

# La mutación del proceso contencioso administrativo y su efectividad en el derecho peruano

## The mutation of the contentious administrative process and its effectiveness in Peruvian law

J. María Elena Guerra Cerrón\*

*"[...]el contencioso de plena jurisdicción muta del mecanismo formal de protección de la legalidad administrativa, para ser el instrumento jurídico central para proteger los derechos subjetivos e intereses legítimos de todos los administrados frente a cualquiera de las actuaciones de la administración que las vulneren. En este sentido, las actuaciones previas producidas en la sede administrativa ya no serán condicionantes de la intervención del contencioso, sino sólo un antecedente relevante al momento de apreciar la constitucionalidad o legalidad de la actividad administrativa."*

Comisión Técnica\*\*

### Resumen:

El presente artículo busca plantear, en primer lugar, un breve recuento histórico de la aparición y evolución del proceso contencioso administrativo, su ubicación en el ordenamiento peruano y su función. Acto seguido, plantea un análisis crítico de si el mismo está sirviendo para el propósito de tutelar los derechos e intereses de los administrados.

### Abstract:

The present paper seeks to give, in the first place, a brief historical review of the origin and development of contentious administrative process, his location on Peruvian law frame and his function. Also, it gives a critical analysis to show if this process is serving the purpose given, that is protecting the rights and interests of the governed.

### Palabras clave:

Proceso contencioso-administrativo – Poder judicial – Jurisdicción – Administrado – Derechos – Constitución

### Keywords:

Contentious administrative process – Judiciary – Jurisdiction – Governed – Rights – Constitution

### Sumario:

1. Introducción – 2. Origen y mutación del proceso contencioso administrativo – 3. Hacia la jurisdicción contencioso-administrativa – 4. Funcionalidad y efectividad del proceso contencioso administrativo – 5. El contencioso administrativo en el sistema jurídico peruano – 6. Funcionalidad y efectividad del proceso contencioso administrativo – 7. Reflexión final – 8. Bibliografía

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de especialización en Contratación moderna y Responsabilidad Civil en las Universidades de Castilla La Mancha y Salamanca en España. Docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima. Ha sido juez de la Corte Superior de Justicia de Lima y actualmente es Fiscal Superior Civil.

\*\* Comisión Técnica para la revisión de la Ley N° 27584 - Ley del Proceso Contencioso Administrativo creada por Resolución Ministerial 026-2006-JUS, 25 de enero de 2006.

## 1. Introducción

Como si se tratara de un proceso constitucional, en la Constitución Política del Perú en el artículo 148 del Capítulo VIII del Título IV expresamente está previsto el proceso contencioso administrativo, aunque su sumilla es de “acción contencioso-administrativa”. Este espacio constitucional dedicado al proceso contencioso-administrativo, sin duda tiene una razón y justificación especiales, y estas son por tratarse de una “conquista histórica”, por su objeto y finalidad.

Como en todo proceso —en el que hay un conflicto— lo que se busca es solucionarlo garantizando los derechos de los ciudadanos en su condición de administrados en tanto les asista la razón, a través del control de la legalidad y constitucionalidad de los actos y de la actuación de la Administración Pública. La existencia del proceso contencioso administrativo constituye uno de los principales elementos del Estado de Derecho e implica un derecho-deber; con la particularidad que el Estado es parte, y precisamente lo que es objeto de revisión es la actuación de éste.

Cuando se habla del origen del proceso o de la jurisdicción contencioso-administrativa la referencia es a Francia —especialmente a la Revolución Francesa— al establecimiento del principio de legalidad y del Estado de Derecho, la teoría de la separación de poderes y la declaración universal de los derechos humanos. Esta referencia histórica ha llevado a considerar a la jurisdicción contencioso-administrativo como una conquista de la democracia. Ciertamente el proceso contencioso-administrativo, y lo que hoy él significa, es una conquista jurisdiccional en el contexto de la separación de poderes; ya que originariamente los jueces no tenían el poder para garantizar a los administrados sus derechos frente a la Administración.

Precisamente sobre este origen, debo comentar que del 2 al 4 de octubre del año 2017 tuve la oportunidad de participar en el “Curso de Tribunales de Justicia y Derechos Humanos” organizado por la Universidad de Valencia, curso dirigido por el profesor Luis Andrés Cucarella Galiana. En una de las clases acerca de los antecedentes históricos del sistema de protección de los derechos humanos y derechos fundamentales, el profesor Cucarella, señaló lo siguiente:

“Al término de la II Guerra Mundial, los diferentes Estados europeos entraron en un proceso de reflexión y revisión de sus ordenamientos jurídicos con el objeto de garantizar una efectiva protección de los derechos fundamentales.

Muchas habían sido las violaciones que se habían producido y que condujeron al estallido de la II Guerra Mundial. Al término de la misma, se adquirió la conciencia de que debían articularse los mecanismos necesarios para que esas violaciones no se repitieran, o en el caso en que tuvieran lugar, que hubiera instrumentos efectivos para la protección y tutela de los derechos de la persona.

Es cierto que, de acuerdo con la concepción liberal burguesa que había inspirado la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, los jueces estaban llamados a tener muy poca incidencia en el juego político. De acuerdo con esta concepción, los jueces quedaban limitados a resolver los conflictos de derecho privado, y a imponer las penas correspondientes en los casos de realización de conductas delictivas. Quedaba fuera del ámbito de actuación jurisdiccional, por ejemplo, el control de legalidad de los actos de la Administración Pública<sup>1</sup>, o el control de constitucionalidad de las normas.

Con el tiempo, el papel de la jurisdicción se dignificó y se equiparó al de los otros dos poderes del Estado en lo que a incidencia en el juego político se refiere.

Pues bien, una vez que se consiguen asentar esas ideas, surge inmediatamente a continuación la reflexión de cuál es el papel o la función de la Jurisdicción en un Estado democrático y de Derecho. Y en este sentido, no cabe ninguna duda de que el rol de los jueces es juzgar, entendida esa labor como la de aplicar el Derecho al caso concreto, de manera irrevocable y por vía de heterotutela<sup>2</sup>.

Esta precisión en la exposición de la clase del Dr. Cucarella respecto al limitado poder (de los tres poderes reconocidos o consagrados) que tenía originalmente el Poder Judicial en el control de legalidad de los actos de la Administración, llamó mi atención y reflexión acerca del proceso contencioso administrativo.

Y como señala el filósofo Sören Kierkegaard, “la vida solo puede ser comprendida mirando hacia atrás, pero ha de ser vivida mirando hacia adelante”, es indispensable conocer los antecedentes de la jurisdicción contencioso-administrativa para comprender lo que es actualmente y poder mirar hacia el mañana.

1 Subrayado propio.

2 Luis Cucarella Galiana, “Curso “Curso de Formación Especializada en Tribunales de Justicia y Derechos Humanos”, en la sede de la Fundación Universidad-Empresa de la Universidad de Valencia, 3 de octubre de 2017. El subrayado es propio.

Resulta que la Revolución Francesa no fue propiamente democratizadora, ya que no había igualdad para todos, no existía una real separación de poderes, y el contencioso administrativo —como hoy lo conocemos— se limitaba a convalidar la actuación de la Administración. El proceso contencioso-administrativo —como medio de control pleno del Poder Judicial con jueces independientes e imparciales— es producto de una mutación que se ha producido en el tiempo. Con la reivindicación del Poder Judicial se pasó a contar con una garantía para la protección de los administrados, a fin de no mantenerlos en una suerte de círculo vicioso, con la incertidumbre de no saber finalmente si el derecho les asiste o no.

Sin embargo, cabe preguntarse si esta conquista jurisdiccional apareja la efectividad de la tutela de los derechos de los administrados, o si en realidad se trata solamente de una apariencia de efectividad o de una efectividad incompleta. Con una mirada histórica, la mutación de la jurisdicción-proceso contencioso administrativo será objeto de desarrollo en el contexto de la regulación peruana.

## 2. Origen y mutación del proceso contencioso administrativo

Se conoce a la Revolución Francesa —con la frase inicial de *Liberté, égalité, fraternité ou la Mort* (Libertad, Igualdad, Fraternidad o la muerte) y que se comenzó a usar, hasta que se convirtió en un lema oficial, pero solamente como *Liberté, Égalité, Fraternité*— como la fuente axiológica e ideológica de los cambios teóricos radicales. Con ese lema se simbolizaba la lucha y rechazo a la tiranía y a la opresión de los gobernadores y a las sociedades de poderes absolutos para dar paso a las sociedades democráticas. Así aparece un nuevo Estado como un Poder, pero con tres funciones esenciales —señaladas como tres poderes— con organización propia, instituciones, funciones y competencias. Este Estado aparece bajo la forma de un Estado de Derecho.

En cuanto a la organización y poder del Estado, un tema de gran relevancia es la “separación de poderes”, de la cual no puede afirmarse que esta es una creación de Montesquieu<sup>3</sup>, pero sí se puede decir que brinda una forma original de percibir esta separación; y en ello está la diferencia con otros pensadores como el anglosajón Locke —por ejemplo—, quien reconoce solamente a dos poderes al Legislativo y al Ejecutivo.

Ciertamente, la Revolución Francesa es la causa original de una transformación en los sistemas jurídicos. Es algo así como el motor que empuja hacia un cambio y exige el viraje hacia un enfoque científico: a la aparición de un lenguaje con instituciones y categorías nuevas, a la materialización teórica de ciertas ideas que marcaron la historia de la humanidad, a la incorporación del principio de legalidad y al establecimiento “de pesos y contrapesos” para preservar la democracia y libertad de los ciudadanos.

Para la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se parte de la denuncia de la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre como las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos. En tal sentido se hace una declaración formal de reconocimiento de los derechos naturales como inalienables y sagrados del hombre, todo ello con el objeto de recordar y reclamar su respeto a todos los poderes y miembros de una sociedad. Así en el artículo 1, se declara que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos; pero la ansiada libertad, igualdad y democracia tardó un poco en materializarse.

### 2.1 De la legalidad a la constitucionalidad

Con la incorporación y proclamación del principio de legalidad —como uno de los grandes cambios radicales— la ley fue considerada la base de los sistemas jurídicos y como imperativo esencial a todos los ciudadanos. Como el Poder Legislativo fue considerado la voluntad del pueblo, entonces concentró el poder estatal y prácticamente fue el único poder, a pesar de la existencia de un Poder Ejecutivo y un Poder Judicial.

El Poder Ejecutivo tenía la tarea de preservar la ley y vigilar su cumplimiento; pero siempre en una posición de subordinación al Poder Legislativo —por ser el creador de las leyes—. En este contexto y los alcances del principio de legalidad, surge el Derecho Administrativo, del cual se dice que era un *mandamus* para la Administración Pública, cuyas decisiones —en algunos casos— incluso llegarían a ser contrarias al deber de protección de los derechos humanos, ubicando en un estado de subordinación a la Constitución.

En cuanto al Poder Judicial, es comprensible la frase del juez “*bouche de la loi*” (boca de la ley o boca del derecho) ya que en este momento histórico se consideraba a la ley y al Derecho como equivalentes. Al Juez le estaba prohibido interpretar la ley y peor aún, le estaba proscrito cuestionar los actos de la Administración.

<sup>3</sup> Véase, al respecto, “El espíritu de las leyes”, en francés “*De l'esprit des lois*” pertenece a Montesquieu y fue publicada en 1748, precisamente proclama la dependencia a la ley, y no a los hombres (naturaleza humana) y a su arbitrio, la necesidad de contar con instituciones y con una balanza o sistema de pesos y contrapesos- división de poderes.

El poder de interpretar la ley estaba en el Poder Ejecutivo, siempre según la intención del legislador. Puede decirse que el Poder Judicial estaba absorbido por el Poder Ejecutivo, y que en realidad se trataba de sólo dos poderes.

Ley y Derecho se confundían cual uno solo, y el Estado de Derecho había surgido sobre la base de la ley, donde lo que importaba era la aplicación de la ley, cuál acto mecánico, sin tener en cuenta a la Constitución. Pero por la fuerza de la necesidad de reivindicar los derechos fundamentales —con la exigencia de su garantía de parte de los Estados— se produce una mutación y aparece el fenómeno de la constitucionalización del Derecho, y la tendencia a dejar de lado la referencia al Estado de Derecho para pasar a hablar del Estado Constitucional de Derecho. Entonces, el Juez pasó de estar totalmente subordinado, al estar subordinado a la Constitución y después a la ley.

### 3. Hacia la jurisdicción contencioso-administrativa

Como fue señalado por Montesquieu, “cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y del ejecutivo. Si está unido a la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador: si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares”<sup>4</sup>. De ahí que el mismo Montesquieu precisó que, para que no se pueda abusar del poder, es preciso que el poder detenga al poder.

Entonces resultaba necesario establecer límites para no regresar al absolutismo que era lo que se rechazaba, y para evitar tener leyes que favorecieran solamente a un grupo de personas y que respondieran a intereses particulares. Pero, aún con la teoría de la separación de poderes, y la aparición de la “jurisdicción contencioso-administrativa”, ésta no era propiamente una jurisdicción; puesto que no estaba conformada por jueces imparciales e independientes, sino por los propios funcionarios de la Administración, y el poder se concentraba en el Ministro-juez.

Luego esta “jurisdicción” fue rechazada y se reconoció la necesaria labor de un juez independiente e imparcial, se reivindicó al Poder Judicial en un sistema con un verdadero control de pesos y contrapesos, pasándose al control de los actos y de la actuación de la Administración Pública.

#### 3.1 Formas de control de los actos y actuación de la Administración Pública

Lo que se denomina o se conoce como “formas de control” ha sido atribuido en función a lo que es considerado como el objeto del proceso contencioso-administrativo.

##### a) Control objetivo o de nulidad o del “proceso al acto”

El objeto es la revisión de la legalidad del acto administrativo o resolución. Lo que se buscaría es verificar, estrictamente el aspecto formal del acto administrativo, sin ingresar al fondo, o si se han considerado los derechos invocados por el administrado. Para admitirse una demanda, solamente se tendría que haber invocado vulneración de la legalidad, la materia, la competencia o la forma, caso contrario la demanda sería improcedente.

Si tenemos en cuenta los antecedentes históricos y al “juez boca de la ley”, nos daremos cuenta que esta forma de control —para su época— de seguro fue considerada una conquista jurídica; pero, luego viene el gran cambio con la aparición del control subjetivo.

##### b) Control subjetivo o de plena jurisdicción o del “proceso pleno”; pero

Se trata de un control pleno, por el que el objeto se amplía. La tarea jurisdiccional no se circunscribe a revisar la legalidad de los actos de la Administración Pública sino que además se verifica si se han respetado los derechos de los administrados. Se traspasa el límite formal para evaluar el derecho del administrado y, de ser el caso, declararlo, en una suerte de sustitución de la Administración Pública.

4 Montesquieu, *El Espíritu de las leyes*, (vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo, tomo I, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906), 227-228.

Susana de la Sierra explica que “Es verdad que la jurisdicción contencioso-administrativa en España, desde 1998, ya no es una jurisdicción exclusivamente “revisora”. La nueva Ley adopta un criterio subjetivo que pivota sobre las pretensiones de las partes. Y esas pretensiones pueden ser distintas de las pretensiones anulatorias. Pueden ser pretensiones de que la Administración haga (en los casos de inactividad), deje de hacer (en la vía de hecho), o reconozca una situación jurídica individualizada; pero la realidad enseña que la pretensión principal sigue siendo la pretensión anulatoria de un acto previo. Un acto que, como regla general, goza de presunción de validez, es eficaz y teóricamente la Administración puede obligar a ejecutarlo de manera forzosa. Esto es, un acto en el que se manifiesta con toda su intensidad el privilegio de decisión ejecutoria, la autotutela”<sup>5</sup>.

De esta manera, el control pleno es integral, esto es, comprende la revisión del fondo y de la forma. Si tenemos en cuenta las dimensiones del debido proceso —su dimensión formal y material—<sup>6</sup>, bien puede señalarse que en el control pleno se revisa la garantía del debido procedimiento formal y material.

Por ejemplo, si la Administración denegó mediante resolución un derecho invocado y se inicia un proceso contencioso administrativo, luego de la revisión de las actuaciones procesales, el juez si advierte que se han incurrido en causales de nulidad de la resolución, la señala y declara nulo el acto administrativo, pero como antaño no se limitará a declarar la nulidad y a ordenar que la Administración que emita una nueva resolución, sino que en la misma resolución deberá señalar cuál es el derecho que corresponde (plena jurisdicción) e incluso dar un plazo para que se cumpla con la decisión. De lo que se trata es de no generar un “círculo vicioso” en el que se perennice la espera para la realización de los derechos de los administrados, ahora justiciables.

#### 4. ¿Por qué “proceso contencioso-administrativo”?

En cuanto al término contencioso administrativo, José Luis Correa, señala lo siguiente:

*“(…) Lo contencioso administrativo tiene su origen en el derecho francés, e implica litigio o conflicto de poderes, que, en ese derecho como sabemos, está en manos de tribunales administrativos independientes de los tribunales judiciales.*

*Por eso, una parte de la doctrina ha considerado que el empleo de la voz contencioso-administrativo es errado cuando se pretende hablar de contencioso en jurisdicción administrativa o proceso administrativo; además, el empleo del artículo “lo” contencioso es inexpresivo; es un término confuso y no actual. Otra corriente defiende el término por su tradición, y la directa e inflexible referencia que el término presenta.*

*Sin perjuicio de aceptar ambas razones, preferimos hablar de proceso administrativo o acción, reconociendo, empero, la trascendencia jurídica que ha tenido —en esta materia— el término “contencioso-administrativo”.*

Esta cita es ilustrativa y facilita la exposición de las coincidencias entre el proceso administrativo y el proceso contencioso administrativo, y puede motivar que se asuma una posición relativa a cuál debería prevalecer.

No pretendo proponer que se realice una modificación, ya que “contencioso-administrativo”, en primer lugar, es original y clásico; y en segundo lugar, las propuestas de modificación legislativa deben estar sustentadas en situaciones de conflicto que se presentan y que no pueden ser superadas por la interpretación. Considero que en el caso peruano no hay conflicto; no obstante, deseo presentar y difundir mi enfoque.

Se han preguntado ¿por qué al proceso laboral, o proceso civil, o proceso de familia no se le agrega el término “contencioso”? Esto es, ¿por qué no nos referimos al proceso contencioso laboral, o contencioso civil?

5 Susana De la Sierra, *Tutela Cautelar Contencioso Administrativa y Derecho Europeo, Un estudio normativo y jurisprudencial*, (España: Editorial Aranzadi S.A. 2004), 23.

6 “ (...) 3.3.1) El derecho fundamental al debido proceso, tal como ha sido señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es un derecho —por así decirlo— *continente* puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que: “(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.” (STC 7289-2005-AA/TC, FJ 5).

“(…) 3.3.2) Al respecto, es importante precisar que, sin perjuicio de esta dimensión procesal, el Tribunal Constitucional ha reconocido en este derecho una dimensión sustancial, de modo tal que el juez constitucional está legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales. De ahí que este Colegiado haya señalado, en anteriores pronunciamientos, que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva “se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.” (STC 9727-2005-HC/TC, FJ 7). El resaltado es propio. (Sentencia TC, Expediente N.º 03433-2013-PA/TC, Lima, 18/03/2014).

7 José Luis Correa, “Proceso Administrativo (Lo contencioso-administrativo)”, en *Manual de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999), 667/701, 671-672.

La razón está en que en el ámbito procesal, lo contencioso está referido al conflicto que necesariamente corresponde ser resuelto por sujetos que tienen jurisdicción y competencia, y a través de un proceso. La solución de los conflictos —sin perder de vista el enfoque integral del Derecho— será de acuerdo al Derecho Laboral o Derecho Civil o Derecho de Familia, como disposiciones sustantivas. Es innecesario agregar el término “contencioso”.

Considero que sería suficiente referirse al “proceso administrativo” y no tendría por qué causar confusión con el procedimiento administrativo, si se tiene clara la diferencia entre proceso y procedimiento, y que el procedimiento administrativo es prejudicial.

En el proceso administrativo, la revisión judicial será según las disposiciones del Derecho Administrativo, donde el “contencioso” es implícito, y es innecesario agregarlo para que se entienda “(...) la inexistencia de la función administrativa jurisdiccional. Si bien se puede admitir que ciertos actos de la Administración resuelven —en sede administrativa— algún tipo de controversias, a dichos actos les falta dos de los elementos esenciales que son constitutivos de la función jurisdiccional: 1) el carácter definitivo de la resolución, y 2) pronunciamiento por un órgano imparcial e independiente”<sup>8</sup>.

## 5. El contencioso administrativo en el sistema jurídico peruano

### 5.1 Marco constitucional

A diferencia de otros procesos comunes y ordinarios, el proceso contencioso administrativo tiene su anclaje en la Constitución Política del Perú. En la Constitución de 1867 en el artículo 130 se señalaba que “La ley determinará la organización de los Tribunales contenciosos-administrativos, y lo relativo al nombramiento de sus miembros”, pero no se referirá a la acción o proceso contencioso-administrativo hasta 1979<sup>9</sup>.

En la Constitución de la República del Perú de 1979, en el artículo 240 se estableció que “Las acciones contencioso administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la administración que causa estado. La ley regula su ejercicio. Precisa los casos en que las Cortes superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia”.

Luego, en nuestra actual Constitución Política, en el artículo 148, bajo la sumilla “Acción contencioso-administrativa” se estableció que “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”.

Este marco constitucional, como señala Jorge Danós Ordoñez, “(...) Correlativamente establece una tácita reserva constitucional para que el control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa se realice exclusivamente a través del proceso contencioso-administrativo, como el proceso ordinario destinado especialmente al control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa y no mediante otros procesos (de orden civil, etc.), a excepción de los procesos constitucionales destinados a la tutela de derechos fundamentales que sirven también subsidiariamente para el control de las acciones administrativas (amparo, habeas data, proceso de conocimiento, etc.)”<sup>10</sup>.

Este espacio en la Constitución Política —así lo entiendo— afianza el principio de separación de poderes o funciones, y reconoce la función jurisdiccional como función independiente e imparcial en el sistema de pesos y contrapesos, esto es, como un elemento del Estado de Derecho, o si se quiere del Estado Constitucional de Derecho. De manera que el ciudadano o administrado, ante una afectación a sus derechos por parte de la Administración Pública podría iniciar un proceso contencioso administrativo para la tutela de los derechos.

A diferencia de regulaciones extranjeras, el proceso contencioso-administrativo tiene su fuente directa en la Constitución Política del Perú. De la Serra explica que en España este proceso no tiene derivación constitucional, su fuente está en la ley y el “(...) Tribunal Constitucional, en una de sus primeras Sentencias (la STC 22/1984, de 17 de febrero) avaló la constitucionalidad de su previsión legal, esto es, avaló que una Ley pudiera prever el privilegio de decisión ejecutoria; privilegio que el Tribunal justificó vinculándolo al principio constitucional de eficacia. El Tribunal vino a afirmar que si la Constitución señala que la

8 Farrando, “Estado, Poder, Órganos y Funciones”, en *Manual de Derecho Administrativo*, 1-33, 32

9 En la Constitución Política de 1933, no había mención alguna al contencioso-administrativo, como acción o proceso judicial, como sí lo había para el caso de la llamada acción popular que hoy tenemos como proceso de acción popular. El artículo 133 establecía que “Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente.”

10 AA.VV., *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, (Tomo III, 2.ª edición, Lima: Gaceta Jurídica, 2013), 403.



Administración debe ser eficaz, un medio para lograr dicha eficacia es que los actos de la Administración se presuman válidos y que la Administración pueda imponer y obligar su ejecución forzosa. Sin embargo, no dijo que fuera una consecuencia obligada de la Constitución.

Así, pues, como digo, el privilegio de decisión ejecutoria no es una consecuencia ineludible de la Constitución. Por consiguiente, nada impedirá que se pudiera reducir legalmente. Nada impide que se matice o incluso que se excluya en ciertos ámbitos<sup>11</sup>.

Este no es el caso peruano, en consecuencia, por ley no se podría prescindir de la jurisdicción contencioso administrativa.

A manera de complemento, debo señalar respecto a la referencia constitucional a la “acción” contencioso administrativa, y no al proceso contencioso administrativo. Mientras que la acción es un derecho (o un poder para algunos) por la que los sujetos por su sola voluntad pueden poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional para que se les brinde tutela; el proceso es el medio o estructura predeterminada con fases o etapas sucesivas y ordenadas, a través del cual los sujetos ejercen sus derechos. Entiendo que en el marco constitucional la referencia a “acción” es por cuanto se reconoce al sujeto la facultad o derecho para acudir al órgano jurisdiccional a pedir tutela especial contencioso administrativa, y la acción se materializará a través de la presentación de la demanda, con la consecuente tutela jurisdiccional. En la ley ya se regula el desarrollo del proceso contencioso administrativo.

## 5.2 ¿Cuál es la forma de control que se establece en la Constitución Política?

He señalado que hay dos formas de control que se establecen en la doctrina: la objetiva y la subjetiva. Al respecto, hay una posición por la que se afirma que la Constitución de 1979 y la vigente recogen la forma de control objetivo o de nulidad. El argumento es que en la redacción se ha considerado “el acto administrativo o la resolución administrativa”, y no la “actuación” de la Administración.

Discrepo con esa posición, ya que de asumirla no tendría razón ni fundamento jurídico el control pleno que hoy impera, ya que al ejercerlo estaríamos actuando en contra del mandato constitucional. Es más, encuentro irrelevante buscar un problema jurídico en la mención del “acto o resolución administrativa”, y no de la “actuación administrativa”, porque todo acto o resolución, finalmente es consecuencia de una conducta, decisión o actuación de la Administración Pública.

Desde el momento que en la Constitución para la República del Perú de 1979 se señaló que la ley regule el ejercicio de la “acción contencioso administrativa”, se autorizó a desarrollar un marco legal acorde con las garantías de los derechos fundamentales, lo que significa que por ley se podían hacer modificaciones necesarias adecuando la regulación a la realidad nacional.

Si en la ley o en la regulación de ese momento se recogió el control objetivo o en esa forma fue interpretado, no fue por disposición de la Constitución, sino por una decisión del legislador y por la actuación de la Judicatura. Por otro lado, si bien en la actual Constitución Política también se hace referencia a “las resoluciones administrativas”, por las mismas razones antes expuestas, no podría sostenerse que ello remite al control objetivo.

Considero que la forma del control judicial se debe buscar en la ley vigente y en la jurisprudencia de los jueces, puesto que los jueces cuando emiten sentencia, van creando o complementando el Derecho, e igualmente lo hacen en los Plenos Jurisdiccionales que son de gran utilidad<sup>12</sup>.

11 De la Sierra, *Tutela Cautelar Contencioso Administrativa y Derecho Europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, 23.

12 El magistrado David Percy Quispe Salsavilca en la presentación en Pleno Jurisdiccional Distrital Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, (Material de lectura, Lima: 13 de noviembre del 2015), 9, ha señalado lo siguiente: “El cambio de una justicia razonable y predecible, en las actuales circunstancias, es una tarea ardua, que requiere permanente debate precisamente en los temas en el que el día a día de la práctica judicial se presenta controversial y generadora de criterios diversos y hasta contrapuestos no solo entre abogados sino también entre los operadores jurisdiccionales de diversos órganos e instancias. Esta situación no es un mal producido por deficientes legisladores productores de normas imprecisas o contradictorias o por jueces ineficientes que se apartan de la correcta interpretación de la ley sino constituye una manifestación propia de toda sociedad compleja. Los distintos ordenamientos jurídicos afrontan múltiples modos estos requerimientos sociales necesarios para renovar permanentemente su legitimidad. Así por ejemplo en nuestro país se aprecia una diversidad de medidas e instituciones que van desde la construcción de un sistema casatorio, la formación de los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional, los plenos casatorios de la Corte Suprema hasta los plenos Distritales de las distintas Cortes Superiores de toda la República (...)”

### 5.3 Regulación legal del proceso contencioso administrativo

#### 5.3.1 *Aparente control jurisdiccional objetivo*

Hasta la entrada en vigencia de la Ley N.º 27584<sup>13</sup>, el 17 de abril del 2002, la regulación del proceso estaba en el Código Procesal Civil, en la vía abreviada de “Impugnación de acto o resolución administrativa”, y en el artículo 540 se establecía que “La demanda contencioso administrativa se interpone contra acto o resolución de la administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia”.

Si bien hay una opinión generalizada que lo que se recogió fue una forma de control objetivo —por la literalidad de la disposición procesal, en opinión del profesor Jorge Danós Ordoñez— la derogada regulación contenida en el Código Procesal Civil para la impugnación de resoluciones administrativas, que en su artículo 540 establecía que el objeto de este proceso era que se declare la invalidez y o ineficacia de la resolución impugnada, fue erróneamente interpretada, por considerarse que el proceso sólo tenía por objeto controlar la regularidad de los aspectos formales del procedimiento administrativo, bastando pronunciarse por la anulación de la decisión administrativa. Así, se recortaba así atribuciones generales al Juez de poder reconocer derechos o decidir el derecho omitido o erróneamente declarado administrativamente. Agrega Danós que ello parecía más una inspiración basada en una antigua clasificación originada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado francés que distinguía entre los procesos contenciosos administrativos de anulación y los de plena jurisdicción, que se tramitan por vías distintas, desconociendo la amplitud de las atribuciones inherentes a la función jurisdiccional<sup>14</sup>.

Infiero que esa errónea interpretación fue por la enraizada consideración histórica de la prevalencia del control objetivo, llevando a que la decisión jurisdiccional quede reducida a una función declarativa de la validez o invalidez del acto o resolución administrativa.

#### 5.3.2 *La ruptura*<sup>15</sup>

Como el proceso es un fenómeno social cuando surge junto al valor justicia la efectividad como nuevo valor, se produce una nueva mutación que exige una actuación distinta de la Judicatura y un desarrollo procesal diferente.

En el Derecho Administrativo, la ruptura se dio con la Ley del Procedimiento Administrativo General —Ley N.º 27444, y respecto al control judicial de la actuación de la Administración Pública, la ruptura se manifestó con la aprobación de la Ley 27584— Ley que Regula el proceso contencioso-administrativo, que en el artículo 1 prescribe que su finalidad es el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al Derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Este enunciado lleva al control pleno debido a que “(...) no solamente tiene un aspecto de control jurídico de legalidad de la actuación administrativa, elemento que solamente define su faz o aspecto objetivo, sino que también debe considerarse su aspecto subjetivo, o el de su caracterización como un proceso destinado a tutelar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos en sus relaciones jurídicas con la Administración”<sup>16</sup>.

Frente a la tradicional y simple declaración de invalidez o ineficacia de las resoluciones administrativas, el espectro de la función jurisdiccional se amplía notablemente. La lista de las pretensiones no es cerrada —al menos así debe entenderse—, luego en el artículo 38 de la Ley N.º 27584 y en el artículo 41 de su Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N.º 013-2008-JUS, publicado el 29 agosto 2008, se señaló en qué deberían consistir las decisiones en las sentencias estimatorias de las pretensiones<sup>17</sup>, y de su lectura se evidencia que subyace el control pleno o de plena jurisdicción.

13 Ley publicada el 7 de diciembre del 2001.

14 Jorge Danós Ordoñez. *Presentación El proceso de elaboración y aprobación de la nueva ley de procedimiento administrativo general, Ley de procedimiento administrativo general*, (Lima: Ministerio de Justicia, primera edición oficial, mayo del 2001), 4, 384

15 J. María Elena Guerra Cerrón. “La ruptura. El contencioso de plena jurisdicción”, *Revista Jurídica del Perú*, n.º 82, (Lima: Gaceta Jurídica, diciembre del 2007), 307/315.

16 Ramón Huapaya Tapia. *Tratado del proceso contencioso administrativo*, (Lima: Jurista editores, mayo del 2006), 53.

17 “a) La nulidad, total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado.  
b) El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda.  
c) La cesación de la actuación material que no se sustente en acto administrativo y la adopción de cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento.  
d) El plazo en el que la administración debe cumplir con realizar una determinada actuación a la que está obligada, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento.  
e) El monto de la indemnización por los daños y perjuicios causados con alguna actuación impugnada, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones antes señaladas” Incorporado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N.º 1067, publicado el 28 junio 2008. Esta pretensión fue una nueva conquista que fue incorporada recién en el año 2008.



Por ejemplo, si se solicita una licencia de funcionamiento y la administración la deniega, se acudiría al Poder Judicial para impugnar la decisión municipal, pero además se pretenderá que el Poder Judicial ordene que se otorgue la licencia respectiva; otro ejemplo es, si se impugna judicialmente la decisión de la Administración Pública que puso fin a un contrato de locación de servicios, se pide que se reconozca la existencia de un derecho laboral y que se declare que se trata de un despido arbitrario; el Poder Judicial tendría que verificar si existe relación laboral (primacía de la realidad) y declarar el derecho; un ejemplo más podría ser que, si se reclama un beneficio previsional y éste es denegado por la Administración Pública, aún cuando es evidente que le asiste el derecho, corresponderá al Poder Judicial que ordene que se cumpla con el beneficio, indicando expresamente cual sería el tipo de obligación de la Administración y además precisar el plazo para su ejecución.

Este conjunto de efectos son producto del ejercicio de la forma de control de plena jurisdicción. Ahora, "(...) el juez contencioso administrativo no solo tiene el propósito de controlar la regularidad jurídica del quehacer administrativo, sino que, en el mismo plano, está constituido para brindar a los administrados (que pasan a ser justiciables) una efectiva tutela de sus derechos e intereses afectados por cualquier actuación u omisión incurrida por la administración"<sup>18</sup>.

## 6. Funcionalidad y efectividad del proceso contencioso administrativo

La funcionalidad se representa a través de un conjunto de factores o características que hacen que algo sea útil y práctico, esto es, que le permiten cumplir con los fines para los cuales ha sido creado, y la efectividad es la capacidad o facultad o atributo para lograr el objetivo o fin determinado previamente. Si vemos de manera separada ambos conceptos, tal como ha sido diseñado el proceso contencioso-administrativo es funcional porque recoge el control de plena jurisdicción; pero si lo vemos en términos de efectividad advertimos que no se está alcanzando su finalidad, por factores internos y externos. Por lo tanto, es mejor usar ambos conceptos, pero a manera de binomio para tener una clara noción del proceso contencioso-administrativo.

Así, en esta parte final del trabajo volvemos a la interrogante planteada en la introducción de este ¿con la instauración de la jurisdicción del contencioso administrativo se asegura la efectividad de la tutela de los derechos de los administrados, o si en realidad se trata solamente de una apariencia de efectividad o de una efectividad incompleta?

### 6.1 Protección de derechos

En el artículo 1 de la Ley N.º 27594, se prescribe que la finalidad, entre otros, del proceso contencioso administrativo es la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Claro está que esta finalidad es la de todo proceso; sin embargo, en el proceso contencioso administrativo hay una mayor expectativa en la protección de derechos fundamentales de los administrados, puesto que no debería pensarse en ir al proceso de amparo, cuando es posible postular un proceso contencioso-administrativo, ya que el Código Procesal Constitucional —vigente desde el 1 de diciembre del año 2004— estableció que el amparo tenga naturaleza residual. Al respecto nuestro Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

*"9. Que el amparo es un proceso residual, merced a la regulación dispensada por el artículo 5º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, lo que significa que la demanda planteada en esta vía resultará improcedente si es posible obtener una tutela igualmente efectiva en la vía procesal ordinaria. Ello solo sucederá si el tránsito por la vía ordinaria no acarrea el riesgo razonablemente probable de que el daño producido o por producirse en la esfera subjetiva del demandante se torne irreparable.*

*Siendo la finalidad del proceso de amparo (y de todo proceso constitucional de la libertad), proteger los derechos constitucionales "reponiendo las cosas al momento anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional" (artículo 1º del CPConst.), la vía procesal ordinaria sólo podría considerarse "igualmente satisfactoria" al amparo en la medida en que se encuentre en capacidad de alcanzar de modo efectivo esta misma finalidad.*

*Es la consecución efectiva de esta finalidad el único sentido de "reparación" que resulta relevante en el ámbito de los procesos constitucionales. Y por ello, aludir al riesgo de la imposibilidad de alcanzar esa finalidad es sinónimo de aludir al riesgo de que el daño se torne irreparable en términos constitucionales"<sup>19</sup>.*

Ir al proceso constitucional debería ser de última ratio si se tiene al proceso contencioso administrativo, ya que bien señala Juan Carlos Morón Urbina, el contencioso administrativo de plena jurisdicción "(...) debe

18 Comisión Técnica para la revisión de la Ley N.º 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo creada por Resolución Ministerial 026-2006-JUS, 25 de enero de 2006.

19 Sentencia expediente N.º 00906-2009-PA/TC, Loreto, 25/10/2010.

brindar a los administrados (que pasan a ser justiciables), una efectiva tutela de sus derechos e intereses afectados por cualquier actuación u omisión incurrida por la administración.

Nótese que afirmar que el contencioso administrativo se aproxima en su objetivo a las clásicas acciones de garantía no es absolutamente equivocado. Por ello, es que ha resultado congruente la mutación al amparo subsidiario que plantea el Código Procesal Constitucional, dado que su funcionalidad va a ser suplida, por la vía ordinaria, que es el proceso contencioso administrativo. En este mismo sentido, es necesario anotar la virtual confluencia que el proceso contencioso-administrativo nos plantea respecto a la acción de cumplimiento, cuando se trata de contestar inercias de la Administración frente a mandatos normativos o de actos administrativos firmes<sup>20</sup>.

En teoría el proceso y su regulación deben brindar esta satisfacción; sin embargo, se advierte que existen diferentes situaciones que no lo permiten, una de ellas es la carga procesal existente. Así el proceso contencioso administrativo —frente al proceso constitucional— no constituye “una tutela “igualmente efectiva”, ya que por la demora procesal el tránsito por la vía ordinaria acarrea un riesgo razonablemente probable de que el daño producido o por producirse en la esfera subjetiva del demandante se torne irreparable.

Cuando al calificar una demanda constitucional, el Tribunal Constitucional señala “que, en atención a lo expuesto, y dado que la recurrente no ha acreditado en qué medida el tránsito por la vía contencioso administrativa, pudiese ocasionar un daño irreparable a los derechos fundamentales supuestamente afectados, en aplicación artículo 5º, 2 del Código, corresponde declarar la improcedencia de la demanda”<sup>21</sup>, se infiere que la demora en los procesos contencioso administrativos no sería argumento suficiente para admitir la demanda.

#### 6.1.1 Control pleno y flexibilidad de la congruencia procesal

Entre los principales principios procesales generales tenemos el principio de congruencia por el que se consagra el método en el proceso: se pide en la demanda y se exponen hechos; se contesta la demanda y se exponen hechos; el juez señala los puntos controvertidos; se admiten medios probatorios ofrecidos en función a la controversia identificada, se resuelve. Hay que cuidar la relación de coherencia entre cada una de las etapas señaladas, y el resultado será una decisión coherente.

Sin embargo, ocurre una situación singular en el proceso contencioso administrativo, ya que por el control de plena jurisdicción que subyace, se flexibiliza el principio de congruencia procesal.

*“Octavo: (...) conforme lo ha señalado Salas Ferro[3] , con la consolidación del principio del debido proceso y fundamentalmente de la tutela jurisdiccional efectiva, ha emergido una nueva concepción respecto a los alcances del Proceso Contencioso Administrativo. Superando los límites del dogma revisor, la idea de la plena jurisdicción, basada en el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, permite al administrado solicitar la tutela de la generalidad de sus derechos subjetivos lesionados por la Administración. Igualmente, permite al Juez no solo revisar la legalidad de la actuación administrativa, sino, pronunciarse sobre el conflicto de fondo, es decir, sobre los derechos subjetivos del administrado realmente afectados, reconociéndolos, restableciéndolos y adoptando, todas las medidas necesarias para garantizar su efectiva satisfacción. Por consiguiente, esta nueva visión del proceso contencioso administrativo está centrada en no ver al órgano jurisdiccional como simple revisor de la legalidad, sino por el contrario, que éste tenga un control adecuado de las normas administrativas que correspondan, todo ello con base a brindar una efectiva tutela a los derechos e intereses de los administrados. Por consiguiente, se goza de jurisdicción plena, cuando además de tomar conocimiento de la pretensión, tiene la facultad de examinar las cuestiones de hecho y derecho, pudiendo, de ser el caso, reemplazar la resolución administrativa por una nueva, si advierte que se ha incurrido en lesión de un derecho subjetivo adquirido por el reclamante, o de ser el caso, no corresponde por no encontrarse acorde a derecho o de los principios generales del procedimiento administrativo”<sup>22</sup>.*

Nótese que no será nula por vulneración del principio de congruencia, una resolución final en la cual se declare un derecho que no ha sido invocado en la demanda, si con ello se brinda una tutela completa a partir de la pretensión planteada. De lo que se trata es de dictar “medidas necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de situación jurídica lesionada”. Ello está expresamente señalado en el artículo 41<sup>23</sup> del TUO

20 Juan Carlos Morón Urbina, “Prólogo, Ley de Proceso contencioso administrativo”, (Colección Jurídica, Lima: Ministerio de Justicia, segunda edición oficial, setiembre de 2005),10,11.

21 EXP. N.º 2293-2010-PA/TC, Lima, 20/08/2010, f. 10

22 Véase, al respecto, la Casación N.º 2851 - 2014 Lima.

23 Artículo 41.- Sentencias estimatorias

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.

2. El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias

## 6.2 Carga procesal y rol del Poder Ejecutivo

Recuerdo un artículo escrito por Beatriz Boza hace algunos años cuyo título era “¿Salas en emergencia?” en el que comentaba que se había declarado en emergencia a las salas contenciosas administrativas del Poder Judicial. Entre otros, se señalaba que “El problema que se presenta es más profundo, pues el crecimiento económico ha supuesto también el incremento de la actividad administrativa del aparato estatal, sin que esta vaya acompañada de una política eficaz orientada a desincentivar la “litigiosidad” y garantizar la predictibilidad de las decisiones en las distintas instancias del Poder Ejecutivo. En ese sentido, hay responsabilidades compartidas entre ambos poderes, lo que pasa es que suele resultarnos más fácil ver lo malo de nuestros jueces, olvidándonos muchas veces de quién da pie en primer lugar a esa sobrecarga (...) le toca en primera instancia al Poder Ejecutivo garantizarnos la seguridad jurídica. Y eso pasa por dejar atrás la actitud de Pilatos de trasladarle el lío al juez para buscar resolver los problemas a la gente. Toca concebir la función administrativa no como una de tramitología y formalismos sino de aporte permanente a la gente”<sup>24</sup>.

Efectivamente, entre los factores que impiden la efectividad en los procesos contenciosos administrativos está la excesiva carga procesal, y ello no es atribuible solamente a la Judicatura sino en gran parte a la propia Administración Pública. En la Judicatura de manera permanente se busca implementar medidas para una actuación célere. Por ejemplo, mediante Resolución Administrativa N.º 002-2016-PSDCST-P del 6 de octubre del 2016 se aprobaron reglas complementarias para la celeridad en el trámite de los procesos contenciosos administrativos, ello debido que a pesar de haberse aprobado anteriormente “Reglas para la celeridad procesal” a fin de atender la carga procesal, el número de expedientes que ingresaban era abrumador.

Por ejemplo, en los procesos de cumplimiento de resolución administrativa tramitados por la vía urgente y que no contenían un mandato, se dispuso que debe haber un pronunciamiento de fondo sin necesidad de reenvío para la adecuación de la vía, limitando su nulidad solo a los casos que se acredite afectación al debido proceso y al derecho de defensa, además se dispuso que se seleccione los procesos análogos para ser resueltos en serie (una depuración), se reiteró a los órganos jurisdiccionales que cumplan con los precedentes vinculantes y la doctrina jurisprudencial sobre la materia. Se exhortó a las Cortes Superiores de Justicia a nivel nacional para que establezcan mecanismos que permitan la atención oportuna de los procesos observando la Resolución Administrativa N.º 001-2016-PSDCST-P.

### 6.2.1 Actuación de los funcionarios públicos

Si bien Dromi presenta al principio de legalidad como la columna vertebral de la función Administrativa, y como condición esencial para su existencia, determinándose jurídicamente por la concurrencia de cuatro condiciones que forman su contexto: a) delimitación de su aplicación (reserva legal), b) ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley, c) determinación de selección de normas aplicables al caso concreto y d) precisión de los poderes que la norma confiere a la Administración<sup>25</sup>; también, afirma que “La validez de todo ordenamiento jurídico radica en respetar el orden de prelación que impone la pirámide jurídica, en cuyo vértice se sitúa la Constitución Nacional. Ella instituye el Poder encargado de su preservación; el judicial, confiéndole el control de constitucionalidad de todos los actos estatales. La juricidad exige la justiciabilidad de los actos de la Administración”<sup>26</sup>.

En un buen grupo de resoluciones administrativas que son impugnadas, aun se puede verificar el rezago legalista de la época cuando la ley era igual a Derecho, antecedente que pueden haberse interiorizado tanto al extremo de que la fidelidad al principio de legalidad se ha mantenido en algunos casos.

A pesar de los deberes que tiene los funcionarios de la Administración Pública, en el contexto de la supremacía de la Constitución Política<sup>27</sup> y de los principios que rigen su actuación, aún se mantiene o se trata de mantener una cultura legalista, tal vez por comodidad o porque simplemente los funcionarios no reciben orientación y capacitación en principios y temas procesales necesarios para resolver adecuadamente las peticiones o procedimientos administrativos. Faltaría interiorizar que “El control de legalidad incluye el

para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda (...)”

24 Beatriz Boza. “¿Salas en emergencia?”, en *El Comercio*, (Lima: 31 de marzo de 2011), 5.

25 Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (volumen II, décima edición actualizada, Buenos Aires: 2004), 1171

26 Dromi, *Derecho Administrativo*, ob. cit., 1172

27 Tanto en el artículo 38 como en el 51 de la Constitución Política se establece que todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, ya que la Carta Fundamental prevalece sobre toda disposición legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. En lo que se refiere a la Administración Pública, en el Artículo IV de la Ley N.º 27444 en el que se señalan los principios del procedimiento administrativo, en el artículo 1.1 bajo la sumilla de “Principio de legalidad” se establece que “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

de constitucionalidad de los actos administrativos, el control de constitucionalidad aparece como parte integrante y primaria en la que se funda todo el orden jurídico<sup>28</sup>.

### 6.2.2 El debido procedimiento administrativo

Uno de los derechos fundamentales que más se afecta en el proceso administrativo es la garantía al debido proceso en la modalidad de debido procedimiento.

En el Título Preliminar de la Ley N° 27444<sup>29</sup> en el Artículo IV están incluidos diecinueve principios del procedimiento administrativo, y en primer lugar está el principio de legalidad; luego encontramos los principios generales del Derecho Administrativo. Es de destacar que con el Decreto Legislativo N° 1272<sup>30</sup>, publicado el 21 de diciembre del 2016, se hicieron modificatorias a la Ley N° 27444, y se amplió el contenido del principio del debido procedimiento. Hoy la enumeración de derechos garantizados es *numerus apertus* (notificación; acceso al expediente; refutar o contradecir u oponerse a los cargos imputados; exponer argumentos; presentar alegatos; ofrecer y a producir pruebas; solicitar el uso de la palabra; obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten).

Entre las modificaciones que mereció un especial desarrollo está el artículo 6, acerca del deber de motivación de los funcionarios públicos que estableció, entre otros, que "(...) 6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes al caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que son de referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado."

Entiendo que esta exigencia de motivación con la exposición de razones jurídicas y normativas implica que los funcionarios/autoridades administrativas han adquirido la calidad de "operadores del Derecho" con una responsabilidad por sus decisiones. Por lo tanto, al evaluar los casos y aplicar la ley que corresponda, los funcionarios tienen que tener presente la Constitución Política especialmente en lo que se refiere a los derechos constitucionales y derechos fundamentales.

Si tenemos en cuenta que —en algunos casos— aún se piensa que la existencia de "garantía del debido proceso" alcanza solamente a los procesos judiciales; me pregunto si no hubiera sido conveniente incorporar en el Decreto Legislativo N.° 1272 el principio de constitucionalidad y sustituir la sumilla del principio de legalidad en el artículo IV del Título Preliminar a fin de cambiar el enfoque en la Administración Pública. A veces se necesita verlo escrito y leerlo para recordar que la ley es imperativa, pero no por encima de la Constitución Política.

Las facultades de la Administración se tienen que ejercitar en el marco del respeto al debido procedimiento, en cualquier situación. A manera de ejemplo, señalamos que en la Ley N.° 27444 la Administración —dentro del plazo establecido— puede declarar la nulidad de oficio de algunas resoluciones administrativas. Se consideraba que como se trataba de una facultad de oficio dentro de un procedimiento administrativo no era necesario notificar ni escuchar al administrado; sin embargo, hoy ha sido señalado por el Tribunal Constitucional lo siguiente:

*"3. De otro lado, este Colegiado considera que la resolución cuestionada también atenta contra el debido al debido procedimiento consagrado por el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que garantiza a los administrados el goce de derechos tales como el de exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundamentada en Derecho."*

En el presente caso, aun cuando la emisión de la citada resolución afectaba derechos e intereses de la actora, no se le ha concedido a ésta la oportunidad de defenderlos. Así, si bien es cierto que la norma atributiva de la potestad de anulación (artículo 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General) no lo indica expresamente. "(...) deriva razonablemente del principio del debido procedimiento administrativo y de los artículos 3.5, 161.2, 187.2, que ninguna autoridad administrativa podrá dictar una anulación de oficio, sin otorgar anteladamente audiencia al interesado para que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad del acto que le reconoce derechos e intereses. Adicionalmente a ello, la resolución anulatoria de oficio debe ser notificada a los administrados concernidos a fin de que tengan la posibilidad de controlar

28 José Luis Correa. "Proceso administrativo (Lo contencioso-administrativo)", en *Manual de Derecho Administrativo*, (Dirs. Farrando Ismael/ Martínez Patricia, Depalma, Buenos Aires, 2000), 667 - 801, 666 - 667.

29 Ley publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de abril del 2001.

30 Decreto Legislativo que modifica la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N.° 29060, Ley del Silencio Administrativo.

su legalidad<sup>31</sup>. [Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, 3ra. Ed., Lima, 2004, Pág. 530]<sup>32</sup>.

### 6.3 Acerca del control difuso

El control difuso es un método o una forma de realizar control constitucional de las disposiciones legales que se autoriza a los entes que tienen jurisdicción. Por su naturaleza los jueces pueden y deben ejercer el control difuso, así lo establece la Constitución Política. Por descarte si sólo aquellos que tienen jurisdicción pueden ejercer el control difuso, se excluye a los funcionarios de la Administración Pública. Veamos el estado de la cuestión en sede administrativa, y luego en sede jurisdiccional.

#### 6.3.1 En sede administrativa

El Tribunal Constitucional en el proceso 3741-2004-AAITC, Lima de fecha 14/11/2005, en el fundamento 7 —que constituyó precedente— señaló lo siguiente:

*“(…) el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución -dada su fuerza normativa-, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional<sup>33</sup> (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.”*

Este precedente fue dejado sin efecto en el expediente N° 04293-2012-PA/TC; Loreto de fecha 18/03/2014 por las siguientes razones que en la sentencia se señalan:

- a) El precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad.
- b) En ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado.
- c) Conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo.
- d) Esta decisión no enerva las obligaciones derivadas de los artículos 38, 44 y 51 de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración Pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto.

En definitiva, hoy la Administración Pública carece de facultades para ejercer el control difuso; sin embargo, debo destacar lo señalado por el Tribunal Constitucional en el sentido que “(…) existen obligaciones de los artículos 38, 44 y 51 de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración Pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto”, ya que no es necesario ejercer el control difuso, para actuar conforma al mandato constitucional, a su marco axiológico y teniendo en cuenta los derechos fundamentales. Que no se entienda que como no existe el control difuso en sede administrativa, ésta se encuentra exenta de garantizar los derechos fundamentales.

En algún momento sería conveniente reconocer el control difuso administrativo, pero para ello los funcionarios tienen que aprender y aplicar los principios que tiene en su propio ordenamiento especial, en el que, en primer lugar, se encuentra el debido procedimiento. Ciertamente,

*“(…) no se trata de que la Administración Pública pueda actuar sin ningún límite o únicamente teniendo como tal a la ley, como tradicionalmente ha ocurrido, sino que su actuación debe enmarcarse en el contexto de un Estado de derecho (artículo 3, Constitución), y está condicionada en cuanto a su propia validez, al respecto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. Aún a riesgo de ser redundantes, debe resaltarse el sometimiento de la Administración Pública a la Constitución; esto es la obligatoriedad de respetar durante la tramitación de los procedimientos administrativos tanto los derechos*

31 El subrayado es propio.

32 Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0884-2004-AA/TC, Lambayeque, Lima: 17 de agosto del 2004.

33 El subrayado es propio.



*fundamentales como las garantías procesales correspondientes (derecho al debido proceso, derecho de defensa, etc.) así como de los principios constitucionales que lo conforman (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.)<sup>34</sup>.*

De esa manera, en la instancia judicial, se requerirá identificar —de ser el caso— las omisiones incurridas por la Administración, que generen una afectación de los derechos fundamentales y derechos en general del administrado, a fin de subsanarlas declarando el derecho correspondiente.

### 6.3.2 En sede judicial

Como ha sido antes señalado, todo órgano jurisdiccional tiene la facultad de ejercer el control difuso, lo que se encuentra establecido en el artículo 9 del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

*“La precisión del control difuso, en este dispositivo legal, está orientado a exigir a los jueces contenciosos administrativos que, en ejercicio de sus funciones, no dejen de aplicar los principios que emanan de la norma constitucional sobre normas de menor jerarquía que rigen las actividades de la Administración Pública, ya sea por aplicación directa o por vía de la interpretación. En los procesos contenciosos administrativos, se ejerce el control jurídico sobre las actuaciones de la administración pública, por ello, en primera instancia, el análisis jurídico está enfocado en las normas legales, que rigen a la Administración Pública, las cuales a su vez, son impulsados o emitidos por la propia autoridad para hacer funcionar su propia organización; de allí que este control se hace más exigente, porque la causal de nulidad del acto administrativo impugnado, puede no estar en su funcionalidad y/o emisión, sino en la estructura jurídica de la norma que sustenta el acto, al ser contraria a los fines constitucionales<sup>35</sup>.*

Cuando se alegue que una disposición administrativa transgrede el ordenamiento jurídico, no podrá declararse improcedente la demanda señalándose que se debe ir a la vía constitucional para su cuestionamiento. Téngase presente lo que ha señalado el Tribunal Constitucional: “(...) el ejercicio del control difuso contra normas autoaplicativas no es un poder-deber privativo de la jurisdicción constitucional, sino que, por imperio de los artículos 51 y 138 de la Constitución, alcanza a todos los jueces y tribunales de la República en toda clase de procesos. En esa medida, como bien establece el artículo 7. 1 de la Ley N.º 27584 —Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo—, “[e]n aplicación de lo dispuesto en los Artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Perú, el proceso contencioso administrativo procede aun en caso de que la actuación impugnada se base en la aplicación de una norma que transgreda el ordenamiento jurídico. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo proceso<sup>36</sup>”.

Por ejemplo, en la Casación N.º 1049-2009 Cajamarca, de fecha 18 de mayo de 2010, se señaló o siguiente: “Tercero: Que, la aplicación de la reseñada norma a un caso concreto supone la existencia, como supuesto de hecho, de un acto administrativo, cuya validez, por la aplicación de una norma que transgrede el ordenamiento jurídico, debe verificarse a través del proceso contencioso-administrativo. En tal sentido, en el caso objeto de análisis, la Ordenanza Municipal cuestionada transgrediría el ordenamiento jurídico, en particular el artículo 70 de la Constitución Política del Estado que garantiza la inviolabilidad del derecho de propiedad de la recurrente, por lo que su validez es susceptible de ser discutida en un pronunciamiento de fondo a través del proceso contencioso-administrativo.”

## 6.4 La ejecución de sentencias de condena al Estado

La razón de un proceso es alcanzar la cosa juzgada, esto es, que exista una decisión firme para que se haga efectiva, con ello se satisface el interés individual del justiciable y se realiza la función jurisdiccional. Esta razón y finalidad no existe cuando el emplazado es el Estado. Así, la profesora Eugenia Ariano se pregunta si ¿se justifica o no que el Estado tenga un tratamiento procesal diferenciado frente al común al que se somete cualquier otro deudor?, o dicho de otra manera, ¿el Estado debe o no responder por sus deudas como cualquier deudor, o sea con “sus” bienes<sup>37</sup>.

Claro, sería contradictorio que el Estado sea el garante del Estado de Derecho, que brinde tutela jurisdiccional a través del Poder Judicial, que reconozca un derecho, pero cuando el obligado es él, exista un “laberinto” con una salida difícil de encontrar, y con ello de nada servirá la cosa juzgada, porque su efectividad se programa a mediano o largo plazo.

34 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 04293-2012-PA/TC Loreto, de fecha 18 de marzo de 2014, f. j. 36.

35 Lissett Monzón Valencia de Echevarría, “Comentario exegético a la ley que regula el proceso contencioso administrativo”, (Lima: Ediciones Legales, 2011), 122.

36 EXP. N.º 2293-2010-PA/TC, Lima, 20/08/2010, f. 9

37 Eugenia Ariano Deho, “Hacia una más efectiva tutela del acreedor del Estado”, en *Legal Express*, N.º 38, (Lima: Gaceta Jurídica S.A. año 4/febrero 2004), 5.



Bien se señala que “Ha sido preocupación frecuente de la doctrina del Derecho administrativo tratar de determinar los rasgos fundamentales de la posición institucional de las Administraciones públicas respecto a los órganos jurisdiccionales y las consecuencias que de ello se derivan, especialmente en lo que puede afectar a las garantías jurídicas de los administrados para conseguir la efectiva tutela de sus legítimos derechos e intereses. De poco servirá reconocer y proclamar la universal sumisión de los actos de los entes públicos a los instrumentos de fiscalización jurisdiccional, si luego cuentan aquellos con las suficientes vías de escape para eludir el cumplimiento de las resoluciones judiciales que les condenan”<sup>38</sup>.

La preocupación es sin duda frecuente, y no se soluciona como el desarrollo de investigaciones jurídicas, ya que es un asunto de política fiscal.

La “gran vía de escape” es la inembargabilidad de los bienes del estado, y la condición presupuestaria para el pago de obligaciones. Los bienes del Estado no pueden estar afectos a medidas cautelares para futura ejecución forzosa, por lo tanto no habrá manera de aseguramiento, ello fue determinado en el año 1997, cuando el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º **006-96-I/TC, de fecha 30/01/1997, Lima concluyó** “Declarando fundada en parte la demanda que pide que se declare inconstitucional la Ley N.º 26599, en cuanto ella introduce el actual inciso primero en el artículo 648 del Código Procesal Civil, con el tenor siguiente: “Son inembargables: 1. Los bienes del Estado. Las resoluciones judiciales o administrativas, consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que correspondan”; precisando que subsiste la vigencia del artículo 73º de la Constitución, según el cual son inembargables los bienes del Estado de dominio público e infundada la demanda en lo demás que contiene”.

Otro gran problema es la determinación de qué bienes son de dominio público y qué bienes son de dominio privado. El Tribunal Constitucional tuvo la gran oportunidad de dar pautas pero no lo hizo. “Tal problemática se advierte en el hecho que las entidades del Estado tienen bienes inembargables, convirtiéndose en infructuosa la identificación de bienes entre aquellos de dominio público, relacionados al cumplimiento de funciones del órgano público, de uso público o que resulten imprescindibles para la satisfacción de impostergables necesidades públicas; y, los de dominio privado, que son susceptibles de medidas cautelares, al ser bienes propios de la entidad deudora”.

En ese particular contexto, se evidencia un vacío normativo que favorece la inejecutabilidad de decisiones judiciales, pues el acreedor afronta un claro desinterés del Estado a efectos de cumplir su obligación impaga, sumándose a ello que pese a encontrarse en aptitud de solicitar una medida de ejecución, esta no prospera, pues no se logra una identificación de bienes de dominio propio, concluyéndose que resulta inejecutable. El hecho de haberse implementado una vía ejecutiva solo le dio una pretensión insatisfecha.

No podemos dejar de lado las causas de la falta de identificación de bienes embargables, pues vemos que el deudor solamente busca eludir el cumplimiento de sus obligaciones impagas, no facilitando al acreedor información, a fin de identificar los bienes propios, limitándose a señalar que tal información es de índole privada, desamparando legalmente al acreedor, puesto que tal identificación de bienes propios deberá ser acreditada por este, en aplicación de la figura procesal de carga de la prueba. El Estado casi siempre tiene una aptitud de oposición y utiliza como mecanismo de defensa que los bienes —que pueden ser afectados— pertenece a la esfera de los bienes públicos, esto quiere decir inembargables, lo que imposibilita la ejecución de muchas decisiones finales, perjudicando con ello enormemente a la administración de justicia<sup>39</sup>.

Luego el “vía crucis” con las disposiciones presupuestarias resulta que “(...) todos los ingresos y gastos del Estado se deben encontrar previstos en la Ley, en concreto, en la Ley del Presupuesto. Siendo ello así, si una sentencia ordenara el pago de una determinada cantidad de dinero al Estado puede alegar que dicho gasto no es encontrada presupuestado, y como ello es así, no lo puede atender. Pero conjuntamente a dicho principio se encuentra también el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, de forma tal que se deban buscar mecanismos que equilibren la aplicación del principio de legalidad presupuestaria con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De ahí que la doctrina nacional haya establecido que: “El principio de legalidad presupuestal del gasto público está pues claramente recogido. De modo que una entidad estatal o un funcionario público pueden alegar la imposibilidad de cumplimiento de una sentencia por carecer de fondos disponibles o por no tener presupuestados tales gastos. Sin embargo, tal respuesta no basta para dar por concluido el punto o dejar insatisfecho el mandato judicial. En efecto, la legislación presupuestal

38 Alberto Ruiz Ojeda. En “La Ejecución de Créditos Pecuniarios contra entes públicos”, Universidad de Málaga, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1993, p.29.

39 Marylin García Rosas, “La falta de efectividad en la ejecución del laudo contra entidades del Estado”, en *Actualidad Civil*, N.º 26, (Lima: Instituto Pacífico, agosto 2016), 278.

contempla diversos mecanismos para afrontar dichas obligaciones los mismos que pueden y deben ser utilizados". Entre ellos, se encuentra, como los sostiene el profesor Eguiguren, el uso de una previsión presupuestaria denominada "sentencias judiciales" que prevea cualquier posible orden judicial emanada de una sentencia que le ordene a una entidad del Estado el pago de una determinada cantidad de dinero, o por otro lado, establecer una reserva de contingencia<sup>40</sup>.

Es evidente que existe un desorden legislativo que mantiene un conflicto entre la protección a los bienes del estado y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Da la impresión que cada vez que se ha expedido una norma en relación a este asunto, no se ha hecho un análisis general, y se solamente se ha buscado una justificación para no asumir una posición responsable que pueda dilucidar el problema. Siempre se omite expedir la disposición que detalle qué bienes sí pueden ser objeto de embargo. El mayor problema está en las "cuentas del Estado".

Habrá que distinguir cuándo una cuenta del estado está asignada a un fin público para que sea un bien de dominio público y tenga la calidad de inembargable, pero ¿cómo saberlo?

Tal vez la Judicatura deba hacer una evaluación de la concurrencia de los cuatro elementos de la dominicalidad, a riesgo que se presenten denuncias por la comisión del delito de prevaricato alegándose que se han afectado bienes estatales inembargables.

En todo caso, si la principal limitación es la presupuestal considero necesario reformar las normas de hacienda pública y establecer pautas para establecer un rubro de ingresos propios en cada entidad del Estado y que vayan a una cuenta especial como bien de dominio privado. Mientras tanto, considero que el procedimiento contenido en la Ley N.º 26756 (el titular del pliego, bajo responsabilidad, cuando no pueda pagar una obligación por falta de recursos, debía señalar la partida presupuestaria específica en el Presupuesto de Sector para ser afectada con orden de embargo) es acertado, por lo que debería implementarse.

El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo deben buscar los mecanismos para cumplir con su responsabilidad, aunque siempre queda en los ciudadanos y la comunidad jurídica, la expectativa que la solución está en manos de la Magistratura exigiendo el respeto a sus fallos. Culmino esta parte del trabajo con una interesante cita:

*"Llegado este punto, esta Sala se encuentra ante el dilema de, o desatender la efectividad de la tutela judicial, aumentando el número de casos en los que la Administración, tranquilamente parapetada detrás de sus privilegios, espera, incluso conscientemente, el abandono por parte del ciudadano triunfador de los Tribunales de Justicia, o la renuncia a éstos a cumplir su deber y tomar la iniciativa cuando la Administración deja de cumplir su obligación, a cuyo punto esta Sala se decanta por la segunda opción, y, en consecuencia, estima como más adecuado ordenar a las entidades bancarias donde están depositados los fondos de la Diputación, que con cargo a ellos se satisfaga la deuda contraída a cuyo pago aquélla fue condenada"<sup>41</sup>.*

## 7. Reflexión final

Este trabajo ha sido desarrollado teniendo en cuenta las ideas de Pierre Vilar "Hay que comprender el pasado para comprender el presente" y de Luis Sepúlveda "[...] la importancia de conocer el pasado para comprender el presente e imaginar el futuro"; por ello he visto por conveniente revisar los antecedentes históricos y he verificado la mutación en la jurisdicción contencioso administrativa —en la legislación peruana— hasta el proceso contencioso-administrativo que hoy tenemos.

Es claro que se han producido varias rupturas reconocidas como conquista histórica y como baluarte de protección de derechos fundamentales, donde el control de pleno jurisdicción es la mejor conquista de la Judicatura; sin embargo, hay factores no sólo endógenos, sino principalmente exógenos que no permiten la efectividad del proceso contencioso administrativo.

A la pregunta formulada en este trabajo; esto es, si con la instauración de la jurisdicción del contencioso administrativo se asegura la efectividad de la tutela de los derechos de los administrados, o si en realidad se trata solamente de una apariencia de efectividad o de una efectividad incompleta; debo responder que por ahora se trata de una efectividad incompleta. La falta de funcionalidad-efectividad no puede atribuirse al proceso, éste en su diseño es adecuado, donde hay que mirar y corregir es en el contexto de la actuación de

40 Giovanni F. Priori Posada, *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, (4.ª ed., Lima: ARA, 2009), 287.

41 Véase, al respecto, el Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo de Cáceres, del 18 de diciembre de 1988, reproducida por Ruiz Ojeda Alberto en "La Ejecución de Créditos Pecuniarios contra entes públicos", Universidad de Málaga, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993, 111.

los actores, los funcionarios públicos en sede administrativa, los jueces en el ejercicio del control de plena jurisdicción, y el propio Estado que es juez y parte, donde tiene establecidas medidas para no cumplir con el mandato judicial que debería estar revestido de seguridad jurídica. Hay una gran tarea pendiente en la jurisdicción contencioso-administrativa y esa tarea está en imaginar su futuro, realizando los derechos de los administrados.

## 8. Bibliografía

AAVV, *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, (Tomo III, 2.º edición, Lima, 2013).

Boza, Beatriz. "¿Salas en emergencia?", en *El Comercio*, (Lima: 31 de marzo de 2011).

Correa, José Luis. "Proceso Administrativo (Lo contencioso-administrativo)", en *Manual de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999).

Cucarella Galiana, Luis. "Curso de Formación Especializada en Tribunales de Justicia y Derechos Humanos", en la sede de la Fundación Universidad-Empresa de la Universidad de Valencia, (Valencia: 3 de octubre de 2017).

Danós Ordoñez, Jorge. "Prólogo a Tratado del proceso contencioso administrativo de Ramón A. Huapaya Tapia", en *Tratado del proceso contencioso administrativo de Ramón A. Huapaya Tapia*, (Lima: Jurista editores, mayo del 2006).

\_\_\_\_\_. 2011. "Presentación El proceso de elaboración y aprobación de la nueva ley de procedimiento administrativo general, Ley de procedimiento administrativo general", (Ministerio de Justicia, primera edición oficial, Lima: mayo).

De la Sierra, Susana. *Tutela Cautelar Contencioso Administrativa y Derecho Europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, (Valencia: Editorial Aranzadi S.A., 2004).

Farrando, Ismael. "Estado, Poder, Órganos y Funciones", en *Manual de Derecho Administrativo*, (Dir. Ismael Farrando, Patricia Martínez, Buenos Aires: Depalma, 2000). Es la última reimpression.

Guerra Cerrón, J. María Elena. "La ruptura. El contencioso de plena jurisdicción", *Revista Jurídica del Perú*, n.º 82, (Lima: Gaceta Jurídica, diciembre 2007).

Huapaya Tapia, Ramón. *Tratado del proceso contencioso administrativo*, (Lima: Jurista editores, mayo 2006)

García Rosas, Marylin. "La falta de efectividad en la ejecución del laudo contra entidades del Estado", en *Actualidad Civil*, n.º 26, (Lima: Instituto Pacífico, agosto 2016).

Montesquieu. *El Espíritu de las leyes*, (vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo, tomo I, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906). Recuperado de < <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT2.pdf>>. Este texto está en web.

Monzón Valencia de Echevarría, Lissett. "Comentario exegético a la ley que regula el proceso contencioso administrativo, Ediciones Legales, Perú, 2011).

Morón Urbina, Juan Carlos. "Prólogo, Ley de Proceso contencioso administrativo", en *Colección Jurídica*, (Segunda edición oficial, Lima: Ministerio de Justicia, setiembre de 2005).

Priori Posada, Giovanni F., *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, ( 4º Edición, ARA, Perú 2009).

Quispe Salsavilca, David. "Presentación en Pleno Jurisdiccional Distrital Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima", en *Material de lectura*, (Lima: 13 de noviembre del 2015).