

El Proceso “Urgente” Contencioso-Administrativo¹ (Análisis, presupuestos y proyecciones)

Omar Sumaria Benavente*

“Es indispensable, más que indispensable, urgente, formar juristas que no sean, como ahora, técnicos sin principios, meros intérpretes pasivos de textos, en último caso, esclavos del poder”.

(Michel Villey)²

SUMILLA

El derecho a la tutela jurisdiccional no se agota en la actividad cognitiva, ejecutiva o cautelar, sino que ante el actual desarrollo de los derechos fundamentales presenta nuevas técnicas procesales para que esta sea eficaz y oportuna. De esta forma el artículo 26° del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS introduce la figura de la vía procedimental del “proceso urgente” como manifestación de la tutela diferenciada. Este mecanismo presenta presupuestos distintos a la tutela declarativa o a la tutela cautelar, y tiene como fin la obtención de una tutela directa y específica para poder evitar la conjugación de un peligro evidente que conlleva a su vez la posibilidad de tornar en ineficaz o inexistente el derecho del administrado lesionado por la actuación material de la administración o por la falta de cumplimiento de una obligación establecida en una norma por parte del ente administrativo. En tal sentido, corresponde analizar los supuestos en los cuales corresponde aplicar cada uno de los procedimientos establecidos para la integración de las posibles lagunas normativas derivadas de la coexistencia en el régimen de los diferentes procedimientos establecidos por la Ley.

1. Introducción: la Razón de ser de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la actualidad

El desarrollo del Estado de Bienestar de mediados del siglo pasado trajo como consecuencia la expansión del derecho legislativo como respuesta a las exigencias sociales de los grupos de presión

política, y en consecuencia el surgimiento del poder de la administración que en el derecho moderno se extendió a muchísimos campos precedentemente ignorados por la Ley, desarrollándose el principio de la “*potestad discrecional*” de la administración, a consecuencia del “*gigantismo estatal*” y de la denominada “*orgia de legislación*”, termino acuñado por Guido Calabresi³ en donde subraya

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín (Colombia). Profesor en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega. Miembro de la Interamerican Bar Association, Asociación Internacional de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Academia Virtual de Altos Estudios Jurídicos y del Círculo Empresarial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido profesor en la Academia de la Magistratura, Academia de Práctica Forense del Colegio de Abogados de Lima, Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima. Profesor invitado del Posgrado en Derecho Procesal, Universidad Central de Caracas (Venezuela) y en el Posgrado en Derecho Procesal, Universidad de Medellín (Colombia). Arbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se ha desempeñado como Procurador Adjunto del Ministerio de la Producción, Asesor de la Municipalidad de Lima Metropolitana, Asesor en el Congreso de la República, Secretario de Confianza en la Corte Suprema de Justicia, Asesor Legal de la Asamblea Nacional de Rectores y Secretario de la Junta Directiva del Colegio de Notarios de Lima. Asistente Académico de la Maestría en Derecho Procesal, Escuela de Posgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio “CABREJOS, VASSALLO & SUMARIA” Abogados.

¹ Decreto Supremo N° 013-2008-JUS (Publicado el 29 de agosto de 2008) Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584, modificada por Decreto Legislativo N° 1067.

² VILLEY, Michel. “Lecciones de historia de filosofía del derecho”. Paris, 1957, p. 109.

³ CALABRESI, Guido. “Incentives, Regulation and the problem of Legal Obsolescence”. En: M. CAPPELLETTI (Ed.). *New perspectives for a Common Law of Europe*. Leyden, 1978, p. 291. Citado por CAPPELLETTI, Mario Cappelletti. “¿Jueces Legisladores?” Trad. Claudia Ochoa Pérez. Communitas, Lima, 2010. p. 22.

el hecho del aumento del derecho legislativo en Estados Unidos que lejos de llevar a una disminución de la creatividad judicial, obligó a los tribunales a hacer uso de instrumentos de *judicial activism* con el fin de poner remedio a la incapacidad del legislador de poner al día oportunamente leyes devenidas en obsoletas, situación que también se ha producido en esta región en las últimas décadas.

Este éxito y crecimiento de la agencia administrativa se debe en parte a la capacidad limitada de las legislaturas⁴ *"al no poder abordar eficazmente los problemas numerosos, altamente técnicos y rápidamente cambiantes de una industria moderna y compleja"*⁵ y mostrándose la administración más susceptible a la influencia y dependencia política transmitida en la legislación general ampliándose su función no sólo para expedir reglas, sino para plantear y decidir casos, realizar estudios, proponer legislación, sin embargo, *"creando riesgos de autoritarismo, lentitud, y pesantez, inaccesibilidad, irresponsabilidad, inquisitorialidad policial"*⁶.

Con la aparición del nuevo estado de posguerra (estado de bienestar, estado social de derecho, estado de procuración de existencia) las administraciones vieron muy ampliadas sus competencias, por lo mismo los tribunales administrativos cobraron gran importancia, provocando muchas extralimitaciones, y que en palabras de Loewenstein *"no solo haría levantar a Montesquieu de su tumba"*, en las que ha tenido que entender la jurisdicción administrativa *"cada vez más exhausta por el ahondamiento de causas"*⁷.

En esta perspectiva, la III República de Francia fue la primera en haber otorgado a la jurisdicción administrativa el rango que merece. El *Conseil d'Etat* francés preside ese sistema que garantiza un proceso independiente de revisión de los actos administrativos a través del *recours pour excès de pouvoir* y la *exception d'illégalité* que procede ante medidas administrativas de sospechosa legalidad, el *detournement du pouvoir* controla el abuso del poder administrativo. Asimismo, la legislación en la materia distingue entre *faute personnelle* y *faute*

de service; en este último caso es posible que el funcionario sólo haya cumplido con la Ley.

Inglaterra se ha mantenido alejada de los tribunales administrativos, como de muchas otras cosas. Los tribunales ordinarios se encargan de controlar los actos ultra vires de los funcionarios de acuerdo al *Crown Proceeding Act* de 1947 (10 & 11 Geo. VI, c. 44) Esta norma extinguió la inmunidad que el gobierno tenía ante los tribunales. La situación en la Isla no es admirable en este terreno. Todavía su parlamento distingue algunos de sus actos - es decir, los de gobierno, de acuerdo con su sistema de interdependencia por integración- y los sustrae de la jurisdicción de los jueces⁸.

En los EE.UU. se puede recurrir todas las decisiones de la administración ante tribunales ordinarios, y también las resoluciones de las *Independent Regulatory Commissions* desde 1946, de acuerdo con la *Administratives Procedures Act* (60 Stat. 237). El procedimiento de revisión es conocido como *judicial review* en el lenguaje jurídico corriente, o más propiamente como *judicial review of administrative agency*. En cuanto a su forma la *judicial review* consiste en el control de la regularidad jurídica del procedimiento que ha desarrollado ante el tribunal administrativo, pero en realidad reviste con frecuencia en el aspecto de un proceso civil contra la agencia administrativa en sí, en el que la lesión denunciada constituye el hecho de que la agencia no se ha comportado conforme a Ley⁹. La posibilidad de obtener la *judicial review* es un derecho garantizado constitucionalmente. La idea fundamental es que si no existiese esta posibilidad, el ciudadano padecería una lesión sin un proceso justo.

Luego, la función de los tribunales jurisdiccionales estadounidenses en relación con las agencias administrativas se deriva de tres principios fundamentales. El primero es que la agencia administrativa debe limitar su propia actividad a lo que esté legalmente autorizado. No existe ninguna cláusula general de "necesidad pública" que permita a las agencias administrativas el desarrollo de actividades no previstas en la ley de sus funciones. Por ello, la interpretación definitiva

⁴ POSNER, Richard. "El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica", México D.F., 1ª Edición en Español, 1998, p. 509. Nota 4.

⁵ POSNER. Op. Cit. p. 567.

⁶ CAPELLETTI, Mauro. "¿Jueces Legisladores?", p. 75.

⁷ HERRENDORF, Daniel F. "El poder de los jueces. ¿Cómo piensan los jueces que piensan?". Segunda Edición. Abeledo -Perrot, Buenos Aires, 1994. p. 171.

⁸ HERRENDORF. Op. Cit. p. 172.

⁹ TARUFFO, Michele y Geoffrey C. HAZARD Jr. "La justicia civil en los Estados Unidos". Trad. Fernando Gascón Inchaustegui. Thomson - Aranzadi. Navarra, 2006. p. 71.

con relación a la extensión de las potestades de la administración corresponde al órgano jurisdiccional¹⁰.

El segundo principio, es que la agencia administrativa debe ejercer sus funciones según los procedimientos previstos en las leyes generales que regulan los procedimientos administrativos, es decir, las ya mencionadas *Administratives Procedure Act*.

El tercer principio, es de la garantía del proceso justo que impide a la agencia actuar de forma "arbitraria o caprichosa". Este principio genérico se aplica solamente en casos extremos de irregularidades administrativas, pero constituye una posibilidad residual sobre la cual se puede fundar el enjuiciamiento de la actividad administrativa por parte de los tribunales¹¹.

Señala Michele Taruffo con relación a las facultades de la revisión jurisdiccional administrativa que *"De esta forma los jueces estadounidenses tienen así varias potestades: la de ofrecer una interpretación vinculante de la Constitución federal y de las constituciones estatales, y de fundarse en sus propios precedentes en lo que se refiere a esta interpretación; la de interpretar las leyes ordinarias utilizando una técnica análoga; la de aplicar su propia jurisprudencia en ausencia de normas constitucionales o legales específicas; la de determinar a través de sus decisiones las normas jurídicas que deben aplicarse en materia nuevas no reguladas por la ley; y la de controlar la regularidad jurídica de la actividad administrativa. Consideradas en su conjunto se trata de funciones de creación sustantiva del Derecho"*¹².

América Latina imitó este último procedimiento, y algunos países crearon la jurisdicción administrativa o Contencioso Administrativa, denominación tomada del sistema francés de tribunales administrativos, pero que poco tienen que ver con el sistema judicialista¹³ propuesto en esta región.

Así, la posibilidad de "revisión judicial" de la actividad administrativa, cambia de paradigma, de un control de división de poderes con el fin de evitar

la concentración del mismo sobre la obediencia a la Ley, propio del Estado de Derecho del siglo XIX y principios del XX, al control constitucional de las decisiones administrativas para que en su afán de servir al poder político no se aleje del "trato legislativo establecido"¹⁴.

En esta configuración, el control jurisdiccional de la administración ya no se limita sólo al control de legalidad del acto administrativo, sino que se orienta hacia el control del proceso administrativo, que incluye la investigación, presentación, instrucción, juicio y revisión, en tanto, que la administración, siguiendo el criterio de empresa, optó por una verticalización integrada, ahorrando costos en la toma de decisiones, reemplazando al contrato por la orden, pero con el riesgo de la desviación en la toma de decisión o adjudicación administrativa debido al control de las reclamaciones vetando las que probablemente no sostendría y ordenando las quejas en solo aquellas que considere meritorias e importantes¹⁵, privilegiando el establecimiento de políticas sobre los reclamos individuales.

La revisión judicial entonces surge para el control de la desviación de la agencia administrativa para el rechazo de quejas como un examinador independiente, más alejado y menos influenciado por la política, y que tiene como fin, detectar cuándo la adjudicación administrativa se ha apartado del "trato legislativo". Si bien, la revisión judicial no garantiza que todos los errores sean detectados, la agencia no podrá escapar nunca a la detección, y en ese caso puede crear una "mala reputación" que vuelva hostil al poder judicial y frenar su actuar¹⁶.

Esta nueva concepción del control jurisdiccional de la actuación administrativa sienta las bases para la creación de las herramientas procesales que conlleven a este fin, surgiendo la necesidad de las mismas que sirvan para el control de legalidad de los actos administrativos, para el control político de los mismos, y para la detección del error en la adjudicación de la administración con relación al reclamo individual.

Esta tesis va de la mano con el denominado neo institucionalismo económico, por el cual se reconoce

¹⁰ TARUFFO. OP. Cit. p. 72.

¹¹ TARUFFO. Ibid. p. 72.

¹² TARUFFO. Ibid. p. 73.

¹³ HUTCHINSON, Tomás. "El derecho al debido proceso en el 'Contencioso administrativo'". En: *"Proceso y Constitución"*. PRIORI, Giovanni (Editor). ARA Editores, Lima, 2011. p. 729.

¹⁴ POSNER. p. 567.

¹⁵ POSNER. p. 568.

¹⁶ POSNER. p. 571.

a través de las agencias, gobiernos y organismos multilaterales que para alcanzar el crecimiento económico más eficiente, estable y equitativo, no es suficiente aplicar reformas al mercado, diseñar políticas macroeconómicas adecuadas, tener buenos programas de inversión y financiamiento, contar con estructura básica, incorporar el desarrollo tecnológico e invertir en capital social. Además de buenas políticas en estos ámbitos, sería necesario contar con nuevas y más eficientes instituciones, para enfrentar los desafíos de los cambios estructurales, diseñar las nuevas políticas económicas, y encarar el entorno internacional más competitivo¹⁷, subrayando la necesidad de un marco conceptual y de una perspectiva metodológica, por medio de la cual se analicen los aspectos económicos, políticos y sociales, para introducir el papel del Estado, el sistema político, la cultura y los valores¹⁸ el cual frente al análisis económico clásico, el neo institucionalismo económico ve en las instituciones, es decir, el Estado, la respuesta a las fallas del mercado revalorando así la presencia del Estado en este nuevo contexto social y económico, y en consecuencia justificando la existencia del sistema de tutela jurisdiccional que sea efectivo a cargo de este.

En este marco el sistema legal juega un papel muy importante, que regula la acción del Estado sobre las estructuras de los agentes de la economía y particularmente en el intercambio, siendo una intrincada red de normas en donde se involucran los poderes legislativos, judicial y ejecutivo que permite mantener el orden económico, derechos de propiedad, contratos organización de las empresas, instrumentos financieros, banca y moneda y en general todo tipo de operaciones de intercambio entre los agentes económicos. El crecimiento de las economías de mercado ha devenido en una expansión de los centros urbanos, actividades comerciales, crecimiento demográfico y diversidad de la población, resultando una economía más compleja, generando cambios que hacen evolucionar el sistema legal que se acomode a las nuevas condiciones. Estos mercados particulares y las jurisdicciones específicas producen estructuras

jurídicas también específicas o particulares, y por supuesto altamente especializadas¹⁹ como es el caso de la jurisdicción Administrativa o Contencioso-Administrativa²⁰.

2. El Proceso Contencioso Administrativo y el derecho a la Tutela Jurisdiccional "Efectiva"

2.1 Manifestaciones o formas del derecho a la tutela jurisdiccional: tutela cognitiva, tutela ejecutiva, tutela cautelar y el proceso contencioso administrativo

El derecho a la tutela jurisdiccional consagrado en el artículo 139°, 3) de la Constitución Política del Perú²¹ constituye el eje fundamental de la nueva concepción del Proceso Contencioso-Administrativo mediante la afirmación de este como un proceso jurisdiccional y mediante la superación del objeto Contencioso Administrativo de la nulidad y revisión del acto administrativo al enjuiciamiento de la pretensiones de los particulares deducida en la relación con la Administración Pública, introduciendo la pretensión de plena jurisdicción para el reconocimiento o el restablecimiento del derecho lesionado.

Jesús Gonzales Pérez²² indica que *"El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le "haga justicia"; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas"*

Emana de esta definición que el derecho a la tutela jurisdiccional, para llegar a ser efectiva implica una gradualidad que a su vez es el contenido de distintas garantías, que se originan y desarrollan "en" y "a través" del proceso en sus distintas etapas. En la proyección de este derecho sobre la actividad jurisdiccional se ha sostenido que el derecho a la tutela jurisdiccional tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo y *"a que el fallo se cumpla"*²³.

¹⁷ AYALA ESPINO, José. "Instituciones Económicas. Una introducción al Neoinstitucionalismo Económico". Fondo de Cultura Económica. México D.F., 2005, p. 11.

¹⁸ AYALA, Op. Cit. p. 43.

¹⁹ AYALA. Ibid. p. 314 y ss.

²⁰ Constitución Política del Perú. Art. 148.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso - administrativa.

²¹ Constitución Política del Perú. "Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional

²² GONZALES PEREZ, Jesús. "El Derecho a la Tutela Jurisdiccional". 3ª Edición. Civitas. Madrid, 2001. p. 32.

²³ STC 32/1982 del 07 de junio de 1982. Citado por ORTELL RAMOS, Manuel. "Derecho Procesal Civil". 8ª Edición, Editorial Arazandi, Navarra, 2008, p. 41.

- 1º. Tutela jurisdiccional de primer grado ó garantía de acceso a la jurisdicción; que comprende el acceso a la jurisdicción, y en el cual se respeten el principio del juez natural, el principio de legalidad y se den las condiciones materiales para poder tener un acceso real a este derecho; evitando situaciones de desviación de jurisdicción y condiciones artificiales que limiten el ejercicio del derecho de acción;
- 2º. Tutela jurisdiccional de segundo grado ó garantía de un proceso justo; que comprende el derecho a un proceso justo, en equilibrio y debido, en el cual se debe validar el principio del contradictorio, de dualidad de posiciones y e igualdad de partes en el desarrollo de todo el proceso; así como la imparcialidad e imparcialidad del juez en el desarrollo del mismo, y se verifique el ejercicio del derecho de defensa, asistencia de letrado, y la actuación con desinterés objetivo de la función jurisdiccional;
- 3º. Tutela jurisdiccional de tercer grado o garantía a una respuesta cualitativa; que comprende el derecho a obtener una respuesta que resuelva el conflicto, es decir, que responda al principio de congruencia con el objeto del proceso y evitar situaciones de incongruencia, respuesta que debe ser en un plazo razonable y oportuna, que sea calificada, manifestada en la calidad de la motivación y de los fundamentos jurídicos basados en derecho, a efectos de evitar situaciones de arbitrariedad; y
- 4º. Tutela jurisdiccional de cuarto grado o susceptible de eficacia; que exige que esta respuesta que otorga el órgano jurisdiccional sea susceptible de ser ejecutada, a través de la actuación irrevocable del derecho y previendo los mecanismos para asegurar o prever la conservación de los efectos de la sentencia, así como establecer los mecanismos necesarios para el desarrollo de la actividad jurisdiccional para hacer cumplir lo decidido.

El grado determina la efectividad del derecho y este en su conjunto es elevado al rango de derecho constitucional y, en consecuencia, genera en el Estado una doble obligación por un lado una protección especial a través de las garantías constitucionales cuando se percibe una lesión en

cualquiera de esos grados y en otro extremo, crea la obligación para el Estado, a través del actuar de sus distintos órganos, para la promoción y protección del ejercicio de este derecho a través del proceso en oposición a formas restrictivas a él.

Para la lograr la efectividad, este derecho tiene como soporte un sustento teórico definido por la conjunción del principio "*pro actione*" (a favor del ejercicio del derecho de acción), sustentado en el "*antiformalismo*", concepto que a su vez está conformado por diversos sub principios como la proporcionalidad de la sanción, gradualidad, subsanación, estabilidad conservación del acto procesal, interpretación más favorable para el ejercicio de acción y la buena fe del litigante, que conjuntamente con el "*principio de razonabilidad*", y "*la obligación del Estado de promover y proteger este derecho*", orientan al juzgador que ante la presencia de dudas en la forma prescrita para el acto procesal y la finalidad de este, no se debería impedir o restringir el ejercicio del derecho de acción, o en todo caso aplicar sanciones graduales o racionales favoreciendo siempre el ejercicio del derecho del acción a través del proceso. Así, "*si el deber del legislador de establecer un procedimiento idóneo se considera incumplido en un determinado caso concreto, el juez, a pesar de esto, obviamente no pierde su deber de prestar la tutela jurisdiccional efectiva. Por tal razón, el juez tiene el deber de interpretar la legislación a la luz del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, estando obligado a extraer de la regla procesal, siempre con la finalidad de efectivamente tutelar los derechos, su máxima potencialidad, en tanto - y esto no precisaría ser dicho - no sea violado el derecho de defensa*"²⁴.

Siendo el "derecho" la regulación de las relaciones de los ciudadanos con el Estado, la "tutela" es el instrumento para hacer efectivos los derechos reconocidos a los ciudadanos y salvaguardar las infracciones jurídicas, y la "eficacia" la obtención de una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas²⁵.

El adjetivo "efectiva" agrega al concepto de "tutela jurisdiccional", que esta se debe dar en un plano material y pueda desarrollar todos sus efectos, y en consecuencia, estar en posibilidad de modificar la realidad.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. "Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva". Trad. Aldo Zela Villegas. Palestra, Lima, 2007. pp. 232-233.

²⁵ OBANDO, Roberto. "Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva". En: "Código Procesal Civil Comentado". CAMARGO, Johan, Coordinador, Editorial ADRUS, Arequipa, 2010, Tomo I, p. 47.

En todo caso el término "efectividad" que se le añade al concepto de tutela jurisdiccional invoca y se dirige más hacia el resultado que consiste en que la tutela jurisdiccional debe adecuarse al derecho material para llegar a la plena realización de la justicia del caso sobre la base de un "proceso justo"²⁶.

Los distintos grados de eficacia de la tutela jurisdiccional generan distintas manifestaciones de esta ya sea una tutela cognitiva, cuando la función de la tutela jurisdiccional es emitir una declaración de certeza ante una situación de incertidumbre jurídica inicial provocada por el ejercicio del derecho de acción y luego de culminado todo el proceso, ya sea esta de un contenido declarativo, constitutivo o de condena, ó de una tutela ejecutiva, cuando la tutela jurisdiccional tiene como fin ejecutar los efectos de un título judicial o extrajudicial, y una tutela cautelar, cuando esta tiene como fin asegurar o conservar los efectos de un título, siendo de carácter instrumental y provisoria a una tutela cognitiva. Esta clasificación de la formas de la tutela jurisdiccional giran en torno al concepto de "título" (entendiendo a este como la sentencia o declaración de certeza) sobre la base del principio "*nullun executio sine título*" (*no hay ejecución sin título*), para lo cual para que haya posibilidad de ejecución y modificar la realidad será necesaria la existencia del "título", ya que en principio la tutela cognitiva busca la generación de este "título", la tutela ejecutiva busca que el título tenga efectos y modifique la realidad, y la tutela cautelar tiene como supuesto asegurar o conservar los efectos de este título.

Se debe hacer referencia al "título" como producto de la actividad administrativa con relación a una solicitud que está encaminada a su formación o declaración destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, derechos u obligaciones de los administrados dentro de una situación jurídica concreta²⁷, luego el acto administrativo se convierte en el documento y el acto subyacente al documento que otorga ciertos privilegios a quien lo posee a quien se le ha reconocido como titular. Para llegar a la formación de este "título" se desarrolla el procedimiento administrativo de carácter evaluador o de evaluación previa, que son aquellos en los cuales la administración

dispone de un plazo para realizar una evaluación y análisis de legalidad y razonabilidad de lo solicitado por el administrado, en el marco de un procedimiento administrativo que debe concluir "normalmente" con la emisión de una declaración de voluntad administrativa que se pronuncia respecto a la solicitud planteada. Se menciona que "normalmente" en la medida que si el plazo vence sin que la administración haya brindado una respuesta expresa al administrado con relación a su petición, el ordenamiento reconoce el "silencio administrativo" como el aparente remedio frente a la pasividad administrativa dentro de un procedimiento²⁸. Dependiendo, si la administración no actúa emitiendo una declaración expresa con relación a la solicitud del administrado, el silencio podrá ser "positivo", "*con lo cual se presume la existencia de un pronunciamiento favorable a las solicitudes del administrado, tal como si existiera un acto administrativo expreso a favor del administrado, con lo cual la administración no puede negarse a conceder efectivamente a lo solicitado por el administrado*"²⁹. Luego, "*el silencio administrativo positivo a diferencia del silencio administrativo negativo si constituye un verdadero acto presunto, y en consecuencia tiene los mismos efectos y opera de la misma forma que los actos emitidos por la Administración. Por este motivo la administración no puede, una vez vencido el plazo para resolver, pronunciarse de forma expresa en sentido contrario, es decir de forma negativa. La administración no podrá tampoco retirar el acto presunto del mundo jurídico si no es por la vía legalmente prevista para tal efecto*"³⁰

El artículo 33° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece los casos en deben clasificarse los procedimientos como de evaluación previa por la administración sujetos al silencio positivo, respecto de los cuales en caso la entidad competente no resuelva dentro de los plazos fijados por la ley se entiende aprobado tácitamente lo solicitado por el interesado. "*Al respecto es importante considerar que conforme al diseño de la ley la mayor parte de los procedimientos administrativos deberán ser clasificados como de evaluación previa con silencio positivo, por cuanto solo escapan de dicha categoría los que expresamente han sido clasificados por el citado numeral 4 del artículo 31°*

²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "Teoría y práctica de la Tutela Jurisdiccional". Trad. Juan José Monroy Palacios. Communitas, Lima, 2008. p. 176.

²⁷ Artículo 1°, Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General.

²⁸ Artículo 33°, Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General.

²⁹ HUAPAYA TAPIA, Ramón. "Tratado del Proceso Contencioso Administrativo". Jurista Editores, Lima, 2006, pp. 636-637.

³⁰ CALMELL DEL SOLAR, Analia. "El silencio administrativo: Aspectos generales y su regulación actual". En: *Derecho Administrativo Contemporáneo*. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Palestra, Lima, 2007. p. 220.

como procedimientos de aprobación automática o que han sido taxativamente considerados por el artículo 34° como procedimientos de evaluación previa con silencio negativo"³¹

2.2 Tutela Diferenciada y Jurisdicción Contenciosa Administrativa:

Sin embargo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no se agota en dichas manifestaciones, y actualmente se habla de una tutela diferenciada, que se manifiesta en una tutela "urgente" o "anticipada", en la cual el objeto de la tutela judicial no es el ejercicio de la actividad jurisdiccional para la obtención, ejecución o conservación de un título, sino que se relaciona directamente con el derecho material lesionado y que exige una respuesta inmediata del órgano jurisdiccional para inhibir o prevenir un mayor daño. Se debe entender que este tipo de tutela "diferenciada" debe ser excepcional, y restringida sólo para derechos de carácter infungible, que no admiten una prestación sustituta como la indemnización, dado que la sola violación del referido derecho material, en virtud de su naturaleza, implica su inexistencia por lo que el órgano jurisdiccional debe restituir su inmediata vigencia, muchas veces suspendiendo, limitando o prescindiendo de principios básicos del proceso como el contradictorio, dualidad de posiciones, pluralidad de parte, derecho de defensa, así "*La tutela del derecho es consecuencia de la existencia del propio derecho. No es suficiente que el ordenamiento jurídico afirme un derecho, es imprescindible conferirle tutela o protección. Sin embargo, un ordenamiento jurídico caracterizado por la prohibición de autotutela ciertamente debe propiciar una tutela jurisdiccional adecuada a los derechos*"³².

El surgimiento de nuevas situaciones jurídicas, la inexistencia de técnicas procesales idóneas para la prestación de la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito y de la morosidad del procedimiento común de conocimiento además del uso distorsionado de la tutela cautelar, son el sustento de la tutela urgente y anticipatoria. La transformación de la sociedad y el Estado hizo surgir nuevas situaciones sustanciales carentes de tutela. El Estado Constitucional, al afirmar los derechos fundamentales, frecuentemente toma en cuenta derechos de contenido no patrimonial

o predominantemente no patrimonial exigiendo su protección a través de normas de protección y de tutelas jurisdiccionales dirigidas a impedir su violación y a viabilizar la remoción de los efectos concretos derivados de su agresión. Se debe pensar, en los derechos al medio ambiente o del consumidor, sin mencionar otras situaciones jurídicas, de carácter individual y patrimonial, que tampoco pueden dispensar la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito para su efectiva protección.³³ Abriéndose de esta manera el espacio para la tutela diferenciada o específica, la cual es una tutela del derecho material y se preocupa de la protección de la integridad del derecho.

Este tipo de tutela se contraponen a la tutela declarativa resarcitoria. La tutela diferenciada no se conforma con la transformación del derecho en una prestación equivalente a través de la indemnización, sino que constituye una tutela que con diversas formas da una protección inmediata al derecho a través de la i) inhibición de la ocurrencia del ilícito; ii) la remoción de los efectos concretos del acto ilícito; iii) reparación del daño en forma específica o la solicitud de la garantía necesaria; o iv) el cumplimiento específico de la prestación incumplida o cumplida de modo imperfecto. Tutela que no es de carácter instrumental a una tutela cognitiva, ni provisional, sino de carácter definitivo y autónomo con relación a los objetos concretos que persigue, que es la tutela inmediata del derecho material.

En esta tutela diferenciada se da el efecto de "sumarización material" o "vertical" con relación a la concentración del objeto del proceso, en contraposición a una "sumarización formal" u "horizontal" que tiene relación con la concentración de actos procesales y de los plazos, propia de los procedimientos cognitivos especiales, en tanto, que la actividad jurisdiccional no está dirigida a la obtención del "título", sino a la remoción o prevención del ilícito que impide el libre ejercicio del derecho lesionado o amenazado; por lo que la técnica procesal adecuada no es la herramienta clásica de tutela cognitiva, sino un mecanismo adecuado para que "*en función de las circunstancias del caso, a dar satisfacción a una necesidad que exige una expeditiva y desembarazada respuesta jurisdiccional*"³⁴.

³¹ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. "Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General". ARA Editores, Lima. p. 58.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutelas urgentes y tutelas preventivas". Communitas, Lima, 2010. p. 60.

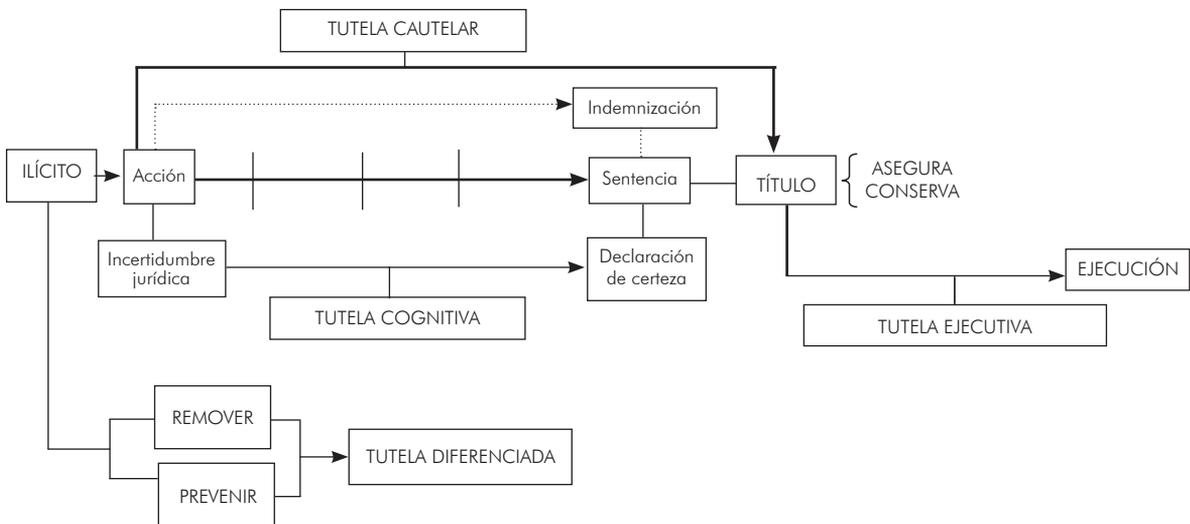
³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 20.

³⁴ PEYRANO, Jorge W. "Nuevas tácticas procesales". Editorial Nova Tesis Jurídica. Rosario, Santa Fé, Argentina, 2000. p. 20.

Se debe tener en cuenta que esta tutela de tipo específica está dirigida para la protección de derechos de carácter "infungibles" y "no intercambiables" y de contenido no patrimonial, es decir, que no sean susceptibles de cumplimiento a través de una prestación equivalente como es la indemnización, entendiéndose por ello que está destinada a la protección de los derechos fundamentales. No se trata de una tutela residual, ni opcional, sino de un mecanismo especial y específico propio del desarrollo de la concepción de los derechos fundamentales.

Finalmente se debe precisar, como afirma Sergio Chiarloni, la vinculación entre la ideología de la "ordinariedad" con las exigencias de los grupos dominantes, mientras que las formas abreviadas y sumarias de los procedimientos atienden a las aspiraciones de los estratos sociales en lucha por la participación en el poder, "como ejemplos para confirmar este modo de ver las cosas, recordamos por un lado la sumarización del proceso del bajo Medioevo a través de la creación de tipos nuevos y especiales por materias comerciales y, del otro, la nueva disciplina del proceso del trabajo apenas aprobada por el parlamento italiano gracias a las presiones y a las exigencias de reforma de las clases trabajadora y sus organizaciones"³⁵. En el mismo sentido, Cappelletti indica que "el procedimiento ordinario corresponde a las preferencias ideológicas y a las exigencias materiales de los grupos ya firmemente consolidados en el poder",

mientras que los procedimientos especiales más "simples, accesibles, rápidos, económicos, sustraídos de las cavilaciones y maniobras fatigosas" corresponden a las exigencias de "estratos sociales o grupos de presión relativamente nuevos, pero lo suficientemente aguerridos como para estar en posibilidad de imponer su propia voluntad a nivel tanto del derecho sustancial como del derecho judicial"³⁶. Luego, el proceso cognitivo declarativo nació a consecuencia de una situación de liberalidad y a fin de proteger los intereses de una clase específica en sus relaciones comerciales, en sentido contrario, la tutela diferenciada nace a consecuencia de la nueva ideología de los derechos fundamentales y su posterior constitucionalización. En esta nueva era, un nuevo concepto legitima la autoridad que son los derechos humanos, esta ideología sirve para justificar y estabilizar a los grupos políticos que se encuentran en el poder o para quienes quieren alcanzar el poder, "el concepto de "derechos humanos" es un concepto político y no técnico, y no puede ser otra cosa. Y como tal concepto está en función de la lucha política: sirve o puede servir para intentar transformar la realidad o para intentar conservarla"³⁷ frente a la transformación de la sociedad que viene exigiendo un nuevo orden social, económico, jurídico y político, "en este proceso, los derechos humanos han sido transformados, de un discurso de la rebelión y del disenso, en uno de plena legitimación estatal"³⁸.



³⁵ CHIARLONI, Sergio. "Introduzione allo studio del diritto procesuale civile", 1975, p. 25. Citado por BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. *Jurisdicción y ejecución en la tradición romano canónica*. p. 242.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. "Giustizia e società", 1972. p. 305. Citado por BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. *Jurisdicción y ejecución en la tradición romano canónica*. p. 242.

³⁷ ROBLES, Gregorio. "Epistemología y Derecho". Ediciones Pirámide, Madrid. 1982. p. 254.

³⁸ DOUZINAS, Costas. "El fin de los derechos humanos". Trad. Ricardo Sanín Restrepo. 1ª Edición en Español. Legis, Bogotá, 2008. p. 9.

Es así que la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, dentro del marco del derecho a la tutela jurisdiccional, presenta dos vías procedimentales establecidas en los artículos 26° y 28° de la referida ley, indicándose el primero de los mencionados como "proceso urgente" y de aplicación para las pretensiones señaladas en el mismo artículo en sus incisos 1, 2 y 3 que se refieren al cese de cualquier acto material que no se sustente en acto administrativo, el cumplimiento de la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligado por mandato de la ley o en virtud de un acto administrativo firme, o las relativas a materia previsional en cuanto se refiera al contenido esencial del derecho a la pensión, y siendo del ámbito del "proceso especial", indicado en el artículo 28° de la mencionada ley, las pretensiones contenidas en los incisos 1 al 5 del artículo 5° y que se refieren a la clásica pretensión de nulidad y revisión del acto administrativo, a las que añaden las pretensiones de plena jurisdicción o restitución y reconocimiento de derechos.

Señala Ortell Ramos³⁹ que técnica y teóricamente el proceso de declaración podría estar sometido por ley a una tramitación procedimental única cualquiera que fuera su objeto. Una única regulación de los actos procesales y de la relación de los mismos entre sí formando la serie procedimental, podría servir para la tramitación de cualquier proceso. El derecho material y el derecho procesal, este último en cuanto a las normas que regulan las formas de tutela jurisdiccional y las facultades del juez y de las partes, podrían introducir diferencias en el contenido y efecto de los actos procesales. La tutela jurisdiccional es un derecho, y el proceso solo es el instrumento para acceder a ella dejando de ser el fin o "telos" del sistema procesal, en consecuencia, debe ser adaptable y adecuado al tipo de tutela que se solicita de acuerdo a las nuevas realidades y expectativas sociales, y no encasillarse en el marco de los procesos cognitivos clásicos.

Como ejemplo de una adecuada respuesta legislativa ha sido el Decreto Supremo N° 018-93-JUS, TUO de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, en donde toda la actividad declarativa se desarrollaría a través del proceso especial⁴⁰, mientras que toda actividad jurisdiccional que por su naturaleza necesite de una actuación inmediata se desarrolla a través del proceso urgente⁴¹, dejando de lado las categorías de procesos de conocimiento, plenarios rápidos y sumarios que en la práctica cumplen la misma función y que derivan de un contexto político, económico y social distinto al presente correspondiente al siglo pasado, debiendo en su lugar prever un mecanismo rápido y único que sea capaz de absorber la gran demanda social de tutela jurisdiccional que el mercado de derecho está produciendo y que no es capaz de tutelar.

Contradictoriamente, en el aspecto procesal civil en nuestro sistema tenemos tres especies (proceso de conocimiento, abreviado, sumarísimo) que corresponde al mismo género, (procesos declarativos) que al tener la misma estructura, cumplir la misma función y con los mismos efectos, ha tenido como consecuencia que la formalidad del proceso plenario o de conocimiento terminó por "devorar" a los plenarios rápidos (abreviados) y sumarios, que al tener la misma característica absorben la misma cantidad de tiempo. Ello significa un fracaso de la legislación y en consecuencia de la actividad jurisdiccional en donde el mecanismo proceso no funciona para la optimización de los recursos del sistema de tutela jurisdiccional la cual resulta ineficiente, dentro del sistema activista de nuestro proceso.

Por ello, la solución no es abreviar más los procesos, o generar más procesos especiales, que como ya se ha mencionado, sólo responden a una respuesta de tipo político procesal, coyuntural y contextual, resultando en la ineficiencia del mismo y el mal uso de los recursos. De otro lado, la

³⁹ ORTELL RAMOS, Manuel. Op. Cit. p. 591.

⁴⁰ Ley N° 27584. Ley de Procedimiento Contencioso Administrativo. Artículo 28°.- Procedimiento Especial. "Se tramitan conforme al procedimiento las pretensiones no previstas en el artículo 26 de la presente Ley, con sujeción a las disposiciones siguientes"

⁴¹ Ley N° 27584, Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo. Artículo 26°.- Proceso urgente. "Se tramitan como proceso urgente únicamente las siguientes pretensiones:

1. El cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo.
2. El cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
3. Las relativas a materia previsional en cuanto se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión.
Para conceder la tutela urgente se requiere que del mérito de la demanda y sus recados, se advierta que concurrentemente existe:
 - a) Interés tutelable y manifiesto
 - b) Necesidad impostergable de tutela, y
 - c) Que, sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado"

concentración exagerada del proceso puede llevar a la violación de garantías o principios básicos del mismo como el derecho de defensa, el principio de contradictorio entre otros, así mismo, el adelanto de una jurisdicción plena ante la sola afirmación, subvenciona costos por parte del Estado y resulta un producto muy barato, por lo cual el mercado del sistema de tutela jurisdiccional se satura y desborda, y la forma procesal especial se convierte en regla general, como ya sucedió con la "amparización" del sistema judicial en la década pasada o el caso de las "medidas autosatisfactivas anticipadas", problema actual en donde se obtiene plena jurisdicción con la sola afirmación.

Es por ello, que el "proceso urgente" Contencioso Administrativo no se debe entender como una forma abreviada o rápida de un proceso declarativo, sino como una real manifestación de una tutela específica (diferenciada o urgente) de acuerdo a ciertos presupuestos, sino corre el mismo riesgo del sistema procesal civil de ser absorbido por la estructura formal del proceso declarativo y resultar ineficiente es desmedro de una tutela jurisdiccional que sea "efectiva" de cara a este tiempo de consagración de los derechos humanos, en el cual se puede decir que tenemos derecho a todo, sin embargo, la decepción es grande cuando solicitamos su protección jurisdiccional y no existe un mecanismo adecuado, creando frustración en la sociedad y la falta de legitimidad y creencia en el sistema.

3. Análisis del Proceso Urgente Contencioso Administrativo como manifestación de una Tutela Diferenciada

3.1 La estructura del proceso urgente: ¿proceso declarativo sumario o tutela diferenciada?

- a. El proceso abreviado como única vía procedimental para el proceso Contencioso Administrativo

El Código Procesal Civil de 1993, fue la primera norma en regular el proceso contencioso administrativo como tal y estableció como única vía procedimental al proceso abreviado para la

pretensión de impugnación de acto administrativo⁴² contra acto o resolución de la administración a fin de que se declare su validez o ineficacia⁴³.

Dicho artículo no se encontraba establecido en el artículo 491° del Proyecto, sino que fue introducido posteriormente en el artículo 486°, inciso 6) del Decreto Legislativo N° 768⁴⁴. En igual sentido, la pretensión de ineficacia o invalidez de acto o resolución administrativa del artículo 540° del Código Procesal Civil no se encontraba contemplada en el proyecto, y fue añadido a través del Decreto Legislativo N° 768, y modificado por fe de erratas del Decreto Ley N° 25940 que modificó el término "pretensión contenciosa administrativa" por "demanda contenciosa administrativa" que fue tal como finalmente quedó, y que posteriormente fuera derogado por el artículo 1° de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, publicada en el Peruano el 07 de diciembre de 2001.

En esta breve introducción se debe resaltar que este "olvido" o falta primaria de regulación del Proceso Contencioso-Administrativo en el Código Procesal Civil respondía a que ya existía mandato constitucional para una regulación específica y orgánica para esta materia, que data de la Constitución Política del 1979⁴⁵ y que acabara por ser introducida escuetamente en dicho cuerpo procesal con ciertas virtudes, pero también muchos defectos, que originaron desde el inicio ciertos reclamos, de tal forma se menciona que "el gobierno de 1980 -1985 elevó un proyecto de ley reglamentario del numeral constitucional, que en verdad es sólo un anteproyecto. Transcurridos más de diez años desde la vigencia plena de la Carta (27-7-1980) y ninguno de los Congresos ha cumplido el mandato constitucional; habiéndose limitado obviamente dicho Gobierno a remendar el ordenamiento al disponer que en tanto se establezca el contencioso - administrativo rige el Código de Procedimientos Civiles (Ley N° 23333); pero luego variada (Decreto Legislativo 612° - LOPJ) y prontamente modificada otra vez (LOPJ, Decreto Legislativo 767°, artículos 23°, 33°, inciso 4 y 42, inciso 2). El flamante Código Procesal Civil lo esquiva y viola, reduciéndole meramente a un llamado Proceso abreviado (Título II), Impugnación

⁴² Código Procesal Civil. "Artículo 486°.- Procedencia.- Se tramitan en el proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos: (...)

6. Impugnación de acto o resolución administrativa"

⁴³ Código Procesal Civil. "Artículo 540°.- Procedencia.- la demanda contenciosa administrativa se interpone contra acto o resolución de la administración a fin de se declare su invalidez o ineficacia"

⁴⁴ ARIANO DEHO, Eugenia. "Código Procesal Civil. Texto vigente y antecedentes". Palestra, Lima, 2010.

⁴⁵ Constitución Política de 1979. Artículo 240°.- Las acciones contencioso administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la Administración que causa estado. La Ley regula su ejercicio. Precisa los casos en que las Cortes Superiores conocen en Primera Instancia, y la Corte Suprema en Segunda y última Instancia"

de acto o resolución administrativa (Sub- capítulo 6), todo lo cual entra increíblemente en 20 escasos artículos (del 540º al 559º)⁴⁶.

Se debe resaltar que la adecuación del proceso contencioso administrativo a la vía del proceso abreviado ya respondía a la necesidad de una vía especial y distinta a la tutela cognitiva clásica para este mecanismo procesal, de tal manera, el autor del Código Procesal Civil señala "En el caso del Código Peruano que regula el proceso de conocimiento pleno, el abreviado y el sumarísimo, estos últimos son fórmulas distintas del primero en cuanto tienen plazos más reducidos y, en algunos casos, alguna audiencia menos. Como se advierte, se trata de un tipo de tutela diferenciada conocida y practicada en nuestros tribunales, sin que necesariamente nos hayamos detenido a apreciar su importancia"⁴⁷, "Así y todo se reguló un sistema de tutela diferenciada respecto de los procesos de conocimiento, dividiéndolos en plenos, abreviados y sumarísimos, a fin de que los conflictos de intereses fuesen ubicados atendiendo a lo que las partes, y en definitiva el juez considerase pertinente, en atención al grado de contenciosidad que se advierta al inicio del proceso"⁴⁸. A través de estas afirmaciones se intenta explicar que la función de estos distintos tipos de procesos cognitivos fue de pretender desarrollar un sistema de tutela diferenciada (es decir una tutela jurisdiccional relacionada directamente con la pretensión material), con relación a cierto tipo de pretensiones entre las cuales se encontraba el proceso contencioso - administrativo.

Sin embargo, las características comunes a todos estos procesos (cognitivos plenarios y plenarios rápidos) se centra en la función que cumplen con relación a la actividad jurisdiccional, es decir, un proceso cognitivo sirve para obtener una declaración de certeza, diseñando un mecanismo

lineal, por etapas (afirmación, confirmación, resolución, ejecución), sucesivas, inmediatas, lógicas, preclusivas y precluyentes, que se inicia con el ejercicio del derecho de acción y termina con la declaración de certeza que se convertirá en el título para la restitución o cese de la lesión del derecho o bien jurídico reclamado. Prima el principio del contradictorio, la dualidad de posiciones e igualdad de partes, y el juez se encuentra en una posición neutral, imparcial e imparcial⁴⁹, siendo el efecto del resultado de todos estos procesos la cosa juzgada, por ello susceptibles de recurrir en casación⁵⁰, es por ello que son denominados procesos plenos y plenarios. Plenos por desarrollar la actividad jurisdiccional en todas sus etapas y plenarios por los efectos que desarrolla el proceso con relación al objeto del mismo determinado por las pretensiones de las partes.

La diferencia radica en la abreviación que se ha dado al trámite a través de la concentración de actos procesales, menores plazos, límites a los medios de defensa, ello como solución técnica⁵¹, constituyendo así una sumariedad formal⁵² y horizontal, más no una sumariedad material o vertical.

El mecanismo para la actividad jurisdiccional cognitiva declarativa es el proceso de conocimiento, sin embargo, siendo especies del mismo género el proceso abreviado se ha establecido para ciertos tipos de pretensiones materiales. De esta suerte, por ejemplo, el proceso abreviado, también denominado plenario rápido, el cual tiene su sustento en una cuestión de política procesal contextual y coyuntural, que justifica su aceleración, sobre la base del principio de economía procesal. Luego, los procedimientos rápidos se diferencian del ordinario simplemente por su forma, sin que tenga una finalidad diversa de la que se quisiera obtener por medio del proceso declarativo ordinario, constituyendo una

⁴⁶ BACACORZO, Gustavo. "Tratado de Derecho Administrativo". 4ª Edición. Gaceta Jurídica, Lima, 200. p. 637.

⁴⁷ MONROY GALVEZ, Juan. "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales.". En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo). Buenos Aires, Rubinzol-Culzoni, 2000, p. 165-208

⁴⁸ MONROY GALVEZ, Juan. "Código Procesal Civil". Communitas, 2010. p. 60

⁴⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Debido Proceso. Editorial San Marcos, Lima, 2010

⁵⁰ SUMARIA, Omar. "¿Limitaciones al recurso de Casación?". En: Revista "Derecho & Política de negocios", Año 1, N° 2, Lima, 1998. Al respecto ya había realizado una crítica hace algunos años con relación a la desnaturalización del proceso sumario y el recurso de casación.

⁵¹ ANDOLINA, Italo. Op. Cit. p. 24, "ahora, el tema de la relevancia del tiempo en el proceso puede ser desarrollado en dos direcciones diversas la primera de las cuales se mueve en el plano de la política legislativa, la segunda en el terreno de la elaboración dogmática. Bajo el primer aspecto vienen inmediatamente en consideración los esfuerzos que se están realizando actualmente para perfeccionar la organización técnica interna del proceso y asegurarle una mayor fluidez y rapidez en su funcionamiento...éstas representan un momento contingente en la vida de un sistema procesal, del otro, aunque pudieran alcanzar resultados de gran importancia, están de cualquier modo destinadas a llegar hasta un límite a partir del cual deben necesariamente detenerse; más allá de este límite, en efecto, por más esfuerzos que se hagan, la duración del proceso no se puede comprimir".

⁵² MONROY PALACIOS, Juan. "Panorama actual de la Justicia Civil. Una mirada general desde el Proceso". En: THEMIS, Revista de Derecho, N° 43, p. 184.

simple aceleración formal del procedimiento⁵³. En consecuencia, pese a la plausible intención del legislador la forma procedimental adoptada para esta pretensión no cumplió con la formación de un sistema de tutela diferenciada sino que quedó atrapada en la estructura formal del proceso cognitivo.

- b. La posterior dualidad de vías procedimentales para el proceso contencioso administrativo: el proceso abreviado y el proceso sumarísimo.

Es así que en la exposición de motivos del Proyecto de Ley que regula el proceso contencioso administrativo (Resolución Ministerial N° 174-2000-JUS), se señaló que *"en cuanto a la vía procedimental los artículos 20 y 21° establecen en qué casos procede el proceso sumarísimo y el abreviado regulados por el CPC. En ese sentido, debe tenerse presente que en aquellos casos en los cuales la decisión jurisdiccional ha de ser expedida más rápidamente o, si se requiere, en aquellos casos en los cuales el sustento de la pretensión se encuentra en determinadas circunstancias que hacen innecesario una mayor actividad cognitiva, como lo pueden ser los casos de actuaciones de hecho, o los casos en los que se pretenda una actuación administrativa que se deba realizar por mandato de la ley o acto administrativo firme, la vía procedimental es el proceso sumarísimo. Por lo demás la regla general es que el proceso contencioso administrativo se tramitará en la vía del proceso abreviado. Cabe, señalar, que el único tema en los que ambas vías procedimentales se diferencian de la regulación general contemplada en el Código Procesal Civil está en el plazo para emitir el dictamen fiscal y para emitir sentencia, conforme a los últimas párrafos"*⁵⁴.

Con lo que se contempla que el sentir del legislador era mantener el esquema procesal cognitivo con una vía más lata y una vía más rápida de acuerdo a las pretensiones establecidas.

Este esquema procesal se repite en los artículos 24° y 25° del Proyecto de Ley N° 01072/2001-CR

presentado por la Comisión de Justicia al Congreso y que en su dictamen correspondiente afirma *"n) sobre las vías procedimentales bajo las que se tramitan las pretensiones demandadas: por regla general el proceso contencioso administrativo sigue la secuela del proceso abreviado atendiendo a la naturaleza e importancia del objeto reclamado y cuando se trate de ciertos asuntos que para la Ley deben ser resueltos más rápidamente corresponde la vía procedimental del proceso sumarísimo, lo que significa una ostensible reforma positiva en relación a la Ley Procesal vigente"*⁵⁵, aprobando el texto sustitutorio pero con el mismo articulado con relación a las vías procedimentales para el proceso contencioso administrativo. La Ley del proceso contencioso administrativo contemplaba la vía procesal abreviada y la vía sumaria, entendiendo por los primeros a un proceso de conocimiento intermedio en los que la capacidad y tiempo se ha reducido denominados procesos plenarios rápidos o abreviados, y por último a aquellos procesos cuya discusión se reduce a la prueba de uno o dos hechos específicos a los cuales se les denomina procesos plenarios rapidísimos o sumarísimos⁵⁶, manteniéndose así la doble estructura cognitiva para el proceso contencioso administrativo. Se trató de una aceleración formal, más que de una sumariedad sustancial, lo que se tradujo en la Ley N° 27584, Ley que reguló el proceso contencioso administrativo que en sus artículos 24⁵⁷ y 25° estableció dos vías procesales para el desarrollo de este mecanismo, el proceso sumarísimo y el proceso abreviado.

- c. El establecimiento del proceso contencioso administrativo abreviado como "proceso especial" y la conversión del proceso contencioso administrativo sumarísimo hacia el proceso "urgente"

Posteriormente, a consecuencia de las recomendaciones y conclusiones del Plan CERIAJUS que en su Proyecto 12 respecto al área de reformas legales proponía una vía procedimental de "proceso rápido"⁵⁸ para el proceso abreviado contencioso administrativo a

⁵³ FAIRE GUILLEN, Víctor. "El juicio ordinario y los plenarios rápidos". Bosch, Barcelona, 1953. p. 55.

⁵⁴ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit. Anexo. p. 541.

⁵⁵ Dictamen de la Comisión de Justicia recaído en el Proyecto de Ley N° 1072/2001-CR que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

⁵⁶ CERVANTES ANAYA, Dante. "Manual de Derecho Administrativo". RHODAS, Lima, 5ª Edición, 2006, p. 729.

⁵⁷ Ley 27584, "Artículo 24°.- Proceso Sumarísimo

Se tramitan como proceso sumarísimo, conforme a las disposiciones del Código Procesal Civil, las siguientes pretensiones:

1. El cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo.

2. Se ordene a la administración la realización de una determinada actuación a que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de un acto administrativo firme.

En este proceso el dictamen fiscal se emitirá en el plazo de cinco días de remitido el expediente. Emitido el dictamen, se expedirá sentencia en el plazo de cinco días."

⁵⁸ PLAN CERIAJUS. Proyecto 12, Reformas Legales. (p. 445).

través de la modificación del artículo 25° de la Ley N° 27584, consideración que fuera recogida por la Comisión de Justicia del Congreso indicando en su Dictamen pertinente *"Sin embargo, es del caso acogerse la propuesta de modificación del artículo 25°, a fin de implementar un proceso más rápido y eficaz, en el que no proceda la reconvencción, se resuelvan las excepciones o defensas previas, se declare saneado el proceso, la nulidad y conclusión anticipada del mismo, a través de una resolución que, de ser el caso, aprecie los defectos incurridos y la concesión de un plazo, es que éstos fueran subsanables, entre otros presupuestos.*

Sobre el particular, podemos definir al contencioso administrativo como un proceso cuyo estudio corresponde al derecho procesal y es por esa razón que le son aplicables todos los principios comunes que rigen a los procesos en general. Sin embargo, la naturaleza de los conflictos materia del contencioso difiere del proceso civil.

De esa forma, las diferencias entre el proceso contencioso administrativo y el proceso civil se derivan en el hecho que en el proceso contencioso administrativo interviene la Administración Pública en uso de las prerrogativas del derecho administrativo, así como en el mismo se cuestiona una actuación sustentada en el derecho administrativo. En virtud a estas diferencias, sólo podrá aplicarse los principios del proceso civil en la medida en que la aplicación de éstos no desvirtúe la naturaleza del contencioso y asimismo, se requiere una capacitación especializada de jueces para dichos procesos...tomando en cuenta lo expuesto, es que encontramos justificado que exista una regulación especial en la se establezcan etapas procesales distintas y con plazos más reducidos que los procesos abreviados de naturaleza civil, teniendo en cuenta la naturaleza de las pretensiones que son materia del citado proceso, debido a lo fundamental que se atiende a la esencia del contencioso administrativo y a los principios que en él se desarrollan"⁵⁹.

Modificación que fuera realizada a través de la Ley N° 28531, en la cual se establecía para la

vía del "proceso especial" para el contencioso administrativo. Sin embargo, en los cuales pese a la abreviación de plazos y concentración de actos procesales en el denominado proceso "rápido" ó "especial" y su variante el proceso sumarísimo se seguía manteniendo un esquema cognitivo, produciéndose en consecuencia sólo una "sumarización formal" del proceso, pero no llegando a diseñar un sistema de tutela urgente a través de una "sumarización material".

Y esta inadecuada técnica legislativa tuvo como consecuencia la identificación formal entre el proceso plenario rápido, ahora proceso "especial", y el proceso sumario, con relación sólo a la rapidez de la vía procedimental, pero sin contar con la no identidad de su función.

Los juicios sumarios tradicionalmente se han aplicado por cuatro razones determinantes procedentes de la casuística: por carácter *"rationes parva quantitatis; rationes parvii preiudicii; rationes urgentia necessitatis y rationes miserabilium personarum"*⁶⁰. Sin embargo, esta doctrina sustentada por Mittermaier⁶¹, reprodujo el error de confundir los sumarios con los plenarios rápidos (abreviados), por lo cual sólo hay una distinción formal, más no una distinción material entre ellos, cuando en realidad los sumarios solo deberían tener un finalidad de satisfacción específica y parcial, susceptible revisión posterior a través de un proceso cognitivo plenario y en consecuencia sin el efecto de cosa juzgada, porque *"el criterio de distinción entre procedimientos plenarios y sumarios no es tanto el de la ordenación procedimental de los actos, sino la producción o no de la cosa juzgada (material)"*⁶² y son la posibilidad de llegar al recurso de casación, por ello los límites de la sumariedad son la limitación de ciertas causas (limitación de la cognición judicial) y ciertos efectos (exclusión de la cosas juzgada), característica que el proceso sumario del Código Procesal Civil no posee o mejor dicho excede. *"La forma específica, regularmente acelerada, de los juicios sumarios, deriva que se trata de una vía específica, destinada a llegar a una finalidad específica (una satisfacción parcial, pues parcialmente pretendida), para*

Fórmula normativa

"Artículo 2°.- Modifíquese el artículo 25° de la Ley 27584, en los siguientes términos:

Artículo 25°.- Procedimiento Rápido: Se tramitan conforme al presente procedimiento las pretensiones no previstas en el artículo 24° con sujeción a las disposiciones siguientes.."

⁵⁹ Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en los proyectos de Ley N° 3288/2011-CR, 10929/2003-CR y 11568/2005-CR, que modifican la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

⁶⁰ FAIRE GUILLEN, Víctor. *"El proceso ordinario, sumario (plenarios rápidos) y sumarísimos"*. Vº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Salta, Argentina, 1968. p. 7.

⁶¹ MITTERMAIER, Die summarischen Verfahrensarten des gemeinen deutschen burgerlichen process. Bonn, 1840, p. 47 y ss. Citado por Faire Guillen. Op. Cit. p. 7.

⁶² ORTELL RAMOS, Manuel. *"Derecho Jurisdiccional. Manual de Derecho Procesal Civil"*. Thomas Arazandi, Navarra. 6º Edición, 2005. p. 591.

lo cual, se hace necesaria esta forma especial, urgente, se trata de componer solamente una parte del litigio -la que hizo "crisis"-, aquella que se puede componer más fácilmente mediante la prueba rápida⁶³.

Los procedimientos rápidos se diferencian del ordinario simplemente por su forma; en tanto que los sumarios, lo son por el contenido. La forma específica de los sumarios, depende de que se trate de un camino específico para obtener una finalidad específica, a fin de alcanzar la cual es precisa la citada forma especial; pero los procedimientos rápidos -plenarios su forma específica, también acelerada, se justifica sin necesidad de que tengan una finalidad diversa de los que se quisiera obtener por medio del procedimiento declarativo ordinario. Las pautas de la sumariedad son perfectamente diversas entre estos dos tipos de procesos, en los plenarios rápidos es simplemente de carácter formal, en tanto, que en los sumarios, tiene carácter material⁶⁴ que proviene "en los casos en que la pretensión del actor (...) goza de una fehaciente in limine que resultaría prácticamente exagerado imponerle las mismas garantías de comprobación que a otra pretensión cualquiera"⁶⁵, esto es la "sumariedad cualitativa" que a la sazón debería ser la única en oposición a la "sumariedad cuantitativa", forma procesal que por otro lado, se encuentra fuertemente cuestionada en la actualidad, tal como anota Antonio María Lorca Navarrete, "En puridad, no hay - en mi parecer- actividad "sumaria" en la declaración jurisdiccional de la patología jurídica que, de una u otra manera, no esté sujeta al garantismo procesal modelado" y añade "Es indispensable, pues, que el entendimiento y/o aplicación de garantismo procesal no permita grados "sumarios" en su aplicabilidad. Ni sumariedad alguna", esto con referencia a que la función jurisdiccional como garantía sustantiva del proceso es única, y por tanto, mal se puede hablar de procesos con limitaciones de las garantías de esta función jurisdiccional⁶⁶.

Por ello, en el Decreto Legislativo N° 1067 y su TUO, Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, se establecen como vías procesales para el proceso contencioso administrativo el "proceso urgente" a

afectos de dar una satisfacción rápida y urgente en ciertos presupuestos procesales, y un "proceso especial" para las pretensiones comunes del Contencioso Administrativo.

De esta forma, los procedimientos comunes son la tramitación procedimental adecuada para los procesos que tengan por objeto cualquier clase de pretensión y los procedimientos especiales consisten en regulaciones de los actos procesales y de su interrelación diferenciadas en comparación con los procesos comunes y, además, cuya adecuación se determina exclusivamente en atención a los aspectos cualitativos de la pretensión sujeto a un régimen especial en algunos aspectos del proceso de declaración del que son objeto, pero sin que esta especialidad afecte al proceso⁶⁷, y de otro lado a través del proceso urgente se intentaría introducir un sistema de "tutela diferenciada".

Tal como se viene desarrollando y pese a que la intención del legislador era a través del proceso urgente la introducción de un proceso contencioso administrativo "ius fundamental", siendo su intención "preparar las líneas de un contencioso de derechos fundamentales"⁶⁸ ante la necesidad impostergable de tutela y "que tiene como base el hecho que el proceso debe dar una respuesta inmediata pues de otro modo la tutela jurisdiccional no resultaría ser efectiva, de modo que, por esperar el trámite normal de un proceso, y respetar sus plazos y procedimientos ordinarios, la protección que el derecho reclama sería imposible que llegue a tiempo, evitando con ello que el proceso llegue a cumplir su finalidad"⁶⁹, de acuerdo a su estructura lineal y por etapas de este "proceso urgente", ha sido absorbido por el proceso declarativo, y por tanto, de la urgencia solo queda la sumarización formal, más no la sumarización material o cualitativa, que exige una estructura distinta de proceso de acuerdo la urgencia intrínseca de las pretensiones establecidas.

Algunos autores sostienen que si no se cumplen con los requisitos especiales del proceso urgente no se debería declarar improcedente la demanda, sino admitirla en la vía del proceso especial⁷⁰.

⁶³ FAIRE GUILLEN, Víctor. Op. Cit. p. 7.

⁶⁴ FAIRE GUILLEN, Víctor. "El juicio ordinario...". p. 55.

⁶⁵ GUASP, James. "Reducción y simplificación de los procesos civiles especiales". En Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1951, p. 419.

⁶⁶ LORCA NAVARRETE, Antonio María. "¿Es constitucional el juicio verbal? ¿Es realmente la sumariedad un modelo de garantismo procesal? ¿Son posibles los juicios sumarios civiles?". Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2011. p. 14.

⁶⁷ ORTELL RAMOS, Manuel. Op. Cit. p. 589.

⁶⁸ HUAMAN ORDOÑEZ, Luis Alberto. "El proceso contencioso administrativo". Grijley. Lima, 2010. p. 274

⁶⁹ PRIORI, Giovanni. "Manual de Derecho Procesal Administrativo". RAE Jurisprudencia, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2010. p. 64.

⁷⁰ PRIORI, Giovanni. Op. Cit. p. 68.

Esto conlleva dos errores, en cuanto al ámbito técnico-jurídico, si estamos ante la presencia de una laguna normativa respecto al régimen de ambos procedimientos y a la regulación de la adecuación del procedimiento, esto respondería a un criterio cuantitativo pero no al criterio cualitativo que responde al derecho material y justifica la pretensión en determinados derechos, situaciones jurídicas, relaciones jurídicas o petición de tutela, en consecuencia, siendo el proceso urgente una manifestación de la tutela diferenciada, no podría ser vista la pretensión en un proceso declarativo. Y de otro lado, esta posibilidad de adecuar las pretensiones del proceso urgente a la vía declarativa, crea un incentivo en los jueces, que en una errada aplicación del principio "pro actione" destinarían pretensiones específicas a un sistema procesal común, desnaturalizando la vía urgente, y en consecuencia tornándola inútil con el riesgo de caer un escaso y tal vez esotérico uso, "la constatación de ese grave equívoco que, cuando no se revela en el discurso, es invariablemente presupuesto en el raciocinio de los procesalistas, muestra el grado de compromiso con la ordinariedad; y, como observa CARRIO, impele a la doctrina a transformar las demandas sumarias en meros fantasmas de la auténtica sumariedad. Nuestra capacidad de "ordinarizar" y, como consecuencia de esto "plenarizar" todas las demandas es una consecuencia ineluctable impuesta por el paradigma de la ordinariedad"⁷¹.

3.2 Presupuestos del proceso urgente contencioso administrativo como manifestación de una tutela diferenciada

Este tipo de tutela especial, diferenciada o específica, corresponde a una afectación de derechos de necesaria protección inmediata a través de una técnica procesal urgente, la cual se aparta del contenido abstracto del derecho de acción y deviene más bien en un contenido concreto por el cual la actividad jurisdiccional está determinada en un actuar concreto a través de una sentencia de fondo, por lo que los requisitos exigidos en el artículo 26° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo no constituyen "requisitos de procedibilidad" sino "requisitos de fondo" para la actividad jurisdiccional concreta conforme con el texto de la norma que señala que "Para conceder la tutela urgente se requiere...". En este sentido parte del mito o tradición de la "ordinariedad" provoca en los jueces el análisis de

estos requisitos como de "procedibilidad" y emiten resoluciones inhibitorias en lugar de correr el traslado directo y emitir sentencia de fondo ya sea fundada o infundada, con lo que de plano envilecen todo el sistema de la tutela urgente provocando una innecesaria revisión por el superior jerárquico, el cual además exige dictamen fiscal, dándole el trato de un proceso declarativo especial ante la falta de norma específica, desnaturalizando así todo el proceso urgente y perdiendo cualquier aspecto de efectividad que pudiera tener o aspirar.

La concesión de la tutela urgente será determinada sobre la base de las siguientes cuestiones:

- a. *¿Cuál es el interés tutelable?* En tanto, se debe verificar la clase del título o derecho del afectado así como el acto lesivo, necesario de actuación jurisdiccional inmediata.
- b. *¿Existe una necesidad impostergable de tutela?* En cuanto, de verificarse la existencia del derecho o título afectado, determinar si esta necesitaría de una actuación inmediata jurisdiccional para la remoción o prevención del ilícito bajo el riesgo de tornar dicho derecho en ineficaz, o si por el contrario,
- c. *¿Existe otra vía eficaz para la satisfacción de la pretensión del demandante?* En cuanto a la necesidad y eficacia de la técnica de tutela procesal con relación al derecho afectado si dicha restitución o restablecimiento del derecho o cese del daño al bien jurídico afectado soportaría un proceso de tipo cognitivo declarativo.

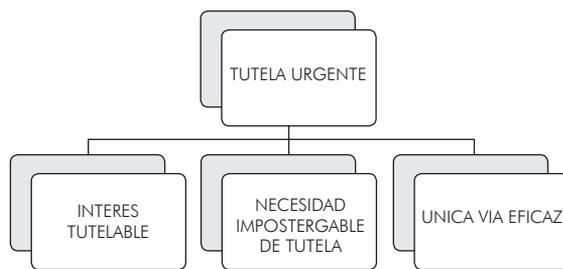
En esta dirección, la declaración jurisdiccional de tutela urgente posee un alto grado de discrecionalidad del juez por lo cual, la decisión se asemeja más a una actividad de equidad que de derecho y por lo tanto muy semejantes a las "injunctions" provisionales de derecho anglosajón, en ellas los presupuestos de adopción dispone de una amplia facultad de discrecionalidad del juez para apreciar su concurrencia. Esta discrecionalidad es propia de la tutela de equidad pero también tiene una serie de límites establecidos en los propios principios de equidad como *one who seeks equity must do equity* y *clean hands* que en realidad se basan en conceptos como la buena fe y no consentir situaciones contra las que luego se actúa por medio de alguna forma de tutela de la rama de equidad⁷².

⁷¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. "Jurisdicción y ejecución. En la tradición romano - canónica". Trad. Juan José Monroy Palacios. Palestra, 2005, Lima. p. 327.

⁷² GILZANS UZUNAGA, Javier. "El proceso civil estadounidense: La tutela judicial cautelar". Aranzandi, Navarra, 2010. p. 129.

Para la adopción de una "injunción" deben señalarse los siguientes requisitos:

- i) Probabilidad de que el solicitante sufrirá un daño irreparable (*irreparable harm*) si la "injunción" no es acordada.
- ii) Valorar la posible injusticia que se produzca con la adopción de la "injunción" respecto a las dos partes (*balance of hardships*).
- iii) El efecto o interés público que pueda producirse al acordar la "injunción".
- iv) Que la "injunción" provisional sea la forma de tutela adecuada para la controversia.



De estos requisitos señalados, los establecidos en el punto (i) y (iv) están presentes en los requisitos para la concesión de la tutela urgente prescrita en el artículo 26° de la Ley del Proceso contencioso administrativo en sus incisos b) y c), mientras que el primer inciso del referido artículo hace referencia a la posibilidad del "juicio" de verosimilitud por lo cual sería posible una tutela de ejecución sin el proceso declarativo previo, lo cual era impensable en el proceso liberal ordinario.

3.2.1 Interés tutelable cierto y manifiesto⁷³:

Con relación al presente presupuesto, la doctrina argentina ha desarrollado en el perfil de la "medida auto satisfactiva" y del "proceso urgente" designando a este requisito como la acreditación de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho, que tiende a la exigencia de certeza o convicción suficientes de que es atendible lo solicitado⁷⁴, que presupone el recaudo de la urgencia en relación a la existencia de un derecho líquido y probado en un grado de cuasi certeza que justifica el despacho de una medida de trámite mínimo, con un régimen contradictorio acotado, a veces excepcionalmente diferido, y

de impugnación compleja⁷⁵, así en el artículo 785° del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes se establece "Artículo 785. *Petición urgente. Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable la prestación de la tutela jurisdiccional inmediata*", en igual forma el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco señala en su artículo 232°, "artículo 232..b) *que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente a la solución de urgencia no cautelar requerida..*". El proyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, artículo. 290° sanciona "Los jueces podrán decretar, prudencial y excepcionalmente, medidas urgentes distintas de las reguladas por este Código. Requiriéndose una solución urgente no cautelar, podrá solicitarse el despacho de una medida auto satisfactiva cuando existiere una *palmaria verosimilitud del derecho alegado. El pedido que deberá aportar elementos probatorios "prima facie" de los argumentado, será sustanciado exclusivamente mediante traslado o la celebración de una audiencia*". Recientemente el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Juan incorporó el capítulo de procesos urgentes, "artículo 693°.- *Procesos urgentes. En caso de extrema urgencia, si fuera necesario salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso abreviado y tomando medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva*".

En todos estos casos la razonabilidad de la urgencia radica en la innegable necesidad de de consagrar tutelas diferenciadas en orden a: "a) evitar a las partes y a la administración de justicia el "costo" del proceso de conocimiento pleno, en los casos en que no se justifica la plausibilidad de contestación; b) asegurar rápidamente la efectividad de la tutela jurisdiccional en las situaciones de ventaja de contenido (exclusivo o prevalente) no patrimonial y que sufrir daño irreparable por la demora de la cognición plena, y c) evitar el abuso del derecho de defensa del demandado, mediante la utilización de los instrumentos de garantía previstos para el procedimiento ordinario"⁷⁶.

⁷³ Artículo 26°, a). Decreto Supremo N° 013-2008-JUS

⁷⁴ EGUREN, Carolina. "Las medidas autosatisfactivas: El gran salto evolutivo del derecho procesal contemporáneo". En: *Activismo y Garantismo procesal*. AA.VV, Córdoba, 2010. p. 130.

⁷⁵ EGUREN, Carolina. *Op. Cit.* p. 128.

⁷⁶ PELLEGRINI, Ada. "Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año III, N° 4, 2004, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, febrero 2004. p. 251.

No obstante, la realización del derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no depende sólo del análisis del derecho de defensa, sino también del derecho material en litigio y de la "tutela de los derechos" que exige el análisis de la esfera jurídica del demandando. La adecuación de la técnica procesal debe ser medida en base a las necesidades del derecho material y a la situación concreta que depende de su confrontación con el derecho material del demandado. Es preciso verificar si la restricción de la posibilidad de alegación está legitimada por los valores de la Constitución y justifica la restricción del derecho a la producción de la prueba y legitime de esta forma un juicio de "verosimilitud"⁷⁷.

Este requisito tiene correlación con el juicio positivo de probabilidad, en el caso de las "injunctions" provisionales, a favor del solicitante que es claramente una apariencia de buen derecho "*likelihood of success on the merits*". Al tal fin el juez debe valorar las probabilidades de que la pretensión del actor sea finalmente estimada al final del proceso, por ello deberá realizar un cálculo de probabilidades al respecto⁷⁸, y que tiene también relación con la resolución del conflicto ejecutivo endo procesal, en la cual el juez para poder anticipar los efectos de una sentencia debe valorar la doble dimensión del conflicto entre los intereses de las partes y los valores de la legislación, además de tener presente el grado de certeza en el momento de la resolución. De esta forma si el interés del demandante en la urgencia de la resolución es más intenso que el interés del demandado por la cognición plena, y el valor "tempestividad" prima sobre el valor "estabilidad", además de tener un alto grado de certeza ya sea por el derecho material invocado y las pruebas aportadas, el juez deberá resolver por la resolución de este conflicto ejecutivo endo procesal a favor del solicitante y podrá anticipar los efectos de una declaración.

3.2.2 Necesidad impostergable de tutela:

El fundamento básico de la tutela urgencia es la "*urgencia pura o intrínseca*", que corresponde a la demostración *prima facie* de la concurrencia de una situación urgente que de no ser conjurada puede irrogar un *pericullum damni*⁷⁹. A diferencia de la "*urgencia funcional*" que proporciona la

tutela cautelar clásica, en la que hay una relación mediata o indirecta entre la pretensión cautelar y el daño a evitar, en cuanto no se enfoca la urgencia *per se*, sino que se la evalúa con relación a los fines del proceso principal, para asegurar o conservar los efectos del futuro título "*por ello se observa que la teoría cautelar clásica tendiente a evitar la demora que el desarrollo del proceso supone torne ilusorios los derechos -brinda soluciones a la denominada urgencia funcional. En otras palabras se preocupan por dar respuestas a situaciones que resulten premiosas en miras a otra coyuntura (el proceso principal), y cuya dañosidad es meramente virtual o conjetural, en el sentido de que puede o no llegar a registrarse*"⁸⁰. En otras palabras, "*la denominada urgencia funcional conduce a prevenir, precaver y evitar el daño que implicaría no poder cumplimentar con la futura sentencia judicial que acogiera la pretensión. Por el contrario, la urgencia intrínseca reclama como objeto único y acotado - prevenir, precaver y evitar la producción o agravamiento de una daño mediante el pronunciamiento judicial concomitante, inmediato y actual*"⁸¹. En tal sentido la tutela anticipatoria al no ser instrumental sino directa, es la única tutela que pretende el actor, al contrario de la tutela cautelar que es funcional o indirecta y posibilita la satisfacción de una pretensión posterior, por ello también se ha denominado tutela específica, en contraposición a la tutela resarcitoria. La tutela anticipatoria satisface el plano fáctico, no posee el carácter de provisorio, estando subordinada al mantenimiento del estado peligroso indicativo de la probabilidad del daño.

En la doctrina del "*irreparable harm*" para la concesión de las "*injunctions*" provisionales se trata de un daño de tal envergadura que no puede ser compensando económicamente o que no puede ser compensando con una sentencia judicial posterior además de ser inminente. Sin embargo, el requisito del daño irreparable no es exigido cuando la conducta que se pretende cesar resulta contraria a la Constitución o a Derecho.⁸²

3.2.3 Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado:

Este presupuesto atiende a que la pretensión de la tutela urgente no debe tener contenido declarativo

⁷⁷ MARONONI, Luiz Guilherme. "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva". Trad. Aldo Zela Villegas. Palestra, Lima, 2007. pp. 296-298

⁷⁸ GILZANS, Op. Cit. p. 133.

⁷⁹ EGUREN, Carolina. Op. Cit. p. 132.

⁸⁰ PEYRANO, Jorge. "Problemas y soluciones procesales". Editorial Juris, Rosario, 2008 p. 221.

⁸¹ PEYRANO. Op. Cit. p. 223.

⁸² GILZANS. OP. Cit. pg. 129.

de derechos, sino que debe circunscribirse de manera evidente a la cesación inmediata de conductas de vías de hecho, producidas o inminentes contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal. El interés del postulante debe limitarse a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, sin extenderse a la declaración de derechos conexos o afines. Esta particularidad, se entiende en tanto, la tutela de urgencia que se posibilita a través del proceso urgente es un proceso autónomo que se abastece en su propio dictado, en tanto, está destinada a remover o inhibir el acto lesivo que impide el disfrute del derecho. El sentido de las pretensiones del solicitante, no debe ser la declaración, condena o constitución de un título con efectos jurídicos sobre una situación jurídica particular, ni tampoco solicitar instrumental para el aseguramiento o conservación de un futuro título a conseguir a través de un proceso cognitivo.

Finalmente, tampoco se debe solicitar la ejecución de obligaciones nacidas al amparo del título ya sea de forma administrativa o jurisdiccional. Muy por el contrario las pretensiones fundamento del proceso urgente llevan al restablecimiento inmediato de los derechos del administrado sin necesidad de una declaración posterior y ante el evidente peligro de tornarse en irreparables.

El debate no se centra sobre la declaración de certeza de algún título, sino sobre el derecho mismo, el cual está siendo lesionado a través de una actuación irregular. En este caso, la tutela jurisdiccional solicitada o técnica procesal para la eficacia de la tutela jurisdiccional puede ser de tipo "tutela para la remoción del ilícito" o de prevención para inhibir la producción del ilícito que lesione el derecho. *"La tutela de remoción del ilícito es posterior a la práctica del acto ilícito. La misma no inhibe el ilícito. La misma se dirige contra el ilícito, independientemente de que el ilícito haya o no provocado un daño"*⁸³.

Dicha tutela tiene como objetivo remover o eliminar los efectos concretos del ilícito, es decir, la causa de ilícito, donde es suficiente la verificación de la falta de transgresión de un mandato jurídico, no teniendo importancia si el interés privado tutelado por la norma fue efectivamente lesionado o si ocurrió un daño. Para que haya interés en una tutela que siendo posterior al ilícito, que no se destina a resarcir contra el daño, es necesario que la acción contraria a derecho deje marcas concretas que, propagándose en el tiempo, constituyan una fuente

abierta para la producción de daños, como en casos, en los cuales la acción *contra ius* produce efectos concretos que, manteniéndose en el tiempo, constituyen exactamente el reflejo de la conducta prohibida, por la norma de protección del derecho.

Nuevamente, con relación a las *injuctions* del derecho anglosajón este requisito guarda estrecha relación con el *Adequacy test* o presupuesto de una tutela judicial adecuada que parte de la premisa básica de la tutela de equidad sólo será aplicable cuando la controversia no pueda ser resuelta por medio de una fórmula legal o de Derecho más adecuada. Saber cuándo se presenta una alternativa de tutela legal más adecuada se determina caso por caso analizando los hechos. Dado que la *injunction* es una forma de tutela que proviene de la rama de la equidad, sólo será acordado en caso de que el solicitante acredite que su derecho no puede ser tutelado por ningún otro medio legal. El juez no acordará una *injunction* si existe otra forma de tutela de Derecho disponible para el solicitante que resulte más perfecta o adecuada para tutelar sus derechos. El solicitante no debe esperar a que el Juez constate la existencia de una forma de tutela judicial más adecuada que el solicitado⁸⁴.

Conclusiones

1. En el contexto actual la posibilidad de revisión judicial del proceso administrativo surge para el control de la desviación de la administración, como un examinador independiente, más alejado y menos influenciado por la política, y que tiene como fin, detectar cuando la adjudicación administrativa se ha apartado del "trato legislativo".
2. En esta nueva concepción del control jurisdiccional de la actuación administrativa sienta las bases para la creación de las herramientas procesales que conlleven a este fin, surgiendo la necesidad de las mismas que sirvan para el control de legalidad de los actos administrativos, para el control político de los mismos, y para la detección del error en la adjudicación de la administración con relación al reclamo individual.
3. Luego, el derecho a la tutela jurisdiccional consagrado en el artículo 139°, 3) de la Constitución Política del Perú se constituye en el eje fundamental de la nueva concepción

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela Urgentes y tutelas preventivas". Op. Cit. p. 58.

⁸⁴ GILZANS. Op. Cit. p. 125.

del proceso contencioso - administrativo mediante la afirmación de este como un proceso jurisdiccional y mediante la superación del objeto contencioso administrativo de la nulidad y revisión del acto administrativo al enjuiciamiento de la pretensiones de los particulares deducida en la relación con la Administración Pública, introduciendo la pretensión de plena jurisdicción para el reconocimiento o el restablecimiento del derecho lesionado.

4. Así, el surgimiento de nuevas situaciones jurídicas, la inexistencia de técnicas procesales idóneas para la prestación de la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito y de la morosidad del procedimiento común de conocimiento además del uso distorsionado de la tutela cautelar, son el sustento de la tutela urgente y anticipatoria. La transformación de la sociedad y el Estado hace surgir nuevas situaciones sustanciales carentes de tutela y el Estado Constitucional, al afirmar los derechos fundamentales exige su protección a través de normas y de tutelas jurisdiccionales dirigidas a impedir su violación y a viabilizar la remoción de los efectos concretos derivados de su agresión. Abriéndose de esta manera el espacio para la tutela diferenciada o específica, la cual es una tutela del derecho material y se preocupa de la protección de la integridad del derecho.
5. Como ejemplo de una adecuada respuesta legislativa ha sido el Decreto Supremo N° 018-93-JUS, TUO de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, en donde toda la actividad declarativa se desarrollaría a través del proceso especial, mientras que toda actividad jurisdiccional que por su naturaleza necesite de una actuación inmediata se desarrolla a través del proceso urgente, dejando de lado las categorías de procesos de conocimiento, plenarios rápidos y sumarios que en la práctica cumplen la misma función y que derivan de un contexto político, económico y social distinto al presente correspondiente al siglo pasado, debiendo en su lugar prever un mecanismo rápido y único que sea capaz de absorber la gran demanda social de tutela jurisdiccional que el mercado de derecho está produciendo y que no es capaz de tutelar.
6. Es por ello, que el "proceso urgente" Contencioso Administrativo no se debe entender como una forma abreviada o rápida de un proceso declarativo, sino como una real manifestación de una tutela específica (diferenciada o urgente)

de acuerdo a ciertos presupuestos, sino corre el mismo riesgo del sistema procesal civil de ser absorbido por la estructura formal del proceso declarativo y resultar ineficiente es desmedro de una tutela jurisdiccional que sea "efectiva" de cara a este tiempo de consagración de los derechos humanos.

7. Este tipo de tutela especial, diferenciada o específica, corresponde a una afectación de derechos de necesaria de protección inmediata a través de un técnica procesal urgente, la cual se aparta del contenido abstracto del derecho de acción y deviene más bien en un contenido concreto por el cual la actividad jurisdiccional determinada en un actuar concreto a través de una sentencia de fondo, por lo que los requisitos exigidos en el artículo 26° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo que constituyen "requisitos de fondo" y no "requisitos de procedibilidad" para la actividad jurisdiccional concreta.
8. En esta dirección, la declaración jurisdiccional de tutela urgente posee un alto grado de discrecionalidad del juez por lo cual, la decisión se asemeja más a una actividad de equidad que de derecho, ajena a nuestra tradición jurídica, y por lo tanto, resulta provechoso la confrontación con normas de derecho procesal comparado dentro de un contexto global, para entender esta institución, como es el caso de las *injunctions* provisionales de derecho anglosajón, en las cuales los presupuestos de adopción dispone de una amplia facultad de discrecionalidad del juez para apreciar su concurrencia.

Bibliografía

- AA.VV. Activismo y Garantismo Procesal. ALVAREZ GARDIOL, Ariel (Director). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009.
- AA.VV. La jurisdicción y la protección internacional de los derechos. BUSTAMANTE DE LA RUA, Mónica. Universidad de Medellín, Medellín, 2011.
- AA.VV. Derecho Administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Diego Zegarra (Editor). Palestra, Lima, 2007.
- AA.VV. Teorías Jurídicas y económicas del Estado. CUEVAS, Homero (Director). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

- AA.VV. Proceso y Constitución. PRIORI, Giovanni (Editor). ARA Editores, Lima, 2011.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. 5ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional. Trad. Juan José Monroy Palacios. Communitas, Lima, 2008.
- ALVAREZ GONZALES, Roberto. "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: El mito de una serendipia procesal". En: Revista de Derecho Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista, 2008. <http://egacal.e-ducativa.com/upload/2008_GonzalezRoberto.pdf>
- ANDOLINA, Italo. "Cognición" y "Ejecución forzada" en el Sistema de la Tutela Jurisdiccional. Trad. Juan José Monroy Palacios. Communitas, Lima, 2008.
- AYALA ESPINO, José. Instituciones y economía. Una introducción al Neoinstitucionalismo económico. Fondo de Cultura Económico, 2ª reimpresión, México D.F., 2005.
- BACACORZO, Gustavo. Tratado de derecho administrativo. 4ª Edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. Jurisdicción y ejecución. En la tradición romano canónica. Trad. Juan José Monroy Palacios. Palestra, Lima, 2005.
- BONILLA MALDONADO, Daniel. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro. ¿Jueces o legisladores? Trad. Claudia Ochoa Pérez. Communitas, Lima, 2010.
- CARNACINI, Tito. Tutela jurisdiccional y técnica del proceso. Trad. Mario Monroy Palacios. Communitas, Lima, 2011.
- CHASE, Oscar G. Derecho, cultura y ritual. Trad. Fernando Martín Díaz. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- CERVANTES ANAYA, Dante. A. Manual de Derecho Administrativo. 5ª Edición. Rhodas, Lima, 2006.
- DOUZINAS, Costas. El fin de los derechos humanos. Trad. Ricardo Sanín Restrepo. 1ª Edición en Español. Legis, Bogotá, 2008.
- DANOS ORDOÑEZ, Jorge. Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. ARA Editores, Lima.
- DINAMARCO, Cándido Rangel. La instrumentalidad del proceso. Trad. Juan José Monroy Palacios. Communitas, Lima, 2008.
- FAIREN GUILLEN, Víctor. El juicio ordinario y los plenarios rápidos. Bosch, Barcelona, 1953.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo I. Editorial Thomson – Civitas, Madrid, reimpresión, 2005.
- GIL- ROBLES, Álvaro. Los nuevos límites a la tutela judicial efectiva. Cuadernos de Debate N° 62, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- GILSANZ USUNAGA, Javier. EL proceso civil estadounidense: La tutela judicial cautelar. Arazandi, Navarra, 2010.
- GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. 3ª Edición. Civitas, Madrid, 2001.
- HERRENDORF, Daniel E. El poder de los jueces. 2ª Edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- HUAMÁN ORDOÑEZ, Luis Alberto. El proceso contencioso administrativo. Griljey, Lima, 2010.
- HUAMÁN ORDOÑEZ, Luis Alberto. Los silencios administrativos. Régimen jurídico general. Editorial Iustitia, Lima, 2010.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. Tratado del proceso contencioso administrativo. Jurista Editores, Lima, 2006.
- LANDA ARROYO, César y Ana VELAZCO LOZADA. Constitución Política del Perú. 4ª Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María. ¿Es constitucional el juicio verbal? ¿Es realmente la sumariidad un modelo de garantismo procesal? ¿Son posibles los juicios sumarios civiles? Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Trad. Aldo Zela Villegas. Palestra, Lima, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutelas urgentes y tutelas preventivas. Communitas, Lima, 2010.

- MARTEL CHANG, Rolando. "Acerca de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil" (Tesis UNMSM) En: <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/Martel_C_R/titulo5.pdf>
- MITIDIERO, Daniel. Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos. Palestra, Lima, 2009.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. Código Procesal Civil. Communitas, Lima, 2010.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. Código Procesal Civil. INDEPRO, Lima, 1993.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales". En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo). Rubinzol – Culzoni, Buenos Aires, 2000, pág. 165 - 208.
- MONROY PALACIOS, Juan. "Panorama actual de la justicia civil. Una mirada general desde el proceso". En THEMIS, Revista de Derecho, N° 43, p. 184.
- MONTERO AROCA, Juan. "Declaración de Azul". En: Proceso Civil e Ideología. Editorial San Marcos, Lima, 2009.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. 8ª Edición. Thomson –Aranzadi, Navarra, 2008.
- PELLEGRINI, Ada. "Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia". En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, N° 04, Año III, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal–Culzoni, Febrero, 2004.
- PEYRANO, Jorge W. Nuevas tácticas procesales. Nova Tesis, Rosario, Santa Fé, 2010.
- PEYRANO, Jorge W. Problemas y soluciones procesales. Editorial Juris, Santa Fé, 2008.
- POSNER, Richard. A. El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica, Primera impresión en español. México D.F., 1998.
- PRIORI POSADA, Giovanni. Manual de Derecho Procesal Administrativo. Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2010.
- SUMARIA BENAVENTE, Omar. "El proceso urgente contencioso administrativo. La protección de los derechos obtenidos por silencio administrativo y la posterior actuación material de la Administración". En: Revista Jurídica del Perú, Editorial Normas Legales, N° 126, Agosto 2011, Lima. Pág. 287 -307.
- SUMARIA BENAVENTE, Omar. Introducción al Sistema de la tutela jurisdiccional. ARA Editores, Lima, 2012.
- TARUFFO, Michele y Geoffrey C. HAZARD, Jr. La justicia civil en los Estados Unidos. Trad. Fernando Gascón Inchaústegui Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- VALLET DE GOYTIZOLO, Juan. Sociedad de masas y derecho. Taurus Ediciones, Salamanca, 1968.
- ZELA VILLEGAS, Aldo. La tutela preventiva de los derechos. Palestra, Lima, 2008.