
LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER ADMINISTRATIVO

Jorge Zevallos-Quiñones Pita

Abogado, con estudios en la Maestría en Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Instituto Riva-Agüero (PUCP) y del Instituto Nacional del Derecho de Minería y del Petróleo. En dos oportunidades ha integrado la Comisión Consultiva de Derecho Minero del Colegio de Abogados de Lima.

Conferencia dictada en la Casa del Abogado, sede del Colegio de Abogados de La Libertad, el 22 de octubre de 1998.

*A don Eduardo García de Enterría, primus
ex omnibus del derecho administrativo*

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

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

El poder administrativo (o la administración pública, como quiera que se le llame) 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; este punto 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 el pueblo francés, 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 tomaren. 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 ob-

tener liquidez y en contraparte el adquirente de dicho cargo ejercía cuanta acción expropiatoria pudiere 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 reinos 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 extraordina-

rias 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 Führer –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 dictó 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 impugna-

do. 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.

2. 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, lo que no justifica, por cierto, el deficiente desempeño de la justicia constitucional en el Perú.

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 esta vía, vale decir, no cabe ya posibilidad recursiva alguna en la 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.

3. EL CONTROL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES

El control de las potestades regladas vienen a ser el método tradicional del control judicial y se traduce en 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 me-

dida 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 el campeón 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 veremos entre nosotros, por ejemplo, la interminable reglamentación y directivas en lo tributario y aduanero y en otros sectores de la administración. Pues bien, 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.

4. 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 por que 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 muchos 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, tornando 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.

Más, 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 la sede judicial.

5. 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.

A la orfandad de una escuela administrativista en el Perú, se suman otras causas extrajurídicas que tentativamente señalaré: una administrativista –que normalmente trabaja como consultor de la administración pública– difícilmente podría sugerir a su empleadora una ley que controle sus actos, pues se expondría a ser cesado en el acto por “incómodo”. Como bien lo ha señalado el Banco Mundial en su informe *El Estado en un mundo en transformación* (1997), aquél se estaría entrometiendo 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, a esto se suma el envío del expediente ad-

ministrativo 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 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, para evitar las cuantiosas sumas que habría de la administración pública por concepto de respon-

sabilidad pecuniaria contra diversos administrados afectados.

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 Contencioso-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 irroge 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 y 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 anteproyecto¹.

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

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?

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 administrativista 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 de 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...".

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.