

III



REVISTA PERUANA
DE DERECHO PROCESAL

ESTUDIO DE BELAUNDE & MONROY ABOGADOS

Índice

I SECCIÓN DOCTRINA	11
PROCESO CIVIL Y COMERCIAL	13
Teresa Arruda Alvim Wambier	15
Distincão entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial	
José Bonet Navarro	33
"Citación de remate" y defensa del demandado	
Marcos Afonso Borges	51
A produção antecipada de prova no processo civil brasileiro	
Carlos Alberto Carmona	57
A Antecipação de tutela no Direito Processual Civil Brasileiro	
Mabel A. De Los Santos	69
Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas	
Oswaldo Alfredo Gozaíni	79
La ejecución provisional en el proceso civil	
Ángel Landoni Sosa	99
El abuso de los derechos procesales	
Manuel Lozano-Higuero Pinto	115
La obra procesal de Emilio Gómez Orbaneja	
Manuel Lozano-Higuero Pinto	123
Modernas tendencias -actuales y nuevas perspectivas ante el Nuevo siglo- del Derecho Procesal Civil	
José De los Santos Martín Ostos	143
Estado actual de la regulación de la Jurisdicción de menores en España y perspectivas de futuro	
Carlos Alberto Matheus López	155
La intervención voluntaria	



DIRECTORES

Javier de Belaunde López de
Romaña
Juan Monroy Gálvez

DIRECTOR FUNDADOR

Juan Monroy Palacios

COORDINADOR GENERAL

José Tam Pérez

INVESTIGACIÓN Y CONTENIDO

Sara Esteban Delgado
Yvo Cuba Copello

MIEMBROS

Reynaldo Bustamante Alarcón
Fernando Capuñay Chafloque
Carlos Danós Rochabrún
Gustavo De Vinatea Bellatín
Katarzina Dunin-Borkowski
Walter Guerrero García
Edwards Infante López
Luis Alberto Liñán Arana
Oscar Maúrtua Briseño-Meigis
Marco Antonio Palacios Meza
Rafael Prado Bringas
José Antonio Tirado Barrera
Ramiro Vidal Otiniano
Michael Vidal Salazar
Alfredo Villavicencio Ríos

SECRETARIA

Lola Castro Rodríguez

REVISTA PERUANA DE DERECHO PROCESAL

Miguel de Cervantes 280 . San Isidro
Lima 27 - Perú
Teléfax 221 1048
E-mail -proceso@chavin.rp.net.pe

ABRIL 1999 ©

COLABORADORES**ALEMANIA**

Kai Ambos
Albin Eser

ARGENTINA

Roland Arazi
Alberto Bovino
Juan Antonio Costantino
Mabel De Los Santos
Olsen Ghirardi
Atilio Carlos González
Oswaldo A. Gozáini
Juan Carlos Hitters
Ángela E. Ledesma
Augusto Mario Morello
Jorge W. Peyrano
Adolfo Armando Rivas
Oscar A. Zórzoli

BRASIL

Teresa Arruda Alvim Wambier
José Carlos Barbosa Moreira
Marcos Afonso Borges
Carlos Alberto Carmona
Antonio Carlos Marcato

COLOMBIA

Hernando Devís Echandía
Jorge Flores Gacharná
Jairo Parra Quijano

CHILE

Alex Carocca Pérez

ESPAÑA

Perfecto Andrés Ibáñez
José Bonet Ramos
Juan Luis Gómez Colomer
Jesús González Pérez
Manuel Lozano-Higuero y Pinto
Borja Mapelli Caffarena
José de los Santos Martín Ostos
Juan Montero Aroca
Víctor Moreno Catena
Manuel Ortells Ramos
Joan Picó I Junoy
Carolina Sanchís-Crespo
Manuel Serra Domínguez
Jaume Solé Riera
José Luis Vázquez Sotelo
Joan Verger Grau

Juan Monroy Gálvez	177
A cinco años de vigencia del Código Procesal Civil	
Juan Morales Godo	195
Apuntes sobre la noción de parte en el proceso civil	
Jorge W. Peyrano	207
Ajustes, correcciones y actualización de la doctrina de la reposición <i>in extremis</i>	
Mauricio Raffo La Rosa	215
Prohibiciones para la declaración de testigos y la libre valoración de la prueba	
Pablo Visalot Lévano	223
El acto jurídico en sentido estricto y los actos procesales	
Oscar A. Zorzoli	243
El <i>certiorari</i> y el derecho a la jurisdicción	
PROCESO CONSTITUCIONAL	255
Omar Cairo Roldán	257
El amparo contra leyes y la demanda de inconstitucionalidad	
Joan Picó I Junoy	265
El sistema español de garantías constitucionales del proceso	
Carolina Sanchís Crespo	279
El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional	

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL DE ESTE LIBRO, POR MEDIO DE CUALQUIER PROCESO, REPROGRÁFICO O FÓNICO, ESPECIALMENTE POR FOTOCOPIA, MICROFILME, OFFSET O MIMÉOGRAFO.

ESTA EDICIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS GRÁFICAS SON PROPIEDAD DE LA ASOCIACIÓN CIVIL REVISTA PERUANA DE DERECHO PROCESAL.

EL TIRAJE DE ESTA EDICIÓN ES DE 1,500 EJEMPLARES.

DISEÑO GRÁFICO

 Mehr licht

DIRECCIÓN GRÁFICA

Cherman

CONTROL DE EDICIÓN

Arturo Higa

DIAGRAMACIÓN

Markus

FOTOGRAFÍA

José Carlos Martinat

IMPRESIÓN

Industrial Gráfica S.A.

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	289
Jorge Zevallos-Quñones Pita	291
Defensa judicial del estado y veracidad procesal: Tres casos de resistencia a la jurisprudencia (a propósito del amparo minero)	
PROCESO PENAL	309
César Azabache Caracciolo	311
Sobre el auto de inicio de instrucción	
José Carlos Barbosa Moreira	323
Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal	
Albin Eser	333
Una justicia penal "a la medida del ser humano".	
Manuel Ortells Ramos	349
Instrumentos negociales en el proceso penal español	
Jaume Solé Riera	367
Acción popular y proceso penal militar	
JUSTICIA MILITAR	383
Alberto Bovino	385
La Justicia Militar y el juzgamiento de civiles	
Luis Francia Sánchez	409
Tribunal independiente e imparcial y Justicia Militar ¿Diferencias o incompatibilidades?	
David Lovatón Palacios	431
Justicia (jurisdicción) militar: Una cuestión de principios	

PERÚ

Samuel Abad Yupanqui
Ana María Arrarte Arisnabarreta
César Azabache Caracciolo
Juan Luis Avendaño Valdez
Omar Cairo Roldán
Raúl Canelo Rabanal
Carlos Caro Coria
Jorge Carrión Lugo
Equipo de Derecho Procesal
del Taller de Derecho. PUCP
Luis Francia Sánchez
César Landa Arroyo
David Lovatón
Bruno Marchese Quintana
Carlos Matheus López
Florencio Mixán Máss
Juan Morales Godo
Víctor Roberto Obando Blanco
Arsenio Oré Guardia
Enrique Palacios Pareja
Antonio Peña Jumpa
Mauricio Raffo La Rosa
Nelson Ramírez Jiménez
César San Martín Castro
Pablo Visalot Lévano
Lorenzo Zolezzi Ibárcena
Jorge Zevallos-Quñones Pita

PUERTO RICO

Carlos Salazar Rodríguez

URUGUAY

Ángel Landoni
Enrique Vescovi

II SECCION SERVICIO DE JUSTICIA 459

Marcos Afonso Borges 461

O Poder Judiciário no Brasil

III SECCION INTERDISCIPLINARIA 471

Olsen Ghirardi 473

La estructura lógica del razonamiento judicial

Defensa judicial del estado y veracidad procesal: Tres casos de resistencia a la jurisprudencia (A propósito del auto de amparo minero) *

Jorge ZEVALLOS-QUIÑONES PITA **

Abogado, con estudios de Maestría en
Derecho Internacional Económico en la PUC
Miembro del Instituto Nacional del Derecho de Minería
y del Petróleo y de la Comisión Consultiva de Derecho Minero
del Ilustre Colegio de Abogados de Lima

“Resulta imperativo poner coto a la excesiva deferencia que se le da a la Administración Pública en los tribunales judiciales en el Perú”. Esta es la idea que inicia y sostiene el presente artículo desarrollado por Jorge Zevallos-Quñones Pita en donde el autor desarrolla, a partir de un tema especializado (el otorgamiento de concesión en el procedimiento administrativo minero) importantes reflexiones que resultan válidas respecto de la actividad de la Administración Pública en general. De esta manera, el autor aborda el controvertido tema de la nulidad de los actos administrativos, rescatando importantes pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales, en los cuales se determina que la potestad nulificante de la Administración debe estar debidamente concordada con los derechos fundamentales de los administrados, con la finalidad de alcanzar un adecuado equilibrio entre ambos, estableciéndose que, salvo norma expresa en contrario, la aplicación de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos resulta imperativa y, por lo tanto, la Administración Pública no puede declarar la nulidad de sus propios actos una vez transcurrido el plazo de seis meses establecido por dicha Ley. Igualmente, el autor resalta la necesidad que la defensa judicial de la Administración Pública asuma los principios de veracidad y buena fe procesal, rescatando, finalmente, el valor vinculante de la jurisprudencia como un elemento que debería servir para que los justiciables, y, en especial, la propia Administración adecuen su comportamiento y sus normas a lo establecido por los órganos jurisdiccionales, proponiendo un comportamiento que promueva la paz social y la buena fe procesal.

* A Don Eduardo Sánchez Granel

** El autor viene preparando un libro sobre *El Control Judicial de los actos de la Administración Pública*, de allí que agradecerá toda opinión, inquietud, crítica y referencia jurisprudencial que se remita al e-mail: zevaqa@cabinas.iaxis.com.pe

"(...) Díganos, de dos modos, que si el Estado no se basa (en sus decisiones y gestiones) sobre la verdad y sobre la moral, la vida dentro de ese Estado (ahora no ya como poder sino como territorio) carece de sentido (...)"

(JORGE W. PEYRANO. El proceso Atípico. 1984)

1. Introducción

Resulta imperativo poner coto a la excesiva **deferencia** que se le da a la Administración Pública en los tribunales judiciales del Perú. Las inmensas prerrogativas de esta -que dan pábulo en su sede a no pocos excesos de poder, odiosas arbitrariedades y a veces, a las inevitables corruptelas generadas por particulares o por una intromisión sutil del poder político¹-, reiteramos, debieran ser frenadas, dada la recepción legislativa a lo más avanzado de la teoría general del proceso, a partir de la dación del nuevo Código Procesal Civil peruano (1993), ya que el mismo tiene como tres de sus principios pivotaes: **la veracidad, la buena fe procesal y la igualdad procesal** para todas las partes, (esta última, **sub-especie** del derecho fundamental consagrado en tratados internacionales a los que el Perú se ha suscrito y también en nuestra carta constitucional)².

Estos principios, exigidos a la Administración Pública en todo proceso, han

¹ El caso *Ivcher* es un claro ejemplo de ello; entre nosotros, Alberto Borea Odría ha sido uno de los primeros en resaltar -con los supuestos de hecho y las soluciones jurídicas-el tema de las arbitrariedades del Poder Administrativo, si bien desde la óptica del Derecho Procesal Constitucional, al respecto puede verse su primer trabajo **La Defensa Constitucional: el Amparo**, imprenta D.E.S.A., 1977; de otra parte. El Banco Mundial -fervoroso auspiciador de las reformas judiciales en los países en desarrollo- ha reiterado y condenado esta intromisión *non sancta* del Estado sobre la Administración Pública en su último informe **El Estado en un mundo en transformación**. Washington: 1997, pp. 3, 4, 7, 9, 10, 13, 31. Este importantísimo trabajo del BM será comentado en otra parte.

² Sobre este punto, véase nuestro trabajo **Medidas cautelares contra la Administración Pública**. En: **Apuntes de Derecho**. Revista de investigación jurídica. UNMSM, 1997, año II, Nº 1, pp. 155 y ss.

1. Introducción
2. Cuestiones previas
3. Los casos

derivado también, de la lucha mundial por la tutela judicial efectiva y muy especialmente del desarrollo alcanzado en el Derecho Comparado Administrativo y Procesal para lograr un control judicial más efectivo contra los actos que emanan de aquella, lo que hace impostergable en sede nacional, **mutar el insuficiente razonamiento judicial de indagar, apenas, si la resolución administrativa materia de impugnación se encuentra arreglada o no a ley** para pasar a analizar posibles responsabilidades patrimoniales contra la Administración Pública aún contra actos administrativos vigentes³, condenarla a prestar obligaciones de hacer, cuestionar su comportamiento material⁴ e incluso integrar o reemplazar un insuficiente acto administrativo a fin de no sufrir una nueva vía crucis en aquella sede, vía la dación de un nuevo y embozado acto que deje sin efecto lo dispuesto en sede judicial (en el interín de la solicitud de ejecución judicial) y de esta manera, atentar contra el derecho a obtener justicia de manera real y no meramente declarativa.

Nosotros creemos que esta **deferencia judicial** hacia la Administración Pública (con la consecuente entronización de una desigualdad en diversos niveles al momento de litigar contra ella), tiene por un lado, un hondo transfondo sociológico que se traduce en el temor de malquistarse con ella y por ende, con el Poder

Político (lo que en sí es la prueba de la precaria independencia del Poder Judicial en el Perú)⁵, cuanto por otro, en la escasa reflexión de nuestros administrativistas sobre este tópico, uno de los más importantes del Derecho Administrativo⁶. A estos dos factores se suma una recepción legislativa muy extemporánea (si bien meritosísima) de la moderna Teoría General del Proceso⁷ precisamente el vehículo para residenciar adecuadamente los actos de la Administración.

En este orden de ideas, el tema que desarrollaremos a continuación refleja como estos factores han llevado -y quisiéramos creer que en los casos bajo comentario ha sido así- a una **mecanización** en la actividad litigiosa de un sector de aquella, la Administración Minera (el Consejo de Minería y su Defensa Judicial) hecho que no se compadece con los principios procesales aludidos y con la *ratio* que anima al proceso actual, lo que desemboca, muchas veces, en una privilegiada resistencia a la reiterada jurisprudencia recaída contra ella misma -ya como producto de una Acción de Amparo, ya derivada de un recurso Contencioso-Administrativo- con los consecuentes estragos de economía, tiempo y salud en los justiciables, distorsionándose así su situación de destinatarios finales de un servicio público que debieran serle prestados en forma eficiente por la Administración⁸.

³ Un interesante precedente de responsabilidad extracontractual derivado de actos administrativos vigentes, es el singular contencioso-administrativo signado como *Deutsche Texaco Aktiengesell Eluwerth Sucursal del Perú (y otros) c/ Ministerio de Energía y Minas*, 1987, donde la Corte Suprema del Perú indemnizó a una empresa petrolera alemana -a propósito de la reversión estatal de cierta infraestructura y concesiones petroleras- sin anular los actos administrativos dañosos; el caso ha sido comentado por nosotros en el artículo **Indemnización ex-aequo por reversión de infraestructura petrolera: el caso Texaco**. En: *Revista de Derecho Minero y Petrolero*. Órgano del Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petroleo, 1997, año XLVII, Nº 55, pp. 71 a 79.

⁴ También llamada, **la vía de hecho administrativa**, el tema ha sido trabajado por el argentino **CASSAGNE, Juan Carlos**. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1996. T. II, pp. 44 y 45.

⁵ Un reciente trabajo de **JAVIER DE BELAÜNDE** (h.), expuesto en Londres ha abordado *up to date*, la situación de la Administración de Justicia en el Perú (existe parrafada sobre las arbitrariedades del Poder Administrativo). *v. Justicia, legalidad y reforma judicial en el Perú, 1990-1997*. En: *Ius et Veritas*. 1997, VIII, Nº 15, p. 103 a 127. No es inverosímil conjeturar que dentro de la sana gama de empleos que ofrece la Administración Pública a los especialistas, se reclute a los administrativistas, quienes soslayan acometer el tópico del control judicial efectivo de la Administración precisamente para no *rozar* con aquella. El Perú nunca ha tenido una ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley que siempre incluye algún tipo de atajo a la discrecionalidad administrativa), co-responsable de esto es el poder político en abstracto, que siempre busca no se interfieran sus actividades legiferantes y administrativas.

⁶ Así lo han indicado Haoriou y el notable administrativista anglosajón Bernard Schawrz.

⁷ "(...)está fuera de toda duda que su puesta en vigencia constituyó una opción atrevida destinada a modificar sustancialmente la actividad procesal civil nacional, trasladándola desde su concepción, en estricto medioeval, hacia una concepción contemporánea(...)", citado por el profesor **MONROY GÁLVEZ, Juan**. **Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano**. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. 1997. Nº 1, p.41.

⁸ Justamente, el abusivo poder ejercido por la Administración Regia francesa, acentuada durante el reinado de Luis XV, fue uno de los principales factores que desencadenaron la llamada **Revolución francesa**, génesis del derecho Público y precisamente,

2. Cuestiones previas

a. **Los permisos provisionales de explotación minera (Autos de Amparo), excursus sobre su naturaleza jurídica.** De entrada, tenemos que decir que esta institución del Derecho Minero se encuentra derogada por la legislación minera actualmente vigente⁹, mas, debido a aquel principio de la aplicación de la ley en el espacio (artículo III del título preliminar del Código Civil "(...) la ley se aplica a las situaciones y relaciones jurídicas existentes(...), norma de orden supletorio para todos los otros ordenamientos), existen aún trámites pendientes de obtención de concesiones mineras (y nulidades planteadas en sede administrativa derivadas de aquellos) que se regulan por la anterior ley minera, vale decir, el Decreto Legislativo N° 109 (del 12.06.81), dispositivo que nos da una idea preliminar de la funcionalidad del auto de amparo en su artículo 223, cuando prescribe que: "treinta días después de la recepción de los avisos por la Jefatura Regional (sic) y de no mediar oposición, se dictará el auto de amparo. El auto de amparo permite al denunciante ejercer provisionalmente los derechos que otorga la concesión (...)".

Hecha esta precisión normativa, hay que manifestar que en la doctrina nacional se ha definido escuetamente al auto de amparo. Así, el profesor Guillermo García Montufar entiende por auto de amparo a: "(...)aquella resolución mediante la cual la autoridad minera admite a trámite la solicitud de concesión minera, resolución importante porque a partir de la fecha en que se notifica al solicitante, éste podrá, entre otras cosas, iniciar los trabajos propios de su derecho minero (...) "¹⁰, por otro lado, Jorge Basadre Ayulo nos dice que "(...) esta resolución administrativa permite al denunciante

ejercer provisionalmente los derechos que le otorga la concesión (...) "¹¹.

Este auto de amparo es entonces una suerte de permiso otorgado mediante acto administrativo por un funcionario público, generalmente, el Jefe Regional del Registro Público de Minería bajo cuya jurisdicción se encontraba el denuncia minero, acto que se expide luego de haberse recibido los avisos de ley en un periódico y que va a permitir explotar provisionalmente a su titular el área geográfica denunciada, siempre y cuando no medien una superposición pendiente o un derecho adquirido de tercero, planteados oportunamente (antes del conferimiento del auto de amparo) mediante un recurso administrativo denominado **oposición**.

Ocurre que algunos autos de amparo, luego de inscribirse en el Registro Público de Minería, no son impugnados en el tiempo y en la forma que prescriben, tanto la ley minera como una importante norma supletoria, la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

En nuestro ejercicio profesional hemos conocido de autos de amparo con más de 18 años de vigencia, inscripción registral incluida¹². ¿Cómo ha de conjugarse esta provisionalidad con la seguridad jurídica que también demanda un derecho adquirido derivado de un acto administrativo?, ¿qué fuerza puede tener una nulidad planteada en sede administrativa contra un acto administrativo inscrito en el Registro Público de Minería?, ¿cuáles son las facultades nulificadoras de un tribunal administrativo frente a tal planteamiento?, algunas de estas interrogantes serán desarrolladas en los próximos capítulos, con casos concretos y por sobre todo, apelando a la teoría general del Derecho Administrativo y a la teoría científica del Proceso.

del control judicial de la Administración con sus respectivos presupuestos y principios, pulimentados en este siglo por la doctrina y por la jurisprudencia. Aquel momento histórico y sus implicancias para el control de la Administración han sido expuestos por el profesor **Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA**, en uno de los más bellos libros que hayamos tenido ocasión de leer, a saber: **La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución Francesa**. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

⁹ El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, D.S. N° 014-92-EM (del 04.06.92), expedido bajo la primera Administración Fujimori. La editorial Normas legales ha compilado en dos volúmenes, toda la legislación vinculada a los recursos naturales mineros, petroleros y gasíferos en: **Energía y Minas** (edición oficial). Compendio de legislación/ordenada, sumillada y concordada, Trujillo (1995), 2da. edición; a la fecha existe una tercera edición actualizada.

¹⁰ **v. Apuntes de Derecho Minero común**. (Obra auspiciada por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima), Cultural Cuzco S.A. 1989, p. 218. Nosotros hemos preferido enunciar a los Autos de Amparos como permisos provisionales de explotación, a fin de no mover a alguna confusión con la conocida garantía constitucional.

¹¹ **v. Derecho Minero peruano**. 1990. 5ta. Ed. ampliada y actualizada, p. 214.

¹² Como el caso del auto de amparo recaído en el denuncia aurífero **Erika** que comentaremos más adelante.

b. La anulaciones administrativas de los Autos de Amparo. El tema de las anulaciones administrativas (o nulidades administrativas) de los actos administrativos en el Perú **es tierra de nadie**, jurídicamente hablando. La no recepción legislativa de la nulidad y de la anulabilidad de los actos administrativos, el pernicioso **procedimentalismo** aún supérstite en sede administrativa y una jurisprudencia contradictoria han llevado a ello; llegándose inclusive a escribir con muy buena fe, de seguro, un artículo sobre las nulidades de los actos administrativos, utilizándose erróneamente a la teoría de las nulidades de los actos jurídicos¹³, anomalía tenida como válida en los tribunales del Perú y que debió expirar al darse el nuevo Código procesal Civil en 1993¹⁴ ya que normalmente, la nulidad y anulabilidad de los actos administrativos son reguladas en una Ley de Normas Generales de Procedimiento, (como por ejemplo la Ley argentina) o en su defecto fijadas por una vigorosa jurisprudencia, teniéndose siempre en cuenta **la cosa decidida**, y el límite de las facultades nulificadoras de oficio, suerte de **espada de Damócles** por donde se desbocan las más de las veces, las arbitrariedades del Poder Administrativo.

c. La cosa decidida en el Derecho Administrativo. Se tiene como dogma administrativo que ninguna resolución que emane de un funcionario público se puede tener como **cosa juzgada**. Todo lo contrario, ella puede ser anulada en cualquier momento, bien por pedido de parte o *ex-officio*. Tal principio, también denominado de la **revocabilidad del acto administrativo** ha sido explicado por Cassagne como: "(...) contemporáneo a la construcción de la teoría del acto administrativo como acto exclusivamente unilateral, donde al caracterizarlo como producto de un solo sujeto estatal dotado de prerrogativas de poder público, el mismo podía revocar el acto sin necesidad de obtener la conformidad del administrado. De esta manera, a

diferencia de los actos de derecho privado (...) un sector de la doctrina ha sostenido que éste era la esencia del Derecho Administrativo (...)”¹⁵.

En nuestro medio, el profesor Bacacorzo ha señalado que: "(...) los recursos impugnativos no pueden ser la única oportunidad para sustanciar la anulabilidad, pues uno de los principios básicos del procedimiento administrativo es precisamente la inexistencia de la cosa juzgada: solo hay en él la cosa decidida, que por naturaleza es procedimiento incoactivo, preliminar, vicario y vacilante (...)”¹⁶, por lo expuesto, cualquier funcionario público puede anular de oficio un acto administrativo, siempre y cuando el mismo no haya causado estado, haya culminado el plazo revocatorio señalado en la LNGPA. y/o inscrito en algún Registro (sobre esto hablaremos *in extenso* más adelante).

d. Las facultades nulificadoras de la Administración Pública. En el Perú, la Administración Pública, una vez transcurridos seis meses de haber quedado consentido un acto administrativo carece de facultades para anularlo de oficio, según lo dispuesto por el artículo 110 del TUO. de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (DS. N° 02-94 JUS, del 31.01.94), adquiriendo el mismo la calidad de cosa juzgada y por lo tanto insusceptible ya de ser impugnado por la Administración en sede judicial. Tal enunciado categórico ha empezado a adquirir arraigo en la jurisprudencia (no obstante, algunos funcionarios públicos y tribunales administrativos la vulneran constantemente).

Sobre esto tenemos que decir que si bien es cierto que en otros sistemas jurídicos no se sofrena a la Administración Pública con un dispositivo de esta naturaleza, empero, no lo es menos que en aquellos se cuenta con un Tribunal Supremo en verdad especializado que se ha de encargar, restringidamente y caso por caso, revisar la posible nulidad de pleno derecho de algún acto administrativo consentido (mas, de ninguna manera,

¹³ v. **MORALES CORRALES, Pedro. Nulidad de acto jurídico administrativo.** En: *Derecho*. Dic. 1996, N° 50, pp.257-270.

¹⁴ Hasta antes de la dación del CPC. han existido ejecutorias supremas que no encuentran tal "incompatibilidad", como por ejemplo el caso **Carpio c/ Concejo Provincial de Tumbes**, comentado en el artículo citado en la nota "3". Recientemente y a propósito de recursos de casación sobre materias administrativo-previsionales, la Corte Suprema ha declarado la improcedencia de los mismos por la instancia casatoria.

¹⁵ v. **CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1981. 2da. Ed., actualizada, p. 383.

¹⁶ v. **BACACORZO, Gustavo. Ley de procedimientos administrativos...** Lima: Gaceta Jurídica editores. 1996. 11va. Ed., p. 60.

que aquella facultad sea ejercida por la Administración, juez y parte en la nulidad de oficio), lo cierto es que en el Perú rige imperativamente el artículo ya citado de la LNGPA., dispositivo escandalosamente vulnerado en el caso *Iucher*, donde se pretendería utilizar esbozadamente, una tesis que no ha calado en el derecho administrativo, esto es, la inexistencia del acto administrativo¹⁷, rechazada implícitamente por la Corte Suprema en el caso **Virgen María**, que enfrentara en su momento a los Estudios Chirinos Soto y Rodrigo, Elías, Medrano (y que se traerá a colación más adelante).

En suma, la cosa decidida y las facultades nulificadoras de la Administración no siempre son bien entendidas, lo que ha desencadenado sendas polémicas en aulas universitarias, congresos académicos y en los tribunales de la aldea global, habida cuenta la inmensa prerrogativa a favor de la Administración Pública, status que no sería objetado sino fuera porque precisamente en el seno de aquella, no pocas veces se da pábulo a patentes injusticias y a verdaderas *chicanas* procedimentales, las que escudadas en este principio (y soslayando sus límites nulificatorios), vulneran las expectativas y los derechos de los más débiles, con el largo e incierto agotamiento de la vía administrativa (en el derecho administrativo comparado viene tomando cada vez mayor fuerza la idea que la vía administrativa sea meramente opcional) y su posterior impugnación judicial.

e. La problemática del acto inscrito. A los problemas ya citados se suma el del acto administrativo, resulta que cuando un acto administrativo es inscrito en el Registro Público de Minería, ningún funcionario podría ampararse en el principio **de la cosa decidida** para anularlo, ya

que varias decisiones administrativas así lo habrían determinado, amparándose en el artículo VII del título preliminar del Reglamento del Registro Público de Minería (DS N° 027-82-EM/RPM, del 11.08.82), señala que "(...) el contenido de las inscripciones se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez (...)" (no obstante, existen casos donde se ha pasado por alto esta norma y donde el propio colegiado minero se ha apartado injustificadamente de su propio precedente)¹⁸.

f. Los derechos adquiridos. Existe una jurisprudencia de vinculación obligatoria (derivada de una Acción de Amparo), dada como consecuencia de una injusta anulación de un permiso provisional de explotación minera (y de absoluta validez para otros contextos administrativos), la misma que ha fijado que -independientemente de inscripción registral o no-, pretender impugnar un auto de amparo consentido con más de un año y medio, viola el derecho fundamental a la **seguridad jurídica** señalada en la Constitución¹⁹. Este fallo, previo a la dación de la LNGPA. (y del ya mencionado artículo 110) y que toca muy de cerca a los derechos adquiridos, debiera haber puesto freno a esta equivocada discrecionalidad nulificatoria de la Administración Minera, llamándolo poderosamente la atención que, cuando se ha repetido este supuesto lesivo -a propósito de otras controversias entre la Administración Minera y un justiciable- no haya motivado al Procurador del Ministerio de Energía y Minas a allanarse inmediatamente²⁰.

g. La discrecionalidad administrativa. Necesaria disgresión merece el tema del control de la discrecionalidad de la Administración Pública. Se

¹⁷ En su momento, presentamos a la opinión nacional un artículo que demostraba la abierta resistencia de un sector de la Administración Pública (el Ministerio del Interior) a la frondosa jurisprudencia existente, a propósito del despojo administrativo del título de nacionalización del que ha sido objeto el empresario y abogado, Doctor Baruch Ivcher, caso que ha puesto al descubierto el frágil estado de derecho que se vive en el Perú, con la respectiva condena y preocupación de la comunidad internacional, sin perjuicio de inminentes sendas medidas cautelares contra la Administración Fujimori, ordenadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; v. *Jurisprudencia aplastante en el caso Ivcher* (diario Expreso; 12.09.97, página editorial).

¹⁸ El Consejo de Minería ha evidenciado un comportamiento vacilante a este respecto. En los casos **Santiago de Compostela No 4-B, Soledad 7 y santuario I**, se reconoció carente de jurisdicción ante una serie de actos administrativos inscritos en el Registro Público de Minería, sin embargo en el caso **El Encanto** se apartó de los precedentes anteriores, justificando el mismo por tratarse de **una resolución emitida en un trámite administrativo no concluido**; (el caso El Encanto estaba conectado a una nulidad de oficio). Estas decisiones se encuentran en: *Revista de Derecho Minero y Petrolero*. 1995. N° 53. Año XLV.

¹⁹ El caso **Demasia Beatricita 85**, que comentaremos más adelante.

²⁰ El caso **Erika**, que se aludirá más adelante.

tiene como idea general que aquella, al momento de expedir un acto administrativo, no debe violar el principio de legalidad, vale decir, en que tal o cual acto administrativo no se vulnera el ordenamiento jurídico, sin embargo existen otras técnicas de control judicial del poder discrecional de la Administración como son los conceptos jurídicos indeterminados: "(...) conceptos de valor y de experiencia bien conocidos en la teoría general del derecho y son indeterminados, en el sentido que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular, no nos las resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado" (como pueden ser el orden público, utilidad pública, la buena fe y otros), empero son "(...) perfectamente habituales y normales (...) su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una, o se da o no se da el concepto (...) hay pues, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta"²¹.

Un ejemplo podría ser el manejo del concepto de expropiación de un inmueble amparándose en la utilidad pública decidida por la Administración requiriente (juez y parte de tal decisión), el propietario disconforme solicitará a un juez a que desbroce neutralmente este concepto jurídico indeterminado, teniendo en cuenta sus derechos fundamentales y reaccionales a fin de evitar que la Administración se convierta en un fin en sí misma²².

Otra técnica valiosa del control del poder discrecional de la administración resulta ser el de **los hechos determinantes**, y se traduce en que "(...) toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata (...) este hecho ha de ser una realidad como tal hecho y

ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo (...) la valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal (si se ha producido, si no se ha producido o como no se ha producido) ya no puede ser objeto de una facultad discrecional porque no puede quedar al arbitrio de la administración discernir si un hecho se ha cumplido o no o determinar que algo ha ocurrido si realmente no haya sido así (...) "²³.

La tercera técnica del control discrecional son los conocidos Principios Generales del Derecho, puntualizados implícitamente en el artículo segundo del TUO, de la ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Sobre ellos, ha dicho el gran García de Enterría que: "(...) en parte alguna del ordenamiento, la apelación a los principios generales del derecho es más necesaria que en el Derecho Administrativo, ya que este es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional de las normas parciales y fugaces de la Administración (...) "²⁴. Todas estas técnicas son utilísimas para ejercer un control judicial efectivo de la Administración y no necesitan ser positivizadas, de allí que creemos que, independientemente del artículo standard que generalmente incorporan los ordenamientos administrativos para anular un acto administrativo, algún día en el Perú, un juez o Sala se atreverán a aceptar estas técnicas, confiamos en ello²⁵.

h. El eterno dilema: la vocación supletoria de la Ley de Procedimientos Administrativos. Terminamos el capítulo de las cuestiones previas con un tema en verdad preocupante, el de la indiferencia de la Administración Pública hacia la vocación supletoria de la Ley General de Procedimientos

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "(...) la lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (...)". Madrid: Civitas. 1983, pp. 32-42. Este jurista español -cuyo libro homenaje es de cuatro volúmenes- es el más destacado administrativista hispano-americano y ha realizado notables aportes a la historia y a la teoría del control judicial efectivo de los actos de la Administración Pública.

²² CASSAGNE acota que "(...) en un verdadero Estado de justicia los jueces no pueden abdicar su potestad para controlar con eficacia el ejercicio de los poderes discrecionales de la Administración ya que la independencia del poder judicial es precisamente la que garantiza que los órganos administrativos no utilicen aquellos poderes en perjuicio de los particulares y de los intereses públicos; citado en: **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1996. T. II, p.124.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA. Op. cit., pp. 30-32.

²⁴ Idem, pp. 42-46.

²⁵ Una apertura jurisprudencial a las técnicas de control podría darse en el sonado caso de la APA, (Asociación Avícola del Perú) c/Indecopi, ya en sede judicial mediante recurso contencioso-administrativo) y donde se están discutiendo ciertas facultades discrecionales de aquel Ente Público. En la Argentina, estas técnicas de control se han aceptado vía jurisprudencial.

Administrativos. Sin incurrir en generalizaciones, no son pocos los casos en que ésta se aferra a la Ley especial, cuando es sabido que ante la falta de regulación de una institución, supuesto o concepto, ha de acudir por vocación supletoria a otras leyes, siendo la principal, el TUO, de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aquí está el meollo del asunto. En el caso de la Administración Minera, en todos los casos que a continuación se analizarán, ha cerrado filas en torno a la “especialidad” de la Ley General de Minería, desdénando los ordenamientos supletorios, insólita tesis que ha sido avalada en algunos casos, por instancias judiciales inferiores.

3. Los casos

a. Caso 1 (1988): *Demasía Beatricita 85 c/ Procurador del Ministerio de Energía y Minas y otro*²⁶, (anulación del permiso “provisional” de explotación minera y su recuperación mediante Acción de Amparo)

El denuncia minero mención (en adelante **Beatricita 85**) fue petitionado en la provincia de Castrovirreyna el 22 de Noviembre de 1,985, obteniéndose el auto de amparo un año después, o sea, el 01 de Agosto de 1986. Dos años después, los titulares del denuncia minero **Beatricita 5** (denuncia distinto al arriba signado), dedujeron una nulidad administrativa contra el auto de amparo del primero en razón de haberse posesionado prematuramente en el área del denuncia de los nulificantes sin que este último haya salido a la libre denunciabilidad. Elevado el expediente administrativo al Consejo de Minería, este declaró fundada dicha nulidad, cancelando el auto de amparo del denuncia **Beatricita 85**.

Ese mismo año, los titulares del denuncia cancelado, bajo los argumentos de haberse

conculcado sus derechos fundamentales a la seguridad jurídica y al debido proceso, interpusieron Acción de Amparo por ante el Juez del Vigésimo Noveno Juzgado en lo Civil de Lima, Doctor Freddy Chirinos Revilla, quién declaró fundada la demanda al haberse violado el derecho fundamental a la seguridad jurídica de la empresa demandante, apelada dicha sentencia en Sede Superior (no se ha podido procesar la Sala: Vocales Landa Zapater, Rivera Quispe y Arnillas de Gayoso) y con el dictamen de revocación de la Fiscal Superior en lo Civil, la sentencia es revocada y declarada improcedente al no haberse utilizado la vía del recurso contencioso-administrativo. Elevada en apelación a la Corte Suprema con el dictamen del fiscal supremo en el sentido de no haber nulidad, esta resolvió en 1991, revocando la de vista (cuatro votos contra uno, a favor: Méndez Osborn, Silva Vallejos, Baca D’la Zota, Guevara R.; en contra: Martos Becerra)²⁷, párrafo aparte merecen los considerandos de este fallo.

Los argumentos de los Vocales de la Corte Suprema del Perú para amparar a los titulares del denuncia **Beatricita 85**, incidieron sobre dos derechos fundamentales concatenados entre sí. De entrada, los magistrados supremos dijeron que: “(...) las garantías constitucionales de la administración de justicia que determinan el debido proceso legal son aplicables también y por extensión a los procesos administrativos²⁸ (...) a continuación, la Corte Suprema hizo hincapié en que los favorecidos en sede administrativa no dedujeron a tiempo el recurso administrativo de oposición contra el auto de amparo expedido a favor de **Beatricita 85** (la Ley señala como plazo 30 días dentro de la expedición de aquel; la oposición administrativa se había planteado extemporáneamente sin que lograse su objetivo), siendo “(...) **que un año y medio después de haber quedado consentido el auto de amparo minero, deduce la nulidad**

²⁶ Por lo general, el denuncia minero lleva el nombre de la hija del descubridor del yacimiento. El fallo en mención fue publicado en: *Revista de Derecho Minero*. Año XLV. 1995. Nº 53, pp. 59-69. Los fallos que a continuación se señalarán llevan la fecha de la interposición de las demandas.

²⁷ Todos estos señores magistrados fueron destituidos luego del 5 de Abril de 1992.

²⁸ En un interesante libro, un autor vernáculo ha señalado lo siguiente “(...) No se trata que en un proceso administrativo los elementos que integran el concepto del debido proceso no puedan ni se vayan a verificar. Sucede todo lo contrario pues estos, cuando menos en lo que se refiere a los mínimos del debido proceso, deberán hacerlo, sin embargo, el autor, consciente de la relatividad de obtener resultados ante quién es juez y parte en un procedimiento administrativo, dice a renglón seguido que (...) lo que se va a dar en la práctica es que **solamente en el proceso ante el órgano jurisdiccional el justiciable contará con todas las herramientas para que los elementos del debido proceso se desarrollen en el mayor grado posible** (...); DE BERNARDIS, Luis Marcelo. *La Garantía Procesal del Debido Proceso*. Lima: Editorial Cuzco S.A. 1995, pp. 414 y 415.

del procedimiento minero contraviniendo flagrantemente lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley General de Minería". (es decir, el plazo de 90 días para impugnar. vía un contencioso-administrativo, el tantas veces mencionado auto de amparo consentido, o sea, que aún cuando hubiesen interpuesto tal recurso hubiese sido declarado inadmisibile de plano).

Finalmente, la Corte Suprema dijo que: "(...) al haber sido admitida y declarada fundada dicha antedicha (sic) nulidad por la autoridad administrativa, es evidente que se ha conculcado el derecho constitucional de la actora al procedimiento previsto de antemano por la ley y a la **seguridad jurídica** (el resaltado es nuestro), según la interpretación extensiva del párrafo L) del inciso 20 del artículo 2 de la Carta Constitucional". Creemos que el párrafo pertinente es aquel que dice que "(...) ninguna persona puede ser sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos (...)", en consecuencia, revocaron la de vista y confirmaron la apelada que como ya se dijo, declaró fundada la demanda e: "(...) inaplicable y sin efecto legal (...)" la resolución impugnada.

a.1. Jurisprudencia capital en la lucha contra las inmunidades del Poder Administrativo (la impugnación perpetua en sede administrativa)

El fallo, más allá de establecer un precedente de cumplimiento obligatorio (por emanar de una Acción de Amparo), puso una verdadera **pica en flandes** contra las facultades nulificadorias de la Administración Pública. En primer lugar, el fallo ha dejado plasmado un juicio de valor constitucional respecto de la cosa decidida y este se traduce en que a partir de 1992, todo auto y/o resolución administrativa, contra los que no se franquee recursos impugnatorios expresamente establecidos dentro de ley quedan consentidos. En segundo lugar, el fallo en mención ha fijado la supremacía de un derecho fundamental -la seguridad jurídica- frente a la cosa decidida, característica innata del acto administrativo, con la atingencia que el acto administrativo a proteger, reiteramos, debe gozar

de la nota de la consentividad, por último, la no prosperidad de un pedido de nulidad contra un acto administrativo, sea de parte o de oficio, (habiendo sido debidamente notificado) que exceda el plazo fijado para su impugnación por las vías recursivas.

Adviértase que tal precedente jurisprudencial se dio mucho antes de la incorporación del artículo 110 del TUO, de la ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, precepto que limita a 6 meses, la facultad nulificatoria **de oficio** de la Administración Pública contra actos administrativos consentidos, por lo que en toda hipótesis de conflicto símil, debería tenerse siempre en cuenta esta jurisprudencia con el precepto aludido de la LNGPA. Este es un formidable freno contra la impugnación perpetua en sede administrativa y a estar a los casos siguientes, habrá que bregar duro en pos de su vulgarización²⁹.

b. Caso 2 (1995): Virgen María c/ Procurador del Ministerio de Energía y Minas y otro (anulación del permiso "provisional" de explotación minera y su recuperación mediante Recurso Contencioso-Administrativo)

El denuncia cuprífero-aurífero **Virgen María** fue petitionado en Islay (Arequipa) el 27 de Junio de 1,979, obteniendo el **auto de amparo** el 19 de Julio de 1,979. Quince años después, el 26 de Abril de 1995, el Consejo de Minería declaró la nulidad *de oficio* del auto de amparo, ante esta decisión, el titular del denuncia **Virgen María** interpuso dentro del término de ley un Recurso Contencioso-Administrativo por ante la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima (Vocales Tineo Cabrera, Hidalgo Morán y Carbajal Portocarrero).

El abogado defensor, Doctor Francisco Chirinos Soto esbozó puntualmente la tesis de la imposibilidad de anular, **de oficio**, un acto administrativo con más de 6 meses de haber quedado consentido, (en plena etapa postulatoria obtuvo una medida cautelar de no innovar que sería revocada en Sede Suprema), por su parte, el señor Procurador a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Energía y Minas, argumentó que dada la "provisionalidad" del auto de amparo (sobre lo

²⁹ Existen otros casos como la Acción de Amparo Napa c/ Ministerio de Agricultura (El Peruano, 21.02.97, p. 2871) y la sentencia de inconstitucionalidad expedida por el TGC. contra la Ley del Régimen Previsional (D. Leg. Nº 817), cuyo fundamento No 33 resulta capital en la lucha contra los excesos de las facultades nulificadorias de la Administración Pública.



que hemos hablado en nuestras líneas iniciales), en nada podía conectarse con el supuesto normativo de la LNGPA y en consecuencia, tal auto de amparo podía anularse en cualquier momento, más aún si la Ley General de Minería, en tanto que norma especial resultaba "superior" a la ley general. Hubo en este caso un litisconsorte pasivo necesario que fue defendido por el Doctor Juan Guillermo Lohman Luca de Tena, quién fue mucho más allá planteando una novedosa tesis: la inexistencia del auto de amparo, en tanto que acto administrativo³⁰

La Corte Superior declaró fundada la demanda, al considerar que la Administración Minera había incurrido en causal de nulidad al haber declarado una nulidad **de oficio** contra un acto administrativo (el auto de amparo, valga la redundancia, es un auto y como tal, un acto administrativo) cuyo plazo nulificadorio había prescrito, vale decir, aplicando lo prescrito en la LNGPA. La Corte Superior acotó en sus considerandos la vocación supletoria de esta última en materia nulificatoria, siendo que: "(...) no se aprecia esta incompatibilidad desde que no existe en la ley especial artículo alguno que se oponga o contradiga la regla que fija un plazo de prescripción contenida en la ley general, que contempla la posibilidad de declarar nula una resolución administrativa, plazo cuya duración es de seis meses (...) que, consecuentemente, no existe nada que impida que las autoridades administrativas del Ministerio de Energía y Minas se sometan a la obligación contenida en la ley general en cuanto a respetar el plazo de prescripción de seis meses antes referidos (...)".

Apelada dicha sentencia, es elevada al Fiscal Supremo en lo Contencioso-Administrativo quién opina por la revocación de la apelada (hace suyos los argumentos del Procurador), siendo que finalmente, el 9 de Julio de 1997, la Sala de Derecho

Constitucional y Social, en discordia (a favor: Ortiz Bernardini, Román Santisteban, Beltrán Q. y Almeyda P.; en contra: Buendía Gutiérrez y Echevarría Adriansén), emitió su voto confirmando la apelada. Conviene colacionar los fragmentos de un considerando para enriquecer el posterior comentario: "(...) que en cuanto al fondo de la demanda, es justamente el Consejo de Minería quién se excede en sus facultades al declarar de oficio la nulidad del auto de amparo, sin que sea la materia que conocía en revisión, vulnerando una resolución administrativa que había cursado estado quince años atrás (...) (sic)".

b.1. Comentario

En el caso sub exánime, la Sala Suprema volvió a ocuparse de una controversia vinculada a la nulidad administrativa de un auto de amparo, esta vez, por la vía del Recurso Contencioso-Administrativo. A la fecha de la dación de este fallo ya se había promulgado el TUO. de la LNGPA., texto que había incorporado el artículo 110, que castiga la inercia y la supuesta negligencia en la fiscalización de la Administración Pública a sus propios actos, en consecuencia, resultaba absolutamente ilegal la decisión nulificatoria a la que arribó el Colegiado Minero, cuanto insólita, la argumentación de la defensa judicial de la Administración Minera, en el sentido de un desplazamiento de la ley especial minera sobre la ley general (la LNGPA.), ya que la primera no contiene dispositivo alguno que permita la nulidad administrativa *sine die* de actos administrativos consentidos.

Por último, la vocación supletoria de la LNGPA para todo caso administrativo o Contencioso-Administrativo está contemplada en diversos dispositivos legales del sector demandado³¹, siendo incluso intrascendente la positivización de la vocación supletoria³² por ser

³⁰ El voto en discordia de los Magistrados Supremos Buendía Gutiérrez y Echevarría Adriansén hizo suya la tesis del acto administrativo inexistente y luego de declarar posible la facultad de la Administración Minera de anular, *de oficio*, un acto administrativo consentido con más de 6 meses (con la consecuente inaplicación del artículo 110 de la LNGPA, a las nulidades que declare dicha Administración, por "mediar una ley especial") dijeron del auto de amparo que "...es pues, un acto legalmente inexistente, su nulidad se remonta al origen mismo del pedimento (la Administración Minera había cuestionado la falta de un requisito documental insubsanable al momento de peticionar el pedimento **Virgen María**, empero que resultaba extemporáneo por no haberse hecho durante el tiempo de ley); quién quiera profundizar el tema de la inexistencia del acto administrativo puede revisar el excelente trabajo de **Juan Carlos Cassagne**. En: **Derecho Administrativo**. 1996. T. II, pp. 181-185.

³¹ El Reglamento de Procedimientos Mineros (DS. N° 018-92 -EM, del 08.09.92), prescribe en su artículo tercero que "en todo lo no previsto por el presente Reglamento, serán de aplicación el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos..", y este no es otro que el actual TUO, de la LNGPA; es claro que se estuvo litigando sobre lo obvio.

³² El artículo 1 de la LNGPA, señala indubitadamente su vocación supletoria.

aquella un conocido Principio General del Derecho, justamente, una de las conocidas y universalmente aceptadas técnicas de control judicial contra las excesivas facultades del poder discrecional de la Administración, tal como lo expusieramos líneas atrás.

Nótese que este fallo es posterior al caso **Beatricita 85**, y si bien hay que excusar a los abogados y a la Corte Suprema de no conocer la jurisprudencia obligatoria recaída en el caso 1, de ninguna manera ella alcanza al defensor judicial de la Administración Minera, quién tenía entre sus anaqueles, como parte perdedora, la notificación del fallo colacionado, es la instancia oportuna para señalar, también, que algunas Procuradurías del Perú han estado al garete³³.

c. caso 3 (1995): Santa María de la Libertad c/ Procurador del Ministerio de Energía y Minas y otro (anulación del permiso "provisional" de explotación minera y su recuperación mediante Acción de Amparo)

El denuncia **Santa María de la Libertad** (en adelante, **Santa María**) situado en el Departamento de Huancayo, obtuvo un **auto de amparo** el 21 de Diciembre de 1978. En setiembre de 1983, la empresa **Cemento Andino S.A.** planteó una nulidad administrativa contra el citado auto de amparo, pedido que fue declarado en abandono, seis años después, la misma empresa volvió a formular un pedido de nulidad del auto de amparo, pedido que fue declarado improcedente. En 1994, **Cemento Andino S.A.** presentó un tercer pedido de nulidad administrativa contra el auto de amparo del denuncia **Santa María**, nulidad que si bien fue presentada ante el Registro Público de Minería, fue elevada directamente al Consejo de Minería, quién en Diciembre de 1994 declaró la nulidad del auto de amparo.

En Enero del año siguiente, los titulares del denuncia **Santa María** plantearon en Huancayo una Acción de Amparo contra la decisión administrativa del Colegiado Minero, pidiendo su inaplicación en tanto que acto lesivo, por haberse violado el principio constitucional jurisdiccional de

la cosa juzgada y el principio constitucional de la pluralidad de instancias en la expedición de aquella (de un lado, el auto de amparo se había anulado 16 años después de haberse expedido, cuanto de otro, el Consejo de Minería había resuelto en única y última instancia administrativa), el defensor judicial de la Administración Minera contesta la demanda pidiendo su improcedencia por no ser aquella la vía idónea, pues habiendo emanado la resolución administrativa en el contexto de un procedimiento administrativo regular, a decir de la demandada, solo cabía un Recurso Contencioso-Administrativo y no un remedio procesal extremo como era el amparo.

El 20 de febrero de 1995, el Juez del primer Juzgado especializado en lo Civil declaró fundada la demanda (previamente había otorgado una medida cautelar a favor de la demandante, medida que sería confirmada en segunda instancia). Apelada dicha sentencia, es revocada por la Corte Superior de Huancayo y apelada ante el Tribunal Constitucional, quien finalmente resuelve el 13 de Noviembre de 1997 (publicada en el diario El Peruano, el 11.01.98) revocando el fallo de vista, reformándolo, declarando fundada en parte la demanda y en consecuencia, inaplicable para el demandante, la resolución administrativa en mención.

c.1. Comentario

Como se advierte, una vez más el Colegiado Minero anuló un auto de amparo pasando por alto el límite que le había impuesto el artículo 110 de la LNGPA. En uno de los considerandos de la decisión administrativa cuestionada se dijo que "(...) el artículo 1 del TUO, de la LNGPA, establece que dicha ley rige la actuación administrativa de las entidades de la Administración Pública, siempre que por leyes especiales no se establezca algo distinto; en el presente caso la ley General de Minería es una Ley especial y establece específicamente la nulidad de actos administrativos (...)" más, resulta que ningún dispositivo de la Ley General de Minería dispone tal facultad nulificatoria *sine die* al Colegiado Minero o a cualquier otra autoridad administrativa³⁴ en consecuencia, resultaba ilegal y

³³ El diario "El Comercio" presentó hace algún tiempo un exhaustivo informe sobre las limitadas condiciones en las que desarrollaban su trabajo los Defensores del Estado. Se excluye de este supuesto a los Procuradores *ad hoc*.

³⁴ Ver nuestras notas 31 y 32

bastante arbitraria la decisión a la que arribó dicho Colegiado.

Más, en este caso, al Tribunal Constitucional, le bastó que la nulidad administrativa haya sido vista en única y última instancia para confirmar la demanda, así, en dos de sus considerandos dijo que "(...) el artículo 105, inciso h) del TUO de la Ley General de Minería (...) establece entre otras funciones del Registro Público de Minería; la de declarar las nulidades de las concesiones según corresponda; y a su vez el artículo 94 del mismo cuerpo legal concordante con el artículo 60 del Reglamento de Procedimientos Mineros (...) dispone que contra lo resuelto por el Jefe de dicho Registro (...) procede interponerse recurso de revisión, el mismo que será resuelto por el mencionado Consejo de Minería en segunda y última instancia administrativa. Que, siendo así, habiéndose seguido el procedimiento administrativo en instancia única, se configura la vulneración de los derechos constitucionales de la empresa demandante al debido proceso y pluralidad de instancias (el subrayado es nuestro), consagrados en los incisos 3º y 6º del artículo 139 de la vigente Carta Política del Estado, por lo que resulta fundada la presente acción de garantía (...)"³⁵.

Lo sorprendente del caso es que la defensa judicial de la Administración Minera defendiera la resolución administrativa en cuestión, pese a haber

perdido en 2 casos anteriores sobre el mismo argumento (esto es, la anulación de un auto de amparo largamente consentido), de allí que no sea aceptable en manera alguna, la rutinaria explicación de nuestros colegas *seniors* y uno que otro magistrado amigo en el sentido que el Procurador deba defender todas las resoluciones administrativas de su sector; creemos que ha llegado la hora de cambiar de mentalidad, en consecuencia, tal actitud contraviene la veracidad y buena fe procesal; resultando un contrasentido con el accionar teleológico de la Administración Pública (quién no debe convertirse en un fin en sí misma) y conspira contra la *ratio* que anima a la teoría del proceso y por ende, al principio constitucional de la **tutela judicial efectiva**³⁶, sobre esto hablaremos más adelante.

d. Caso 4 (1996): Erika c/ Procurador del Ministerio de Energía y Minas y otro (nueva anulación de un permiso "provisional" de explotación minera), interposición de Recurso Contencioso-Administrativo, discordia en Sede Superior, triunfo temporal de polémica excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa³⁷

El denunciado minero aurífero **Erika**, ubicado en la provincia de Caravelí (Arequipa), pero bajo jurisdicción de la ex-jefatura Regional de Minería de Ica fue peticionado el 07 de Marzo de 1988,

³⁵ Sobre este punto hemos de decir que existe una disposición del TUO, de la LGM. -el artículo 150-, que señala, que operado un pedido de nulidad, se forme el cuaderno respectivo y se eleve al Colegiado Minero para su resolución, y bien se advierte de los casos anteriores que ha sido tomada *ad litteram* por aquel. Esta norma ha entrado en vigencia a partir de 1992, más, es contraria al principio jurisdiccional constitucional de la pluralidad de instancias, por lo que resulta correcto el criterio del TGC, empero, creemos que este argumento no podrá ser utilizado por la parte que habiendo planteado en su momento un pedido de nulidad administrativa (con la obtención de ésta en dicha vía), la cuestionase luego de perder en sede judicial ya que nadie puede invocar la lesividad o impugnación judicial de un acto administrativo que en algún momento la ha favorecido, esta es la conocida **doctrina de los actos propios**. Quién suscribe estas líneas, va llevar este curioso caso de la única instancia administrativo-minera (para las nulidades), a la Comisión de Derecho Minero del ilustre Colegio de Abogados de Lima, a fin que la Junta Directiva del máximo organismo gremial sugiera al respectivo sector un cambio en su legislación o la dación de una directiva específica al Colegiado Minero. No está demás acotar que en la doctrina administrativista existe cierta división en torno a la posibilidad o no que un acto administrativo se expida en única y última instancia (en nuestro medio, el profesor Danós: ha opinado por la in necesidad de la instancia plural. *v.* Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones "que causan estado"; p. 11, importantísimo trabajo que será citado más adelante); más ella ha de ceder (y así ha sucedido en el Derecho Comparado) ante la elevación de los derechos reaccionales de la persona, es decir, la superioridad de sus derechos fundamentales frente al interés público de los actos de la Administración Pública; (el interés público es un concepto jurídico indeterminado y en tanto que tal, pasible de valorizar neutralmente por un juez), derechos fundamentales que exigen una tutela judicial efectiva (y no meramente pírrica), tanto como un acceso real a ella.

³⁶ El constituyente no agregó la palabra "efectiva" al principio jurisdiccional constitucional aludido, más ello es patente, ya que de ninguna manera debe de entenderse como la mera provocación de tutela jurisdiccional formal (p.e: declarar admisible una demanda), sino en dar una justicia oportuna y eficaz, creemos que pronto, alguna jurisprudencia aleccionadora se encargará de establecerla.

³⁷ Nosotros llevamos el caso, luego de la expedición de la decisión administrativa en cuestión, planteando un Recurso Contencioso-Administrativo. Posteriormente, se integraría a la litis, el Doctor Francisco Chirinos Soto, quién había ganado un caso de notable similitud con este, precisamente el caso 2, aquí expuesto. No nos queda duda que la resolución final fijará un precedente obligatorio para nuevos casos similares.

obteniendo el respectivo auto de amparo el 6 de Octubre de ese año. En ese mismo mes, el titular del denuncia **Hilsa** planteó, dentro del tiempo de ley, una oposición administrativa contra el auto de amparo, dicho recurso no sería admitido a trámite sino 2 meses después, por no haber sido firmado por el opositor, no obstante, en el interín, el denuncia **Hilsa** fue rechazado *in toto* por vulnerar una serie de disposiciones imperativas de la Ley General de Minería de aquel entonces.

No obstante este rechazo, el opositor no presentó prueba alguna que sustente su recurso de oposición pendiente de allí que fuera declarado en abandono; inscribiéndose el auto de amparo del denuncia **Erika** en el Registro Público de Minería. La falencia legislativa y jurisprudencial administrativa le permitiría deducir al titular del denuncia **Hilsa**, una nulidad administrativa contra el denuncia **Erika**, la que sería declarada inadmisibles por haber sido extinguido y declarado caduco el denuncia de donde fluía su legitimidad para recurrir.

Ocho años después, la titular del denuncia **Don Jerónimo N° 14 de Ica** -irrogándose una insólita sucesión procedimental sobre la oposición administrativa planteada por el titular del denuncia **Hilsa** (abandonada y consentida tiempo ha)- planteó una nulidad administrativa contra el auto de amparo obtenido por el denuncia **Erika**.

Subido el cuaderno de nulidad (en la anómala figura de única y última instancia) al Consejo de Minería, éste declaró el 23 de Octubre de 1996, nulo el auto de amparo en mención, argumentando en un considerando que: "(...) al haberse dictado un auto de amparo habiéndose presentado con anterioridad una oposición, se infringió el artículo ya citado (el 223 del D. Legislativo 109, la anterior Ley General de Minería) (...) y por lo tanto se incurrió en causal de nulidad (...), "teniéndose el empaque de decir que: "(...) con relación a la extinción del derecho minero Hilsa, si bien es cierto que a la

fecha se encuentra extinguido (y también en caducidad expresa, añadimos), a la fecha de dación del auto de amparo estaba vigente y su titular había interpuesto un recurso de oposición (...)".(sic; el subrayado es nuestro).

Nos encontramos sin lugar a dudas frente a una nulidad por la nulidad, tan repudiada por la teoría moderna del proceso, empero muy común en sede administrativa. En el peor de los casos y gracias a esa excesiva deferencia que les concede el Poder Judicial, esta decisión sólo será declarada nula y punto (sin costas ni pago de daños y perjuicios)³⁸, privilegio que no tienen los particulares.

En Noviembre de 1996, el titular del denuncia **Erika** presentó un Recurso Contencioso-Administrativo contra la decisión nulificatoria, argumentando básicamente la imposibilidad de su anulación, habida cuenta la ya polémica sucesión procedimental (de la empresa favorecida con la nulidad del auto de amparo) sobre un derecho de acción inexistente, ya que el derecho material que la sustentaba, el denuncia minero **Hilsa**, había sido declarado caduco por la propia Administración Minera³⁹.

El Procurador y la litisconsorte pasiva contestan la demanda, haciendo suyos los argumentos expuestos por el Colegiado Administrativo. La litisconsorte deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, aduciendo que al haberse anulado un incidente de nulidad no se habría causado estado. En el interín de la litis, un Órgano de la demandada -la Oficina de Concesiones Mineras- expidió una resolución administrativa declarando "(...) que carece de objeto pronunciarse sobre la oposición formulada por el señor Zagaceta (el titular del denuncia minero Hilsa) por haber sido declarada formalmente la extinción del denuncia Hilsa (...)" así las cosas, era obvio que la propia demandada nos estaba dando la razón, sin embargo ello no motivó al Procurador a solicitar el inmediato allanamiento, para descargo de su abultada carga procesal.

³⁸ El artículo 2003 del CC., ordenamiento incuestionablemente supletorio, señala que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente. Entonces, al haberse declarado en caducidad al denuncia **Hilsa**, era lógico afirmar que se extinguía toda acción -procedimental o procesal- que derive de aquel, tanto como cualquier sucesión procedimental derivada de aquella (como la irrogada por la titular del denuncia **Don Jerónimo N° 14 de Ica**, por lo que en este caso, nuevamente se litiga sobre lo obvio.

³⁹ Los casos 1 a 3 y la jurisprudencia administrativa inhibitoria cuando media un acto administrativo inscrito fueron conocidos con posterioridad a la interposición de la demanda y fueron adjuntados durante la secuela del proceso

Debido al reacomodo administrativo originado por la llamada Reforma Judicial, la etapa postulatoria se echa andar recién en Agosto del siguiente año, y luego de efectuarse la audiencia de saneamiento, trabarse la relación jurídico-procesal y verse la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa planteada por la litis-consorte necesaria pasiva, se produce una discordia entre los Vocales de la Sala Corporativa Transitoria en lo Contencioso-Administrativo⁴⁰, de un lado, los Vocales Canelo Ramírez y Díaz Mejía eran de la opinión que se declare fundada la excepción, mientras que el Vocal Zárate del Pino opinaba por la infundabilidad de la misma.

La primera ponencia -en lo que creemos un adelanto de opinión sobre el fondo- hizo suyos los argumentos vertidos en la decisión administrativa impugnada, justificando la anulabilidad por haberse expedido el auto de amparo "(...) **cuando se había presentado con anterioridad una oposición (la del titular del denuncia Hilsa)... contraviniendo...el artículo 223 del D. Legislativo 109 (...)**" (la Ley General de Minería de aquel entonces), no obstante que los mismos Vocales habían dicho no hace poco -a propósito de una solicitud cautelar parcialmente rechazada- que la resolución administrativa impugnada se había dictado: "(...) cuando el derecho **Hilsa de la oponente se había extinguido ...lo que revela el aparente derecho de la demandante**"⁴¹.

Entrando ya en el tema del auto de amparo, los Vocales manifestaron que: "(...) **por ser de carácter provisional no es una resolución que tenga dicha característica (...)**" vale decir, que **cause estado**, descartando la aplicación del artículo 110 de la LNGPA, por estarse ante una ley especial desplazatoria, cual era el TUO, de la Ley General de Minería, además, los Vocales resaltaron que dicha resolución no había causado estado puesto que así lo manifestaba la propia Administración Minera en

el segundo punto de la parte resolutive de la decisión administrativa impugnada, la que, luego de declarar fundada la nulidad administrativa deducida, ordenaba: "(...) devolver el cuadernillo de nulidad a la Oficina de Concesiones Mineras, para que anexándolo al principal del denuncia Erika, continúe con el trámite de acuerdo a su estado".

Por su parte, el Vocal Zárate del Pino, en su ponencia de infundabilidad de la excepción, manifestó básicamente que el auto de amparo "(...) aunque de naturaleza provisional ya había causado estado hacía ocho años, y que por lo mismo ya se encontraba inscrito en el Registro Público de Minería⁴² (...)" resolución contra la cual ya no procedía recurso impugnatorio alguno por haber sido emitida por la máxima instancia administrativa en esta materia que es el Consejo de Minería "(...)". Sobrevenida la audiencia de discordia, el Vocal Romero Quispe hizo suya la ponencia del Vocal Zárate del Pino, produciéndose un empate, hecho que motivó una segunda audiencia de discordia con el Vocal Palomino García, quien se adhirió a la primera ponencia, quedando finalmente el caso 3 votos contra 2, y en consecuencia, se declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, dicha resolución fue debidamente apelada y a la sazón espera su turno respectivo para ser vista en la Sala Constitucional y social de la Corte Suprema.

d.1. Comentario

En este último caso bajo análisis, un permiso provisional de explotación minera (el llamado auto de amparo) consentido e inscrito en su momento en el Registro Público de Minería, vuelve a ser anulado por la Administración Minera⁴³, no obstante haber 2 precedentes anteriores que condenaron, precisamente a dicha Administración, por ir contra el artículo 110 de la LNGPA y por haber fallado el caso en única y última instancia administrativa, lo

⁴⁰ Esta novedosa Sala esta compuesta por distinguidos profesores universitarios y creemos que en el mediano plazo puede darnos muy gratas sorpresas jurisprudenciales en lo concerniente al control judicial efectivo de los actos de la Administración Pública.

⁴¹ El Auto cautelar fue declarado parcialmente improcedente al no haberse presentado una contracautela real, sin embargo, se opinó por la verosimilitud del derecho invocado.

⁴² El Magistrado Zárate del Pino meritó correctamente la jurisprudencia administrativa del propio Consejo de Minería, que obra en autos.

⁴³ Como para no creerlo, la litis-consorte necesaria pasiva, a propósito de otros procesos en sede administrativa, en el mismo de año de la anulación del auto de amparo del denuncia **Erika** y ante el Colegiado Minero cuestionado en este caso, defendió su auto de amparo (mediante recurso administrativo) arguyendo la imposibilidad de ser anulado por mediar inscripción registral, ¿que la llevó, entonces, a olvidar tal argumento al momento de pedir la nulidad administrativa del auto de amparo del denuncia **Erika**, igualmente inscrito en dicho Registro?, el recurso de marras -debidamente certificado- corre en autos judiciales como prueba de temeridad procesal.

que hace al acto administrativo impugnado, nulo y sin eficacia por ser contrario a la Carta Política y a la ley aludida.

El caso muestra como, reiteradamente, la Administración Minera viola una vez más el principio de legalidad (que se infiere del derecho a la igualdad señalado en la constitución y complementariamente señalado en la LNGPA, en el artículo 38)⁴⁴, dicho caso junto a los otros ya analizados, dejan entrever la vulneración del ordenamiento jurídico al que se debe justamente la Administración, único y necesario freno a sus prerrogativas exorbitantes, las que se justifican (teóricamente) en el interés público que anima a sus actos y que debieran incidir en pro de la sociedad, mas, despejada esta abstracción, se podrá comprobar que en los casos analizados la labor subalterna y servicial de la Administración se ha desnaturalizado, convirtiéndose ella en un fin en sí misma, generando consecuentemente, daños y angustias en los derechos adquiridos de muchos ciudadanos, actitud que debe terminar de una vez por todas. Huelga decir que el defensor judicial de la Administración Minera, una vez más, prefirió defender la resolución administrativa, pasando por alto los casos 1 y 2, tremendamente ilustrativos y aleccionadores en materia de anulación de actos administrativos consentidos (se excluye el caso 3 por ser de reciente notificación).

Nótese también, la excesiva deferencia judicial que se le otorgó a la Administración Pública en este último caso, pues a estar a la resolución que declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (y subrayada *ex profeso* por nosotros, líneas atrás), se consideró como argumento de peso para optar por dicha fundabilidad, el que la propia Administración Minera dijera que: "(...) debe continuarse con los trámites pendientes (...)", vale decir, a quién es juez y parte en la controversia. Así las cosas, alguien

podría concertar de manera *non sancta* con algún tribunal administrativo a efectos que expresamente diga en tal o cual resolución administrativa que la misma, "no causa estado", y mientras se dirima este *ping pong* competencial, se produce la inmediata ejecución del acto administrativo impugnado con la consecuente generación de daños y perjuicios en el administrado, a menos que mediase alguna medida cautelar, y como bien se sabe, ella es imposible de obtener en sede administrativa y de difícil concesión, en sede judicial⁴⁵.

d.2. Sobre el agotamiento de la vía administrativa

El caso **Erika** obliga a tratar, siquiera fragmentariamente, el tema del agotamiento de la vía administrativa (que en realidad, las más de las veces, termina por agotar a quién se inserte en ella), ya hemos dicho líneas atrás que actualmente se ha generado toda una corriente de opinión en el derecho administrativo comparado a fin que se declare optativa dicha vía, nosotros pensamos que quién se sienta confiado en el sector administrativo donde va a recurrir, debe apostar por ella y quién no, deberá provocar directamente la tutela jurisdiccional, mas, de momento, tal opinión no tiene un asidero legal.

Recientemente y a propósito de la Ley 26810 (del 18.06.97) que reforma varios artículos de la LNGPA, el profesor Jorge Danós Ordoñez ha elaborado un ensayo sobre este tema, en lo que constituye el aporte más importante que se haya hecho en el Perú sobre el agotamiento de la vía administrativa. Dicho trabajo grafica perfectamente el por qué, la Administración Minera no debió ni debe asumir jurisdicción sobre un acto de amparo consentido, y/o inscrito⁴⁶.

Comienza Danós con la problemática de la incompreensión del tema diciendo que "(...) la ausencia de normas precisas al respecto ha traído

⁴⁴ Creemos que este artículo debe insertarse en la Constitución Política, tal como se ha hecho en España.

⁴⁵ Al respecto, nos remitimos al trabajo citado en la nota 2; en el panorama cautelar se evidencia también esta excesiva deferencia. Bastaría la violación palmaria de una ley (supuesto al que previamente tendrá que arribar el juzgador) para conceder, incluso, una medida cautelar fuera de proceso contra la Administración Pública, pues ella está obligada a conducirse de manera más prístina que cualquier justiciable.

⁴⁶ Las Resoluciones que ponen fin al Procedimiento Administrativo. Las llamadas Resoluciones "que causan estado"; 15 páginas. El profesor Danós -quien forma parte de la comisión que elabora el anteproyecto de la nueva LNGPA-, tuvo la gentileza de enviarnos una copia de dicho trabajo que entendemos, forma parte del material que se utiliza en la Academia de la Magistratura, ojalá que pronto sea publicado en alguna revista legal del medio, para beneplácito de jueces, funcionarios de la Administración, abogados, justiciables ... y procuradores. (N. R. El artículo al que hace referencia el autor ha sido publicado recientemente en: **IUS ET VERITAS**. Lima. 1998. Año IX. Nº 16, pp. 150-159.

consgo que se expida jurisprudencia contradictoria la que origina que el particular vea rechazadas sus pretensiones ante el Poder Judicial con grave lesión a sus derechos constitucionales a la tutela judicial y de acceso a la justicia, porque los magistrados muchas veces por desconocimiento rechazan demandas bajo el criterio equivocado de que no se agotó la vía previa (...)”⁴⁷.

Entrando al tema, Danós hace el distingo entre los actos que causan estado y los actos definitivos, diciendo de los primeros que: “(...) constituyen la manifestación final de la acción administrativa respecto del cual no es posible la interposición de otro recurso impugnativo (...)” que ello ocurre cuando se ha llegado al funcionario superior con competencia para decidir en definitiva sobre el acto impugnado, por lo que únicamente podría ser objeto de cuestionamiento ante el Poder Judicial (...)”⁴⁸.

En cuanto a los segundos, Danós dice que: “(...) se trata de actos firmes o consentidos por el transcurso de los plazos para recurrir, respecto de los cuales no cabe impugnación alguna (...) producen el mismo efecto sin causar estado, como sería el caso de una resolución dictada por un Funcionario de menor rango que no es recurrida oportunamente ante el Órgano superior que le precede inmediatamente en la línea jerárquicamente por el interesado(...)”⁴⁹.

De acuerdo a lo expuesto, el auto de amparo es un acto definitivo y como bien lo llama Danós, hace “cosa juzgada administrativa”, ello, por tratarse, efectivamente de un acto administrativo expedido por un funcionario de menor jerarquía (el jefe regional minero del área donde se encuentra el yacimiento), más, en la medida que queda consentido (y oleado y sacramentado con su inscripción registral) ya no es susceptible de ser

cuestionado en sede administrativa, lo que nos lleva a una conclusión fulminante: todos los autos de amparo mineros consentidos y contra los que no se haya interpuesto Recurso Contencioso-Administrativo dentro de los 90 días de ley, son imposibles de anular en sede judicial, cosa diferente sería si el denunciado incurriese en causal de nulidad o de grave infracción a la Ley General de Minería, pues ello llevaría a su extinción, caducidad y a la libre denunciabilidad del área.

4. Defensa judicial del Estado y veracidad Procesal

Los tres casos expuestos (se exceptúa al primero por ser la matriz jurisprudencial) nos demuestran a las claras que la defensa judicial del Ministerio de Energía y Minas se está resistiendo a una jurisprudencia reiterativa⁵⁰ la que desde diversas vías, ha considerado, ya lesivos, ya nulos, aquellos actos administrativos que anularon sendos autos de amparo consentidos, y si bien esta práctica no solo ocurre en la Administración Minera, creemos que ella, en tanto que manifestación del Poder Ejecutivo -principal interesado en la instauración definitiva del Estado de Derecho y en la independencia de los otros poderes- debe dar el ejemplo⁵¹.

A este respecto, la lucha de los procesalistas peruanos ha comenzado por positivizar los principios de veracidad, igualdad procesal (subespecie del derecho constitucional a la igualdad en todas sus manifestaciones) y buena fe procesal, los que aparecen en el Código Procesal Civil peruano, en sus artículos VI y IV del Título Preliminar, principios que son las normas pivotaes en el proceso y que por lo mismo, son superiores a cualquier dispositivo procesal. Más, a estos principios se ha agregado otra norma sobre la que

⁴⁷ Op. cit., p. 1.

⁴⁸ Op. cit., p. 2.

⁴⁹ Op. cit., p. 2.

⁵⁰ En un evento extranjero que reunió a abogados, Magistrados y Procuradores se dijo, a este respecto que “(...)especialmente importante resulta la extensión de los efectos de una sentencia a quienes, estando en las mismas circunstancias del recurrente, no hayan sido parte en el proceso, de modo que una vez producida una sentencia firme y como consecuencia del efecto positivo de la cosa juzgada, la Administración venga obligada a extender los efectos de aquella a todos los supuestos que constituyan una reiteración de la misma (...)”, Conclusiones del Seminario de la Magdalena sobre la Reforma de la jurisdicción Contencioso-Administrativa en: *Revista de Administración Pública*. Septiembre-Diciembre. 1996. Nº 141, p. 432.

⁵¹ Apelando a la sociología, diremos que cuando en una estructura social se evidencia que los más poderosos son impunes a un comportamiento exigido por convencionalismos obligatorios, los más débiles empiezan a emularlos, imagínense el impacto que debe generar el hecho que el primer interesado en que se cumplan las leyes (y que se fije la jurisprudencia que las aclara), vale decir el primer poder, el Poder Ejecutivo, vía la Administración Pública, termine vulnerándolas sistemáticamente.

se ha de asentar toda una deseable jurisprudencia futura, esto es, el artículo 59 del CPC. que dice que "(...) cuando el Estado (en todas sus manifestaciones) intervienen en un proceso civil, se someterán sin más privilegios que los expresamente señalados en este código (...)"⁵² enunciado que no debe entenderse solo para las tasas judiciales o apelaciones de oficio.

Creemos que si de un lado, la igualdad procesal implica prohibirle a la Administración Pública, luego de una demanda contra ella, de alterar su *statu quo ante* procesal con el demandante,⁵³ la veracidad y buena fe procesal le deben exigir allanarse, cuando la demanda y sus recaudos (y jurisprudencia adjuntada) tiene el sustento más que verosímil del entuerto en el acto administrativo impugnado, sin embargo, somos conscientes que al Procurador le va a ser difícil empaparse cabalmente del expediente administrativo dentro de los 10 días de plazo para contestar la demanda (bajo apercebimiento de rebeldía), de allí que le resulta más fácil contestarla que ir con el proyecto de allanamiento donde el Vice-ministro del ramo, proceso larguísimo y heterodoxo, con el agregado psicológico de sospecharse de aquella buena iniciativa, pero ¿acaso ello no puede revertirse dentro de la etapa postulatoria, holgura de tiempo mediante?

Esta mecanización procesal de la defensa judicial del Estado debe terminar, pues el propio Estado (propulsor oficial de la conciliación en todos los niveles), es el primer interesado en que se instaure la paz social y que impere la ley y el debido proceso, el cual sin la veracidad y buena fe procesal no podrá tornarse en una realidad. A guisa de colofón, resultan ilustrativas las opiniones

un gran procesalista como Peyrano, quién ha dicho respecto a estos principios-deberes que "(...) readquieren notorio realce en cuanto deban ser observados por los abogados o procuradores de la Administración Pública (...) ¿cuando un abogado de la Administración Pública falta a alguno -o a varios- de estos deberes de qué hablamos? (...) cuando se niega un hecho que a la Administración le consta, cuando se rechaza una afirmación de la contraria que se puede comprobar como verdadera en la propia estructura (archivos, constancias, etc.) del Estado (...) en suma, el principio de moralidad es insoslayable para todo abogado de la Administración Pública, aún a costa de los intereses episódicos de su mandante; dentro de ese principio de moralidad se comprenden obligaciones como la lealtad, la veracidad y la buena fe dentro del proceso (...)"⁵⁴.

Junio de 1998

-
- ⁵² Existe un reciente fallo de la Corte Suprema (Procurador del M. de transportes y Comunicaciones c/ Procurador del Poder Judicial, El Peruano, 11.05.98) enmendándole la plana al demandante por invocar privilegios procesales en materia recursiva. No obstante subsiste este *ánimus* exorbitante en algunos sectores de la Administración; el 13.05.98 el diario oficial publicó una resolución del Ministerio de Pesquería autorizando a su Procuradora *ad-hoc* a plantear una Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta contra un fallo que esta entidad había perdido, a propósito de una Acción de Amparo, siendo que esto es un imposible jurídico. Sobre este tema, véase un conocido trabajo publicado por Aníbal Quiroga en el penúltimo número de la Revista *Derecho*.
- ⁵³ Tal como ocurre en Alemania. El último párrafo del artículo 541 del CPC. señala que la admisión de una demanda (se entiende, con la Administración Pública) no interrumpe la ejecución del acto administrativo impugnado. ¿como entender el dispositivo de marras con el principio de igualdad procesal, sub-especie del derecho constitucional a la igualdad?, el asunto es peliagudo, más, alguna vez tendrá que ser abordado jurisprudencialmente por un juez que no se someta al excesivo literalismo de esta norma bastando para ello la inaplicación de la misma vía el control difuso, claro está, sometiéndola al caso concreto.
- ⁵⁴ PEYRANO, Jorge W. Et. al. *El Proceso Atípico*. Buenos Aires: 1984. Editorial Universidad, pp. 162-164. En este mismo sentido, MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, destacado administrativo español, ha dicho que "(...) puede parecer perogrullesco, pero es fácil convenir que la mejor defensa en juicio de las Administraciones Públicas es que estas actúen conforme a derecho (...)". *La defensa en juicio de las Administraciones Públicas*. En: *Revista de Administración Pública*. Enero-Abril 1990. Nº 121 (España), p. 9.