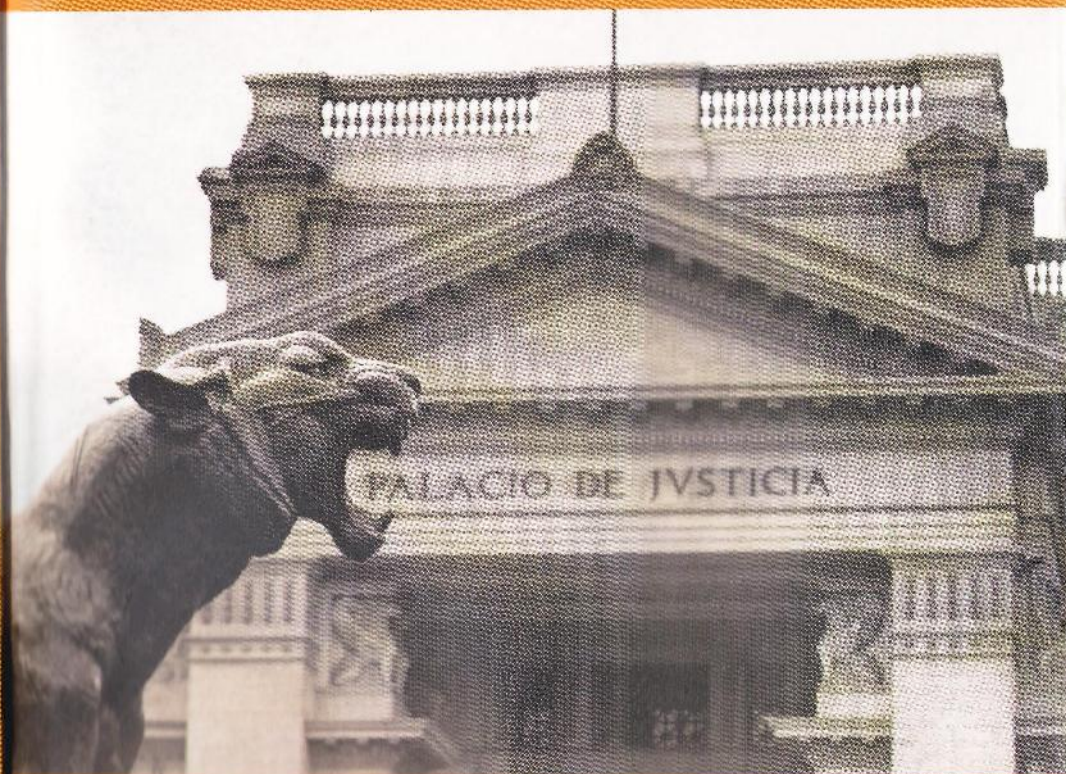


JORGE ZEVALLOS-QUINONES PITA



La Cenicienta del Derecho Peruano El Control Judicial de la Administración Pública


Serie JuX

Jorge Zevallos-Quinones Pita

Nacido en Trujillo. Graduado en la Escuela de Leyes de la Universidad San Martín de Porres. Candidato al grado de Magister en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. En el 2002 viajó a Madrid para realizar un postgrado de Justicia Constitucional en la Universidad Carlos III. Consultor legal en asuntos mineros y pesqueros. Ha sido profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Se ha desempeñado como articulista de opinión en el diario *Expresso*, entre los años 1996 y 2000. Ha publicado diversos ensayos legales en las revistas *Ius et Praxis* (Universidad de Lima), *Apuntes de Derecho* (Universidad Nacional Mayor de San Marcos), en la *Revista Peruana de Derecho Procesal* que dirige Juan Monroy Gálvez, en la revista del Instituto Peruano del Derecho de la Minería y del Petróleo y en el Libro-Homenaje al Doctor Enrique de Ravago Bustamante. En temas de Derecho Minero ha escrito: "Indemnización *ex aequo* por Reversión de Infraestructura Petrolera: el caso Texaco" y "Defensa

La Cenicienta del Derecho Peruano
El Control Judicial de la Administración Pública

JORGE ZEVALLOS-QUIÑONES PITA

La Cenicienta del Derecho Peruano
El Control Judicial de la
Administración Pública



SerieJuX
Lima - 2007

© *La Cenicienta del Derecho Peruano.*
El Control Judicial de la Administración Pública
© Jorge Zevallos-Quñones Pita

Primera edición, febrero 2008.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca
Nacional del Perú: 2008-01954

ISBN 978-9972-9755-4-7

© Chataro Editores: SerieJux
Psje. Juan de Arona 151, Lima 39
Teléf. (511) 522 2295
chataroeditores@yahoo.com

Impreso en Perú
Tiraje: 500 ejemplares

Índice

Presentación	15
El Acto Administrativo no motivado. Análisis de esta singular facultad discrecional a propósito del reciente fallo del TC sobre el pase al retiro por renovación de un militar	19
La lucha contra las inmunidades del Poder Administrativo	39
Defensa judicial del Estado y veracidad procesal: tres casos de resistencia a la Jurisprudencia (a propósito del auto de amparo minero)	53
Indemnización <i>ex-aequo</i> por reversión de infraestructura petrolera: el caso Texaco	89
Medidas cautelares contra la Administración Pública	107
Algunos artículos periodísticos vinculados al tema: I. La Administración Pública puede convertirse en sumo poder II. Jurisprudencia aplastante en el caso Ivcher III. ¿Debe resarcir la Administración Pública? IV. Hablar con los jueces: ¿Inmoral o necesario? V. Renuncia inmediata en sede constitucional VI. Cómo compensar el «shock» judicial VII. La rebelión de los jueces VIII. ¿Qué hacer con el Poder Judicial?.....	131

Proyectos presentados para mejorar la justicia contencioso-administrativa	159
Colofón	171

Al profesor Gustavo Bacacorzo, en cuyo regazo
intelectual me inicié como escritor y catedrático

En primer lugar, tengo que agradecer a David Ballardo por su infinita paciencia y talento editorial que le permitieron capear mis imprecisiones en estos menesteres. David es un erudito en fe de erratas y pruebas de galeras. Juraría que prepara en secreto un Bestiario sobre todos los 'mounstritos' que yacen agazapados entre las páginas de un posible libro. En segundo lugar, agradezco a mi esposa Rochi. Su inteligencia y deliciosa alegría fueron gratos acicates para terminar el libro. Finalmente, a mi hijo Luis, quién aportó con singulares granitos de arena (capacidad de escucha, *argumentos ad contrarium* y *ad absurdum*).

¡Plugo a los dioses que les llenen de salud!

La gente acepta como verdad, como evidencia, algunos temas que han sido contruidos en un cierto momento durante la historia, y esas así llamadas evidencias pueden ser criticadas y destruidas. Cambiar algo en la mente de la gente: en eso consiste mi trabajo.

MICHEL FOUCAULT

Hermosa es la jurisprudencia pero mezquino es el pleito.

ANÓNIMO

Presentación

Qué duda cabe que el Estado deba traducir su compleja labor a través de constantes decisiones administrativas en los más variopintos niveles de la administración pública. Ello encuentra lógica en las demandas de la población y los paradigmas que trae cada partido político que toma el poder para echar a andar eso que el derecho administrativo ha denominado «motorización legiferante», vale decir, toda la gama de disposiciones legales necesarias para su funcionamiento.

Desde el siglo XIX, y hasta bien entrado el siglo XX, los diversos operadores del Derecho Administrativo fueron construyendo todo el andamiaje jurídico que el Estado requería para blindar sus actos administrativos. Como quiérase que la labor del Estado muchas veces reclamaba tal o cual urgencia, decisiones que en el derecho privado podrían verse incluso como injustas, fueron paliadas con el matiz de 'razón de Estado', 'necesidad pública' o 'interés público'. Gracias a estos conceptos jurídicos indeterminados, el Estado ha podido (y aún puede) actuar inmediatamente como, por ejemplo, construir con urgencia una carretera y por ello, verse en la necesidad de tomar terrenos privados o tener que importar leche para combatir la desnutrición infantil sin tener que esperar las horcas caudinas de un proceso ordinario de expropiación o de una licitación formal, por ejemplo.

Esta necesaria velocidad de actuación de la administración pública trae aparejada la posibilidad de errar en sus decisiones pero también, fomentar escenarios de arbitrariedad y corrupción. Diferenciar uno del otro siempre ha sido una labor difícil, mucho más, con el arsenal de facultades discrecionales

dadas a los organismos del Estado, las que si bien, son muy necesarias, han formado por mucho tiempo un halo jurídico de impenetrabilidad cuando no, de un misterio para tratar de clasificarlas y/o someterlas a algún tipo de control.

La cultura de la deferencia hacia la administración pública implicó, pues, darle facultades exorbitantes de actuación (e incluso a protegerla por su mala actuación), resultando de ello un injusto privilegio que se notaba sustantivamente en los tribunales de justicia cuando un particular la demandaba por un hecho o acto administrativo que lesiona sus intereses. El despegue del derecho procesal científico, la plasmación concreta de los principios constitucionales de legalidad e igualdad en sede judicial y la reacción de un grupo notable de administrativistas llevó a cuestionar tal supremacía en el Derecho Comparado y en ayuda de ella vino la justicia cautelar.

Finalmente, los avances de los derechos humanos, el activismo de la sociedad civil y una magnífica jurisprudencia han terminado por romper esta suerte de columna *Maginot*. De otra parte, y siguiendo una tendencia mundial, la resolución de conflictos ha dejado de ser monopolio del Estado al emerger el arbitraje y la mediación, de allí que sea raro ver hoy un contrato o concesión importantes con el Estado que no lleve anexada una cláusula de arbitraje.

Nuestra realidad jurídica, tan exegética y conservadora, fue removida en sus viejas estructuras con la dación del Código Procesal Civil, y a poco sobrevino su incompatibilidad con la ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, de ese tiempo. Mientras que en sede judicial cabían una serie de rápidas actuaciones de plazos fatales y con cierto equilibrio procesal entre las partes, en sede administrativa uno se topaba con que el Estado era juez y parte. Allí están por ejemplo las medidas cautelares administrativas de oficio o la *cosa decidida*, necesarias para lo inmediato, tan peligrosas en escenarios de arbitrariedad o corrupción. Mucha legislación ha cambiado y la justicia constitucional ha emergido vigorosamente, mas el tema de fondo, el control judicial de las decisiones administrativas (con el auxilio de las más modernas técnicas jurídicas

creadas por el propio derecho administrativo), creemos, sigue pendiente, al punto tal que ni la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo —el vehículo procesal clásico para impugnar las decisiones de la administración pública— ha cuajado aún entre los operadores jurídicos*.

*
* *

La presente obra recoge inquietudes juveniles del autor sobre el tema, las que nacieron de casos reales que lo llevaron a estudiar a fondo el Derecho Administrativo y el tema del control judicial de la administración pública. Es un conjunto de ensayos legales publicados entre 1997 y el 2003, a los cuales se han agregado algunos artículos vinculados con el tema y publicados en diarios de Lima. El autor presentó en su tiempo dos proyectos, tanto en sede académica como en sede estatal, para intentar generar un cambio al respecto, considerando necesario el incorporarlos a este trabajo. De manera alguna este libro pretende erigirse como la guía sobre el tema. Es un trabajo juvenil pasible de errores que se justifican en el autodidactismo y que aspira más bien a crear cierta conciencia y la necesidad que se profundice este tópico en el derecho peruano. Mucha de la legislación aquí invocada ha sido derogada o modificada, por lo que se le pide al lector que privilegie la institución a la norma y la idea a la literalidad.

* Un distinguido jurista ha dicho al respecto «la ley que regula el proceso contencioso-administrativo ha pasado el examen más difícil que le corresponde afrontar a toda norma: enfrentarse a la realidad que pretende regular. Luego de estos pocos años, no estamos seguros que dicho examen haya sido pasado con éxito, muchas veces por culpa de la propia ley, otras veces por nuestra angustiante realidad, y no pocas veces por la práctica jurisdiccional y forense...» Giovanni Priori Posada. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo*. Tercera edición, Ara editores (2006), p. 35.

El Acto Administrativo no motivado.
Análisis de esta singular facultad
discrecional a propósito del reciente fallo
del TC sobre el pase al retiro por
renovación de un militar*

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. II. LA MOTIVACIÓN DEL ACTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. III. FACULTAD REGLADA, FACULTAD DISCRECIONAL Y SU CONTROL JUDICIAL A TRAVÉS DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. IV. EL CASO ALATRISTA: RESUMEN DE LOS HECHOS Y DE LAS DECISIONES JUDICIALES. V. ¿ES UNA FACULTAD DISCRECIONAL CORRECTA NO MOTIVAR EL PASE AL RETIRO DE UN MILITAR? 5.1. *La evaluación del uso del concepto jurídico indeterminado «seguridad nacional»*. VI. REFLEXIONES FINALES.

*La discrecionalidad es el caballo de Troya
dentro del Estado de Derecho.*

HANS HUBER

I. PRESENTACIÓN

Se puede decir que el moderno Derecho Administrativo nace con la Revolución Francesa. La odiosa teoría de la infalibilidad regia en materia administrativa (que por delegación le favorecía al funcionario), las corruptelas y granjerías con los cargos públicos, en fin, el caos gubernativo de Luis XVI

* Publicado en libro homenaje al Dr. Enrique de Rávago Bustamante (2003).

acabaron con la paciencia del pueblo francés, el cual, en uno de los momentos mas gloriosos de la historia universal, gestó una nueva lengua, la Lengua de los Derechos.¹ En esa gesta se positivizó, entre otros, la interdicción de la arbitrariedad del poder y el sometimiento de la administración a la ley, por lo mismo, Francia es pues, la cuna del Derecho Administrativo, alcanzando su pico máximo con la decisión de Napoleón, en 1806, de crear la sección de lo Contencioso-Administrativo en el Consejo de Estado Francés.²

Desde esa fecha y hasta hoy, ha mediado toda una dramática y no menos interesante creación doctrinario-judicial en materia del control judicial de las facultades regladas y discrecionales de la administración. Así, de la profunda deferencia que se le guardaba a aquélla a comienzos del siglo XIX³ y que se graficaba con las limitadas técnicas recursivas que las leyes daban para impugnar los actos administrativos (España tuvo una ley de lo Contencioso-Administrativo en 1888 y el Perú en... el 2001) se ha pasado hoy en el Derecho Comparado a toda una gama de técnicas de control de las facultades discrecionales, llegando incluso a sustituirse en sede judicial la decisión administrativa incorrecta.

Estas técnicas conjugadas con el derecho fundamental a un *debido proceso* han permitido abandonar, por inútil, la antigua solución del reenvío a sede administrativa con la consiguiente

vía crucis del ciudadano o empresa que hacía de cualquier sentencia favorable, una mera victoria pírrica; por otro lado, la recepción de las medidas cautelares contra la administración ha dado gran vigor a la *tutela judicial efectiva* en la lucha contra las inmunidades del poder administrativo, inmunidad que halló máximo privilegio a raíz del tan cuestionado *Principio de Autotutela* de la administración (paliado hoy con las medidas cautelares) que le permitía a ésta ejecutar su decisión, así haya sido cuestionada mediante algún recurso nulificadorio o impugnatorio.⁴

En nuestro país, a pesar de una notable tradición de administrativistas que han puesto énfasis en la descripción de la organización del poder administrativo, son escasos los tratados que describan las facultades discrecionales de la administración. Para el caso del tema que nos ocupa, nada se ha dicho todavía sobre el control judicial de las facultades discrecionales.⁵ Se practica, pues, una excesiva deferencia hacia este poder, ello ocasiona la falta de recepción de tópicos claves, hecho que ha llevado al análisis *de refilón* de sus categorías básicas, por parte de otras disciplinas.

El caso del análisis de las facultades discrecionales, por ejemplo, ha sido acometido por los constitucionalistas —bajo la alternativa doctrinal del acto político—,⁶ o desconociendo su raíz administrativa, a propósito de la no ratificación de los

1 Véase el libro de Eduardo García de Enterría, *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

2 Una historia detallada de esta evolución puede verse en la obra de Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, quinta edición, 2000, pp. 33-53.

3 Para el caso peruano, baste leer algunos de las fundamentaciones expuestas en la *Compilación de Vistas Fiscales*, hecha por el Dr. Alfredo Gastón para comprender esta deferencia sobre todo en materia de responsabilidad extracontractual (Lima, imprenta del Estado, vol. I: 1873, vol. 2: 1875); por su parte, Fernando de Trazegnies, ha realizado un profundo estudio en materia de torts, ver «daños causados por el Estado», en *La Responsabilidad Extracontractual*, PUCP, Fondo Editorial, 1988, tomo II, pp. 219-253.

4 Véase nuestro artículo Medidas Cautelares contra la Administración Pública, en: *Apuntes de Derecho*, Revista de Investigación Jurídica (UNMSM), 1997, año II, N° I, pp. 147-159.

5 Recientes publicaciones sobre Derecho Administrativo confirman nuestro aserto: José Bartra Caveró, *Procedimiento Administrativo*, 2002, Huallaga editorial; Marco Cabrera Vásquez, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2001, Gráfica horizonte; Pedro Sagástegui Urteaga et. al., *La Justicia Administrativa en el Perú*, 2002, Editorial exituno; Giovanni Priori Posada, *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo*, 2002, Ara editores.

6 Cesar Landa, Justicia Constitucional y Political Questions, en: *Pensamiento Constitucional* (PUCP), año VII, N° 7, 2000, pp. 11-140.

magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura.⁷

La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC) en el caso General Alatrasta c/ Ministerio de Defensa (21 de octubre del 2002) pone una *pica en Flandes* en el tópico bajo comentario, pues justifica cierta facultad discrecional (innecesidad de motivar un acto administrativo amparándose en el concepto jurídico indeterminado: seguridad pública) por parte de un brazo de la administración pública (el Ministerio de Defensa) a efectos de pasar al retiro por *renovación* a un militar.

Tamaña decisión merece ser analizada desde las arenas del Derecho Administrativo.

II. LA MOTIVACIÓN DEL ACTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo, o sea, la decisión que emite un funcionario público o Ente colegiado y que va a resolver una situación jurídico-administrativa, necesita revestir de un mínimo de formalidades fijadas por la ley,⁸ siendo una de ellas la motivación.

Para la doctrina «la motivación es la exigencia de hacer pública las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto. Por la motivación se podrán conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justificaron el acto».⁹

7 Véase el especial sobre la no ratificación de jueces de: *Diálogo con la Jurisprudencia*, enero 2003, N° 52.

8 Ley 27444 [Ley del Procedimiento Administrativo General] del 21.03.01. En el capítulo I se fija el concepto de acto administrativo. Modalidades, requisitos de validez, forma, objeto o contenido y motivación (artículos 1 al 6), para un estudio más profundo véase a Juan Carlos Morón Urbina, *Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica editores, primera edición, Octubre 2001, pp. 61-84.

9 Jesús Gonzáles Pérez, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas 2000, Madrid., p. 216, en honor a este gran tratadista español, el Instituto Hispano Americano de Derecho Administrativo lleva su nombre.

De otro lado, nuestra novísima Ley de Procedimientos Administrativos (en adelante LPAG) reclama que aquella deba ser «expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado».¹⁰

De manera excepcional se considera innecesario motivar tanto los actos administrativos de mero trámite («téngase presente», «córrase traslado», etc) como ciertas contestaciones positivas a determinados pedidos de un administrado, en la medida que no perjudiquen derechos de terceros.

La falta de motivación de un acto administrativo se corrige con la revocación de aquel por la propia entidad emisora —a pedido de parte o de oficio—, (recurso impugnativo / nulidad). Si acaso esta anomalía se confirmara en la última instancia administrativa, hay que acudir al Poder Judicial a efectos de interponer un Recurso Contencioso-Administrativo o una Acción de Amparo, mas, optar por uno u otra dependerá de la vulneración o mala interpretación de la ley y/o de un contrato estatal o de la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental.

Es conveniente acotar que en sede nacional y hasta el 2001, debido a una falta de recepción de la moderna doctrina del control judicial de la administración pública y a la inexistencia de una ley para lo Contencioso-Administrativo, se ha optado mayormente por demandar a la Administración Pública a través del Recurso de Amparo, si bien, con las enormes limitaciones metodológico-operativas que ello acarrea.¹¹

10 *Ley de Procedimiento Administrativo General*, Jurista Editores, 2001., p. 18.

11 (...) El fenómeno de la amparización de la justicia en el Perú y la falta de vulgarización de las técnicas técnicas de control que se usan en el recurso contencioso-administrativo han dado pábulo a que —agotada o no la vía administrativa— se prefiera optar por el remedio procesal extremo [el Recurso de Amparo], empero, no todo acto administrativo... importa un acto lesivo contra los derechos fundamentales del

III. FACULTAD REGLADA, FACULTAD DISCRECIONAL Y SU CONTROL JUDICIAL A TRAVÉS DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

El poder administrativo tiene un sinnúmero de cometidos y cumplimientos de funciones inherentes a él y para exteriorizar su voluntad utiliza el acto administrativo. Los ejemplos son variados: tomar la decisión final en un concurso público, responder los reclamos planteados por los administrados, nombrar funcionarios, determinar una concesión, cancelar un permiso, etc.; en virtud de todo ello se remite al ordenamiento jurídico-administrativo para dar solución a las desinteligencias y/o incertidumbres que sobrevengan.

Cuando la solución de un caso está en la mera aplicación de un dispositivo legal, el poder administrativo ejerce sus facultades regladas, es decir, «reduce a la administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado también agotadoramente».¹²

Adelantándonos al caso bajo análisis, decimos que, a la fecha, ningún ordenamiento jurídico-administrativo avanzado¹³ recoge la tesis que para determinadas circunstancias, el

poder administrativo pueda ampararse en la facultad reglada para no fundamentar un acto administrativo; por el contrario, en casi todas las constituciones del orbe se ha recogido el principio constitucional de legalidad que vincula a la administración, de manera tal que aquella debe ceñir sus actos a los valores constitucionales.

Para el caso peruano ello se halla recogido en el artículo 138: 5 de nuestra Carta Magna, si las resoluciones judiciales deben motivarse, ello mismo debe ocurrir con las resoluciones administrativas;¹⁴ va de suyo que la Ley de Procedimientos Administrativos prohíba expresamente la no motivación de un acto administrativo sustantivo, con las salvedades expuestas líneas atrás.

Cuando la solución a tomar para resolver una situación jurídico-administrativa requiere del poder administrativo una estimación subjetiva, una apreciación de circunstancias singulares, «una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración»,¹⁵ a esto se le llama facultad discrecional.

Siguiendo la interesante clasificación del profesor Cassagne, tenemos que la discrecionalidad administrativa asume distintas modalidades: a) supuestos donde la discrecionalidad se halla acotada por un concepto jurídico indeterminado de valor que si bien, en principio, admite una única solución justa puede en algunas circunstancias suponer

justiciable; la mayoría de las veces los actos administrativos irregulares obedecen a distorsiones en las facultades regladas y/o en las potestades discrecionales de los entes que los emitieron, siendo imposible conectar muchos conflictos contra la administración pública a la hipótesis de violación de derechos constitucionales. De esta manera, el 90 por ciento de los amparos contra la administración pública terminan declarándose improcedentes o infundados (...). Extraído de nuestro artículo: La Lucha Contra las Inmunidades del Poder Administrativo, En: *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Enero-Diciembre 1998, N° 29, pp. 46.

12 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, tercera edición, Civitas, Madrid, 1982, pp. 382.

13 Se considera así a aquel que detenta las últimas conquistas doctrinarias y jurisprudenciales en materia de técnicas de control judicial de la

Administración, las que provienen de las arenas del Derecho Administrativo.

14 Una copiosa jurisprudencia del TC ha venido reiterando que dentro del procedimiento administrativo también cabe reclamar el «debido proceso» que se traduce en: ser oído, permitir hacer descargo, esperar del ente administrativo la emisión de actos motivados, etc.

15 García de Enterría, op. cit. pp. 386.

un cierto margen de valoración entre varias posibilidades justas; b) casos en que el margen de arbitrio o libertad no se encuentran limitados por conceptos jurídicos determinados o indeterminados y en los cuales el órgano administrativo está habilitado para escoger una solución entre otras posibilidades igualmente justas; c) aquellos casos donde el espacio de libertad está costreñido a los supuestos predeterminados por la norma objetiva donde la discrecionalidad se limitó a la facultad de elegir alguna de las soluciones ya previstas en la ley.¹⁶

Como quiérase que esta discrecionalidad abre la puerta a escenarios de arbitrariedad, ha sido motivo de análisis por juristas y jueces de avanzada, creándose determinadas técnicas de control judicial contra la incorrecta discrecionalidad administrativa: sea al confrontar ésta con los hechos, o con los principios generales del derecho o con los conceptos jurídicos determinados e indeterminados. La vía procesal idónea es el Recurso Contencioso-Administrativo.

El tema del control de las facultades discrecionales es fascinante y vital para nosotros, pese a que tiene antigua data en las diversas familias jurídicas, se introdujo académicamente en el Perú en 1998,¹⁷ su explicación excedería el sentido de este artículo, sin embargo para efectos de ilustrar el caso *sub exánime* trabajaremos con una de ellas, la correspondiente al control de la discrecionalidad administrativa mediante los conceptos jurídicos indeterminados:

«...Aquí la teoría general del derecho (a través de la doctrina alemana) le ha prestado un valioso concurso al control judicial de los actos administrativos con los llamados conceptos jurídicos indeterminados, conceptos de valor y experiencia (como la buena fe, el estándar del buen padre de familia, el interés público, la finalidad pública, el interés general, el justo

precio, el orden público, la seguridad nacional, etc) son indeterminados en el sentido de que la medida concreta para su aplicación en un caso particular no la resuelve o determina con exactitud la propia ley, sin embargo, lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su clasificación en una circunstancia concreta no puede ser mas 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...»¹⁸

Esta *técnica* será explicada y desmenuzada al momento de analizar jurídicamente el caso emanado del TC, motivo de este artículo.

IV. EL CASO ALATRISTA: RESUMEN DE LOS HECHOS Y DE LAS DECISIONES JUDICIALES

El General Alatrística, un oficial de foja envidiable, con fecha 27 de abril de 2001, interpuso un Recurso de Amparo contra el Ministerio de Defensa, para que se declare no aplicable a su persona los alcances de la Resolución Suprema N° 994-DE/EP/CP/-JAPE, de fecha 20 de diciembre de 2000, mediante la cual se resuelve pasarlo **de la situación de actividad a la de retiro por causal de renovación**, la misma que le ha sido entregada en forma extraoficial el 6 de abril de 2001, así como no aplicables el Memorandum N° 119-CP-JAPE de 18 de diciembre de 2002, entregado el 20 de diciembre del mismo año y cualquier otra resolución posterior que pueda derivarse del mismo proceso administrativo.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Ministerio de Defensa solicitó que se declare improcedente la demanda, ya que por lo menos los puntos 3, 4, 5 y 6 de su petitorio son asuntos controvertibles que no pueden ser dilucidados en la acción de amparo. Por otro lado, sostuvo que el artículo 58° del decreto legislativo N° 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza

16 Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, séptima edición, 2000, Buenos Aires, tomo I, pp. 235.

17 Nuestro artículo: La Lucha Contra las Inmunidades del Poder Administrativo, en: *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Enero-Diciembre 1998.

18 La Lucha Contra las Inmunidades... pp. 47-48.

Aérea, regula la renovación de cuadros en virtud del artículo 168° de la Constitución Política del Estado, que establece que la Fuerza Armada se rige por sus propias leyes y reglamentos.

Argumentó, además, que la invitación al retiro por renovación no constituye un castigo, pues, de acuerdo con el Decreto Supremo N° 083-DE, que reglamenta el artículo 58° del Decreto Legislativo citado, no son «invitables» al retiro aquellos que están comprendidos en otras causales de pase al retiro previstas en el artículo 55° del Decreto Legislativo N° 752, y los que están sometidos al Consejo de Investigación y a la Justicia Militar.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, con fecha 31 de julio de 2001, declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e infundada la demanda, al considerar que el pase a la situación de retiro por renovación ha sido dispuesta en aplicación del artículo 58° del Decreto Legislativo N° 752 y el Decreto Supremo N° 083-DE/SG, modificado por el Decreto Supremo N° 058-DE/SE, mediante los cuales se reglamentó dicho artículo y cuyo objeto es regular el debido proceso en los casos de renovación.

La recurrida [la Corte Superior] confirmó la apelación por el mismo fundamento, indicando que el pase del demandante a la situación de retiro por renovación ha sido dispuesta por las autoridades competentes de acuerdo con la facultad discrecional legalmente establecida.

El General Alatrasta recurrió al Tribunal Constitucional, el cual, el 24 de Octubre del 2002, declaró infundada la demanda básicamente porque «El Presidente de la República está facultado discrecionalmente, por los artículos 167° y 168° de la Constitución y 58° del Decreto Legislativo N° 752 (Ley de Situación Militar), para invitar a pasar a la situación de retiro a los generales de brigada, entre otros, con la finalidad de renovar de manera constante los Cuadros de Personal», a favor de esta decisión estuvieron Rey Terry, Alva Orlandini, Bardelli, Gonzales Ojeda, García Toma y en contra, Aguirre Roca.

Tanto la jueza Revoredo como el juez Aguirre Roca, fundamentaron su voto. Por su extraordinaria importancia estas decisiones merecen ser transcritas *in toto*:

«...FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA DELIA REVOREDO MARSANO

1. Considero que el caso de autos estriba, principalmente, en la pugna entre dos valores constitucionales. Por un lado, el derecho de todo ser humano a ver plasmado su proyecto personal de vida, si actúa siempre conforme a tal aspiración; por el otro, el cumplimiento óptimo de los fines institucionales de la Fuerza Armada en beneficio de todos y cada uno de los ciudadanos.

2. En autos no está en discusión la necesidad de renovación del personal de la Fuerza Armada —pues ambas partes litigantes la admiten— sino más bien, cómo debe ser hecha tal renovación; concretamente, en base a qué criterios debe seleccionarse a quienes pasan al retiro.

El demandante afirma que la discrecionalidad concedida por ley a la autoridad para renovar los cuadros no es absoluta, sino que debe cumplir con los criterios de objetividad, al seleccionar, entre muchos, a los individuos que pasarán al retiro; que, en el caso de autos, los hechos señalan que no existió tal objetividad, en vista de la brillante hoja de servicios del demandante, la misma que incluye honores, homenajes y condecoraciones por su desarrollo funcional, lo que no se ve igualado ni superado por otros individuos que, sin embargo, en la misma oportunidad, no fueron invitados al retiro. Se pregunta la defensa del demandante ¿Porqué pues, invitan al retiro a este brillante general y no a los otros, con méritos menores?

Respecto, a la Resolución que se impugna, opino que debe distinguirse en lo que es la arbitrariedad y lo que es una ausencia de motivación. No puede alegarse arbitrariedad sino se conocen los motivos por los que el General Alatrasta

fue pasado al retiro porque el motivo no declarado podría ser el justificante del pase al retiro.

El asunto medular consiste entonces en determinar si las resoluciones de pase al retiro de los generales de la Fuerza Armada y Policía Nacional deben necesariamente ser motivadas, a fin de poder dilucidar si se actúa con objetividad.

Opino que los hechos «parecen señalar» un criterio arbitrario o subjetivo de esa invitación pero que como no conocemos todos los hechos, no podemos descartar una selección objetiva. El demandante no ha considerado un aspecto importante. Ni él mismo, ni sus abogados, ni los magistrados de este Tribunal Constitucional, cuentan con la misma amplitud de información sobre los hechos, que la autoridad que decidió el pase al retiro. Creo que la ley otorga la facultad discrecional a las máximas autoridades del Estado para decidir el retiro de generales de la Fuerza Armada precisamente para permitir que decidan en base a la más amplia información, la cual contiene, en muchos casos, hechos que **no deben ser o no pueden ser conocidos por terceros**, por razones de seguridad nacional o de defensa nacional o alguna otra razón de similar naturaleza.

No es, pues, que se decida necesariamente de modo arbitrario. Más bien, se decide con mejor conocimiento e información. Ocurre que, por las razones expuestas, no es dable siempre motivar públicamente las causas, sin dañar al Estado, a la Nación, a la Institución o a la Democracia. Esta excepción de transmitir o publicar la información que sirve de base a la invitación al retiro, se explica razonablemente cuando se trata de generales de la Fuerza Armada, por las funciones asignadas a su alta jerarquía y por el grado de confianza que debe tener en ellos el Jefe de Estado.

No quiere esto decir que se permiten decisiones arbitrarias por parte de la autoridad, sino más bien que ésta puede guardar reserva sobre los criterios objetivos que dieron lugar a la invitación al retiro, cuando se trata de altos

funcionarios (generales) de la Fuerza Armada, en cuyas manos el Jefe del Estado deposita la seguridad política, territorial y social de la Nación.

La excepción está, entonces, justificada».

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MANUEL AGUIRRE ROCA

«...emito el voto singular respectivo, el cual se basa, principalmente, en que la Resolución Suprema N° 994-DR/EP/CP/-JAPE, del 20 de diciembre de 2000, impugnada en la demanda de autos —y razón de ser de la misma, pues en virtud de ella se pasa al accionante de la situación de actividad a la de retiro— no se compadece con varios requisitos constitucionales que, a mi criterio, son de obligo cumplimiento, esto es, con las reglas pertinentes de los artículos 139°, inciso 5° y 51° y demás concordantes de la Carta Magna.

En efecto, la mencionada Resolución Suprema carece de motivación suficiente, pues no sólo no explica por qué razones en ella se aprueba la propuesta formulada por el General del Ejército Comandante Carlos Tafur Ganoza, ni tampoco en que razones tal propuesta se apoya, sino que además, invoca, a modo de complemento, decretos supremos no publicados, esto es, normas que, según el citado artículo 51° de la Constitución, carecen de vigencia y, por consiguiente, mal pueden fungir de fuentes de derecho.

Lo expuesto, me revela de analizar el fondo de la controversia, en la que, por lo demás, resulta aventurado ingresar, toda vez que, precisamente por lo indicado líneas arriba, no se conocen, en el caso, ni las razones ni las normas que pudieran haber integrado la decisión que origina estos autos.

Estimo, por tanto, que la Resolución Suprema impugnada, N° 994-DR/EP/CP/JAPE, es nula de toda nulidad y que,

en consecuencia, debe revocarse la recurrida y declararse, como aquí lo hago, fundada la demanda.»¹⁹

Tanto el fallo desestimatorio como el fundamento *sui generis* de voto de la jueza Revoredo confieren gran importancia a las facultades discrecionales de la administración y va de suyo que le conceden demasiada deferencia a ella,²⁰ al punto tal que le permiten exceptuarse de motivar un acto administrativo cuando de pasar al retiro a militares se trata. La jueza Revoredo inclusive se apoya en un concepto jurídico indeterminado, «la seguridad nacional» a efectos de consagrar tamaño privilegio funcional, el tópico es neurálgico y por lo mismo, merece ser analizado a continuación.

V. ¿ES UNA FACULTAD DISCRECIONAL CORRECTA NO MOTIVAR EL PASE AL RETIRO DE UN MILITAR?

El artículo 58 del Decreto legislativo 752 (Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea), regula el pase al retiro por «renovación». Se observa en él que no existe un concepto definido de lo que es renovación —modalidad que permite que un oficial deje de pertenecer al servicio activo sin que medie motivo u argumentación alguna a menos que sea la misma renovación, la que no se fundamenta, ello la lleva a convertirse en un concepto jurídico indeterminado,

vale decir, un concepto de valor y de experiencia, sometido a la estimativa del poder administrativo utilizador; consecuentemente, habrá ya un sentido de oportunidad y de apreciación al momento de optar por la mejor solución que la misma discrecionalidad concede, empero, reiterando lo dicho anteriormente «lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su clasificación 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».

El comité *ad hoc* encargado de optar por pasar al retiro a un militar, sea cual fuere la modalidad, tiene que tener en cuenta: su foja de servicios, disciplina, estudios realizados, trabajos intelectuales, participación en hechos bélicos, etc, a efectos de decidir su permanencia o no; es lógico decucir que a más pergaminos, mayor será la posibilidad de continuidad en el oficial. De ahí que resulte arbitrario, por ejemplo (y si de excedencia de cuadros se trata), pasar al retiro al general espada de honor y no al general con el último puesto de la promoción lo mismo sería al preferir —siempre en el mismo caso de la excedencia de cuadros— en la actividad al oficial administrativo que aquel otro con gran experiencia en trabajo fronterizo.

Para el caso del concepto jurídico indeterminado, si se opta por permitirle la continuidad al mejor oficial (notas, méritos, estudios, etc) se entenderá entonces que ha mediado una solución justa en la aplicación de este concepto jurídico indeterminado (renovación) a una circunstancia concreta (elegir entre varios oficiales sin que medie arbitrariedad, discriminación ni favoritismo), de ser a la inversa, se configuraría un manifestación de voluntad contraria a los valores, puesto que si se opta por el peor (amparándose en compadrazgos o conveniencias políticas) mediaría, amén de una pésima manera de calificar, la violación de un derecho fundamental cual es la no discriminación, violación que además provendría de un ente servicial creado para contribuir con el bienestar general de los administrados, lo que la llevaría a convertirse en un «fin en sí mismo».

19 Tomado de www.tc.gob.pe

20 «...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... cuanto por otro, en la escasa reflexión de nuestros administrativistas sobre este tópico, uno de los más importantes del Derecho Administrativo...» véase nuestro artículo Defensa Judicial del Estado y Veracidad Procesal: Tres Casos de Resistencia a la Jurisprudencia en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 3, Estudio de Belaunde & Monroy, 1998, pp. 294.

En el caso Alatrística, se pasó al retiro a este General por renovación, sin que medie una explicación, fundamentación o motivación que permitiese saber cual había sido el *ánimus* de la administración castrense para ello. La emplazada refiere haber arribado a esta determinación luego de revisar los artículos 55 y 58 de la Ley de Situación Militar ya referida (escuetos y que no dicen como realizar la elección) y los Decretos Supremos no publicados (DS. 083-DE/SG y DS 058-DE/SE), dispositivos secretos que al faltarle una característica constitucional esencial, la publicidad (art. 51 de la Constitución... «la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado») son inexistentes para nuestro ordenamiento jurídico.

La decisión fue, pues, patentemente arbitraria, una lisura jurídica si se tiene en cuenta que dicho acto administrativo nunca fue motivado, es decir, se emitió simple y llanamente, «porque sí», tal y como lo advirtió el juez Aguirre Roca en su solitario voto singular transcrito líneas atrás.

5.1. LA EVALUACIÓN DEL USO DEL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO «SEGURIDAD NACIONAL».

Entrando ya en la parte neurálgica del fallo del TC, vemos que éste justifica así tal del mandatario (codemandado y quién firma el acto administrativo de cese) diciendo que:

«el Presidente de la República está facultado discrecionalmente, por los artículos 167° y 168° de la Constitución y 58° del Decreto Legislativo N° 752 (Ley de Situación Militar), para invitar a pasar a la situación de retiro a los generales de brigada, entre otros, con la finalidad de renovar de manera constante los Cuadros de Personal»

Mas, resulta que ambos preceptos constitucionales nos dicen que aquel es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas (art. 167) y que las leyes sectoriales castrenses determinan todo lo concerniente a las Fuerzas Armadas... (art. 168), o sea, nada que pueda ayudar a justificar tamaña facultad discrecional cual es emitir un acto administrativo sin que medie motivación (lo que

en sí es una patente violación tanto la Ley de Procedimientos Administrativos de aquella época como a la hoy vigente). ¿Cómo se renuevan, entonces, los cuadros de personal, que tipo de *test* priman, ellos se ajustan a la ley? Nada dice la emplazada.

Sin embargo, el *fundamento de voto* de la jueza Revoredo va mucho más allá de todo lo conocido, al reconocer que la ausencia de motivación que encierra el acto administrativo que pasó al retiro al General Alatrística fue hecho en claro uso de correctas facultades discrecionales, y por razones de *seguridad nacional*, vale decir, de un 'concepto jurídico indeterminado'.

Dice en primer lugar la jueza Revoredo... «No puede alegarse arbitrariedad sino se conocen los motivos por los que el General Alatrística fue pasado al retiro porque el motivo no declarado podría ser el justificante del pase al retiro».

En autos no consta la modalidad de selección que hizo la administración para pasar al retiro a Alatrística, conste que la emplazada no ha prestado su colaboración para emitir tal informe, nosotros creemos que tal informe no existe, que fue una decisión arbitraria. Empero, la jueza Revoredo, a continuación, da una estocada probatoria al justiciable cuando le dice que «no ha considerado un aspecto importante. Ni él mismo, ni sus abogados, ni los magistrados de este Tribunal Constitucional, cuentan con la misma amplitud de información sobre los hechos, que la autoridad que decidió el pase al retiro.

Saber que esto es así, y no reclamar esta información, o no presumir *in dubio pro* demandante tal falencia informativa, nos hace remitirnos a esa tesis de la excesiva deferencia hacia la administración que ha permitido entronizar la desigualdad procesal y un conjunto de privilegios procesales a favor de la administración, aparentemente ya proscritos por el Código Procesal Civil.

Finalmente, la jueza Revoredo —en lo que consideramos lo más tenso de su *fundamento de voto*— invoca la *seguridad nacional* (un concepto jurídico indeterminado) como un factor exentorio a efectos de no motivar dicho cese. «Creo que la ley

otorga la facultad discrecional a las máximas autoridades del Estado para decidir el retiro de generales de la Fuerza Armada precisamente para permitir que decidan en base a la más amplia información, la cual contiene, en muchos casos, hechos que no deben ser o no pueden ser conocidos por terceros, por razones de seguridad nacional o de defensa nacional o alguna otra razón de similar naturaleza».

Resulta que el General Alatriza no es un tercero, es un administrado afectado por una decisión administrativa, la cual lo saca de la vida castrense activa por «la puerta de atrás». De otra parte, cuánto podría tambalearse o peligrar *la seguridad nacional* al saberse las razones de cese, la hipótesis casi novelesca que se trate de alguien que haya divulgado secretos militares a una potencia extranjera, sería lo único que calze con un daño a la *seguridad nacional*, lo que sabemos que no ha ocurrido porque no existe juicio alguno en sede castrense por este motivo. Se puede concluir, entonces, que los argumentos vertidos por la jueza Revoredo son insuficientes.

VI. REFLEXIONES FINALES

Cuando se está en una hipótesis de conflicto con el poder administrativo, a propósito de uno o varios actos administrativos emitidos bajo cierta facultad discrecional incorrecta, no debe usarse como única vía el Recurso de Amparo pues no todo acto o comportamiento material de la administración importa una violación o amenaza de violación de un derecho fundamental. La otra opción es el Recurso Contencioso-Administrativo, que nos faculta (para el caso que nos ocupa), a hurgar en el seno mismo del ente emisor y verificar si en su estimación, elección u opción, existe un correcto criterio técnico, una buena selección hecha con un sentido de oportunidad, siempre en consonancia con los valores constitucionales y el ordenamiento jurídico.

Permitir entonces, al Ministerio de Defensa que «guarde secreto» sin que medie un presupuesto fáctico muy grave, no motive una «decisión administrativa», lo que la hace inexistente

para el ordenamiento jurídico-administrativo, y además, que se invoque la «seguridad nacional» (que no se advierte cómo podría ser gravemente expuesta), denota una profunda deferencia hacia la administración, la exime de someterse plenamente al ordenamiento jurídico. Todo lo cual motiva que se considere al acto administrativo bajo análisis como arbitrario, y «...la arbitrariedad de un ente que es una mera organización servicial a favor del ciudadano, es algo que no se puede resistir por mucho tiempo...»²¹

21 «La lucha Contra las Inmunidades», op.cit., p. 51. Publicado en la revista *Jus et Praxis*, Enero-Diciembre 1998, N° 29, Universidad de Lima.

La lucha contra las inmunidades del Poder Administrativo*

A don Eduardo García de Enterría,
primus ex omnibus del Derecho Administrativo

SUMARIO: I. GÉNESIS HISTÓRICA DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. II. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. III. EL CONTROL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES. IV. MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. V. HACIA UN CONTROL JUDICIAL EFECTIVO DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ.

En esta exposición abordaré, primeramente, la génesis histórica del control judicial de la administración pública, y de su recepción cronológica en el Derecho Comparado (con énfasis en el ordenamiento jurídico francés, alemán y español). Luego, trataré de explicar cómo se traduce el control judicial moderno de los actos administrativos de la administración pública con sus técnicas de control, valga la redundancia, a las facultades regladas y discrecionales de los actos administrativos emanados de ella. También aludiré al fascinante asunto del triunfo en el Derecho Comparado de toda una efectiva justicia cautelar (medidas cautelares) en favor del ciudadano, en la lucha contra

* Conferencia dictada en la Casa del Abogado, sede del Colegio de Abogados de La Libertad, el 22 de octubre de 1998, y publicada en la revista *Jus et Praxis*, Enero-Diciembre 1998, N° 29, Universidad de Lima.

los excesivos poderes y abusos de la administración pública. Finalmente, contrastaré todos esos presupuestos teóricos con la realidad peruana.

I. GÉNESIS HISTÓRICA DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública es una institución tan antigua como el Estado mismo, y ello en razón de ser la primera, el ejecutor de las decisiones del segundo. Si bien se entiende que el fin de la administración pública es contribuir mediante ciertos bienes y servicios al bienestar general de los ciudadanos, ello no ha sido siempre así y han mediado torrentes de sangre para que se plasme tan sencillo enunciado.

La Revolución Francesa es, precisamente, el escenario histórico donde se van a fijar los fines de la administración pública (tal como los conocemos teóricamente el día de hoy), donde se va a acuñar un principio de suma importancia y que va a defender al ciudadano del irregular quehacer de aquélla, esto es, *el principio de legalidad*, que exige a la administración pública emitir sus actos administrativos de acuerdo con el ordenamiento jurídico que la habilita y, por supuesto, a la Constitución (este principio es constantemente vulnerado por la administración pública peruana, punto que será tratado más adelante). Asimismo, con el advenimiento de la Revolución Francesa se van a sentar las bases primigenias para ejercer un efectivo control judicial de los actos de la administración pública.

Ahora, ¿por qué se dio esto durante la Revolución Francesa? Porque precisamente dicho pueblo, entre otros petitorios, estaba cansado de los abusos de la administración regia, cuyas decisiones eran inimpugnables, toda vez que se tenía al rey francés como de origen divino y, por lo tanto, imposible de ser falible.

Si éste delegaba autoridad administrativa en los funcionarios públicos, se entendía que tal perfección de origen divino

en la toma de decisiones se extendía a las que los funcionarios públicos tomaran. En realidad, más allá de este ropaje jurídico medieval, lo que pasaba era que durante el reinado de Luis XVI se agudizó lo que siempre fue una vieja práctica monárquica francesa, esto es, vender un cargo público para obtener liquidez y, en contraparte, el adquiriente de dicho cargo ejercía cuanta acción expoliatoria pudiese para recuperar dicha inversión, amparado en la teoría del derecho divino de la *infalibilidad* ya comentada.

Acaecida, pues, la Revolución Francesa, nace un nuevo lenguaje y se fijan por escrito derechos personalísimos antes desconocidos en reinados y pueblos del orbe, si bien habían sido ya elucubrados centurias atrás por una serie de filósofos.

Luego de reconvertirse los fines de la administración pública y de acuñarse el capital principio de legalidad ya mencionado, habría de transcurrir un tiempo de transición hasta que Napoleón crea el Consejo de Estado, superórgano administrativo que se encargaría de ver todos los reclamos que hacían los ciudadanos contra la administración pública (y única excepción en el Derecho Comparado, pues en Francia, por una tradición de competencia, el Poder Judicial no revisa los actos de aquélla).

Esta es la partida de nacimiento del recurso contencioso administrativo, el vehículo idóneo para impugnar los actos administrativos. El Consejo de Estado, a lo largo de todo el siglo XIX (y hasta bien entrado el siglo XX), vía su vigorosa jurisprudencia, ha motivado a sentar las bases para la autonomía y desarrollo del Derecho Administrativo, cuyo tópico más importante es precisamente el control judicial de los actos administrativos de la administración pública. Francia es, pues, el principal irradiador del Derecho Administrativo contemporáneo a todos los sistemas jurídicos del orbe.

Conviene traer a colación los alcances en materia del control judicial de los actos administrativos de la administración pública a España y Alemania para pasar a demostrar cómo es que durante los *picos de injusticia* (etapas de manifiesto abuso

del poder administrativo) se dan extraordinarias coyunturas para hacer sustanciales reformas en materia de dicho control.

En España, bajo el gobierno del general Franco y a mérito de una fortísima presión europea, se tuvo que dar en los cuarentas una Ley de la jurisdicción contencioso administrativa. Esto fue aprovechado por los administrativistas españoles, y desde esa fecha a la sazón, se puede decir que en España la tutela judicial efectiva contra el poder administrativo es una grata realidad.

Alemania es otro caso singular, pues resulta que bajo el Tercer Reich era una osadía cuestionar los actos administrativos que emanaban de la administración pública y, peor aún, atreverse a impugnar sus actos en sede judicial, pues sobrevenía —ya embozado o ya abiertamente— el acoso estatal contra el justiciable; recuérdese que la palabra del Fürher, según una insólita jurisprudencia, era fuente formal del derecho y Adolfo Hitler era quien regía los destinos de la administración pública alemana. Es decir que se repetía de alguna manera el *principio de infalibilidad medieval* aludido líneas antes, y esta monstruosidad persistió por 13 años aproximadamente (conviene recordar que existe notable similitud entre el nacional socialismo y el socialismo en teñir suspicazmente de infalibilidad los actos administrativos expedidos por la administración pública).

Terminada la Segunda Guerra Mundial, el pueblo alemán se dicta una Carta Constitucional donde pondría como norma pivotal el principio de legalidad, tantas veces aquí aludido, si bien bajo la expresión de *lesión en los intereses del administrado*. Los abusos del poder administrativo hitleriano llevaron a crear toda una suerte de contrapesos contra el accionar ilícito de la administración pública, tal es así que en aquel país, la mera interposición del recurso contencioso administrativo suspende la ejecución del acto administrativo impugnado.

Allá, es el procurador del Estado quien tiene la *carga de la prueba*, vale decir, es la propia administración pública quien debe explicar y defender la racionalidad del acto administrativo cuestionado.

II. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El fenómeno de la *amparización de la Justicia* en el Perú y la ausencia de vulgarización de las técnicas de control que se usan en el recurso contencioso administrativo, han dado pábulo a que, agotada o no la vía administrativa, se prefiera optar por el remedio procesal extremo.

Empero, no todo acto administrativo de la administración pública importa un acto lesivo contra los derechos fundamentales del justiciable; la mayoría de las veces los actos administrativos irregulares obedecen a distorsiones en las facultades regladas y/o en las potestades discrecionales de los entes que los emitieron, siendo imposible conectar muchos conflictos contra la administración pública a la hipótesis de violación de derechos constitucionales. De esta manera, el 90 por ciento de los amparos contra la administración pública terminan declarándose improcedentes o infundados.

Así las cosas, el control judicial por excelencia es el recurso contencioso administrativo que se traduce en impugnar en sede judicial los actos administrativos expresos o fictos expedidos por las diferentes administraciones públicas dentro del tiempo que le otorgue la ley específica de la administración emplazada, los que deben cumplir dos requisitos básicos: *causar estado*, o sea, haber sido expedidos por la máxima instancia administrativa y haber agotado esa vía, vale decir, no cabe ya posibilidad recursiva alguna en sede administrativa contra el acto cuestionado.

Una vez comprobados los presupuestos de admisibilidad, el acto administrativo impugnado debe pasar por el filtro de las técnicas de control, y éstas se traducirán en comprobar si se sobrepasaron o no las facultades regladas que tenía el ente emplazado al dar el acto impugnado; si se advierte o no de aquél una potestad discrecional que excede los parámetros del quehacer administrativo; o si, por último, éste contraviene o no un principio general del Derecho.

III. EL CONTROL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES

El control de las potestades regladas viene a ser el método tradicional del control judicial y se traduce en el hecho de que la administración pública, al momento de expedir sus actos administrativos, no debe omitir o distorsionar el marco normativo que informa su accionar.

Un sencillo ejemplo ilustra este método: imaginemos que el Registro Público de Minería solicita a un señor un requisito extralegal a efectos de otorgarle la concesión minera, y al no ser satisfecho por el administrado, se le deniega aquélla. Este plusrequisito será una facultad no reglada, y en consecuencia, un acto ilícito pasible de anularse por la vía del recurso contencioso administrativo.

El control de las potestades discrecionales mediante los hechos determinantes resulta ser la técnica de control más importante para ejercer el control judicial efectivo contra los actos administrativos de la administración pública. Estas potestades aparecen cuando la norma jurídica sólo otorga una habilitación para actuar, que queda sujeta al juicio de oportunidad del órgano administrativo competente. Pero una vez decidida su actuación, los medios jurídicos a través de los cuales ésta se lleva a cabo no podrán ser contrarios a derecho. Aquí, el funcionario público o tribunal administrativo tienen una pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio.

La discrecionalidad administrativa puede ser reglamentaria, de planificación, de iniciativa, técnica, de oportunidad, táctica y de gestión; sin embargo, al basarse en presupuestos fácticos, es menester que la justicia revise las calificaciones jurídicas de los hechos y la aplicación de la alternativa que haga la administración pública. Mas este hecho ha de ser una realidad como tal, y ocurre que la realidad es siempre una: *no puede ser y no ser al mismo tiempo*.

Dicho en otras palabras, la realidad como tal, si se ha producido, si no se ha producido o cómo se ha producido, no puede ser objeto de una facultad discrecional, ya que no puede

quedar al arbitrio de la administración pública discernir si un hecho se ha cumplido o no.

El control de la discrecionalidad administrativa mediante los conceptos jurídicos indeterminados. Aquí, la Teoría General del Derecho (a través de la doctrina alemana) le ha prestado un valioso concurso al control judicial de los actos administrativos con los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*, conceptos de valor y de experiencia (como la buena fe, el estándar del buen padre de familia, el interés público, la finalidad pública, el interés general, el justo precio, el orden público, la seguridad nacional, etc.).

Son indeterminados en el sentido de que la medida concreta para su aplicación en un caso particular, no la resuelve o determina con exactitud la propia ley. Sin embargo, lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que 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.

El control de la discrecionalidad administrativa mediante los principios generales del derecho. Todos sabemos lo que son los principios generales del Derecho. Pues bien, en el Derecho Administrativo resulta imperiosa la apelación a estos principios, dado que la sede administrativa es la campeona de la «motorización legiferante». Dicho de otra manera, es el principal escenario de la legislación ocasional y fugaz de las normas contingentes y parciales.

Si no, veamos entre nosotros, por ejemplo, la interminable reglamentación y directivas en lo tributario y aduanero y en otros sectores de la administración. Esta transitoriedad de la normatividad administrativa y su falta de fijación no permiten el establecimiento de una mínima jurisprudencia. Siendo así, qué duda cabe en poner un atajo a toda aquella discrecionalidad administrativa que intente agredir una de las fuentes principales del ordenamiento jurídico.

VI. MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como ya hemos dicho en un trabajo anterior, la administración pública tiene un privilegio de tipo exorbitante, y es que goza del beneficio de autotutela de los actos administrativos que expide. Éste se traduce en la inmediata ejecutoriedad de aquél, así sea impugnado en sede judicial. Se ha considerado desde tiempos remotos que los fines de la administración pública propenden al bienestar general y al interés público de los miembros de una sociedad, en consecuencia, si aquélla necesitase de la fuerza pública para lograr la firmeza de sus actos, ello llevaría a retardar las finalidades a ella encomendadas.

Empero, despejada esta abstracción, no es difícil recordar cuán arbitrario resulta muchas veces el accionar de la administración pública, sea por la intromisión que de ella hace sutilmente el Estado (y aquí me refiero al Estado en abstracto), sea porque ella termina convirtiéndose en un fin en sí misma.

Así las cosas, resultaría inútil entablar demandas contra la administración pública, si llegado el desenlace final de una controversia en favor de un justiciable (luego de varios años), resulta que los efectos del acto administrativo impugnado dada la inmediata ejecutoriedad de aquél han originado daños irreparables en la esfera patrimonial o personalísima de aquél, de donde resultaría pírrico todo resultado favorable, máxime si en países como el nuestro, la administración pública no resarce económicamente por sus errores o negligencias.

En este contexto, el Derecho Procesal contemporáneo le ha prestado un servicio enorme al Derecho Administrativo, al permitir utilizar el instituto de las medidas cautelares, las que generalmente se traducen en suspender los efectos de los actos administrativos impugnados, contra resultados del desenlace final de la controversia, si bien para ello se tiene que cumplir con los conocidos presupuestos cautelares, a saber: la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y el otorgamiento de una contracautela.

Siendo el derecho a la igualdad un derecho universal, con aceptación en todas las cartas constitucionales del orbe y derivando de este derecho el *derecho a la igualdad procesal*, el privilegio de la ejecutoriedad inmediata que tenía la administración pública sobre sus actos ha cedido frente a uno muy superior vinculado con el acceso real a la justicia; me refiero al *derecho a la tutela judicial efectiva*, que ha engendrado un neurálgico derecho: el de la *tutela cautelar efectiva*.

Si la administración de justicia ha fracasado en el mundo entero por su lentitud histórica, no queda otro remedio que echar mano de la justicia temporal, vía las medidas cautelares. No exagero al decir que la justicia temporal en materia de las demandas contra la administración pública se va haciendo más importante que la decisión final misma; de otra manera, se arribaría a una patente injusticia infligida por el propio Estado, que, aprovechando su posición procesal en las demandas contra él, ejecutaría los actos impugnados, tomando en ilusorio e inútil cualquier provocación de la tutela jurisdiccional. Así lo han entendido las cortes argentinas y todas las cortes europeas donde existe un Estado de derecho no formal.

Mas, en el caso del Perú, como veremos más adelante, al desconocimiento de las técnicas de control judicial contra los actos administrativos de la administración pública, se suma un sesgo anticautelar en esta materia. Si bien por factores de tipo sociológico hay temor, existe una excesiva deferencia hacia la administración pública en sede judicial.

V. HACIA UN CONTROL JUDICIAL EFECTIVO DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

Con excepción del control de las potestades regladas de la administración pública, las otras técnicas de control judicial de aquélla son inexistentes en el Perú. No existe manual, texto legal o jurisprudencia que las haya aceptado, pese a tener varias décadas de conocidas.

Como bien lo ha señalado el Banco Mundial en su informe *El Estado en un mundo en transformación* (1997), el Estado se entromete en el quehacer administrativo, ora para las repartijas políticas, ora para la devolución de favores o para la generación de la interminable corrupción, y, a veces, diremos nosotros, para acosar a la persona natural o jurídica que incomoda al régimen. Allí está el caso Ivcher para graficar lo expuesto.

Un recurso contencioso administrativo dura entre tres meses y un año en la primera instancia: la Sala Superior en lo contencioso administrativo (si bien existen casos puntuales de expropiaciones y Derecho Previsional que se inician en el Juzgado en lo contencioso administrativo).

La segunda instancia, esto es la Sala Suprema en lo Constitucional y Social demora entre cuatro y nueve meses para resolverlo, y a esto se suma el envío del expediente administrativo al Ministerio Público para su dictamen. Amén de la demora, se nota también en los fiscales, gran dificultad para entender las instituciones del Derecho Administrativo, por lo que ellos y también los vocales optan por el facilismo de defender el acto administrativo impugnado (con la parte considerativa del propio acto) o se avocan a encontrar un vicio procesal con el fin de no ir al fondo del asunto contencioso administrativo. Por su parte, la administración emplazada demora varios meses para enviar el expediente administrativo que originó el acto administrativo impugnado.

El panorama cautelar peruano en lo contencioso-administrativo es sombrío, resulta muy difícil obtener una medida cautelar en favor de un ciudadano en sede judicial. Al no conocerse bien los presupuestos teóricos de la discrecionalidad administrativa incorrecta, se deniegan con frecuencia las medidas cautelares y, en otros casos, se opta por pedir cauciones reales verdaderamente prohibitivas sobre la base de derechos indisponibles, lo que es un reverendo disparate. En el fondo, opera esa deferencia judicial en la administración pública cuando viene como demandada, y con sumo cuidado en su control para no malquistarse con el poder político.

Un punto por el que estamos bregando es que se termine con el mito de que los derechos en conflicto con el Estado son indisponibles, y por tanto, imposibles de someterse a conciliación, o que el procurador carezca de facultades inherentes para allanarse a una demanda con visos de patente justicia.

Estas facultades existen incluso en países vecinos y se han instaurado formalmente para contribuir con la paz social en justicia; pero en el fondo lo son para evitar las cuantiosas sumas que tendría que pagar la administración pública por concepto de responsabilidad.

Al comienzo de la exposición se aludió a cómo en países donde se habían evidenciado los «picos de injusticia», se habían dado coyunturas favorables para legislar en favor del control judicial efectivo contra los actos de la administración pública. Es patente que el Perú pasa actualmente por un «pico de injusticia» en materia del quehacer administrativo y de las demandas contra la administración pública. Por ello la solución que se propone, y ante la timidez judicial para recibir por la vía jurisprudencial estas técnicas de control judicial, es la imperiosa necesidad de dar una Ley de la jurisdicción Contenciosa Administrativa que contemple los atajos jurídicos a la incorrecta discrecionalidad de la administración pública (pues también hay correcta discrecionalidad), y que la obligue a resarcir económicamente a los ciudadanos por los daños que irroque con su accionar.

En este sentido, un reciente anteproyecto para remozar la Ley de Normas Generales de los Procedimientos Administrativos (LNGPA) puede colocar la primera piedra, puesto que ha incorporado en su artículo quinto, diversos supuestos de responsabilidad económica contra la administración pública. Habrá que bregar duro en pos de su instauración definitiva, ya que más de un ente público va a pedir que este capítulo sea excluido del anteproyecto.²²

22 El profesor Jorge Danós Ordóñez, presidente de la Comisión que ha elaborado el nuevo anteproyecto de la LNGPA, tuvo la fineza de

Definitivamente, el próximo gobernante del Perú deberá preocuparse en frenar mediante la vulgarización legislativa de las técnicas aquí aludidas las excesivas arbitrariedades de la administración pública. Según las estadísticas, aquélla es una de las importantes generadoras de la maldición malthusiana, en lo judicial, llamada carga procesal.

Entonces, si los fines del Estado son propender al bienestar general y a la instauración de una tutela judicial efectiva, ¿cómo explicar que actualmente la administración pública, brazo ejecutor de las decisiones del poder, sea uno de los principales conculcadores de derechos fundamentales y reacia a someterse a la Constitución y las leyes?

El abogado es un tipo luchador, por lo que una vez vulgarizadas estas técnicas en la sede nacional, deberá incorporarlas en todo recurso contencioso administrativo. Si acaso no operase la receptación legislativa, no tardará el día en que algún juez o tribunal se atreva a recibirlas por la vía Jurisprudencial. De

otra manera se estaría volviendo a aquel estadio histórico previo a la Revolución Francesa, y la inmunidad y la arbitrariedad de un ente que es una mera organización servicial en favor del ciudadano, es algo que no se puede resistir por mucho tiempo.

enviarme un borrador de aquel cuerpo legal, toda vez de ser conocida la afición del suscrito por esta disciplina. Conviene transcribir algunos párrafos de mi carta de acotación pues son perfectamente afines al tema abordado en la conferencia: «...Después de haber leído con detenimiento dicho anteproyecto, me permito hacer pequeñas sugerencias que podrían ser útiles al texto en mención... En primer lugar, en lo que concierne al artículo IV... receptor del capital Principio de Legalidad, soy de la idea de que se plasme en forma enfática que las autoridades administrativas deben ceñir su actuación con pleno sometimiento a la Constitución y a las leyes... en España, que tiene una fuerte tradición administrativoista y una jurisprudencia formidable en materia del control judicial de la Administración Pública ha tenido que insertarse expresamente y a nivel constitucional este principio..., según el contexto del capítulo V del anteproyecto y ante la falta de una Ley de la jurisdicción Contencioso Administrativa en el Perú... soy de la idea de que se inserte un artículo que vendría a continuación del artículo 238 del referido anteproyecto, el mismo que señalaría que '...en el proceso contencioso-administrativo se podrán utilizar todas las técnicas para el control judicial de los actos administrativos que expide la administración pública generalmente aceptados por el Derecho Administrativo. Ello porque son innumerables los reclamos de la ciudadanía sobre la excesiva discrecionalidad de los entes públicos (por ejemplo, el caso de la administración tributaria); de otra parte, no debemos olvidar que existe un retraso nacional de recepción de estas

técnicas de control judicial (le por lo menos ochenta años (sea la recepción legislativa, académica o jurisprudencial), De no ser así, el tópico más importante del Derecho Administrativo actual seguirá siendo una figura exótica en el ordenamiento jurídico administrativo peruano y persistirá un endémico atentado contra la tutela judicial efectiva...»

Defensa judicial del Estado y veracidad procesal: tres casos de resistencia a la Jurisprudencia (a propósito del auto de amparo minero)*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CUESTIONES PREVIAS. III. LOS CASOS. IV. DEFENSA JUDICIAL DEL ESTADO Y VERACIDAD PROCESAL.

«...Digamos, 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*. 1981

I. 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 ésta, que dan pábulo en su sede a no pocos excesos de poder, a odiosas arbitrariedades y, a veces, a las inevitables corruptelas generadas por particulares o por una intromisión sutil del poder político;²³ reiteramos,

* Dedicado a Don Eduardo Sánchez Granel; este ensayo se publicó en la *Revista Peruana de Derecho Procesal*: dirigida por Juan Monroy (1999), N° 3.

23 El caso Ivcher es un claro ejemplo de ello: entre nosotros, Alberto Borea Odria ha sido uno de los primeros en resaltar —con los supuestos de hecho y las soluciones jurídicas— el tema de las arbitrariedades

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)²⁴.

Estos principios, exigidos a la administración pública en todo proceso, han 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. Todo lo cual 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 vigentes,²⁵ condenarla a prestar obligaciones de hacer,

cuestionar su comportamiento material,²⁶ 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 trasfondo 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),²⁷ cuanto por otro, en la escasa reflexión de nuestros administrativistas sobre este tópico, uno de los más importantes del Derecho Administrativo.²⁸

del Poder Administrativo, si bien desde la óptica del Derecho Procesal Constitucional, al respecto puede verse su prime 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, 8, 10, 13, 31. Este importantísimo trabajo del BM será comentado en otra parte.

24 Sobre este punto, véase nuestro trabajo Medidas cautelares contra la Administración Pública. En: *Apuntes de Derecho. Revista de Investigación Jurídica*. UNMSM. 1997, año II. N° pp. 155 y ss.

25 Un interesante precedente de responsabilidad extracontractual derivado de actos administrativos vigentes, es el singular contencioso administrativo signado como Deutsche Texaco Aktiengesell Elwerth Sucursal del Perú (y otros) c/Ministerio de Energía y Minas, 1987, donde la Corte Suprema del Perú indemnizó 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 Petróleo*, 1997, año XLVII, N° 55, pp. 71 a 79.

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

27 Un reciente trabajo de Javier De Belaúnde (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, N° 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 Contenciosa-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.

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

A estos dos factores se suma una recepción legislativa muy extemporánea (si bien meritosísima) de la moderna Teoría General del Proceso,²⁹ precisamente, el vehículo para residenciar adecuadamente los actos de la administración.

En este orden de ideas, el tema que desarrollaremos a continuación refleja cómo estos factores han llevado. Quisiéramos creer que, en los casos bajo comentario, ha sido así dada 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 deberá serle prestado en forma eficiente por la Administración.³⁰

II. 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 vigente³¹, mas, debido a aquel principio de la aplicación de la ley en el espacio (artículo III del título preliminar del Código Civil que dice la ley se aplica a las situaciones y relaciones jurídicas existentes y es 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 «(...) 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

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 europeo tras la revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

29 «(...) 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 recursos de casación en el proceso civil peruano». En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. 1997. N° 1, p. 41

30 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 de control

31 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 la legislación ordenada, sumillada y concordada», Trujillo (1995), 2da. Edición: a la fecha existe una tercera edición actualizada.

propios de su derecho minero (...)»³². Por otro lado, Jorge Basadre Ayulo nos dice que esta resolución administrativa permite al denunciante ejercer provisionalmente los derechos que le otorga la concesión (...)»³³

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 incluida.³⁴ ¿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 al 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.

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 jurídicos,³⁵ anomalía tenida como válida en los tribunales del Perú y que debió expirar al darse el nuevo Código procesal Civil en 1993,³⁶ 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.

32 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 Amparo como permiso provisional de explotación, a fin de no mover a alguna confusión con la conocida garantía constitucional.

33 v. *Derecho Minero Peruano*, 1990, 5ta. Ed. Ampliada y actualizada, p. 214

34 Como el caso del auto de amparo recaído en el denuncia aurífero «Erika», que comentaremos más adelante.

35 v. Morales Corrales, Pedro. Nulidad de acto jurídico administrativo. En: *Derecho*. Dic. 1996, N° 50 pp. 25-270.

36 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 «25». 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.

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 un 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»³⁷.

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 (...)»,³⁸ 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, en los que 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, 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 *Arher*, donde se pretendería utilizar esbozadamente, una tesis que no ha calado en el derecho administrativo, esto es, la inexistencia del acto administrativo,³⁹ 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

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

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

39 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 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).

administración pública, *status* que no sería objetado sino fuera porque precisamente en el seno de aquélla, 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 (DSN° 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)⁴⁰.

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 Constitución⁴¹. 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, llamando 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 inmediatamente⁴².

g. La discrecionalidad administrativa. Necesaria disgresión merece el tema del control de la discrecionalidad de la administración pública. Se tiene como idea general que aquélla, 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 vulnere 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»⁴³.

40 El Consejo de Minería ha evidenciado un comportamiento vacilante a este respecto. En los casos «Santiago de Compostela No 4-B», «Soledad 7» y «Santurario 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.

41 El caso Demasía Beatricita 85, que comentaremos más adelante.

42 El caso Erika, que se aludirá más adelante.

43 García de Enterría, Eduardo. «(...) la lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (...)». Madrid: Civitas. 1983. Este jurista español —cuyo libro homenaje es de cuatro volúmenes— es el más destacado administrativista hispano-americano y ha

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 mismo⁴⁴.

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 cómo 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 (...)»⁴⁵.

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

realizado notables aportes a la historia y a la teoría del control judicial efectivo de los actos de la Administración Pública.

44 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: Derechos Administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1996. T. II, p. 124.

45 García de Enterría, op. cit. pp. 30-32

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 (...)»⁴⁶. 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 receptar estas técnicas, confiamos en ello⁴⁷.

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 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, desdeñando los ordenamientos supletorios, insólita tesis que ha sido avalada, en algunos casos, por instancias judiciales inferiores.

46 Idem. pp. 42-46

47 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 receptado vía jurisprudencial.

III. LOS CASOS

a. Caso 1 (1988): *Demasia Beatricita 85 c/ Procurador del Ministerio de Energía y Minas y otros*⁴⁸ (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 1985, 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 ante el juez del Vigésimonoveno 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)⁴⁹, 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 administrativos»⁵⁰ «(...) 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 lograrse su objetivo), siendo «(...) que un año y medio después de haber quedado consentido el auto de amparo minero, deduce la nulidad 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

49 Todos estos señores magistrados fueron destituidos luego del 5 de abril de 1992

50 En un interesante libro, el autor vernáculo ha señalado lo siguiente: «(...) No se trata de 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.

48 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, N° 53, pp. 59-69. Los fallos que a continuación se señalarán llevan la fecha de la interposición de las demandas.

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: «(...) 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 nulificadoras de la administración pública. En primer lugar, el fallo ha dejado plasmado un juicio de valor constitucional respecto de la cosa decidida, y éste se traduce en que, a partir de 1992, todo auto y/o resolución administrativa, contra los que no se franqueen 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 similar, 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, para los casos siguientes, habrá que bregar duro en pos de su vulgarización⁵¹.

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 1979, obteniendo el auto de amparo el 19 de julio de 1979. 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 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

51 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 de Régimen Provisional (D. Leg. N° 817), cuyo fundamento N° 33 resulta capital en la lucha contra los excesos de las facultades nulificadoras de la administración.

asuntos judiciales del Ministerio de Energía y Minas, argumentó que dada la «provisionalidad» del auto de amparo (sobre lo que hemos hablado en nuestras líneas iniciales), en riada 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, quien fue mucho más allá planteando una novedosa tesis: la inexistencia del auto de amparo, en tanto que acto administrativo⁵².

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, quien 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 Adrianzén), emitió su voto confirmando la apelada. Conviene traer a colación los fragmentos de un considerando para enriquecer el posterior comentario: «(...) que en cuanto al fondo de la demanda, es justamente el Consejo de Minería quien 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 legal 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

52 El voto en discordia de los Magistrados Supremos Buendía Gutiérrez y Echevarría Adrianzén 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

contemplada en diversos dispositivos legales del sector demandado⁵³, siendo incluso intrascendente la positivización de la vocación supletoria,⁵⁴ por ser 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 expusiéramos 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, quien 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 garete⁵⁵.

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, quien 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, sólo 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.

53 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.

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

55 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*.

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 (...)» mas, resulta que ningún dispositivo de la Ley General de Minería dispone tal facultad nulificatoria *sine die* al Colegiado Minero o a cualquier otra autoridad administrativa⁵⁶ en consecuencia, resultaba ilegal y bastante arbitraria la decisión a la que arribó dicho Colegiado.

Sin embargo, 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 v pluralidad de instancias (el subrayado es nuestro), consagrados en los incisos 32 y 6, del

artículo 139 de la vigente Carta Política del Estado, por lo que resulta fundada la presente acción de garantía (...)⁵⁷.

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

57 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, mas, es contrario 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. Quien 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 de 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 innecesidad 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.

56 Ver nuestras notas 32 y 33.

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. Resulta además un contrasentido con el accionar teleológico de la administración pública (que no debe convertirse en un fin en sí mismo) y conspira contra la *ratio* que anima a la teoría del proceso, y por ende, contra el principio constitucional de la tutela judicial efectiva⁵⁸, 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 administrativa.⁵⁹

El denuncia minero aurífero Erika, ubicado en la provincia de Caravelí (Arequipa), pero bajo jurisdicción de la ex-jefatura Regional de Minería de Ica, fue petitionado el 07 de Marzo de 1988 obteniendo el respectivo auto de amparo el 6 de octubre de este 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 voto* 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 se concede al Poder Judicial, esta decisión sólo será declarada nula y punto

⁵⁸ El constituyente no agregó la palabra «efectiva» al principio jurisdiccional constitucional aludido, más ello es patente, ya que de ninguna manera debe 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.

⁵⁹ 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, quien 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.

(sin costos ni pago de daños y perjuicios)⁶⁰, 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 Minera⁶¹.

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.

60 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 aquélla (como la irrogada por el titular del denuncia Don Jerónimo N° 14 de Ica, por lo que en este caso, nuevamente, se litiga sobre lo obvio.

61 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 siendo 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 *litisconsorte* necesaria pasiva, se produce una discordia entre los vocales de la Sala Corporativa Transitoria en lo Contencioso-Administrativo⁶². 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»⁶³.

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

62 Esta novedosa Sala está 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.

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

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 cual, 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 Minería⁶⁴ (...)» 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. 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 se encuentra 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 Minera⁶⁵,

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 que hace al acto administrativo impugnado, nulo y sin eficacia, por ser contrario a la Carta Política 5, 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)⁶⁶. Dicho caso, junto a los otros ya analizados, deja 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. No obstante, y 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).

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.

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

65 Como para no creerlo, la *litisconsorte* necesaria pasiva, a propósito de otros procesos en sede administrativa, en el mismo de año de la

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

Nótese también la excesiva deferencia judicial que se le otorgó a la administración pública en este último caso: 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 debiera 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 judicial⁶⁷.

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 quien 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 quien se sienta confiado en el sector administrativo donde va a recurrir, debe apostar por ella y quien no, deberá provocar directamente la tutela jurisdiccional. Mas, de momento, tal opinión no tiene un asidero legal.

⁶⁷ 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.

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 porqué la Administración Minera no debió ni debe asumir jurisdicción sobre un acto de amparo consentido, y/o inscrito⁶⁸.

Comienza Danós con la problemática de la incomprensión del tema diciendo que «(...) la ausencia de normas precisas al respecto ha traído consigo 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 (...)»⁶⁹.

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 (...)»⁷⁰.

⁶⁸ Las Resoluciones que ponen fin al Procedimiento Administrativo. Las llamadas Resoluciones «que causan estado»; 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. N° 16, pp. 150-159).

⁶⁹ Op. cit. p. 1.

⁷⁰ Op. cit. p. 2.

En cuanto a los segundos, Danás 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 (...)»⁷¹.

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). Mas 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 denuncia 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.

VI. 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 reiterativa⁷² la que desde diversas vías, ha considerado ya lesivos, ya nulos, aquellos actos administrativos que anularon sendos autos de amparo

consentidos. Si bien esta práctica no sólo 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 ejemplo⁷³.

A este respecto, la lucha de los procesalistas peruanos ha comenzando por positivizar los principios de veracidad, igualdad procesal (sub-especie 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. Mas, a estos principios se ha agregado otra norma sobre la que 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 (...)»⁷⁴ enunciado que no debe entenderse sólo para las tasas judiciales o apelaciones de oficio.

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-Administrativo» en: *Revista de Administración Pública*. Septiembre-Diciembre. 1996 N° 141, p. 432.

73 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.

74 Existe un reciente fallo de la Corte Suprema (Procurador del M. de Transportes y Comunicaciones c/ Procurador del Poder Judicial, El

71 Op. cit. p. 2.

72 En un evento extranjero que reunió abogados, magistrados y procuradores se dijo, a este respecto que «(...) especialmente

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 demandante⁷⁵, 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 resulte 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

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*.

75 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. ¿Cómo entender el dispositivo de marras con el principio de igualdad procesal, sub-especie del derecho constitucional a la igualdad? El asunto es peliagudo, mas 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.

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, quien ha dicho respecto a estos principios y 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 (...)»⁷⁶.

76 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: *Revistas de Administración Pública*, Enero-Abril 1990, N° 121 (España), p. 9.

Indemnización *ex-aequo* por reversión de infraestructura petrolera el caso Texaco*

SUMARIO: I. LOS ANTECEDENTES DEL PROCESO. II. EL GRUPO ALEMÁN EN SEDE JUDICIAL: DEMANDA OMNIBUS. 2.1 *Pretensión Principal del Petitorio*. 2.2 *Pretensión Alternativa del Petitorio*. III. ESTRATEGIAS LEGALES. 3.1 *Estrategia del Grupo Demandante*. 3.2 *Estrategia de la Defensa del Estado*. IV. LA SECUELA DEL PROCESO. V. EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA, FIN A 11 AÑOS DE LITIGIO. VI. COMENTARIOS. 6.1 *Confusión sobre El Ropaje Procesal Utilizado*. 6.2 *La Valoración de las Pruebas*. VII. HACIA LA RESOLUCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LOS CONFLICTOS SOBRE HIDRO-CARBURÓS. 7.1 *El Panorama Internacional*. 7.2 *El Caso Peruano*.

I. LOS ANTECEDENTES DEL PROCESO

Allá por los sesentas y durante la primera administración Belaúnde, un grupo de empresas Alemanas (*Deutsche Texaco Aktiengesellschaft Sucursal del Perú*, «El Oriente» S.A., *Gewerkschaft Elwerth Sucursal del Perú* y *Wintershall Aktiengesellschaft Sucursal*

* Ensayo publicado en la *Revista de Derecho Minero y del Petróleo*, (1997), Órgano del Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petróleo, año XLVII, N° 55, y basado en una sentencia encontrada de manera casual, en circunstancias en que veníamos realizando ciertas pesquisas en el Archivo de la Corte Suprema. Desafortunadamente, sólo encontramos el cuaderno de nulidad, siendo infructuoso acceder al principal y sus 22 cuadernos, remitidos en su momento al archivo de la Corte Superior e inubicables hasta el momento de elaborar el presente trabajo. Revisando el libro, toma razón de la Sala Superior que se avocó al caso, nos encontramos con sumillas remisivas a reiterados escritos legales presentados por el Doctor Jorge Eugenio Castañeda, desaparecido jurista y gran animador de los estudios de derecho civil, quién parece que fue el abogado defensor del Grupo alemán. La versión íntegra de la sentencia aparece en la parte final de este artículo.

del Perú, a quienes en lo sucesivo aludiremos como «el Grupo alemán»), decidieron invertir en hidrocarburos, peticionando diversos derechos petrolíferos en nuestra selva, los que finalmente desembocaron en otras concesiones petrolíferas y gasíferas: las concesiones «Maquía», «Aguaytía I» y «Aguaytía II» (las que aquí individualizamos por ser el origen de la *litis* que más adelante comentaremos). Cabe acotar que las inversiones y concesiones aquí aludidas se hicieron bajo el imperio de la Ley Orgánica de Petróleo de 1956, Ley N° 11780 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 1, ambos expedidos durante la administración Odría⁷⁷.

Ocurrido el golpe de estado del general Velasco (1968), produjéronse profundos cambios en los diversos segmentos de la economía nacional. El petróleo, valioso recurso natural no renovable, no escapó a ello, así, el 18 de febrero de 1969, el Colegiado ejecutivo castrense (la Junta Revolucionaria) promulgó el Decreto Ley 17440, dispositivo que, entre otros puntos, suprimió el antiguo sistema de concesiones petroleras, respetando los derechos adquiridos. Tres años después, la Junta Revolucionaria expediría el Decreto Ley 19606, dispositivo que obligaba a los concesionarios petroleros a remitir a las autoridades estatales, los programas anuales de exploración y de explotación, los cuales habían de ser aprobados por Resolución Directoral de la Dirección General de Hidrocarburos (en lo sucesivo, DGH). Dicho dispositivo prescribía, también, la reversión de las concesiones petroleras al Estado si es que los concesionarios incumplían con los programas por ellos establecidos, aun cuando esto fuese motivado por casos de fuerza mayor o hecho fortuito⁷⁸.

En 1973, la DGH, expidió dos Resoluciones Directorales (013 EM/13GH y 113 EM/DGH del 29 de enero y 28 de

diciembre, respectivamente), aprobando los planes de trabajo de todas las concesiones petroleras del Grupo alemán, entre las que se encontraban las concesiones «Maquía», «Aguaytía I» y «Aguaytía II». Dichas resoluciones no fueron objetadas⁷⁹.

Entre 1974 y 1975, el Ministerio de Energía y Minas decidió declarar en caducidad a las concesiones aludidas, al no haberse cumplido con los programas de exploración fijados, a través de dos Resoluciones Supremas. Contra aquéllas, el Grupo planteó en sede administrativa, sendos recursos de reconsideración; los que finalmente fueron declarados infundados, agotándose la vía administrativa. Posteriormente, estas caducas concesiones petroleras y toda su infraestructura operativa revirtieron en favor del Estado, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Ley 19606, sin que cupiese justiprecio compensatorio alguno. Así lo consideraba dicho dispositivo legal, en su artículo 7, el mismo que remitía para estos efectos, al artículo 57 de la antigua Ley Orgánica del Petróleo (ley 11780), la que si bien prescribía cierta exención indemnizatoria a favor del Estado, era bajo causales *numerus clausus*, excluyendo a los oleoductos principales, refinerías, plantas de gasolina y equipos móviles.

II. EL GRUPO ALEMÁN EN SEDE JUDICIAL: DEMANDA OMNIBUS.

El 20 de diciembre de 1976 (al año y medio de haberse expedido las Resoluciones Supremas que denegaron las reconsideraciones solicitadas), el Grupo alemán entabló una demanda contra el Estado peruano⁸⁰, solicitando un complejo petitório sobre el que conviene meditar en este artículo,

77. Un comentario *in extenso* de esta ley se encuentra en el trabajo del Doctor Carlos Martínez Hague, «Aspectos fundamentales de la nueva Ley de petróleo», en esta misma revista, en su número «2», p. 34 a 48 (1953).

78. Tal disposición, propia de los nacionalismos de la época, no se compadece con la naturaleza de los institutos allí exceptuados.

79. No obstante, en virtud de la «cosa decidida», cualquier resolución que no cause estado puede ser pasible de solicitar su nulidad a pedido de parte o de oficio, si bien, la administración pública tiene sólo 6 meses para deducirla.

80. Se tiene por costumbre signar al demandado como «el Estado Peruano» o «Supremo Gobierno»; sin embargo, esto es impropio, debe señalarse al ente específico de la administración emplazada.

no sólo por el singular ropaje procesal aquí acumulado, o por la elevada indemnización solicitada (un billón de dólares americanos), sino también por las pruebas utilizadas, y por ser, en términos generales, un caso no común en cortes peruanas.

2.1 PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL PETITORIO

El petitorio se traducía en pretensiones principales que solicitaban: a) La nulidad de las dos Resoluciones Supremas que declararon en caducidad a las concesiones petroleras «Maquía», «Aguaytía I» y «Aguaytía II», así como todas las demás que derivaron de estas resoluciones; b) La reivindicación y restitución de los derechos adquiridos, así como el que se garantice el ejercicio regular de éstos; c) La indemnización por daños y perjuicios en forma de daño emergente y lucro cesante, hasta el momento en que las concesiones le sean restituidas, sea por la eventual extracción de petróleo de la concesión «Maquía» (la más importante de las concesiones incursas en caducidad), sea por cualquier extracción de petróleo y/o gas que pudiera hacerse en las otras concesiones antes que le sean restituidas al Grupo alemán, especificando que dichos pagos deberían hacerse en moneda nacional referidos a los valores del petróleo crudo en el mercado mundial (posteriormente se hablaría de un billón de dólares americanos).

2.2 PRETENSIÓN ALTERNATIVA DEL PETITORIO

Mediante ésta, el Grupo demandante pedía nuevamente lo resaltado en «c» del párrafo anterior, más una indemnización a justiprecio sobre las concesiones petroleras declaradas en caducidad, para así recuperar el dinero allí invertido, fijado por el Grupo alemán en \$ 19'341,666 millones de dólares americanos.

En ambas pretensiones, se deja para el estadio procesal de ejecución de sentencia, la definición de la cantidad total a indemnizar (dejándose entrever, también, la posibilidad de recurrir a peritajes especializados). No se fijó pago de intereses.

III. ESTRATEGIAS LEGALES

3.1 ESTRATEGIA DEL GRUPO DEMANDANTE

El Grupo demandante impugnó las resoluciones administrativas de caducidad no desde la óptica del recurso contencioso-administrativo, sino más bien, como una nulidad de resoluciones administrativas en tanto que actos jurídicos nulos, invocando abuso de derecho, enriquecimiento ilícito, y por sobre todo, solicitando al Juez, un no muy explicitado control difuso en el sentido de inaplicar en lo pertinente al justiprecio derivado de las expropiaciones (sic). Aquella legislación expedida durante el gobierno del general Velasco, si ella fuera incompatible con los principios signados en la Constitución de 1933, la que como se sabe, se inaplicaba si colisionaba con el «estatuto revolucionario de la Fuerza Armada», ¡tamaño antítesis de la pirámide kelseniana!

Los más relevantes medios probatorios ofrecidos fueron: 1) instrumentales públicas que detallaban la inversión real sobre las concesiones incursas en caducidad y 2) un informe expedido por el Ministerio de Energía y Minas que describe el potencial de reservas petroleras en las áreas incursas en caducidad y, 3) un peritaje valorativo al momento de la ejecución de sentencia.

3.2 ESTRATEGIA DE LA DEFENSA DEL ESTADO

Como es de rigor, la demanda es negada y contradicha en todos sus extremos, basándose principalmente en la validez de los actos administrativos expedidos por el Ministerio de Energía y Minas de aquel entonces, los que, a más de obedecer a actos soberanos delegados por el Poder Ejecutivo a la Administración Pública (el Ministerio forma parte de ella), no fueron impugnados en sede judicial vía recurso contencioso-administrativo dentro de los seis meses contemplados por la ley, por lo que habrían quedado consentidos. La defensa del Estado dedujo con carácter de perentoria, la excepción de prescripción de derecho, fundamentándola principalmente en la ley 11780, bajo cuyo imperio fueron concesionadas las áreas en *litis* y

supletoriamente en el reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, hoy convertido en Ley.

VI. LA SECUELA DEL PROCESO

El 13 de octubre de 1978, en plena efervescencia Constituyente el juez Huatuco del Sexto Juzgado en lo Civil, declaró infundada la excepción deducida por el Procurador y fundada la demanda en todos sus extremos. Dicha sentencia es apelada ante la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, la que, un año después la declaró nula, entre otras cosas, por no resolver todos los extremos de la demanda, devolviendo los autos al juzgado de origen. El nuevo juez, doctor Ñato, falló en los mismos términos de su antecesor, depurando del proceso la actuación de ciertas pruebas por innecesarias.

Apelada dicha sentencia, es elevada a la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, quien la revocó parcialmente, fijando como válida sólo la reparación por concepto del importe invertido por el Grupo alemán en las concesiones petroleras caducas, sujetando la fijación del monto al momento de la ejecución de sentencia. Apelada por ambas partes, es elevada a la Corte Suprema del Perú, previo dictamen del Fiscal Supremo en lo contencioso-administrativo, quien opina por la confirmación de la de vista.

El 18 de agosto de 1982, la Corte Suprema declaró nula la de vista por haberse incurrido en vicio de nulidad (la *A quem* no se había pronunciado expresamente sobre la determinación de daños y perjuicios), derivando los autos a Sede Superior. En ese interregno (1983), el grupo demandante fija la indemnización solicitada en la suma de un billón con sesentinueve millones de dólares, más novecientos veintinueve mil dólares americanos, rectificando posteriormente dicha cantidad en setecientos veintiún millones de dólares con doscientos veintitrés mil dólares.

El 12 de enero de 1984, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima falla por tercera vez, revocando en parte el

fallo de Primera Instancia (el juez había declarado fundadas las pretensiones principales y alternativas), aceptando sólo a las pretensiones alternativas como basamento de su fallo (v. 2.2 de este artículo), fijando la indemnización en trescientos millones de dólares americanos. Tanto el Grupo demandante como el Procurador del Estado, interpusieron recurso de nulidad.

V. EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA, FIN A 11 AÑOS DE LITIGIO.

Finalmente, el 30 de noviembre de 1987, la Primera Sala Civil de la Corte Suprema expide el fallo definitivo, revocando la de vista (que había amparado la pretensión alternativa), reduciendo la indemnización de trescientos millones a veinticinco millones dólares. Los argumentos de la sala para reformar la indemnización fijada en Sede Superior, se basaron únicamente en el daño emergente y en el lucro cesante ocasionado por la desposesión de la infraestructura operativa, la que estaba acreditaba con instrumentales adjuntados por el grupo demandante, fijadas en \$ 19'341,666 millones de dólares. Si a la indemnización fijada por la Corte Suprema le restamos el importe fijado en las instrumentales aludidas, hemos de entender que la cantidad final fijada como daño emergente y lucro cesante no es otra cosa que el saldo remanente, luego de efectuar dicha operación matemática.

VI. COMENTARIOS

6.1 CONFUSIÓN SOBRE EL ROPAJE PROCESAL UTILIZADO

Peliagudo resulta ser este tema. En el rigor procedimental administrativo de aquel entonces no cabía impugnar las resoluciones administrativas aludidas (las que habían causado estado y no habían sido impugnadas), puesto que había transcurrido más de un año y medio de su expedición y el plazo fijado para impugnar aquéllas estaba taxativamente fijado en seis meses. Por ello, la reiteración de la defensa del Estado con

su excepción perentoria de prescripción de Derecho (lo que en buen romance procesal se llama «caducidad de la acción»). Si bien es cierto que la doctrina administrativista y la jurisprudencia comparada han logrado que se habilite la instancia contencioso-administrativa para demandar responsabilidad extracontractual a la administración pública, aún por actos administrativos consentidos y ejecutoriados⁸¹, ello no era ni es aplicado aún en las cortes peruanas.

El desconocimiento existente entre nosotros sobre las conquistas contemporáneas del Derecho Administrativo, ha llevado a abogados creativos a pedir la nulidad de los actos administrativos, vía las reglas de la nulidad de los actos jurídicos; éste es el vehículo procesal que utilizó el grupo demandante, ora por la falta de regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa, con el consecuente desconocimiento que existe entre nosotros sobre las técnicas de control judicial de la administración pública⁸², ora por estar fijado jurisprudencialmente

este vehículo procesal⁸³, si bien, hasta antes de la dación del nuevo Código Procesal Civil que ha regulado, siquiera fragmentariamente, el recurso contencioso administrativo.

6.2 LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

Importa en este análisis, la valoración que de ellas hizo la Sala Suprema pues aquí está el *quid* de la disminución de la indemnización fijada en la sentencia de vista. La Sala Suprema sólo dio como cantidad válida a aquella fijada fehacientemente por el grupo demandante en las instrumentales adjuntadas, esto es, los \$19'346,666 millones de dólares (a la que la Sala Suprema agregaría un importante *plus* por concepto de daño emergente y lucro cesante), descartando la ingente cantidad indemnizatoria fijada por el grupo demandante.

Esto, en razón que las inmensas reservas de crudo y gas atribuidas por el grupo demandante a sus concesiones petroleras caducas, no habían sido acreditadas de manera indubitante, lo que llevó a rechazar a la Sala, de un lado, tanto los informes técnicos oficiales provenientes del Ministerio de Energía y Minas (evacuados en 1971 y no a propósito de la *litis*), a los que consideró «...un conjunto heterogéneo de proyecciones pragmáticas de explotación petrolera...»; cuanto cuestionando de otro lado, la incertidumbre en la fijación indemnizatoria hecha por el propio grupo demandante, la que fue mutada por aquél durante la secuela del proceso, de un billón de dólares a

81 Actualmente, en Argentina, España, Alemania, Inglaterra y otros países europeos vienen cayendo por vía jurisprudencial y ante la necesidad de ofrecer una tutela judicial efectiva contra las formidables prerrogativas de la Administración Pública, varios paradigmas fijados desde antaño en la técnica del recurso contencioso-administrativo, como por ejemplo, aquella férrea práctica judicial que declara inadmisibles o improcedentes cualesquier acciones judiciales contra actos administrativos consentidos y ejecutoriados. A guisa de ejemplo señalaremos que se acepta ya, en muchos sistemas jurídicos, demandas por responsabilidad extracontractual objetiva contra la Administración, derivadas de actos administrativos vigentes e incluso no impugnados en su momento, v. al respecto los trabajos de Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1989; de Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, tomo II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, quinta edición y de Carlos E. Colautti, «Responsabilidad del Estado por daños causados sin culpa», en: *Revista «La Ley»*, tomo 1994 b, p. 425 y ss., Buenos Aires.

82 Las principales técnicas para controlar judicialmente a la administración pública son las facultades discrecionales (el control de los hechos determinantes y los conceptos jurídicos indeterminados), técnicas que han sido receptadas en los países aludidos mediante construcciones jurisprudenciales, sin necesidad que las

recoja una ley expresa. Nosotros venimos preparando un libro sobre estos temas; un adelanto sobre el mismo puede hallarse en la revista N° 2 de *Apuntes de Derecho*, UNMSM (Mayo 1997) con el título de, «Medidas cautelares contra la Administración Pública».

83 El 17 de Abril de 1995, (exp. 793 94, Carpio c/ Concejo Provincial de Tumbes), la Sala Suprema fijó esta posición diciendo que, «...no existe prohibición legal alguna que impida accionar en acción de nulidad del acto jurídico que contienen las resoluciones administrativas...» (exp. 793-94-Piura). Si bien, este proceso —al igual que el caso referido en este artículo— se sustentó en el derogado Código de Procedimientos Civiles (cuyo contexto no regulaba el contencioso-administrativo).

setecientos veintiún millones doscientos veintitrés mil dólares, sin perjuicio de un posterior peritaje valorativo, al momento de la fase de ejecución de sentencia que podría aumentar la cantidad fijada por el Grupo demandante.

a. *La Naturaleza de la Indemnización Reconocida: Ex-Aequo?*

Como ya se ha expuesto, el grupo demandante no impugnó los actos administrativos (Resoluciones Supremas), dentro de los seis meses prescritos por ley, solicitando más bien la nulidad de estas Resoluciones Supremas bajo las reglas de la nulidad de los actos jurídicos fijadas en el Código Civil. La Corte Suprema, por su parte, al arribar al fallo final no anuló los actos administrativos que habían dado mérito al petitorio del grupo demandante, todo lo contrario, consideró que estos se habían expedido «...en uso de las facultades soberanas inherentes al Estado Peruano...»

Por otro lado, debemos recordar que la reversión de la infraestructura operativa vinculada a las concesiones en litis, tuvo como basamento legal al artículo 7 del Decreto Ley 19606, el mismo que remitía al artículo 57 de la antigua Ley Orgánica del Petróleo, Ley 11780, bajo cuyo imperio se concesionaron las áreas revertidas. Esto nos lleva a considerar que la indemnización concedida al Grupo alemán tiene una connotación de equidad y de amparo frente al Abuso del Derecho (la Sala Suprema en su fallo reitera los conceptos «justo resarcimiento» y «resolución justa»), ya que, si bien es cierto que la prerrogativa revertiva estaba contemplada en la legislación invocada, no es menos cierto que a la fecha de dación de ésta, hallábase fijada una poderosa corriente doctrinaria en el Derecho Internacional Público (la que, sustentada principalmente en las doctrinas de los derechos adquiridos y del enriquecimiento injusto, repudiaba la reversión impaga de la infraestructura operativa petrolera); dicha corriente había hallado eco en numerosos laudos arbitrales y sentencias, allende nuestras fronteras⁸⁴ y a

la fecha de la dación del fallo final, se encontraba incorporada en numerosos tratados internacionales.

VII. HACIA LA RESOLUCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LOS CONFLICTOS SOBRE HIDROCARBUROS

El caso expuesto nos lleva a reflexionar sobre las divergencias sobrevenidas entre los Estados y los inversionistas extranjeros (generalmente transnacionales), a propósito de expropiaciones de áreas petrolíferas, las que han dado pábulo a numerosos conflictos dentro de la comunidad internacional, con repercusiones económicas y comerciales que a la larga han deteriorado, no solo las relaciones entre los Estados y los inversionistas, sino de los primeros con aquellos Estados donde estaban situadas las matrices de las sedes sociales de los inversionistas afectados, amparados en la protección diplomática.

7.1 EL PANORAMA INTERNACIONAL

En reacción a ello, juristas de diversos sistemas jurídicos, decidieron sentar las bases para optar, en el mediano plazo, por métodos alternativos de resolución de conflictos petroleros suscitados entre los Estados y las transnacionales, los que deberían ser más expeditivos y pragmáticos, capaces de tomar en cuenta, inclusive, uno o varios derechos foráneos (*depecage*), si coadyuvaran a solucionar prontamente el conflicto. Así, desde hace dos décadas aproximadamente, los Estados titulares de los recursos naturales empezaron a firmar convenios internacionales de protección a las inversiones extranjeras y a resolver los conflictos de inversión que de ellas derivasen, en Centros Internacionales *ad-hoc* con la utilización del arbitraje y de la conciliación, lo que llevó a vulgarizar en los contratos petroleros o gasíferos celebrados con inversionistas extranjeros, cláusulas

Derecho Internacional público, Editorial Aguilar, Madrid, 1963, p.289 a 292; y entre nosotros, Guillermo García Montúfar, *La expropiación de la propiedad extranjera*, publicado en esta revista, en su número «25» (1969), p. 4 a 8.

⁸⁴ Ver, Eduardo Jiménez de Arechaga, *El derecho internacional contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, pp. 353 y ss; Alfred Verdross,

de remisión obligatoria a las técnicas alternativas aludidas, cuando medien desavenencias contractuales y/o extracontractuales entre ellos.

Respecto de los convenios, tenemos el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (conocido como MIGA, suscrito por el Perú), cuya principal finalidad es otorgar garantías contra riesgos no comerciales respecto de inversiones realizadas en un país miembro, provenientes de otros países miembros, los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (conocidos como BITs)⁸⁵, los cuales contienen estándares de tratamiento a la inversión extranjera, promoviendo asimismo, el arbitraje y la negociación como métodos idóneos para resolver los eventuales conflictos que se susciten entre las partes.

Ibrahim Shihata jurista de origen egipcio y actualmente *Senior Adviser* del Banco Mundial ha sido el principal gestor, tanto de estos convenios como de la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (conocido como *ICSID*, en inglés y *CIADI*, en español, singular Sede Arbitral a la que el Perú se ha suscrito), con sede en Washington, organismo que utiliza exclusivamente por ahora al arbitraje para resolver los diferentes conflictos que allí se someten. No está demás agregar que la mayoría de los laudos resueltos por el CIADI han versado sobre conflictos derivados de inversiones en hidrocarburos.

7.2 EL CASO PERUANO

El Perú, con su larga tradición de respeto por los tratados internacionales, se ha acogido de inmediato a los convenios ya aludidos, los que, como se ha dicho, promueven los métodos alternativos de resolución de conflictos, especialmente en la

utilización del arbitraje y la conciliación, llegando incluso, a fijar con precepto constitucional (artículo 63 de la Carta del 93) la posibilidad que el propio Estado, en tanto que parte, se someta a tribunales internacionales *ad hoc* y a arbitrajes nacionales o extranjeros. A mayor abundamiento, la Ley Orgánica de Hidrocarburos⁸⁶ ha fijado en su artículo 86, la factibilidad que las partes (el Estado y las empresas extranjeras), se sometan al arbitraje nacional o internacional en todo lo relativo a las actividades de hidrocarburos. Asimismo, se le ha conferido amplia discrecionalidad a PERUPETRO SA., la empresa estatal encargada de negociar convenios y contratos petroleros, a efectos que pueda utilizar en sus tratativas, las normas del Derecho Internacional y de la industria de hidrocarburos, generalmente aceptadas.

Amparadas en este formidable marco legal, diversas instituciones especializadas del medio vienen promoviendo el arbitraje en materia de hidrocarburos. Tal es el caso del Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petróleo, el cual ya desde 1989, venía ofreciendo los servicios de arbitraje nacional e internacional en materia petrolera y minera contando para ello con un panel especializado de 21 árbitros, entre los que se encuentran destacados juristas nacionales.

Todo indica, pues, que este importante órgano especializado arbitral está llamado a resolver en el corto plazo, la mayoría de los inevitables conflictos petroleros y mineros que aquí se susciten; la valía del tiempo y el cambiante sentido de oportunidad de los negocios así lo reclaman, máxime si se está acusando cada vez con mayor fuerza este sorprendente fenómeno mundial de resolución de conflictos extra-procesales que algunos han denominado como «la huida de los tribunales».

85 V. María del Carmen Vega, «Convenios Internacionales de promoción y protección de inversiones», p. 77 a 90, en: Beatriz Boza Dibós *et. al.*, *Invirtiendo en el Perú, guía legal de negocios*, Editorial Apoyo, 1994, Lima.

86 Quien quiera ahondar la materia puede remitirse a los siguientes trabajos : Oscar Arrieta Orjeda, «La nueva ley Orgánica de Hidrocarburos del Perú», publicado en esta revista, en su número «53», p. 8 a 19 (1995); Ricardo Silva Chueca, «El contrato de Camisea», publicado en esta revista, en su número «54» (1996) y Enrique Normand Sparks, «Hidrocarburos», p. 119 a 128, publicado en la compilación ya referida de Beatriz Boza.

Texto de la sentencia de la Corte Suprema objeto de análisis.

EXPEDIENTE 208 84, PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA

Lima, treinta de noviembre de mil novecientos ochentisiete.

VISTOS; con los acompañados; por sus fundamentos pertinentes y estando a lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo contencioso administrativo y CONSIDERANDO; que si bien se encuentra suficientemente acreditado en autos la obligación del Estado peruano de efectuar un justo resarcimiento económico en favor de las Empresas petroleras demandantes, en razón de la decisión tomada por parte del Gobierno Peruano al declarar la caducidad de las concesiones «Maquía», «Aguaytía I» y «Aguaytía II» otorgados a los accionantes por licitación y al amparo de la ley once mil setecientos ochenta y su Reglamento con la consecuente reversión de dichas concesiones al patrimonio del estado y la apropiación del íntegro de la infraestructura instalada por los demandantes para la explotación de los yacimientos referidos; que estas acciones han sido llevadas a efecto con el sustento legal de las Resoluciones Supremas números cero veintiuno-setenticuatro EM/DGH; cero doce-setenticinco EM/DGH y ciento cinco-setencinco EM / DGH; que dentro de este contexto, resulta de suma importancia, a fin de emitir una resolución justa, con arreglo a ley y a los hechos, tener en cuenta las siguientes circunstancias extraídas de la litis; que de conformidad con los considerandos pertinentes expuestos en la sentencia de vista de fojas novecientos setentiséis, deviene amparable al presente caso; la demanda alternativa propuesta por los actores a fojas ciento cuarenticuatro, pero únicamente en el punto referido al pago de una indemnización justipreciada por el daño emergente y el lucro cesante ocasionado por la desposesión de la que fueron objeto, además dicha demanda conforme a su propio texto debía comprender toda extracción y / o

usufructo que hiciere el Estado por sí o por terceros, bajo cualquier modalidad contractual; que siendo esto así deviene impostergable la determinación de una suma indemnizatoria ajustada a la Ley; debiendo tenerse en cuenta para este efecto, la instrumental pública anexa a la demanda ¿y fojas veintitrés y siguientes y fojas cincuentisiete y sesenta, por la cual se establece que los demandantes al momento de declararse la caducidad de sus concesiones (treintiuno de Diciembre de mil novecientos setenticuatro) «Maquía», «Aguaytía I» y «Aguaytía II», tenían en la misma una inversión real ascendente a diecinueve millones, trescientos cuarentiún mil cuatrocientos cuarenticuatro dólares americanos, suma que dentro de las pruebas e instrumentales aportadas por los accionantes, resulta ser la única fehacientemente acreditada en autos; que las supuestas reservas de petróleo que según los actores obraban en la concesión «Maquía» en el orden aproximado de dos millones ciento treinta mil barriles de petróleo, y cuyo precio los mismos demandantes consignan en la suma de veintiún millones trescientos mil dólares, no han sido acreditadas de manera alguna en la etapa procesal correspondiente; que también de la misma forma las Empresas actoras sostienen en su demanda que con el informe expedido por el Ministerio de Energía y Minas a fojas setecientos veintitrés y siguientes reiterado en versión oficialmente traducida y legalizada a fojas ochocientos veinticinco se acredita que en las concesiones de Aguaytía I y II existían reservas probadas por un aproximado de seiscientos billones de pies cúbicos de gas y veintisiete millones de barriles de gasolina natural; puntos que igualmente no han sido acreditados en forma real y objetiva durante la litis, sino que tampoco ha podido ser probado por los accionantes que el Estado Peruano se haya posesionado de dichas reservas o que las mismas hayan sido usufrutuadas de algún modo por éste o terceros; incidiendo en este punto merece destacarse que el aludido informe sobre las supuestas reservas de crudo y de gas existentes en las concesiones de Aguaytía I y II,

fue expedido (como es de verse del primer folio de dicho documento a fojas ochocientos dieciséis) con fecha mayo de mil novecientos setentiuno, es decir, cuatro años antes que se expidieran por parte del estado peruano (primero de enero de mil novecientos setenticinco) las Resoluciones Supremas declarativas de la caducidad de dichas concesiones; que además del contenido del indicado informe, se evidencia que el mismo resulta ser tan solo un conjunto heterogéneo de proyecciones pragmáticas de explotación petrolera (como aparece del informe de fojas ochocientos veintitrés) establecidas para las concesiones sub júdice y para un período de veinticinco años, careciendo, por lo tanto, dicho instrumento de validez objetiva jurídicamente; que dentro de otro contexto, resulta también destacable la inseguridad e indecisión puestas de manifiesto por las Empresas accionantes, en lo referente al monto total indemnizatorio pretendido; ya que como es de observarse a fojas novecientos setentitres, en un primer momento fijan dicho monto en la suma de un millón setentinove mil novecientos veintinueve, cuatrocientos cuarenticuatro millones de dólares americanos, cantidad que luego y sin mediar ningún motivo es sustancialmente reducida a la suma de setecientos veintiún millones doscientos veintitrés mil dólares conforme aparece en el recurso de nulidad de los demandantes a fojas novecientos ochenticinco, rebajando de esta manera sus pretensiones en más de doscientos cincuenta millones de dólares; que esta contradictoria actitud procesal es concordante también con el hecho de solicitar los accionantes que el monto indemnizatorio requerido fuera determinado en vía de ejecución de sentencia en base a un peritaje valorativo, pedido este, que evidentemente demuestra la falta de certidumbre manifiesta que poseen los demandantes acerca del valor real de las inversiones efectuadas por ellos en las concesiones; que por todo lo expuesto y de conformidad con lo estrictamente establecido por los artículos trescientos treintisiete y trescientos treintiocho del Código de Procedimientos Civiles, y considerando, que las resolu-

ciones supremas materia de esta litis fueron expedidas en uso de las facultades soberanas inherentes al estado peruano JUS IMPERIUM referidos a los derechos de propiedad por parte de éste de todos los recursos naturales y fuentes de energía concordantes con la implementación (SIC) con una nueva y más eficaz política petrolera; el Supremo tribunal declara NO HABER NULIDAD en la parte de la sentencia de vista de fojas novecientos setentiséis, su fecha doce de enero de mil novecientos ochenticuatro, que revocando la apelada de fojas quinientos setentiséis, fechada el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta, en cuanto amparando la misma declara la nulidad de las Resoluciones Supremas materia de esta acción; la no aplicabilidad del artículo quinto del Decreto Ley ciento noventiséis cero seis y la indemnización por los daños y perjuicios hasta la fecha de restitución a los demandantes de las concesiones referidas, extremos que declararon infundados; asimismo declararon NO HABER NULIDAD en la parte que revocando dicha sentencia en cuanto declara fundada la demanda ordena al Estado otorgar títulos de concesionarios en favor de los accionantes, extremos que igualmente declararon infundados y HABER NULIDAD en la parte de la sentencia de vista que revocando la apelada en cuanto declara sin lugar en todos sus extremos la demanda alternativa de indemnización justipreciada la declara fundada en parte, disponiendo consecuentemente, el pago de trescientos millones de dólares americanos o su equivalente en moneda nacional por parte del Estado Peruano en favor de las empresas accionantes por concepto de indemnización y utilidades dejadas de percibir; REFORMÁNDOLA: dispusieron que el estado Peruano pague a los demandantes por concepto de indemnización referida únicamente al valor de las inversiones efectuadas en las concesiones materia de litis por parte de los accionantes la suma de veinticinco millones de dólares americanos o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio (SIC) del día de pago; asimismo declararon NO HABER

NULIDAD en lo demás, que contiene; en los seguidos por compañías de Petróleos: Deutsche Texaco, «El Oriente Sociedad Anónima» (El Oriente) y otros con el Estado/ sobre nulidad de resoluciones y otros conceptos; y los devolvieron.

Sres. MÉNDEZ; VALLADA; MARTHOS, PERALTA y LINARES

EL VOTO DEL SEÑOR PERALTA ROSAS es porque, de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal Supremo de fojas ciento dieciséis a fojas ciento cuarentidós, cuyos fundamentos se reproducen, se declare HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas novecientos setentiséis, su fecha doce de enero de mil novecientos ochenticuatro, en cuanto confirmando la de primera instancia de fojas quinientos sesentiséis, fechada el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta, declara infundada la excepción de prescripción deducida; reformando la primera y revocando la segunda, se declare FUNDADA dicha excepción y, en consecuencia se declare NULA la sentencia de vista en lo demás que contiene e INSUBSISTENTE la de primera instancia en los demás pertinente; así como se declare NULO todo lo actuado en el presente proceso.

Medidas cautelares contra la administración pública*

SUMARIO: I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL PRIVILEGIO DE LA AUTOTUTELA. II. LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: a) *La suspensión de los efectos del acto administrativo*. III. MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: a) *Aspectos generales*, b) *Medidas cautelares en sede administrativa*, c) *Medidas cautelares en sede judicial*: c.1) *prohibitiva de innovar*, c.2) *innovativa*, c.3) *Genérica*. IV. VIGILIA SOBRE LA PRÁCTICA CAUTELAR NACIONAL.

«...Como cada súbdito es, en virtud de la institución, autor de todos los actos y juicios del Soberano instituido, resulta que, cualquier cosa que el Soberano haga no puede constituir injuria para ninguno de sus súbditos, ni debe ser acusado de injusticia por ninguno de ellos...»

TOMAS HOBBES, *Leviatán* (Capítulo XIII, «del Estado»).

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL PRIVILEGIO DE LA AUTOTUTELA

La administración pública⁷⁷, luego de expedir un acto administrativo⁷⁸ puede ejecutarlo inmediatamente, ya que, a la presunción *juris tantum* de la legitimidad de sus actos, se suma un privilegio otorgado por el Estado, cual es el de la *autotutela*.

* Publicado en : *Apuntes de Derecho*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, (1997), año II, N° 1.

77 Entiéndase a ésta como los Ministerios, Colegiados Administrativos, Municipalidades, los nuevos entes regulatorios de la post-privatización y los órganos administrativos de las Regiones (cuando se reinstalen). Una descripción detallada de los órganos de la Administración Pública se encuentra en el excelente libro del profesor Gustavo

Refiere García de Enterría, el primer administrativista español, que la administración pública, mediante este privilegio «...no necesita acudir a los tribunales para obtener la ejecución de sus actos administrativos... puede, ergo, hacerse justicia por sí misma sin necesidad de pedirla a los tribunales.»⁷⁹ El privilegio referido, obedece más a razones de orden práctico que a una sofisticada elucubración doctrinaria, pues de otra manera, y a decir de Mairal, «...sería imposible para el Ejecutivo, desarrollar su actividad, ejerciendo su potestad de mando si, ante la resistencia de los particulares a sus órdenes y la impugnación que éstos hicieran de la validez de ellas, fuera necesario hacer declarar su validez por el Tribunal Judicial como condición previa para exigir su cumplimiento...»⁸⁰.

Sin embargo, en verdad de perogrullo, tenemos que decir que la administración pública, sea en Washington, Estambul o Lima es, no pocas veces, prepotente, arbitraria, parcializada, manipulable⁸¹, no especializada, lo que le lleva a expedir con lamentable frecuencia, espectros de actos administrativos, los que, lejos de salvaguardar el interés general de la sociedad, y/o conciliarlo con los intereses del Estado, contravienen, ya flagrante o ya verosímelmente, la Constitución y la propia legislación a la que está obligada⁸², lo que ocasiona la violación

de aquel principio que a su vez es un riguroso condicionante contra las prerrogativas y privilegios concedidos a la administración pública, nos referimos al *principio de legalidad*.

Tal principio se traduce en que si bien, a la administración pública se le han conferido, mediante previas atribuciones normativas (constitucionales y legislativas), una serie de facultades, potestades y situaciones jurídicas (como el privilegio de la autotutela), de ningún modo éstas han de perjudicar al administrado, titular del interés legítimo que ésta supuestamente ha de cuidar en sus decisiones administrativas, ni vulnerar el ordenamiento jurídico vigente, pues su acatamiento es requisito *sitie qua non* para que se justifique tal habilitamiento.

Infortunadamente en nuestro país, basta escoger al azar decisiones administrativas de diversos entes de la administración pública para encontrar muchas veces en sus partes considerativas, las invocaciones a ese gaseoso concepto jurídico llamado *orden público* o la *utilidad pública* siempre a favor del Estado y casi nunca los conceptos de *interés general* o cuando se invoca éste, también, a favor del primer poder y nunca a quien es la supuesta protegida con el interés legítimo, vale decir, a la sociedad. Bien se ve que no ha cuajado aun en el Perú, la idea que el interés general (o público) es el interés de la comunidad, de la cual, la administración es una simple organización servicial.

Las leyes de simplificación administrativa que se vienen perfeccionando desde hace dos administraciones en el país, han puesto como sus destinatarios finales al ciudadano-usuario, importando esto, la introducción (por lo menos en el papel) de un nuevo enfoque valorativo sobre el rol de la administración pública⁸³, así como la implícita y explícita recepción de

Bacacorzo, Derecho Administrativo del Perú, Tomo I, substantivo, 1992, Editorial Cuzco, v. Numerales 6.2 a 7.4

78 Entiéndase por actos administrativos a las resoluciones formales y a las fictas derivadas del retardo y la inactividad de la administración pública que llevan a calificar como actos administrativos tanto al silencio positivo como al silencio negativo.

79 García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1986, Editorial Civitas, Tomo I, cuarta edición, segunda reimpresión, página 42.

80 Mairal, Hectora, *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, 1984, Ediciones DEPALMA, Volumen II, página 775.

81 Según el profesor García de Enterría, la labor de la Administración Pública es «...materia tan proclive a la política y especialmente a la política partidaria...», (v. Prólogo al libro ya referido del profesor Bacacorzo, página VIII).

82 El principio de la legalidad al que se hallan forzosamente condicionados los actos administrativos de la administración pública, hállanse en

los artículos III del título preliminar y 38 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, D.S. N° 02-94-JUS, publicado el 31-01-94.

83 El Instituto Libertad y Democracia, liderado por el economista Hernando De Soto, es quien introduce en el Perú la idea de la

utilísimos institutos del Derecho Administrativo Moderno⁸⁴ que deberían llevar a los operadores legales a apoyarse en el moderno Derecho Administrativo (entiéndase: la doctrina). Como siempre, ellos serán, o los gestores de un cambio largamente esperado o los espectadores de una exótica e inaplicable legislación (deseamos sinceramente lo primero).

II. LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Si la presunción de legitimidad de los actos administrativos y el privilegio de la autotutela, hacen que el administrado (imaginemos que es peruano) deba aceptar y soportar los efectos jurídicos de un acto administrativo que lo obliga, la violación del principio de legalidad que el administrado cree encontrar en dicho acto administrativo (y que lesiona su derecho subjetivo o que le afecte en su interés legítimo), le mueve a reclamar del mismo en sede administrativa, mediante un procedimiento fijado, por lo general, en leyes o reglamentos especiales o en un Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA). Éstas, a falta de especificidad legislativa, cuentan con el auxilio de una ley con vocación supletoria para todo procedimiento

simplificación administrativa, verdadera *pica en Flandes* contra la burocracia nacional, la misma que busca sancionar las dilaciones burocráticas que impiden la prontitud en los trámites, con el consecuente retardo de un sinnúmero de proyectos, gestionados por los usuarios. No se debe olvidar que el anteproyecto del Reglamento de la primigenia Ley de Simplificación Administrativa (D.S. N° 070-89-PC dispositivo con vocación supletoria frente a las leyes de simplificación dadas durante la administración Fujimori) fue debatido en audiencias públicas, importando esto una manera inédita de crear un dispositivo legal en el Perú.

84 Estos institutos son, principalmente, el silencio positivo ficto y la retroactividad del acto administrativo para los trámites administrativos, beneficios que, a más de su sistemática inaplicación en sede administrativa, vienen sufriendo un retroceso en tanto que beneficios administrativos, a estar a los últimos TUPAS publicados.

administrativo, cual es la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (TUO de la Ley D.S. N° 02 94 JUS), y subsidiariamente, los principios generales del Derecho y la doctrina del Derecho Administrativo.

De no obtener una solución favorable a su reclamo, y agotada la vía administrativa, el administrado tiene el derecho a provocar la tutela jurisdiccional efectiva, por el hecho formal de ser atribución del Poder Judicial la revisión judicial de los actos administrativos y por la presunción que dicha revisión «...ha de ser impartida por órganos independientes y neutrales, pudiendo beneficiarse de una presunción general de objetividad...»⁸⁵, a efectos que se revise la legalidad del acto que le perjudica, bien sea por haberse contravenido el ordenamiento jurídico administrativo, o por inferirse arbitrariedad o parcialidad del acto administrativo que obliga al justiciable, sea a partir de una resolución o de una inactividad de la administración pública.

Para ello acude al Recurso Contencioso-Administrativo, efectiva técnica de control judicial contra las inmunidades del poder administrativo y tal vez, tópico principal de la disciplina que lo estudia⁸⁶.

El *parto* de dicha técnica de control judicial nace como consecuencia de la concepción jurídica de la revolución francesa, cuyos gestores racionalizaron y cuestionaron, entre otros puntos, el omnímodo y todopoderoso poder de la Administración bajo la influencia del absolutismo regio, poniéndose fin a la irrevisabilidad de los actos de la administración francesa, tesis que en ese entonces se sostenía en la dogmática idea que la administración era un brazo del rey, y éste, la primera y última fuente del Derecho.

85 V. García de Enterría, op. cit., Tomo I, p. 491 y 492.

86 El énfasis es de Hauriou, citado por García de Enterría. Op. Cit. Tomo I, p. 494, Hauriou fue uno de los abanderados de la importantísima escuela de Burdeos, con notables aportes al Derecho Administrativo y Constitucional.

De esa fecha a la presente, notable resulta ser la evolución de la técnica del contencioso-administrativo en el Derecho Comparado⁸⁷, ya sofrenando los derechos del administrado, ya poniendo coto a las arbitrariedades o inactividades del poder administrativo, bien que esto se deba a una ley *ad hoc* que ha regulado esta técnica, bien a través de la vigorosa jurisprudencia de los tribunales alemanes, españoles y argentinos y por sobre todo, de los *arretes* del Consejo de Estado francés, ente gubernamental que ha creado vigorosa doctrina para el Derecho Administrativo.

Siendo nuestra profesión, tributaria de los conceptos, definimos a la técnica del contencioso administrativo como aquella que tiene por finalidad (vía un recurso) provocar la tutela jurisdiccional, a efectos que el juez revise si el acto administrativo impugnado contraviene la presunción de legalidad que lo reviste, presunción que, como hemos dicho líneas atrás, es *juris tantum*, contrastando el mismo con el ordenamiento jurídico administrativo que lo informa, haya sido o no invocado por el justiciable en sede administrativa, ello en razón que lo que está en revisión es la legalidad *in toto* de la actuación de la administración pública⁸⁸.

a. La Suspensión de los efectos del Acto Administrativo

El parto doloroso y no tan antiguo del contencioso administrativo, implicó una serie de incertidumbres al momento de su primigenia utilización. Una de las principales fue el interrogarse de una parte, si la sola interposición de este

recurso, podría suspender los efectos del acto administrativo. El tema ha concitado, desde antaño, honda preocupación teórica entre los cultores del Derecho Administrativo, ya que según Mairal, «...desde el punto de vista de un Estado de Derecho será siempre preferible que el control judicial sea previo a la ejecución del acto...»⁸⁹, y como refiere el mismo autor «...la decisión que se tome al respecto reflejará a menudo una toma de posición ante el conflicto, siempre presente en Derecho Administrativo, entre libertad y autoridad...»⁹⁰.

Por otro lado, recuérdese que la construcción legislativa y doctrinal sobre las medidas cautelares estaba en sus inicios, era casi desconocida, y no pasaba de circunscribirse al embargo⁹¹, y, además, el contencioso-administrativo estaba limitado a impugnar aquellos actos en los que se presumiese una inobservancia de la administración pública de sus facultades regladas, y jamás, de sus facultades discrecionales.

Según el autorizado trabajo de Mairal⁹², la práctica contemporánea al respecto va, desde la suspensión por parte de la propia autoridad a pedido de parte o de oficio del acto administrativo apelado, o al enterarse de la impugnación de éste en sede judicial y también a mérito de una medida cautelar

87 Para muestra, Alemania, donde la carga de la prueba corre por cuenta de la administración pública.

88 García de Enterría, reiterando un presupuesto que cuenta con el consenso total en el Derecho Administrativo Comparado, habla de «...controlar la legalidad de la actuación administrativa y no de actos específicos... la tutela ha de ser efectiva y no tolera dogmas jurídicos con siglo y medio de retraso...» op. cit. Tomo II, 1994, p. 569 y 570, añadimos también que el control judicial de los actos administrativos se extiende a la VERIFICACIÓN DEL SOMETIMIENTO DE ÉSTA A LOS FINES QUE LA JUSTIFICAN.

89 Mairal, op. cit., p. 796

90 Mairal, op. cit., p. 757

91 El dato ha sido extraído del libro del profesor Monroy Gálvez, *Temas de Proceso Civil*, Lima, 1987, Ediciones Librería Studium/Estudio Javier De Belaunde, de obligada lectura para todos los operadores del Derecho. El libro en mención es el primer trabajo nacional que acomete el estudio de las medidas cautelares.

92 Op. cit. p. 761 a 773. En Estados Unidos no se requiere de texto legal para suspender los efectos de la acto administrativo, dejándose a la Corte tal discrecionalidad; en Francia, las Cortes gozan de gran liberalidad para suspender los efectos del acto administrativo, en Italia, si bien se requiere de una medida cautelar, las más de las veces son concedidas; en España se ha cuestionado muy severamente el principio de la autotutela (v. el último acápite de este trabajo); en Alemania la sola presentación del recurso contencioso-administrativo origina la suspensión de los efectos del acto administrativo.

concedida en cualquiera de las sedes referidas. Curiosamente, una razón de orden práctico ha hecho prevalecer en la mayoría de los sistemas jurídicos, la suspensión *de oficio*, por parte de la administración pública, de su acto administrativo impugnado. Esto se ha debido, por un lado, al alto grado de demandas exitosas, por concepto de responsabilidad extracontractual contra la administración pública, cuando ha mediado arbitrariedad o ilegitimidad (verosímil o manifiesta) en su quehacer, como también a las fuertes costas procesales exigidas; y por otro lado, la inversión de la carga de la prueba en cortes europeas (España y Alemania), donde es la administración pública quien tiene que probar lo inverosímil de éstas o del derecho invocado en un recurso contencioso administrativo.

En el Perú, teóricamente es posible suspender los efectos de un acto administrativo en sede administrativa, ya que así lo indica el artículo 66 de la actual Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Creemos que la inclusión de tal instituto precautorio en la ley de marras, se ha debido al hecho que dicha ley (y antes, Reglamento de procedimientos), es, en buena parte, tributaria de la antigua legislación procedimental española, la que la contempla, tiempo ha.

Lamentablemente la legislación receptada iba de la mano con exposiciones de motivos, con una siempre innovante práctica jurisprudencial y con una ley *ad hoc* para el contencioso administrativo español (la que ha sido dos veces modificada) y es justamente esta última, la que a partir de la concesión de medidas cautelares no codificadas prescribe la suspensión del acto administrativo, cuando medien ciertos supuestos que ella contempla. Lamentablemente, ni la jurisprudencia aludida, ni las exposiciones de motivos, ni las diversas leyes reguladoras del contencioso administrativo pudieron atravesar ese férreo muro contra el razonamiento jurídico nacional llamado «legalismo». Siendo de reciente data la divulgación en el medio de la teoría y la codificación de los institutos precautorios, dudamos que pudiera haberse utilizado eficazmente hasta antes de 1993, lo signado en el artículo aludido.

Otro medio de suspensión del acto administrativo, es el contemplado en el artículo 104 de la misma Ley, el cual le permite a la autoridad administrativa suspender de oficio o a pedido de parte la ejecución del acto recurrido (apelado). Desde un punto de vista formal, el administrado deberá demostrar la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad del acto a efectos de tal suspensión; mas, la razonable duda de encontrarse ante quien es juez y parte en la controversia administrativa, mueve a un fundado escepticismo. Personalmente, en nuestro ejercicio profesional, nunca hemos podido obtener la concesión de estas medidas**.

El nuevo Código Procesal Civil peruano, ha signado al contencioso-administrativo dentro del proceso abreviado y salvo alguna *contradictio in terminis* (toda resolución administrativa es un acto administrativo, luego, no cabe diferenciar ésta del segundo) aplaudimos el primer intento de fijar, siquiera codificadamente, alcances generales sobre esta técnica. El último párrafo del artículo 541 del CPC prescribe imperativamente que la interposición de la demanda no suspende los efectos del acto administrativo impugnado, a menos que medie una medida cautelar (la cual puede ser previa a la misma demanda, si fuese una medida fuera de proceso). Tal aserto no admite duda alguna, salvo el agregar que por actitud *ex officio*

** Después de haberse entregado este artículo, la administración tributaria ha reglamentado el procedimiento de cobranza coactiva (Resolución de Superintendencia N° 016-97-SUNAT, publicado el 6.03.97). Dicho reglamento contempla la suspensión del procedimiento coactivo —el que deriva de un acto administrativo llamado resolución de ejecución coactiva— cuando «...se ha presentado oportunamente recurso de reclamación, apelación o demanda contencioso-administrativa, que se encuentre en trámite...» (artículo 22, inciso «d»). La judicatura peruana bien puede hacer suyo el revolucionario concepto que encierra esta norma y, previa conjugación de los principios procesales con la doctrina administrativista, paliar el férreo contenido del artículo 541 del Código Procesal Civil, dado los excesos que derivan del principio de autotutela de los actos administrativos y a la lentitud de los procesos que atentan contra una justicia oportuna.

o a pedido de parte, el acto administrativo impugnado bien puede ir en tutela jurisdiccional con los efectos suspendidos por la propia administración pública, posibilidad meramente teórica.

III. MEDIDAS CAUTELARES EN SEDE ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

a. Aspectos generales

Al irradiarse en el orbe jurídico la Teoría Científica del Proceso, la antigua y bien enraizada concepción privatística de éste como «cosa de partes» y la «mera expectación del juez de lo que éstas hagan», fue prácticamente barrida y mutada por una de tipo publicística, donde principalmente se le devolvió a éste su prerrogativa como Director del proceso⁹³, dándosele un haz de valiosos principios procesales (que resumen más de un siglo de construcción doctrinaria) y redefiniéndose la finalidad concreta del proceso, como el... de resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre... haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia (art. III del título preliminar del CPC) en consonancia con el derecho que tiene toda persona a ...la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses (art. 1, título preliminar del CPC).

De este último principio se desprende otro vinculado al tema que nos ocupa, como es el del derecho a una tutela cautelar efectiva y es que el ex-recurrente en sede administrativa o

justiciable, ante la ejecución del acto administrativo por parte de la administración pública, y ante el temor de devenir en ineficaz toda decisión futura sobre el fondo, por proyectarse un daño irreparable, tiene que solicitarle al funcionario administrativo, o de ser el caso, al juez, una suerte de providencia preliminar urgente, bien sea antes de presentar un reclamo, o después de éste (sede administrativa) o antes de presentar un recurso contencioso-administrativo o después de ser admitido éste, y esta providencia no es otra que la tan útil *medida cautelar*.

Las medidas cautelares se han convertido en «...una de las luchas por el derecho más apasionantes de este tiempo...»⁹⁴. La razón de ser de éstas es magistralmente descrita por Lino Palacio, quien afirma que «...en virtud de que la satisfacción instantánea de cualquier pretensión... resulta materialmente irrealizable, el legislador ha debido contemplar la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que... torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva, lo que ocurriría, entre otros casos, si... se operase una alteración del estado de hecho existente al momento de interponerse una demanda, o se produjese un daño irreparable a la integridad física o moral de las personas. A conjurar ese tipo de riesgos obedece la institución de las diversas medidas que pueden requerirse y disponerse dentro del denominado proceso cautelar, cuya finalidad se reduce a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe caer en otro proceso ...»⁹⁵.

Al entrar en vigencia el revolucionario Código Procesal Civil Peruano, trajo consigo un título especial dedicado a las medidas cautelares⁹⁶, receptando con gran acierto las disposiciones que

93 El desaparecido jurista cajamarquino, Mario Alzamora Valdez, fue el introductor en el medio nacional de la moderna Teoría del Proceso Civil, si bien en forma fragmentaria y no continuada (recordemos que este *lucerna juris* cultivaba en simultáneo, varias disciplinas). Posteriormente, desde los ochenta hasta la época actual, los profesores Silva Vallejo y Monroy Gálvez, vienen siendo los principales exponentes y divulgadores de la ciencia procesal civil en nuestro país.

94 V. García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 1992, Editorial Civitas, primera edición, pp 15.

95 Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, s/f, tomo VIII, Procesos cautelares y voluntarios. Editorial Abeledo-Perrot, pp 13 y ss.

96 No se puede soslayar que el instituto de la medida cautelar fue vulgarizado y puesto en práctica con la dación de la Ley de Amparo

sobre éstas existen en los códigos más avanzados, principalmente de sus pares brasileño y argentino. Baste al artículo señalar los presupuestos básicos para conceder una medida cautelar, cuales son acreditar la verosimilitud del derecho invocado (la apariencia del buen derecho o el *fumus boni juris*), demostrar el peligro en la demora y ofrecer una contracautela real o juratoria⁹⁷. A estar a la idea del codificador, tienen que acreditarse ambos presupuestos en simultáneo a efectos que se conceda la medida cautelar, no obstante, el codificador no encasilló la medida cautelar a estos presupuestos, pues, el artículo 611 del CPC (que regula los presupuestos para conceder una medida cautelar) también señala la posibilidad de su concesión «...por cualquier otra razón justificable...» ya que bien pudiera ser que la concesión de ésta obedezca a circunstancias extraordinarias que, inclusive, sean disímiles a los presupuestos fijados, imposibles de precisar desde lo teórico, y más bien que obedezcan a la riqueza del caso concreto⁹⁸.

y *Hábeas Corpus*, el trabajo intenta abordar –y de seguro muy deficientemente– los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares, así como las medidas cautelares que el autor considera más idóneas contra la administración pública, respecto de las demás características y otras figuras cautelares, véase el detalle in extenso en los libros ya citados del maestro Palacio y del profesor Monroy Gálvez.

97 Las cortes peruanas no tiene mayores reparos en admitir la caución juratoria efectos de solicitar una medida cautelar contra una resolución administrativa.

98 La Sala Superior de Derecho Público del Distrito Judicial de Lima, dejó escapar una magnífica oportunidad para acoger este heterodoxo presupuesto, en la solicitud CAUTELAR (Exp. Cautelar 373-96) MARÍA PORFIRIA V. C/MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. En la solicitud subexámíne el suscrito, solicitó a la SALA, quien había declarado infundada la demanda apoyándose únicamente en la Resolución Administrativa QUE NO CAUSABA ESTADO (?), a que enmiende su mayúsculo entuerto concediendo una medida cautelar a favor de este petitório minero, toda vez que la aparente inverosimilitud del derecho, obedecía única y exclusivamente a un tremendo error de la Sala. La Sala no se molestó en leer con detenimiento la solicitud, señalando con la mayor naturalidad que no se podía conceder la medida cautelar, en razón de haberse declarado INFUNDADA la demanda. Una vez más, el legalismo

Sobre esto hemos de decir que, tanto la Corte Suprema como los tribunales colegiados administrativos, han de ser los encargados de fijar y delimitar con mucho tino este punto, cara a la cotidianeidad de las controversias, con el apoyo de la fecunda doctrina y teniendo en cuenta el derecho a obtener justicia de manera efectiva y no pírrica.

b. Medidas cautelares en sede administrativa***

Si bien, la posibilidad de solicitar una providencia cautelar en sede administrativa ha sido y es teóricamente posible (véase el título II, acápite «a» de este artículo) la práctica al respecto en nuestro país ha sido casi nula. A la fundada duda sobre solicitar una providencia cautelar a quien es juez y parte en la controversia administrativa, se suma el desconocimiento doctrinal y legislativo⁹⁹ sobre esta institución procesal, desconocimiento que terminó con la dación del nuevo Código Procesal Civil, el que la ha introducido oficialmente en nuestro ordenamiento

pudo más que la interpretación y que la tutela cautelar efectiva. ¿Hay que reclamar de lo obvio?

*** El reciente Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva publicado el 6 de marzo de 1996 (cuando se había entregado ya este artículo) es una prueba palpable de los privilegios que se le conceden a la administración pública y de las consecuencias de ello. Lejos de haberse legislado cautelarmente a favor del ya acosado recurrente, se le ha concedido excesiva liberalidad al ejecutor coactivo. Un ejemplo es el referido a la medida cautelar fuera de proceso, a la que el Reglamento de marras denomina «medidas cautelares previas», según el artículo 15, inciso 1, acápite «a» en su último párrafo, mientras que un justiciable tiene 10 días para presentar su demanda en caso de habersele concedido una medida cautelar fuera de proceso (de rarísima obtención en sede judicial), la Administración Tributaria, luego de haberse concedido ella misma una medida cautelar «previa», tiene 45 días hábiles para emitir la resolución de ejecución coactiva, sin perjuicio de prorrogarse tal emisión por 20 días hábiles más. Se sabe que el Defensor del Pueblo ha opinado al respecto, no obstante, creemos que una acción popular es inminente, si no se ha planteado ya.

99 Recuérdese que el tópico cautelar nos ha venido masivamente por el lado de la codificación, sólo a partir de 1993. No obstante, los nuevos entes regulatorios creados en la post-privatización, en la medida de

jurídico, regulando sus presupuestos, requisitos y modalidades de éstas. Si el Código Procesal Civil se aplica supletoriamente a otros ordenamientos procesales, al momento de solicitar una providencia cautelar en sede administrativa, tanto el administrado recurrente como el funcionario llamado a concederlas deben remitirse a los requisitos, presupuestos y modalidades fijadas en el Código aludido, siendo por demás ilustrativos y vinculatorios los fallos que se expidan tanto en sede administrativa como en sede judicial y que sienten precedentes jurisprudenciales en esta materia.

También se podría argumentar que, dada la falta de independencia en sede administrativa, puede llevar a dar por ilusa la posibilidad de obtener una providencia cautelar en la misma. Funcionarios y tribunales colegiados administrativos creativos y bien preparados deben encargarse de demostrar lo contrario; de allí que la sociedad civil, las asociaciones de defensa del usuario recurrente, los colegios de abogados y el Defensor del Pueblo deben estar atentos a la efectiva concesión de estas providencias, que bien pueden constituir un real freno frente a actos administrativos arbitrarios o ilegítimos, que de esperar su anulación e ineficacia por la vía judicial, podrían conllevar a causar daños irreparables al administrado, dado el largo tiempo que media entre ambas vías. Nuestro optimismo se verá poderosamente robustecido, cuando entendida jurisprudencialmente la responsabilidad extracontractual vicaria del Estado, la administración pública en el Perú, sea llevada con mayor frecuencia ante las cortes, a efectos de resarcir pecuniariamente por los daños que efectúa, cuando lesiona un derecho subjetivo o afecta un interés legítimo del administrado,

contar entre los miembros de sus tribunales colegiados u órganos equivalentes, con abogados especializados y otros profesionales con mucho sentido común, han motivado la concesión de interesantes medidas cautelares en dicha sede, como la otorgada por OSIPTEL (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones) a la Red Científica Peruana contra un presunto acto de competencia desleal por parte de Telefónica del Perú, a propósito del servicio de Internet, v. expediente cautelar N° 001 96, auto cautelar del 5.07.96.

vía un acto administrativo ilegal o una inactividad procedimental injustificada¹⁰⁰.

c. Medidas cautelares en sede judicial

El acto administrativo por excelencia es una resolución administrativa. Si hemos dicho ya que la administración pública, por el privilegio de la autotutela ejecuta inmediatamente su resolución (la que ha causado estado), esto va a importar, de inmediato, la alteración del *statu quo ante*, mantenido vía el reclamo administrativo que precedía a la dación de la resolución entre la administración pública, el recurrente y la parte (si la hubiera) beneficiada con la resolución impugnada, de donde se desprende que la administración pública empieza a ejecutar un acto que va a generar serios perjuicios al recurrente del mismo y beneficios indebidos a la parte favorecida con él. Se rompen así los principios de igualdad, lealtad y buena fe procesal, principios que informan tanto al procedimiento administrativo como al proceso civil, no quedando otro camino para el administrado que el de impugnar el acto administrativo en sede judicial y solicitar una medida cautelar, ya que «...el resultado del proceso principal resulte comprometido si, desde el comienzo, no se

100 Invito a los lectores a recrearse en el muy ameno y no menos erudito trabajo del maestro De Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, Fondo Editorial, quinta edición, Tomo 11, páginas 225 a 305. De Trazegnies, cuenta que «... El proyecto de la Comisión reformadora incluía un artículo (introducido por él) que se refería expresamente a la responsabilidad del Estado por... los actos de la administración y sus funcionarios... lamentablemente, esa propuesta no fue objeto de comentario alguna durante la discusión pública del proyecto. Y la comisión revisora decidió simplemente suprimirla aduciendo (que ésta) estaba contenida en los principios generales establecidos por los actuales artículos 1969 y 1970, y que era mejor no llamar la atención sobre este punto con una norma expresa porque el Estado podría verse asediado por juicios sobre responsabilidad civil...» p. 227. Sin perjuicio de lo expuesto en este artículo, en momentos que se viene anunciando la reforma del Código Civil Peruano, creemos que se debe insistir con la propuesta primigenia del distinguido jurista.

dispone determinada modificación en el estado fáctico o jurídico, sea retrotrayéndolo a un estado anterior nuevo ...»¹⁰¹.

Cuando el justiciable provoca la tutela cautelar, le solicita al juez (o Sala Superior), previa acreditación de los presupuestos para obtener una medida cautelar, que ordene a la administración pública a que no innove el estado de hecho o de derecho mantenido con el primero, si es que por equis motivo, no se ha empezado a ejecutar la resolución administrativa. Si, por el contrario, la resolución se ha ejecutado, lo que tiene que solicitarse es la innovación del *statu quo ante* alterado por la administración pública, es decir, que se suspenda todo acto posterior ordenado por ésta, a partir de la resolución administrativa ejecutada, bien que haya sido hecho por ella misma, bien que haya sido hecho por un particular. No obstante, nada impide al justiciable, solicitar la suspensión de los efectos de la resolución impugnada, vía una medida cautelar genérica.

c.1 Prohibitiva de innovar

Esta medida (artículo 687 del CPC), sustentada principalmente en el principio procesal de la igualdad entre las partes, tiene por objeto impedir que la administración pública modifique el estado fáctico o jurídico sostenido con el justiciable, con posterioridad a la resolución que causó estado, desde el momento de la admisión de la demanda. La primera noticia que tenemos de su aplicación, data de 1884, cuando, merced a una genial intuición de la Corte Suprema Argentina, a propósito de un conflicto entre la Gobernación de Entre Ríos y un administrado por un terreno rústico,¹⁰² e invocando las partidas de Alfonso el Sabio, ordenó al Gobernador a que «...No haga innovación alguna en el mismo...debiendo mantenerse el

administrado en la posesión...» Adviértase que nada se sabía de la tentativa teorización de los institutos cautelares alemanes y no se conocían los primeros pininos de la construcción doctrinal italiana. Es así que esta medida, mayormente, no ha estado o no está codificada, obedeciendo la postura nacional a una necesaria docencia en el tema.

Ilustrarnos el concepto con un hecho común en el Derecho Minero, el Consejo de Minería confirma una resolución de caducidad de un derecho minero (sea éste un denuncia, petitorio o concesión). El siguiente paso de la Administración Minera es el declarar la libre denunciabilidad del derecho minero, para lo cual el Registro Público de Minería envía un, oficio al diario *El Peruano*, con la relación de derechos mineros caducos, siendo que, un mes después de la publicación de éstos, cualquier persona puede repeticionar las coordenadas del área en caducidad.

La medida cautelar prohibitiva de innovar consistirá en ordenarle a la Administración Minera no alterar el *statu quo ante*, es decir, a mantener la caducidad del petitorio, pero no a publicar su libre denunciabilidad. De esta manera, nadie puede repeticionar el área en controversia y así esperar con tranquilidad las resultas del fallo final en sede judicial, ya que de no ser así, de publicarse esta libre denunciabilidad, devendría en ineficaz cualquier resultado favorable final, toda vez que un tercero, repeticionante y nuevo concesionario, amparado en la fe registral, tendría un inobjetable mejor derecho que el justiciable. La buena fe procesal, es argumento de peso en este caso pues resultaría contradictorio que, mientras por un lado se busca que los jueces resuelvan el litigio, por otro se modifique el *status* jurídico o de hecho de los bienes discutidos, procurando obtener una ventaja de esta actitud. No deja de preocupar la connotación de «excepcionalidad» incluida en el Código Procesal Civil (artículo 687) a efectos de su otorgamiento, pues bastaría la acreditación de los presupuestos establecidos para su concesión, en todo caso ha de entenderse que tal expresión podría referirse a la suspensión de actos administrativos cuya

¹⁰¹ Palacio, Lino, op. cit. página 179. (26) Citado por Grau, Armando en su artículo, «Medida de no innovar contra la Administración Pública», p. 274 en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XX.

¹⁰² Citado por Grau, Armando, en su artículo, «Medida de no innovar contra la Administración Pública», p. 274 en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XX.

ejecutividad debió ser archiimportante en razón de tratarse de un anhelado y muy importante proyecto estatal.

c.2 *Innovativa*

Cuestionada por un sector de la doctrina,¹⁰³ y alabado por otra¹⁰⁴ (artículo 682 del CPC), es solicitada en razón de haberse producido ya la alteración del estado fáctico o jurídico entre las partes, por lo que con la concesión de ésta debe corregirse y retrotraerse el estado entre éstas, hasta aquel momento anterior a su alteración, sustentándose principalmente en el principio procesal de la igualdad entre las partes.

El mismo ejemplo anterior ilustra el pedido de una medida cautelar innovativa, la que es presentada luego de publicarse en el diario oficial la libre denunciabilidad del petitorio en *litis* ya que como consecuencia de ello, terceros han presentado diversas solicitudes de pedimento de concesión. La utilidad práctica de la medida innovativa tendrá por efecto retrotraer el estado fáctico y jurídico entre las partes hasta el momento de la mera resolución de caducidad, dejando en suspenso todos los trámites de pedimentos de concesión hechos sobre el área en *litis* hasta las resultas de la decisión final sobre el fondo.

Resulta harto preocupante restar a las informaciones recibidas y a la propia experiencia personal el masivo rechazo por parte de la judicatura nacional, respecto de las solicitudes cautelares de no innovar e innovativas. Dándole la fe de la verosimilitud a los casos que se nos han expuesto, pareciera que la judicatura muestra un excesivo (e infundado) temor a suspender los efectos de las resoluciones administrativas, en equivocada idea de colisionar con los intereses del Estado.

La razón de fondo estriba en el desconocimiento de la *ratio* que anima al contencioso-administrativo y de la amplia

discrecionalidad que este recurso concede al juez, ocasionados por la falta de una ley específica para el contencioso-administrativo (la que debiera dedicar buena parte de su articulado a la suspensión del acto administrativo) y ante la ausencia de una vigorosa construcción jurisprudencial que valore en su real alcance a la autotutela de los actos administrativos de la administración pública, frente a la tutela cautelar efectiva que se merece el justiciable.

De otra parte, como ya hemos reiterado, la redacción del articulado que regula a estas medidas cautelares es interpretado literalmente, con la connotación de «excepcionalidad» que informa a estas medidas, olvidándose por completo que la administración pública es una organización subalterna a los intereses de la comunidad, a la que pertenecen los propios burócratas (el término no es peyorativo) y ciñe su accionar en aras de favorecer al administrado. Siendo mayormente el contencioso-administrativo, bastaría acreditar la apariencia del buen derecho para conceder estas medidas cautelares, pues de otra manera devendría un daño irreparable (terceros registrales otros), máxime una sentencia favorable contra el Estado por daños y mucho menos intentar cobrarse las costas procesales.

c.3 *Genérica*

Esta medida —a estar al artículo que la regula (artículo 629 CPC)— es solicitada cuando el supuesto para su concesión no halla cabida en el menú de medidas cautelares fijados por el Código aludido, situación harto factible en vista de los inimaginables casos que se puedan presentar dentro de los tramitación, impugnación y contratación con la administración pública (pesca, cuestiones municipales, procedimientos sobre tierras erizadas, licitaciones públicas, cuestiones mineras, derecho de la competencia, licencias en turismo, concursos y licitaciones públicas y otros) y ante la imposibilidad que el legislador pueda fijar todo *numerus clausus*. Bien puede solicitarse esta medida a efectos que se suspendan los efectos de una resolución administrativa impugnada; de esta manera, el juez o Sala Superior Civil, siempre con el convencimiento de la acreditación de los presupuestos para su concesión, no se

¹⁰³ Palacio, op. cit. p. 18 1.

¹⁰⁴ Peyrano, Jorge W., «Breve estudio crítico del Código Procesal Civil del Perú», en: *Código Procesal Civil*. Edición oficial, 1996, Gaceta Jurídica Editores, p. 17.

ven en la siempre difícil disyuntiva de anular anticipadamente la resolución en sí, vía una medida temporal sobre el fondo, más bien moviéndoles a paralizar la ejecución de ésta.

La bondad de esta medida —más allá de paralizar la ejecución del acto administrativo— radica en imposibilitarse en forma implícita a la administración pública y al particular beneficiado con el acto administrativo impugnado, a innovar el estado fáctico y jurídico manteniendo con el justiciable, so riesgo de desacatar una resolución judicial, manteniéndose así, la igualdad de las partes hasta la conclusión final del proceso. Resultaría incomprensible que la judicatura nacional prefiera conceder este tipo de medida cautelar, cuando sus efectos son los mismos que se podrían obtener vía una medida cautelar de no innovar o innovativa. No obstante, el hecho que tal medida no tenga la calificación de «excepcional» hace que se opte por ella; de allí que mientras no medie una verdadera comprensión en sede judicial sobre los abusos del poder administrativo, y de lo cotidiano en el Derecho Comparado de la concesión de las medidas cautelares de no innovar e innovativa contra este último, sugerimos solicitar esta medida.

IV. VIGILIA SOBRE LA PRÁCTICA CAUTELAR NACIONAL

Es indudable que lo novedoso de las medidas cautelares en nuestro país han de llevar a no pocas confusiones e incertidumbres, tanto a los abogados para solicitarlas, como a los jueces para concederlas. A estar a lo dicho por los libreros de Azángaro, no son pocos los abogados que andan tras un «modelo» de medida cautelar para salir del paso. Por otro lado, se está empezando a notar en un determinado sector de la judicatura, la expedición de resoluciones estereotipadas pre-impresas, al momento de resolver la solicitud cautelar, las que vulneran el principio constitucional de motivación de toda resolución y el principio procesal de congruencia que debe tener la misma (importando también una falta de respeto para con el drama singular que vive el justiciable), repitiendo tal anomalía, no pocos autos confirmatorios del Supremo Tribunal.

El estado casi primitivo en el que nos hemos movido hasta hace poco en materia procesal —por culpa de todos los operadores del Derecho— hace que receptemos tardíamente un importante instituto procesal. No obstante, un atento seguimiento jurisprudencial¹⁰⁵, académico¹⁰⁶ y estadístico en esta materia pueden llevar a fijar rápidamente las bases para su pronta vulgarización y correcta aplicación.

Toca a los operadores legales jugar un rol muy importante a este respecto. Los jueces peruanos, quienes merecen sueldos dignos y una real infraestructura informática, librería y de espacio físico, deben utilizar esa discrecionalidad para crear, a partir de la riqueza del caso concreto, del vacío de la ley y con el apoyo de la doctrina. No se entiende cómo en el Perú el *standard* de los fallos es de un legalismo francamente repudiable. Baste revisar una década de ejecutorias supremas para encontrar, con alguna suerte, un par de fallos que remitan a un principio general del Derecho; mucho pedir es encontrar la recepción jurisprudencial de alguna corriente doctrinaria o de un instituto o técnica del Derecho Comparado, tal como lo hace casi a diario la Corte Suprema Argentina, quien tiene a la doctrina como una de sus más importantes fuentes del Derecho (esto no lo ha fijado ninguna ley especial, ha bastado la necesidad). A fuerza de generalizar, diríamos que en el Perú no se ha dado todavía algún fallo judicial que se haya apoyado en la doctrina, de una manera sustantiva.

Qué mejor manera de quebrar este pernicioso sesgo, con las medidas cautelares, cuyos presupuestos para su concesión,

105 A falta de una recopilación mensual de fallos judiciales y ante los siempre extemporáneos y restringidísimos tomos de los «Anales Judiciales», sugerimos acudir a las compilaciones de fallos y autos cautelares —hechas a título personal— por la doctora Marianella Ledesma.

106 Mueve a profunda inquietud, la escasez de trabajos nacionales sobre el tópico cautelar. El año pasado, la Pontificia Universidad Católica organizó el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal (del 7 al 9 de agosto de 1996) no presentándose durante el mismo NINGUNA PONENCIA EN ESTA MATERIA.

por ejemplo, han sido motivo de ricas e innovadoras interpretaciones en el Derecho¹⁰⁷ y la práctica jurisprudencial comparada, siempre a favor del justiciable y en la idea que éste obtenga un efectivo derecho a que se le haga justicia.

Tal es el caso del Tribunal Supremo español donde a propósito de medidas cautelares contra la Administración Pública ha enriquecido y reinterpretado diversos presupuestos cautelares, apoyándose en los derechos fundamentales de la persona, tal es el caso del *Leading Case* del 20 de diciembre de 1990 (no se precisa a las partes) que ha racionalizado la generalización del abuso del privilegio de la autotutela por parte de la administración pública, privilegio que ha sido frenado con un conocido principio general del Derecho «...La necesidad del Proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón...»¹⁰⁸ El Tribunal Supremo español, en el caso de marras, ha interpretado el perjuicio *procautela*, atendiendo, no a su reparabilidad sino a la frustración de la tutela final.

Esta nueva interpretación del *fimus boni juris* se descompone en proteger eficazmente al administrado contra el excesivo tiempo de duración de un proceso y en otorgarle una justicia provisional inmediata, máxime si por la presunción de legitimidad de sus actos, la administración pública ejecuta inmediatamente los mismos, lo cual es correcto si se ajustasen a ley y terriblemente injustos y dañosos si la contravinieran. En otro importantísimo auto vinculatorio, el Tribunal Supremo español (Auto del 17 de enero de 1991, persona no mencionada el Ayuntamiento de Madrid) dio por *fumus...* al interés público que trasunta en la primacía de los derechos fundamentales¹⁰⁹.

107 Aun cuando no terminamos de entender la medida cautelar innovativa, Peyrano con la provocación intelectual que le caracteriza nos habla ya de recientes desarrollos doctrinales que refieren a «medulas innovativas que no sólo reponen las cosas a un estado de hecho o de derecho anterior, sino que llegan hasta a generar un nuevo y distinto estado de cosas respecto del existente. v aun del pretérito...» v. op. cit., p. 17.

108 García de Enterría, *La batalla...* p. 157 a 188.

109 García de Enterría, *La batalla...* p. 189 a 210.

Por otra parte, la calidad de *numerus apertus* de las medidas cautelares positivas (recuérdese lo dicho sobre la medida cautelar genérica) ha llevado a soluciones urgentes, asaz originales, como la del Auto Cautelar expedido en el País Vasco (contra el Departamento de Industria y Comercio, 21 de marzo de 1991), donde se ordenó a la administración pública expedir una resolución más congruente¹¹⁰, por último, el notable e innovador Auto del Tribunal Europeo Comunitario (Comisión Europea c/ Alemania, Auto del 28 de junio de 1990) mediante el cual se concedió la suspensión de los efectos de una ley alemana de acuerdo a una simple presunción de la apariencia del Derecho, «...No aparece (el recurso) desprovisto de fundamento...», es decir, se formuló negativamente al *fumus...*¹¹¹.

Toca principalmente a los abogados (especialmente a los que trabajan litigando) informarse de los avances de la doctrina a efectos de ser exquisitos colaboradores de la judicatura, al momento de solicitar las más vario pintas medidas cautelares, debiendo apelar a la creatividad y a las herramientas que les da la doctrina y el Derecho Comparado. No debe ser gratuita una encuesta que alguna vez leímos (lamentablemente no recordamos la fecha ni el contexto) donde todo el universo de magistrados entrevistados adujo constante incoherencia en los escritos legales provenientes de los abogados. Hay que exigir en sede judicial, pero para ello previamente hay que informarse, adquirir la práctica de enriquecer la biblioteca personal con doctrina, e invocarla en todo escrito donde sea pertinente, lejos de pensar en cómo evitar el cliché de la «ojeriza» judicial.

En buena cuenta, jueces y abogados tendrán que repensar el trabajo cautelar en Cortes, con esa magnífica herramienta que es el nuevo Código Procesal Civil, en aras de una justicia temporal real y cara al alto grado de evolución que ha alcanzado la *tutela cautelar efectiva* en países cuyo ordenamiento legal es, inclusive, inferior al nuestro.

110 García de Enterría, *La batalla...* p. 241 a 231.

111 García de Enterría, *La batalla...* p. 182 a 185.

Algunos artículos periodísticos
vinculados al tema:

La administración pública puede convertirse en sumo poder*

Trujillo (Nuevo Norte). El doctor Jorge Zevallos Quiñones Pita, expresó anoche que, en teoría, la administración pública propende al bienestar general de los ciudadanos y al interés públicos de ellos; pero, sin embargo, se descubre que ésta se llega a convertir en un fin en sí misma, alcanzando inmensas prerrogativas, de donde resulta que de ser una organización servicial se convierte en un sumo poder.

Fue durante la conferencia «La lucha contra las inmunidades del poder administrativo», disertada en el Colegio de Abogados de La Libertad.

Entonces, normalmente la gente que tiene una controversia con la administración recurre a la vía administrativa; peor a ésta es perder el tiempo, porque no resuelve los problemas por la sencilla razón de que la propia administración es juez y parte de la controversia, indicó.

«Ante esto, no queda otra cosa que acudir al Poder Judicial. En Perú, a diferencia a otros países, el control judicial de la administración pública es casi inexistente»

Comentó que las técnicas de control del Control Judicial no se han vulgarizado en el país. «No se han receptado ni legislativamente, ni académicamente ni jurisprudencialmente», manifestó.

* Esta nota se publicó en el diario *El Nuevo Norte* de Trujillo, el 24 de octubre de 1998.

Precisó que a esto se suma que cuando la administración pública es demandada, el Poder Judicial le otorga una excesiva deferencia, y esto se comprende desde el punto de vista sociológico: de un lado el temor a malquistarse con el Estado.

El expositor, que cuenta con estudios de Maestría en la Pontificia Universidad Católica de Perú, ha publicado en prestigiosas revistas de Derecho, importantes artículos acerca de la administración pública.

En otro momento, dijo que es verdad de perogrullo, que la administración en cualquier parte del mundo es, no pocas veces, prepotente, arbitraria, manipulable, no especializada.

«Esto lo lleva a expedir con lamentable frecuencia, espectros de actos administrativos. Lo que quiere decir que lejos de salvaguardar el interés general de la sociedad, o conciliarlo con los intereses del Estado, contravienen ya flagrante, o ya verosímilmente, la Constitución y la propia legislación a la que está obligada» explicó.

Puntualizó que esto ocasiona la violación de aquel principio que a su vez es un riguroso condicionante contra las prerrogativas y privilegios concedidos a la administración pública. «Me refiero al principio de legalidad», acotó.

Cabe resaltar que para hoy viernes a las siete de la noche, el Colegio de Abogados ha programado la conferencia magistral «Reformas constitucionales para la transición democrática», la misma que estará a cargo del doctor Ángel Delgado Silva, miembro del Foro Democrático. El ingreso es libre.

Jurisprudencia aplastante en el caso Ivcher*

El pretendido despojo administrativo de la nacionalidad de Baruch Ivcher, a través de una resolución directoral «de oficio», nos recuerda una vez más aquella inveterada práctica del sutil acoso de algún sector del Poder Ejecutivo —vía los diversos órganos de la administración pública— contra aquellas personas, empresas e instituciones que resultasen incómodas a este poder, bajo las más variopintas situaciones.

El argumento despojador de la administración pública (el Ministerio del Interior forma parte de ésta) es el de la nulidad *ipso jure* del acto administrativo de nacionalización. Dicho argumento es, como decimos los abogados, totalmente inadmisibles, y no puede encontrar, siquiera, mínimo cobijo legal, doctrinal o jurisprudencial.

Todo lo contrario, dicha resolución directoral no parece cumplir con un importante principio que debiera informar la actuación del órgano que la expidió, esto es, el principio de legalidad (principio del Derecho Administrativo), que se traduce en que la Dirección de Migraciones —tan igual como toda la administración pública— está obligada, también, a adecuar su accionar administrativo al ordenamiento jurídico vigente (desde la Constitución Política hasta una modesta circular), dato que pareciera de Perogrullo pero que, sin embargo, tuvo que ser fijado una vez sellada la Revolución

* Publicado en el diario *Expresso* el 12 de Setiembre de 1997. Fue el primer artículo jurídico de opinión publicado en Lima en favor de Baruch Ivcher.

Francesa, torrentes de sangre mediante, al no poderse resistir más los abusos de la administración regia.

Una simple ojeada a la resolución despojadora deja entrever que se ha avasallado una norma imperativa que, a su vez, es un límite frente a las formidables prerrogativas que tiene la administración pública; esto es, el artículo 110 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, que dice que aquella tiene seis meses de plazo para anular de oficio sus propias resoluciones. Bien se advierte que el acto administrativo de nacionalización de Baruch Ivcher tiene muchos años de expedido.

La Corte Suprema del Perú ha invocado y reafirmado reiteradamente, a través de aleccionadoras decisiones judiciales, este freno normativo contra las facultades nulificadoras de la administración pública, en las acciones de amparo Lapa Poma c/ Ministerio de Agricultura (*El Peruano*, 21/02/97; página 2871), Corporación Minera Castrovirreyna c/ Ministerio de Energía y Minas (*Revista de Derecho Minero* N° 53, 1995; páginas 68 y 69), en el contencioso-administrativo Lozada c/ Ministerio de Energía y Minas, recientemente fallado —en junio— por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema —instancia a donde irá inexorablemente el expediente de Baruch Ivcher.

Y, por último, el fallo del Tribunal Constitucional del 26 de abril de este año derivado de la acción de inconstitucionalidad planteada por 10,000 ciudadanos c/ el Congreso Peruano, contra la Ley de Régimen Previsional (D. Leg. 817). Allí, la máxima instancia constitucional peruana, en el fundamento N° 33 de su sentencia referida, ha dado el puntillazo final al irrito argumento esbozado en la resolución en cuestión.

Estas razones nos llevan a afirmar que B. Ivcher habrá de ganar su demanda, si acaso no se produjese (y pronto) la anulación en sede administrativa de la tan cuestionada resolución.

¿Debe resarcir la administración pública?*

A la administración pública, desde antaño, se le ha fijado una serie de privilegios y generosas facultades discrecionales en materia de hechos y resoluciones propias de su labor; independientemente de ello, la igualdad de todos ante la ley, consagradas tanto en la Constitución como en el Código Procesal Civil hacen que, en el contexto de una controversia judicial —bien como demandante o demandado— aquella deba ser un sujeto procesal más, sin ningún *status* especial. En este orden de ideas, no se entiende cómo en el Perú un ciudadano cualquiera tenga que resarcir daños y perjuicios por sus errores, mientras que la administración pública se limita a anular, y sólo por decisión judicial, el acto u hecho administrativo injusto.

Este privilegio negativo hallaría un consuelo si, por lo menos, el sector de la administración pública que hubiese dado motivo a una decisión judicial contra ella, no repitiese el mismo error frente a terceros en el futuro; o si, por el contrario, acaeciendo inevitablemente aquél sea inmediatamente corregido con una simple carta amical enviada por el afectado al burócrata infractor que le permita anotar la repetición calcada del entuerto y, por supuesto su inmediata anulación. Ni lo uno ni lo otro sucede en nuestro Macondo administrativo-judicial. Y para muestra, la reciente publicación en el diario oficial (25.07.2000) de cuatro sentencias en materia amparil, emanadas de la Sala de Derecho Público, y donde luego de varios meses de agonía se le dio la razón a una empresa injustamente tratada por la

* Publicado en el diario *Expreso* el 6 de Noviembre del 2000.

administración minera, caso que ilustra lo expuesto líneas arriba y que a continuación pasaremos a describir.

Resulta que la empresa afectada, ante un conflicto de intereses con otra, dedujo la nulidad de varias resoluciones administrativas expedidas contra ella por instancias inferiores en sede minera. Es el caso que el artículo 150 del TUO de la Ley General de Minería que prescribe que las nulidades se elevan a la autoridad inmediata superior, y esta norma se conecta con el artículo 105 de la misma ley, inciso «h» y «m», y que señalan a la jefatura del Registro Público de Minería como ente resolutorio en la primera instancia, siendo el Consejo de Minería, segunda y última instancia. Empero, el ente coordinador del envío de dichas nulidades, o sea la Oficina de Concesiones Mineras, derivó directamente el asunto al Consejo de Minería, lo que le llevó a este último a fallar en única y última instancia, dando pábulo, pues, el pedido de protección judicial y, por supuesto, a los fallos que declararon inaplicable para la empresa afectada las resoluciones anómalas del colegiado minero, ordenando algo que debiera ser de perogrullo jurídico. Es decir, que todas las controversias deban pasar por dos instancias.

Adviértase que desde hace dos años existe el *leading case* Santa María de la Libertad c/ el Ministerio de Energía y Minas (*El Peruano*, 11.01.98) mediante el cual el Tribunal Constitucional declaró inaplicable una resolución administrativa emanada del Consejo de Minería, que había resuelto en única y última instancia, gracias al «envío» directo de la Oficina de Concesiones Mineras. Entonces, si media una jurisprudencia, ¿por qué la reiteración de esta práctica antijurídica?

El desinterés vinculatorio jurisprudencial por parte de algunos sectores de la administración pública peruana podría cesar cuando aquélla, siguiendo una corriente mundial, empiece a indemnizar pecuniariamente por los errores administrativos que comete. Tal idea no es desacertada, si se tiene en cuenta que el doctor Fernando de Trazegnies ya la había planteado en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936; y si acaso se dijese que la Ley de Amparo no

faculta la indemnización (tampoco el recurso contencioso-administrativo).

Bueno es acotar que este es un paradigma procesal y, en tanto que tal, pasible de caer en cualquier momento.

Hablar con los jueces: ¿inmoral o necesario?*

Roberto Mac Lean Ugarteche, el más destacado jusprivatista internacional peruano —actualmente; especialista judicial para el Banco Mundial de Washington—, publicó algún tiempo, en la prestigiosa revista *Themis*, un interesante artículo legal que enfocaba a la administración de justicia desde una perspectiva de cultura de servicio. En aquel entonces (y no me ha faltado razón), quedé sorprendido por la opinión allí vertida sobre las entrevistas entre abogados y magistrados, que fueron calificadas por RMU como inadmisibles, distractoras e inmorales.

Mac Lean, que ha sido Vocal, y en su momento Presidente, de la Corte Suprema del Perú, sabe mejor que nadie de los endémicos errores —a veces sospechosamente aparecidos— que se enquistan en el expediente, agotada la segunda instancia. Éstos, finalmente, son detectados por los vocales supremos a fuerza de reiteradas ayuda-memoria alcanzadas por abogados y litigantes en las diarias entrevistas (la regla es dos páginas para quinientas hojas). En dichas ayudas ha de describirse pulcra y contundentemente el entuerto o los entuertos. Quien se somete a la tutela judicial peruana —formalista, excesivamente ritual y dependiente— sabe que existe un fundado riesgo de que, por equis razones, se mantenga el error, con la consecuente adherencia del mismo en el proceso —*ad perpetuam*— por la Cosa Juzgada.

* Publicado en el diario *Expreso* el 30 de septiembre de 1997; el Dr Mac Lean replicó en el mismo diario, tres días después. Posteriormente, durante el gobierno del Dr. Paniagua se eliminaría dicha disposición.

Por ello, vamos a insistir nuevamente con aquella polémica disposición administrativa dada por la Comisión de Reforma Judicial que prohíbe a los abogados hablar con los jueces, vocales superiores y auxiliares jurisdiccionales —salvo ciertas rigurosísimas excepciones y bajo supuestos harto onerosos—. Nosotros consideramos dicha medida como contraproducentes y discriminatoria.

En primer lugar, porque ocurre que la limitada infraestructura informática y física, la ingente carga procesal y las continuas rotaciones judiciales impiden a los jueces (y a los auxiliares jurisdiccionales) detectar los errores procesales en los que ellos mismos incurren, de lo que —por lo ya expuesto— son perfectamente pasibles de ser alertados por los propios justiciables, vía escritos de colaboración. Sin embargo, post-prohibición, cuando se alerta escrituralmente de dichos errores, las más de las veces se recibe como respuestas otro escrito, un estereotipado proveído judicial (amparado en la disposición prohibitiva) que dice: «téngase presente y en su momento se resolverá»; o el «estése a lo resuelto».

Bajo la versión prohibida era más sencillo conversar con el juez (o con el auxiliar jurisdiccional) y señalarle el error a fojas tal o cual, corrección que se producía al momento para no tener que vérselas nuevamente con el airado reclamante. De otra parte, la vuelta de este diálogo evitaría lo que hoy lamentablemente está ocurriendo en sede judicial, y es la utilización de la prohibición de marras para —previo concierto *non sacto* entre algunos litigantes, abogados y jueces— mantener el error evidenciado, con el consecuente acarreo de una odiosa nulidad para el litigante contrario o tal vez para retener al máximo un expediente adverso al litigante concertante.

Finalmente, resulta también discriminatoria la prohibición de hablar con jueces y vocales superiores, cuando es tan fácil hacerlo (todos los días de 8 a 9 a.m.) con los vocales de la Corte Suprema. De allí que invitamos a la reflexión al Comandante (r) Dellepiane y al Doctor Ibazeta, y a considerar —ante la fuerza de los hechos— el dejar formalmente sin efecto la prohibición

(algunos jueces y vocales ya no la toman en cuenta), o en su defecto fijar un horario mínimo para ello, so riesgo de enraizarse las anomalías aquí expuestas. Aquéllas que, por paradoja, esta comisión desea erradicar.

Renuncia inmediata en sede constitucional*

La Rochefoucauld, en sus *Reflexiones o máximas morales*, (1665) decía que «... poca personas son suficientemente cuerdas para preferir la censura que les es útil, a la alabanza que las daña...» La frase en referencia deviene en oportuna, en momentos que, gracias a la no tan reciente edición de un conocido programa televisivo, se ha dejado escuchar partes de la versión magnetofónica de un pleno del Tribunal Constitucional, donde se censuró a un magistrado de ese colegiado. En dicha sesión, el magistrado García Marcelo, apelando a una fraseología hartó ambigua, reconoció haber «tomado» el proyecto de la ponencia de la sentencia (que estaba bajo llave en un escritorio que no era el suyo) que declaró inaplicable para el presidente actual, la Ley que interpretó el artículo 112 de la Constitución (referido a la reelección presidencial), cuando este mismo magistrado, en los días posteriores a la denuncia ante la prensa formulada por la magistrada Revoredo, había dicho a la misma, que la denuncia en referencia carecía de veracidad.

El doctor García Marcelo —quien por paradoja es profesor de Derecho Constitucional— debería renunciar inmediatamente a la magistratura que ostenta, sea por ser lógica consecuencia del reconocimiento de su «falta», sea por haber roto la frágil confianza colectiva (o los visos que de ella había) en sede constitucional, sea por ser tal acto incompatible con la sensibilísima y siempre difícil tarea de administrar justicia,

* Publicado en el diario *La Industria* de Trujillo, el 1 de Mayo de 1997, a la fecha de la prueba de galeras de este libro, el Dr. José García Marcelo se encontraba preso.

sea porque eso harían decenas de miles de peruanos —si hubiese algún mecanismo vigente de revocatoria sobre los magistrados—, pues son ellos quienes le han delegado —vía congresal— tal función jurisdiccional a condición que respete los principios constitucionales que la informan, siendo que uno de ellos (artículo 139, inciso 2), en forma meridiana, señala el no avocamiento de las autoridades ante causas pendientes, uno de los supuestos que creemos se dio en el caso bajo análisis.

Si un magistrado tiene por principal función hacer cumplir las leyes, mayor debería ser su celo en la observancia de estas, so peligro de iniciarse una anarquía tal que pueda contagiar a los demás órganos jurisdiccionales, a más de crear un peligroso precedente. Esto no es literatura ni algún párrafo extraído de un sistema jurídico ajeno a nosotros. Esto es la ley. Basta revisar parcialmente el repertorio nacional de específicos dispositivos legales (ley Orgánica de Tribunal Constitucional artículo 1,15 incisos 4 y 5,1, Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 184 inciso 6, con vocación supletoria) para notar que tal hecho es anómalo, por decir lo menos. Si este se repite en tanto que supuesto, se llega a la conclusión que no queda otro camino que el de la renuncia, acaso el último *handicap* frente a un inexorable proceso sancionatorio.

Empero, desde esa censura a la fecha, han ocurrido hechos que mueven al desconcierto. Resulta que el magistrado en alusión se ha desdecido, alegando un complot político de su propio colegiado respecto a cómo se llegó a ese razonamiento jurídico y se ha iniciado una caza de brujas contra la magistrada denunciante, la doctora Revoredo. De otra parte, en el colmo el «normativismo férreo», se ha llegado presentar en el seno del Tribunal Constitucional un proyecto que sancione en el futuro, al magistrado que divulga una ponencia en trámite; como si no bastasen las sendas y archiconocidas leyes que sancionan esta conducta, se esta legislando sobre lo obvio y esto es muy peligroso.

El sector judicial y el Poder Judicial vienen haciendo denodados esfuerzos para mejorar efectivamente la administración de justicia, hecho que está generando una serie

de reformas (de momento sólo administrativas) cuyas supuestas bondades no pueden distinguirse aún. Empero, nada servirá si es que el recurso humano toca ejecutarlas, desatendido ex profeso por el poder político (sesgo que nos viene desde la iniciación de la República) y del estimulado por los magros sueldos que recibe nota que las cabezas del organigrama de jurisdicciones son los primeros en desconocer.

El gobierno no debe olvidar que no todo puede ser cuantificable por una encuesta, paliada con una asesoría coyuntural de imagen, ya que, el *digitus* silencioso de la ciudadanía bien puede tornarse en un inesperado *tsunami*, al momento de la justa electoral. Por ello, el doctor García Marcelo, debería reparar en la máxima del pensador aludido y renunciar inmediatamente. No hace mucho, en la pagina editorial del periódico decano del país, Jorge Basadre Ayulo escribió un agudo artículo cuyo título es fiel colofón de lo expuesto: ¡Aún estamos lejos del Estado de Derecho!.

Cómo compensar el «shock» judicial*

Rara avis del mundo global será el mortal que no haya invocado alguna vez la tutela del Poder Judicial a efectos de encargarle ya la resolución de un conflicto de naturaleza civil, comercial, contencioso-administrativa o familiar, ya la dilucidación de un presunto delito penal, y es que el pleito, la controversia, la desinteligencia y el ilícito tienen probada vocación universal. Demás esta decir que la sociedad ha optado por rechazar la *autocomposición* (la justicia por propia mano), aún cuando aquélla se da aisladamente en determinados grupos adónde no llega —efectiva o formalmente— la protección estatal en sus diversas manifestaciones (tal es el caso entre nosotros de la justicia que se administra en ciertos sectores del Perú profundo, investigada por Matos Mar, Hernando de Soto y por algunos sociólogos del Derecho vernáculo).

Operada dicha tutela, acontece una de las falencias universales de la administración de justicia, la crispante lentitud del desenlace final de los procesos judiciales, fenómeno que si bien ha generado injusticias y daños irreparables, se ha justificado en la llamada carga procesal, maldición malthusiana del mundo judicial que se traduce en ser más los procesos que ingresan que los que se concluyen, abortándose toda planificación mínima de aminoración del despacho. Este problema universal ha sido frenado de alguna manera con la incorporación —jurisprudencial o legislativa— de las medidas cautelares, suerte de fallos provisionales que suspenden, aseguran o anticipan la materia controvertida y que tienen

* Publicado en el Diario *La República*, 9 de enero de 1998.

origen en un pedido urgente que hace aquel justiciable que sienta que va a sufrir un daño irreparable en su esfera personal o patrimonial, mientras espera la resolución definitiva de la controversia.

Hay que cumplir con dos presupuestos básicos para que se otorgue dicha medida: que el derecho invocado sea verosímil (un aire de buen Derecho), y acreditar un inminente daño irreparable en la esfera del peticionante. Es el caso que en la última década, cortes de diversos sistemas jurídicos vienen concediendo cada vez mayor frecuencia a estas medidas, bastándoles el cumplimiento del primer presupuesto, justificando el cumplimiento del segundo presupuesto (la acreditación del peligro en la demora) en la natural lentitud de los procesos judiciales (comprensible, mas nunca justificable), conjugando éste con el *derecho a la tutela judicial efectiva* y con el *derecho a un recurso sencillo y efectivo* (principios plasmados normalmente en tratados internacionales y en las Constituciones Políticas), los que obligan a dar una justicia rápida, oportuna y no pírrica.

Se dice que la *tutela cautelar efectiva* es un derecho fundamental en la persona (la tutela cautelar es una subespecie de la tutela judicial efectiva), y si los fines de un Estado son propender a la consagración de los derechos fundamentales en su territorio, se tiene que arribar a la conclusión de que la justicia cautelar contribuye formidablemente a ello. El Derecho peruano ha receptado al instituto cautelar, primero en la Ley de Amparo (1982) y luego en el novísimo Código Procesal Civil (1993), mas la judicatura nacional exige férreamente el cumplimiento simultáneo de ambos requisitos, ocasionando en la práctica la denegación de muchas solicitudes debido a la subjetividad que encierra la aprehensión del segundo presupuesto cautelar.

La Reforma Judicial (sic) iniciada por este gobierno ha aumentado enormemente la lentitud histórica de los procesos en el Perú, debido a los constantes reacomodos en las plazas judiciales, las mudanzas físicas de juzgados y salas (los que no tienen cuando acabar) y la singular repartición de la carga procesal y de las competencias. Si bien se arguye que son sólo

medidas administrativas, éstas inciden tremendamente en lo jurisdiccional, de allí que bien pueden recepcionarse las justas soluciones, expuestas líneas atrás, a las que arribaron las judicaturas de otros países para compensar la histórica demora en los procesos (p.e: Argentina, España, Francia y Alemania).

Esto podría viabilizarse mediante una circular, exhortándose a los jueces de nuestro país a que tomen en cuenta los costos de la reforma judicial y su incidencia —en el tiempo— en el desenlace final de los procesos, a fin de paliar el segundo presupuesto cautelar tantas veces aludido, y, de esta manera, eximir al justiciable de acreditar fehacientemente la inminencia del daño irreparable, al momento de solicitar una medida cautelar. La *diáspora* recaída en su expediente y el inevitable *plus* de tiempo que habrá de alargar aún más el proceso que sigue, son argumentos contundentes como para apostar por esta solución. No se está *inventando la pólvora*, simplemente se estaría apelando a una sabia práctica judicial arraigada en sistemas jurídicos afines al nuestro, que hallan entera compatibilidad con los principios procesales que informan al Código Procesal Civil Peruano: su implantación no costaría un centavo al magro presupuesto judicial, salvo un pago mínimo por la publicación de la circular respectiva en el diario oficial.

La rebelión de los jueces*

Mientras que en Chile pende una orden de captura contra la autora de un libro negro sobre la Corte Suprema, en el Perú, un puñado de valerosos magistrados —preocupados por lo que viene ocurriendo en sede judicial— han decidido poner en práctica sus prerrogativas constitucionales y han constituido una asociación que intenta ser más que un foro de discusión académica.

Muchos de sus integrantes han sufrido en carne propia los rigores de la llamada reforma judicial y alarmados por el actual desprestigio institucional que ha trascendido nuestras fronteras, intentan dar un nuevo aire que pasa por demostrar la independencia y la opinión crítica del propio juez peruano frente al constante fárrago legislativo-administrativo que se da sobre aquél (y donde no participa) amén de las necesarias reivindicaciones gremiales.

Coincidentemente con la aparición de esta asociación y a título personal, un magistrado de la Corte Superior ha salido al frente de una injusta y generalizada declaración contra el gremio hecha por el presidente de la República. Conste que esta declaración había sido hecha por el supuesto negado que el principal representante del Fuero Judicial no exigiese la satisfacción del caso, supuesto que se cumplió para sorpresa de propios y extraños. De aquí para adelante habrá que ver cuántos magistrados se integran a esta nueva y necesaria asociación, propia de las democracias que se aprecian como tales y que tiene antecedentes en muchos otros países.

* Publicado en el Diario *Expreso*, el 29 de junio de 1999.

¿Más, qué puede defender y exigir esta asociación? En primer lugar, la democratización y la oportuna pre-publicación de las decisiones administrativas que incidan sobre ellos; luego, el respeto a la inamovilidad de los cargos judiciales (basta ya de las rotaciones por castigo o ante la inminencia de un caso ruidoso en contra de alguien vinculado al poder). No cabe duda que van a exigir un sueldo más digno acorde con sus funciones, aunque hay que reconocer la difícil situación del erario nacional, es lógico que también hagan propuestas para terminar con la monopolización de la justicia constitucional —fuente de innumerables críticas y suspicacias—, tanto como la idoneidad de especialización en sus operadores.

Toca también a esta asociación promover la puesta de una prerrogativa que la propia Constitución le ha conferido al Poder Judicial, vale decir, la iniciativa de leyes en busca del acceso real a la justicia y del respeto al fuero institucional. La inercia evidenciada ha conducido a la situación actual, asimismo, replantear al gremio las ideas que inspiraron la dación del Código Procesal Civil de 1993, instrumento valioso en materia de justicia efectiva cuyas ideas matrices han sido olvidadas sino distorsionadas; ni qué decir de buscar la construcción de una cultura de creación jurisprudencial que deje de lado un legalismo que no se compadece con los avances del Derecho contemporáneo.

Por mi parte, sugiero a la asociación que acoja proyectos de la propia sociedad (se nos ocurre la privatización del servicio de repartimiento de la carga procesal) que reclute asesores no contaminados, que emita un boletín informativo, que premie a los mejores magistrados, que revise el trabajo de los últimos reformadores judiciales, evaluar que conservar y que eliminar pues el cambio de gobierno está a la vuelta de la esquina y con él se irá este polémico aparato organizativo. Y lo más importante, crear los mecanismos para tener voz y voto en todo nuevo proyecto de reforma judicial que provenga del primero de los poderes, hasta ahora un típico caballo de Troya, a la historia me remito.

¿Qué hacer con el Poder Judicial?*

Desde que se proclamó la independencia del Perú cientos de políticos y autoridades judiciales del más alto nivel han tenido como plataforma de trabajo la mejora de este poder del Estado. Sin embargo, basta repasar la historia republicana (para el ayer) y lo vivido en las últimas décadas para afirmar *jure et de jure* que seguimos con un Poder Judicial que satisface a muy pocos y que se encuentra a la zaga frente a la administración de justicia que se practica en el mundo occidental (sin que ello lleve a calificar a la última de magnífica).

Se necesitarían varios tomos para recopilar las causas exógenas y endógenas de ello. De lo que se trata es de ser prácticos, y a partir de las experiencias personales, esbozar, a guisa tentativa, una serie de sugerencias que bien pueden ser tomadas en cuenta por la administración política 2000-2005 y por la propia estructura judicial.

UNO. La elección pública de los jueces: basta ya de academicismos vacuos sobre esta materia. De modo parcial y con cargo a comprobar en el tiempo su resultado, los jueces de Derecho Público y los vocales de las Salas Constitucionales y Contencioso-administrativas deben ser elegidos mediante rigurosos exámenes públicos y televisados para tranquilidad de los destinatarios y en acicate de los futuros ocupadores de esos puestos. Ante la hipótesis de conflicto entre el poder y el ciudadano, siempre áridas y de suyo tensas, el llamado a resolverlas debe tener tanta versación como capacidad de

* Publicado en el Diario *Expreso*, el 4 de mayo de 2000.

decisión no formal. No puede ser que abogados especializados en otras áreas (o tal vez en ninguna), estén viendo asuntos que le son extraños.

Conviene agregar que en materia de defensa de derechos fundamentales, y ante conflictos con el poder administrativo, no se estila acudir a los métodos alternativos de resolución de conflictos, por ser estos derechos indisponibles (empero, éste es un paradigma procesal y algún día va a caer).

DOS. La filmación de las ponencias en las salas: si sabemos que no existen muchos magistrados especializados (magistrado especializado es el que tiene una maestría o ha hecho estudios especializados en un campo específico, y no quien lo detenta temporalmente), es de suponer que la repartición de la carga procesal lleve a la asignación de expedientes de temática muy compleja a magistrados que pese a su buena voluntad, los desconozcan.

Lo cierto es que, según la práctica judicial, se le asigna un expediente a un magistrado y éste tiene que decir un día su opinión y la debe exponer a sus demás colegas. Lo que habría de grabar en su opinión, a fin de visualizar a *posteriori* cuál fue la manera de llegar a su razonamiento. Esta medida mejoraría la calidad decisional y evitaría un mal subsecuente vinculado a la falta de especialización, la adhesión a la violeta de los otros vocales al voto del ponente. También ayudaría mucho en las apelaciones y evitaría lo que hoy —aparte de no ser nada deseable— es un imposible jurídico en cortes peruanas, esto es, demandar por responsabilidad civil a los jueces que emitan patentes arbitrariedades en sus fallos.

TRES. Privatizar la carga procesal: no hay memoria judicial anual donde no se haya manifestado en forma casi rutinaria que el implemento de la carga procesal es una rémora para la labor de la judicatura. Hoy existen tantas técnicas exitosas en materia de mejoramiento de la conducción administrativa que bien podrían aplicarse al entorno judicial; de allí que este trabajo hay que encomendárselo al sector privado. Hasta donde yo sé, las universidades peruanas tienen muy buenos centros de

consultoría, de allí podría salir una idea afortunada (podría convocarse a una licitación).

El método utilizado hoy para paliar la carga procesal consiste en premiar pecuniariamente a los jueces que resuelvan con rapidez los casos. Empero, me temo que ello lleva a apresuramientos y, por ende, a errores que en materia de justicia suelen ser hartos fatales.

Proyectos presentados para mejorar la
justicia contencioso-administrativa

Propuesta de investigación presentada en 1999 al Instituto Riva Agüero para realizar un estudio integral sobre la jurisprudencia contencioso-administrativa tributaria.

San Isidro, 28 de Setiembre de 1999.

Señor Doctor en Historia
D. José Antonio del Busto Duthurburu
Director del Instituto Riva-Agüero.

Estimado Director:

El suscrito, cultor del Derecho Administrativo y miembro-colaborador de la Alta Casa de Estudios que usted jefatura, ha venido introduciendo desde hace algún tiempo en sede nacional una serie de técnicas de control judicial sobre la discrecionalidad de la administración pública en sus diversas manifestaciones (ellas se expresan normalmente mediante actos administrativos).

Es menester acotar que lo que ha motivado siempre nuestra investigación es el control judicial de la discrecionalidad incorrecta.

Mas, no obstante ser este el tópico más importante del Derecho Administrativo, no ha merecido aún la reflexión del caso en nuestros administrativistas nacionales, en parte por el poco grado de desarrollo alcanzado por esta disciplina, en parte por un injustificado temor que resultaría de investigar los actos administrativos de aquélla, máxime si la administración pública es un ente servicial cuya labor se destina a facilitar las labores de sus destinatarios, vale decir, a la sociedad civil.

En este orden de ideas, todavía no se ha investigado en el Perú las técnicas de control judicial sobre la discrecionalidad

tributaria, discrecionalidad que hoy cuenta con omnímodos poderes.

En ese sentido, tengo el agrado de poner a vuestra su disposición un proyecto de investigación intitulado: *El Recurso Contencioso-Administrativo Tributario en Sede Suprema: La experiencia peruana* (1993-1999), el mismo que se adjunta a la presente.

En el sistema peruano, cuando media una controversia entre el contribuyente y la administración tributaria, la resolución de aquélla pasa por la opinión de la propia administración tributaria, luego se acude al Tribunal Fiscal; y la opinión de éste agota la vía administrativa.

Luego, queda expedito el camino para recurrir a la vía judicial mediante un Recurso Contencioso-Administrativo, el que es resuelto en primera instancia por la Sala Civil Transitoria, y en segunda instancia, por la Sala Social y Constitucional, ambas de la Corte Suprema.

Teniéndose ya el material doctrinario (que proviene del Derecho Comparado: Francia, Alemania y España), se requiere impulsar las diversas sentencias emitidas por la Corte Suprema a efectos de clasificar las técnicas de control judicial utilizadas por la magistratura o, en su defecto, detectar la ausencia de ellas. No está demás agregar que los fallos tributarios no se publican en el Perú, sin que ello se deba a prohibición legal alguna.

En tal sentido, mucho agradeceré se sirva merituar el proyecto aludido pues necesitaría una presentación institucional ante el Presidente de la Corte Suprema, a efectos de facilitar mi investigación (en esencia, que me faciliten el fotocopiado de las sentencias consentidas en orden cronológico), y tal vez, en el mediano plazo, el apoyo de un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Asimismo, hago constar que los gastos que demande el proyecto corran por cuenta del suscrito, salvo mejor parecer.

Agradeciéndole anticipadamente por la meritución de dicho proyecto, quedo de Usted.

Atentamente.

Jorge Zevallos-Quiñones Pita

C.C.: Dr. Raúl Canelo / Coordinador de la sección Derecho, IRA.

El Recurso Contencioso-Administrativo Tributario en Sede Suprema: La experiencia peruana (1993-1999)

- Antecedentes históricos
- El Recurso Contencioso-Administrativo
- Técnicas de control judicial en el Derecho Comparado sobre la discrecionalidad tributaria
- La experiencia peruana (análisis de las sentencias).
- Conclusiones
- Bibliografía

Nota:

- Con la aprobación de dicha investigación se irá ampliando el abanico de sub-capítulos.
- En rigor, el trabajo es puntual; sin embargo, bien podría dividirse en dos entregas: una con los tópicos arriba señalados y otra que reúna las sentencias trascendentes.

Dr. Raul Canelo
Coordinador de la Sección Derecho
Instituto Riva-Aguero

Estimado Doctor

Tengo el agrado de saludarle y comentarle que recientemente he presentado un proyecto de investigación jurídica al IRA.

En realidad, dicho proyecto no busca financiamiento alguno (correrá por cuenta del suscrito), sino la presentación institucional por ante las autoridades judiciales competentes a fin de facilitar el fotocopiado de sentencias y otros.

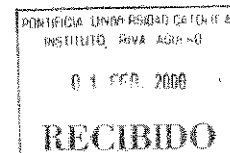
En tal sentido, y siguiendo la práctica establecida en el IRA., le adjunto una copia de la propuesta dejada en Lártiga, (fue dejada a fines de Setiembre).

Atentamente

Jorge Zevallos-Quñones Pita

Fundo Pando, 01 de Febrero del 2000.

Señor Doctor en Historia
Dr. José Antonio del Busto Duthurburu
Director del Instituto Riva Agüero
Casa Lártiga
Presente.-



Estimado Director:

Con fecha 28 de setiembre del año pasado, alcance a usted un proyecto de investigación, pidiendo básicamente ser presentado institucionalmente al Presidente de la Corte Suprema (igualmente se alcanzó dicho Proyecto al Coordinador de Derecho).

Es el caso que dicha presentación no ha ocurrido aún, por lo que mucho agradeceré se sirva disponer de quien corresponda la redacción y envío del documento sugerido.

Valga la oportunidad para saludarle.

Atentamente,

Jorge Zevallos Quñones Pita



Propuesta de trabajo para mejorar la justicia contencioso-administrativa presentada al Vice-ministro de Justicia, Doctor César Landa en el año 2004.

PROPUESTA DE TRABAJO

La actuación de la administración pública y su impacto en la labor de los procuradores

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Uno de los principales motivos que conspiran contra el acceso real a la justicia es la excesiva carga procesal (demasiadas demandas y pocos jueces); un fuerte generador de ella es la administración pública. Resulta que cuando una persona natural o jurídica no está de acuerdo con una decisión administrativa, se ve en la paradoja de impugnarla en la propia sede supuestamente infractora, lo que genera sutilezas.

En la mayoría de los casos, los actos administrativos y comportamientos materiales de las diversas dependencias de la administración pública (en adelante DDAP), son comúnmente impugnados en sede judicial bajo la técnica del Contencioso-Administrativo (el Recurso de Amparo es un remedio procesal extremo y de aplicación excepcional).

Estos procesos son resueltos por el Juez en lo Contencioso-Administrativo, las Salas Superiores de lo Contencioso-Administrativo y la Sala Suprema Constitucional y Social, en todas estas instancias es el Procurador Público (quien defiende los intereses de las diversas DDAP). Éste, a diferencia de otros actores procesales, no tiene la prerrogativa de la transacción o de la conciliación; entonces, tiene que negar todos los procesos

que se interpongan contra el sector que defiende, así sean de una justeza más que verosímil.

Como los fallos contencioso-administrativos no se publican en el diario oficial, ni se han hecho compilaciones privadas (salvo para lo tributario y a guisa de puntuales sumillas), se desconoce, entre otros:

- ¿Qué tipos de procesos contra las DDAP son los más comunes?
- ¿Cuántos procesos gana y pierde el Estado? (fallos adversos procesales o sobre el fondo)
- ¿Cuál es el razonamiento de los jueces en los procesos contra las DDAP?
- La posible existencia de fallos iguales sobre un mismo tema (su ubicación permitiría la rápida conclusión de un proceso por parte del Procurador, sea en la hipótesis de ganador o perdedor a fin de ahorrar tiempo y dinero).
- Identificar qué DDAP son las principales generadoras de procesos judiciales adversos al Estado.

2. PROPUESTA

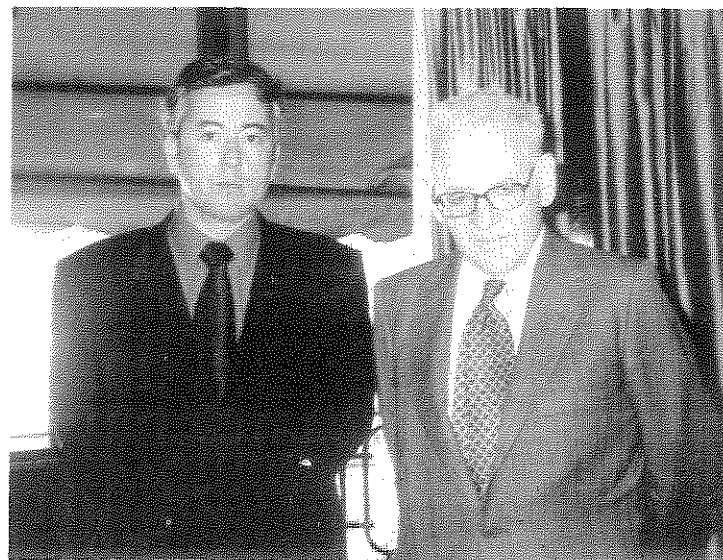
Celebrar convenio entre el MINJUS y el PJ, permitiéndole al primero recopilar todos los fallos contencioso-administrativos archivados, generados entre 1994 (un año de vigencia del CPC) hasta el presente.

Crear un grupo de trabajo *ad hoc* para efectivizar esta investigación de acuerdo a los siguientes rubros: ENERGÍA Y MINAS, PROPIEDAD INTELECTUAL, (INDECOP), AGRICULTURA, OFICINA NACIONAL PREVISIONAL, SUNAT, SUNAD, SUNASS, CONSUCODE, CONASEV, OSINERG, OSITRAN, OSIPTEL, COFOPRI, CTAR, REGIONES, PREFECTURAS, CONAFRAN, CETICOS, CONAFU, etc.

(Revisión de expedientes, fotocopia de fallos de todas las instancias contencioso-administrativas, ídem con las medidas cautelares, recopilación en el SPIJ, publicaciones físicas).

Emisión de un informe con datos reales y novedosos sobre la actuación de las diversas Procuradurías (estrategias, estadísticas, coordinación efectiva, etc.).

Este será de gran ayuda para la toma de decisiones del MINJUS (elaboración de estrategias, directivas, normas legales sectoriales, sugerencias al Poder Legislativo, etc.) y tendrá un efecto añadido en el mundo académico y profesional.



COLOFÓN

En el 2002 era todavía catedrático universitario. Ese *status* me permitió viajar a Madrid para estudiar un postgrado sobre Justicia Constitucional en la Universidad Carlos III. Aprovechando mi estadía en esa ciudad, solicité una entrevista con el Doctor Eduardo García de Enterría, a quien profeso hasta hoy la más grande admiración intelectual. Este notable jurista es, en mi opinión, el que mejor ha estudiado en el mundo el peliagudo tema del control judicial de la administración pública. Ha escrito libros soberbios cuya descripción es aquí innecesaria. La reunión me llevó a aquello que los griegos llaman la *ataraxia*. Don Eduardo, muy jovial, aprovechó mi presencia para repasar diversos aspectos de la realidad peruana que él seguía con mucha atención (en los años setenta había venido a Lima a dar unas charlas en el CAEM). Al terminar nuestro encuentro, este *primus ex omnibus* del Derecho

Administrativo me obsequió uno de sus libros con la siguiente dedicatoria:

DEMOCRACIA, JUECES
Y CONTROL
DE LA ADMINISTRACION

Al Prof. Jorge Zevallos
Quiñones, en recuerdo
de nuestro encuentro
y con los mejores deseos
por su carrera de
defensor de los derechos.

Madrid 9 septiembre
2002.

«Al profesor Jorge Zevallos Quiñones, en recuerdo de nuestro encuentro y con los mejores deseos en su carrera de defensor de los derechos. Madrid, 9 de setiembre de 2002».

La Cenicienta del Derecho Peruano.
El control judicial de la administración pública,
se terminó de imprimir en Lima, en los
talleres de Châtaro Editores
el 15 de febrero de 2008.

Judicial del Estado y Veracidad procesal: tres casos de Resistencia a la Jurisprudencia a Propósito del Auto de Amparo Minero". En temas de Derecho Administrativo ha escrito los artículos "Medidas Cautelares contra la Administración Pública", "La Lucha contra las Inmunidades del Poder Administrativo" y "El Acto Administrativo no Motivado: Análisis de esta Singular Facultad Discrecional a Propósito del Reciente Fallo del Tribunal Constitucional sobre el Pase al Retiro por Renovación de un Militar". Ha sido miembro de la Comisión de Derecho Minero del ilustre Colegio de Abogados de Lima. Actualmente se dedica a la consultoría en bienes refugio.

Nuestra realidad jurídica, tan exegetica y conservadora, fue removida en sus viejas estructuras con la dación del Código Procesal Civil, y a poco sobrevino su incompatibilidad con la ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos de ese tiempo. Mientras que en sede judicial cabían una serie de rápidas actuaciones de plazos fatales y con cierto equilibrio procesal entre las partes, en sede administrativa uno se topaba con que el Estado era juez y parte. Allí están por ejemplo las medidas cautelares administrativas de oficio o la cosa decidida, necesarias para lo inmediato, tan peligrosas en escenarios de arbitrariedad o corrupción. Mucha legislación ha cambiado y la justicia constitucional ha emergido vigorosamente, mas el tema de fondo, el control judicial de las decisiones administrativas (con el auxilio de las más modernas técnicas jurídicas creadas por el propio derecho administrativo), creemos, sigue pendiente, al punto tal que ni la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo — el vehículo procesal clásico para impugnar las decisiones de la administración pública — ha cuajado aún entre los operadores jurídicos. (Tomado de la Presentación).

ISBN: 978-9972-9755-4-7



9 789972 975547