

La Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso-Administrativo

Úrsula Indacochea Prevost¹

“La necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón”

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y SU MANIFESTACIÓN COMO DERECHO A LA EXISTENCIA Y ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. LA SENTENCIA FACTORTAME DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. III. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO MATERIAL Y PROCESAL, Y LA NECESIDAD DE UNA TUTELA CAUTELAR DIFERENCIADA PARA EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. IV. LA PRETENSIÓN PROCESAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. IV.1. EL OBJETO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. IV.2. LAS PARTICULARIDADES DE LA PRETENSIÓN PROCESAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) RESPECTO DEL SUJETO FRENTE A QUIEN SE FORMULA; B) RESPECTO DEL ACTO OBJETO DE IMPUGNACIÓN; C) RESPECTO DE LOS FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN. IV.3. LA CLASIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN PROCESAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. V. LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

I. INTRODUCCIÓN

Como sabemos, el contencioso administrativo es un proceso judicial orientado al control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública frente a los particulares, y como tal, un importante instrumento de control de los poderes públicos y una garantía para todos los sujetos dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

En nuestro país, su regulación en el Código Procesal Civil de 1992 lo situó dentro del elenco de los procesos civiles². Sin embargo, por la específica función que cumple, por los intereses involucrados y por los sujetos que participan en él, el proceso

contencioso-administrativo tiene una serie de rasgos particulares, que ha conducido a que un sector de la doctrina lo considere como un proceso constitucional. Desde el año 2001, dicha regulación ha sido sustituida por las normas contenidas en la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo, y sus normas modificatorias.

Tales rasgos particulares, y la regulación autónoma de dicho proceso en nuestro país, nos plantean el desafío de su estudio a la luz de los nuevos conceptos e instituciones, aún en discusión, esbozadas por la doctrina procesal contemporánea, como el concepto de Tutela Diferenciada, que dirige su atención hacia el carácter

¹ Abogada asociada del Estudio Echeopar Abogados, integrante del área de Litigios y Arbitrajes.

² En efecto, el proceso contencioso administrativo se encontraba regulado en los artículos 450 y 545 del Código Procesal Civil de 1993, como proceso abreviado y bajo la lógica del carácter impugnatorio de la jurisdicción contencioso administrativa. Se trataba de un modelo meramente anulatorio, pues las pretensiones proponibles eran únicamente la invalidez o ineficacia de un acto o resolución administrativa.

instrumental del proceso, y a su idoneidad para brindar una tutela jurisdiccional efectiva de las situaciones jurídicas materiales alegadas en su interior.

Así, el objeto del presente trabajo es poner en evidencia las particulares exigencias planteadas por las pretensiones procesales en el proceso contencioso administrativo, así como la necesidad de adoptar las medidas cautelares que resulten idóneas para asegurar la eficacia de la decisión definitiva que se dicte en dicha clase de procesos, dejando atrás el criterio restrictivo con que, a la luz de doctrina y la jurisprudencia comparadas, se vino enfrentando la tutela cautelar en este ámbito, restringiéndola únicamente a la medida de suspensión de actos administrativos de gravamen.

II. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y SU MANIFESTACIÓN COMO DERECHO A LA EXISTENCIA Y ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. LA SENTENCIA FACTOTAME DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

En primer lugar, hemos considerado necesario tomar como punto de partida del presente trabajo al concepto de Tutela Jurisdiccional Efectiva, en la medida en que se trata del concepto que ha dado origen a las nuevas tendencias en el derecho procesal

contemporáneo, como más adelante explicaremos.

Pues bien, la Tutela Jurisdiccional Efectiva es un derecho de carácter fundamental reconocido en el artículo 24.1. de la Constitución española de 1978, así como en los países que han recibido influencia de dicho ordenamiento. Sin embargo, se ha discutido mucho el contenido de este derecho en relación con el derecho al debido proceso, de origen anglosajón (*due process of law*), más aún en aquellos ordenamientos que, como el peruano, han recogido constitucionalmente ambos derechos³, sin delimitar desde la norma fundamental sus respectivos ámbitos de protección.⁴

Sin embargo, tradicionalmente se ha considerado que la Tutela Jurisdiccional Efectiva se encuentra referida únicamente al derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales. En efecto, como consecuencia del monopolio estatal del servicio de administración de justicia, y la prohibición del uso de mecanismos de autotutela para la defensa de derechos e intereses por los mismos particulares, se fue configurando el deber del Estado de resolver los conflictos de intereses que le fueran planteados en virtud de la exigencia derivada del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.⁵

³ «Artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...)»

⁴ Consideramos que entre ambos derechos no existe una relación de identidad, pues lejos de significar lo mismo –pues cada uno tiene sus propios matices y alcances–, cumplen una similar función dentro de las tradiciones jurídicas de las que provienen: la proscripción de la arbitrariedad. Ahora bien, aun cuando este tema de discusión no ha quedado agotado, debemos reconocer que ha pasado a un segundo plano desde que el artículo 4º del Código Procesal Constitucional introdujo un tipo intermedio: la “tutela procesal efectiva”

Con todo, en el proyecto de Reforma Constitucional peruano se ha planteado la eliminación del concepto de tutela jurisdiccional efectiva, a fin de evitar esta dualidad de conceptos. Al respecto, ver: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Reforma de la Constitución, realizada por la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Lima: Congreso de la República, 2002, p. 27.

⁵ En ese sentido, el profesor Monroy Galvez señala: «(...) la jurisdicción es un poder, pero también un deber. Esto último es así porque el Estado no puede sustraerse a su cumplimiento, para que el Estado se encuentre obligado a otorgarle tutela jurídica. Por eso se dice, nos parece que con certeza, que la jurisdicción tiene como contrapartida el derecho a la tutela jurisdiccional. Se considera que éste es el que tiene todo sujeto de derechos –por el solo hecho de serlo– y que lo titula para exigir al Estado haga efectiva su función jurisdiccional (...)» Véase: MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: TEMIS, 1996, p.245.

Desde la perspectiva descrita anteriormente, cada vez que se presentase un conflicto de intereses entre dos sujetos, éstos podrían acudir ante los jueces y tribunales a fin de obtener una solución invocando su derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, el cual quedaría satisfecho una vez resuelto el conflicto, siendo indiferente que se le otorgue la razón a quien jurídicamente tenga el derecho.

Sin embargo, esta perspectiva no coincide con la nueva orientación que ha tomado el estudio de este derecho, que ha implicado una reformulación de su contenido alrededor del concepto de eficacia, concibiéndosele más bien como una exigencia de instrumentos y mecanismos para que el sujeto cuyos derechos e intereses han sido vulnerados, o que se encuentra ante una crisis de certeza, reciba una tutela oportuna y efectiva de los mismos, de modo que el proceso cumpla su rol de instrumento al servicio del titular del derecho material, y no suceda lo señalado por Chiovenda en el epígrafe del presente trabajo, es decir, que el proceso no se convierta en enemigo de quien tiene la razón.

Esta nueva orientación dada por la doctrina al concepto de tutela jurisdiccional efectiva, se encuentra íntimamente ligada a la satisfacción del derecho material, pues desde el punto de vista del justiciable, resulta inútil obtener una sentencia que declare que su posición se encuentra respaldada por el derecho objetivo, si ésta

resulta finalmente inejecutable. Lo que importa es que el proceso le brinde resultados concretos⁶. Así lo pone de manifiesto el profesor Dinamarco, cuando señala:

«La tutela jurisdiccional no es el mero ejercicio de la jurisdicción o solo es otorgada por la resolución judicial en cumplimiento del deber que tiene como contraposición el poder de acción. La acción está satisfecha con la emisión de la resolución de mérito, favorable o desfavorable. Es por tanto, un concepto indeseablemente técnico para quien busca resultados. El resultado deseado es la efectiva satisfacción de las pretensiones apoyadas por el derecho.»⁷

En la misma línea opina el profesor José Roberto dos Santos Bedaque:

«La tutela jurisdiccional debe ser entendida así, como la tutela efectiva de los derechos o de situaciones por el proceso. Constituye una visión del derecho procesal que privilegia el resultado del proceso como factor de garantía del derecho material. La técnica procesal al servicio de su resultado.»⁸

Así las cosas, resulta evidente que la tutela cautelar se constituye en uno de los elementos más importantes en el marco de la exigencia contemporánea de una tutela

⁶ «Es importante establecer el exacto significado de la tutela jurisdiccional. Es el análisis del fenómeno procesal desde el ángulo de quien tiene la razón. El propósito del proceso es la tutela sea de la situación material del demandante o del demandado. Solamente con ella se obtiene pacificación definitiva.» (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. Sao Paulo: Malheiros, 1997, p. 35).

⁷ DINAMARCO, Cândido Rancel. *Universalidade da tutela jurisdiccional*. Artículo inédito citado por BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ob. cit., p. 2.

⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ibidem*, p.3.

jurisdiccional efectiva, toda vez que, dado su carácter instrumental⁹, permite preservar al proceso de los efectos perniciosos que el tiempo puede tener sobre su objeto, al sustraerlo y volver inútil todo el mecanismo procesal.

Si nos detenemos a observar de manera general, el origen de los conflictos de intereses que son planteados al interior de un proceso, nos encontraremos con que en su mayoría surgen como consecuencia del incumplimiento de los mandatos contenidos en normas materiales –reglas o principios- que deben ser cumplidos por los sujetos de manera espontánea. Sin embargo, ello no ocurre así en todos los casos, y por ello es que los sujetos agraviados pueden acudir al Estado (a través de sus órganos jurisdiccionales) a fin de obtener la satisfacción de sus pretensiones originadas en el derecho material.¹⁰

No obstante, muchas veces el transcurso del tiempo impide que se pueda alcanzar dicho objetivo, pues debido a actos maliciosos de las partes o de terceros, o incluso a la poca entidad de los derechos discutidos (que no pueden soportar la espera que implica la emisión de una decisión final y definitiva), el objeto del proceso se vuelve inútil o de imposible ejecución. Pensemos

en el acreedor que interpone una demanda para obtener el cobro de una deuda, y mientras se tramita el proceso, el deudor dispone a favor de terceros de los bienes que integran su patrimonio, con lo cual dicho cobro se vuelve imposible, pese a la emisión de una sentencia que otorgue la razón al acreedor¹¹.

Ante ello, la tutela cautelar resulta un instrumento destinado a asegurar la eficacia de la eventual resolución definitiva favorable al demandante, y en esa medida, constituye uno de los componentes esenciales del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, tal como este derecho viene siendo concebido.¹²

En concordancia con lo anterior, el profesor español Francisco Chamorro Bernal, al desarrollar el contenido de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, señala que ésta se compone de cuatro derechos básicos: (i) el derecho de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas; (ii) el derecho de defensa; (iii) el derecho a obtener una resolución fundada en derecho que ponga fin al conflicto de intereses, y (iv) el derecho a la efectividad de la tutela judicial. El derecho a la tutela cautelar formaría parte de este último componente:

⁹ A partir de la diferenciación de los conceptos de derecho y acción, la doctrina ha resaltado el carácter adjetivo del proceso, como instrumento para lograr la efectividad del derecho o interés lesionado. Así, según Dromi, “de las técnicas procesales depende la medida del derecho subjetivo. En ese sentido, el reglamentarismo excesivo a veces no da, sino que quita, y el derecho subjetivo perece por deficiencias formales.” (DROMI, José Roberto. *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*. Madrid: Editorial Grouz, 1986, p. 15) Sin embargo, a su vez, la Tutela Cautelar es también entendida como un instrumento para resguardar la eficacia de la sentencia, por lo que se le ha denominado “el instrumento del instrumento”.

¹⁰ MONROY GALVEZ, Juan y Juan MONROY PALACIOS. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. En: AA.VV. *Sentencia Anticipada*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p.166.

¹¹ CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: BOSCH, 1994, pp. 9-11.

¹² Más allá de los problemas de delimitación entre los contenidos de la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, debemos señalar que incluso en este último podemos encontrar una exigencia de protección de los derechos a través de la adopción de medidas cautelares. En efecto, el profesor ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, al comentar los elementos básicos que aseguran la existencia de un debido proceso, en su dimensión procesal, señala que “tanto jurisprudencial como doctrinariamente se ha ido estableciendo cuáles son los derechos que a su vez configuran el complejo derecho fundamental al cual conocemos con este nombre. Estos derechos o elementos esenciales en una relación que no debemos entender como taxativa serían los siguientes: (...) 6. Derecho a poder obtener las medidas cautelares que permitan temporalmente proteger nuestras pretensiones.(...)” (ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular*. En: *Cuadernos Jurisdiccionales*. Lima: Asociación No hay Derecho, Ediciones Legales, 2000, p 48.)

«El derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a ésta, porque ese derecho ha de poder asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar y si es incapaz de ello, no se trata de verdadera tutela.»¹³

Pese a ser evidente la necesidad de una tutela cautelar de los derechos como elemento del derecho a una Tutela Jurisdiccional Efectiva, y a su amplio desarrollo en el proceso civil, el uso de las medidas cautelares fue severamente restringido en el proceso contencioso administrativo, limitándose casi exclusivamente a la figura de la suspensión de los efectos de actos administrativos de gravamen, por los motivos que serán expuestos más adelante. Sin embargo, esta situación sufrió un giro drástico en los países europeo-continentales debido a una paradigmática sentencia emitida el 19 de junio de 1990 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, conocida como la sentencia *Factortame*, permitiendo una construcción de una avanzada propuesta cautelar en el ámbito del proceso contencioso-administrativo.¹⁴

En efecto, en el proceso en mención, la Cámara de los Lores planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para que éste determine si los tribunales de los Estados miembros, al aplicar el Derecho Comunitario, se encontraban obligados o tenían la posibilidad de dictar medidas cautelares, aun en contra de su derecho interno. Ante ello, el Tribunal no afirmó que existiese tal obligación, sino que toda disposición o práctica legislativa, administrativa o judicial nacional que pudiera impedirles adoptar medidas cautelares a fin de garantizar la efectividad de sus decisiones, resultaba incompatible con el Derecho Comunitario.¹⁵

Dicha sentencia resulta paradigmática, y estableció las bases para que los tribunales nacionales desarrollen una nueva visión de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo. Por ejemplo, en el caso español, la Tercera Sala del Tribunal Supremo emitió los autos de fecha 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991, comentados por el profesor Eduardo García de Enterría¹⁶, que iniciaron una nueva línea jurisprudencial en relación al tema en cuestión, con parámetros que finalmente se concretaron en la Ley 29/1998 de 13 de julio¹⁷, que actualmente regula el proceso

¹³ CHAMORRO BERNAL, Francisco. Ob. cit. p.286

¹⁴ Ibidem p. 284.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La batalla por las medidas cautelares. Madrid: Civitas, 1992, pp. 95-129

¹⁶ Para GARCÍA DE ENTERRÍA, la jurisprudencia emitida por la Tercera Sala del Tribunal Supremo español afirma los siguientes principios:

- a. La existencia de un verdadero derecho a la tutela cautelar, derivado del derecho a una tutela judicial efectiva, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española.
 - b. La articulación de ese derecho alrededor del principio *fumus boni iuris*.
 - c. La recepción del principio general del derecho de que "la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón."
 - d. El desplazamiento, en la motivación de las medidas cautelares, de la reparabilidad o no de los perjuicios, hacia la apreciación o no del *fumus boni iuris*.
 - e. La admisión de todas las medidas cautelares que sean necesarias.
- (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Ob. cit. p.191.)

¹⁷ BACIGALUPO, Mariano. La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo (Antecedentes, alcances y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Madrid: Civitas, 1999, p.29-47. Sobre la influencia de dicha jurisprudencia en el ámbito del Mercosur, ver: COSTANTINO, Juan Antonio. Las medidas cautelares en el ámbito de la Comunidad Europea, los Tribunales Constitucionales y el MERCOSUR. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. No 01, setiembre 1997, pp.169-175.

contencioso-administrativo español, y que ha servido de referencia para nuestra actual Ley N° 27584. Ley que regula el Proceso Contencioso- Administrativo.

III. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO MATERIAL Y PROCESAL, Y LA NECESIDAD DE UNA TUTELA CAUTELAR DIFERENCIADA PARA EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Como ha sido señalado anteriormente, la revisión por parte de la doctrina procesal, del concepto de Tutela Jurisdiccional Efectiva, desde el punto de vista de los resultados y del derecho material, condujo la atención de numerosos estudiosos del derecho procesal a una revisión de la eficacia de los esquemas procesales existentes, regulados sobre la base del proceso ordinario de cognición plena, y a su idoneidad para otorgar una tutela efectiva y oportuna de la posición del justiciable.¹⁸ Así, se buscaba que los procedimientos existentes, y los que se establezcan en el futuro, se adapten a las particulares exigencias de la relación jurídica sustancial.

Sin embargo, a dicha iniciativa parecía oponerse el carácter científico y autónomo del Derecho Procesal, y su larga lucha por lograr su independencia del Derecho Material, a través de la creación del concepto de “derecho de acción” como un derecho abstracto, desvinculado de la pretensión material. Recordemos que dicho carácter científico llevó a los estudiosos a afirmar la existencia del binomio derecho-

proceso, desvinculando de ese modo al proceso de las situaciones materiales o sustanciales afirmadas o reivindicadas en su interior.

Ante ello, la nueva exigencia de una Tutela Jurisdiccional Efectiva implicó la relativización de esta oposición, sin desconocer el carácter científico del proceso, pero trazando una búsqueda que debía partir del derecho material para verificar las deficiencias del proceso, y adecuarlas a las necesidades de su objeto. Al respecto, el profesor José Roberto dos Santos BEDAQUE señala:

«Se verifica que el estudio del derecho procesal por el prisma de la tutela jurisdiccional corresponde al fin del momento autonomista y a la concientización de que lo importante es la búsqueda de un resultado útil para el proceso. Todo eso lleva a la necesaria relativización del binomio derecho-proceso.»

(...)

*Estudiar el proceso desde el ángulo de la tutela jurisdiccional efectiva no significa abandonar el carácter científico de la ciencia procesal, que permitió identificar al derecho procesal e independizarlo del material. No se trata de negar la autonomía del derecho procesal, sino de **buscar métodos adecuados para otorgar efectividad al proceso que, a pesar de ser autónomo, no por eso***

¹⁸ «No es suficiente que se conceda a los interesados el poder de recurrir al proceso con miras a la tutela de los intereses que el Estado debe satisfacer, sino que es necesario que los poderes que son concedidos a aquellos sean, en concreto, idóneos para la tutela de sus relativas posiciones. En otras palabras (...) es necesario que su ejercicio lleve a concreto aquella utilidad efectiva para lo cual están predispuestos.» (RICCI, Gianfranco. Principi di diritto processuale generale. Torino: Giappichelli, 1998, citado por MONROY PALACIOS, Juan. Bases para la formación de una teoría cautelar. Lima: Comunidad, 2002, p.71.)

*deja de ser un instrumento del derecho material y de la paz social en justicia».*¹⁹

De esta manera, teniendo en cuenta que existen determinadas situaciones materiales que exigen tipos de tutela específica (como los derechos fundamentales, los intereses colectivos y difusos, los derechos de los niños y adolescentes, los derechos del consumidor, etc.), y para los cuales el proceso ordinario brinda una tutela inadecuada, surge en la doctrina el concepto de Tutela Diferenciada. La diferenciación, en este caso, se fundamenta en la necesidad de adecuar los mecanismos procesales a los diversos tipos de conflictos de intereses que requieran de tutela. El profesor antes citado señala:

«En ese mismo orden de razonamiento –es decir, de aproximación entre proceso y derecho- se habla también de tutela jurisdiccional diferenciada, o sea, de la exacta correspondencia entre un tipo de tutela y las diversas situaciones de vida.

(...)

*Debe el proceso acompañar esa evolución, para corresponder efectivamente a las necesidades sociales. Así, para cada tipo de situación de derecho material, debe existir una tutela jurisdiccional adecuada, esto es, diferenciada por el procedimiento.»*²⁰

Pues bien, dicha exigencia de adecuación se advierte claramente en el proceso contencioso-administrativo, en el que se encuentra comprometida una variable de interés público, ya que su finalidad es controlar la legalidad de la actuación administrativa y tutelar los derechos e intereses legítimos de los administrados. A ello debe agregarse la duración del proceso y la posibilidad de que antes de emitirse la sentencia de fondo se produzca la ejecución material de las actuaciones administrativas impugnadas, lo que nos conduce a afirmar la necesidad de medidas cautelares adecuadas a dichas particularidades, como parte de una Tutela Cautelar Diferenciada en materia contencioso-administrativa.

IV. LA PRETENSIÓN PROCESAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Luego de haber establecido la ubicación de la Tutela Cautelar como una manifestación de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, es necesario que nos refiramos brevemente al objeto del proceso contencioso-administrativo y a las pretensiones que en él se formulan, debido a que estos elementos definirán en buena cuenta, qué es lo que se requiere para garantizar la eficacia de la eventual sentencia de mérito favorable al demandante.

IV.1. El objeto del proceso contencioso-administrativo

El objeto del proceso contencioso-administrativo no puede comprenderse sino a partir de su origen.

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ob. cit, p.17. Del mismo modo, el profesor DINAMARCO, citado por este autor, señala que “la rehabilitación del concepto de tutela jurisdiccional, contemporánea a la relativización del binomio derecho-proceso, tiene el valor sistemático de permitir afirmaciones como ésa de inclusión de buenos resultados justos al proceso, en el contexto metodológico del derecho procesal. En dogma de la autonomía de éste, cultivado como obsesión durante un siglo, ya produjo los resultados científicos deseables mas no merece ser erguido en un pedestal capaz de aislar al proceso de la realidad” (DINAMARCO, Cándido Rangel, Ob. Cit, p. 17)

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ibidem.p. 12.

Como sabemos, la Revolución Francesa jugó un papel central en la configuración del pensamiento político occidental, al afirmar los principios políticos fundamentales que hoy se encuentran en la base de todos los sistemas democráticos. Entre dichos principios, se afirmaron el principio de legalidad de la acción de los poderes públicos, así como el principio de libertad del hombre.

Según el primero, luego de haberse sustituido la figura de autoridad que radicaba en la persona del Rey, por la figura de la “voluntad general de la Nación”, no se podía exigir obediencia sino en nombre de la Ley, la cual recogía esta voluntad general. De acuerdo con el segundo principio, toda persona era libre de hacer todo aquello que no perjudique a los demás, de manera que el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tendría otros límites que los establecidos por la Ley.

Sobre la base de estos principios, surgió en el derecho francés un concepto esencial en la construcción del Derecho Público, que es el concepto de “acto arbitrario”, entendido como todo acto de un agente público que no estuviera, por su competencia o por su contenido, legitimado en la Ley, y que todo hombre tenía derecho a repeler por la fuerza, en el caso de que se pretendiese ejecutar por violencia, en su contra.

Con el tiempo, ese derecho de resistencia a la opresión, vale decir, a repeler el acto arbitrario, se tradujo en la creación de una pretensión, en la que un juzgador debería examinar la legalidad o arbitrariedad del acto del agente público, eliminarlo, y restablecer la libertad injustamente afectada por él.

En el caso francés, esta conclusión colisionaba con la interpretación revolucionaria del principio de separación de poderes. Así, teniendo en cuenta que el Poder Judicial había sido identificado siempre con el estamento nobiliario, no debía permitirse que éste interfiriese en la actividad de los poderes Legislativo y Ejecutivo revolucionarios, por lo que el control de la legalidad de los actos de los agentes públicos no fue encomendado a los jueces, sino a un órgano que formaba parte de la propia Administración Pública, denominado Consejo de Estado, cuya existencia se encontraba justificada en la llamada “independencia de la Administración frente a los Tribunales”, y en la afirmación de que juzgar a la Administración, sigue siendo administrar (*juger l'Administration c'est encore administrer*)²¹

Surge así el denominado “recurso contencioso-administrativo” ante el Consejo de Estado francés, con la finalidad de controlar, primero, la legalidad abstracta de la actuación pública (incompetencia, vicios de forma, etc., a través del llamado recurso de anulación), y luego, con el transcurso de los años, para resolver aquellos casos en que el sujeto se considerase vulnerado en sus derechos o situaciones jurídicas.

Posteriormente, sobre la base una reinterpretación del principio de separación de poderes, el sistema de control del poder de la Administración, empezará, en distintos ordenamientos, a ser compartido por los órganos jurisdiccionales, y luego, en determinados ordenamientos jurídicos, a establecerse como una competencia privativa de éstos.

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2000, pp. 555-558.

En consecuencia, podemos concluir con el profesor DROMI, que el proceso contencioso-administrativo es un mecanismo de control de la actividad de la Administración Pública, y en cuanto tal, de control del poder²², a fin de evitar la arbitrariedad de su ejercicio²³.

A ello debe agregarse, como se desprende de su propio origen, que se trata de un mecanismo de control jurídico, lo que en principio excluye cualquier consideración de la actuación administrativa realizada desde criterios como la oportunidad o conveniencia. El parámetro de control jurídico, como es evidente, ya no se limita exclusivamente a la ley, y demás normas de inferior jerarquía sino que abarca también a los derechos fundamentales y otros bienes constitucionalmente protegidos, debido al reconocido carácter normativo de nuestras modernas Constituciones²⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico, la finalidad del proceso contencioso-administrativo viene afirmada en el artículo primero de la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso-administrativo, en los siguientes términos:

«Artículo 1.- Finalidad.- La acción contencioso-administrativa

prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

Para los efectos de esta Ley, la acción contencioso-administrativa se denominará proceso contencioso-administrativo.»

Ahora bien, el proceso contencioso-administrativo no constituye un mecanismo objetivo de control de la legalidad, pues se requiere que un sujeto legitimado por su particular posición ante la actuación administrativa, interponga la demanda correspondiente, formulando diversas pretensiones cuyas particularidades pasamos a exponer.

IV.2. Las particularidades de la pretensión procesal contencioso-administrativa

En la doctrina procesal se han planteado muchas definiciones de la pretensión procesal²⁵, aunque nos inclinamos hacia quienes consideran -como lo planteó originalmente Carnelluti- que la

²² DROMI, José Roberto. Introducción al Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Grouz, 1986, pp. 105-107.

²³ Un tema también interesante, pero que no constituye el tema central del presente trabajo, es la ubicación del proceso dentro del elenco de los procesos civiles, o su autonomía como una especie distinta de proceso, y la relación de dicha consideración con el principio de unidad que permite, entre otras cosas, la construcción de una Teoría General del Proceso aplicable a todos ellos. Al respecto, por ejemplo, el profesor DROMI ha señalado que la diferencia esencial entre los procesos (contencioso) administrativos y los civiles, está dada por la necesidad de articular distintas técnicas e instrumentos para los distintos tipos de conflictos. Así, mientras que el primero se impugna la actividad administrativa, en el segundo se impugna la actividad privada. Lo que está en el fondo está en juego- señala - en uno y otro caso, es la justicia "distributiva" y la justicia "conmutativa". (ver DROMI, José Roberto. Derecho subjetivo y responsabilidad pública, Bogotá: TEMIS, 1980, pp. 192 y siguientes). Adicionalmente, ver GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Derecho procesal administrativo hispanoamericano. Bogotá: THEMIS, 1985, pp. 8-10.

²⁴ Véase: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Principios y positivismo jurídico. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 23.

Asimismo, en la STC N° 0042-2004-AI de fecha 13 de abril de 2005, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado, refiriéndose a la materia tributaria, en una reflexión que consideramos extensiva a toda la actividad administrativa, lo siguiente: « el principio de legalidad no quiere decir que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado está sometida solo a las leyes de la materia, sino, antes bien, que la potestad tributaria se realiza principalmente de acuerdo a lo establecido en la Constitución. »

pretensión procesal es “la exigencia de subordinación de un interés ajeno, a otro propio”²⁶.

En esa línea el profesor colombiano Hernando Devis Echandía nos dice lo siguiente:

«[La noción de pretensión] está vinculada a la noción de demanda contenciosa, como declaración de voluntad del demandante para que se sujete o vincule al demandado en determinado sentido, y para ciertos efectos jurídicos concretos, mediante una sentencia. Esta pretensión está dirigida siempre a la contraparte o demandado, para que contra él se pronuncie la condena o la orden de pago, o para que frente a él se reconozca o declare un derecho o una situación jurídica.»

La pretensión procesal puede o no estar respaldada por un derecho, lo que significa que pueden existir pretensiones fundadas o infundadas. En consecuencia, la pretensión no es un derecho, sino un simple acto de voluntad”²⁷

Sobre la base de dicha definición basada en el concepto de interés, vemos que

en todo proceso contencioso-administrativo se encuentra en juego no sólo (solo) el interés particular del administrado que interpone la demanda, sino también el interés público que en principio se encuentra respaldando la actuación administrativa impugnada, el cual podría quedar subordinado al primero en caso de obtenerse una sentencia favorable.

Asimismo, sobre la base del concepto de pretensión que adoptamos, debemos mencionar que dentro de un proceso contencioso-administrativo, la manifestación de voluntad del demandante ofrece ciertas notas específicas, básicamente por (i) la naturaleza del sujeto frente al cual se formula, (ii) su referencia a un acto específico objeto de impugnación, y (iii) los fundamentos que la sostienen, lo que la distinguen de las pretensiones que pueden plantearse en cualquier otro proceso.²⁸

a) Respetto del sujeto frente a quien se formula la pretensión

Las pretensiones contencioso-administrativas, como regla general, están dirigidas contra la Administración Pública o alguna de las entidades que la integran. Sin embargo, esta afirmación permite ciertas matizaciones.

²⁵ Al respecto, consultar RAMÍREZ ARCILA, Carlos. Fundamentos procesales y pretensiones contencioso-administrativas. Santa Fe de Bogotá: TEMIS, 1983, 185p.

²⁶ Así, el maestro italiano señaló: «La pretensión es un acto, no un poder. Algo que alguien hace, no que alguien tiene; una manifestación, no una superioridad de la voluntad. No solo la pretensión es un acto y, por lo tanto, una manifestación de voluntad, sino uno de aquellos actos que se denominan declaraciones de voluntad. Dicho acto no solo no es, sino que ni siquiera supone el derecho; la pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene como por quien no tiene derecho, y, por lo tanto, puede ser fundada o infundada. Tampoco el derecho reclama necesariamente la pretensión; como puede haber pretensión sin derecho, así también puede haber derecho sin pretensión; al lado de la pretensión infundada tenemos, como fenómeno inverso, el derecho inerte.» (CARNELLUTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. Tomo Primero. Barcelona: BOSCH, 1952. p. 31). En esa misma línea, véase FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Estudios de Derecho Procesal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 76.

²⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Acción y pretensión, derecho de contradicción y excepciones. En: Revista de Derecho Procesal, N° 02, Bogotá, 1966, citado por RAMÍREZ ARCILA, Carlos. Ob. Cit. p.83.

²⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ob. cit. pp. 152 -154.

En primer término, no todas las pretensiones procesales que sean dirigidas contra la Administración Pública son contencioso- administrativas, pues en algunos casos, dichas pretensiones tendrán como objetivo impugnar actuaciones que no se encuentran reguladas por el Derecho Administrativo, sino por el Derecho Privado.

En segundo lugar, las pretensiones contencioso-administrativas también pueden ser formuladas por la Administración contra los administrados a quienes se les ha reconocido ciertos derechos o intereses en un acto administrativo. Ello ocurre de manera excepcional a través de la llamada “pretensión de lesividad”, en que la propia Administración impugna un acto propio cuando éste lesiona el interés público y siempre que se cumplan determinadas condicionales establecidas en la ley. En relación con tales situaciones, el profesor español Eduardo García de Enterría señala:

“La situación existente en el tráfico jurídico-administrativo, según la cual la Administración disfruta como regla de la posición posesoria privilegiada que resulta de su potestad básica de autotutela, hace que lo normal del proceso administrativo sea que los ciudadanos tengan que adoptar la posición de parte demandante o actora para remover esa situación posesoria (...).”

*La misma posición de demandante la puede asumir (...) la propia Administración autora de un acto administrativo cuando carezca de la potestad de revisión de oficio de éste, que es el llamado recurso de lesividad (...).”*²⁹

Finalmente, algunos ordenamientos no permiten que, a través de una pretensión contencioso-administrativa se impugne las actuaciones administrativas realizadas por órganos estatales que no están formalmente integrados a la Administración Pública, sino que corresponden a otro poder del Estado, como el legislativo o el judicial³⁰

b) Respetto del acto objeto de impugnación

Por otro lado, como regla general, la pretensión contencioso- administrativa se dirige siempre a impugnar actos administrativos. Dicha exigencia se fundamenta en el principio de la decisión previa recogido en la mayoría de ordenamientos procesales, según el cual solo es posible iniciar un proceso contencioso-administrativo cuando preexiste una manifestación de voluntad expresa de la Administración Pública, cuya invalidez será solicitada a través de la pretensión contencioso- administrativa.

Sin embargo, esta regla general admite ciertas matizaciones, pues tanto la doctrina como la legislación³¹ que regula en

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid: Civitas, 2000, p. 608.

³⁰ Al respecto, el profesor español citado anteriormente señala que, como regla general, el criterio delimitador de la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa es exclusivamente de orden subjetivo formal, es decir, que sin la presencia de la Administración Pública no puede haber proceso contencioso-administrativo, con lo cual, quedarían excluidas de revisión por esta vía las actuaciones materiales administrativas de otros órganos del Estado, como los integrados a los demás poderes: “El problema del acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos de estos órganos constitucionales que, con toda evidencia, no están integrados a la Administración (la cual se corresponde al Poder ejecutivo estrictamente) no es una cuestión a resolver por la vía de una supuesta depuración de ese concepto de Administración del Estado y, menos aún por un abandono del criterio subjetivo o de personificación de la Administración (...) y un retorno a un concepto supuestamente objetivo del concepto de Administración, que habría de generalizar a órganos de todos los poderes públicos, como a veces se ha pretendido” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso.... p.586.)

nuestro país la tramitación del proceso contencioso-administrativo, han desplazado el concepto de acto administrativo por el de “actuación administrativa”, de mayor amplitud, con la finalidad de permitir la impugnación de otras manifestaciones del poder público³², como ocurre en los siguientes casos:

• El silencio administrativo

En estos casos no existe una manifestación de voluntad expresa de la Administración Pública, contenida formalmente en un acto administrativo, pero por disposición legal, y con la finalidad de cumplir con el principio de decisión previa, se entiende que el silencio u omisión de la Administración ante un reclamo o pedido del administrado corresponde con su voluntad de denegar el pedido.

Para Roberto Dromi, la decisión previa constituye un presupuesto sustancial e intrínseco de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa, siendo que en el caso del silencio administrativo lo que se produce es una decisión tácita:

“El reclamo o pedido de revocatoria ante la Administración debe ser denegado de modo expreso, mediante acto definitivo. (...) De no producirse la resolución decisoria del reclamo dentro de los plazos señalados por la ley, se configura la retardación prevista como presupuesto sustitutivo de la denegación expresa. El silencio administrativo, o el retardo, en su caso, habilita para demandar por denegación tácita.”³³

De esta manera, el silencio administrativo se constituye en una medida para evitar que el requisito de la decisión previa sea un obstáculo que evite o demore el acceso a la jurisdicción, mediante la presunción de que se entienda denegada la petición o el recurso formulados por el administrado, una vez transcurrido el plazo sin haberse emitido un pronunciamiento expreso.³⁴

• Actuaciones materiales de la Administración no sustentadas en un acto administrativo o “vías de hecho”

³¹ En el caso de nuestra Ley 27584, Ley que regula el proceso contencioso-administrativo, se ha recogido dicha posibilidad de impugnación de diversos tipos de actuaciones administrativas, en su artículo 4, que señala:

«Artículo 4.- Actuaciones impugnables.- Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas. Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.
3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.
5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.
6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública”

³² “En los ordenamientos procesales administrativos hispanoamericanos rige como regla general el requisito de la decisión previa. No son admisibles pretensiones frente a la Administración Pública ante los tribunales sin la existencia de una manifestación de voluntad de la entidad pública en relación con la cual se formula la pretensión. Ahora bien (...) hay supuestos de reacción frente a actuaciones materiales o de hecho, según éstas se hallen o no legitimadas por un acto administrativo” (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ob. cit, p.168-169)

³³ DROMI, José Roberto. El procedimiento administrativo. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p.97-98.

³⁴ “El silencio administrativo aparece, pues, como una simple presunción legal, como una ficción que la ley establece a favor del administrado, quien puede entender desestimada su petición a los solos efectos de poder decidir frente a la denegación presunta, la petición admisible. (...)El silencio administrativo así concebido, no tiene otro alcance que el puramente procesal de dejar abierto el acceso a los tribunales, considerándose cumplido el requisito previo, pese a la inactividad de la Administración” (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ob. cit. p. 170-171.)

Existen supuestos en los cuales la Administración Pública realiza actividad material sin la cobertura de una resolución administrativa, o, aun existiendo dicha resolución, resulta evidente que no se actúa en ejercicio de una potestad administrativa ni en virtud de ninguna norma jurídica, por lo que no es posible impugnar una manifestación expresa de voluntad de la administración. En ese sentido, las pretensiones contencioso-administrativas también pueden comprender la impugnación de estas situaciones, denominadas vías de hecho³⁵.

• **Actos reglamentarios**

Las disposiciones de carácter general dictadas por la Administración, conocidas como “actos reglamentarios”, han sido incluidas dentro de la materia impugnable desde el origen mismo del proceso contencioso-administrativo francés, lo que ha sido recogido por la legislación española³⁶. Así, pueden impugnarse por esta vía cualquier disposición de carácter general, incluso aquellas emitidas por la Administración en virtud de una delegación expresa del Poder Legislativo.³⁷

Sin embargo, esto no es posible en el ordenamiento jurídico peruano, pues dicha impugnación se realiza a través del proceso de Acción Popular previsto en el inciso 5 del artículo 200° de la Constitución Política, en el que se evalúa la constitucionalidad y legalidad de reglamentos, normas administrativas, decretos y resoluciones administrativas de carácter general.

Sin perjuicio de lo anterior, de manera complementaria a la impugnación de la actuación administrativa de que se trate, la demanda contencioso-administrativa podrá comprender la pretensión declarativa de reconocimiento de derechos o situaciones jurídicas individualizadas, en la medida en que hayan sido desconocidas o vulneradas por la Administración Pública mediante la actividad impugnada. Asimismo, cuando ello sea necesario, es posible solicitar al órgano jurisdiccional que ordene o adopte las medidas necesarias para su restablecimiento, como por ejemplo, la realización de prestaciones de hacer o no hacer, o el pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados.

c) Respecto de los fundamentos de la pretensión

Finalmente, la pretensión contencioso-administrativa se distingue por sus fundamentos, pues en todos los casos nos encontraremos ante peticiones o exigencias fundadas en el Derecho Administrativo, que es el derecho material que sustenta la impugnación de todos los actos realizados por la Administración Pública, ya sea por existencia u omisión de cobertura de dichas normas de derecho objetivo.³⁸

Adicionalmente, pueden invocarse también como fundamento en tales pretensiones, los preceptos constitucionales a los cuales puedan remitirse las normas administrativas correspondientes, como

³⁵ “(...) el control jurisdiccional de la actividad de la administración es un término más amplio que el control del acto administrativo, porque la actividad de la administración se desenvuelve no solo mediante actos administrativos, sino también mediante operaciones materiales o hechos (...)” (DROMI, José Roberto. Ob. cit. p. 105) Sobre el origen del concepto de “vía de hecho”, en el derecho francés, ver BARCELONA LLOP, Javier. Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos. Barcelona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, 600 p.

³⁶ Ver artículos 25 y 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

³⁷ De acuerdo a lo señalado por los profesores españoles García de Enterría y Fernández, estas disposiciones de carácter general solo podrían ser materia de un proceso contencioso-administrativo, en la medida en que excedan la delegación efectuada. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Ob. cit. p. 622.)

³⁸ Respecto del origen y los tipos de sometimiento de la Administración Pública al Derecho, ver SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 252 -280.

ocurre por ejemplo, con el derecho a un debido proceso, en la impugnación de resoluciones originadas en un procedimiento administrativo en el que se ha vulnerado el derecho de defensa del administrado.

IV.3. La clasificación de la pretensión procesal contencioso administrativa

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente sobre las actuaciones impugnables de la Administración Pública, pasemos a revisar cuáles son las pretensiones contencioso-administrativas que hemos podido identificar en la doctrina.

Una de las ideas convencionales en torno a las pretensiones que se pueden deducir al interior de un proceso contencioso-administrativo, es que en éste solo se puede solicitar al juez el ejercicio de una jurisdicción “objetiva”, en la cual no cabría pretender ningún reconocimiento de derechos ni ninguna protección o tutela de los mismos, sino solo la eventual anulación del acto administrativo como modo de restablecer la legalidad.³⁹

Dicho carácter “objetivo”, hoy superado, se explica por razones históricas, pues inicialmente el proceso contencioso-administrativo francés fue montado sobre la técnica de impugnación de actos administrativos dictados previamente.⁴⁰ De este modo, en España se llegó a hablar del “carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”, como lo señala García de Enterría:

«Una vieja jurisprudencia enfatizó y sustentó esa técnica en la fórmula del “carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa” que significaría que los Tribunales habrían de limitarse a enjuiciar la validez del acto impugnado según sus propios precedentes en el expediente, al modo con que un recurso de casación enjuicia una sentencia. La tesis se radicó inicialmente en la figura del Ministro-juez, que consideraba a la vía administrativa como una primera instancia jurisdiccional. Al amparo de ese carácter revisor se excluía (...) en fin, cualquier pronunciamiento de la sentencia que no fuera el anular el acto impugnado o absolverlo de la impugnación declarándolo válido”⁴¹.

Pues bien, ante la exclusividad de las pretensiones de anulación y su supuesta objetividad, hoy se opone la consideración de que la tutela efectiva de la posición jurídica del administrado exige además el reconocimiento de sus derechos subjetivos e intereses, por lo que la jurisdicción debe ser plena, y por tanto, “subjetiva”⁴².

Por ello, las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina de los distintos países, han venido admitiendo la existencia de dos tipos de pretensiones contencioso-administrativas, a saber, las pretensiones de anulación y las de plena jurisdicción, lo que en algunos casos suscitó un debate respecto de la unidad de la pretensión procesal administrativa, y a la necesidad de crear vías distintas para cada tipo de pretensión. Al respecto, el profesor González Pérez señala:

³⁹ Esta idea tuvo su origen en la actuación del Consejo de Estado francés, el cual siempre se esforzó para no exceder los límites establecidos por la ley ni interferir en modo alguno en el normal funcionamiento de la Administración Pública. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Ob. cit., p. 578-579)

⁴⁰ La propia denominación del proceso como “recurso”, nos demuestra la necesidad de la existencia de un acto previo que es impugnado, además de poner en evidencia el carácter revisor de su concepción.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 580-581.

⁴² Ibidem. p.578.

«Parece que la distinción ha quedado reducida a sus justos límites: partiendo de la unidad de la pretensión procesal administrativa, puede admitirse la existencia de aquellos dos tipos en función de lo que se pretende del órgano jurisdiccional, sin que haya para qué seguirse para cada uno de ellos, cauces procesales distintos»⁴³

Habiendo quedado superados los problemas suscitados por la distinción, es posible identificar -siguiendo la clasificación recogida por el profesor citado anteriormente- las siguientes clases de pretensiones:

a) Pretensiones de anulación

Son aquellas que suponen un pedido al órgano jurisdiccional para que únicamente anule el acto realizado por la Administración, sea éste expreso o presunto, de carácter general o particular. No implica la reforma del acto impugnado ni el reconocimiento de situaciones jurídicas subjetivas individualizadas.⁴⁴

b) Pretensiones de plena jurisdicción

En ellas, además de solicitar la anulación del acto administrativo que desconoce o vulnera una situación jurídica individualizada, se solicita su reconocimiento expreso, así como la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre

ellas, la indemnización de los daños y perjuicios, cuando corresponda.

c) Pretensiones de interpretación

En algunos ordenamientos jurídicos, por influencia del sistema francés, se admiten este tipo de pretensiones. En ellas se pretende que se declare el sentido y alcance de una norma en relación con un supuesto concreto. En algunos casos, se admiten tales pretensiones de manera general, mientras que en otros, se permite solo en los supuestos previstos por la ley.

En el caso del ordenamiento jurídico peruano, si bien este tipo de pretensiones no aparece regulada en el artículo 5º de la Ley N° 27584, creemos que ello no es óbice para que se solicite una determinada interpretación de la ley o de la norma constitucional, cuando ello resulte necesario para resolver alguna de las demás pretensiones autorizadas en la ley.

d) Pretensiones de ejecución

Son aquellas en que se solicita al órgano jurisdiccional, no una declaración de voluntad, sino la emisión de un mandato orientado a un dar o un hacer, a la realización de una conducta material. No se trata de discutir la validez de un acto, un derecho, o la licitud de un interés, sino de procurar su satisfacción sin o incluso contra la voluntad del obligado. En muchos casos, los Estados se han mostrado reacios a admitirlas en el proceso contencioso-administrativo, por lo que el Juez muchas

⁴³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ob. cit., p. 156.

⁴⁴ Partiendo de la distinción entre pretensiones declarativas, constitutivas o de condena, realizada por la doctrina procesal clásica, las pretensiones de anulación son, en nuestra opinión, constitutivas, si tenemos en consideración la presunción de legalidad que respalda la actuación administrativa impugnada. Sin embargo, el profesor González Pérez realiza una distinción, según se trate de actos administrativos nulos o anulables: "La pretensión dependerá de cómo sancione el ordenamiento jurídico, la infracción en que incurre el acto. Si se sanciona con nulidad de pleno derecho (...) será una pretensión puramente declarativa, en cuanto su estimación no producirá una modificación en la realidad jurídico material, al limitarse a reconocer que el acto era nulo desde el momento mismo de su nacimiento. Si la infracción que sirve de fundamento a la pretensión se sanciona con la anulabilidad (...) será constitutiva, en cuanto su estimación producirá (...) la extinción de un acto administrativo y de las relaciones de él derivadas desde su nacimiento." (Ibidem, p. 159.)

veces se encuentra ante obstáculos legales o de hecho, para el cumplimiento de los mandatos contenidos en la sentencia.

En nuestro país, esta pretensión se encuentra prevista en el inciso 4 del artículo 5 de la Ley N° 27584, que permite que “se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme”; sin embargo, existe un proceso específico previsto para la tramitación de este tipo de pretensiones de ejecución, a saber, el Proceso de Cumplimiento, recogido a nivel constitucional en el artículo 200.6° de la Constitución, que procede bajo el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por nuestro Tribunal Constitucional⁴⁵.

e) Pretensiones de definición de competencias administrativas

Proceden cuando dos o más entidades públicas realizan simultáneamente actos preparatorios o definitivos para ejercer funciones iguales respecto de una misma persona o cosa, o funciones distintas que se opongan entre sí, a fin de que se defina la competencia de dichas autoridades. Debemos precisar que estas pretensiones no procederían si ya existe un acto administrativo previo, pues en tal caso lo que correspondería sería un recurso de anulación por causal de incompetencia.

Cabe señalar que en nuestro país el proceso contencioso-administrativo no está previsto para esta clase de supuestos. Así, cuando el conflicto de competencias se produce entre organismos que gozan de

reconocimiento constitucional expreso, y las competencias afectadas son atribuidas por la Constitución o las leyes orgánicas de desarrollo constitucional, debe resolverse a través de la vía específica del conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional, como lo establece el artículo 202.3° de la Constitución. En los demás casos, y ante la ausencia de una vía procesal específica, el conflicto tendría que plantearse en un proceso civil de carácter declarativo, que podría ser iniciado por el administrado afectado, o por alguna de las entidades involucradas.

V. LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

Como vimos, las pretensiones procesales que pueden plantearse en un proceso contencioso-administrativo tienen una serie de particularidades, muchas de ellas de origen histórico. Teniendo en cuenta que la finalidad de la tutela cautelar es evitar que el objeto del proceso sea afectado por el tiempo que impone su tramitación, de modo que una eventual sentencia estimatoria se convierta en ineficaz, la adopción de medidas cautelares al interior de un proceso contencioso-administrativo se verá afectada también por tales particularidades.

Según lo señalado en la doctrina⁴⁶, una muestra bastante clara de ello ha sido lo ocurrido en la jurisprudencia española, durante la vigencia de la antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, norma que contenía una regulación con influencia del sistema francés. Pues bien, dicha jurisprudencia vino afirmando sistemáticamente, una tutela cautelar caracterizada por las siguientes notas:

⁴⁵ Estos requisitos aparecen en la STC N° 0168-2005-PC, emitida por el Tribunal Constitucional.

⁴⁶ BACIGALUPO, Mariano. La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo (Antecedentes, alcances y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Madrid: Civitas, 1999, pp. 15 y 16.

a) La tutela cautelar era considerada como una excepción al principio de ejecutividad inmediata de los actos administrativos

Como sabemos, una de las características de los actos administrativos es su ejecutividad, que es la obligatoriedad del acto a partir de su notificación. En otras palabras, una vez que el acto cumple con todos sus requisitos de existencia, su cumplimiento deviene en obligatorio.⁴⁷

Dicha ejecutividad, entendida como exigencia inmediata de cumplimiento, proviene de la presunción de legitimidad o validez del acto administrativo, según la cual se presume que el acto es válido hasta que no haya sido declarada su nulidad por la autoridad competente (judicial o no). Importa una presunción de regularidad del acto, vale decir, de que ha sido dictado en armonía con el ordenamiento jurídico, y que respeta las normas que regulan su producción. Al respecto, el profesor DROMI indica:

*«La presunción de legitimidad es presupuesto de la posibilidad administrativa de ejecutar el acto, pues el acto presumido legítimo tiene obligatoriedad y exigibilidad.»*⁴⁸

Por lo anteriormente expuesto, toda medida cautelar que afecte, retrase o impida

el cumplimiento inmediato del contenido del acto administrativo, ha venido siendo considerada como una excepción al principio general de ejecutividad de tales actos, que constituye la regla general.

De esta manera, para conceder excepcionalmente una medida cautelar, la jurisprudencia española estableció la necesidad de que la ejecución pueda ocasionar un daño de difícil o imposible reparación al administrado, además de ponderarse, en cada caso concreto, la afectación que dicha medida cautelar puede tener al interés público⁴⁹

Ello significaba entonces, que si resultaba de alto interés público que el acto administrativo se ejecute (lo que determinaría que una medida cautelar que lo impida afecte en gran medida ese interés), se requería que los daños que se generen con esa ejecución sean prácticamente irreparables, incluso mediante una indemnización, para que el órgano jurisdiccional conceda la medida cautelar. En cambio, si el interés público que estaba en juego no resultaba particularmente intenso, podía otorgarse la medida cautelar alegando daños de menor entidad.

Al respecto, consideramos que la existencia de dicha presunción de validez únicamente determina la necesidad de ponderarla con la verosimilitud del derecho

⁴⁷ No debe confundirse con la ejecutoriedad del acto administrativo, entendida como la posibilidad de la Administración, de ejecutar por sí misma el acto, pudiendo acudir a diversas medidas de coerción para asegurar el cumplimiento. (DROMI, José Roberto. El acto administrativo. Madrid: Editorial EIEAL, 1985, p. 88).

Para el profesor BARCELONA LLOP, el fundamento dogmático de la ejecutividad se encuentran en la idea de la autotutela de la Administración, según la cual, a diferencia de lo que ocurre con los sujetos privados, la Administración puede decidir unilateralmente y ejecutivamente respecto de las situaciones jurídicas de su contraparte y si el afectado opta por impugnar dicha decisión ante el órgano jurisdiccional, el estado fijado por el acto administrativo puede no sufrir alteración alguna, modificándose la realidad jurídica independientemente de si se produce o no una controversia. (Ver BARCELONA LLOP, Javier. Ob. cit., p. 96-104.)

⁴⁸ DROMI, José Roberto. Ob. cit., p. 81

⁴⁹ De esta manera, si resulta de alto interés público que el acto administrativo se ejecute (y por tanto una medida cautelar que lo impida afectaría en gran medida ese interés), se requerirá que los daños que se generen con esa ejecución sean prácticamente irreparables, incluso mediante una indemnización, para que el órgano jurisdiccional conceda la medida cautelar. En cambio, si el interés público que está en juego no resulta particularmente intenso, podrá otorgarse la medida cautelar alegando daños de menor entidad. (BACIGALUPO, Mariano. Ob. cit., p.17.)

invocado, y de comparar no solo la intensidad con que se afectaría el interés público sino también la intensidad de la afectación al administrado en caso de denegarse la tutela cautelar y ejecutarse la medida.

Asimismo, creemos que supone una exigencia para que el Juzgador adopte solo aquellas medidas cautelares que resulten idóneas para tutelar la eficacia de la eventual sentencia estimatoria, y evite que la suspensión de los actos administrativos cause un perjuicio innecesario o excesivo al interés público; mas no justifica en modo alguno que la tutela cautelar deba ser otorgada únicamente en forma excepcional. Al respecto, la profesora Beladiez Rojo señala:

«Resulta que cuando se trata de actos administrativos, al gozar éstos de una presunción de validez que les permite surtir los mismos efectos que producirían si su validez estuviese ya plenamente demostrada, su conservación es mucho más fácil que la de otros actos jurídicos –sin perjuicio, claro está, de que si esa presunción se destruyese se les pueda privar de eficacia definitivamente. En efecto, la eficacia inmediata que caracteriza este tipo de actos va a tener como consecuencia que puedan desplegar todos los efectos que le son propios, apareciendo ante la comunidad como un acto legítimo.»⁵⁰

En nuestro caso, el artículo 36º de la Ley Nº 27584 establece acertadamente que para la evaluación de la verosimilitud del derecho invocado en la medida cautelar contencioso-administrativa, “se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción

de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar”.

b) Tendencia a negar la suspensión cautelar de la ejecución del acto impugnado, en los casos en que los daños que la ejecución podía generar puedan ser valorados y reparados económicamente

En segundo lugar, y de acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia española vino declarando la improcedencia de solicitudes cautelares de suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando el daño que su ejecución le podía ocasionar al administrado podía ser valorado económicamente, y en consecuencia, podía repararse económicamente a través de una indemnización.

Esta tendencia se encontraba respaldada en la idea de la imposibilidad de insolvencia del Estado, pero se fue desplazando poco a poco, al comprenderse que la Tutela Jurisdiccional Efectiva, en su manifestación de derecho a la Tutela Cautelar, exige que los derechos y situaciones jurídicas del administrado sean tutelados de manera específica, y no a través su reparación económica. Por ello, concordamos con el profesor Bacigalupo, cuando afirma que

«[E]l contenido normal del derecho a la tutela cautelar exige que se proteja justamente los derechos e intereses que son objeto de litigio, de modo que una vez finalizado el proceso, el titular pueda disfrutar de esos mismos derechos e intereses y no de una indemnización que los sustituya debido a su desaparición o menoscabo.»⁵¹

⁵⁰ BELADIEZ ROJO, Margarita. Validez y eficacia de los actos administrativos. Madrid: Marcial Pons, 1994, p.161.

⁵¹ BACIGALUPO, Mariano. Ob. cit., p. 19.

c) Interpretación restrictiva de la posibilidad de suspender la eficacia de actos administrativos sobre la base de su aparente nulidad de pleno derecho

Por otro lado, de acuerdo a la regulación española del proceso contencioso-administrativo, el órgano jurisdiccional debía ordenar inmediatamente las medidas cautelares idóneas que fuesen solicitadas (en especial, las que implicaban la suspensión de los efectos del acto impugnado), en aquellos casos en que la impugnación del acto administrativo tuviera como fundamento una aparente nulidad de pleno derecho.

Sin embargo, Incluso en tales casos, dicha posibilidad fue reducida al mínimo, optándose por una interpretación restrictiva, de modo que las medidas cautelares eran ordenadas únicamente en los pocos casos en que las causas de la nulidad de pleno derecho fueran manifiestas y ostensibles; denegándose en los demás casos.

d) Improcedencia de la suspensión de actos denegatorios

La gran mayoría, por no decir la totalidad, de las medidas cautelares otorgadas en procesos contencioso-administrativos por los tribunales españoles, se reducían a solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando estos actos contenían una declaración “positiva” de la Administración Pública, como por ejemplo, un mandato de pago, o una orden de demolición.

Sin embargo, dicha suspensión no era otorgada en aquellos casos en que el acto administrativo impugnado contenía una declaración denegatoria, lo que ocurre por ejemplo, cuando la Administración rechaza

la solicitud de licencia de funcionamiento. La razón fundamental esgrimida en estos casos, era que el otorgar la suspensión de actos denegatorios equivaldría a que en la vía cautelar se otorgase al demandante lo solicitado en sede administrativa, contraviniendo la naturaleza misma de la suspensión. Veamos algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo español al respecto:

«(...) el mecanismo de la suspensión está dirigido contra aquellos efectos de un acto administrativo que vienen a producir una alteración material en la situación existente, y cuya alteración puede ocasionar daños o perjuicios de imposible o difícil reparación; si el acto administrativo no viene a alterar nada, entonces parece claro que nada hay que suspender; y esto es lo que ocurre con los actos negativos, que se limitan a denegar una solución sin producir una alteración material y que no cambian en nada la situación existente.(...)»

«(...) acceder a la petición de suspensión significaría, pura y simplemente, más que paralizar los pretendidos efectos de tales actos, crear una situación nueva, es decir, que en estos casos las Salas de lo contencioso, más que detener la eficacia de un acto administrativo, lo que harían sería, al socaire de la suspensión, algo más y algo distinto a suspender, a saber, emitir un acto distinto y contradictorio con el administrativo impugnado.»⁵²

En nuestra opinión, tanto la jurisprudencia como la doctrina españolas

⁵² Ibidem. p. 23.

incurrían en el error de identificar exclusivamente a la suspensión como una medida típica de no innovar.⁵³ De acuerdo con esta concepción, la suspensión debe recaer sobre mandatos o conductas materiales de la Administración Pública, surtiendo tales efectos de no innovar al impedir que ésta continúe ejecutando o pretendiendo ejecutar dichas conductas, y al ordenar el mantenimiento del statu quo.

Sin embargo, si variamos de perspectiva, podemos apreciar que la suspensión no aparece como una medida cautelar en sí misma, que pueda ser identificada sin más con las medidas cautelares de no innovar, pues ello dependerá de otras variables, como por ejemplo, el momento en que se otorgue la orden de suspensión.

Así, en caso de que el acto administrativo de gravamen no se haya comenzado a ejecutar, la suspensión producirá efectos de no innovar, manteniendo el statu quo y evitando su ejecución; sin embargo, las cosas aparecen distintas cuando la ejecución ya se ha iniciado, en cuyo caso la suspensión producirá efectos innovativos, al modificar una situación de hecho que ya se encuentra en curso.

Algo similar ocurre cuando analizamos la suspensión de actos

denegatorios, pues aunque en su mayoría se trata de actos que no requieren ningún tipo de ejecución, podemos encontrar algunos que sí tienen este componente, como sucede cuando la Administración rechaza una solicitud de renovación de un permiso del que ya se gozaba anteriormente. En tales casos, la suspensión cautelar del acto produciría efectos de no innovar, al permitir que se mantenga la situación de hecho existente al momento de la denegatoria, en la que el administrado se encontraba desarrollando determinada actividad.

Ahora bien, en el caso de los actos denegatorios que no tienen ningún componente de ejecución, es decir, que no requieren ser ejecutados, como por ejemplo, la denegatoria arbitraria de una licencia de funcionamiento, creemos que la tutela cautelar tendría que dispensarse en aquellos casos en que la demora en la tramitación del proceso contencioso constituya en sí misma un perjuicio (en términos de la clásica distinción de Calamandrei, un riesgo de retraso)⁵⁴, en cuyo caso creemos que la satisfacción del derecho del demandante que debe esperar la sentencia de fondo no se encontraría asegurada con la mera suspensión del acto denegatorio, sino que se requeriría un pronunciamiento del órgano jurisdiccional, que a modo de medida temporal sobre el fondo, otorgue al demandado aquello que ha sido denegado mediante un acto administrativo.

⁵³ «El principal desfallecimiento de la técnica suspensiva radica en la limitación de su campo de acción a los actos administrativos de limitación o gravamen. De ello se sigue la ausencia de toda cobertura no solo en los casos de inactividad administrativa (...) sino del resto de la actividad administrativa no limitadora o interventora. (...) En todo este inmenso ámbito (...) no existe mecanismo alguno corrector de la radical desigualdad de las partes durante el proceso y capaz de impedir que, entretanto recaiga la sentencia definitiva, la posición privilegiada de la Administración le permita vaciar de contenido real al proceso y a la sentencia. Semejante situación es radicalmente incompatible con el reconocimiento constitucional del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva» (PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado social y Administración pública. Madrid: Civitas, 1983, p.286).

⁵⁴ El riesgo de retraso, considerado una especie del periculum in mora, se distingue del riesgo de infructuosidad, en que este último supone la posibilidad de que mientras dure el proceso, se produzca algún suceso que pueda volver inútil o imposible la ejecución de la sentencia, que es lo que ocurre por ejemplo, cuando el deudor demandado dispone de sus bienes durante el transcurso del proceso, haciendo imposible el cobro de la suma ordenada en la sentencia. A diferencia de este supuesto, el riesgo de retraso se refiere a situaciones en que el tiempo en sí mismo lesiona los derechos del demandante, como ocurre cuando el demandante de alimentos debe esperar a finalizar el proceso para obtener una pensión alimenticia.

Como es evidente, para que el juez pueda emitir tal pronunciamiento, será necesario que previamente suspenda la eficacia del acto denegatorio impugnado, pues de otro modo colisionará con la ejecutividad que le es inherente⁵⁵; pero ello no significa que dicha suspensión baste para obtener los efectos jurídicos necesarios de una medida cautelar adecuada, pues creemos que para ello es necesario un mandato positivo por parte del Juez.

e) Inadmisibilidad de medidas cautelares distintas de la suspensión del acto administrativo impugnado, es decir, medidas cautelares “positivas”

Por último, y sobre la consideración de que la única medida cautelar posible dentro de un proceso contencioso administrativo era la suspensión, la jurisprudencia española sostuvo que resultaba inadmisibile la solicitud de medidas cautelares “positivas”, es decir, que impongan a la Administración, con carácter provisional, la realización de una conducta determinada (positiva u omisiva), como por ejemplo, el dictado provisional de un acto favorable (una licencia provisional), la realización de una prestación material o la cesación inmediata de una actuación material limitadora de derechos.

Esta inadmisibilidad se afirmó con mayor frecuencia, en aquellos casos en que la medida cautelar solicitada se dirigía contra un acto denegatorio, contra la actividad de la Administración, o contra la actuación material no sustentada en acto administrativo, denominada “vía de hecho”.

Dentro de estas medidas cautelares “positivas”, Escudero Herrera distingue aquellas que denomina anticipatorias, de las conservativas. Según señala, las primeras consistirían propiamente en una decisión anticipada y provisional del fondo del litigio, destinadas a durar hasta que se le sobreponga una decisión estable y definitiva, contenida en la sentencia; mientras que las segundas, no regularían el fondo de la relación material controvertida, sino que aportarían los medios para asegurar la ejecución forzosa de la futura resolución definitiva.⁵⁶

En nuestra opinión, dada la diversidad de manifestaciones de la actividad administrativa que pueden ser objeto de una impugnación a través del proceso contencioso-administrativo, tal como puede apreciarse de lo señalado en el capítulo anterior, la adopción de tales medidas cautelares “positivas” no solo es perfectamente admisible, sino que resulta necesaria e indispensable para la eficacia de la tutela de las situaciones jurídicas materiales que puedan estar siendo vulneradas por el acto impugnado.

Por ello es que ante las restricciones que hemos descrito en las páginas anteriores, se ha erigido una nueva tendencia en materia de tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, la cual se encuentra fuertemente influida por la exigencia constitucional de una tutela jurisdiccional efectiva, por la necesidad de brindar una tutela diferenciada de los derechos o situaciones jurídicas materiales en discusión, así como por la finalidad de

⁵⁵ «Es preciso asegurar que la posición jurídica del recurrente permanece intacta hasta que un juez se pronuncie sobre la procedencia de adoptar o no una medida cautelar, esto es, que la ejecutividad del acto administrativo impugnado cede, como regla general, hasta que el juez decida sobre la tutela judicial cautelar en cuanto elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. Naturalmente, ello no quiere decir que la suspensión deba otorgarse siempre (...)» (BARCELONA LLOP, Javier. Ob. cit., p. 411)

⁵⁶ ESCUDERO HERRERA, C. “De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo.” citado por BACIGALUPO, Mariano. Ob. cit., p. 29.

asegurar la eficacia de la eventual decisión definitiva que acoja la pretensión planteada en la demanda contencioso administrativa.

En relación con lo primero, se plantea como una exigencia derivada de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, que la tutela cautelar no sea otorgada de manera excepcional (como venía ocurriendo al considerársele una excepción al principio de ejecutividad de los actos administrativos) sino que se conceda siempre que resulte necesaria para asegurar el objeto del proceso. Asimismo, se exige que se proteja la entidad de los derechos o situaciones subjetivas que se discuten, ya que el demandante tiene derecho a gozar de esos mismos derechos o situaciones, que deben ser tutelados de manera específica, sin perjuicio de su reparación mediante una indemnización.

Por otro lado, la necesidad de una tutela cautelar diferenciada, que ponga su atención en las relaciones materiales discutidas al interior del proceso, supone que el órgano jurisdiccional aprecie la desigualdad entre la Administración Pública (cuyos actos gozan de ejecutividad), y el administrado, y adopte las medidas cautelares que resulten idóneas y adecuadas para evitar que dicha desigualdad perjudique aún más al demandante, sin limitarse a la suspensión de actos de gravamen, que como vimos, resultan *ampliamente insuficiente*.

Asimismo, en la misma línea de una tutela cautelar diferenciada, se exige que al

evaluar la solicitud cautelar, el Juzgador pondere adecuadamente todos los derechos e intereses en juego, no solo el interés particular del demandante sino el interés público que respaldaría el acto administrativo impugnado, además de tomar en cuenta los intereses generales que puedan verse afectados en caso de que se otorgue o se deniegue la medida. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando se impugna la validez de la denegatoria de licencia a un medio de comunicación social, pues en dicho supuesto, más allá de los intereses específicos de las partes, se encuentran en juego los intereses de todos los receptores de información, lo que constituye una razón a favor del otorgamiento de la medida, que tiene que ser ponderada con otras que intervengan en el caso concreto.

Con todo, creemos que estas exigencias no han quedado claramente reflejadas en nuestra Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo, la que si bien ha otorgado una resolución autónoma a este proceso, no ha trazado pautas para que evitar que nuestros jueces se inclinen hacia una línea restrictiva del derecho a la tutela cautelar, como ocurriera en el caso español.

En efecto, si bien el artículo 36⁵⁷ de dicha norma señala que la presunción de legalidad del acto administrativo no debe impedir que se conceda una medida cautelar, creemos que impone al demandante la carga de desplazar dicha presunción acreditando un fuerte grado de verosimilitud de su derecho, lo que podría

⁵⁷Artículo 36.- Requisitos.-La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que:


1. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar.
2. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.
3. La medida cautelar solicitada resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.”(el subrayado es nuestro)

ser mal entendido por los jueces, en el sentido de considerar la tutela cautelar como un supuesto excepcional.

Por otro lado, el artículo 37⁵⁸ declara especialmente procedentes las medidas cautelares de innovar y de no innovar, medidas que exigen que se acredite la existencia de un perjuicio irreparable, a diferencia del régimen común de las medidas cautelares, para cuyo otorgamiento basta que el solicitante acredite un peligro en la demora.

Sin embargo, creemos que en el caso peruano, al existir una norma especial que regula este requisito, las medidas cautelares de no innovar e innovativas se encuentran sujetas al parámetro común del peligro en la demora establecido en el artículo 36 antes citado, sin que pueda exigirse al solicitante

que acredite un peligro especialmente calificado. En ese aspecto, nuestra legislación toma distancia del criterio jurisprudencial restrictivo que fuera adoptado por la jurisprudencia española, que como vimos, solo concede tutela cautelar cuando la ejecución del acto administrativo impugnado va a ocasionar daños de difícil o imposible reparación.

En consecuencia, creemos que la definición de los criterios centrales para la adopción de medidas cautelares en los procesos contencioso- administrativos se encuentran, antes que en la ley, en las manos de nuestros jueces y Tribunales, quienes deben abordar esta tarea a la luz de la comprensión del concepto de Tutela Jurisdiccional Efectiva y de Tutela Cautelar en torno al concepto de eficacia, propósito al que hemos dedicado estas breves líneas. 

⁵⁸ “Artículo 37.- Medidas de innovar y de no innovar.- administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar.”