

Medidas cautelares en el Procedimiento Administrativo Peruano: Una mirada crítica a lo realizado y un adelanto sobre aquello que debiera hacerse al respecto

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera*

El presente trabajo nos ofrece un interesante análisis respecto de los elementos y características de la medida cautelar en el marco de la Ley del Procedimiento Administrativo General, realizando para ello una evaluación de las disposiciones que regulan la actividad cautelar de la Administración. Finalmente, el autor nos presenta los avances y materias pendientes de desarrollo respecto a las medidas cautelares.

I. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. LA JUSTIFICACIÓN DE SU INCORPORACIÓN EN EL PERÚ Y ALGUNOS ASPECTOS PENDIENTES DE ANÁLISIS

Sin duda alguna el Procedimiento Administrativo es actualmente un aspecto central en la configuración y desarrollo de la función administrativa del Estado. Ello en mérito a una serie de factores, entre los cuales destacan la constatación de que el conjunto de actividades, gestiones, trámites y fases que dicho procedimiento incluye; han devenido hoy elemento vital para que las personas, entidades y demás aspectos que conforman la Administración o Administraciones Públicas puedan materializar las tareas que les confían o reclaman, y de esa manera, permitan a los diferentes Estados cumplir a cabalidad las tareas que justifican su misma existencia.

Ahora bien, y en la medida en la cual se trata de un importante elemento para canalizar la actuación estatal, debe también tenerse presente que mediante los diferentes Procedimientos Administrativos, previstos en cada ordenamiento jurídico en particular, se ejerce o puede ejercerse una importante cuota de poder, la cual indudablemente tiene una significativa incidencia en los proyectos de vida de cada persona individualmente considerada, así como en el desenvolvimiento de una sociedad determinada en su conjunto. No olvidemos entonces, cómo mediante distintos Procedimientos Administrativos se tendrá como pretensión la atención de diversos

de los derechos ciudadanos, y cómo lo resuelto o efectuado dentro de esos mismos procedimientos (o en algunos otros) marcará pautas, en ocasiones de carácter irreversible, sobre cómo ejercer esos derechos o acerca de cómo desarrollar nuestra vida con toda complejidad.

Es pues en este contexto, el de una relación tan compleja como ésta, que se va (en consonancia con aquél que es el fin último de todo Estado Constitucional, el reconocimiento y tutela de los diversos Derechos Fundamentales) a buscar que la Administración no solamente cuente con procedimientos para actuar con eficiencia y eficacia, sino que los ciudadanos y ciudadanas, razón de ser del quehacer de esa Administración, se encuentren ante actuaciones administrativas que, cuando afecten sus derechos e intereses, lo hagan de la manera menos gravosa posible.

Esta, en líneas generales, situación de consolidación (o por lo menos, de búsqueda de consolidación) del Derecho a una moderación del quehacer administrativo, sobre todo si éste implica la materialización de actos de gravamen, va a ir haciendo notar en el ámbito del Derecho Administrativo en general, y en el del Procedimiento Administrativo en particular, la relevancia de reconocer una actividad cautelar como una de las obligaciones de toda autoridad administrativa. Este reconocimiento, por cierto, se encontrará mejor consolidado si, a diferencia de lo que todavía sucede en muchos países¹, no so-

* Catedrático de Pre y Post Grado en las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura, y Doctorado en Derecho, es integrante de las mesas directivas de las Asociaciones Peruanas de Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho Procesal, así como del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

¹ Así, por ejemplo, la suspensión del acto administrativo como medida cautelar que precisamente afecta su eficacia, no se encontraba expresamente regulada en la Ley alemana, por lo menos hasta el año 2008. Ver en este sentido lo resaltado por RIASCOS GÓMEZ, Libardo – “Las Medidas cautelares administrativas en el Derecho Comparado”. En http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/Mcauteladas_A.pdf. p.3 Visitada el 19 de julio de 2010.

lamente se manifiesta en un escenario doctrinario o jurisprudencial o si es explícita en precedentes administrativos con carácter vinculante.

En el caso peruano, quienes estuvieron en la conformación de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, asumieron como válida esta última afirmación. Por ello, además de plasmar principios como el de la razonabilidad, en el Título Preliminar de esta norma, o consagrar el derecho de los y las administradas a conseguir moderación en los actos de gravamen de la Administración (en ese sentido conviene revisar lo previsto en el artículo 55°; inciso 10 de la Ley), se buscará plasmar una actividad cautelar consecuente con el objetivo que hoy motiva a toda actividad cautelar que se precie de serlo: el respeto de una cabal tutela de los derechos ciudadanos, el cual pasa porque la pretensión planteada a una autoridad (en este caso administrativa) puede ser debidamente alcanzada al momento en que dicha autoridad se pronuncie al respecto (al principio al final del procedimiento administrativo); y, asimismo, porque la actividad probatoria (aquella que permitirá otorgar convicción a la autoridad para finalmente poder pronunciarse) pueda darse a cabalidad.

Sin embargo, necesario es tener presente que la actividad cautelar cuenta con algunas características, ya reconocidas como tales en el Derecho Comparado. Y es que, por ejemplo, aun cuando con ambas se busca el aseguramiento de determinados elementos (y por ende, existen varios puntos en común entre ellas), en puridad no hablamos de lo mismo cuando nos referimos a medidas cautelares y medidas provisionales.

Deberá entonces apreciarse que las medidas cautelares, como aquí ya se ha anotado, buscan asegurar una cabal tutela de los derechos ciudadanos. En cambio, lo que se busca con las medidas provisionales es tutelar el interés general (supuestamente) a cargo de la Administración.

En mérito a lo recientemente expuesto, bien puede entenderse como quehacer garantista que debía darse asegurando la eficacia de la Administración tanto a nivel de la ejecución de la decisión final a emitirse como en el logro del respeto al interés público confiado a las diferentes entidades administrativas.

Tampoco existe plena coincidencia en los presupuestos exigidos para la concesión de unas y otras medidas; y es que si bien en ambas se reclamará un peligro en la demora o la necesidad de una adecuación, por la naturaleza de lo que busca tutelar, para otorgar una medida cautelar se necesita contar con un *fumus bonus iuris* o apariencia del

Derecho. En cambio, para la concesión de una medida provisional se pedirá que exista verosimilitud de la ilegalidad de aquella conducta del particular que precisamente se busca alterar con la dación de estas medidas provisionales².

Y ya entrando de lleno en lo que es o se entiende como propio de las medidas cautelares, existen elementos que en el Derecho Comparado han sido utilizados – en algunos casos no sin alguna controversia – como decisivos o definitivos de que nos encontramos ante una medida cautelar invocable en un procedimiento administrativo o como requisitos para su concesión. Así pues, entre otros aspectos, además de su elemento “asegurativo”, se habla de la existencia de un procedimiento administrativo previo (*pendentia litis*), elemento que, como veremos luego, hoy ha sido puesto en entredicho; de la temporalidad de las misma medida tomada; del *fumus bonus iuris* (o apariencia del Derecho) y el *periculum in mora* (el riesgo de un perjuicio irreversible e irreparable, el cual precisamente lleva a pedir el otorgamiento de una medida cautelar); y, finalmente, a la denominada instrumentalidad de esta clase de medidas.

De la mano de su variabilidad, temporalidad y contingencia, se anotará también como las medidas cautelares invocables en un procedimiento administrativo tienen en el Derecho Comparado pautas de terminación y modificación, entre otras características. Cabría entonces preguntarse si el tratamiento dado a estas medidas en el Perú responde a estos parámetros; y si existe alguna particularidad al respecto, convendría pronunciarse si ella abona más bien a favor del fortalecimiento de esta institución y la mejor atención de los objetivos que inspiran su existencia o todo lo contrario. Pasemos pues de inmediato a intentar responder las interrogantes que nos hemos formulado, para luego sobre la base de ello efectuar algunos comentarios sobre el particular.

II. EL TRATAMIENTO OTORGADO A LAS MEDIDAS CAUTELARES DENTRO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PREVISTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Lo recogido en la Ley del Procedimiento Administrativo General Referencias preliminares y un acercamiento más específico a lo previsto en el artículo 146°.

Si hacemos una rápida mirada a lo previsto en la Ley N° 27444 (la cual en la materia aquí abordada no ha sido alterada por las modificaciones posteriormente introducidas a su texto original), sin duda ella permitiría apreciar cómo dicha norma incluye varias referencias al tema cautelar. En algunos casos éstas

2 Una buena síntesis de los alcances de estas diferencias la encontramos en MORÓN, Juan Carlos – “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo”. Lima, Gaceta Jurídica, octava edición, primera reimpresión, 2009, p. 742.

son directas, como las recogidas en los artículos 146°, 226° ó 237.2° de la Ley en comentario. En otros se hace mención a aspectos que devienen en presupuestos necesarios para poder ejercer la actividad cautelar invocada (el ya mencionado artículo 55.10° de la Ley N° 27444, por ejemplo). Finalmente, existirán disposiciones donde se hace alusión a instituciones emparentadas (aunque distintas) a las medidas cautelares, como las medidas provisionales previstas en los procedimientos administrativos sancionadores, recogidos en el artículo 236° de la norma que venimos comentando.

Entre todos estos preceptos, sin duda tiene capital importancia lo recogido en el artículo 146°, en donde se establecen las pautas de regulación general a las medidas cautelares dentro de un procedimiento administrativo en el Perú. Allí se señalará que ya iniciado un procedimiento administrativo, la autoridad competente, mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes, puede adoptar, de oficio o a pedido de parte, provisoriamente y bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en la misma Ley N° 27444 u otras disposiciones aplicables³.

Este otorgamiento de medidas cautelares, sustentado en una decisión fundamentada, solamente podrá materializarse si hubiera la posibilidad de que sin su adopción se arriesgase la eficacia de la resolución a emitirse posteriormente. En cualquier caso, deberá tenerse presente que estas medidas pueden ser modificadas o levantadas, ya sea de oficio o a pedido de parte, si suceden cosas nuevas o se llegan a saber aspectos no conocidos al momento de adoptar una medida cautelar.

Terminamos este apartado haciendo mención a dos aspectos centrales en la configuración de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo peruano, por lo menos en su formulación general. Uno de ellos es el de la imposibilidad de dictar (por lo menos, actuando conforme a Derecho) medidas cautelares que causen daño irreparable a los (las) administrados (as). El otro se encuentra referido a que las medidas cautelares caducan de pleno derecho si se emite la resolución final del procedimiento correspondiente, si transcurre el plazo previsto para su ejecución, o si pasa el plazo establecido para la emisión de la resolución con la cual se termine el procedimiento en cuestión.

Pasemos pues a analizar todo lo que estas prescripciones implican, tanto de manera explícita como

«(...) dos aspectos centrales en la configuración de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo peruano, por lo menos en su formulación general. Uno de ellos es el de la imposibilidad de dictar (por lo menos, actuando conforme a Derecho) medidas cautelares que causen daño irreparable a los (las) administrados (as). El otro se encuentra referido a que las medidas cautelares caducan de pleno derecho si se emite la resolución final del procedimiento correspondiente, si transcurre el plazo previsto para su ejecución, o si pasa el plazo establecido para la emisión de la resolución con la cual se termine el procedimiento en cuestión».

implícita. En primer lugar, y si acogemos los términos utilizados por Jesús González Pérez⁴ en esta materia, lo planteado en el artículo 146° recoge adecuadamente lo que podría considerarse un elemento subjetivo para la procedencia de una medida cautelar: la determinación de quien es la autoridad competente para emitirla. Cualquier funcionario (a) no está habilitado (a) para hacerlo. Ya el quehacer posterior seguido al respecto ha hecho entender, tal como se comprende en líneas generales en todo el Derecho Comparado, que ese (a) funcionario (a) es quien decidirá la controversia de fondo (y no, por ejemplo, quien asume el rol de instructor (a) ordinario (a) en dicho procedimiento), funcionario (a) que puede incluso otorgar una medida distinta a la cual había sido solicitada.

3 Y es que las medidas cautelares deben cumplir con el requisito de tipicidad. Ahora bien, ello abre muchas posibilidades de debate. La primera de ellas está referida a estas medidas cautelares, si no están recogidas en la Ley N° 27444, pueden estar recogidas en normas que no sean leyes e incluso que no tengan rango de Ley. La segunda incide más bien sobre los alcances de esta tipicidad: dicho en otros términos, si solamente permite establecer quién es competente para dar estas medidas, o si además, como creemos nosotros, debiera también incluir un pronunciamiento sobre cuáles son las medidas pasibles de aplicarse.

4 En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús – “Manual del Procedimiento Administrativo”. Madrid, Civitas, 2000, especialmente p. 422.

Sin embargo, ya no es fácil encontrar tantas coincidencias en otros aspectos. Hoy bien podría debatirse como, por analizar una situación en particular, la norma peruana hace suyo el principio *pendentia litis* o *pendente lite*; o, dicho en otros términos, asume que para conceder una medida cautelar en un procedimiento administrativo, dicho procedimiento ya debe haber sido formalmente iniciado, no admitiéndose en principio medidas anticipadas. Ello en el entendimiento de que esas medidas anticipadas pueden dilatar el procedimiento a iniciarse posteriormente y además debilitar el espíritu garantista que debe guiarlo.

Esta postura, muy respetable sin duda, tributaria de una comprensión donde el carácter instrumental de la medida cautelar suele entenderse como ligado a una subordinación de lo cautelar al procedimiento principal, posición que todavía tiene mucho predicamento en el Derecho Administrativo Nacional⁵ e Internacional, admite ser puesta en cuestionamiento si tomamos en cuenta la naturaleza misma de la actividad cautelar y de su materialización más relevante, la medida cautelar. Hoy la moderna ciencia procesal le reconoce una autonomía a esta medida, la cual tiene una estructura propia e independiente a la de cualquier otro elemento de algún procedimiento e incluso de cualquier otro procedimiento. Ciertamente es también que esa autonomía (que no desconoce sino que redimensiona la "instrumentalidad" del procedimiento y la medida cautelar) ya va siendo admitida en el caso peruano, aunque todavía a nivel de procedimientos administrativos especiales, tal como veremos en otro apartado de este mismo texto.

Ahora bien, necesario es anotar que éste no es el único aspecto que genera polémica en la determinación de los elementos que pueden ser considerados como esenciales para la configuración de una medida cautelar en el escenario de un procedimiento administrativo como el recogido en la Ley N° 27444. Uno de ellos es, sin duda alguna, el de la exigibilidad o no exigibilidad de una audiencia a los interesados (as) en el procedimiento, considerado por algunos autores como un elemento necesario para definir si estamos o no ante una medida cautelar en este contexto⁶.

Se alegrará entonces que si con la adopción de una medida cautelar pueden ocasionarse perjuicios irreparables a los interesados (as), sería por lo menos

conveniente oír a quienes podrían resultar afectados (as). Sin embargo, bien cabría, desde otra perspectiva, preguntarse si con esto no se está descartando y desvirtuando el sentido de una medida cautelar. Tal vez por ello, y en la misma línea de lo que el aquí ya mencionado administrativista español Jesús González Pérez señalaba en sus "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo"⁷, nuestra Ley N° 27444, no asume como obligatorio el dar audiencia a los (as) interesados (as), siendo su realización más bien una decisión librada a la discrecionalidad de la autoridad competente⁸.

De otro lado, aspectos propios de toda medida cautelar asumidos en una forma, si cabe el término, más pacífica, son más bien el de su carácter "asegurativo", y el de su naturaleza temporal y variable, o lo referido a la aparición de Derecho o el peligro en la demora como elementos esenciales para la concesión de este tipo de medidas. Al tratamiento dado a cada uno de ellos le dedicaremos entonces algunas líneas en este mismo texto.

La relevancia del carácter asegurativo de las medidas cautelares es pues un elemento central en su configuración, tanto así que la hoy famosa clasificación de las medidas cautelares que en su momento elaborase Calamandrei tiene precisamente como variable a tomar en cuenta cómo, cuándo y cuánto es lo que se resguarda con estas medidas⁹.

Y es que una medida cautelar siempre busca proteger o tutelar algo, aun cuando también pueden darse en un procedimiento administrativo otros instrumentos de protección, dedicados a intentar cuidar otros bienes (como es el caso de las medidas provisionales, tomando en cuenta las diferencias ya descritas entre medidas cautelares y provisionales en otro apartado de este mismo texto). En el caso de la Ley N° 27444, parece desprenderse una preocupación por conservar aquello que es la materia del procedimiento o por suspender la ejecución de resoluciones. Deberá entonces recurrirse a procedimientos especiales para encontrar alternativas como las de la suspensión de funcionarios, el traslado de cargo en procedimientos disciplinarios, cierre temporal de establecimientos o el decomiso o el de inmovilización de mercaderías¹⁰. Sin embargo, bien puede apreciarse que dichas medidas apuntan a, si cabe el término, tutelar un mismo "margen asegurativo" que aquel ya señalado en la Ley N° 27444.

5 En este sentido opina, por ejemplo, MORÓN, Juan Carlos, Op. Cit., p.146

6 Esto es, por ejemplo, lo sostenido por RIASCOS GÓMEZ, Libardo. Op. Cit., p.16

7 Ver al respecto, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús – "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo". Madrid. Civitas, 1977, pp. 432-433

8 Ahora bien, necesario es anotar que algunos autores en el Perú, invocando la tutela de un debido procedimiento, recomiendan siempre realizar este tipo de audiencias. Ese es el criterio de, entre otros, MORÓN, Juan Carlos. Op. Cit., p. 458

9 CALAMANDREI, Pietro – "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares" –Buenos Aires, Bibliográfica, 1945, p. 53.

10 En ese mismo sentido, MORÓN, Juan Carlos – Op. Cit., pp. 448-449

La temporalidad es también un aspecto muy relacionado con la configuración de las diversas medidas cautelares. La Ley N° 27444 resaltaría que no pueden durar más allá de la emisión de la denominada “decisión final” (reconociendo además, aquí más bien de la mano del carácter contingente y variable de este tipo de medidas, que la autoridad competente puede incluso revocarlas antes¹¹), o que caducan de pleno Derecho al dictarse la resolución que da fin al procedimiento o cuando vence el plazo para la emisión de dicha resolución.

Por otro lado, pocas cosas que ya no se hayan señalado pueden añadirse aquí sobre la apariencia del Derecho (*fumus bonus iuris*) o la verosimilitud (y no certeza) de que se tenga el derecho que invoca quien plantea una medida cautelar. Tampoco (por lo menos en un trabajo como éste, el cual no debiera ser demasiado extenso ni olvidar su carácter introductorio) sobre el *periculum in mora*, o peligro de un daño irreversible y hasta irreparable si no se concede una medida cautelar. Sin negar la indisimulable relevancia de estos temas, nos limitaremos a anotar que lo recogido en el caso peruano en este punto parece recoger a cabalidad lo planteado en la mejor doctrina y normativa existente en el Derecho Comparado sobre el particular.

Finalmente, y aunque algo ya se afirmó al respecto, el debate sobre su “instrumentalidad” es sin duda en un aspecto que no debiera ser soslayado en la configuración de una medida cautelar. Sin duda alguna las medidas cautelares buscan asegurar que una pretensión en debate pueda, si se cuenta realmente con derecho a ello, finalmente alcanzarse. Ahora bien, aquello, y muy a despecho de lo que algunos (as) han señalado, no parece constituir un impedimento para, por ejemplo, plantear medidas anticipadas frente a un procedimiento futuro. Con ello no se desvirtúa su carácter instrumental, sino más bien pareciera dársele una comprensión más acorde con el actual estado de cosas existente al respecto en lo referido a los alcances de la actividad cautelar de una autoridad. En cualquier caso, estamos pues ante un tema que, independientemente de lo que determinadas personas deduzcan de lo previsto en la normativa vigente en el Perú, reclama un debate y toma de una posición mejor fundamentada.

Ahora bien, no es el artículo 146° la única prescripción a tomar en cuenta al respecto. Existen en la misma Ley N° 27444 otros preceptos relacionados con esta materia, a los cuales nos referiremos inmediatamente.

III. SUSPENSIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCEDIMIENTOS TRILATERALES Y MEDIDAS PROVISIONALES EN PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES O SANCIONATORIOS.

Necesario es anotar que el artículo 146° no es la disposición vinculada con el tema de las medidas cautelares en la Ley del Procedimiento Administrativo General. No puede soslayarse, por solamente mencionar un caso, que en el artículo 216° de la Ley N° 27444, sin desconocer que la regla general a aplicar es la de la ejecutividad y –sobre todo– la ejecutoriedad de todo acto administrativo, se plasma una típica medida cautelar, la única expresamente reconocida en otros ordenamientos jurídicos nacionales: la suspensión de un acto administrativo.

De acuerdo a la normativa actualmente vigente en el Perú sobre el particular, la suspensión de un acto administrativo, el cual puede darse de oficio o a pedido de parte¹², solamente puede darse si la ejecución de dicho acto puede causar un daño irreparable o de difícil reparación; o si objetivamente se aprecia que en el mismo se ha incurrido en un vicio de nulidad trascendente. Y como si lo expuesto no fuese suficiente, en el cuarto inciso del artículo 216° de la Ley se señala que al disponerse la suspensión de un acto administrativo podrán adoptarse las medidas consideradas necesarias para tutelar el interés público y los derechos de terceros, así como la eficacia de resolución impugnada.

Por otro lado, en el artículo 237.2° de la Ley N° 27444 se habilita la adopción de medidas cautelares (sin hacer mayores precisiones sobre cuáles serían las invocables) para asegurar la eficacia de aquella resolución con la cual se concluye un procedimiento sancionador, mientras dicha resolución no fuese ejecutiva. Sin embargo, oportuno es anotar como en algún caso la Ley N° 27444 también hace referencia a conceptos insuficientemente precisados, cuando se habla, por ejemplo, de las medidas que sean necesarias para tutelar el interés público y los derechos de terceros o garantizar la eficacia de la resolución impugnada (artículo 216° inciso 4).

Existen eso sí una serie de precisiones sobre las medidas cautelares invocables en procedimientos administrativos trilaterales, recogidas básicamente en el artículo 226° de la Ley N° 27444. Allí, además de señalarse que en líneas generales se seguirán las pautas del artículo 146° ya descritas en el presente trabajo, se anotará que estamos ante medidas que,

11 Las medidas cautelares no tienen una vocación de permanencia, sino la intención de garantizar situaciones y condiciones que pueden, dependiendo de diversas variables, estar en mayor o menor riesgo. De allí que una medida cautelar puede ser variada e incluso ser dejada de lado por la autoridad competente para ello.

12 Esto último por cierto incluso puede darse sin tomar en cuenta que el pedido de suspensión hecho por un administrado (a) estuvo o no incluido dentro del recurso administrativo que ese administrado(a) hubiese presentado en su momento.

de oficio o a pedido de parte, pueden dictarse en cualquier etapa del procedimiento.

Se dirá también que si no se cumplen estas medidas cautelares debiera aplicarse la normativa sobre ejecución forzosa recogida entre los artículos 192° y 200° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por último, se prescribe que estas medidas son apelables por un plazo de tres días, contados a partir del momento en que dichas medidas fueron notificadas, aclarándose eso sí que la presentación de dicha apelación no suspende la medida, salvo que exista una Ley o una decisión de autoridad en sentido contrario. Luego de haberse emitido el concesorio, la apelación presentada deberá elevarse al superior (a) jerárquico (a) en un plazo máximo de un día y resolverse en un plazo de cinco días.

En la misma Ley se plantea, además, la posibilidad de dictar medidas provisionales en procedimientos sancionatorios o sancionadores (artículo 236°). Las diferencias entre una medida cautelar y una provisional ya han sido explicadas en otro apartado de este mismo trabajo. Corresponde entonces, adicionalmente, anotar aquí que estas medidas provisionales, al igual de lo que sucede con las medidas cautelares, deben cumplir con un requisito de tipicidad. Ello, como ya hemos adelantado en el presente texto, y que en el caso de las medidas recogidas en un procedimiento sancionador sería consecuencia de una interpretación sistemática de los artículos 146° y 236° de la Ley N° 27444, genera algunos problemas todavía formalmente no resueltos, como son los relacionados a si dicha tipicidad puede plasmarse ya no solamente por una norma distinta a la Ley del Procedimiento Administrativo General, sino por normas que ni siquiera cuenten con rango de Ley; o los vinculados a los alcances de esta tipicidad¹³.

A modo de síntesis, de todo lo visto hasta este momento, podemos entonces decir que la Ley N° 27444 ya recoge buena parte de los elementos que se invocan o reclaman en cualquier medida cautelar cuya deducción puede darse en los procedimientos administrativos correspondientes. Sin embargo, todavía se dejan algunos aspectos sin abordar, y en otros, la intensidad de la actividad cautelar, como lógica consecuencia del sentido último de ésta, podría ser drásticamente aumentada.

En este sentido entonces, resulta especialmente interesante como la misma aplicación de la Ley peruana del Procedimiento Administrativo General por algunos (as) de sus más calificados (as) operadores (as), y lo prescrito en varias leyes y demás normativa especial sobre Procedimiento Administrativo en el Perú, demuestran cómo se puede y debe ir más adelante en el derrotero tuitivo que hoy se le recla-

ma a cualquier autoridad administrativa cuando se encuentra en el ejercicio de la actividad cautelar que debiera ejercer. Pasemos pues a acercarnos a lo previsto e interpretado hasta ahora al respecto, antes de emitir un juicio más cabal sobre las fortalezas y debilidades del actual estado de la cuestión en el tratamiento del tema que en este momento concita nuestra atención.

Notas sobre lo formalmente no previsto en la Ley N° 27444 pero que sí se encuentra directamente ligado con el desarrollo de la actividad cautelar que debe desempeñar la Administración.

Por la propia naturaleza de lo que se busca con el desarrollo de una actividad cautelar a cargo de la misma Administración, bien podemos presuponer que dicho quehacer tiene una vocación expansiva, pues mientras más aumenten los espacios de actuación de la Administración, así como la complejidad de lo que es posible efectuar dentro de los mismos, mayores serán los requerimientos ciudadanos dirigidos a la tutela de los derechos que, con razón o sin ella, vienen invocando. No debe sorprender entonces que alternativas cautelares formalmente no previstas en su momento en leyes como la Ley del Procedimiento Administrativo General peruana devengan ahora en posibilidades ciertas y hasta aconsejables de ser puestas en práctica.

La misma interpretación hecha a lo prescrito en la Ley N° 27444 ha ido por esos derroteros. Independientemente de ello, también en nuestro país se han plasmado con claridad algunas de estas nuevas alternativas (nuevas por no haber querido ser en su momento expresamente recogidas por los autores de la Ley o por haberse presentado como posibles opciones recién mucho tiempo después de la entrada en vigencia de esta norma) en la regulación otorgada para determinados procedimientos especiales. Sin ánimo de ser muy exhaustivos al respecto, procederemos a mostrar varias de estas experiencias, las cuales por cierto no descartan la actual existencia de otras o el posterior surgimiento de nuevas posibilidades.

Así, por ejemplo, bien podemos anotar que el mismo objeto asignado a una medida cautelar dentro de un Procedimiento Administrativo en el Perú (conservación de la materia del procedimiento y suspensión de ejecución de resoluciones) ha permitido que a nivel de procedimientos especiales pueda plasmarse un amplio elenco de medidas cautelares entre las cuales enunciativamente podemos anotar a la suspensión de funcionarios, el traslado de cargo en un procedimiento disciplinario, las anotaciones preventivas en procedimientos registrales, el cierre temporal de establecimientos, el decomiso de ciertas mercaderías o la inmovilización de algunas otras¹⁴.

13 Ver al respecto lo señalado en la nota cuatro de este mismo texto.

14 En similar sentido, MORÓN, Juan Carlos – Op. Cit., p.449.

Ello también se ha hecho patente en los denominados procedimientos trilaterales, en los cuales, frente a las pautas previstas en el artículo 226° de la Ley N° 27444, se ha ido apuntalando un interesante elenco cautelar formalmente no explicitado en la Ley del Procedimiento Administrativo General actualmente vigente en nuestro país. Dentro de este elenco podemos incluir a la suspensión de determinada acción reclamada, las anotaciones previstas en procedimientos registrales, el cierre temporal de establecimientos, el decomiso e inmovilización de mercaderías, la fijación de derechos compensatorios, y un largo etcétera¹⁵.

Mención especial merece aquí el reconocimiento (en nuestra opinión necesario, pero hasta ahora en el Perú entendido solamente como propio de procedimientos especiales) de la posibilidad de recurrir a medidas cautelares anticipadas. Ello, claro está, únicamente debiera darse en forma excepcional y ante casos de urgencia.

Para evitar entonces los excesos que pudiesen cometerse al respecto en el ejercicio de una atribución que la Administración debiera asumir de oficio o a pedido de parte, bien podrían tomarse en cuenta (como de hecho ya viene haciéndose en el caso peruano) algunos recaudos exigidos en el Derecho Comparado sobre el particular, entre los cuales destacan el del análisis sobre la necesidad y razonabilidad de la medida (si es que se pueden considerar como evaluaciones diferentes entre sí)¹⁶; o el de la constatación sobre si se requiere una protección urgente de los intereses implicados, vinculados ellos con la tutela de un interés más bien general (y por ende, tradicionalmente más bien ligados a materias como seguridad, higiene, salud, medio ambiente, defensa nacional, protección al consumidor o urbanismo, por solamente anotar algunos ejemplos). Ahora bien, en cualquier caso, estos aspectos siempre deberán estar vinculados al compromiso de un pronto inicio del procedimiento cuyo desarrollo que esta medida anticipada justamente quiere tutelar.

Luego de este breve recuento, anotamos que en nuestra opinión todos estos distintos escenarios cautelares, aun cuando expresamente no recogidos dentro del texto de la Ley N° 27444, parecen entonces estar en concordancia precisamente con aquello que es el sentido último de la actividad cautelar de la Administración, reseñado por cierto en más de una oportunidad en este mismo texto. Por ello, lejos de preocuparnos por su surgimiento, el mismo nos alegra, máxime si constatamos que estos espacios diferentes aparecen respetando los parámetros básicos ya previstos e incluyen en algunos otros aspectos

«Hoy bien podría debatirse como, por analizar una situación en particular, la norma peruana hace suyo el principio *pendentia litis* o *pendente lite*; o, dicho en otros términos, asume que para conceder una medida cautelar en un procedimiento administrativo, dicho procedimiento ya debe haber sido formalmente iniciado, no admitiéndose en principio medidas anticipadas».

recaudos bastante sensatos que sin duda conviene tener presentes y tomárseles en cuenta.

Corresponde pues, y para así no dilatar más una reflexión que se nos ha pedido tenga un carácter más bien introductorio, pasar sin más a efectuar algunas reflexiones sobre lo aquí apreciado, reflexiones que esperamos sean de alguna utilidad.

IV. ANOTACIONES A MODO DE CONCLUSIÓN: ENTRE LOS AVANCES ALCANZADOS Y LAS TAREAS QUE DEBIERAN EMPRENDERSE

Pocas situaciones afectan más la credibilidad de quien cuenta con autoridad que el recurrir a esa persona para obtener un pronunciamiento o decisión de su parte y comprobar luego que dicho pronunciamiento o decisión, de producirse, resulta imposible de materializarse por no haberse tomado en su momento los recaudos suficientes en este sentido, ya sea preservando la subsistencia o pertinencia de aquello que finalmente es solicitado, o asegurando un cabal y eficiente desarrollo de la actividad probatoria destinada precisamente a permitir que la autoridad se forme convicción sobre lo discutido o pedido, y pueda así, sobre la base de ello, resolver o actuar conforme a Derecho.

Estos posibles problemas o cuestionamientos a la credibilidad de la autoridad se hacen mayores si lo que se le solicita (y no tutela debidamente) son

15 Coincide con nosotros en este sentido, MORÓN, Juan Carlos – Ibid., p.667

16 Conocidas son las disputas sobre si el examen de proporcionalidad (o el de necesidad) promovidos inicialmente desde Europa Continental abarcan lo mismo que el juicio de razonabilidad norteamericano; o si, como creemos nosotros, que, independientemente de las coincidencias y puntos de contacto existentes, estamos ante construcciones distintas para enfrentar problemas similares. Nuestra opinión al respecto se encuentra recogida en ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy - "Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional". Lima, Jurista, 2005

derechos que la ciudadanía dice tener y quiere proteger, o derechos a los cuales las diferentes personas buscan acceder. De allí que, sin perjuicio de reconocer la relevancia de aspectos que son centrales para el funcionamiento de la Administración como aquellos relacionados con la ejecutoriedad y la ejecutividad de los diferentes actos administrativos, es indispensable entender también la relevancia de contar con un cabal desarrollo de la actividad cautelar de la Administración.

Como con el desarrollo de esta actividad pueden afectarse una serie de relaciones y situaciones jurídicas, el reconocimiento de que la Administración pueda, además de todas las competencias que ya se le reconocen, dictar medidas cautelares, las cuales incluso pueden ser otorgadas de oficio, resulta comprensible que muchos vean esta posibilidad de acción con suspicacia y hasta con temor. Sin embargo, resueltas algunas dudas anteriormente existentes en este sentido en nuestro país (como las vinculadas a que las contracautelas, de ser exigibles como requisito para la ejecución de medidas cautelares, no se circunscriben a ser concebidas solamente como fianzas, sino que incluso pueden plantearse como cauciones juratorias), es pertinente pronunciarse

sobre si a nivel del Procedimiento Administrativo en el Perú se está efectuando lo correcto y pertinente en el plano cautelar.

Un análisis de lo hasta hoy previsto o desarrollado al respecto demuestra como, aunque todavía con algunas imprecisiones sobre todo a nivel de la regulación del procedimiento administrativo general, vienen ya efectuándose avances significativos en la consolidación de un mejor desarrollo de la actividad cautelar dentro de los procedimientos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico peruano, las cuales por cierto opinamos no deberían ceñirse principalmente a la interpretación de lo literalmente prescrito en la Ley N° 27444, o a lo establecido en procedimientos especiales, tal como tiende a ocurrir hoy.

Ahora bien, oportuno es anotar también que, aun cuando se plasmen o consoliden los avances obtenidos en la redacción o comprensión de la normativa vigente sobre el particular, ello indudablemente puede devenir en insuficiente si no esta acompañado de otro tipo de acciones o preocupaciones (capacitación de las autoridades en el manejo de instituciones y conceptos de naturaleza cautelar, por ejemplo), las cuales no debieran descuidarse. CA