

# ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA. CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DERECHOS DEL ADMINISTRADO. LIMA: PALESTRA, 2004, 209 P.

CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS  
Profesor de Derecho Constitucional en la  
Pontificia Universidad Católica del Perú.

ABRAHAM GARCÍA CHÁVARRI  
Profesor Adjunto de Derecho Constitucional en la  
Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Ex-miembro de la Asociación Civil Foro Académico.

**Sumario:** 1. El nuevo Código Procesal Constitucional 2. El Título Preliminar de la Ley N° 28237 3. El tratamiento dado a los Procesos Constitucionales de la Libertad y al Proceso de Cumplimiento 4. Los procesos de Acción Popular, Inconstitucionalidad y Competenciales 5. El rol del Proceso Contencioso Administrativo peruano frente al escenario que se viene con el Código Procesal Constitucional 5.1. El control y la limitación del poder como pauta fundamental de todo Estado Constitucional que se precie de serlo 5.2. El Proceso Contencioso Administrativo peruano: de un contencioso administrativo de nulidad a un contencioso administrativo de plena jurisdicción 5.3. ¿Es el contencioso administrativo peruano de plena jurisdicción? ¿Estamos preparados para hacer frente a las consecuencias de consagrar un Amparo «residual»? 6. Nota conclusiva.

Dentro de la serie *Derechos y Garantías* de Palestra Editores, se ha publicado el libro *Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado* del profesor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. La presente obra está compuesta por cinco capítulos: los primeros cuatro capítulos desarrollan los aspectos centrales del nuevo Código Procesal Constitucional; mientras que el último está reservado a la no menos actual regulación del proceso contencioso-administrativo, con particular atención en la efectiva tutela de los derechos fundamentales del administrado.

## 1. El nuevo Código Procesal Constitucional

Publicada el 31 de mayo de 2004 en el diario oficial «El Peruano», y entrada en vigencia en diciembre del mismo año, la Ley N° 28237, denominada Código Procesal Constitucional, no sólo significa –como anota el profesor Espinosa-Saldaña– la sistematización de la hasta hoy diversa y dispersa normativa acerca de los diferentes procesos constitucionales, sino que introduce importantes cambios en la regulación de estos mecanismos procesales, redefine la relación entre los medios ordinarios y los medios procesales específicos para la tutela de los derechos fundamentales, e implica, finalmente, la configuración de juzgados y juzgadores especializados en materia constitucional.

En este nuevo cuerpo normativo se pueden encontrar, como observa el autor, algunas previsiones importantes a destacarse. La primera de ellas es la inclusión de un Título Preliminar donde se precisan los alcances del presente Código y los fines de todos los procesos constitucionales, y donde además se anotan una serie de principios procesales a tener en cuenta al momento de resolver toda controversia de relevancia constitucional. En segundo lugar, se consagran pautas para desarrollar de modo más integral las labores de

interpretación constitucional. En tercer término, se puede apreciar una regulación muy detallada de los distintos procesos constitucionales actualmente previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, destaca también la existencia de Disposiciones Generales vinculadas con los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y de Cumplimiento<sup>1</sup>; y otro grupo relacionado con los procesos de «Acción»<sup>2</sup> Popular e Inconstitucionalidad.

Ahora bien, este nuevo Código Procesal Constitucional ha tenido que respetar, como le era inevitable, algunos muy discutibles parámetros fijados por la Carta de 1993. Entre ellos, Espinosa-Saldaña señala los siguientes: la inclusión y regulación de la «Acción» de

<sup>1</sup> Como es de conocimiento general, son tres las características esenciales de todo proceso constitucional: 1) que en principio esté creado o recogido en el mismo texto constitucional; 2) que posea existencia propia o configuración autónoma, y 3) que su objeto sea el de resolver controversias jurídico-constitucionales de modo directo e inmediato (es decir, que busque la tutela de la supremacía de la norma fundamental y la vigencia plena de todos sus preceptos). En tanto que el Proceso de Cumplimiento persigue asegurar el respeto de obligaciones legal o administrativamente exigidas a la Administración, y no con el tercer requisito antes enunciado, en rigor no debería ser considerado como un proceso constitucional. Para ver este tema con mayor detalle, recomendamos ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Jurisdicción Constitucional. Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Lima. ARA Editores, 2003, pp. 136 y ss.

<sup>2</sup> El Código Procesal Constitucional, en tanto que debe estar ceñido al texto constitucional de 1993, denomina «acción» a lo que en sentido estricto es un «proceso», con la salvedad prevista en su Primera Disposición Final. Como indica Juan Monroy, la acción es el derecho público, subjetivo, autónomo y abstracto por el que un sujeto de derecho se encuentra apto para solicitar tutela jurídica al Estado. Así pues, el derecho de acción tiene expresión concreta en la demanda. Cf. MONROY GÁLVEZ, Juan. *El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. En: *Themis* N° 30. Segunda época. Lima, 1994, pp. 37-47, especialmente p. 42.

Cumplimiento como proceso constitucional<sup>3</sup>, la regulación de Hábeas Data Impropios<sup>4</sup>, la imposibilidad de ejercer labores judiciales de control amplio, el especial cuidado para admitir la procedencia de Amparos contra decisiones del Jurado Nacional de Elecciones y del Consejo Nacional de la Magistratura, la no regulación de Amparos contra normas legales y la asunción de los tratados internacionales (sobre Derechos Humanos o no) como normas con rango legal (pp. 17-20).

## 2. El Título Preliminar de la Ley N° 28237

Como anota el autor, es nota distintiva de este nuevo Código Procesal Constitucional la preocupación por otorgar, a los juzgadores y a los demás actores eventualmente inmersos en el desarrollo de los distintos procesos constitucionales, pautas para que puedan efectuar adecuadamente la compleja labor que tienen que desplegar. De allí que ello explique la inclusión de un Título Preliminar en donde se precisen tanto los alcances del presente cuerpo normativo y los fines de todo proceso constitucional, así como también donde aparecen recogidos un conjunto de principios procesales y pautas de interpretación constitucional.

En el presente capítulo, el autor da cuenta de la discusión acerca de la naturaleza y alcances de los principios jurídicos, en especial, de los directamente aplicables a la materia procesal constitucional. Luego de señalar las posibles discrepancias que puede generarse en la doctrina la inclusión de una nómina y no de otra, concluye que lo que finalmente debe importar es el balance que pueda hacerse de lo efectivamente consignado (p. 30). Es así como, en el desarrollo del presente apartado, el autor pasa breve revista de los principios procesales de dirección e impulso judicial del proceso, de la gratuidad en la actuación del demandante, de economía, de intermediación, de socialización y el principio *iura novit curia*.

En la segunda parte de este mismo apartado, el profesor Espinosa-Saldaña pone particular atención en algunas pautas previstas también en el Título Preliminar para facilitar las labores de interpretación constitucional. Ellas son: la necesidad de interpretar los derechos conforme con la comprensión que de ellos se tiene en los tratados ratificados por nuestro país, la obligatoriedad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de acuerdo con lo prescrito en nuestro texto constitucional y la exigencia de recurrir al control difuso ante una norma reputada inconstitucional, el establecimiento de los elementos que permiten determinar cuándo estamos ante un precedente vinculante y los parámetros para la actuación en caso de vacío o defecto de la norma.

## 3. El tratamiento dado a los Procesos Constitucionales de la Libertad y al Proceso de Cumplimiento

En el segundo capítulo de la obra bajo breve comentario, se van a desarrollar algunos apuntes conceptuales y normativos respecto de los denominados procesos constitucionales de la libertad (es decir, el Hábeas Corpus, el Amparo y el Hábeas Data) así como también del proceso de Cumplimiento. Posteriormente, en el capítulo cuarto

de la misma obra, se ampliarán con mayor detalle lo correspondiente al tratamiento de las medidas cautelares, la ejecución de las sentencias y la procedencia de las demandas para este conjunto de procesos constitucionales.

Entre los cambios más importantes planteados por la nueva regulación de la Ley N° 28237 son de destacar los relacionados con los derechos que protege y las distintas modalidades que comprende el proceso de Hábeas Corpus. Dentro del primer aspecto, el profesor Espinosa-Saldaña anota que el Código Procesal Constitucional incluye derechos antes no previstos de modo expreso (tales como el de no ser privado del documento nacional de identidad), deficientemente tratados (como el de integridad o el de no ser objeto de desaparición forzada), no desarrollados aparentemente por el texto constitucional (el derecho a la no autoincriminación) o considerados dentro de los tutelados por el Amparo a pesar de su conexión con la libertad personal (inviolabilidad de domicilio). En este punto, el autor expresa su discrepancia con la inclusión del Debido Proceso como derecho pasible de ser protegido a través del Hábeas Corpus, en tanto que lo que busca este proceso constitucional es tutelar la libertad personal con ocasión de un indebido proceso o proceso irregular (p. 47).

Otro avance importante es la previsión de las diferentes modalidades del Hábeas Corpus<sup>5</sup>, tales como el innovativo, excepcional, preventivo, restringido, traslativo, instructivo, reparador, conexo y correctivo (p. 48). Finalmente, concluye el autor, que el tratamiento de este proceso constitucional cuenta con mejores previsiones normativas, un escenario más tuitivo y la eliminación de restricciones que resultaban inaceptables.

En lo referente al Proceso de Amparo, la Ley N° 28237 prevé un listado de carácter enunciativo de los derechos protegidos que incluye un conjunto de derechos fundamentales antes no expresamente recogidos, como los de seguridad social, ambiente equilibrado, huelga, etc. Este listado también contiene cambios en la mención de algunos derechos (tal es el caso de la referencia al derecho al trabajo, y ya no a la libertad de trabajo). El profesor Espinosa-Saldaña también da cuenta de una mejora ostensible en el tratamiento de aspectos procesales en el Amparo, sobre todo en los casos de la representación procesal, la procuración oficiosa, la habilitación al juez para efectuar de oficio una acumulación subjetiva, los elementos que debe contener una demanda de Amparo, las intervenciones litisconsorciales y el contenido de la sentencia que declara fundada la demanda.

Especial detenimiento le merece al autor lo referente al proceso de Hábeas Data<sup>6</sup>. Luego de dar cuenta del debate en doctrina acerca de las denominaciones «libertad informática» y «autodeterminación informativa» como el derecho protegido por este proceso, y de explicar las posiciones existentes en el Derecho Comparado, tales como los modelos norteamericano, europeo y latinoamericano; el profesor Espinosa-Saldaña desarrolla con detalle el impreciso diseño que ha merecido lamentablemente este proceso constitucional por parte de nuestra Carta Constitucional de 1993 así como por las Leyes N° 26301 y N° 26470.

<sup>3</sup> Vid. Notas 1 y 2.

<sup>4</sup> Como se sabe, se denomina Hábeas Data Impropio a aquél que protege derechos diferentes de la autodeterminación informativa como, por ejemplo, el derecho de acceso a la información pública.

<sup>5</sup> Cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Elementos de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1993, Tomo 1, pp. 236 y ss.

<sup>6</sup> Del mismo profesor Espinosa-Saldaña Barrera, para un mayor detenimiento, se puede consultar. Op. Cit., pp. 295 y ss.

Otro aspecto que desarrolla el autor es el de la consolidación de los denominados Hábeas Data Impropios, como aquellos destinados a proteger derechos diferentes de la autodeterminación informativa (acceso, actualización, modificación, confidencialidad y exclusión de información sensible en los registros de distintas bases de datos). Entre los derechos tutelados por los Hábeas Data Impropios están el de acceso a la información pública (previsto en el inciso 5 del artículo 2º de la Constitución de 1993) y el derecho de réplica (pp. 70 y ss.).

Como último tema a tratar en este apartado, el autor discrepa de la regulación del Proceso de Cumplimiento como uno de naturaleza constitucional, en tanto que con él no se busca proteger ningún aspecto de la supremacía de la Constitución. Por otro lado, reconoce que la Ley N° 28237 significa un avance respecto de las imprecisiones de la regulación prevista para el proceso de Cumplimiento por la Ley N° 26301. En ese sentido, el Código Procesal Constitucional aclarará que este «proceso constitucional» procede tanto frente a los casos de inactividad formal como de inactividad material de la Administración. Por otro lado, permite que desde sede judicial pueda ordenarse a la Administración a suplir alguna omisión reglamentaria, y efectúa, además, interesantes precisiones sobre legitimación activa y pasiva, representación y causales de improcedencia (pp. 80 y ss.).

Anota el autor que la Ley 28237 constituye una significativa mejora del escenario cautelar respecto de lo anteriormente previsto en las sucesivas modificaciones de la Ley 23506. Explica el profesor Espinosa-Saldaña que la lógica de defensa de los derechos fundamentales con que nació la Ley 23506 en 1982, que permitía muy fácilmente, por ejemplo, la interposición de las medidas cautelares, terminó en una situación de descontrol y distorsión del sentido del Amparo. En vista de ello se incluyeron varias modificaciones, algunas convenientes, y otras abiertamente perjudiciales que terminaron por desnaturalizar las medidas cautelares. Deficiencias que el nuevo cuerpo normativo procesal constitucional ha tratado de revertir, como explica con detalle el autor, salvo en los casos de los actos administrativos emitidos en el ámbito municipal y regional.

Punto importante desarrollado en la presente obra es el relativo a la ejecución de las sentencias. La Ley N° 28237 señala que las sentencias emitidas en los procesos constitucionales de la jurisdicción constitucional de la libertad deben cumplirse en sus propios términos por el juez de la demanda. Con ello, anota el autor, se evita la discutible posibilidad de eludir el cumplimiento de lo resuelto a través del pago de una indemnización. E inclusive con mayor rigor, el profesor Espinosa-Saldaña se muestra de acuerdo con la propuesta planteada originalmente por los impulsores del Código Procesal Constitucional, pero que no fue finalmente acogida por el Congreso, en el sentido de facultar al juez sancionar con detención al responsable del incumplimiento.

Igualmente trascendente es el tema vinculado con la procedencia o improcedencia de las demandas de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento. Como desarrolla el autor en este apartado, con la Ley 28237 se ha pasado de un Amparo que no obligaba a ir antes a la vía judicial ordinaria, sino que permitía escoger al presunto agraviado cuál vía procedimental tomar, a un Amparo de carácter residual, es decir, cuando no existan otras vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias (pp. 123 y ss.).

Como desarrolla con exhaustividad el profesor Espinosa-Saldaña, y además de las conocidas improcedencias por vías previas o

vías paralelas, el Código Procesal Constitucional prevé otras situaciones y provisiones. El autor explica que son procedentes las demandas contra las decisiones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones y el Consejo Nacional de la Magistratura siempre que éstas no hayan respetado la tutela procesal efectiva, así mismo, la posibilidad de interponer un Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales firmes que atenten contra la libertad personal. Por el contrario, la nueva normativa no habilita a tramitar y conceder Amparos contra leyes consideradas inconstitucionales aún cuando, como se indica en el texto, la jurisprudencia ha desarrollado un carácter más tuitivo. El autor también da noticia de un importante avance en cuanto al tema de la procedencia de las demandas respecto de lo que se denomina «*sustracción de materia*» (pp. 130 y ss.). Finalmente, las demás causales de improcedencia consignadas en el artículo 5º de la Ley N° 28237 son abordadas en la parte final del capítulo cuarto bajo comentario.

#### 4. Los procesos de Acción Popular, Inconstitucionalidad y Competenciales

En el tercer capítulo de esta obra en comentario se desarrollan las principales provisiones consignadas en la nueva normativa procesal constitucional respecto de los procesos de la jurisdicción constitucional orgánica, es decir, de aquellos que están destinados a garantizar la jerarquía y estructura normativa del ordenamiento jurídico de un Estado (pp. 83).

Más adelante, explica el profesor Espinosa-Saldaña que el objeto de los procesos de Acción Popular e Inconstitucionalidad es el de la defensa de la Constitución frente a infracciones a su jerarquía normativa. Ahora bien, dicha infracción puede ser directa o indirecta, de carácter total o parcial, centrada en un cuestionamiento al fondo o a la forma de lo prescrito en la Constitución.

Tomando en cuenta el carácter abierto de todo texto constitucional —escribe el autor— el artículo 79º de la Ley N° 28237 dispone que para evaluar la constitucionalidad de toda norma jurídica, no sólo debe observarse lo previsto en la Constitución de 1993, sino además el de las leyes que se hayan dictado para especificar competencias y atribuciones de los diferentes organismos estatales o para regular el ejercicio de los derechos fundamentales de toda persona. Con ello, se asume la técnica de interpretación denominada «*bloque de constitucionalidad*» (pp. 85-86).

Luego de ello, el autor describe el tratamiento de la procedencia de las demandas de Acción Popular y de Inconstitucionalidad y se detiene a comentar la discusión respecto del rango constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos, así como el camino que, tras una interpretación sistemática de nuestra Constitución, el nuevo Código Procesal Constitucional debió tomar al respecto. Finalmente, desarrolla los efectos de las sentencias en el caso de estos procesos.

Por otro lado, los procesos competenciales tienen que ver con el escenario de la asignación de competencias. Este reparto de tareas significa a veces la distribución de responsabilidades en forma excluyente (competencias exclusivas) y otras de modo compartido o conjunto entre varias instituciones estatales. Luego de un breve repaso histórico al modelo de solución de competencias, el profesor Espinosa-Saldaña da cuenta de las principales novedades previstas en el nuevo Código Procesal Constitucional.

## 5. El rol del Proceso Contencioso Administrativo peruano frente al escenario que se viene con el Código Procesal Constitucional

Como ya hemos tenido oportunidad de observar, uno de los cambios más relevantes que trae consigo el Código Procesal Constitucional es el de contemplar, a diferencia del Amparo que podemos denominar «*alternativo*» recogido en la legislación aún vigente sobre la materia, un Amparo que, en la línea de lo ya contemplado en otras experiencias comparadas, es considerado más bien «*residual*».

Una modificación como la descrita conduce a que ya no sea el proceso constitucional de Amparo el mecanismo «*ordinario*»<sup>7</sup> a través del cual los ciudadanos podrán cuestionar aquellos actos u omisiones que amenacen o lesionen los derechos constitucionalmente protegidos cuya tutela es exigible a través de dicho proceso constitucional, ya que, siguiendo lo establecido en el inciso 2 del artículo 5º del mismo Código Procesal Constitucional, será declarado improcedente si existen «...*vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus*».

Si ese es entonces el escenario que se viene, qué duda cabe que el proceso contencioso administrativo pasará a ser justamente aquella vía procedimental a la cual tendrán que recurrir los administrados a efectos de impugnar aquella decisión administrativa firme que consideran amenaza o lesiona algún o algunos de los derechos constitucionalmente protegidos que se ubican dentro del margen de acción del Amparo, una vez agotada la vía administrativa. En otros términos, si contamos con un Amparo «*residual*» y lo que se busca es cuestionar una decisión administrativa en sede judicial, ya que en sede administrativa la Administración Pública ha emitido su decisión definitiva al respecto, tendré que recurrir al proceso contencioso administrativo. Esto último, y en la lógica del Código Procesal Constitucional, siempre que se presente como la vía procedimental específica e igualmente satisfactoria para la protección de aquél o aquellos derechos constitucionalmente protegidos que consideramos se encuentra(n) amenazado(s), o está(n) siendo o ha(n) sido lesionado(s).

Lo expuesto hasta este momento, nos lleva a determinar la importancia del papel que cumplirá el proceso contencioso administrativo frente a un Amparo «*residual*» en general y a la tutela de los derechos fundamentales que consideramos son amenazados o lesionados por una actuación de la Administración Pública en particular. Ello supone, como bien puede deducir el lector, evaluar si es que el contencioso administrativo en el Perú está en condiciones de afrontar este complejo escenario. Justamente ese uno de los temas que Espinosa-Saldaña también aborda en el libro que venimos reseñando.

<sup>7</sup> Bien es conocido el fenómeno calificado como «*ordinarización*» del Amparo que conllevó la Ley N° 23506, al permitir iniciar este proceso constitucional independientemente de que existan otras vías específicas previstas para la tutela de aquél o aquellos derechos fundamentales que consideramos se encuentran amenazados o han sido violados. No obstante, es importante tener en cuenta que se adoptó una fórmula de esa naturaleza, en un principio, en razón de la resistencia de un buen número de jueces a admitir la procedencia de Amparos y Hábeas Corpus, sosteniendo, en realidad sin un soporte jurídico detrás, que existían otras vías disponibles y adecuadas para la misma pretensión.

Va a ser en el quinto capítulo que desarrollará el tema del proceso contencioso administrativo peruano, proceso regulado en el Perú por la Ley N° 27584 y cuya vigencia se materializó tiempo después con la Ley N° 27684, el 17 de abril de 2002. Como veremos de inmediato, en nuestro país el proceso contencioso administrativo ha sufrido cambios de una envergadura insoslayable, fundamentalmente por pasar de lo que se conoce como un contencioso administrativo de nulidad o al acto a un contencioso administrativo de plena jurisdicción, aunque, como también hará notar Espinosa-Saldaña, muchos son todavía los obstáculos para consolidarlo como un espacio propio para la tutela de los derechos fundamentales de los administrados.

### 5.1. El control y la limitación del poder como pauta fundamental de todo Estado Constitucional que se precie de serio

Son, en líneas generales, a nuestro juicio tres las pautas que nos permitirán identificar al Estado Constitucional<sup>8</sup>. Nos referimos a la supremacía del texto constitucional, en tanto norma emanada del pueblo, que busca regular el comportamiento de los órganos que administran el poder y que recoge los parámetros de validez formal y parámetros de validez material del ordenamiento jurídico. El control y la limitación del poder constituye también un elemento de ineludible consideración en un Estado Constitucional, y se expresa fundamentalmente en tres aspectos: el imperio de la ley, el sometimiento de la Administración al principio de legalidad y la división de poderes<sup>9</sup>. Finalmente, todo lo antes dicho conduce al fin último del Estado que es el reconocimiento, respeto y tutela de los derechos fundamentales, pauta ésta última que debiera inspirar la conducta de la Administración Pública, en tanto encargada de velar por el interés público.

La segunda de las pautas antes enunciadas, es decir, el control y la limitación del poder, es la que resulta de particular relevancia si de lo que estamos hablando es de la vigencia de un proceso contencioso administrativo que sea realmente efectivo y que permita precisamente un control de los actos de la Administración Pública. Todo ello, reiteramos, sin otro fin más que crear el escenario propicio y proclive al correcto y libre ejercicio de los derechos fundamentales.

Ahora bien, una primera manifestación del control y limitación del poder la constituye, como ya lo habíamos adelantado, el imperio de la ley, entendida como norma que acoge la voluntad general. Esto supone el sometimiento del ejercicio del poder político a reglas preestablecidas, con cierto margen de discrecionalidad, pero proscribiendo el comportamiento arbitrario de las diferentes dependencias de la Administración Pública. Son precisamente esas reglas preestablecidas, acordes con la voluntad general, las que le otorgan cierta predictibilidad a la actuación estatal, no pudiendo, en consecuencia, el Estado actuar sin dejar de observarlas.

De lo que hemos acabado de señalar se deduce claramente la segunda manifestación del control y la limitación del poder como pauta propia de un Estado Constitucional, y es que si toda conducta del Estado debe ampararse en la ley, en tanto norma que expresa la voluntad general, qué duda cabe que ello resulta exigible máxime si estamos ante la Administración Pública, que constituye aquella orga-

<sup>8</sup> Así lo ha sostenido además el mismo profesor Eloy Espinosa-Saldaña en su obra ya aquí citada Op. Cit., p. 66.

<sup>9</sup> Véase sobre el particular: DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Taurus, 1969, p. 31 y ss.

nización del Estado que está en constante relación con los propios ciudadanos y sus intereses.

Justamente por la permanente interacción en que se encuentra la Administración Pública con las personas, es que es posible que aquella eventualmente lesione o amenace sus derechos fundamentales. Existiendo, por ejemplo, actividades para las cuales la Administración debe otorgar un determinado permiso o licencia a fin de que sean realizadas por los ciudadanos, se hace necesario contar con mecanismos de control que eviten que ella haga un uso arbitrario de dicha cuota de poder. Por consiguiente, el sometimiento de la Administración al principio de legalidad se erige como un elemento de imprescindible consideración en un Estado Constitucional.

Sin embargo, la Administración Pública en tanto es gestionada y manejada por seres humanos, no está libre de incurrir en algunos errores, errores que por cierto pueden conducir a una grave violación de derechos fundamentales, por lo que es necesario contar con mecanismos de control a fin de evitar o corregir aquellos errores, y eventualmente, sancionar a los responsables. De allí que resulta también muy importante contar con un sistema de control y responsabilidad de la Administración.

La interrogante respecto de quién efectuará tal control y determinará la responsabilidad de la Administración nos conduce a la tercera manifestación de la pauta del Estado Constitucional que venimos comentando. Y es que, aún cuando ha sufrido algunos matices en su comprensión, el principio de la separación de poderes sigue teniendo mucha relevancia para todo Estado Constitucional que se precie de serlo.

Si bien en sentido estricto el poder del Estado es uno y su ejercicio se divide más bien en funciones, dichas funciones deben confiarse a diferentes órganos u organismos a fin de evitar la concentración del poder en pocas manos y, de esa forma, un eventual ejercicio abusivo de él. No obstante, contrario a lo que pueda pensarse, tal división de funciones no supone una separación rígida, sino relaciones de cooperación, coordinación y control entre ellas, es decir, un equilibrio en la distribución de las funciones, una lógica de pesos y contrapesos.

Una manifestación de estas relaciones de control que existen entre los órganos que detentan las funciones del Estado lo constituye el proceso contencioso administrativo. A través de él, será entonces la judicatura ordinaria, y no la propia Administración, la que se encargará de resolver con carácter de cosa juzgada un asunto en torno al cual existe un conflicto de intereses o una situación de incertidumbre con relevancia jurídica y en la que la Administración Pública se encuentra involucrada<sup>10</sup>.

## 5.2. El Proceso Contencioso Administrativo peruano: de un contencioso administrativo de nulidad a un contencioso administrativo de plena jurisdicción

El proceso contencioso administrativo peruano ha sufrido cambios notables en estos últimos años. El más importante sin duda es el

<sup>10</sup> Aquí hacemos nuestra, en líneas generales, la definición de jurisdicción de Juan Monroy Gálvez esbozada en su libro *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Bogotá: Témis, 1996, p. 213 y ss.

paso de un contencioso administrativo de nulidad a uno más bien de plena jurisdicción<sup>11</sup>. Mientras que en el primer caso la actuación de la judicatura ordinaria se limitaba a evaluar si el acto administrativo se encontraba conforme a Derecho, y de no estarlo a anular el acto, mas no reformarlo; en el segundo de los casos mencionados la misma judicatura ordinaria podrá reconocer situaciones jurídicas individualizadas, creando así un espacio en el cual los derechos fundamentales de los administrados podrán ser objeto de tutela.

Como bien pone de relieve Eloy Espinosa-Saldaña, «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 su quehacer respeta los derechos fundamentales de los administrados» (p. 157).

Un cambio de esta naturaleza debe ir evidentemente acompañado de una serie de elementos formales y materiales para que, en efecto, el proceso contencioso administrativo se erija en un escenario en el cual los derechos fundamentales puedan ser tutelados cuando es la conducta de la Administración Pública la que los amenaza o los lesiona. Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar de inmediato, y siguiendo al mismo Espinosa-Saldaña, existen algunos elementos que ponen en tela de juicio la existencia de un contencioso administrativo subjetivo o de plena jurisdicción en el Perú que sea tuitivo de los derechos de los administrados.

## 5.3. ¿Es el contencioso administrativo peruano de plena jurisdicción? ¿Estamos preparados para hacer frente a las consecuencias de consagrar un Amparo «residual»?

Eloy Espinosa-Saldaña en el trabajo que tenemos el honor de reseñar aborda de forma muy clara y precisa aquellos elementos que ponen justamente en entredicho la existencia de un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción y que le permita por ello afrontar la situación que se viene en diciembre del presente año cuando el Código Procesal Constitucional entre en vigor, esto es, un amparo de carácter más bien «residual».

En esta oportunidad tan sólo comentaremos dos de los puntos que menciona el autor y que a nuestro juicio ponen claramente de manifiesto que existe aún una materia pendiente al respecto en nuestro país.

El artículo 27° de la Ley N° 27584 restringe la actividad probatoria en el contencioso administrativo a las actuaciones que tuvieron lugar en el procedimiento administrativo y no se permite la incorporación al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en la etapa prejudicial. Esto como bien ha puesto de relieve Espinosa-Saldaña y Juan José Díez Sánchez, citado por el mismo autor, constituye una restricción que en sentido estricto resulta incompatible con la fórmula de un contencioso administrativo de plena jurisdicción (p. 164). Si lo que se busca en el nuevo escenario es más bien tutelar judicialmente

<sup>11</sup> Antes de la Ley N° 27584, el proceso contencioso administrativo peruano se encontraba regulado en el Código Procesal Civil, en los artículos 540° a 545°, bajo los términos más bien de un contencioso administrativo de nulidad. Así, según lo dispuesto en el artículo 540°: «La demanda contencioso administrativa se interpone contra acto o resolución de la administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia...».

los derechos fundamentales que han sido lesionados por una actuación administrativa, los jueces deberían contar con aquellas herramientas que les permitan cumplir a cabalidad tal función, sin embargo, por el contrario, encontrarán serias dificultades si en el proceso que se siga ante la judicatura ordinaria no podrán actuarse mas pruebas que las recogidas en el procedimiento administrativo<sup>12</sup>.

Luego, la Ley N° 27584 no permite que pretensiones indemnizatorias sean canalizadas a través del proceso contencioso administrativo. Es más, de conformidad con lo establecido en el artículo 26° de la Ley en comento, las indemnizaciones por daños y perjuicios deberán plantearse como pretensiones principales de acuerdo con las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil. Sin embargo, como también anota Espinosa-Saldaña, a criterio de algunos autores<sup>13</sup> la previsión de los incisos 3 y 4 del artículo 38° de la Ley N° 27584, en tanto establecen que el juez de la sentencia que declare fundada la demanda podrá poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento en el cual incurra la Administración con el objeto de que se dé inicio al proceso correspondiente, así como para la determinación de los daños y perjuicios que dicho cumplimiento traiga consigo, permitirán eventualmente que tales pretensiones indemnizatorias sean presentadas a través del proceso contencioso administrativo peruano.

Como habrá podido deducir el lector, el contencioso administrativo peruano presenta algunos elementos que permiten cuestionar su idoneidad como escenario para la tutela de los derechos fundamentales de los administrados. Estamos ante una situación que, coincidiendo con Espinosa-Saldaña, debe ser prontamente corregida si ésta será más bien la vía procedimental a la cual recurrirán las perso-

nas que consideren que una actuación de la Administración Pública lesiona sus derechos fundamentales, como quiera que esa será una de las principales consecuencias del Amparo «residual» que se viene en diciembre con el Código Procesal Constitucional.

## 6. Nota conclusiva

Por todo lo antes dicho resulta por demás recomendable la lectura de esta obra del profesor Eloy Espinosa-Saldaña. Siendo el Código Procesal Constitucional bastante nuevo, aún son pocos los trabajos en revistas y libros que se han publicado sobre el particular. Sin embargo, no es solamente por ello que el libro de Espinosa-Saldaña adquiere particular relevancia, sino porque, además y sobre todo, aborda justamente temas que deben ser materia de debate y de especial preocupación a fin de evitar que se presenten situaciones lesivas a los derechos fundamentales de los ciudadanos en general y de los administrados en particular.

Escrito con un lenguaje sencillo, sin perder de vista la rigurosidad conceptual que le caracteriza, nuestro maestro y amigo Eloy Espinosa-Saldaña, Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura (Escuela Judicial peruana), destacado profesor de Derecho Constitucional de las Universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos y de Lima, así como profesor invitado de otras diversas universidades latinoamericanas y europeas; pone a nuestra disposición un libro que estamos seguros será de mucha utilidad para aquellos estudiantes, abogados, profesores, jueces y público en general que buscan la consolidación del Estado Constitucional en esta parte del orbe.

<sup>12</sup> La situación descrita, justo es decirlo y como también anota el mismo Espinosa-Saldaña, se da en virtud de una modificación introducida por el Congreso de la República y que no responde a lo previsto originalmente por la Comisión que elaboró el proyecto de ley. El profesor Jorge Danós señala pues que, en efecto, si bien el artículo mencionado va en contra de los fines de un contencioso administrativo de plena jurisdicción, los demás dispositivos, en tanto han sido reproducidos textualmente del proyecto original, propugnan un carácter más bien amplio y abierto de la actividad probatoria. Sobre el particular: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *El proceso contencioso-administrativo en el Perú*. En: AA. VV. *Derecho Procesal. II Congreso Internacional*. Lima: Fondo de desarrollo editorial de la Universidad de Lima, 2002, p. 381.

<sup>13</sup> Cfr. PRIORI, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Segunda edición. Lima: ARA Editores, 2002, p. 250.