

---

# *El Actual Proceso Contencioso-Administrativo Peruano, y Las Peligrosas Repercusiones de no Asumir Plenamente un Contencioso de Plena Jurisdicción*

**Eloy Espinosa-Saldaña Barrera**

*Catedrático de Pre y Post Grado en las Universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, Lima e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura.*

## **I. CONSIDERACIONES INICIALES**

Con todas las críticas que temas como la globalización y liberalización de la economía o la búsqueda de universalización de los Derechos Humanos pueden generar una concepción más clásica sobre qué es el Estado y cuáles son sus roles en sociedades como las actuales, lo cierto es que, y por lo menos por algún tiempo más, el Estado sigue siendo la manifestación más relevante del esfuerzo por institucionalizar el ejercicio del poder político en una sociedad determinada.

Lo que sí indudablemente ha variado es cómo se materializa, o, dicho en otras palabras, a través de qué acciones concretas se manifiesta ese quehacer estatal, tema que implica una toma de posición que demanda un mejor análisis y un mayor debate, lo cual sin duda trasciende los alcances del presente texto. Con todo, y en aquello que sí queremos incidir, es que aquel conjunto de instituciones (organismos u órganos), pautas de actuación y personas cuya labor es en principio la de buscar se cumplan los fines que motivan la existencia de cada Estado en particular, la Administración o Administraciones Públicas, puede, en aras de defender el interés general, ejercer importantes cuotas de poder, decisivas en la configuración de la vida social, política, económica o jurídica en su entorno.

Y como puede pasar con todo aquel que cuenta con poder, siempre está presente el riesgo de que, y a veces hasta sin proponérselo, la Administración Pública no actúe conforme a Derecho, y, lo que es más grave todavía, hasta vulnere los derechos fundamentales de algún o algunos ciudadanos.

Frente a riesgos como los del abuso de poder o la desviación del poder, yéndose más allá de las competencias asignadas o empleándolas en un sentido distinto al cual nos fueron confiadas, es que se entiende la consideración por la cual el grueso de las atribuciones

de las Administraciones Públicas son regladas, y por ende, se ejercen de acuerdo con parámetros previamente establecidos. Incluso cuando se admite cierto margen de discrecionalidad a nivel administrativo, éste no puede confundirse con arbitrariedad, por lo cual la actuación administrativa debe siempre respetar siquiera mínimos parámetros de razonabilidad y racionalidad.

Uno de los espacios de actuación administrativa que necesariamente requerirán materializarse a través de esos parámetros debiera ser, qué duda cabe, el que implique todo lo vinculado a dar una primera respuesta a eventuales protestas ciudadanas ante errores propios de una instancia administrativa en particular, o frente a deficiencias en la labor de sus inferiores jerárquicos. No sin negar la existencia de importantes desacuerdos al respecto, se argumentará en favor de esa autocomposición de conflictos el que, en principio, la mejor especialización de las distintas reparticiones administrativas permitirá un mejor tratamiento de estos reclamos.

Sin duda alguna, el seguimiento de una serie de procedimientos administrativos y la interposición de los recursos que esos mismos procedimientos facilitan ha permitido en muchos casos que el superior jerárquico enmiende los errores de sus subordinados; o que una misma instancia administrativa, luego de una segunda mirada a materias que antes conoció (revisión que en el caso peruano podrá darse solamente si nuestra impugnación viene acompañada de nuevos elementos probatorios que la justifiquen), cambie sus actuaciones o decisiones iniciales. Sin embargo, justo es reconocer la existencia de casos en los cuales los administrados no quedan conformes inclusive con lo resuelto por la máxima instancia administrativa competente para conocer la situación controvertida. Finalmente, pedirle en todos los supuestos objetividad a la Administración (la cual es, por decirlo en términos comprensibles, un poco juez y parte en estos casos) es difícil, tanto como que, aun contando con una actuación administrativa

irreprochable, los administrados coincidan con todo lo resuelto por la Administración.

Se abre entonces la posibilidad de buscar resolver estas controversias en sede judicial, supuestamente el escenario más imparcial y garantista para ver estos temas. Se plantea así la pertinencia, por no decir la necesidad, de contar con un proceso contencioso-administrativo.

Ahora bien, ya a esta altura de nuestra exposición cabe preguntarse cuál es el objetivo principal de la actuación judicial en el proceso contencioso-administrativo. Ésta indudablemente no es una preocupación nueva. Ya en el escenario europeo continental, donde aparece el proceso contencioso-administrativo, se generaron hasta dos percepciones sobre este tema. La primera de ellas asume al contencioso-administrativo como el mecanismo mediante el cual en sede judicial se evaluaba la actuación de la administración. Lo que allí se hacía era lo que la doctrina llamó luego un proceso al acto. Estamos aquí ante el origen del denominado contencioso objetivo o de nulidad, conocido con este nombre en mérito a que si la actuación de la administración no es conforme a Derecho, judicialmente será declarada nula (en rigor, lo que se consagrará es la anulación de la actuación impugnada).

La fórmula que acabamos de reseñar se difundió muchísimo, resultando durante muchos años prácticamente la única forma a través de la cual se materializaba el proceso contencioso-administrativo en diversos países. Ello puede explicarse, por lo menos en Europa continental, en mérito a que el contencioso de nulidad encajaba mejor con el contexto social de la época, ya que lo que se buscaba era que los jueces, “boca de la ley” en el discurso que entonces se manejaba (y por ende, vistos por los parlamentarios como meros operadores de sus directivas) controlaran la actuación de una administración en ese momento dependiente básicamente del remanente del poder real todavía existente. En otros términos, se constituía en uno de los

escenarios a través de los cuales el “principio democrático” buscó y luego consiguió imponerse sobre el “principio monárquico”<sup>1</sup>.

Pero las épocas cambian, y las ventajas de esta primera perspectiva poco a poco fueron mediatizándose o terminaron siendo puestas en cuestionamiento. Ello en base a diversas consideraciones.

Así, por ejemplo, la preocupación por controlar a la Administración desde un omnipotente Parlamento fue, por lo menos, variando en su forma de materializarse, ya que se pasó a un contexto en el cual –en base a diversas circunstancias e instrumentos– primero los parlamentos terminaron liquidando el poder del monarca, y luego, por encima incluso de la ley parlamentaria, va imponiéndose un reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, norma cuyo fin último es, como todos sabemos, la plena vigencia de los derechos fundamentales.

En este contexto, pronto comienza a considerarse como insuficiente la idea de un contencioso-administrativo como un mero mecanismo de control de la actuación de la Administración, mecanismo mediante el cual no se busca ni se permite el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, sino, únicamente, la anulación (más no la reforma) del acto impugnado. Ello estaba muy lejos de atender los requerimientos de un Estado Constitucional cada vez más proclive a la judicialización de la actividad estatal, buscando así no

solamente asegurar la limitación del poder, sino básicamente intentando de esa manera preservar la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales.

Lo expuesto explica como a nivel mundial progresivamente ha ido imponiéndose una percepción del contencioso administrativo como, en la línea de la otra postura también formulada en su momento por el Consejo de Estado francés, un contencioso subjetivo o de plena jurisdicción.

---

---

*“(...)pronto comienza a considerarse como insuficiente la idea de un contencioso - administrativo de control de la actuación de la administración(...)”*

---

---

<sup>1</sup> Contra lo que muchos suelen pensar, el poder del Monarca no desapareció de pronto con la irrupción de las revoluciones burguesas. Es más, en Europa Continental, buena parte del siglo diecinueve se caracterizó por una disputa entre un Parlamento cada vez más consolidado y legitimado en sus atribuciones, el cual progresivamente había ido convirtiendo a los jueces en “bocas” o meros aplicadores de sus leyes, y un Monarca con un poder mermado, pero que solía controlar la todavía incipiente maquinaria administrativa estatal. A esta etapa es la que se le conoce como la de la disputa entre el principio monárquico y el principio democrático.



En el contencioso-administrativo subjetivo o de plena jurisdicción, el análisis jurisdiccional no se circunscribe a determinar si la Administración actuó conforme a Derecho o no, sino si en su quehacer respeta los derechos fundamentales de los administrados. Esta evolución, que se ha producido a nivel mundial, también ha tenido sus repercusiones en el Perú, aunque, necesario es anotar que aquí no tuvo como antecedente toda aquella evolución política o social vivida en Europa continental.

En nuestro país lo sucedido fue lo siguiente: tal como incluso lo demuestra lo originalmente previsto en el Código Procesal Civil de 1992, se manejaba una lógica de contencioso administrativo objetivo o de nulidad<sup>2</sup>. Es recién con la puesta en vigencia de la ley 27584, materializada luego de la aprobación de la ley 27684, a partir del 17 de Abril del año 2002<sup>3</sup>, que en el Perú se instala un contencioso subjetivo o de plena jurisdicción.

Ello tiene especial relevancia, ya que en mérito a lo previsto en el artículo cinco del nuevo Código Procesal Constitucional, el Amparo en el Perú deja de ser alternativo para convertirse en residual. Ello implicará, a diferencia de lo que viene dándose hasta hoy, que el administrado estará obligado a agotar sus posibilidades de impugnar ante la judicatura ordinaria la presunta violación o amenaza de violación de sus derechos antes de recurrir al medio especial y específico al cual denominamos Amparo.

Me explico: Tal como ahora está diseñado el Amparo peruano, si un justiciable considera que se le ha amenazado o vulnerado alguno de sus derechos fundamentales, dicho justiciable podrá escoger entre iniciar un medio procesal ordinario para la defensa de dicho derecho (la acción reivindicatoria si hablamos de propiedad) o directamente interponer una demanda de Amparo. Ello ha llevado en la práctica a lo que muchos han denominado una “ordinarización del Amparo”, distorsión del carácter de proceso de tutela urgente que

en rigor debiera caracterizar al Amparo, distorsión que la ley 28237 o Código Procesal Constitucional justamente quiere dejar de lado.

La entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional conllevará entonces, entre otros factores, que muchos conflictos ahora directamente resueltos mediante Amparo pasarán necesariamente a ser abordados previamente por otras vías. Tal como hoy está diseñado el proceso contencioso-administrativo en el Perú, ese contencioso-administrativo se constituirá indudablemente en una de esas vías: es más, probablemente sea la más utilizada de todas ellas.

Van a convertirse entonces en tareas a abordarse de inmediato no solamente las de capacitación y designación de jueces en lo contencioso-administrativo, sino la de revisar lo previsto como aspectos centrales en la Ley de la materia, la 27584. En este texto analizaré el tratamiento dado a aquel elemento, ya aquí mencionado anteriormente, el cual marca una diferencia sustancial con la comprensión que se había venido teniendo sobre el contencioso-administrativo, y además, permite pensar en este instrumento procesal como el pertinente para asumir aquello que la eventual incorporación del Amparo residual<sup>4</sup> no va a permitir abordar directamente a través de ese proceso constitucional. En ese sentido, resulta indispensable analizar las implicancias de la conversión del proceso contencioso-administrativo peruano en uno de plena jurisdicción, así como la apreciación sobre si dicha modificación se ha efectuado correctamente.

Considero que estos son temas que merecen ser especialmente estudiados, ya que quizá estamos generando esperanzas que el desarrollo concreto de la normativa vigente finalmente no pueda satisfacer a cabalidad, limitaciones que indudablemente se apreciarán con mayor claridad con la próxima entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional. Estando todavía a tiempo de efectuar alguna modificación normativa o de promover la conformación de una

2 Eso era lo recogido bajo el título “Impugnación de Acto o resolución administrativa” entre los artículos 540 a 545 del texto original del Código Procesal Civil hasta hoy vigente en el Perú.

3 Como es de conocimiento general, alegándose una discrepancia con el tratamiento originalmente previsto en la Ley 27584 para la ejecución de sentencias en las cuales se dispone pagar ciertas sumas de dinero, se dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 136-2001, publicado el 21 de diciembre de 2001, norma que inconstitucionalmente puso en suspenso la puesta en vigencia de toda la ley del proceso contencioso-administrativo en el Perú. Esta situación varió con la aprobación de la Ley 27684, publicada el 16 de abril de 2002, la cual permite el apuntalamiento de lo previsto en la Ley 27584 luego de modificar drásticamente lo dispuesto en su artículo 42, justamente aquel que regula la ejecución de sentencias en las cuales se dispone pagar ciertas sumas de dinero.

4 Estamos pues ante un tema de especialísima importancia, el cual ya incluso hemos comenzado a abordar en otros trabajos. Me estoy aquí refiriendo básicamente a mi libro “Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso-Administrativo y Derechos del Administrado”, Lima, Palestra, 2004; o a trabajos como “El nuevo Proceso Contencioso-Administrativo peruano: ¿Principio del fin de nuestro Amparo alternativo?”, incluido en mi libro “Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso”, Lima, ARA Editores, 2003; o “Proceso Contencioso-Administrativo, Amparo alternativo y algunas previsiones a la espera de un Amparo residual”, trabajo que en líneas generales recoge nuestra exposición en el I Congreso Nacional de Derecho Administrativo (ver al respecto el libro de ponencias recientemente editado por Jurista Editores sobre el particular).

judicatura ordinaria comprometida con la tutela de los derechos fundamentales, ojalá las anotaciones incluidas en el presente artículo puedan mejorar los alcances tuitivos del contencioso-administrativo peruano y la credibilidad ciudadana en la labor jurisdiccional desempeñada por la judicatura ordinaria de nuestro país. Pasaré pues de inmediato a asumir el análisis y comentario que me he propuesto realizar.

## II. UN PRIMER ESCENARIO DE LIMITACIÓN AL CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCIÓN PERUANO: EL DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES

Una mirada siquiera muy rápida a lo previsto en los primeros artículos de la ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo en el Perú rápidamente permite apreciar la existencia de significativos cambios frente a lo anteriormente planteado aquí al respecto. Así por ejemplo, en el primer artículo de la norma en comento se señala que la finalidad de cualquier proceso (y como bien lo señala la ley 27584, corrigiendo así el error conceptual del constituyente de 1993, el contencioso administrativo es un proceso y no solamente una acción) esta es, sin duda, por un lado, la composición del conflicto concreto; y de otro, la búsqueda de un clima de paz social con justicia. Sin embargo, no todo conflicto se resuelve bajo las pautas procesales previstas para el proceso contencioso-administrativo, y tal vez por ello, aquí la ley peruana, en una definición que más bien se ubica entre lo que se entiende como objeto de proceso y lo que en rigor es su finalidad, nos dice en su primer artículo que la finalidad del proceso contencioso administrativo no se agota en el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo, sino que involucra también la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados por la judicatura ordinaria.

Este planteamiento debe ser reforzado con lo recogido como pretensiones a ser invocadas dentro de un contencioso-administrativo en el Perú. Veamos sino lo expresamente recogido en el artículo 5 de la Ley

27584. Allí se planteará que, además de permitir se declare la nulidad de los actos administrativos impugnados, el contencioso administrativo en el Perú sirve también para el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines; la declaración como contraria a Derecho y el cese de aquellas actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos; o, finalmente, para ordenar a la Administración pública la realización de una actuación a la cual se encuentra obligada por ley o en virtud de un acto administrativo firme<sup>5</sup>. El alcance de este proceso hoy apunta mucho más que a la importante, pero innegablemente insuficiente, adecuación administrativa a Derecho.

Como señala con certeza Juan José Díez Sánchez, completando esta afirmación con aspectos que inclusive ya habían sido esbozados en la Exposición de Motivos de la ley 27584:

(...) con claridad la ley se inscribe en “las tendencias más modernas de la doctrina del Derecho Administrativo comparado”, superando el carácter meramente revisor del proceso contencioso-administrativo o limitado a “enjuiciar la validez del acto impugnado...como si se tratase de un mero recurso de revisión contra una resolución...”. Por el contrario, se configura como “un proceso destinado a garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las actuaciones de la administración pública, en el que el objeto del proceso es lo que el demandante pretende de los jueces y tribunales (“la pretensión”), y en el que el papel del acto administrativo impugnado se reduce a un mero presupuesto de procedibilidad, no pudiendo condicionar este último el ámbito de la potestad judicial”<sup>6</sup>.

Ahora bien, necesario es anotar, como también la hace el mismo Juan José Díez Sánchez, que esta aparentemente clara adopción del contencioso-administrativo de plena jurisdicción no viene acompañada de ciertas precisiones que la misma Ley 27584 no pareciera recoger<sup>7</sup>. Basta con revisar el artículo 4 de la norma a la cual acabo de hacer mención

5 El texto del artículo cinco de la Ley 27584 es el siguiente:

“En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme”.

6 DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. “Comentarios en torno a la ley del proceso contencioso-administrativo del Perú”. En: *Ponencia del Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima, Perú, Abril de 2004, p. 13.

7 *Ibid.*, p. 34 y ss.



para comprobar como no toda actuación de la Administración en ejercicio de su *Ius Imperium*<sup>8</sup> puede ser impugnada judicialmente a través de un proceso contencioso-administrativo.

Como es de conocimiento general, el control en sede jurisdiccional de la constitucionalidad o legalidad de normas reglamentarias no se efectuaría mediante un proceso contencioso-administrativo, sino más bien a través del proceso constitucional denominado "Acción Popular". Por otro lado, nada se dice en la ley sobre un eventual control judicial, siquiera a nivel de materias de procedimiento, de eventuales actos políticos, manteniéndose así sin discusión lecturas literales del texto constitucional que en lógica favor *libertatis* bien podrían ser dejadas de lado<sup>9</sup>.

En síntesis, en el Perú el discurso promotor de aquello que la doctrina denomina exclusividad del proceso contencioso-administrativo como medio procesal para impugnar en sede judicial las actuaciones de la Administración Pública debe ser relativizado. Y si lo ya expuesto al respecto no fuese suficiente, el artículo 3 de la misma Ley 27584 expresamente señala que no son pasibles de revisión mediante procesos contencioso-administrativos a aquellos en los cuales se puede recurrir a los procesos constitucionales, disposición cuyos alcances deberán precisarse ante la próxima entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional peruano.

---

***"(...)no son posibles de revisión mediante procesos contenciosos - administrativo a aquellos en los cuales se puede recurrir a los procesos constitucionales(...)"***

---

### III. MÁS RESTRICCIONES A LA PLENA JURISDICCIÓN EN LA LEY DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PERUANO

Necesario es anotar que no son éstas las únicas restricciones previstas en la Ley 27584 sobre el

particular. Por ejemplo, viendo las pretensiones pasibles de tutela mediante un proceso contencioso-administrativo en el Perú, no encontramos allí claramente reconocida la posibilidad de recurrir en nuestro país al medio procesal que venimos analizando para solicitar las indemnizaciones que nos permitan resarcirnos de eventuales daños y perjuicios. Es más, si nos ceñimos a la lectura literal de lo previsto en el artículo 26 de la norma en comento, este tipo de indemnizaciones deberán plantearse como pretensiones principales de acuerdo con las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil, muy a contrapelo de lo habitualmente regulado en el Derecho Comparado sobre el particular<sup>10</sup>.

Sin embargo, lo que estoy a punto de reseñar implica una restricción tan o más grave que la anterior. Y es que si tengo que calificar de alguna manera el tratamiento dado al tema probatorio en la Ley 27584 (y no por responsabilidad de quienes elaboraron la propuesta, sino más bien básicamente por aquello incluido durante el debate del Congreso), la primera palabra que se me viene a la mente es preocupante. Ello no solamente en mérito a lo que finalmente ha quedado consignado en la Ley, sino también tomando en cuenta las repercusiones que ello puede tener si, como todo parece indicar, a partir de diciembre de este año el proceso contencioso-administrativo será la vía a la cual deberá recurrirse para buscar la tutela de muchas controversias hasta ahora abordadas mediante demandas de Amparo.

Explico con mayor detalle a qué me estoy refiriendo. En el artículo 27 de la Ley 27584, disposición introducida a la norma en comento como consecuencia del debate parlamentario sobre el particular, se restringe la actividad probatoria dentro del proceso contencioso-administrativo a las actuaciones recogidas en el

8 Queda claro que si una entidad administrativa actúa como cualquier particular, despojada del *ius imperium* con el cual puede eventualmente contar para hacer efectivas las responsabilidades que en nombre del interés público o el interés general se tuvo a bien confiársele, no estaremos ante una materia que judicialmente pueda discutirse en un proceso contencioso-administrativo.

9 Como es de conocimiento general, a nivel doctrinario se admiten hasta dos escenarios de control de aquellos actos de algunos denominan "políticos", "de direccionalidad política" o "de discrecionalidad política". Uno de ellos se circunscribe a analizar si la gestación de dicha actuación respetó el procedimiento constitucional y/o legalmente previstos para su aprobación, no sometiéndose a control jurisdiccional el contenido y alcances de la decisión cuestionada. El otro escenario posible es el de, en lógica de constitucionalización del Derecho e intento de constitucionalización de la política, que el juzgador no se limite a una evaluación de si se respetó el procedimiento previo previstom sino entra a revisar si el contenido de lo previsto es conforme o no a Derecho. Este es un tema cuyos alcances están explicados en muchos trabajos, y entre ellos en mi artículo «Aplicación jurisprudencial de los criterios de razonabilidad, temporalidad, proporcionalidad y necesidad para la resolución de Habeas Corpus durante la vigencia de Estados de Excepción: el caso peruano» (Primera parte). En: Derecho y Sociedad. No. 10. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995; así como en mi libro "Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso", Op. Cit., especialmente p. 167 y ss.

10 Cierto es que algunos han querido ver en lo previsto en los incisos tercero y cuarto del artículo 38 de la Ley 27584 una forma de matizar este evidente error. En ese sentido opina, por ejemplo, PRIORI, Giovanni. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo. Lima, ARA Editores, segunda edición, junio de 2002, p. 250. Resultándome muy sugestiva esa interpretación, solamente quisiera anotar que, mientras no exista una reforma legislativa en este tema, la línea que jurisprudencialmente se asuma al respecto tendrá en este caso una relevancia fundamental.

procedimiento administrativo seguido previamente a la actuación judicial, no permitiéndose incorporar al contencioso-administrativo la probanza de hechos nuevos o no alegados en la etapa prejudicial.

Esta es indudablemente una restricción en rigor incompatible con un proceso al cual precisamente se le denomina de plena jurisdicción en mérito a que le permite a sus juzgadores efectuar todas las tareas que consideren necesarias para asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales que se encuentran en juego. Pero como si lo expuesto no fuese suficiente, el artículo 28 de la misma Ley 27584, permite solamente como oportunidad para ofrecer los medios probatorios que se consideren pertinentes para acreditar nuestras pretensiones (claro está dentro de los límites lamentablemente impuestos por el ya mencionado artículo 27, mientras dicha disposición no sea modificada) el de la etapa postulatoria del proceso, siendo indispensable acompañar todos los documentos y pliegos interrogatorios a los escritos de demanda y contestación, no toma en cuenta la posibilidad de probar hechos nuevos, producidos o descubiertos posteriormente al momento en que se ofrecieron los diversos medios probatorios en el contencioso-administrativo.

Una equivocada comprensión del principio procesal de preclusión recorta aún más aquello que resulta propio y esencial para un contencioso-administrativo de plena jurisdicción, pero lamentablemente los problemas no terminan allí, pues la Ley 27584 también incurre en algunas imprecisiones al abordar el tema de la carga de la prueba. El artículo 30 de la norma que vengo analizando señala que, salvo expresa disposición legal en sentido contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos sustentatorios de su pretensión. Con una disposición como ésta parece olvidarse que el demandado, como parte de su defensa, puede alegar hechos nuevos a los consignados por el demandante, correspondiéndole al demandado y no al demandante la carga de la prueba en estos casos. Sin embargo, una norma que textualmente prescribe lo señalado en la disposición que vengo reseñando, deja al juzgador aparentemente sin posibilidad de corregir esta equivocación, lo cual es doblemente lamentable si apreciamos que estamos ante un proceso al que precisamente se considera como uno de plena jurisdicción.

Finalmente, en tanto y en cuanto son diversas las pretensiones que pueden plantearse en un proceso contencioso-administrativo, son múltiples las posibilidades de acción con las que cuenta aquella sentencia que declare fundada la demanda. Ello permite entender, sobre todo en el especial supuesto de un proceso contencioso-administrativo que se reclama de plena jurisdicción (donde el objeto del proceso es finalmente el procurar una cabal tutela para los derechos fundamentales de los administrados), cómo es que en el Derecho Comparado se suele permitir al juzgador en este tipo de procesos emitir una sentencia en ocasiones no ceñida exactamente a lo formalmente pretendido por las partes, admitiendo una lectura más flexible del principio de congruencia procesal que aquella que, por ejemplo, podemos encontrar en un proceso civil.

Expresión de esa línea de pensamiento es la salida habitualmente prevista en la regulación de los procesos contencioso-administrativos en el Derecho Comparado, mediante la cual se habilita a un juez a declarar la nulidad total de un acto administrativo sobre el cual únicamente se había pedido deducir su nulidad parcial, y viceversa, siempre y cuando con ello no se vulnere el derecho de defensa y se deje en situación de indefensión a aquel que pudiera verse afectado con una declaración de nulidad total inicialmente no solicitada.

Esa era precisamente la opción propuesta por los autores del proyecto de ley, pero no fue al final lo recogido en el primer inciso del artículo 38 de la Ley 27584, donde se señala que:

“[...] La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente:

1. La nulidad total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado [...]”<sup>11</sup>.

Estamos pues ante un escenario en el cual desafortunadamente se introducen muchas y muy notorias limitaciones a lo que en rigor debiera ser un contencioso-administrativo de plena jurisdicción, tema cuyas consecuencias de inmediato intentaré reseñar.

11 Viendo lo prescrito por el Congreso en el artículo 38 de la Ley 27584 sobre el margen de actuación del juzgador a la hora de resolver, hasta cierto punto, y en una lógica favor libertatis, para incluso mejor que los legisladores no se hayan pronunciado sobre un tema de innegable relevancia: el de si un juez de un proceso contencioso-administrativo puede declarar la nulidad de un acto administrativo por razones distintas de las que fuesen invocadas por las partes en conflicto. Sobre el particular, creo que, en estricta observancia del principio *lura Novit Curia*, esa posibilidad si debiera ser admitida. En el mismo sentido opina PRIORI, Giovanni. Op. Cit., p. 249, y me pronuncio con mayor detalle en “Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso-Administrativo y Derechos del Administrado”, Op. Cit., especialmente p. 197 y ss.



#### IV. LAS EVENTUALES CONSECUENCIAS DE UN INUSITADAMENTE LIMITADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO “DE PLENA JURISDICCIÓN”


Aun cuando en el Derecho Comparado es posible encontrar alguna restricción a la actuación de quién es juez en un proceso contencioso-administrativo, sería bastante difícil ubicar un caso como el peruano en el cual, luego de declarar que se ha adoptado un contencioso de plena jurisdicción, a renglón seguido introduce tantas limitaciones al margen de acción del juzgador cuya preocupación es la de tutelar los derechos del administrado frente a los eventuales excesos en que pueda incurrir la Administración.

Solamente una actuación de un Congreso poco familiarizado con los alcances de un contencioso-administrativo de plena jurisdicción puede explicar lo ocurrido. Siendo todavía relativamente corto el tiempo en que ha estado en vigencia la Ley 27584, la cual sin duda tiene muchas virtudes, pero también algún defecto adicional, como el de asimilar el grueso de las situaciones que aborda a los parámetros del proceso abreviado de conocimiento<sup>12</sup>; y existiendo una pauta ya asentada de recurrir al proceso de Amparo cuando se alega la violación de derechos fundamentales, muy a despecho de eventuales declaraciones de improcedencia de la demanda por no haber recurrido a la vía judicial idónea para atender sus requerimientos, las repercusiones de estas restricciones aún afortunadamente se han hecho notar muy poco.

Sin embargo, esto puede cambiar muy pronto, salvo que algún juzgador, percibiendo las limitaciones actualmente existentes para que el proceso contencioso-administrativo cumpla su rol tuitivo similar al hoy

asignado al Amparo en el Perú, declare que ese contencioso no es una vía igualmente satisfactoria que el proceso constitucional antes mencionado para la tutela de los derechos fundamentales (y de paso, desarticule la intención del legislador de pasar a un Amparo residual). Un uso más frecuente del proceso contencioso-administrativo hará notar limitaciones como las que acabamos de esbozar, límites cuyos nocivos efectos en la tutela de los derechos de los justiciables son ya a todas luces evidentes.

Con la Ley 27584, y la adopción de un proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción, este medio procesal ha tenido cualitativas mejoras en su tratamiento. Sin embargo, desafortunadamente fácilmente se puede apreciar su actual regulación todavía tiene una serie de limitaciones, las cuales sin duda conspiran en contra de la labor tuitiva que en rigor hoy le corresponde. Si a ello le añadimos la poca familiaridad de los jueces y abogados peruanos con estos temas, y la ausencia de juzgadores suficientes en nuestro país para ver este tipo de casos, lo expuesto demuestra la necesidad de enfrentar de inmediato una serie de problemas.

De no tomarse las previsiones y/o efectuarse las modificaciones que aquí me he permitido sugerir, tomando además en cuenta la mayor variedad y complejidad de los casos que podrían canalizarse por esta vía a partir de diciembre próximo, nos espera en el Perú un escenario muy poco favorable para la tutela de los derechos de los administrados, y por ende, para la misma legitimidad y consolidación del Estado Constitucional, con todos los riesgos que ello pudiese acarrear. Ojalá la labor de los legisladores o de los jueces peruanos puedan oportunamente liberarnos de esos riesgos. 

12 Como seguramente se recordará, la regulación del proceso abreviado de conocimiento en el Perú incluye, entre otras diligencias, una audiencia en la cual se busca propiciar la conciliación inter partes. Si tomamos en cuenta que ya antes del contencioso-administrativo tuvo que haberse agotado la vía administrativa correspondiente, el sentido de esta diligencia parece completamente desvirtuado.