del debido proceso, sino también a los principios de imparcialidad e independencia que son inherentes a los magistrados de este Poder del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo dos de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>30</sup> (...) y el artículo dieciséis del mismo cuerpo normativo<sup>31</sup> (...), los cuales coinciden con el criterio asumido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 2465-2004-AA/TC de fecha 11 de octubre de 2004<sup>32</sup> (...)".*
- No haberse ajustado a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional, lo cual fue argumentado en el considerando Décimo Sexto de la Resolución N° 26 del 15 de Enero de 2009 con el siguiente texto: *"(...) de los actuados correspondientes en el cuaderno cautelar del expediente N° 2007-2748-3-1801-JR-CI-09 (...) se aprecia que por resolución de fecha veinticinco de marzo de dos mil ocho, la jueza investigada*

*concedió lo peticionado ordenando al Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú proceder a reincorporar provisionalmente a la situación de actividad al accionante -quien había pasado a la situación de retiro por causal de renovación de cuadros de dicha institución cuando ostentaba el cargo de Mayor de la Policía Nacional del Perú, pese a los prescrito por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N° 090-2004-AA/TC (...) en cuyo tercer fundamento se expresa que en atención a la importancia creciente del tema ese Colegiado decidió analizar su naturaleza e implicancia con vocación vinculante y en cuyo cuarto fundamento cita el criterio ya sentado por dicho Colegiado en la sentencia del expediente 1906-2002-AA/TC que considera que: "(...) el pase a la situación de retiro por causal de renovación de cuadros en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional es una facultad discrecional del Presidente de la República, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (...)", así como lo vertido en la sentencia del expediente N° 3246-2003-AA/TC referido a que: "(...) el ejercicio de dicha atribución no implica afectación de derechos constitucionales, pues el pase a retiro no tiene la calidad de sanción derivada de un proceso administrativo-disciplinario, sino que su única finalidad es, como se ha dicho la renovación constante de los cuadros de personal, conforme el artículo ciento sesenta y ocho de la Carta Magna (...), lo cual no ha sido considerado por la magistrado investigada al momento de resolver la medida cautelar y ordenar se conceda la reincorporación del demandante a las Fuerzas Policiales en el grado que ostentaban con antelación, esto es, Mayor de la Policía Nacional, infringiendo con ello su deber de resolver conforme a los criterio esbozados por el Supremo Tribunal Constitucional a través de sus sentencias vinculantes cuyo efecto erga omnes es de obligatorio cumplimiento para todas las instancias de este Poder del Estado conforme el Código Procesal Constitucional".*

<sup>30</sup> "El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente Ley".

<sup>31</sup> "Los Magistrados de instancia superior, pueden interferir en su actuación. Ninguna autoridad, ni siquiera los Magistrados de instancia superior, pueden interferir en su actuación. Están obligados a preservar esta garantía, bajo responsabilidad, pudiendo dirigirse al Ministerio Público, con conocimiento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sin perjuicio de ejercer directamente los derechos que le faculta la Ley".

<sup>32</sup> "El juez debe ser un sujeto que goce de credibilidad social debido a la importante labor que realiza como garante de la aplicación de las Leyes y la Constitución, lo cual implica, obviamente despojarse de cualquier interés particular o influencia externa. Por ello, su propio estatuto le exige la observación de una serie de deberes y responsabilidades en el ejercicio de sus funciones. Esto, a su vez justifica la existencia de un poder disciplinario interno para el logro de la mayor eficacia en el ejercicio de las funciones que constitucionalmente le han sido encomendadas".

## 5.6. La Reacción Legislativa

### 5.6.1 Modificación del Código Procesal Civil (Artículo 674° Modificado por el Decreto Legislativo N° 1069 del 28 de junio de 2008).

A efectos de comprender el significado de la modificatoria del Código Procesal Civil, decretada a solo tres semanas de adoptada la medida provisional de abstención el 28 de junio de 2008 mediante el Decreto Legislativo N° 1069, es preciso determinar cómo estuvieron reguladas en el texto primigenio del Código Procesal Civil, las medidas temporales sobre el fondo, labor que por contrastación permitirá confirmar o rechazar la espontánea inferencia sobre que dichos cambios normativos obedecen a una lógica restrictiva del legislador destinada a limitar las facultades de los juzgadores en el otorgamiento de las medidas temporales sobre el fondo.

Al respecto téngase presente lo descrito en el acápite 3.3.3 de este ensayo en que se muestra que inicialmente solo eran exigibles para el Juez, sin que ello sea conjuntivo la necesidad impostergable del solicitante o el fundamento de la demanda, siendo que la modificación del Decreto Legislativo N° 1069 sucedida el 28 de junio de 2008, ha modificado este artículo eliminado el disyuntivo “o” por una secuencia de requisitos separada por “coma” detallándose el siguiente texto:

*“Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o solo en aspectos sustanciales de ésta, **siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público**”.* (Resaltado propio)

De este modo al mismo tiempo que se convirtió en conjuntiva la exigencia de la extraordinaria

verosimilitud y el extraordinario peligro en la demora el legislador incorporó al texto original de la norma que regulaba las medidas cautelares sobre el fondo una exigencia adicional consistente en que el juzgador debe evaluar su impacto dado que únicamente será concedida: “...siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público”. Por consiguiente, el cambio normativo establecido se constituye como una norma restrictiva con relación al texto anterior a la modificatoria para este tipo de medidas cautelares, confirmándose la inferencia espontánea que hicieramos al conceptuar este texto como una reacción de la cultura abstentida propia del estado Legislativo.

### 5.6.2. Modificación de La Ley Contencioso Administrativa (artículo 39°)

La otra modificatoria corresponde al texto de la Ley especial contenciosa administrativa, concerniente a los requisitos de las medidas cautelares. El texto originario del artículo (36°) decía textualmente: “De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar”. Mientras que el texto modificatorio al regular el requisito de la verosimilitud del derecho invocado decía:

“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 actuación inmediata de la actuación impugnada”<sup>33</sup>.

De lo que se infiere, por contraste, que el cambio operado tuvo intencionalmente el propósito de darle el mismo tratamiento que al requisito de verosimilitud del derecho invocado, a los aspectos de la adecuación de la medida como afectación

<sup>33</sup> Artículo 39°.- Requisitos. La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante: 1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada; 2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión; 3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión. Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar. Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria. Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela.

al interés público e irreversibilidad, lo que significa que si no se cumple con la adecuación el operador debería rechazar la medida y no estar facultado para, en tal supuesto, adecuarlo.

Lo que sí, aparentemente hallaría una respuesta a esta interrogante, es el hecho de que dicha propuesta normativa surgiría como una reacción a los hechos acaecidos a inicios del mes de junio de 2008, referido al ascenso provisional ordenado a favor del Coronel de la PNP Juan José Santibáñez Antúnez mediante la concesión de una medida cautelar por parte de la magistrado Alicia Salinas Larriviere, que causó conmoción por los reclamos protagonizados por el Poder Ejecutivo a través del Ministro del Interior (Luis Alva Castro) y la Ministra de Justicia (Rosario Fernández), así como la opinión de la prensa y la comunidad jurídica por supuestamente ser dictada en contra del ordenamiento jurídico y las facultades del Presidente de la República previstas en el artículo 172° de la Constitución Política del Estado. En este caso, si bien a criterio de la magistrado Alicia Salinas esta medida cautelar se constituía en una de naturaleza innovativa, se ha observado que la misma, en realidad, también se constituía en la ejecución anticipada de lo que en el proceso principal se ordenaría con la sentencia de declararse fundada la demanda, esto es, de ascender a este efectivo policial al grado inmediato superior por no haber ascendido en el proceso de ascenso policial del año 2007.

## 6. Recomposición de la Tendencia hacia el Horizonte del Estado Constitucional

El desenvolvimiento de los hechos posteriores a la adopción de la medida de abstención se inclina a ratificar la tendencia del movimiento de nuestra cultura judicial de pase de una cultura abstenida propia de un Estado Legislativo a una cultura propia de un Estado Constitucional, esbozamos a continuación tres etapas.

Una primera donde la magistrada con el propósito de ser actor de una justicia independiente guardián de los derechos subjetivos seleccionara la alternativa activista; una segunda donde estas decisiones no alcanzaron el reconocimiento, durante ni después de lo sucedido, acaeciendo que el “novedoso criterio” no solo no diera origen

a una nueva jurisprudencia que asumieran los órganos superiores uniformemente sino que por el contrario el criterio fuera tempranamente abortado por sus mismos actores y originase una fuerte reacción de la cultura jurídica propia del Estado Legislativo al punto de golpearles en carne propia apartándoles de la función judicial y motivar un cambio legislativo, más restrictivo en materia cautelar; y una tercera etapa de recomposición de un movimiento cultural constitucionalista donde además del discurso seguido por la magistrada abstenida, el discurso neutral de los representantes de la comunidad académica recogida por la prensa, es relevante la opinión de la Defensoría del Pueblo referida expresamente al evento analizado con la siguiente expresión “Solamente se podrá permitir el control disciplinario judicial si la motivación es absolutamente irrazonable”<sup>34</sup> así como por cuanto obtuvieran los dos magistrados suplentes abstenidos la revocatoria de la medida de abstención impuesta por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y finalmente la total absolució<sup>35</sup>. Por consiguiente la reacción de la cultura del Estado Legislativo manifestada en una campaña mediática, en la adopción de la medida provisional de “abstención” así como en una reacción legislativa más restrictiva en la concesión de cautelares en general y contra el Estado en particular no alcanzó el consenso de la comunidad académica por lo que finalmente no pudo significar una total preeminencia del modelo del Estado Legislativo sino un continuar en el movimiento de mayor duración de nuestra cultura jurídica que va de un estado Legislativo al Estado Constitucional de mayor protagonismo de los jueces.

## Bibliografía

- APEL, Kart-Otto. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Introducción de Adela Cotrina. Traducción de Norberto Smilg. 1°ed. España: Ediciones Paidós. 1991
- ARIANO DEHO, Eugenia, *¿Jugar a ser dioses? La discrecionalidad del juez en el proceso cautelar*. En: Revista Jurídica del Diario Oficial EL PERUANO el 24 de Mayo de 2004, Número 3, Año 1. 2004
- ETO CRUZ, Gerardo. *El juez, señor del derecho*. Los nuevos retos del Poder Judicial. En: Diario Oficial EL PERUANO del 11 de agosto de 2011.

<sup>34</sup> Véase Oficio N° 008-2010-DP-AAC de fecha 18 de enero de 2010.

<sup>35</sup> Véase la Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 078-2011-CNM de fecha 23.02.11 publicada el 10 de marzo de 2011 que declaró fundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 245-2010-PCNM de fecha 05 de julio de 2010.

GONZALES MANTILLA, Gorki. *Los jueces*. Carrera judicial y cultura jurídica. 1° ed. Perú: Palestra. 2009.

LUJÁN SEGURA, Helder. *A propósito de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo*. Legislativo y judicial: ¿colisión de poderes? En: Revista Jurídica del Diario Oficial EL PERUANO el 20 de septiembre de 2005, Número 64, Año 2.

LLOSA BUENO, Claudia. *La Teta Asustada*. Guión Escrito. Incluye Dossier Crítico. Grupo Editorial Norma. Lima Perú. 2010

MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. 1° ed. Lima: Comunidad. 2002

PRIORI POSADA, Giovanni. *La Medida Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo*. Revista Jurídica del Diario Oficial EL PERUANO el 24 de Mayo de 2004, Número 3, Año 1. 2004

QUISPE SALSAVILCA, David. *Judge wars: Episodios en la Génesis del Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*. En: Revista Jurídica del Diario Oficial EL PERUANO el 05 de julio de 2005, Número 53, Año 2.

QUISPE SALSAVILCA, David. *Crítica a la tutela abstenida*. Ganador del Premio a la Investigación Jurídica 2010 organizado por la Universidad Privada Norbert Wiener. Fue publicado por JUSDEM en Revista Electrónica Justicia y Derecho, Año 4, N° 6, Julio 2011 y se puede ubicar visitando el siguiente enlace electrónico: <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/critica%20a%20la%20tutela%20abstenida.pdf>

QUISPE SALSAVILCA, David; LAMA MORE, Héctor; YAYA ZUMAETA, Ulises; AMPUERO GODO, Saúl; MEJIA COPACONDORI, Jesús; INOCENTE TORRES, Enver. *El proceso contencioso administrativo. Reflexiones y praxis desde la toga*. Editorial Cultural Cuzco, Perú, 2008.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Esbozo de sociología comprensiva. Traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. Segunda Edición en español, de la cuarta en alemán. Décimoséptima Reimpresión 2008. Fondo de Cultura Económica, México.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. 2da Edición. Valladolid: Editorial Trotta.