

procedimiento administrativo (por oposición a aquellas que regulan a los procedimientos especiales como el trilateral y el administrativo sancionador) se evalúe si corresponde su empleo o el alcance de las mismas.

3. A lo largo del artículo hemos apreciado las diferencias existentes entre las consecuencias de la aplicación de una norma a un procedimiento iniciado de oficio (como ocurre con el administrativo sancionador) frente a un procedimiento iniciado a instancia de parte (como es el trilateral por lo general). Incluso, puede darse el caso de que a un mismo procedimiento (el trilateral) le sean aplicables de manera distinta, algunas normas generales, en atención a la circunstancia de que se inició de oficio o a pedido de parte, por lo que resulta absolutamente recomendable determinar claramente ante qué tipo de procedimiento nos encontramos antes de la aplicación de las normas generales.

2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.

2.6. Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.

2.7. La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.

2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.

2.10. Los principios generales del derecho administrativo.

3. Las fuentes señaladas en los numerales 2.7, 2.8, 2.9 y 2.10 sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren.

Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

2. Cuando la deficiencia de la normativa lo haga aconsejable, complementariamente a la resolución del caso, la autoridad elaborará y propondrá a quien compete, la emisión de la norma que supere con carácter general esta situación, en el mismo sentido de la resolución dada al asunto sometido a su conocimiento».

LA EJECUCION FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY N° 27444

JOSÉ ANTONIO TIRADO

* Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El presente trabajo tiene por finalidad realizar un análisis general sobre el régimen legal de la ejecución forzosa de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. La potestad reconocida a las diversas entidades integrantes de la Administración Pública para llevar a cabo, aun en contra de la voluntad del administrado, aquello que fue objeto de decisión administrativa ha sido una de las características que la han definido dentro de la tradición jurídica europeo-continental respecto de la cual nuestro ordenamiento ha encontrado no sólo sus antecedentes normativos más antiguos sino, también, su fundamentación teórica más común.

En nuestra experiencia práctica, la ejecución forzosa de los actos administrativos ha tenido una mala reputación como resultado de un ejercicio muchas veces abusivo, desproporcionado y, sin duda, por la desconfianza del ciudadano común frente a una Administración Pública a la que percibe alejada de sus intereses. Esta situación fue, sin duda, facilitada por una legislación que no contemplaba de forma adecuada la protección de los derechos de los ciudadanos así como la aplicación de dicha legislación a situaciones totalmente ajenas a las finalidades establecidas por la ley. Es recién con la Ley N° 26979 que se define claramente el ejercicio de una de las manifestaciones de la ejecución forzosa de los actos administrativos y comienza a surgir una preocupación teórica sobre ella.

El desarrollo del presente trabajo se ha efectuado en un período en el cual ya contábamos con una nueva Ley del Procedimiento Administrativo General que regula esta materia, y cuya entrada en vigencia está prevista para octubre del año 2001, innovando de manera importante el original Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado en el año 1967 y que a partir de 1992 pasó a ser la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, razón por la cual se ha tenido en cuenta no sólo la legislación vigente sino también aquella que muy pronto vendría a reemplazarla¹.

1. EL FUNDAMENTO DE LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Consideramos importante que el análisis de la regulación legal de las facultades de ejecución forzosa de los actos administrativos deba partir del estudio previo de algunas de las categorías teóricas involucradas en dicho tema porque sólo desde una comprensión adecuada de las mismas es que podemos analizar críticamente la específica regulación que ha recibido así como la existencia misma de dichas facultades. En este sentido, a continuación daremos cuenta de los más comunes argumentos expuestos por la teoría para justificar la atribución de facultades de ejecución forzosa a la administración pública.

1.1 La satisfacción del interés público como elemento caracterizador de la Administración Pública.

La Administración Pública suele encontrarse dotada de un conjunto de facultades que diferencian notablemente su actuación de aquellas que podrían realizar los particulares. Una de las facultades o atribucio-

nes que distinguen con mayor nitidez a las actividades desarrolladas por la Administración de la actividad de los privados (y también de aquellas otras actividades de la Administración Pública sometidas al régimen del derecho privado) es el de la ejecución forzosa de sus actos. Mediante esta facultad, la Administración Pública puede llevar a la práctica lo resuelto por ella misma e imponerlo por encima, incluso, de la oposición de los particulares sobre los cuales recaen los mandatos administrativos.

Esta facultad constituye una de las manifestaciones del denominado principio de autotutela, según el cual la Administración Pública puede, por sí misma y sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, resolver las controversias sostenidas con los particulares (autotutela declarativa) y ejecutar dichos actos en el caso que los obligados a ello no lo hicieran de forma voluntaria (autotutela ejecutiva).

Sin embargo, el principio de autotutela no encuentra en nuestro ordenamiento constitucional un reconocimiento expreso razón por la cual la pregunta sobre sus fundamentos resulta, si se quiere, mucho más urgente de responder. ¿En dónde debemos encontrar el fundamento para la atribución en favor de la Administración Pública de un conjunto de facultades exorbitantes y propias que la colocan en su situación de superioridad frente a los particulares? Nosotros creemos que el fundamento del principio de autotutela, en general, y de la facultad de ejecución forzosa de los actos administrativos, en particular, se encuentra en el carácter servicial que posee la Administración Pública, la misma que está destinada institucionalmente a lograr la satisfacción de los intereses generales.

Cualquiera que sea la organización que cada concreto Estado pueda tener, en un tiempo y un espacio determinados, siempre será necesario contar con un cuerpo organizado para lograr alcanzar los objetivos que, con mayor o menor precisión, cada ordenamiento establece y para facilitar el cumplimiento de las funciones que corresponde cumplir a quien denominamos, con algún grado de comunidad, Gobierno o Poder Ejecutivo, diferenciando netamente estas funciones de aquellas otras

¹ Sobre la base del Proyecto de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, publicado el 10 de julio del 2000 en el diario oficial, el 11 de abril del 2001 se publicó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que entrará en vigencia seis meses después de su publicación.

que les corresponde cumplir a los órganos encargados de la función jurisdiccional así como de aquellos en quienes reside, tradicionalmente, la función legislativa².

En este sentido, resulta oportuno recordar que uno de los fundamentos de la existencia del Estado moderno se encuentra en la necesidad de establecer una organización capaz de garantizar a los ciudadanos un conjunto mínimo de condiciones para poder desenvolverse en sociedad así como proteger espacios o ámbitos de libertad de los ciudadanos. Ciertamente, estos espacios o ámbitos de libertad individuales y colectivos requieren en la actualidad, en mayor o menor medida, de la participación estatal para su pleno desarrollo. Piénsese, por ejemplo, en el principio de igualdad y su vertiente de las denominadas discriminaciones positivas que exigen medidas legislativas específicas a favor de determinados colectivos sociales; en la protección de los derechos de los consumidores o en el fomento de la libre competencia, que en una economía de mercado requiere de la intervención estatal para establecer mecanismos de regulación y fiscalización o en la protección y fomento de un medio ambiente adecuado, que exigen una intervención administrativa para su adecuada preservación; por otra parte, los denominados derechos de prestación, entre otros, el derecho a la salud y la seguridad social también implican muchas veces la necesaria participación de la Administración Pública para procurar la plena satisfacción de tales derechos.

De la identificación de las finalidades a satisfacer por parte de la Administración Pública, se ha podido encontrar la justificación de la existencia de un conjunto particular de atribuciones administrativas: Así, se ha señalado que:“(...) del servicio a los intereses generales quizá deri-

² Esta diferencia es claramente apreciable en sus términos o características más generales, reconociendo que al profundizar en las peculiaridades de cada uno de ellos nos enfrentamos a determinadas dificultades teóricas, tales como las que plantean el ejercicio de funciones administrativas por parte de los órganos parlamentarios, la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, el ejercicio de función jurisdiccional por órganos no incorporados a la estructura del Poder Judicial, etc.

ve que la Administración puede venir institucionalmente caracterizada por la autotutela en la medida en que las potestades propias de ésta contribuyan a la consecución de aquel objetivo básico.”³.

La identificación de los intereses generales, o la simple aproximación a ellos, nos plantean problemas extraordinariamente complejos de resolver. Así, se ha dicho que: “(...) ni la ciencia ni la práctica política están hoy en condiciones de determinar cuáles son los intereses generales ni de precisar su papel exacto en la vida del Estado. Todo el mundo está de acuerdo en que la Administración (...) está al servicio de los intereses generales de la comunidad; pero a partir de ahí ya no se puede afirmar nada con certeza (...)”⁴.

Sin embargo, consideramos que, a pesar del riesgo que este esfuerzo significa, resulta imprescindible tratar de acercarnos al significado de aquellos “intereses generales” o “intereses públicos” que constituyen, a nuestro entender, el fundamento último de la existencia de la administración pública⁵.

Debemos empezar en este empeño señalando nuestra coincidencia con Miguel Sánchez Morón quien señala que: “(...) cuando se dice que la Administración sirve los intereses generales, no está —ni se puede estar— aludiendo a un interés general como concepto abstracto o ideológico distinto ónticamente de la pluralidad de intereses sociales en presencia. Los poderes públicos han de actuar los intereses que emanan de la sociedad, del pueblo en su conjunto como titular de la soberanía; los

³ BARCELONA LLOR, Javier. *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Prólogo de Lorenzo Martín-Retortillo. Universidad de Cantabria. Santander. 1995, p. 153.

⁴ NIETO, Alejandro. «La administración sirve con objetividad los intereses generales». En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Volumen III. Civitas. Madrid. 1991, p. 2189.

⁵ En este punto quisiéramos señalar que sólo a efectos de la exposición identificaremos los “intereses generales” con los “intereses públicos” reconociendo que entre ellos podrían establecerse diferencias significativas según lo expone Alejandro NIETO, *op. cit.*, p. 2188.

poderes públicos actúan publicando —es decir, dotando de medios públicos de gestión y tutela— una serie de intereses sociales concretos”⁶.

En la experiencia de nuestra propia Administración Pública, hemos podido apreciar cómo la invocación del interés público constituye una necesaria aproximación en la labor de delimitación de la actividad administrativa y de, precisamente, aquellos fines que debe salvaguardar. Así, se ha podido señalar que para determinar su ámbito de actuación: “(...) se parte de una noción de interés público en la que se le aprecia como resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos (...) que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de aquéllos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”⁷.

De esta definición podemos extraer los siguientes elementos característicos:

- a) el interés público se define como el conjunto de intereses individuales, que siendo concretos y específicos, actuales o potenciales, son compartidos por una mayoría de individuos e imputados a toda la sociedad.

⁶ SANCHEZ MORON, Miguel. «Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978». En PREDIERI, Alberto y GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución española de 1978*. Estudio sistemático. Civitas. Madrid. 1981, p. 644.

⁷ Resolución de Presidencia N° 043-99-CD/OSIPTEL, Proyecto de normas sobre materias arbitrables entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, publicado el 20 de mayo de 1999 en el diario oficial.

b) la imputación de dichos intereses a favor de toda la sociedad debe provenir de la Constitución (como manifestación directa de la soberanía) o de la ley (como manifestación de la legitimidad democrática) ya que tratándose del reconocimiento de intereses socialmente relevantes y de la asignación de potestades concretas al aparato estatal para satisfacerlas, sólo a través de estos medios, es posible afirmar la definición o consagración de los intereses públicos.

- c) los intereses públicos son la manifestación concreta de aspiraciones sociales específicas.
- d) la Administración Pública aparece como la organización estatal destinada a cumplir la función de satisfacer dichas aspiraciones, ya sea brindándolas directamente o facilitando las condiciones para que individualmente sean alcanzadas por parte de los ciudadanos, de acuerdo al diseño constitucional de la participación estatal en tales actividades.

En este punto, es necesario señalar la posible coincidencia que puede existir entre la protección de los derechos fundamentales y la determinación y satisfacción de los intereses públicos, ya que como se ha señalado: “En la defensa de los intereses generales no debe verse un obstáculo para el respeto a los derechos fundamentales. Aun cuando estos derechos fundamentales se prediquen del individuo, no sólo son meras titularidades privadas, representativas de intereses particulares y, por tanto, necesariamente contrarios o enfrentados a los intereses de la colectividad. Precisamente, estos derechos, constitucionalmente garantizados, son el fundamento del orden político y de la paz social (...) y no existe interés general más importante que su consecución y mantenimiento. De ahí que no pueda hablarse sin más de un interés general, atendido por la Administración pública, frente al interés constitucional de respetar los derechos fundamentales como algo inconciliable, sino de una gradación de intereses, en donde la satisfacción de los intereses pú-

blicos encomendados por el legislador a la Administración pública se realice con respeto a los derechos fundamentales”⁸.

Ya sea que se trate de una sociedad en la cual se afirme la participación activa del Estado en la prestación de las actividades necesarias para la satisfacción de los mismos o ya sea que se trate de un Estado en el cual se promueva la participación individual como la mejor alternativa para dicha satisfacción, independientemente de cual sea la forma de participación adoptada, en ambos supuestos se requeriría de una organización estatal (no importa, a estos efectos, determinar ni su tamaño ni sus funciones específicas) para lograr la satisfacción de los mismos pues lo importante es reconocer la necesidad de dotar a dicha organización del conjunto de medios suficientes para lograr sus objetivos.

En consecuencia, es la satisfacción de estos concretos intereses (que aparecen directamente en la Constitución o que se desprenden de ella) lo que justifica que exista una organización (la Administración Pública) abocada institucionalmente a su servicio y que ésta pueda gozar de un estatuto jurídico distinto al de los particulares, estar dotada de facultades propias, destinadas única y exclusivamente a la satisfacción de tales fines y ser capaz de superar los obstáculos que se le pretendan oponer⁹.

Esta facultad, si es apreciada desde la perspectiva del Estado Democrático de Derecho, no puede ser equiparada o asimilada a las facul-

⁸ LAFUENTE BENACHES, Mercedes. *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública*. Prólogo de Antonio Embid Irujo. Tecnos. Madrid. 1992. Segunda edición, pp. 18-19.

⁹ “Para cumplir con la misión de perseguir la consecución del interés público el ordenamiento público le otorga a la Administración un estatus jurídico especial habilitándola para el ejercicio de ciertas potestades singulares, como la de emitir decisiones o actos administrativos capaces de producir efectos jurídicos que inciden directamente en la esfera jurídica del administrado, ya sea creando, otorgando o declarando derechos e imponiendo obligaciones, así como la facultad de imponer o hacer ejecutar por sus propios medios lo ordenado”. (DANOS ORDOÑEZ, Jorge y ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El procedimiento de ejecución coactiva. Comentarios al nuevo régimen legal: Ley N° 26979 y Código Tributario*. Gaceta Jurídica Editores. Lima. 1999, p. 19.)

tades o atribuciones propias de los gobernantes del antiguo régimen. Así, la exigencia del escrupuloso cumplimiento del principio de legalidad, la consagración de la responsabilidad patrimonial de la Administración por sus actos; la pérdida de toda eficacia y validez de la actuación administrativa cuando se presenten casos de desviación del poder; el sometimiento pleno a la jurisdicción y al control de los jueces de lo contencioso administrativo sobre la actuación de la Administración Pública, son algunos de los concretos y específicos límites que sujetan a Derecho la actuación administrativa limitando, también, sus prerrogativas y que hacen que este estatuto particular en su favor no sea un privilegio al estilo de aquellos que gozaba el rey en el antiguo régimen sino, por el contrario, lo que define a la Administración como organización servicial de los intereses públicos en un moderno Estado Democrático de Derecho¹⁰.

Así, sólo desde esta doble perspectiva (en primer lugar, la de las de finalidades a alcanzar y en segundo lugar, la de los límites que se deben respetar) es posible considerar que el conjunto de atribuciones especiales a favor de la Administración Pública y, en especial, el de la ejecución forzosa de sus actos, gozan de legitimidad constitucional.

Cabe resaltar que la potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos es, como toda atribución y conducta de la Administración, funcional a la satisfacción de las finalidades institucionales que debe cumplir, razón por la cual: “Sólo en la medida en que es un instrumento útil para la más eficaz consecución de los fines de interés general que a la Administración competen, la autotutela administrativa y las potestades que la cristalizan no están constitucionalmente rechazadas; y a la par,

¹⁰ Ciertamente, estas expresiones podrían resultar poco coherentes con la realidad nacional. Ello no debe desalentarnos, pues justamente se trata de plantear los estímulos necesarios para desmantelar un modelo arbitrario de Estado y construir otro acorde con los principios de un moderno Estado Democrático de Derecho, en donde la Administración Pública sirva, ahí sí, con objetividad y eficacia los intereses generales de la población, sometida plenamente a la Constitución y el Derecho.

sólo en esa justa medida cumple un función que no se puede ni debe desdeñar¹¹.

Finalmente, cabe señalar el potencial interpretativo que posee el artículo III del Título Preliminar de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos cuando establece la finalidad general a la que debe estar orientada la actividad administrativa¹². En nuestra opinión, consideramos que a través de una disposición como esta se consagra la finalidad fundamental que la Administración Pública debe cumplir en el servicio público y la somete, completamente, al ordenamiento jurídico. Una norma de esta naturaleza tiene, a nuestro entender, la ventaja de establecer de manera general y aplicable a todo procedimiento administrativo la finalidad esencial para la cual existe la Administración Pública y vincular todas sus atribuciones y facultades a dicho fin; asimismo, permitiría consagrar su sometimiento pleno y total a la Constitución, la ley y el Derecho dejando sin margen de duda la necesidad de fundamentar siempre la base legal de la actuación administrativa, permitiendo, igualmente, la aplicación de los principios generales del Derecho, especialmente con la finalidad de lograr su control jurisdiccional.

La cuestión sobre la determinación de los fines que debe satisfacer la Administración Pública (y con ello, la determinación de los límites de su actuación) no es en nuestro medio una discusión intrascendente o meramente teórica, por el contrario, como lo demuestra la práctica de algunas instituciones, no siempre se encuentra claramente definido, ni comprendido, el alcance y sentido de las facultades y atribuciones propias de la Administración Pública¹³.

¹¹ BARCELONA LLOP, Javier. *Op. cit.*, p. 194.

¹² Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. "Artículo III. Finalidad. La presente ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico".

¹³ Sobre los presupuestos que deben cumplirse para que se proceda a la ejecución forzosa de

1.2 La necesidad de dotar de efectividad la gestión de la Administración Pública: el principio de autotutela.

Una vez definida la finalidad institucional a la que debe orientarse la actuación de la Administración Pública, se presenta la necesidad de analizar cuál es el régimen de facultades o potestades de las cuales está investida para lograr, precisamente, la satisfacción de aquellos fines institucionales a los cuales debe servir.

En la evolución que esta cuestión ha experimentado en el derecho europeo continental el instrumento técnico que ha servido para la Administración pueda cumplir con sus finalidades institucionales ha sido el denominado principio de autotutela, mediante el cual: «(...) la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del status quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial.»¹⁴.

Como ya habíamos adelantado, el principio de autotutela comprende dos potestades: la primera, la denominada autotutela declarativa mediante la cual la Administración Pública define una situación jurídica que la enfrenta a un particular o resuelve una controversia entre dos o más particulares; la segunda, la llamada autotutela ejecutiva le permite a la Administración Pública disponer el cumplimiento de aquellos asuntos jurídicamente relevantes y que habían sido previamente decidido o declarado por ella misma, aun en contra de la voluntad del sujeto administrado obligado a dicho cumplimiento.

un acto administrativo puede verse DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. «El procedimiento de cobranza coactiva como manifestación de la potestad de la administración pública de ejecución forzosa de sus actos». En *Themis-Revista de Derecho*. N° 32. 1995, p. 47 y ss.

¹⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I. Civitas. Madrid. 2000. Décima edición, p. 505.

El reconocimiento de estas facultades le otorga a la Administración Pública un estatuto jurídico particular pues, a diferencia de cualquier particular, la Administración puede prescindir de los órganos jurisdiccionales para obligar a un particular a la realización de determinada conducta ajustada a derecho.

Como puede apreciarse, la autotutela administrativa está configurada en función de salvaguardar y dotar de eficacia aquella función esencial de la Administración Pública, como es la satisfacción del interés general. Sin embargo, la autotutela es únicamente un instrumento técnico del que normalmente goza la Administración Pública -por lo menos en la tradición jurídica europea- que, por lo mismo, puede ser objeto de matizaciones y limitaciones cuando el legislador lo considere conveniente.

1.3 La definición de los términos: ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa.

En este momento resulta necesario hacer un esfuerzo para aproximarnos a los conceptos "ejecutividad", "ejecutoriedad" y "ejecución forzosa" que son los términos que normalmente se utiliza en la doctrina para tratar el tema objeto del presente trabajo. No es nuestra intención, ciertamente, hacer un análisis de la evolución que cada uno de estos conceptos ha tenido a lo largo de los años, ni los alcances que los diversos autores le han dado sino, por el contrario, asumir expresamente un específico significado con la finalidad de delimitar estrictamente el ámbito de nuestro trabajo¹⁵.

¹⁵ "Parece oportuno comenzar el análisis con la disección de los conceptos en que las potestades que habrán de ser objeto de estudio se resumen habitualmente. Y repárese en que los de ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa, pues no de otros se habla, no se corresponden exactamente con el ejercicio de otras tantas potestades administrativas; aunque se manejen tres nociones, potestades hay solamente dos: la de decisión ejecutiva y la de ejecución forzosa (...). Si todo acto administrativo es por definición ejecutivo, no todo acto administrativo es ejecutorio; pero si lo es, por tener un contenido obligacional, puede ser objeto de ejecución forzosa en caso necesario (...)" (BARCELONA LLOP, Javier. *Op. cit.*, p. 35.)

Por *ejecutividad* se entiende una característica que tradicionalmente se ha considerado propia de todo acto administrativo, en tanto manifestación de una potestad o atribución pública, como es la de ser plenamente eficaz y constitutivo de las situaciones jurídicas por él definidos desde el momento mismo de su emisión sin que la oposición del particular -a través de los medios impugnatorios que la ley pudiera habilitar- pueda impedirlo sin perjuicio de lo que en sede jurisdiccional se pueda disponer¹⁶. Si este concepto es propio de todo acto administrativo, la denominada *ejecutoriedad*, por el contrario, alude a una característica que únicamente es predicable de aquellos actos administrativos que impongan una obligación (de dar, hacer o no hacer) a un administrado y que, en función de su contenido obligacional, puede permitir, llegado el caso, su ejecución forzosa en caso de negativa del sujeto administrado. De esta manera, si bien todos los actos administrativos son ejecutivos, sólo algunos (aquellos que contengan una obligación) podrán ser ejecutorios y, justamente por esta característica, aquellos actos administrativos ejecutorios que no sean cumplidos voluntariamente por el obligado podrán ser objeto de *ejecución forzosa* en la medida en que esta última característica nos remite a la potestad administrativa de realización material para plasmar en la realidad aquello que la Administración ha decidido aun en contra de la voluntad del obligado¹⁷.

1.4 Una revisión panorámica de la ejecutividad de los actos administrativos en la legislación peruana.

Una vez analizados los fundamentos teóricos que sustentan la potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos pasaremos a reseñar, rápidamente, la actual regulación que el tema de ejecutividad de los actos administrativos tiene en la legislación peruana.

¹⁶ BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés. *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*. Prólogo de Ramón Parada. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992.

¹⁷ Sobre la evolución doctrinal de estos conceptos se puede consultar, con notable provecho, a BARCELONA LLOP, Javier. *Op. cit.*, pp. 35-91.

En nuestro país la regla general es la ejecutividad del acto administrativo, como se desprende de la lectura conjunta de los artículos 40° y 104° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos¹⁸. Tratándose de una norma de carácter supletorio¹⁹, este principio quedará, sin embargo, desplazado por la legislación administrativa específica que podrá disponer un tratamiento diferente sobre este aspecto. Como un ejemplo de ello podemos apreciar la norma contenida en el Código Tributario que señala expresamente en que circunstancias específicamente establecidas no es procedente la ejecución coactiva de un acto administrativo²⁰.

En el caso de la nueva Ley N° 27444 -Ley del Procedimiento Administrativo General- ésta continúa la línea establecida por la ley vigente

¹⁸ Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

"Artículo 40°.- Los actos administrativos producirán efectos desde el día siguiente de su notificación o publicación, salvo que el propio acto señala una fecha posterior (...)

Artículo 104°.- La interposición de cualquier recurso excepto en los casos en que una disposición legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pero la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de parte, la ejecución de la resolución recurrida, si existen razones atendibles para ello".

¹⁹ Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

"Artículo 1°.- La presente Ley rige la actuación de orden administrativo de las entidades de la Administración pública siempre que por leyes especiales no se establezca algo distinto (...)"

²⁰ Decreto Supremo N° 135-99-EF, Texto Unico Ordenado del Código Tributario.

"Artículo 119°.- Suspensión de cobranza coactiva.

Ninguna autoridad ni órgano administrativo, político ni judicial podrá suspender el Procedimiento de Cobranza Coactiva, con excepción del Ejecutor Coactivo que deberá hacerlo cuando:

(...)

d) Se haya presentado oportunamente recurso de reclamación, apelación o demanda contencioso administrativa, que se encuentre en trámite (...)

Excepcionalmente, tratándose de Ordenes de Pago y cuando medien otras circunstancias que evidencien que la cobranza podría ser improcedente la Administración Tributaria está facultada a disponer la suspensión de la cobranza de la deuda, siempre que el deudor tributario interponga la reclamación dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de notificación la Orden de Pago (...)"

pero con mejor sistemática que aquella, consagra la eficacia de los actos administrativos²¹ y su ejecutoriedad²², salvo para el caso de los procedimientos administrativos de carácter sancionador²³. Para caracterizar la ejecutoriedad de los actos administrativos, la nueva Ley consagra, justamente como uno de sus requisitos, el de contener una obligación de dar, hacer o no hacer a favor de la Administración Pública²⁴.

¿Cuál es el significado general de estas disposiciones? En primer lugar, la Ley N° 27444 determina de manera categórica la eficacia de los actos administrativos que favorecen al administrado, al extremo que no es necesario para que surja dicha eficacia que el beneficiario sea notificado de ello, bastando que el acto se haya emitido para que la administración pública se encuentra obligada a sus propias determinaciones. En segundo lugar, aunque la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General establezca el carácter ejecutorio de los actos administrativos,

²¹ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 16°.- Eficacia del acto administrativo.

1. El acto administrativo es eficaz a partir de la vigencia de la modalidad de notificación legalmente realizada, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

2. El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto".

²² Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 192.- Ejecutoriedad del acto administrativo.

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a Ley".

²³ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 237°.- Resolución.

(...)

237.2 La resolución [en el procedimiento administrativo sancionador] será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva".

²⁴ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 194°.- Ejecución forzosa.

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

1. Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer, establecida a favor de la entidad (...)"

dicha regla no es de aplicación en el caso de los actos emitidos en un procedimiento administrativo sancionador sino hasta el momento en que dicho procedimiento haya concluido de manera definitiva, ya sea porque se agotó la vía administrativa (no siendo posible interponer ningún nuevo medio impugnatorio) o porque dicho acto quedó consentido (el administrado afectado pudiendo hacerlo no impugnó el acto sancionador). Esta última excepción está destinada, a nuestro entender, a garantizarle a los sujetos administrados un debido procedimiento administrativo y evitar la ejecución de una sanción administrativa por los efectos que el ejercicio de dicha potestad puede llegar a tener respecto de determinados derechos fundamentales.

En la práctica pueden presentarse situaciones en las cuales un procedimiento administrativo que no sea de naturaleza sancionadora pueda ocasionar perjuicios u ocasionar la lesión de derechos de terceros (por ejemplo, el otorgamiento de una licencia de construcción o la autorización para el funcionamiento de determinado tipo de actividades), en tales supuestos consideramos que el acto administrativo mantiene su ejecutividad y que los eventuales afectados tendrían que transitar por la vía administrativa salvo que puedan demostrar que dicho acto puede generar la eventual lesión de un derecho fundamental.

Es a partir de esta constatación que surge, a nuestro entender, el problema más importante que la regulación de la ejecutoriedad de los actos administrativos puede generar en tanto aparece absolutamente necesario coordinar la interpretación de su regulación con las excepciones previstas al agotamiento de la vía previa en el caso del proceso de amparo, en la medida en que ésta última dispone que no es de aplicación la exigencia del agotamiento de la vía administrativa para interponer una demanda de amparo cuando se ha producido la ejecución de un acto administrativo que no es el de última instancia²⁵.

²⁵ Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo.
"Artículo 28°.- No será exigible el agotamiento de las vías previas si:

Como puede verse fácilmente la excepción establecida en la Ley de Hábeas Corpus y Amparo puede traer como consecuencia dejar sin contenido práctico al artículo 104° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y la declaración de ejecutividad de los actos administrativos que contiene²⁶. Creemos que la lectura correcta de estas disposiciones es que tratándose de derechos fundamentales resulta absolutamente prescindible agotar la vía administrativa porque la trasgresión de los derechos resulta de tal gravedad —por los valores y bienes protegidos por el reconocimiento de derechos fundamentales— que sólo la tutela jurisdiccional permitiría enfrentar exitosamente dicha situación, garantizándole al sujeto administrado el acceso a la tutela jurisdiccional y, especialmente, a la tutela cautelar²⁷.

1. Una resolución que no es la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida (...).

²⁶ "El inciso primero [del artículo 28° de la Ley N° 23506] refiere la posibilidad que una resolución que no sea la última en la instancia administrativa se ejecute antes de haber quedado consentida. La razón es obvia. Aquí hay ya una violación inmediata al derecho constitucional cometido por la administración y por tanto no resulta congruente suponer que la apelación o la segunda instancia del mismo ente que produjo la violación inconstitucional levanten inmediatamente la medida. Si se exige el cumplimiento de la vía previa es porque la ley no ha querido que una resolución que aún no tiene carácter definitivo sea discutida en sede judicial, pero tampoco puede aceptarse que la violación del derecho se produzca y tenga que esperarse aún para restablecer de inmediato el precepto fundamental que se está conculcando". (BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales*. Grijley. Lima. 1996, p. 330.)

²⁷ Un buen ejemplo de ello es la regulación española del procedimiento especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales. A partir de la vigencia de la Constitución de 1978 se planteó la necesidad de contar con un proceso judicial basado en los criterios de rapidez, celeridad y eficacia para la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. De manera paralela a la entrada en vigencia de la Constitución de 1978, se promulgó la Ley 62/1978, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, la misma que no exigía el agotamiento de la vía administrativa en los casos en los cuales se imputaba a la administración pública la comisión de algún acto lesivo de derechos fundamentales, a diferencia de la regulación común del proceso contencioso administrativo que sí exigía el transitar por el procedimiento administrativo.

1.5 La ejecución administrativa o judicial de los actos administrativos.

En el párrafo anterior hemos podido apreciar cómo la ley regula de manera general la forma en que la Administración Pública puede llevar a la práctica aquellas decisiones adoptadas en ejercicio de sus competencias. Sin embargo, ésta no ha sido una situación que siempre le haya sido reconocida a la Administración ni se encuentra exenta de planteamientos críticos respecto de la naturaleza propiamente jurisdiccional que se le atribuye a dichas facultades.

En la medida en que la el principio de autotutela no se encuentra definido constitucional, le corresponde a la ley la tarea de su definición. En este sentido, es perfectamente posible que el legislador pueda establecer que determinados actos administrativos no sean ejecutados por la Administración que los dictó sino que remita dicha función al Poder Judicial. Como un ejemplo de la configuración legal que el principio de autotutela administrativa puede adoptar es importante revisar las especificaciones establecidas en recientes modificaciones a la Ley de Protección al Consumidor²⁸.

La Ley de Protección al Consumidor establece específicamente un tratamiento diferenciado respecto de la ejecutividad de los actos administrativos mediante los cuales se impongan sanciones administrativas o dispongan medidas correctivas²⁹. La sanción administrativa en estos casos puede consistir en una amonestación o en una multa ascendente hasta 100 UIT. Sin perjuicio de ello, la autoridad administrativa puede disponer la imposición de medidas correctivas las mismas que están orien-

²⁸ En el presente trabajo se cita por el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI mediante el cual se aprobó el Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 716 - Ley de Protección al Consumidor.

²⁹ Sobre la diferenciación entre sanciones administrativas y medidas correctivas puede consultarse a DANOS ORDOÑEZ, Jorge. «Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública». En *Ius et Veritas*. N° 10. 1995.

tadas, específicamente, a lograr la satisfacción de expectativas específicas de los consumidores ya que buscan, entre otros objetivos, la devolución de lo pagado o la reparación de productos, situaciones que benefician directa y principalmente al consumidor afectado³⁰.

Sin embargo, la Ley establece que en el caso de la imposición de medidas correctivas, si éstas no son cumplidas voluntariamente por los proveedores, el consumidor podrá exigirse su cumplimiento únicamente a través de un proceso judicial. Nótese cómo la Ley establece un tratamiento diferenciado ya sea que se trate del incumplimiento de una sanción (pago de una multa) o se trate de una medida correctiva (restitución de la situación alterada por la comisión de una infracción) a pesar que el obligado en ambos casos es el mismo sujeto (el proveedor que fue denunciado por violación de las normas de protección al consumidor) y el mismo motivo (la constatación de la violación de una norma administrativa).

Esta norma permite apreciar, claramente, cómo la ley atribuye a la Administración Pública un conjunto diferenciado de facultades con la finalidad de definir o resolver una controversia jurídicamente relevante que el ordenamiento le ha atribuido expresamente (autotutela declarativa) y disponer su cumplimiento forzoso ya sea a la propia Administración (autotutela ejecutiva) o remitirla a los órganos jurisdiccionales³¹.

³⁰ Decreto Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 716 - Ley de Protección al Consumidor.

“Artículo 41°.- Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores, infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una Multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el Artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro (...)”.

³¹ Esto nos lleva, directamente, al problema de la determinación del carácter jurisdiccional o administrativo de las potestades administrativas de ejecución forzosa. Sobre este tema puede consultarse a BARCELONA LLOP, Javier. *Op. cit.*, p. y en la doctrina nacional a MONROY GALVEZ, Juan.. *Introducción al Proceso Civil*. Temis, Bogotá. 1996.

¿Es conveniente que la ley establezca esta diferenciación? o, mejor dicho, ¿qué razones pueden justificar que la ejecución de algunas decisiones administrativas se produzca a través de un proceso judicial y otras lo sean directamente por la propia Administración?

De los antecedentes legislativos podemos apreciar que el objetivo de esta regulación estaría determinado por el deseo de brindarle al consumidor una alternativas más rápidas para la plena satisfacción de sus intereses³². Teniendo en cuenta que esta alternativa significaría adicionar al plazo de duración del procedimiento administrativo, el del proceso judicial de ejecución no encontramos razonable dicho argumento. Este, sin embargo, es un problema menor.

El verdadero problema que nos trae una regulación legislativa como la que comentamos, está en plantearnos, nuevamente, esa nebulosa frontera entre lo administrativo y lo jurisdiccional que se acrecienta en la medida en que se dispone que una misma potestad (la de ejecución de los actos administrativos) puede ser desarrollada por la Administración Pública o por los órganos jurisdiccionales dependiendo del tipo de decisión adoptada (ya sea una sanción o una medida correctiva)³³.

³² Para el caso concreto de la modificación señalada se ha mencionado que: "Cuando termina el procedimiento, las partes (consumidor y empresa) deben cumplir con lo que ordena el Indecopi y quien no cumple será sancionado. Esas son las reglas del juego, no vale jugar el partido y luego desconocer la derrota. Por ello, el Indecopi impone multas a quien decide incumplir con lo ordenado en una resolución. Sin embargo, y a pesar del mecanismo de multa, es una realidad que a veces las partes incumplen los mandatos contenidos en una resolución del Indecopi. Por ello, debemos pensar en un mecanismo más eficaz para obtener resultado. Además de un perfeccionamiento del mecanismo de multa (...) creemos conveniente darle al consumidor una herramienta más para hacer cumplir una resolución a su favor. De acuerdo a nuestra propuesta, el consumidor estará en aptitud de pedir a un juez, a través de un proceso más rápido en el Poder Judicial, que haga cumplir la orden dictada a su favor". (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - INDECOPI. Área de Estudios Económicos. Documento de Trabajo N° 001-2000. Fortalecimiento del sistema de protección al consumidor: diagnóstico y propuesta. Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 15 de marzo del 2000, p. 194745.)

³³ La prueba de la irrelevancia de esta distinción la encontramos en la Ley Procesal del Trabajo que dispone como título de ejecución a los actos administrativos que versen sobre materia laboral, sin ningún tipo de distinción, ya sea de carácter sancionatorio o reparatorio.

No podemos sino esbozar esta problemática dejando en claro que lo más conveniente es procurar un tratamiento uniforme en el cual sea la propia Administración la competente para la ejecución de sus propios actos sin importar su contenido. En el ejemplo que analizamos, resulta claro, a nuestro entender, que las medidas correctivas ordenadas por la autoridad administrativa tienen -con mucha mayor claridad que cualquier otra circunstancia- una trascendencia social particularmente significativa en la medida en que se obligaría al proveedor a restituir plenamente el interés público lesionado.

2. LOS REQUISITOS PARA LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Una vez analizados los fundamentos por los cuales se justifica que la Administración Pública se encuentre dotada de la potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos, debemos estudiar cuáles son los requisitos que normalmente se exigen para que el ejercicio de dicha potestad se encuentre legitimado³⁴. En este sentido, son tres los requisitos fundamentales que deben cumplirse para que un acto administrativo pueda ser ejecutado de manera forzosa: que el acto administrativo provenga de una relación de derecho público; que dicho acto administrativo contenga una obligación de dar, hacer o no hacer a cargo del administrado y que éste se haya negado a dar cumplimiento voluntario al mandato administrativo.

³⁴ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. "Artículo 194°.- Ejecución forzosa.

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

1. Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer, establecida a favor de la Entidad.
2. Que la prestación sea determinada por escrito de modo claro e íntegro.
3. Que tal obligación derive del ejercicio de una atribución de imperio de la entidad o provenga de una relación de derecho público sostenida con la entidad.
4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.
5. Que no se trate de un acto administrativo que la Constitución o la ley exijan la intervención del Poder Judicial para su ejecución".

2.1 Que el acto administrativo provenga de una relación de derecho público.

El principal requisito que se exige a un acto administrativo para su ejecución forzosa es que provenga de una relación de derecho público. Si el fundamento de la potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos se encuentra en la necesidad de satisfacer o salvaguardar los intereses generales al servicio de los cuales se encuentra la Administración, únicamente es posible que los actos administrativos emitidos con dicha finalidad podrán encontrarse revestidos de la prerrogativa de autotutela ejecutiva. ¿Por qué es necesaria esta precisión? ¿no ocurre, acaso, que toda la actividad administrativa está orientada por dicha finalidad?

Para el adecuado cumplimiento de las finalidades que constitucional y legalmente tiene atribuidas el Estado, doctrinariamente se le reconoce la posibilidad de actuar tanto bajo un régimen legal de derecho público o a través de un régimen de derecho privado. Actuará bajo un régimen de derecho público cuando se encuentre cumpliendo finalidades y funciones que sólo el Estado -través de cualquiera de las modalidades en que éste se manifiesta- puede ejercer como consecuencia del *ius imperium* del que está investido. Por el contrario, cuando desarrolle actividades que no sean exclusivas del Estado o mejor dicho, cuando desarrolle actividades ajenas a las que constitucional o legalmente se encuentra avocada como razón fundamental de su existencia, éstas se desarrollarán bajo el régimen legal del derecho privado en la medida en que no se encuentren comprometidos directamente intereses públicos³⁵ y por-

³⁵ “(...) todo el ropaje que envuelve a la Administración Pública no se justifica por sí mismo, sino que obedece a una finalidad institucional de primer orden. Igualmente, los medios materiales, personales y financieros al servicio de la Administración tienen una naturaleza jurídica particular y un tratamiento propio y específico que los identifica frente a otras organizaciones humanas, y que apunta nuevamente al cumplimiento fiel de los dictados procedentes del interés general. Los medios al servicio de la Administración responden, por tanto, a las necesidades específicas que surgen en el normal desarrollo de la actividad administrativa”. (MARTINEZ VASQUEZ, Francisco. «¿Qué es el dominio público?» en *Tbemis*. N° 40, 2000, p. 263.)

que el otorgamiento de facultades exorbitantes -propias de la Administración Pública para la satisfacción de intereses públicos- resultan manifiestamente irrazonables y desproporcionadas³⁶.

2.2 Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer determinada, precisa y previamente notificada.

La segunda característica que debe tener un acto administrativo para que puede ser objeto de ejecución forzosa es que contenga una obligación de dar, hacer o no hacer, es decir, que el objeto de dicho acto administrativo disponga directamente al sujeto administrado la ejecución de una conducta susceptible de realización material. En la medida en que la ejecución forzosa significa que la Administración se sustituye en el obligado para llevar a cabo aquello a lo que está obligado, ello procederá únicamente cuando la Administración haya dispuesto que el ciudadano cumpla con la realización de determinada conducta, situación que no se presenta cuando el acto administrativo impone una obligación a cargo de la Administración o cuando simplemente proceda al reconocimiento de situaciones de hecho (constancias, certificados, etc) que constituyen meras declaraciones de certeza no susceptibles de ejecución porque carecen de contenido obligacional.

³⁶ Recientemente el Tribunal Constitucional ha señalado que: “(...) el procedimiento de ejecución coactiva es la facultad que tienen algunas entidades de la administración pública para hacer cumplir actos administrativos emitidos por la misma Administración, es decir, las obligaciones exigibles deben provenir de materias propias de las funciones que cada entidad tiene, basadas en el reconocimiento que cada ley especial ha considerado para cada Administración, o sea, siempre dentro de un marco normativo; en el presente caso se trata del IPSS (hoy ESSALUD), institución de la administración pública, que tiene la facultad de cobrar coactivamente sólo las deudas reguladas por la Ley N° 24786; pues extender el principio de autotutela en el que se basa la ejecución coactiva, a obligaciones no originadas en la función de cada administración, ocasionaría posibles violaciones a derechos fundamentales y, otorgar facultades a los ejecutores coactivos que no son propios de su función (...)” (Exp. N° 774-99-AA/TC, publicado en la separata de jurisprudencia del diario oficial el 17 de julio del 2001, páginas 4470-71.) Aun cuando el Tribunal Constitucional no haya elaborado una doctrina muy sólida sobre el particular, consideramos que esta sentencia muestra una comprensión de los problemas fundamentales que puede plantear el ejercicio de las facultades de ejecución forzosa de la administración pública y delimita dicha potestad en sus características más importantes.

Junto con el contenido obligacional, es un requisito fundamental que el acto administrativo cuya ejecución forzosa se pretende, haya sido debidamente notificado al ciudadano con la finalidad de asegurar la posibilidad de su cumplimiento voluntario. De manera inherente a ello, se requiere que la notificación contenga una descripción clara y precisa del mandato que la Administración le ha impuesto al ciudadano a efectos de asegurar, de forma debida, su eventual cumplimiento voluntario.

2.3 Que el administrado se haya negado a cumplir voluntariamente con lo ordenado.

Es importante tener en cuenta que la ejecución forzosa de los actos administrativos, en la medida en que significa la limitación o restricción de derechos del ciudadano, sea siempre la última opción de la autoridad para dar plena satisfacción a sus mandatos. Por esta razón, constituye una exigencia ineludible que la Administración Pública le dé al administrado la oportunidad de dar cumplimiento voluntario a sus mandatos.

2.4 Que el acto administrativo no haya perdido ejecutoriedad.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que la Ley contempla algunos supuestos bajo los cuales el acto administrativo puede perder ejecutoriedad³⁷. Esta disposición tiene por finalidad limitar la facultad de la Administración Pública para proceder a la ejecución forzosa de un acto administrativo por tres razones: en primer lugar, a consecuencia de

³⁷ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. "Artículo 193°.- Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.

193.1 Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos pierden efectividad y ejecutoriedad en los siguientes casos:

193.1.1 Por suspensión provisional conforme a ley.

193.1.2 Cuando transcurridos cinco años de adquirido firmeza, la administración no ha iniciado los actos que le competen para ejecutarlos.

193.1.3 Cuando se cumpla la condición resolutoria a que estaban sujetos de acuerdo a ley.

193.2 Cuando el administrado oponga al inicio de la ejecución del acto administrativo la pérdida de su ejecutoriedad, la cuestión es resuelta de modo irrecurrible en sede administrativa por la autoridad inmediata superior, de existir, previo informe legal sobre la materia".

la suspensión provisional de su ejecución, que se regula conforme al artículo 216° de la Ley; en segundo lugar, por el transcurso de un plazo, bastante amplio por cierto, sin que se haya iniciado el procedimiento de ejecución forzosa; en tercer lugar, cuando se haya cumplido la condición resolutoria a la que se encontraba sometido.

El primer supuesto constituye un mecanismo de garantía para asegurar que la suspensión provisional (se entiende que se trata de aquella dispuesta por la propia autoridad administrativa y regulada por el artículo 216° de la Ley) sea plenamente eficaz y no se presenten contradicciones en este tema. El tercer supuesto, el cumplimiento de la condición resolutoria, constituye una previsión plenamente conforme con la doctrina general del acto o negocio jurídico según las instituciones del derecho privado³⁸.

El segundo supuesto contemplado en la Ley requiere una precisión adicional. Si la Administración, que se encuentra legalmente interesada en la ejecución de un determinado acto administrativo, no inicia su ejecución dentro del plazo señalado por la Ley, y que resulta a todas luces extraordinariamente excesivo, deberá asumir la carga o responsabilidad por la imposibilidad de ejecutar por ella misma dicho acto. Nótese que la norma no afecta la validez del acto administrativo, en sí mismo, el cual no se ve afectado en su objeto o contenido³⁹ por el transcurso del plazo para su ejecución forzosa (lo podrá ocurrir, en todo caso, si resultan de aplicación otro tipo de plazos como los prescriptivos, por ejemplo), sólo pierde su ejecutoriedad y, consecuentemente, la capacidad de la

³⁸ Como señalan Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, la dogmática jurídica administrativa se construyó históricamente y tomó como base o fundamento a partir del cual, luego, se alejaría en muchos aspectos, al derecho civil cuya presencia era, al momento de la aparición del derecho administrativo, absolutamente dominante (*Op. cit.*, p. 605.)

³⁹ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 5°.- Objeto o contenido del acto administrativo.

5.1 El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad (...)"

Administración Pública para proceder a su ejecución forzosa, pero la obligación para el administrado subsiste y podría serle exigible por la vía jurisdiccional.

3. LAS MODALIDADES DE LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos comprende diversas modalidades a través de las cuales se busca dotar de plena eficacia la actuación de la Administración Pública, siendo las más usuales y las que encuentran reconocimiento legislativo, la ejecución coactiva, la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas.

Resulta oportuno señalar que la atribución legal para la selección de la específica modalidad de ejecución forzosa de los actos administrativos no constituye una potestad absolutamente discrecional pues es usual que la ley establezca como deber de la Administración, el someter el ejercicio de dicha potestad a un juicio de razonabilidad, es decir, a la necesaria fundamentación de la elección del medio de ejecución forzosa⁴⁰.

3.1 Ejecución coactiva.

Una de las más características modalidades de la ejecución forzosa de los actos administrativos es la denominada ejecución coactiva. Para el

⁴⁰ Para el caso español -que no menciona el principio de razonabilidad sino el de proporcionalidad- Jesús González Pérez ha señalado que: «(...) el precepto en cuestión, a más de positivizar el citado principio de proporcionalidad, prueba que no todos los medios de ejecución forzosa son utilizables a voluntad de la Administración ejecutante. Hay, en efecto, unos medios que son admisibles en un caso y pueden no serlo en otros. Por eso el precepto alude a la posible situación de que hubiera varios medios de ejecución que ante un caso determinado puedan ser utilizados, en cuyo caso marca un criterio para elegir el más adecuado, criterio que no es otro que el de la proporcionalidad.» (Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Volumen II, Civitas. Madrid. 1997, p. 1582).

caso peruano, la Ley N° 26979 establece de manera exhaustiva la regulación sobre esta modalidad de ejecución forzosa de los actos administrativos, la misma que es aplicable respecto de las obligaciones tributarias de los gobiernos locales y de las obligaciones no tributarias en general⁴¹.

La ejecución coactiva es el medio a través del cual la Administración busca satisfacer una obligación de dar, hacer o no hacer incumplida por el sujeto administrado y que, conforme a la regulación actualmente vigente, puede resumirse en dos grandes categorías: el cobro de una suma de dinero y la ejecución de tareas de demolición, reparación, clausura o construcción ordenadas por ley⁴².

En sentido estricto, la ejecución coactiva sólo debería comprender, en nuestra opinión, el cobro de sumas de dinero ya que la realización de obras de construcción o reparación se diferencia totalmente de aquellas y puede quedar perfectamente comprendida en la ejecución subsidiaria.

⁴¹ Cabe precisar que la Ley N° 26979 tiene por finalidad regular el procedimiento coactivo respecto de las obligaciones tributarias de los gobiernos locales y las demás obligaciones de derecho público con excepción de las tributarias propias del gobierno central que se rigen por el Código Tributario, razón por la cual para una adecuada comprensión del procedimiento coactivo es necesario tener presente ambas normas. Para un estudio de la Ley de Procedimiento Coactivo puede consultarse a DANOS ORDOÑEZ, Jorge y ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *op. cit.*

⁴² Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva. "Artículo 12°.- Actos de ejecución forzosa.

Los actos de ejecución forzosa regulados en el presente capítulo son los siguientes:

- a) Cobros de ingresos públicos distintos a los tributarios, nacidos en virtud de una relación jurídica regida por el derecho público, siempre que corresponda a las obligaciones a favor de cualquier Entidad, proveniente de sus bienes, derechos o servicios distintos de las obligaciones comerciales o civiles y demás del derecho privado;
- b) Cobro de multas administrativas distintas a las tributarias y obligaciones económicas provenientes de sanciones impuestas por el Poder Judicial;
- c) Demoliciones, construcciones de cercos o similares; reparaciones urgentes en edificios, salas de espectáculos o locales públicos; clausura de locales o servicios; y, adecuación a reglamentos de urbanización o disposiciones municipales o similares, salvo regímenes especiales;
- d) Todo acto de coerción para cobro o ejecución de obras, suspensiones, paralizaciones, modificación o destrucción de las mismas que provengan de actos administrativos de cualquier Entidad, excepto regímenes especiales".

La ejecución coactiva tiene, pues, como finalidad la de hacer efectivos los mandatos derivados de un acto administrativo y que resulta incumplido por el sujeto obligado.

Al tratarse del procedimiento de ejecución forzosa más común en nuestro medio, convendrá que nos detengamos en analizar con mayor detenimiento algunas de sus principales características.

Como regla general para la determinación de las obligaciones que pueden ser objeto de ejecución coactiva se puede señalar que sólo podrán serlo aquellas que se encuentran establecidas en un acto administrativo que no han sido objeto de impugnación o, habiéndolo sido, se encuentran determinadas por un acto administrativo emitido por la última instancia competente⁴³. Es decir, sólo pueden ser objeto de este mecanismo de ejecución forzosa aquellos actos administrativos que ya no pueden ser objeto de cuestionamiento o impugnación en sede administrativa⁴⁴. Esto como regla general, porque respecto de las obligaciones de carácter tributario es preciso señalar que tanto el Código Tributario como la Ley N° 26979 -respecto de las obligaciones tributarias de los gobiernos locales- establecen ciertos supuestos respecto de los cuales procede la ejecución coactiva de actos administrativos que sí pueden ser objeto de impugnación, como es el caso de las órdenes de pago, pero que debido a la propia lógica de tales actos, su eventual ejecución se encuentra razonablemente fundamentada⁴⁵.

⁴³ Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

"Artículo 9°.- Exigibilidad de la obligación.

9.1 Se considera Obligación exigible coactivamente a la establecida mediante acto administrativo emitido conforme a la ley, debidamente notificado y que no haya sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o en el que hubiera recaído resolución firme confirmando la Obligación (...)"

⁴⁴ Esto puede deberse a que el acto administrativo no fue impugnado oportunamente adquiriendo, en consecuencia, la calidad de consentido o porque se trató de un acto administrativo que ha sido dictado por el órgano de última instancia en el procedimiento legalmente establecido y ya no puede ser objeto de impugnación en sede administrativa. Sobre el particular, puede consultarse a DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. *op. cit.*, pp. 150 y ss.

⁴⁵ Decreto Supremo N° 135-99-EF, Texto Unico Ordenado del Código Tributario.

Una vez que el acto administrativo que servirá de título para la ejecución coactiva resulta inimpugnable en sede administrativa, el funcionario competente -el Ejecutor Coactivo- deberá comunicar al sujeto administrativo el cumplimiento obligatorio de aquella bajo apercibimiento de dictarse una medida cautelar o proceder a su ejecución coactiva.

Uno de los temas problemáticos que normalmente plantea la ejecución coactiva de los actos administrativos es el relativo a su (posible) control jurisdiccional. La Ley N° 26979 establece que sólo cabe la intervención de los órganos jurisdiccionales a solicitud del interesado, se entiende- cuando haya concluido el procedimiento de ejecución coactiva⁴⁶.

Esta aparente restricción o limitación de la tutela jurisdiccional no es tal si se comprende que la ejecución coactiva de un acto administrati-

"Artículo 78°.- Orden de Pago.

La Orden de Pago es el acto en virtud del cual la Administración exige al deudor tributario la cancelación de la deuda tributaria, sin necesidad de emitirse previamente la Resolución de Determinación, en los casos siguientes:

1. Por tributos autoliquidados por el deudor tributario;
2. Por anticipos o pagos a cuenta, exigidos de acuerdo a ley;
3. Por tributos derivados de errores materiales de redacción o de cálculo en las declaraciones, comunicaciones o documentos de pago. Para determinar el monto de la Orden de Pago, la Administración considerará la base imponible;
4. Tratándose de deudores tributarios que no declararon ni determinaron su obligación o que habiendo declarado no efectuaron la determinación de la misma, por uno o más periodos tributarios, previo requerimiento para que realicen la declaración y determinación omitidas y abonen los tributos correspondientes, dentro de un término de tres (3) días hábiles, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo siguiente, sin perjuicio que la Administración Tributaria pueda optar por practicarles una determinación de oficio.
5. Cuando la Administración Tributaria realice una verificación de los libros y registros contables del deudor tributario y encuentre tributos no pagados (...)"

⁴⁶ Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

"Artículo 23°.- Revisión judicial del Procedimiento.

23.1 Sólo después de concluido el Procedimiento, el Obligado podrá interponer demanda ante la Corte Superior dentro de un plazo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución que pone fin al Procedimiento.

23.2 Al resolver, la Corte Superior examinará únicamente si se ha tramitado el Procedimiento conforme a ley, sin que pueda entrar al análisis del fondo del asunto o de la procedencia de la cobranza o, en su caso, de la procedencia de la obligación de hacer o no hacer".

vo sólo procede ante la negativa del obligado a dar cumplimiento a las decisiones de la Administración Pública.

Si el obligado estuviera disconforme con lo dispuesto por la autoridad administrativa al momento de la emisión del acto administrativo cuya ejecución coactiva se está realizando, lo que corresponde es que dicha persona acuda ante los órganos jurisdiccionales competentes (ya sea en sede de amparo o contencioso-administrativa) y discutir allí la validez del acto administrativo o la lesión de derechos fundamentales, según corresponda, mas no la ejecución forzosa del mismo ya que ésta es, únicamente: «(...) el mismo cumplimiento concreto y específico que el obligado ha omitido realizar por sí, la ejecución no impone nada que no estuviese ya impuesto por el acto administrativo desatendido (...) la ejecución forzosa no transforma el contenido del acto a ejecutar ni añade ninguna obligación nueva, antes bien lleva dicho contenido en sus propios términos a su cumplida realización, sin innovarlo o sustituirlo.»⁴⁷

Ciertamente que el administrado en el procedimiento de ejecución coactiva disfruta del derecho a la defensa y a la tutela jurisdiccional en tres momentos claramente diferenciados: en primer lugar, a lo largo de todo el procedimiento en el cual se dictó el acto administrativo sujeto de ejecución en la medida en que el derecho de defensa, la posibilidad de la contradicción de argumentos y demás elementos característicos de la tutela jurisdiccional también son reconocidos en sede administrativa, tanto por la jurisprudencia constitucional como por la legislación vigente; en segundo lugar, a partir de la emisión del acto administrativo firme, con lo cual concluye el procedimiento y se abre la posibilidad de su cuestionamiento jurisdiccional y en donde la tutela cautelar juega un rol importantísimo como tendremos oportunidad de analizar más adelante; en tercer lugar, a la conclusión del procedimiento de ejecución coactiva, oportunidad en la cual es posible acudir al órgano jurisdiccional para

⁴⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 768.

solicitar la revisión del cumplimiento de las disposiciones legales reguladoras del procedimiento de ejecución coactiva, mas no del fondo del asunto ya que ello corresponde al proceso contencioso administrativo.

Finalmente, cabe señalar que la Ley N° 26979 contempla expresamente las causales por las cuales debe suspenderse el procedimiento de ejecución coactiva⁴⁸. La anterior norma reguladora del procedimiento coactivo el Decreto Ley N° 17355, dictado en diciembre de 1968 y que estuvo vigente durante casi treinta años, establecía expresamente que ninguna autoridad administrativa, política o judicial distinta del propio ejecutor coactivo se encontraba autorizada para proceder a la suspensión del procedimiento coactivo⁴⁹. El artículo 16° de la Ley N° 26979

⁴⁸ Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

“Artículo 16°.- Suspensión del Procedimiento.

16. 1 Ninguna autoridad ni órgano administrativo o político podrá suspender el Procedimiento, con excepción del Ejecutor que deberá hacerlo, bajo responsabilidad, cuando:

- a) La deuda haya quedado extinguida o la obligación haya sido cumplida;
- b) La deuda o la obligación esté prescrita;
- c) La acción se siga contra persona distinta al Obligado;
- d) Se haya omitido la notificación al Obligado, del acto administrativo que sirve de título para la ejecución;
- e) Se encuentre en trámite recurso impugnatorio de reconsideración, apelación o revisión, presentado dentro de los plazos de ley, contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución;
- f) Existe convenio de liquidación judicial o extrajudicial o acuerdo de acreedores, de conformidad con las normas legales pertinentes o cuando el Obligado haya sido declarado en quiebra;
- g) Exista resolución concediendo aplazamiento y/o fraccionamiento de pago; y,
- h) Cuando se trate de empresas en procesos de reestructuración patrimonial al amparo del Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial, o están comprendidos dentro de los alcances del Decreto Ley N° 25604”.

⁴⁹ Decreto Ley N° 17355.

“Artículo 6°.- Ninguna autoridad ni órgano administrativo, político o judicial podrá suspender el procedimiento coactivo, con excepción de la entidad encargada de la acotación, que está facultada para hacerlo cuando la deuda haya sido pagada o la obligación estuviere prescrita o que la acción se siga contra persona que no es la obligada al pago o que se compruebe haberse presentado legalmente y dentro del término una reclamación y que se encuentre en trámite (...)”.

actualmente vigente ha tenido el cuidado de modificar esta disposición en dos aspectos especialmente sensibles: en primer lugar, configura la potestad de suspensión del procedimiento coactivo como una potestad reglada⁵⁰; en segundo lugar, no contempla dentro de las autoridades impedidas de disponer la suspensión del procedimiento coactivo a las judiciales, permitiéndose, así, que los jueces puedan, a través de medidas cautelares por ejemplo, decretar la suspensión de un procedimiento de ejecución coactiva⁵¹.

Como una cuestión final cabe señalar la problemática que ha surgido a partir de la decisión de una municipalidad distrital de emitir una ordenanza estableciendo lo que denomina, un régimen especial para la ejecución coactiva de actos administrativos referidos a la remoción de objetos o demolición de obras en áreas de dominio público⁵².

⁵⁰ «De mayor trascendencia es (...) que el citado numeral 16.1 [de la Ley N° 26979] establezca de manera expresa que constituye un deber del Ejecutor, y no sólo una potestad de ejercicio discrecional, disponer la suspensión del procedimiento coactivo en caso de producirse alguna de las causales contempladas en dicho dispositivo (...) el cambio es notable en la nueva ley porque se entiende que los particulares comprendidos en algunos de los supuestos de suspensión podrán legítimamente exigir al Ejecutor que no siga con el respectivo trámite por estar legalmente impedido de continuarlo, ya que en caso contrario el procedimiento carecería de toda legitimidad, y los afectados podrán interponer las acciones judiciales que el ordenamiento jurídico les franquea y demandar que se haga efectiva la responsabilidad de los involucrados en la dicha actuación irregular» (DANOS ORDOÑEZ, Jorge y ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *op. cit.*, p. 88).

⁵¹ «(...) resulta inaceptable sostener que porque el artículo 6°, del Decreto Ley N° 17355 dispone que "ninguna autoridad ni órgano administrativo, político ni judicial podrá suspender el procedimiento coactivo, con excepción de la entidad encargada de la acotación" dicha tesis resulte irrefutable y peor aún, convalidada por no haber sido cuestionada por ningún gobierno democrático, ya que cualquier tipo de norma es pasible de ser evaluada constitucionalmente por vía del control difuso cuando su vigencia pone en entredicho algún derecho fundamental (...)» (Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 461-96-AA/TC, publicada el 18 de diciembre de 1997, y citada por DANOS ORDOÑEZ, Jorge y ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *op. cit.*, pp. 86-88).

⁵² Es el caso de la Ordenanza N° 065, de fecha 20 de julio del 2001, de la Municipalidad Distrital de Jesús María que establece, textualmente, lo siguiente: "Los actos administrativos emanados de los órganos de la Municipalidad que dispongan el retiro o remoción de objetos u otros elementos o la demolición de obras o construcciones existentes en áreas de

Nosotros no compartimos la interpretación que sustenta la posibilidad de que cada municipalidad distrital establezca lo que la Ley denominada "regímenes especiales" porque el procedimiento coactivo y, en términos más generales, la ejecución forzosa de los actos administrativos tiene una incidencia especialmente grave sobre los derechos de los administrados que sólo debería ser objeto de regulación a través de una ley formal. Por otro lado, técnicamente no resulta adecuado prever que cada municipalidad pudiera tener regímenes diferenciados para la ejecución de sus actos puesto que ello produciría una situación de confusión difícilmente compatible con la seguridad jurídica que la administración debe presentar en sus relaciones con los administrados. Aunque en el caso peruano no existe una reserva a favor del Estado para la regulación —al menos en sus elementos generales— de los procedimientos administrativos (lo que resulta exigible en modelos de Estados descentralizados) consideramos que no debe permitirse la proliferación de estos "regímenes especiales" a nivel distrital, siendo necesario reservar a favor del Estado la atribución de regular el procedimiento administrativo con la finalidad de asegurar que las relaciones con los administrativos se realicen, efectivamente, con respeto del principio de igualdad de trato.

3.2 Ejecución subsidiaria.

A través de la ejecución subsidiaria, se busca lograr, a través de terceros, la ejecución de actos que no tienen carácter personalísimo y que el obligado ha incumplido. Pocas precisiones cabe efectuar respecto de esta modalidad pues ella pretende sustituir el incumplimiento del obligado por la acción de otros sujetos que estarían dispuestos a dar cumplimiento a dichas obligaciones⁵³. Sólo cabe anotar que la determi-

dominio público de la jurisdicción no están sujetos a los procedimientos de ejecución coactiva, ejecutándose de manera inmediata, salvo que existan razones atendibles para suspender la misma".

⁵³ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. "Artículo 198°.- Ejecución subsidiaria.

nación de los gastos en que se incurra para la ejecución subsidiaria se realizará conforme a las normas reguladoras de la ejecución coactiva lo nos remitirá -de entrar en vigencia esta norma- a las disposiciones que la Ley N° 26979 establece en relación al arancel de gastos y costas procesales.

3.3 Multas coercitivas.

La multa coercitiva es un medio de ejecución forzosa de los actos administrativos consistente en la imposición, por parte de la Administración, de forma sucesiva y reiterada del pago de una suma de dinero hasta: "(...) doblegar la voluntad del obligado para cumplir el mandato del acto administrativo de cuya ejecución se trata"⁵⁴.

La finalidad esencial de las denominadas multas coercitivas es lograr que el sujeto que se encuentra obligado a dar cumplimiento a un acto administrativo y que está resistiendo dicho mandato, se vea forzado a ejecutar dicho acto⁵⁵. Se suele confundir la naturaleza y finalidad de las multas coercitivas (que son, recordémoslo, un medio de ejecución forzosa de los actos administrativos) con las sanciones administrativas,

Habrà lugar a la ejecución subsidiaria cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado:

1. En este caso, la entidad realizará el acto, por sí o a través de las personas que determine, a costa del obligado.
2. El importe de los gastos, daños y perjuicios se exigirá conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.
3. Dicho importe podrá liquidarse de forma provisional y realizarse antes de la ejecución, o reservarse a la liquidación definitiva".

⁵⁴ PARADA, Ramón. Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Marcial Pons. Madrid. 1993, p. 331.

⁵⁵ «En cualquier caso, es de esencia al sistema la posibilidad de reiterar las multas, así como la observancia del principio de proporcionalidad. No se trata de sancionar la resistencia al cumplimiento de un acto administrativo, sino sólo de remover esa resistencia, forzando la voluntad contraria al mismo. Es, pues, imprescindible, ofrecer al obligado tiempo bastante para cumplir lo ordenado antes de imponer una nueva multa (coercitiva) y es también necesario formular cada vez los apercibimientos e intimaciones precisos.» (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Op. cit.*, p. 780.)

incluso por la denominación utilizada para identificar este medio de ejecución forzosa.

Sin embargo, y conforme lo señala la doctrina mayoritaria, es posible diferenciar los elementos configuradores de unas y otras y, consecuentemente, el régimen legal que les corresponde. Así, resulta que mientras la sanción administrativa posee una finalidad retributiva por la comisión de una infracción administrativa, la multa coercitiva tiene por finalidad doblegar la voluntad del obligado de no dar cumplimiento a un acto administrativo⁵⁶.

A pesar de estas diferencias, es preciso señalar que las multas coercitivas, según señala Ramón Parada, fueron adoptadas en España teniendo en cuenta la experiencia alemana en donde surgieron como un mecanismo para compensar la falta de instrumentos idóneos para lograr el cumplimiento de los actos administrativos a pesar de la existencia de ciertas medidas de carácter penal que sancionaban dichos incumplimientos⁵⁷.

En nuestra experiencia legislativa podemos encontrar algunos ejemplos de la utilización inadecuada del concepto de multas coercitivas. Por ejemplo, el Reglamento de Multas de la Contraloría General de la República, aprobado mediante Resolución N° 006-95-CG. Este Reglamento contempla dos tipos de multas: las multas administrativas, que está referida al incumplimiento de normas de control gubernamental y las multas coercitivas, que son definidas como: «(...) la sanción impuesta a aquel obligado, que infringe una norma específica, de dar, hacer o no hacer, una prestación propia de la gestión pública.». Como puede observarse, esta norma confunde los conceptos de sanción y medio de ejecución

⁵⁶ "La ejecución forzosa lo que pretende es vencer la resistencia del obligado, forzarle a un hacer, a un dar, a un no hacer o a un soportar; forzarle en suma, a adoptar un comportamiento determinado que le viene impuesto por el acto que ha incumplido (...) La sanción en cambio, tiene una finalidad puramente represiva: castigar una conducta previamente calificada como ilícito administrativo". (BARCELONA LLOP, Javier, *op. cit.*, pp. 346-347.)

⁵⁷ PARADA VASQUEZ, Ramón. *Op. cit.*, p. 331.

forzosa pues es propio de la multa coercitiva el constituirse como un medio destinado únicamente a remover los obstáculos que la resistencia o inactividad del administrado que ha sido sancionado opone a la ejecución de un acto administrativo.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 807 establece una modalidad particular de multa coercitiva aplicable en el caso del incumplimiento de una medida cautelar dictada al interior de los procedimientos administrativos de protección al consumidor o represión de la competencia desleal⁵⁸. Esta regulación, como puede apreciarse, le permitiría a la Administración imponer multas coercitivas sin ninguna limitación en su monto, lo que contradice el principio de legalidad y proporcionalidad aplicables, conforme incluso a las disposiciones de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos⁵⁹, vigentes al momento de la dación del Decreto Legislativo N° 807.

Como otro ejemplo de las diferentes formas en que la legislación sectorial ha recogido la figura de las multas coercitivas podemos citar la

⁵⁸ Decreto Legislativo N° 807. Ley sobre facultades, normas y organización del Indecopi. "Artículo 28°.- Si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenada por la Comisión [de Protección al Consumidor o Represión de la Competencia Desleal] no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios que emplea la Comisión [respectiva] al emitir resoluciones finales. Dicha multa deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días de notificada, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer una multa o sanción distinta al final del procedimiento".

⁵⁹ Decreto Supremo N° 002-94-JUS. Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. "Artículo 94°.- Cuando así lo autoricen las leyes y en la forma y cuantía que éstas determinen, la Administración Pública podrá, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos que sean suficientes para cumplir lo ordenado. Asimismo podrá ejecutar en forma subsidiaria los actos que no sean esencialmente personales del obligado".

Ley N° 27336, que regula las atribuciones y funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, norma que si bien establece una limitación en el monto máximo para la imposición de las multas coercitivas, remite a una norma reglamentaria la determinación de los plazos para la imposición de éstas⁶⁰, constituyéndose en un mecanismo de deslegalización que contraviene la finalidad de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos así como de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General.

Adicionalmente es preciso señalar que ha sido habitual en la legislación sectorial consagrar la atribución de la Administración de imponer multas sucesivas e ilimitadas en los casos de reincidencia de infracciones administrativas⁶¹. Nótese que en este caso nos alejamos totalmente de la figura de las multas coercitivas y nos encontramos ante el supuesto de las infracciones y sanciones administrativas. Esta atribución de imponer multas de forma ilimitada es, en nuestra opinión, inconstitucional en tanto resulta exigible la aplicación del principio de legalidad del cual se deriva un mandato de tipificación, el mismo que exige que no sólo de las infracciones sino también las sanciones aplicables por la Administración se encuentren debidamente señaladas, de forma precisa, en la ley o en el reglamento, más allá de la discusión sobre los límites y características de la participación de la norma reglamentaria en ello.

Tratando de brindar una solución sistemática a este problema, la nueva Ley N° 27444, en su artículo 199°, contiene una regulación deta-

⁶⁰ Ley N° 27336, Ley de desarrollo de las funciones y facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL. "Artículo 34°.- Multas coercitivas.

OSIPTEL podrá imponer multas coercitivas conforme a lo establecido en el Artículo 94° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, por un monto que no supera el monto máximo de la multa prevista para las infracciones leves y de acuerdo a los lapsos y términos del Reglamento General de infracciones y sanciones".

⁶¹ Entre otros, por ejemplo, el artículo 32° de la anteriormente citada Ley N° 27336.

llada de las multas coercitivas⁶² que es preciso sintetizar en los siguientes aportes:

- a) la exigencia de la atribución de esta potestad a través únicamente de una norma con rango de ley y, precisaríamos, de una ley de carácter formal por los efectos restrictivos que sobre la libertad de las personas genera esta potestad.
- b) la determinación de los supuestos específicos en los que debe operar; la multa coercitiva parece resultar aplicable únicamente respecto de los actos personalísimos pues en otros supuestos en los cuales pueda exigirse la ejecución subsidiaria, ésta modalidad sería menos restrictiva de los derechos del administrado y, en consecuencia, tendría que ser el medio adoptado por la Administración para proceder a la ejecución forzosa de sus actos, conforme al mandato contenido en el artículo 196° numeral 2);
- c) la plena compatibilidad entre la multa coercitiva y las sanciones administrativas justificada en la diferencia sustancial entre el carácter represivo de una conducta ilícita que poseen las sanciones y la finalidad de lograr los obstáculos para la ejecución de un acto administrativo que poseen las multas coercitivas.

⁶² Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 199°.- Multa coercitiva.-

199.1 Cuando así lo autoricen las Leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, la entidad puede, para la ejecución de ciertos actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por períodos suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:

- a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión sobre la persona del obligado.
- b) Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente.
- c) Actos cuya ejecución puede el obligado encargar a otra persona.

0.2 La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas".

3.4 Compulsión sobre personas.

Finalmente la Ley N° 27444 contempla como medio de ejecución forzosa de los actos administrativos la compulsión sobre las personas⁶³. Como se comprenderá rápidamente este es el medio de ejecución más gravoso respecto de las personas puesto que está relacionado directamente con el reconocimiento y otorgamiento de la autorización para el ejercicio de fuerza física sobre los administrados o con la amenaza del mismo⁶⁴.

Esta disposición establece una remisión a la ley como la única norma, en nuestro sistema de fuentes, autorizada para apoderar a su través a la Administración Pública para el ejercicio de esta facultad. Esta precisión no carece de importancia en la medida en que la Constitución de 1993 no contempla expresamente y de manera general una reserva de ley para la regulación de los derechos fundamentales. Tampoco podría ser considerada una verdadera reserva de ley puesto que éstas sólo adquieren verdadero valor cuando están consagradas en la Constitución pero no deja de ser significativo que la Ley del Procedimiento Administrativo General pretenda que esta medida extrema de ejecución forzosa

⁶³ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 200°.- Compulsión sobre las personas.

Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar, podrán ser ejecutados por compulsión sobre las personas en los casos en que la ley expresamente lo autorice, y siempre dentro del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución Política. Si los actos fueran de cumplimiento personal, y no fueran ejecutados, darán lugar al pago de los daños y perjuicios que se produjeran, los que se deberán regular judicialmente".

⁶⁴ "La doctrina advierte que estas medidas de coerción directa pueden ser muy variadas, ya que pueden ir desde el simple impedimento de progresar en un determinado camino, impedir la entrada en un lugar, hasta comportar el desplazamiento físico de una persona, su traslado pasando por su inmovilización para privarla momentáneamente de su libertad, o para someterla a sufrir determinadas medidas físicas sobre su cuerpo (operaciones, vacunas obligatorias) hasta la agresión física, incluso en sus formas más violentas con armas de fuego, cuando se trata de medidas extremas de policía, como reacción frente a la violencia del que se niega a acatar una orden o actúa él mismo con violencia frente a los agentes de la Administración". (PARADA VASQUEZ, Ramón. *Op. cit.*, p. 334.)

de sus actos sólo se encuentre autorizada por una ley formal, ya que a través de esta exigencia se asegura la discusión pública de las normas que pretenda aplicarla, discusión y publicidad que es la razón última del establecimiento de las reservas de ley⁶⁵.

Así, debemos entender que esta norma lo que intenta conseguir es restringir la posibilidad de utilización de cualquier otro tipo de norma distinto a la ley formal para autorizar el ejercicio de actos de compulsión sobre las personas, en tanto constituye una restricción o limitación especialmente severa de la libertad o integridad física de las personas. No cabría entender que esta remisión autoriza la delegación de facultades legislativas al Ejecutivo sobre esta materia ni la utilización de otros tipos normativos (ordenanzas municipales, por ejemplo) ya que ello desnaturalizaría la finalidad de la exigencia de su regulación a través de la ley.

4. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA LA EJECUCIÓN FORZOSA DE DETERMINADOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La ejecución forzosa de los actos administrativos, en cuanto ejercicio de una potestad que puede llegar a imponerse en contra de la voluntad del administrado que se encuentra obligado legalmente a soportar dicha actuación, puede llegar a tener incidencia directa sobre ciertos derechos fundamentales de las personas. Con la finalidad de evitar que dicha ejecución pudiera lesionar tales derechos es que la Constitución establece, expresamente, la necesidad de la intervención judicial en el caso del ejercicio de las potestades administrativas cuando éstas tengan por finalidad el ingreso a un domicilio o la incautación de documentos⁶⁶.

⁶⁵ "El fundamento de las reservas de ley no puede ser otro que asegurar que la regulación de ciertas materias se haga mediante el procedimiento legislativo (...) Las reservas de ley, por tanto, significan un mandato constitucional acerca del procedimiento de elaboración de las normas a las que se refieren". (DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Ariel. Barcelona. 1998, pp. 153-154.)

⁶⁶ Constitución Política de 1993.

Para comprender, de la mejor manera posible, cuáles son las consecuencias de la regulación constitucional sobre esta materia analizaremos, en primer lugar, cuál es la función que constitucionalmente se ha encomendado al juez cuando debe intervenir en la ejecución de determinados actos administrativos y, en segundo lugar, la regulación específica que la legislación nacional ha establecido respecto del ingreso a un domicilio y la incautación de documentos.

4.1 El juez como garante de los derechos fundamentales y su intervención en la ejecución forzosa de determinados actos administrativos.

La Constitución y la legislación ordinaria han previsto que para la ejecución de actos administrativos que requieran el ingreso a un domicilio o para proceder a la incautación de determinados documentos, sea necesario contar con autorización judicial.

Cuando la Constitución le permite a la Administración Pública el ingreso a un domicilio con la finalidad de ejecutar forzosamente un acto administrativo o requiere de la incautación de documentos, lo que está afirmando es que resulta necesario dotarla de los mecanismos de coerción especialmente graves pero que considerada necesarios para hacer efectiva su labor, de acuerdo a los parámetros y disposiciones constitucionales, aun cuando ello signifique disponer restricciones o limitaciones —razonables, proporcionales, necesarias— al ejercicio de derechos fun-

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados (...) Los libros, comprobantes, y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección y fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo orden judicial".

damentales⁶⁷, por lo que la participación de un juez en la tramitación de tales apremios, no puede limitarse a un rol meramente pasivo y desconectado de una finalidad protectora ni desconocer, consecuentemente, el rol que la propia Constitución le ha otorgado en la protección y defensa de los derechos constitucionales.

Así, pues, constituye una exigencia constitucionalmente fundada que el juez realice en cada caso, la necesaria evaluación respecto de la aplicación de los apremios establecidos, en su condición de garante de los derechos fundamentales, pues habría que descartar, de manera radical, que la Constitución disponga que la participación del juez en estos casos, sea meramente formal y carente de cualquier atribución de control y garantía de los derechos fundamentales.

Esta precisión, que podría parecer superflua o innecesaria no lo es tanto si recordamos que en una situación similar, nuestro ordenamiento ha atribuido al juez una participación meramente formal. Así, en el Reglamento del Congreso se ha establecido que la solicitud de comparencia forzada de una persona debe ser presentada ante el juez especializado en lo penal y tramitarse por el sólo mérito de la misma⁶⁸.

⁶⁷ Sobre el tema de la limitación de derechos fundamentales puede consultarse, específicamente, ABA CATOIRA, Ana. La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.

⁶⁸ Reglamento del Congreso de la República.
"Artículo 88º.- El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, promoviendo un procedimiento de investigación que garantice el esclarecimiento de los hechos y la formulación de conclusiones y recomendaciones orientadas a corregir o sancionar la conducta de quienes resulten responsables de acuerdo a las siguientes reglas: (...)

d) Las comisiones de investigación pueden utilizar los siguientes apremios:
- solicitar que sea conducido por la fuerza pública, cuando el citado no comparezca el día y hora señalados o se resiste a exhibir o hacer entrega de documentos que tiene en su poder y son necesarios para el esclarecimiento de los hechos investigados.
- Solicitar que se autorice el allanamiento de los domicilios y locales, para practicar la incautación de libros, archivos, documentos y registros que guarden relación con el objeto de la investigación.

Por otro lado, cabe recordar que el ejercicio de las facultades coercitivas de los jueces en un proceso civil, por ejemplo, presupone, como toda actuación jurisdiccional, una debida fundamentación de la misma⁶⁹, razón por la cual, no se encuentra constitucionalmente justificado una interpretación que busque que el juez apruebe o tramite una solicitud de esta naturaleza sin una fundamentación y evaluación propia, ya que dicha interpretación determinaría que el juez cumpla un mandato de la Administración Pública que incide sobre derechos fundamentales, como si fuera un mero ejecutor de las decisiones administrativas.

Cabe precisar que esta motivación no podrá ser, simplemente, la transcripción de la solicitud formulada por la Administración sino que, por el contrario, deberá ser, justamente, la evaluación a la luz de la Constitución y la ley, de los fundamentos la solicitud de ejecución forzosa, ya sea del descerraje de un inmueble o de la incautación de documentación.

La única conclusión constitucionalmente válida de la lectura conjunta de la norma fundamental y de la ley es que, en éste supuesto, debe prevalecer la autonomía e independencia del Poder Judicial en función de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en el caso que la Administración Pública se encuentre con la necesidad de solicitar un descerraje o el ingreso a un domicilio o requiera la incautación de documentos, deberá el juez analizar la procedencia de una solicitud en ese sentido, en su condición de garante de los derechos fundamentales.

Las solicitudes para que se practiquen los apremios serán presentadas ante el Juez Especializado en lo Penal, el mismo que accederá a la petición y ordenará que se realice por el mérito de la solicitud en el primer caso y previa evaluación de los argumentos presentados por la Comisión de Investigación en el segundo caso (...)"

⁶⁹ Constitución Política de 1993.

«Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...)

5. La motivación escrita de la resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan(...)

Así, proponemos entender la labor del juez en estos supuestos como un garante de los derechos fundamentales involucrados en los requerimientos formulados por las autoridades administrativas. En este sentido, es oportuno señalar que la Constitución española establece en su artículo 117.4 que los jueces y tribunales podrán ejercer, en adición a las atribuciones expresamente consagradas por la propia Constitución, aquellas otorgadas por ley con la finalidad de garantía de cualquier derecho.

En el caso peruano, no contamos con una norma similar. Sin perjuicio de ello, una lectura atenta del régimen de los derechos fundamentales consagrado en la Constitución de 1993 (que, en este aspecto, repite sustancialmente a la de 1979) nos permite apreciar que, efectivamente, existe un régimen legal de garantías establecido en favor de los derechos fundamentales en el cual al juez le corresponde ejercer determinadas funciones garantizando la vigencia de los derechos fundamentales de la persona.

En primer lugar, se encuentra el establecimiento de la reserva de ley, mediante la cual, se impide que la Administración Pública pueda establecer limitaciones o regulaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, las mismas que quedan reservadas al Congreso que, a diferencia de la administración, cuenta con una especial legitimación democrática que la habilita especialmente para poder realizar dicha tarea.

En segundo lugar, la Constitución establece en forma reiterada la participación del juez para determinar específicas limitaciones en el ejercicio de derechos fundamentales. En tales situaciones, los jueces no intervienen a propósito de un proceso judicial, es decir, no ejercen función jurisdiccional en el sentido ordinario que dicha expresión tiene sino que, en virtud de un mandato constitucional, interviene de manera distinta, debiéndose entender dicha intervención como una destinada a asegurar la vigencia de los derechos fundamentales, atribución otorgada en atención a las características de autonomía e independencia de los jueces frente a los demás órganos del Estado. Así, pues, teniendo en cuenta

que en tales circunstancias el juez no desarrolla una función resolutoria de los conflictos intersubjetivos —como normalmente lo hará—, si la Constitución ha previsto su participación en estas circunstancias y, especialmente, para la ejecución de ciertos actos administrativos, debemos entender que lo hace como un garante de los derechos fundamentales involucrados en específicas circunstancias (detención de una persona, ingreso en el domicilio, incautación de libros y documentos), sirviendo como garantía última de que la actuación de la Administración Pública, que tiene una incidencia directa y grave sobre ciertos derechos fundamentales, sea acorde con las previsiones constitucionales sobre la materia, es decir, que dicha decisión sea razonable, proporcional y que no afecte los derechos fundamentales del ciudadano más allá de lo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines para los que fue dictado dicho mandato.

El Tribunal Constitucional español ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de una situación esencialmente similar a la que estamos estudiando. En su sentencia 76/1992, el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra un artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establecía que para la ejecución de actos administrativos en los que fuera preciso el ingreso a un domicilio, sería necesario contar con la correspondiente resolución judicial autorizativa, tal y como lo exige el artículo 18° de la Constitución española de 1978.

El juez que planteó la cuestión de inconstitucionalidad alegaba que dicha norma constituía una pseudo-garantía pues establecía una actuación judicial automática en apoyo de los órganos administrativos y, en consecuencia, era una tarea que no le correspondía al Poder Judicial. El Tribunal desechó esta alegación de inconstitucionalidad señalando que: "(...) en virtud de lo dispuesto en dicho precepto constitucional [artículo 18° de la Constitución española], la ley ha atribuido al Juez de Instrucción la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución de los actos administrativos, por lo que antes que imponerle la obligación de autorizar mecánicamente esas entradas, que

ninguna garantía ofrecería a los derechos fundamentales, le ha otorgado la potestad de controlar, además de que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización, la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración; que éste sea dictado por la autoridad competente, que el acto aparezca fundado en Derecho y necesario para alcanzar el fin perseguido, y en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto.⁷⁰

Admitir la validéz de la interpretación formalista de la ley y entender, así, que el juez debe siempre y en todos los casos cumplir con la solicitud formulada por la Administración, sería desconocer que la Constitución reconoce un valor especialmente significativo a los derechos fundamentales así como degradar la función del juez a un mero ejecutor de mandatos ajenos, desconociendo que la finalidad de su intervención no podría ser otra que la de garantizar la adecuación formal y material de las atribuciones administrativas pues, como resulta obvio, la Constitución establece la intervención judicial para la protección de los derechos fundamentales y no como un simple mecanismo cumplidor de mandatos ajenos⁷¹, el mismo que, en todo caso, no tendría ningún significado por sí mismo y tendría como consecuencia una severa amenaza a los derechos fundamentales de la persona⁷².

Ciertamente, la exigencia de una intervención del órgano jurisdiccional no significa una quiebra ni una excepción a los principios que acompañan a la ejecución de los actos administrativos sino, por el con-

⁷⁰ Para un comentario de esta sentencia se puede consultar a LOPEZ-FONT MARQUEZ, José Francisco. «El juez de instrucción como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la administración (comentario jurisprudencial)». En *Revista de Administración Pública*. N° 130. 1993, pp. 249-255.

⁷¹ BARCELONA LLOP, Javier. *Op. cit.* p. 475 y ss.

⁷² Como lo señalaría años después el Tribunal Constitucional español: «La autorización judicial no es, por tanto, automática y exige un análisis de las circunstancias ya mencionadas, habiendo de ser motivado no sólo como carga inherente a su propia naturaleza formal sino a su contenido, consistente en la limitación de un derecho fundamental». (STC 50/1995).

trario: «(...) la autorización judicial, exigida por el constituyente o el legislador, no elimina la potestad de ejecución forzosa en manos de la Administración pública, sino que se introduce como un trámite en el procedimiento llevado a cabo por aquélla, como un refuerzo de la protección de los derechos y libertades constitucionales.⁷³

Una vez resuelta la pregunta sobre la función que el juez debe cumplir en estos casos, a continuación debemos preguntarnos sobre cómo debe ejercer el juez dicha función.

Una de las definiciones más certeras de la función que debe cumplir el juez en lo relativo a su función de garante de los derechos fundamentales y la naturaleza de la autorización judicial para el ingreso a un domicilio es la expuesta por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 144/1987 cuando señala lo siguiente: «El Juez (...) actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución forzosa de un acto que, prima facie, parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones que ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa.»

De ello se deduce que el juez deberá desarrollar un triple control sobre la solicitud de ingreso a un domicilio por parte de la administración. Así, el juez deberá efectuar, en primer lugar, un *control de la apariencia de legalidad del acto administrativo* que se pretenda ejecutar; en segundo lugar, un *control de la necesidad de la ejecución forzosa del acto*, la que no procederá cuando existan otros medios menos gravosos para el administrado; en tercer lugar, un *control de proporcionalidad en los medios utilizados para la ejecución del acto*, exi-

⁷³ LAFUENTE BENACHE, Mercedes. *Op. cit.*, p. 86.

giendo que las restricciones al derecho fundamental sean las estrictamente necesarias para la ejecución del acto administrativo.

De lo expuesto se puede concluir que el juez actúa como garante de un derecho fundamental, y no como juez de la legalidad o constitucionalidad de la actuación administrativa y por lo tanto, cuando un juez autoriza (o deniega) a la administración el ingreso a un domicilio, no puede anular el acto administrativo puesto en su conocimiento, en la medida que su función es cautelar un derecho fundamental y autorizar una determinada conducta de la administración (la ejecución forzosa de un acto administrativo), no juzgar la conducta de la administración, en el sentido que normalmente debe entenderse la función que debe desarrollar el juez de lo contencioso administrativo⁷⁴. Este primer límite establecido a la función del juez como garante de los derechos fundamentales puede resultar siendo la más difícil de establecer o delimitar de manera proporcional. Para garantizar adecuadamente que los derechos del ciudadano no se verán lesionados, el juez deberá comprobar que el acto administrativo que se pretende ejecutar cumple con los requisitos establecidos, por ejemplo, por la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva u otras normas habilitantes⁷⁵.

⁷⁴ BARCELONA LLOP, Javier. *Op. cit.*, p. 549.

⁷⁵ Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

“Artículo 9°.- Exigibilidad de la obligación.

9.1 Se considera Obligación exigible coactivamente a la establecida mediante acto administrativo emitido conforme a ley, debidamente notificado y que no haya sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o en el que hubiere recaído resolución firme confirmando la Obligación. También serán exigibles en el mismo Procedimiento las costas y gastos en el que la Entidad hubiere incurrido durante la tramitación de dicho Procedimiento.

9.2 También serán ejecutadas conforme a ley, las garantías otorgadas a favor de la Entidad, dentro del Procedimiento establecido en la presente norma, cuando corresponda (...)

Artículo 15°.- Resolución de Ejecución Coactiva.

15.1 La Resolución de Ejecución Coactiva deberá tener, bajo sanción de nulidad, los siguientes requisitos:

a) La indicación de lugar y fecha en que se expide;

De esta manera, la: “(...) autoridad judicial deberá comprobar la existencia del acto declarativo de la [obligación] mediante el examen de la autenticidad de las certificaciones, la correcta identificación del sujeto apremiado, también deberá asegurarse de que dicho acto ha sido dictado por el órgano competente y del previo apercibimiento por ser elementos esenciales del procedimiento de ejecución forzosa cuyo defecto supone que la actuación administrativa incurra en vía de hecho. Y, sobre

- b) El número de orden que le corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expide;
- c) El nombre del Obligado;
- d) La identificación de la resolución o acto administrativo generador de la Obligación, debidamente notificada así como la indicación expresa del cumplimiento de la obligación en el plazo de 7 días;
- e) El monto total de la deuda objeto de la cobranza indicando detalladamente la cuantía de la multa administrativa, así como los intereses; o, en su caso, la especificación de la obligación de hacer o no hacer objeto del Procedimiento;
- f) La base legal en que se sustenta; y
- g) La suscripción del Ejecutor y del Auxiliar respectivo.

15.2 La resolución de ejecución coactiva irá acompañada de copia de la resolución administrativa a que se refiere el literal d) del numeral anterior. (...)

Artículo 25°.- Deuda exigible coactivamente.-

25.1 Se considera deuda exigible:

- a) La establecida mediante Resolución de Determinación o de Multa, emitida por la Entidad conforme a ley, debidamente notificada y no reclamada en el plazo de ley, o por Resolución del Tribunal Fiscal;
- b) La establecida por resolución debidamente notificada y no apelada en el plazo de ley, o por Resolución del Tribunal Fiscal;
- c) Aquella constituida por las cuotas de amortización de la deuda tributaria materia de aplazamiento y/o fraccionamiento pendientes de pago, cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se otorgó ese beneficio, siempre y cuando se haya cumplido con notificar al deudor la resolución que declara la pérdida del beneficio de fraccionamiento y no se hubiera interpuesto recurso impugnatorio dentro del plazo de ley; y
- d) La que conste en una Orden de Pago emitida conforme a ley.

25.2 La Administración Tributaria de los Gobiernos Locales únicamente emitirá Ordenes de Pago en los casos establecidos en los numerales 1 y 3 del Artículo 78° del Código Tributario. Para los demás supuestos deberá emitir Resoluciones de Determinación.

25.3 El Ejecutor tiene, asimismo, la facultad de ejecutar las garantías otorgadas a favor de la Entidad por los deudores tributarios y/o terceros, cuando corresponda, con arreglo al Procedimiento establecido por la ley de la materia.

25.4 También serán exigibles en el mismo Procedimiento las costas y los gastos en que la Entidad hubiera incurrido en la cobranza coactiva de las deudas tributarias”.

todo, a nuestro juicio, tendrá que tener constancia del elemento que resulta vital para confirmar que la entrada en el domicilio del sujeto pasivo es precisa para cumplir los fines del procedimiento de apremio: cerciorarse de que dicha entrada es obligada ya que el órgano administrativo ha agotado sin resultado todas las demás vías conducentes a satisfacer su crédito (...)"⁷⁶.

Una vez efectuado el control sobre la apariencia de legalidad del acto que será ejecutado de manera forzosa, deberá efectuarse un control sobre la necesidad de utilizar dicho medio de ejecución para el caso concreto. En otras palabras, la Administración deberá justificar de manera suficiente si el ingreso al domicilio del administrado o la incautación de documentos es el único medio para alcanzar los fines concretos que la Administración desea conseguir. En caso existieran medios alternativos o no se demostrara la necesidad de adoptar tales medidas, el juez debería denegar la solicitud y la Administración se encontraría en la obligación de utilizar otros medios de ejecución forzosa.

Finalmente, el juez deberá controlar la proporcionalidad de los medios utilizados para hacer efectivo el ingreso a un domicilio o la incautación de documentos. No basta, por ejemplo, que el juez autorice, simplemente, el ingreso al domicilio sino que deberá determinar las formas en que ello se debe producir, ya que consideramos que no se ajusta a una adecuada protección de los derechos del administrado que se otorgue una autorización para el ingreso a un domicilio que se considere como irrestricta e ilimitada tanto en el tiempo como en las formas concretas en que ésta se debe realizar. Lo mismo deberá realizarse respecto de la incautación de documentos, analizándose qué tipo de documentación resulta necesaria a efectos del cumplimiento de las funciones admi-

⁷⁶ ALONSO GONZALEZ, Luis Manuel. *Jurisprudencia constitucional tributaria*. Prólogo de Gabriel Casado Ollero. Instituto de Estudios Fiscales. Marcial Pons. Madrid. 1993, p. 244.

nistrativas ya que no resultaría válido disponer la incautación genérica de todo y cualquier tipo de documentos sin ningún tipo de restricción temporal o material alguna.

4.2 La autorización judicial para el ingreso a un domicilio en algunos ejemplos de la legislación nacional.

Siguiendo con las disposiciones constitucionales sobre la materia, el legislador ha dispuesto en diversas normas con rango de ley, una regulación específica que busca adecuar la necesaria ejecución de los actos administrativos con el respeto de los derechos constitucionales alguno de los cuales, como el de inviolabilidad del domicilio, tiene adicionalmente a sus propias finalidades, una función instrumental para el desarrollo de otros derechos constitucionales⁷⁷.

Así, podemos señalar que en la actualidad las principales normas que establecen un procedimiento a seguir para el ingreso administrativo a un domicilio son la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva⁷⁸, el Código Tributario⁷⁹, el Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre faculta-

⁷⁷ ESPIN TEMPLADO, Eduardo. «Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio». En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N° 8. 1991, p. 39 y ss.

⁷⁸ Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva. "Artículo 19°.- El Ejecutor sólo podrá hacer uso de medidas como el descerraje o similares previa autorización judicial, cuando medien circunstancias que impidan el desarrollo de las diligencias, y siempre que dicha situación sea constatada por personal de las fuerzas policiales. Para tal efecto, el Ejecutor deberá cursar solicitud motivada ante cualquier Juez Especializado en lo Civil, quien debe resolver en el término de veinticuatro (24) horas, sin correr traslado a la otra parte, bajo responsabilidad".

⁷⁹ Decreto Supremo N° 135-99-EF. Texto Unico Ordenado del Código Tributario. "Artículo 62°.- Facultad de fiscalización. La facultad de fiscalización de la Administración Tributaria se ejerce en forma discrecional. El ejercicio de la función fiscalizadora incluye la inspección, investigación y el control del cumplimiento de obligaciones tributarias (...) Para tal efecto, dispone de las siguientes facultades discrecionales (...)

7. Cuando la Administración presuma la existencia de evasión tributaria, podrá practicar incautaciones de libros, archivos, documentos, registros en general y bienes de cualquier naturaleza, que guarden relación con la realización de hechos imponible, por un plazo que

des, normas y organización del Indecopi⁸⁰ y, finalmente, el Proyecto de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos⁸¹.

De la lectura de estas normas se pueden apreciar dos problemas: el primero, la determinación del juez competente para autorizar el ingreso a un domicilio; el segundo, la no previsión de la intervención del afectado durante el procedimiento judicial de autorización.

Con relación al primer problema, debemos señalar que no existe un tratamiento uniforme del procedimiento a seguir en estos casos puesto

no podrá exceder de quince (15) días hábiles prorrogables por otros quince (15) días hábiles. La Administración Tributaria procederá a la incautación previa autorización judicial. Para tal efecto la solicitud de la Administración será motivada y deberá ser resuelta por cualquier Juez Especializado en lo Penal, en el término veinticuatro (24) horas, sin correr traslado a la otra parte.

8. Practicar inspecciones en los locales ocupados, bajo cualquier título, por los deudores tributarios, así como en los medios de transporte. Para realizar las inspecciones cuando los locales estuvieren cerrados o cuando se trate de domicilios particulares, será necesario solicitar autorización judicial, la que deberá ser resuelta en forma inmediata y otorgándose el plazo necesario para su cumplimiento (...)"

⁸⁰ Decreto Legislativo N° 807. Ley sobre facultades, normas y organización del INDECOPI. "Artículo 2°.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión u Oficina del Indecopi tiene las siguientes facultades:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura, así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de la empresa (...)

a) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentre. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas".

⁸¹ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 196°.- Medios de ejecución forzosa (...)

3. Si fuese necesario ingresar al domicilio o a la propiedad del afectado, deberá seguirse lo previsto por el inciso 9) del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú".

que estas normas establecen que la autorización judicial puede ser otorgada tanto por jueces especializados en lo civil como en lo penal. En este momento aparece el primer problema y que está referido a la determinación del juez competente (por razón de materia y de territorio) para autorizar el ingreso de la Administración a un domicilio. En nuestra opinión, por razones de especialidad, el juez competente debe ser el juez especializado en lo contencioso administrativo⁸² y, por razón de territorio, el juez del lugar donde se ubica el domicilio al cual se solicita ingresar, y ello en función de la necesidad de asegurar, en la mayor medida posible, que el juez que tendrá que autorizar dicho ingreso pueda estar en condiciones de conocer (o controlar, en su caso) las circunstancias, en que dicho ingreso forzoso se solicita. Así, pues: "Parece que la importancia de la intermediación del juez del domicilio debe ser determinante a la hora de valorar la oportunidad y condiciones en que debe autorizarse la entrada. De lo contrario, de inclinarse por la competencia territorial del órgano autor del acto, la medida, en cuanto tutela reforzada de la inviolabilidad del domicilio, perdería buena parte de su eficacia"⁸³.

El segundo problema planteado por la legislación nacional sobre la autorización judicial para el ingreso de la Administración en los domicilios cuando sea necesario para la ejecución forzosa de un acto administrativo, está relacionado con el procedimiento judicial de autorización y la falta de participación del afectado por dicha medida.

Se ha señalado que, una vez: "Presentada esta solicitud ante el juez, parece lógico, si la actuación judicial ha de tener un mínimo contenido contradictorio, oír al interesado para conocer, con la sumaria que el

⁸² La Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española ha seguido esta línea de razonamiento y atribuido al juez de lo contencioso administrativo del lugar de ubicación del domicilio al cual se pretende ingresar, la competencia para autorizar dicho ingreso.

⁸³ ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María. «La ejecución forzosa de los actos de la Administración pública y la autorización judicial para la entrada en el domicilio, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». En *Actualidad Jurídica Aranzadi*. N° 386. Abril. 1999, p. 6.

caso requiere, su posible oposición a la autorización o, en su caso, sus alegaciones respecto a la ejecución forzosa del acto administrativo.”⁸⁴ ¿Es constitucionalmente exigible otorgarle al administrado audiencia en este procedimiento de autorización? Para empezar, es necesario recordar que existen procedimientos judiciales en los cuales no sólo no existe participación de una de las partes sino que, expresamente, se requiere para dotarlas de plena efectividad, realizarlas sin participación del afectado (*inaudita pars*) como es, paradigmáticamente, el procedimiento cautelar. Por lo tanto, es posible y plenamente válido que existan ciertos procedimientos judiciales en los cuales no se requiere la participación de uno de los afectados.

En nuestra opinión, existen tres motivos fundamentales para sostener que no constituye una exigencia constitucional la participación del obligado en el procedimiento de autorización de ingreso a su domicilio: en primer lugar, la necesidad de dotar de plena efectividad la actuación de la administración pública que podría verse afectada por la intervención del obligado durante este procedimiento por la demora en que se incurriría (advirtiéndosele, además, de la inminente intervención de la Administración lo que podría permitirle realizar actuaciones destinadas a dejar sin efecto dicha intervención); en segundo lugar, el rol que debe desempeñar el juez en estos casos como garante de los derechos fundamentales asegura, de manera suficiente, la adecuada protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio; en tercer lugar, porque la ejecución forzosa del ingreso de la Administración al domicilio se debe a la negativa del obligado que se ha resistido a cumplir voluntariamente con dicho mandato.

Es la concurrencia de estas tres razones lo que nos permite concluir, no sin expresar ciertas reservas, que en este procedimiento judicial no se requiere la intervención del administrado que tendrá que soportar

⁸⁴ ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María, *op. cit.*, p. 5.

esta modalidad de ejecución forzosa de un acto administrativo. Es en este sentido que cabe señalar que el reconocimiento de la atribución de este tipo de potestades a la administración pública no puede estar desligada de la correspondiente responsabilidad por las consecuencias que su ejercicio pudiera ocasionar⁸⁵ ni de las alternativas de control jurisdiccional que el ordenamiento pudiera establecer (especialmente, del proceso de amparo). De esta manera, pues, resulta claro advertir que sólo una visión general del sistema nos puede permitir apreciar la plena constitucionalidad de este tipo de potestades administrativas⁸⁶.

5. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Una de las novedades que la Ley del Procedimiento Administrativo General ha introducido en el debate sobre la ejecución forzosa de los actos administrativos es la regulación sobre la suspensión de sus efectos, suspensión que a diferencia de la forma en que es abordada por la actual

⁸⁵ Sobre el tema de la responsabilidad administrativa puede consultarse, específicamente, a GARRIDO FALLA, Fernando. «La responsabilidad patrimonial del Estado». En *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Volumen III. Civitas. Madrid. 1991, p. 2827-2861.

⁸⁶ Adicionalmente a lo expuesto, es necesario señalar que la inviolabilidad del domicilio plantea el problema de la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas. En este sentido debemos señalar que la perspectiva más adecuada para abordar este problema pasa por analizar la evolución y desarrollo de los derechos fundamentales en tanto las personas jurídicas como creación del ordenamiento se someten al específico estatuto legal que se les otorga. Así, habría que determinar si es que resulta incompatible con la evolución histórica de los derechos fundamentales dicho reconocimiento; en segundo lugar, en caso de tener una respuesta positiva, se debería analizar cada uno de los derechos fundamentales reconocidos en una constitución para verificar la posibilidad de su aplicación a favor de las personas jurídicas. En nuestra jurisprudencia no existe discusión sobre la posibilidad de reconocerle, efectivamente, la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas. Para una visión general del problema en el caso español puede consultarse a GOMEZ MONTORO, Angel. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español), en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art2.htm>

legislación⁸⁷, ha merecido un tratamiento detallado que es oportuno analizar⁸⁸.

Una primera cuestión que es necesario resaltar es que la regla general establecida en la Ley del Procedimiento Administrativo General mantiene el principio de no suspensión del acto administrativo salvo que una norma legal establezca lo contrario⁸⁹, excepción hecha de los procedimientos administrativos de carácter sancionador, en los cuales sólo será ejecutivo el acto administrativo que haya puesto fin a la vía administrativa⁹⁰.

⁸⁷ Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

"Artículo 104°.- La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pero la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de parte, la ejecución de la resolución recurrida, si existen razones atendibles para ello".

⁸⁸ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 216°.- Suspensión de la ejecución.

1. La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación;

b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

3. La decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión, y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.

4. Al disponerse la suspensión podrá adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público, o los derechos de terceros, y la eficacia de la resolución impugnada.

5. La suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso-administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario, si se modifican las condiciones bajo las cuales se dictó"

⁸⁹ Una primera cuestión que es necesario aclarar es si la Ley cuando se refiere a "norma legal" hace alusión a "norma con rango de ley" o si bastaría con una norma reglamentaria para establecer la suspensión de los efectos de un acto administrativo. En nuestra opinión, la solución correcta pasa por determinar cuál es la norma competente en cada caso para regular el procedimiento administrativo y, en consecuencia, cabría la posibilidad de contar con una norma de carácter reglamentario como la habilitada para la regulación de un procedimiento administrativo específico, como es el caso en materia de servicios públicos.

⁹⁰ Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General.

En segundo lugar debemos analizar si se trata de una facultad reglada o meramente discrecional de la administración. Aun cuando su redacción parece remitirnos a esta segunda opción (la norma utiliza la palabra *podrá*), creemos que la suspensión de la ejecución de un acto administrativo debe ser una consecuencia necesaria en caso la Administración se encuentre ante la probable o razonable posibilidad de causar un perjuicio irreparable o de muy difícil reparación como resultado de su ejecución o cuando se advierta la existencia de un vicio de nulidad trascendente⁹¹.

La razonabilidad de la norma nos permite sostener que se busca otorgarle a la Administración las facultades para evitar, cuando ello aparezca evidente por los hechos e informaciones que pueda conocer y que el sujeto administrado habrá de proporcionarle, la generación de graves perjuicios ya sea porque se tratarían de actos nulos o porque cuya ejecución y posterior revocación pueda generar perjuicios muy difíciles de reparar.

Un típico ejemplo que justificaría esta interpretación podríamos encontrarlo en la demolición de edificaciones consideradas ilegales. Si la conclusión a la que llega la administración es que una construcción es ilegal —por no respetar la zonificación establecida o por haberse excedido de los límites autorizados, por ejemplo— la demora en su demolición no tiene, normalmente, una incidencia grave ni genera perjuicios considerables a terceros. Por el contrario, si se lleva a cabo dicha demolición

"Artículo 237°.- Resolución.

(...)

237.2 La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva".

⁹¹ Sobre el carácter trascendente de un vicio de nulidad y, en general, para una aproximación muy interesante sobre el tema de la validez de los actos administrativos puede consultarse con especial provecho a Margarita BELADIEZ ROJO, Margarita. *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Estudio preliminar de Alejandro Nieto García. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid. 1994. 384 p.

y luego se demuestra —en sede administrativa o jurisdiccional— la plena legalidad de aquella, la reparación del daño ocasionado sí puede considerarse que tiene una incidencia particularmente grave pues la administración deberá proceder a reponer la situación al estado anterior a la ejecución de su decisión —reconstruir lo ilegalmente derruido— y, ciertamente, indemnizar por los daños que dicha demolición hubiera ocasionado⁹². De esta manera, pues, el efectuar una adecuada ponderación de bienes o valores resulta ser el elemento clave para determinar la procedencia o no de la suspensión de la ejecución del acto administrativo⁹³.

La decisión de suspensión de la ejecución de un acto administrativo se mantendrá vigente mientras no sea objeto de revocación por parte de la autoridad administrativa jerárquicamente superior o cuando así lo disponga el órgano jurisdiccional. El numeral 5 del artículo 216° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que regula esta situación,

⁹² Una situación más difícil de afrontar sería aquella vinculada a la generación de daños ambientales, pues estos pueden generar graves daños tanto de manera inmediata como causarlos de forma muy lenta o casi imperceptible. ¿Cuál sería la mejor solución en dicha situación? No parece factible dar una solución general y común para todos los casos pero este tipo de ejemplos sirven para analizar la eventual existencia de limitaciones en las normas aplicables y el rol que debe cumplir la administración pública en la protección del interés general. (Sobre este tema puede consultarse a Jesús JORDANO FRAGA. El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS. En *Revista de Administración Pública*. N° 145. 1998. p. 169-198.) Aparece pues como una interpretación razonable y coherente con la finalidad de salvaguardar los derechos del justiciable, la de exigir que la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo a consecuencia de la interposición de un medio impugnatorio sea un acto reglado y no discrecional. Para estudiar una situación similar —aunque referida al no otorgamiento de una medida cautelar por parte de órganos jurisdiccionales cuando el recurrente solicitaba la suspensión urgente de un acto administrativo y las graves consecuencias que ello ocasionó— puede consultarse a DELGADO PIQUERAS, Francisco. «Motivación irrazonable de las sentencias, suspensión cautelar e indemnización de los perjuicios causados por la ejecución del acto administrativo». En *Revista de Administración Pública*. N° 152. 2000, pp. 125-139.

⁹³ Para un análisis del tema puede consultarse a RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María. La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo. Marcial Pons. Madrid. 2000. 177 p.

prevé que dicha suspensión sólo podrá ser dispuesta cuando cambien o se modifiquen las circunstancias bajo las cuales se otorgó.

En nuestra opinión esta disposición no debe entenderse como si se ordenara que sólo cuando se modifiquen las circunstancias fácticas es posible proceder a revocar la decisión de suspender la ejecución de un acto administrativo, puesto que ello restringiría notablemente el ejercicio de las facultades y atribuciones propias tanto de la administración pública (de alguna manera se estaría limitando las facultades que se derivan de una relación jerárquica) así como constituiría una interferencia inaceptable respecto de la función jurisdiccional pues la limitaría en el ejercicio de sus funciones sin que se haya cumplido con justificar de manera suficiente dicha decisión.

De esta manera, pues, en nuestra opinión la lectura correcta del numeral 5) del artículo 216° de la Ley del Procedimiento Administrativo General debe orientarse a reconocer que la suspensión de la ejecución de un acto administrativo se mantendrá mientras que la autoridad administrativa jerárquicamente superior no disponga lo contrario⁹⁴ o cuando así lo disponga el órgano jurisdiccional, ya sea en sede cautelar o por una resolución sobre el fondo del asunto, sin que sea necesario que las circunstancias fácticas hayan cambiado, sólo será necesario que la valoración de quienes resulten competentes para pronunciarse al respecto lo considere conveniente.

⁹⁴ En este punto es necesario efectuar una precisión. No sólo se requiere que el órgano que ordene dejar sin efecto la suspensión —es decir, que disponga la ejecución del acto— se trate de un órgano jerárquicamente superior del que ordenó la suspensión sino que también es necesario que sea competente para conocer de dicho asunto. En otras palabras, se requiere que sea el órgano que deberá conocer (en segunda o tercera instancia administrativa) la impugnación que se pudiera presentar. En los casos en los cuales la decisión de suspensión haya sido ordenada por un órgano ante el cual se agote la vía administrativa, en nuestra opinión, no procedería que se disponga la modificación de dicha decisión, aun cuando se pueda señalar la existencia de una relación jerárquica con otro órgano.

Con relación al problema de la suspensión de la ejecución de un acto administrativo debe tenerse presente también lo referido a los alcances de la excepción del agotamiento de la vía previa establecida en la Ley de Habeas Corpus y Amparo anteriormente analizada. Consideramos que hubiera sido conveniente que la Ley detallara algunos supuestos mediante los cuales pudiera exigirse determinadas garantías que permitieran asegurar el resarcimiento de los eventuales daños que la demora en la ejecución del acto administrativo pudiera ocasionar, ello a efectos de ilustrar a la administración en el momento de adoptar esta decisión, a efectos de facilitarle a la administración la decisión de suspender la ejecución de un acto administrativo sin perjudicar innecesariamente la protección del interés general, aun cuando consideremos que el recurrente puede ofrecer dichas garantías y la Administración valorar dicho ofrecimiento.

Finalmente, cabe señalar que conforme lo dispone el Decreto Supremo N° 036-2001-EF, Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, se ha establecido que el ejecutor coactivo se encuentra sujeto a la decisión de la entidad a la que pertenece, respecto de una eventual extinción o modificación de la obligación que constituye el título de ejecución⁹⁵. Si bien es cierto, esta norma le permite un margen de actuación importante a las diversas entidades de la Administración Pública consideramos que su regulación debió contemplar la referencia a algunos supuestos en los cuales se pueda proceder a ello o, en todo caso, si se buscaba establecer una potestad discrecional, también hubiera resultado deseable que ésta se determinara bajo ciertos parámetros puesto que lo contrario abre la posibilidad a un ejercicio desigual de esta potes-

⁹⁵ Decreto Supremo N° 036-2001-EF. Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

"Artículo 2°.- Interpretese que, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 16° de la Ley, el Ejecutor Coactivo como mandatario de la Entidad que lo designa y titular del Procedimiento está sometido a la decisión de la Entidad, la misma que en cualquier momento tiene la potestad de modificar o dejar sin efecto la Obligación, debiendo en su caso suspender la vía coactiva (...)"

dad. En todo caso, y a falta de pronunciamiento expreso, consideramos que la decisión de una entidad pública de modificar o dejar sin efecto una obligación que se encontraba en ejecución coactiva deberá ser especialmente motivada para conocer las razones fundadas en derecho que la justificarían.

6. LA SUSPENSIÓN JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN COACTIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY N° 26979.

Habiendo descrito y analizado algunas de las principales características del procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos, corresponde en este momento estudiar cuál es el régimen legal aplicable a una de las situaciones más importantes que toda legislación sobre este tipo de potestades administrativas debe prever, como es el referido a la posible suspensión de sus efectos por mandato judicial, supuesto regulado por la Ley N° 26979, Ley de Procedimiento Coactivo⁹⁶.

6.1 El control jurisdiccional de la Administración Pública como garantía última de los derechos del administrado.

El entendimiento del Derecho Administrativo como el delicado equilibrio entre las prerrogativas de la Administración Pública y los derechos de los ciudadanos, según la clásica formulación planteada por Eduardo García de Enterría, nos recuerda que el conjunto de facultades de las que se encuentra dotada la Administración lleva consigo, también, los límites de su actuación y, correlativamente, el respeto por los derechos de los ciudadanos. Así, por ejemplo, el principio de legalidad permite la actuación administrativa pero simultáneamente limita la actuación de la Administración y la sujeta a lo dispuesto por la Ley, que es

⁹⁶ Nos referimos únicamente al caso de la ejecución coactiva por tener ésta una regulación específica (la Ley N° 26979) y porque las demás modalidades pueden, fácilmente, verse reflejadas en ésta.

obra de los ciudadanos a través de la representación política de la que dotan al Parlamento.

Sin embargo, estos mecanismos son siempre de carácter interno, dependientes en gran medida de la voluntad de la propia Administración, razón por la cual es necesario contar con otros mecanismos, esta vez externos a la propia Administración, para permitir un verdadero control de carácter jurídico mediante el cual un tercero ajeno a la Administración (el juez) dilucide las controversias que se planteen en su relación con los ciudadanos. Esta ha sido la finalidad atribuida al proceso contencioso administrativo y que, sin embargo, no siempre ha cumplido de manera satisfactoria, especialmente si tenemos en cuenta la evolución que el contencioso administrativo ha tenido en la historia y la forma en que la regulación normativa nacional ha recogido dicha institución⁹⁷.

⁹⁷ Estas características constituyen exigencias actuales que distan mucho de aquellas que eran propias en los orígenes mismos del contencioso administrativo. En sus inicios y de acuerdo a una interpretación estricta del principio de separación de los poderes, no era posible sostener la posibilidad de un control jurisdiccional de la administración pública. Sobre este particular, es preciso tener en cuenta que mientras que la evolución histórica del proceso civil puede ser leída como la historia de la forma en que el Estado recabó para sí la potestad de resolver los conflictos y controversias de los particulares, la historia del proceso contencioso administrativo es, por el contrario, la historia de la forma en que se fue consolidando el control jurisdiccional respecto de la actividad estatal. Es por ello que el proceso contencioso administrativo sólo puede ser comprendido adecuadamente desde el reconocimiento al ciudadano como un sujeto de derechos frente a la Administración Pública, a través del establecimiento de los límites del poder y, en consecuencia, únicamente puede ser plenamente entendido desde la vigencia plena de los derechos subjetivos del ciudadano. Por el contrario, el proceso civil no requiere para la explicación de su surgimiento como institución, de la existencia del reconocimiento de derechos del particular frente al Estado, porque ahí lo que ocurre es la asunción de una prerrogativa (la de administrar justicia) que el Estado se reserva a su favor, mientras que en el caso del contencioso administrativo, el Estado termina aceptando el control sobre una de sus ramas (la Administración Pública) más importante en términos políticos y económicos. Para una exposición sobre la evolución histórica del control de la Administración puede consultarse a DIEZ SANCHEZ, Juan José. *Razones de estado y Derecho (Del control judicial de los secretos oficiales)*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999, pp. 31-115, así como la bibliografía ahí citada. Un trabajo que brinda una perspectiva histórica

La necesidad de exigir que el proceso contencioso administrativo sea un verdadero proceso judicial mediante el cual se asegure que al interior de éste, el administrado cuente con un conjunto completo de facultades que le permitan contrarrestar un eventual ejercicio desproporcionado o malicioso de las atribuciones administrativas que, repetidos, podría lesionar los derechos fundamentales de los administrados, deriva directamente del derecho fundamental a una tutela jurisdiccional efectiva, en primer lugar, así como del principio de responsabilidad al que deben someterse toda actuación pública. A efectos de lograr que la tutela jurisdiccional se ejercite de manera oportuna y asegure la finalidad del proceso, la adopción de medidas cautelares viene a constituirse, en una manifestación absolutamente imprescindible pues a través de su efectividad se asegura que el administrado que acuda ante los órganos jurisdiccionales no se vea perjudicado por la demora del proceso ni por el ejercicio —durante ese plazo— de las potestades exorbitantes de las que goza la Administración.

Así, pues, la necesidad de contar con una adecuada tutela cautelar constituye una exigencia constitucionalmente fundada en la necesidad de otorgarle al ciudadano una adecuada y oportuna protección jurisdiccional ante el ejercicio de la potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos⁹⁸.

En la actualidad, ante una Constitución verdaderamente normativa y ante la necesidad de respetar los derechos fundamentales, el proceso contencioso administrativo enfrente serios retos que exigen de él, su

imprescindible para comprender este fenómeno es el del maestro español Eduardo GARCIA DE ENTERRIA. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Alianza Editorial. Madrid. 1995.

⁹⁸ Sobre la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo puede consultarse a BACIGALUPO, Mariano. *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998)*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 1999. 212 p. y GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*. Civitas. Madrid. 1995.

plena adecuación, su normalización ante las exigencias constitucionales de defensa de los derechos fundamentales de la persona así como del sometimiento de la actuación administrativa a los parámetros establecidos legalmente⁹⁹.

6.2 La suspensión cautelar de la ejecución coactiva de un acto administrativo según la Ley N° 26979.

El control jurisdiccional de la Administración Pública constituye la última de las garantías establecidas por el ordenamiento en favor del sujeto administrado. El proceso contencioso administrativo, como expresión del control jurisdiccional sobre la Administración exige que el ordenamiento le dote de los medios suficientes para cumplir eficazmente con los mandatos constitucionales de brindar al ciudadano una tutela judicial efectiva, siendo ello, igualmente predicable de cualquier otro tipo de proceso a través del cual se enjuicie la conducta de la administración¹⁰⁰, que en nuestro país ocurre por intermedio del proceso de ampa-

⁹⁹ Finalmente, para un análisis de los elementos que configuran el moderno proceso contencioso administrativo puede verse a BELTRAN DE FELIPE, Miguel. «Las exigencias constitucionales de una nueva concepción de lo contencioso administrativo». En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Volumen IV. Civitas. Madrid. 1991, pp. 3085 y ss., así como a FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón. *Jurisdicción administrativa y revisora y tutela judicial efectiva*. Civitas. Madrid. 1998.

¹⁰⁰ Constitución Política de 1993.

“Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”

Convención Americana de Derechos Humanos.

“Artículo 8°.- Garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)”

Artículo 25°. Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

ro, cuando la actuación administrativa lesiona derechos constitucionales¹⁰¹.

En este contexto, la posibilidad de solicitar, y obtener, la concesión de medidas cautelares resulta esencial para evitar que el transcurso del tiempo que pueda durar un proceso judicial signifique al demandante la pérdida del objeto del proceso y carezca de sentido acudir a los órganos jurisdiccionales¹⁰².

De esta manera, la posibilidad de solicitar y obtener una medida cautelar adecuada y proporcional a las pretensiones discutidas en el proceso resulta siendo un elemento que determina, de manera real, la existencia de una verdadera tutela judicial *efectiva*, en tanto que ella permitirá asegurar el adecuado cumplimiento de lo que la sentencia disponga de manera definitiva. Recuérdese que la Constitución consagra como derecho fundamental el de la tutela jurisdiccional efectiva y ello obliga a

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.
- b. a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y
- c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se hay estimado procedente el recurso”.

¹⁰¹ En este sentido, consideramos que el artículo 540° del Código Procesal Civil, a través del cual se regula el proceso contencioso administrativo, resulta inconstitucional en el extremo que considera que por ley algunos actos administrativos podrían verse exonerados del control judicial. Como una manifestación de la superación de la comprensión limitada que ha tenido el contencioso administrativo en nuestro país y como un ejemplo de la primera propuesta de regulación orgánica del mismo, puede consultarse el Proyecto de Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo publicado el 5 de julio del 2001 en el diario oficial.

¹⁰² “El privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos, la excesiva duración de los procesos y la naturaleza de los derechos que sirven de fundamento a la pretensión pueden determinar la ineficacia de la sentencia. Cuando ésta se dicte, aunque funcionen perfectamente los mecanismos de la ejecución, no tendrán sentido los pronunciamientos que en ella se contengan. No se habrá hecho justicia. El que haya acudido a los Tribunales, no habrá obtenido la satisfacción de sus pretensiones. En una palabra, la tutela jurisdiccional no habrá sido efectiva. (GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Civitas. Madrid. 1984, p. 140.)”

que la regulación legislativa sobre la materia respete su contenido esencial y no desfigure los límites que de su propia naturaleza se desprenden. Así, pues, se ha dicho que: "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 una verdadera tutela"¹⁰³.

Es por estas razones que la plena validez constitucional de la regulación legal de un tipo de proceso específico también debe comprender un juicio o evaluación respecto del tema de las medidas cautelares que se pueden conseguir en él. Si asumimos que la tutela cautelar forma parte del derecho constitucional a una tutela jurisdiccional efectiva, debemos concluir que sólo la necesidad de preservar otros valores o bienes constitucionalmente reconocidos permitirían una limitación en los alcances de la regulación específica del proceso cautelar.

Aunque la Ley N° 27584, que aprueba la nueva Ley que regula el proceso contencioso administrativo y que se publicó el 7 de diciembre de 2001, ha cambiado de manera sustancial la parte correspondiente de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva¹⁰⁴, consideramos conveniente revisar la forma en que ésta reguló la suspensión cautelar de los actos de ejecución forzosa de los actos administrativos pues nos revela una interpretación restringida y que desfiguraba el derecho a la tutela cautelar.

¹⁰³ CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Bosch. Barcelona. 1994, p. 286.

¹⁰⁴ Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo. "Disposición Modificatoria.

Única.- Modifíquese el numeral 16.2 del Artículo 16° de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva N° 26979, en los términos siguientes:

Además del Ejecutor podrá disponer la suspensión del procedimiento el Poder Judicial, sólo cuando dentro de un proceso de amparo o contencioso administrativo, exista medida cautelar".

Es a partir de estas premisas que debemos analizar la regulación que la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva previó para el tema de las medidas cautelares y sus efectos sobre la eficacia de la ejecución de los actos administrativos. De acuerdo a lo anteriormente expuesto, debemos indicar que la Ley N° 26979 estableció originalmente que, ya sea tratándose de un proceso de amparo o de un proceso contencioso administrativo, las medidas cautelares que se dicten y que ordenen la suspensión de un procedimiento de ejecución forzosa de actos administrativos sólo serán efectivas cuando dichas medidas cautelares sean firmes¹⁰⁵, es decir, cuando hayan sido confirmadas en segunda instancia, repitiendo, así, la regulación actualmente vigente en materia de medidas cautelares en el proceso de amparo, surgiendo, de esta manera, la interrogante sobre la compatibilidad de dicha regulación con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en la medida que se establece una restricción a la efectividad del procedimiento cautelar y, en consecuencia, del derecho a una efectiva tutela jurisdiccional.

Frente a una opción legislativa como la anteriormente señalada, debemos precisar que denegar, restringir o retrasar la efectividad de las

¹⁰⁵ Ley N° 26979. Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

"Artículo 16°.- Suspensión del procedimiento[de ejecución coactiva de obligaciones no tributarias]. (...)

16.2 Además del Ejecutor, podrá disponer la suspensión del Procedimiento el Poder Judicial, sólo cuando dentro de un proceso de acción de amparo o de demanda contencioso administrativa, exista medida cautelar firme (...)

Artículo 31°.- Suspensión del procedimiento[de ejecución coactiva de obligaciones tributarias de los gobiernos locales]. (...)

31.4 Además del Ejecutor, el Poder Judicial podrá disponer la suspensión del Procedimiento sólo cuando dentro de un proceso de acción de amparo exista medida cautelar firme (...)"

Para salvar la aparente contradicción en que incurría el artículo 16° de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva frente al régimen de las medidas cautelares aplicables en el proceso contencioso administrativo —que es el previsto en el Código Procesal Civil—, su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 036-2001-EF dispone en su artículo 13° que "Para efectos de lo dispuesto en el numeral 2) del Artículo 16° de la Ley, entiéndase por resolución firme aquella que sea ejecutable de acuerdo al ordenamiento procesal aplicable".

medidas cautelares es denegar, restringir o retrasar la efectividad y goce de un derecho fundamental y, en consecuencia con ello, debería existir una especial fundamentación para que ello se consagre, sin que dicha limitación implique un desdibujamiento del contenido esencial de dicho derecho¹⁰⁶.

Nosotros no encontramos ninguna razón para que ello sea de esta manera y la nueva Ley regulador del proceso contencioso administrativo aborda eficientemente el problema. Las facultades o potestades exorbitantes de las que pueda disfrutar la Administración Pública en sus relaciones frente a particulares debe tener, siempre y en todos los casos, como fundamento o justificación el carácter servicial destinado a la satisfacción del interés público al cual debe servir y para el cual existe. Cuando una atribución administrativa deja de tener sentido porque carece de cualquier referencia o relación razonablemente establecida con su finalidad institucional, esa atribución o prerrogativa deja de ser tal para convertirse en un privilegio injustificado dentro de un Estado Democrático de Derecho.

El pleno reconocimiento de la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales (derivado directamente del valor normativo de la Constitución) ha supuesto un cambio radical en la forma en que se establece la relación entre la administración pública y los ciudadanos y un cuestionamiento directo a todas y cada una de las particulares formas de actuación de la administración con la finalidad de adecuarlas con aquellas exigencias derivadas del reconocimiento de ámbitos de libertad personal y de dignidad humana que llevan implícitos los derechos fundamentales¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Sobre este particular, puede consultarse además de ABA CATOIRA, Ana. *Op cit.*, a MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Mc Graw-Hill. Madrid. 1996. 180 p.

¹⁰⁷ Sobre el particular, ver el ya clásico trabajo del profesor Eduardo GARCIA DE ENTERRIA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Madrid. 1985.

En este proceso de replanteamiento de los alcances de aquellas prerrogativas propias de la Administración, una de aquellas de las que ha gozado de manera más intensa en sus relaciones frente a los ciudadanos es la referida a la potestad de regular la forma en que se produce la ejecución de las sentencias judiciales condenatorias. Ni siquiera esta clásica prerrogativa de la inembargabilidad de los bienes públicos ha podido permanecer inalterable frente al progresivo avance de los derechos fundamentales, como lo han reconocido diversos tribunales¹⁰⁸.

¿Cómo justificar, entonces, que la Administración Pública sometida a proceso siga gozando de la prerrogativa de la ejecución forzosa de sus actos, aun en contra de la existencia de la apariencia del derecho invocada por el administrado y confirmada por el juez de primera instancia en su auto cautelar? ¿Cuál es la razón, vinculada con la satisfacción de un interés público que permite subordinar la adecuada tutela jurisdiccional efectiva del administrativo a la confirmación por parte de una segunda instancia de la resolución judicial que concede u otorga una medida cautelar?¹⁰⁹.

En nuestra opinión, no existe ninguna razón, constitucionalmente válida, que permita sostener una disposición de este tipo que limita la

¹⁰⁸ Es el caso, por ejemplo del Tribunal Constitucional español que en su sentencia 26/1983 señala, por ejemplo, que "(...) los privilegios que protegen a la Administración no la sitúan fuera del ordenamiento, ni la eximen de cumplir lo mandado en los fallos judiciales, ni priva a los jueces y Tribunales de medios eficaces para obligar a los titulares de los órganos administrativos a llevar a cabo las actuaciones necesarias para ello". En nuestro país, el Tribunal Constitucional también tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un tema similar, al declarar que era inconstitucional la norma que pretendía establecer el privilegio de inembargabilidad de los bienes del Estado y remitió el cumplimiento de las sentencias judiciales a las correspondientes previsiones presupuestarias, sin establecer ningún criterio para su preciso y oportuno cumplimiento. (Ver la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el Exp. N° 006-96-AI/TC, publicada en el diario oficial el 7 de marzo de 1996).

¹⁰⁹ "(...) la constitucionalidad de la autotutela administrativa no otorga patente de corso alguna para su empleo al margen de las finalidades constitucionales de la Administración pública puesto que sólo para el eficaz servicio a los intereses generales ésta viene posicionalmente caracterizada por aquella". (BARCELONA LLOP, Javier, *op. cit.*, p. 194.)

eficacia de las medidas cautelares y perjudica gravemente las posibilidades de defensa del ciudadano y, felizmente, la Ley N° 27584 ha recogido esa finalidad. La Administración Pública sólo puede exhibir frente al juez la legitimidad que el derecho le otorga a su actuación. Sin embargo, cuando un juez considera que la actuación administrativa carece (prima facie) de justificación legal, ningún privilegio puede mantenerse a su favor. La Administración Pública debe estar en igualdad de condiciones frente al ciudadano cuando éste la cuestione ante los órganos jurisdiccionales¹¹⁰.

7. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES DE LA AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La Administración Pública se encuentra sometida, como todo otro poder público y en general todo operador jurídico, a la Constitución. Sin embargo, la especial posición que ésta ocupa dentro del diseño constitucional del Estado así como por las especiales prerrogativas de las que el ordenamiento suele dotarla implican que esta forma de vinculación sea distinta a la forma en que podría entenderse vinculado un particular. Así, es posible sostener que la Administración Pública se encuentra sometida a una doble vinculación respecto de la Constitución y, especialmente, de los derechos fundamentales por ella reconocidos: una vinculación positiva, que le impone un deber de actuación; y una vinculación negativa, que le impone un deber de abstención.

A lo largo del presente trabajo hemos podido apreciar la forma en que la ejecución forzosa de los actos administrativos, como manifesta-

¹¹⁰ Sobre el tema de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo puede consultarse adicionalmente a las lecturas recomendadas anteriormente a Eduardo GARCIA DE ENTERRIA. «Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas) y jurisdicción plenaria de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos». En *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 79, 1993, pp. 475 y ss. Para una perspectiva totalmente opuesta puede consultarse a José María BOQUERA OLIVER. «La insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo». En *Revista de Administración Pública*, N° 135, 1994, pp. 37-76.

ción de la prerrogativa de autotutela administrativa, se interrelaciona de manera permanente con los derechos fundamentales. En el presente párrafo estudiaremos especialmente esta problemática respecto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del derecho a la presunción de la inocencia, pues ante ellos encuentra la autotutela administrativa las principales objeciones para su ejercicio.

7.1 La Administración Pública y su vinculación frente a los derechos fundamentales.

Como ya hemos mencionado, la Administración Pública se encuentra sometida a una doble vinculación frente a los derechos fundamentales, vinculación que nace del reconocimiento constitucional de esos derechos, de la forma en que han evolucionado históricamente pero, también, de las finalidades que debe cumplir la Administración modernamente.

La propia evolución de los derechos fundamentales nos da la clave para entender la forma en que deben relacionarse con la actuación administrativa. En su origen histórico moderno, los derechos fundamentales son, básicamente, derechos de libertad, el reconocimiento de ámbitos de la vida humana en los cuales el Estado no debe entrometerse sino, acaso, preservar. Basta la abstención de la actuación estatal (o administrativa) para que se entiendan respetados los derechos en aquella primera etapa de su desarrollo histórico en donde cualquier otra intervención estatal es considerada lesiva. Posteriormente, con el surgimiento de lo que convencionalmente se conoce como el constitucionalismo social, y con ello de los derechos sociales, aparecerán en escena los llamados derechos de prestación donde el núcleo duro de aquellos ya no será la abstención estatal sino, por el contrario, la activa intervención estatal para la satisfacción de los mismos¹¹¹ puesto que sólo desde el

¹¹¹ «Este tipo de derechos no supone ya una abstención del Estado como contenido fundamental, sino, por el contrario, una prestación positiva del Estado a favor de los ciudadanos,

Estado es que dichos derechos podrán ser dotados de contenido. Así, mientras que en los primeros se requiere la abstención del Estado, en los segundos se requiere la intervención estatal¹¹².

En el caso de la vinculación negativa, ésta se traduce en la falta de un apoderamiento general de la que adolece la Administración Pública para limitar los derechos fundamentales de la persona. La Administración Pública carece de una facultad originaria o de un mandato general y abstracto para restringir o limitar los derechos fundamentales¹¹³. La limitación de éstos sólo corresponde al legislador y únicamente puede ocurrir como consecuencia de un mandato expreso y directo de la ley, con las debidas garantías establecidas para cada caso particular, convirtiéndose la Administración en receptora y ejecutora de un mandato legislativo.

a los que se trata de asegurar un nivel mínimo de libertades reales que les asegure las posibilidades de existir y de desarrollarse libremente en la sociedad». (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. «La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo». En *Anuario de Derechos Humanos*. Universidad Complutense de Madrid. N° 1. 1981, p. 117.)

¹¹² Respecto de la vinculación que los derechos fundamentales plantea al legislador se ha señalado que: «(...) esta vinculación del legislador a los derechos fundamentales no es unívoca, sino que se proyecta en una doble vertiente: es, en primer término, una vinculación negativa, por cuanto supone la prohibición de que el legislador autorice cualquier ingerencia de los poderes públicos que no esté constitucionalmente fundamentada; y, en segundo lugar, es asimismo una vinculación positiva, que se traduce en el mandato de lograr que los mismos desplieguen plenamente su eficacia.» (MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Mc Graw-Hill. Madrid. 1996, p. 4.)

¹¹³ Hoy, tal vez, esta conclusión nos pudiera parecer innecesaria por conocida y aceptada. No lo es, sin embargo, desde una perspectiva histórica en donde podemos encontrar el reconocimiento de la Administración Pública como un poder soberano dotado de poderes originarios para la ejecución de sus actos. Así, por ejemplo: "(...) [Borsí] entiende que todos los actos en cuenta que ejecutorios son aptos para ser ejecutados forzosamente por la Administración, y esta posibilidad puede actualizarla sin necesidad de habilitación legal expresa, ya que es inherente a la Administración contar con ese poder y lo puede ejercitar con tanta naturalidad como dictar actos administrativos (...) Una y otra conclusión arrancan de un mismo fundamento: la Administración es un poder tan soberano como los otros, el legislativo y el judicial; esta soberanía se manifiesta en su absoluta independencia tanto para dictar sus actos como para ejecutarlos, todo ello sin necesidad de habilitaciones legales ni de auxilio judicial (...)" (BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés. *El acto ejecutivo*. Op. cit., p. 366.)

Por el contrario, en el caso de la vinculación positiva, a través de la exigencia de la plena vigencia de los derechos fundamentales, la Administración Pública debe dejar de ser una entidad pasiva que a través de su inacción respeta el contenido de ciertos derechos, para transformarse en una institución activa, con capacidad de decisión, habilitada para disponer sus propias directivas y ejecutar sus propios planes¹¹⁴, siempre dentro del respeto del principio de legalidad, para cumplir con la satisfacción, entre otros fines, de los derechos sociales de los ciudadanos¹¹⁵.

Esta vinculación positiva surge como consecuencia de la evolución histórica de los derechos fundamentales ya que cuando a partir de mediados del siglo diecinueve ciertas reivindicaciones sociales van siendo aceptadas e incorporadas progresivamente al proceso político y adquiriendo legitimidad hasta alcanzar su máximo reconocimiento formal en las Constituciones de México (1917) y de Weimar (1920), la función de la Administración no puede ya ser la misma puesto que las exigencias

¹¹⁴ Ello nos conduce, directamente, al tema de la discrecionalidad administrativa, que apenas podemos mencionar en el presente trabajo. Mediante la atribución de potestades discrecionales, la ley le otorga a la Administración un margen de autonomía para la adopción de ciertas decisiones que, en principio, no se encuentran previamente determinadas por la ley, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las potestades regladas en las cuales la ley se ha preocupado de regular de manera prácticamente total la forma y sentido de la decisión administrativa frente a un determinado supuesto de hecho. La discrecionalidad administrativa es, siempre, una atribución de la ley a favor de la Administración y, consecuentemente, debe someterse como toda otra actuación administrativa al principio de legalidad. Sobre este tema puede consultarse GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Op. cit., pp. 452-486 así como la bibliografía ahí citada.

¹¹⁵ Esta doble vinculación de la Administración Pública frente a los derechos fundamentales no se plantea de manera radical y tajante respecto de los derechos individuales y los sociales en la medida en que éstos pueden tener dentro de su ámbito diversos contenidos en los cuales se exija mayor o menor participación estatal. El ejemplo más claro lo podemos encontrar en el derecho a la igualdad en el cual podemos encontrar reconocidos tanto un ámbito estrictamente individual en donde no se exija sino la misma actitud del Estado frente a los particulares como otro donde más bien si sea exigible del Estado (o de la Administración Pública) una actuación más decidida para lograr una igualdad real y no únicamente formal.

derivadas de los nuevos derechos es radicalmente distinta¹¹⁶. Surge a partir de este momento el llamado Estado Social, el Estado de Bienestar que atiende la necesidad de asegurar la satisfacción de mínimas condiciones esenciales para amplios sectores de la población y ante para los cuales la versión liberal de los derechos fundamentales y de la actuación estatal no les ofrecía mayores soluciones¹¹⁷. Ilustrativo de esta forma de entender el cambio de las circunstancias y de las funciones estatales (y de las administrativas, también) es la consagración del deber estatal de remoción de los obstáculos que impidan la plena vigencia de la igualdad entre los ciudadanos¹¹⁸.

¹¹⁶ "El Estado y, por tanto, la parte del mismo en que consiste la Administración, no tienen, sin embargo, una vida que gire en el vacío, sin conexión alguna con las circunstancias reales de orden político, social y económico y su evolución. Estas circunstancias, en permanente cambio y adaptación históricos, inciden claramente sobre las estructuras estatal y administrativa, requiriendo de las mismas su permanente adecuación a las exigencias que plantean. Toda Administración debe estar construida y diseñada de forma que resulte apta para afrontar y resolver los problemas y las tareas propias de cada época histórica". (PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Civitas. Madrid. 1983, p. 22.)

¹¹⁷ ROLLA, Giancarlo. Derechos fundamentales y Estado Democrático: El papel de la justicia constitucional. En *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. N° 2. 2000, p. 19. Sobre el Estado de Bienestar puede consultarse a PLANAS, Pedro. *El Estado Moderno (Apuntes para una nueva biografía del Estado Social de Derecho)*. Descò. 1993.

¹¹⁸ Así, por ejemplo, la Constitución española señala en su artículo 9.2 que: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". En nuestro país, la Constitución de 1993, conforme al proyecto autoritario que la impulsaba, pretendió recoger (con evidentes finalidades legitimadoras) dicha función pero la limitó severamente hasta su desfiguración total. El artículo 59°, en su última parte, señala lo siguiente: "(...) El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; *en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades*". (cursivas nuestras) Tratando de superar estas limitaciones, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú ha propuesto recoger una interpretación distinta del principio de igualdad en la cual: "(...) No sólo se mantiene una igualdad formal o igualdad ante la ley, sino que se avanza hacia el reconocimiento de una igualdad sustantiva o material. En este sentido, el Estado dirige el desarrollo de sus actividades a remover o eliminar los obstáculos que impidan una real y efectiva igualdad de las personas a través de acciones positivas o medidas de acción afirma-

Esta introducción nos permitirá comprender mejor la forma en que la Administración Pública cumple con respetar los mandatos constitucionales y como debe atender al carácter normativo de la Constitución. En atención a ello, la concreta actuación de la Administración Pública al momento de la ejecución forzosa de los actos administrativos deberá atender las peculiares características de esta doble vinculación tratando de salvaguardar, en todos los casos, el respeto y garantía de los derechos fundamentales.

7.2. Ejecutividad del acto administrativo y tutela jurisdiccional efectiva.

El primero de los derechos fundamentales que se ven limitados o afectados por la ejecutividad de los actos administrativos es, qué duda cabe, el de la tutela jurisdiccional efectiva. Si entendemos que ante cualquier pronunciamiento de la administración pública siempre tendremos la ocasión de cuestionarla en sede jurisdiccional, cuando dicho pronunciamiento pueda ser ejecutado de manera forzosa, la necesidad de contar con una tutela jurisdiccional verdaderamente efectiva que impida que la actuación material de la Administración, cuando proceda a la ejecución de sus actos, lesione los derechos de los ciudadanos resulta absolutamente necesaria y esencial.

La jurisprudencia constitucional española estableció, en un primer momento, que el respeto del derecho a la tutela jurisdiccional se satisfacía con permitir el acceso a los tribunales y la tutela cautelar sin establecer mayores precisiones respecto del momento oportuno para que la Administración pueda disponer la ejecución de un acto administrativo¹¹⁹. En consecuencia con dicha postura jurisprudencial, la Adminis-

tiva (...) (Ministerio de Justicia. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Julio. 2001, pp. 23-24.)

¹¹⁹ "El derecho a la tutela [jurisdiccional efectiva] se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión". (STC 66/1984).

tración Pública se encontraba habilitada para proceder a la ejecución forzosa desde el momento en que el acto administrativo cumpliera con los requisitos legales para su ejecución sin perjuicio que éste pueda ser cuestionado en sede jurisdiccional y, simultáneamente, solicitar su suspensión cautelar.

Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia constitucional española¹²⁰ ha llevado en la actualidad a un sector de la doctrina a considerar que no basta únicamente con que el acto administrativo y su ejecución puedan ser cuestionados en sede jurisdiccional para considerar que se respeta el derecho a la tutela jurisdiccional, sino que debe darse un paso adelante, tratando de asegurar la plena efectividad de dicho derecho, y propone entender que la Administración Pública no puede ejecutar un acto administrativo hasta que el órgano jurisdiccional no se pronuncie respecto de la solicitud cautelar de suspensión del acto, una vez que fuera presentado por el administrado, garantizándole al extremo su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva¹²¹.

¹²⁰ "La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante, desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos (...) Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico, entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez. Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial y justifican que (...) se reinterpreten los preceptos aplicables (...)" (STC 78/1996)

¹²¹ "Mientras el órgano jurisdiccional decide o no la adopción de medidas cautelares, la administración debe abstenerse de ejecutar el acto, ya que si la administración ejecutara, ésta se convertiría en juez, suplantando la decisión del órgano jurisdiccional que es quien a través del incidente cautelar debe decidir si el acto debe ejecutarse inmediatamente o debe suspenderse en tanto en cuanto llega la sentencia sobre el fondo del asunto (...) La novedad consiste en la exigencia de inejecución por parte de la administración mientras se resuelve el incidente cautelar (...)" (MOROTE SARRION, José Vicente. «La suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo». En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 94.)

Posteriormente, en 1998 se dictó la nueva Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la misma que, sin recoger explícitamente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español al respecto, dispuso una regulación que permite sostener la necesidad de aplicar el principio de suspensión automática de la ejecutividad de los actos administrativos cuando estos son cuestionados jurisdiccionalmente¹²². Esta interpretación se basa en la necesidad de asegurar la eficacia del proceso –tal y como lo expresa textualmente el numeral 1 del artículo 130 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa– y si la materia que será discutida en éste podría verse limitada por la ejecución del acto impugnado entonces aparece como necesaria lograr su suspensión de forma automática por el sólo hecho de la interposición de la demanda contencioso-administrativa¹²³

Luego de proceder a esta revisión de la doctrina y jurisprudencia españolas, el contraste con la realidad nacional no puede ser más desalentador. La ley sobre procedimiento coactivo, es decir, aquella norma especial que debe ser el instrumento que permita alcanzar un delicado

¹²² Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. "Artículo 130

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada".

¹²³ En este sentido se pronuncia Carmen CHINCHILLA citada por Francisco DELGADO PIQUERAS. *Op. cit.*, p. 130. Por el contrario, Eduardo GARCIA DE ENTERRIA y Tomás-Ramón FERNANDEZ sostienen una posición crítica respecto de la mencionada norma en tanto señalan que establece un criterio de ponderación inadecuado porque, mientras la tutela cautelar forma parte de un derecho fundamental, los intereses generales o individuales no logran alcanzar dicha categoría y, por lo tanto, el parámetro establecido resulta restringiendo el valor del derecho fundamental a una tutela cautelar y proponen entender que cuando la ley hace referencia a perturbación grave de intereses está haciendo referencia a eventuales lesiones o limitaciones de los derechos fundamentales de otras personas. (*Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Séptima edición. Civitas. Madrid. 2000, pp. 632-637.)

equilibrio entre los intereses generales a los cuales debe proteger y servir la Administración Pública y los intereses particulares de los ciudadanos en sus relaciones frente a la Administración¹²⁴, se decanta groseramente a favor de la Administración cuando limita la eficacia de la medida cautelar a su ratificación o confirmación por parte de la segunda instancia. Nótese, pues, la dramática diferencia entre una regulación y otra, así como el evidente desequilibrio existente en nuestro país entre el sujeto administrado y la Administración Pública que goza de un verdadero privilegio injustificado y lesivo de derechos fundamentales¹²⁵.

¹²⁴ "El problema que se debate en el fondo es ya clásico y de difícil solución y no radica ni más ni menos que en la obligación del juez contencioso de tutelar dos intereses contrapuestos, como son, por una parte, el de los particulares de encontrar una rápida protección frente a los excesos de la administración y, por otra parte, el interés público de evitar que la actuación de la administración sea caprichosamente paralizada por los administrados que, conscientes de su falta de razón, pueden utilizar el proceso contencioso y, en concreto, el instituto de la tutela cautelar con el único fin de retardar al máximo la ejecución de un acto claramente adecuado a derecho". (MOROTE SARRION, José Vicente. *Op cit*)

¹²⁵ "Tal privilegio posicional comporta una excepcionalidad que no tiene que por qué ser aberrante. Ni la Administración debe transformarse en un sujeto justiciable igual que los ciudadanos, ni la doble prerrogativa es por naturaleza incompatible con una acabada tutela judicial efectiva. La excepcionalidad significa que ese status de poder debe limitarse y condicionarse para servir a la realización de los cometidos que corresponden a la Administración en el seno del Estado social y democrático de Derecho. Una limitación negativa y un condicionamiento positivo que cercenan los poderes generales de ejecución forzosa de los que goza la Administración pública y que traen causa de la ejecutividad de los actos administrativos, porque no puede desconocerse que la Administración es un poder público (...) La Administración pública es un poder público que puede, y debe contar, al servicio de sus funciones constitucionales, con poder limitado de ejecución forzosa cuando sea razonable. Esta lógica requiere no sólo que el legislador razone de acuerdo con la Constitución el cuándo y el cómo de su habilitación y ejercicio, sino que también arrumba definitivamente la ejecutividad como cualidad propia de todos los actos y por último, establece que la suspensión de la eficacia de los actos debe ser una consecuencia general de la interposición de los recursos, administrativos o jurisdiccionales, excepcionalmente levantada cuando el interés público así lo demande". (BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés. *Op. cit.*, pp. 431-433.)

7.3 Ejecutividad del acto administrativo y presunción de inocencia.

La ejecutividad de los actos administrativos suele ser cuestionada desde la perspectiva de la lesión de dos derechos fundamentales, el de una tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la presunción de inocencia¹²⁶. Nos corresponde, a continuación, analizar la problemática derivada de la posible ejecución de los actos administrativos sancionadores y la eventual lesión del derecho a la presunción de inocencia que suele ser uno de los ámbitos más delicados de atender en la medida en que se encuentra en juego el ejercicio del poder punitivo del Estado y los derechos de los ciudadanos.

En primer lugar es necesario dejar establecido que la presunción de inocencia es un derecho que resulta de aplicación en toda manifestación del poder punitivo del Estado y, en consecuencia, también lo es en el caso del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública¹²⁷, habiendo sido reconocida su aplicación en términos generales por la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General¹²⁸ y que exige que al interior del procedimiento administrativo sancionador, sea la Administración la que demuestre la existencia de responsabilidad por parte del administrado en la comisión de una infracción¹²⁹.

¹²⁶ Constitución Política de 1993.

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

d. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".

¹²⁷ Esta conclusión plantea un problema respecto de la eventual constitucionalidad del carácter objetivo de las sanciones administrativas. Sobre este particular, puede consultarse a NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Segunda edición ampliada. Tecnos. 1994. Madrid, pp. 336 y ss.

¹²⁸ Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.

La potestad sancionadora de todas las entidad está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

¹²⁹ (...)

Una vez establecida la aplicación del derecho a la presunción de inocencia al interior del procedimiento administrativo sancionador debemos preguntarnos si la eventual ejecución forzosa de un acto administrativo que imponga una sanción podría considerarse lesiva de dicho derecho constitucional.

En una primera aproximación al problema podríamos sostener que no existe violación o lesión del derecho a la presunción de la inocencia, en la medida en que éste debe aplicarse al interior del procedimiento administrativo, el cual sólo después de haber concluido debidamente es que habilita la posibilidad de la ejecución forzosa de una sanción. En otras palabras, cuando se ejecuta una sanción administrativa —asumiendo que al interior del procedimiento se ha respetado la presunción de inocencia, evidentemente— lo que se encontraría en juego es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y ya no el derecho a la presunción de inocencia, pues éste habría sido respetado de manera suficiente y debidamente desestimado al interior del procedimiento¹³⁰.

9. Presunción de licitud. Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”.

“Naturalmente, este derecho fundamental [el de presunción de la inocencia] opera en el Derecho administrativo sancionador, pero si algo significa es que el sometido a un procedimiento sancionador no sea tenido por culpable en tanto la culpabilidad no sea declarada por el órgano competente una vez que ha tenido lugar la adecuada valoración de la prueba, cuya carga corresponde a quien acusa, y se haya desvirtuado la presunción vencible de inocencia que a aquel ampara como derecho fundamental, demostrándose en consecuencia tanto la certeza de los hechos imputados como la de la culpabilidad”. (BARCELONA LLOP, Javier. *Op. cit.*, p. 434.)

¹³⁰ ¿Resulta de aplicación la presunción de inocencia en el proceso contencioso administrativo? Resulta claro que, tratándose de un derecho constitucional no existe ninguna limitación o restricción que impida considerar que al interior de un proceso contencioso administrativo en el cual se discuta la legalidad de la imposición de una sanción administrativa también es aplicable la presunción de inocencia. Lo que ocurrirá, en nuestra opinión, es que dicha presunción operará de una manera distinta. Así, será desde los alcances y sentido de la presunción de inocencia que el órgano jurisdiccional podrá evaluar la actuación de la Administración al momento de imponer la sanción y sólo si las pruebas y fundamentos utilizados por la Administración resultan probados, razonables y conformes al procedimiento establecido podrá entenderse que la sanción impuesta no ha desconocido la presunción de inocencia a favor del sujeto administrado.

Ciertamente este tipo de delimitaciones aparecen artificiales o poco prácticas cuando es posible que el administrado pueda alegar la violación de su derecho a la presunción de la inocencia en el proceso contencioso administrativo que inicie contra la sanción impuesta, en su opinión, ilegalmente.

De esta manera, pues, consideramos que el problema de la ejecución forzosa de una sanción administrativa resulta siendo, esencialmente, una eventual lesión o restricción al derecho a la tutela jurisdiccional, el mismo que se resolverá conforme a los criterios expuestos anteriormente.

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, Ana

La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ALONSO GONZALEZ, Luis Manuel

Jurisprudencia constitucional tributaria. Prólogo de Gabriel Casado Ollero. Instituto de Estudios Fiscales. Marcial Pons, Madrid, 1993. p. 244.

ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María

«La ejecución forzosa de los actos de la Administración pública y la autorización judicial para la entrada en el domicilio», en *la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. En Actualidad Jurídica Aranzadi. Nº 386, Abril, 1999.

BACIGALUPO, Mariano

La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998). Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999.

BARCELONA LLOP, Javier

Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos. Prólogo de Lorenzo Martín-Retortillo. Universidad de Cantabria, Santander, 1995.

BELADIEZ ROJO, Margarita

Validez y eficacia de los actos administrativos. Estudio preliminar de Alejandro Nieto García. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994.

BELTRAN DE FELIPE, Miguel

«Las exigencias constitucionales de una nueva concepción de lo contencioso administrativo». En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Volumen IV, Civitas, Madrid, 1991.

BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés

El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo. Prólogo de Ramón Parada. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

BOQUERA OLIVER, José María

«La insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo». En *Revista de Administración Pública*. Nº 135, 1994.

CHAMORRO BERNAL, Francisco

La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución. Bosch, Barcelona, 1994.

DANOS ORDOÑEZ, Jorge

«Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública». En *Ius et Veritas*. Nº 10. 1995.

DANOS ORDOÑEZ, Jorge

«El procedimiento de cobranza coactiva como manifestación de la potestad de la administración pública de ejecución forzosa de sus actos». En *Themis-Revista de Derecho*. Nº 32. 1995.

DANOS ORDOÑEZ, Jorge y ZEGARRA VALDIVIA, Diego.

El procedimiento de ejecución coactiva. Comentarios al nuevo régimen legal: Ley Nº 26979 y Código Tributario. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999.

DE OTTO, Ignacio

Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Ariel, Barcelona, 1998.

DELGADO PIQUERAS, Francisco

«Motivación irrazonable de las sentencias, suspensión cautelar e indemnización de los perjuicios causados por la ejecución del acto administrativo». En *Revista de Administración Pública*. Nº 152. 2000.

DIEZ SANCHEZ, Juan José

Razones de estado y Derecho (Del control judicial de los secretos oficiales). Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ESPIN TEMPLADO, Eduardo

«Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio» En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Nº 8. 1991.

FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón

Jurisdicción administrativa y revisora y tutela judicial efectiva. Civitas, Madrid, 1998.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo

«La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo». En *Anuario de Derechos Humanos*. Universidad Complutense de Madrid, Nº 1, 1981.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo

La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Civitas, Madrid, 1985.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo

«Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas) y jurisdicción plenaria de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos» En *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 79, 1993, pp. 475 y ss.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo

La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Alianza Editorial, Madrid, 1995.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo

La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español. Civitas, Madrid, 1995.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNANDEZ

Curso de Derecho Administrativo. Volumen I. Civitas, Madrid, 2000. Décima edición.

GARRIDO FALLA, Fernando

«La responsabilidad patrimonial del Estado». En *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría.* Volumen III, Civitas, Madrid, 1991.

GOMEZ MONTORO, Angel

«La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas» (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español). En <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art2.htm>

GONZALEZ PEREZ, Jesús

El derecho a la tutela jurisdiccional. Civitas, Madrid, 1984.

GONZALEZ PEREZ, Jesús y Francisco GONZALEZ NAVARRO

Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Volumen II, Civitas, Madrid, 1997.

JORDANO FRAGA, Jesús

«El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de protección del medio

ambiente en la jurisprudencia del TS». En *Revista de Administración Pública.* N° 145. 1998.

LAFUENTE BENACHES, Mercedes

La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública. Prólogo de Antonio Embid Irujo, Segunda edición. Tecnos, Madrid, 1992.

LOPEZ-FONT MARQUEZ, José Francisco

«El juez de instrucción como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la administración (comentario jurisprudencial)». en *Revista de Administración Pública.* N° 130. 1993.

MARTINEZ VASQUEZ, Francisco

¿Qué es el dominio público? en *Themis.* N° 40, 2000.

MEDINA GUERRERO, Manuel

La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales.

Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.

MINISTERIO DE JUSTICIA

Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, Julio, 2001.

MONROY GALVEZ, Juan

Introducción al Proceso Civil, Temis, Bogotá, 1996.

MOROTE SARRION, José Vicente

«La suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo». En *Revista Española de Derecho Administrativo.* N° 94.

NIETO, GARCIA, Alejandro

«La administración sirve con objetividad los intereses generales». En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría.* Volumen III, Civitas, Madrid, 1991.

NIETO GARCIA, Alejandro

Derecho Administrativo Sancionador. Segunda edición ampliada. Tecnos, 1994, Madrid.

PARADA, Ramón

Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Marcial Pons, Madrid, 1993.

PAREJO ALFONSO, Luciano

Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa. Prólogo de Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1983.

PLANAS, Pedro

El Estado Moderno (Apuntes para una nueva biografía del Estado Social de Derecho). Descó. Lima, 1993.

RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María

La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo. Marcial Pons, Madrid, 2000.

ROLLA, Giancarlo

«Derechos fundamentales y Estado Democrático: El papel de la justicia constitucional». En *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. N° 2, 2000.

SANCHEZ MORON, Miguel

«Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978» EN PREDIERI, Alberto y Eduardo GARCIA DE ENTERRIA. *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. Civitas, Madrid, 1981.

**RECURSOS ADMINISTRATIVOS:
ALGUNAS CONSIDERACIONES BÁSICAS Y
EL ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO QUE LES
HA SIDO OTORGADO EN LA LEY N° 27444**

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA *

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura.