

## II. EXTRANJERA

# COMENTARIOS EN TORNO A LA LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL PERÚ (\*)

JUAN JOSÉ DíEZ SÁNCHEZ  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Alicante

*SUMARIO:* I. PRESENTACIÓN.—II. LA EXCLUSIVIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—III. LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 1. *El «control jurídico» de la actuación administrativa.* 2. *El concepto de Administración pública.*—IV. LA CONSAGRACIÓN DEL CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO PROCESO DE PLENA JURISDICCIÓN.—V. EL AGOTAMIENTO PREVIO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA.—VI. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CONDENA AL PAGO DE CANTIDAD LÍQUIDA.—VII. COROLARIO.

### I. PRESENTACIÓN

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos iberoamericanos, el sistema de régimen administrativo parece instaurado definitivamente en el Perú. Los antecedentes más inmediatos de esta evolución (1) cabe situarlos en las denominadas «acciones contencioso-administrativas», reconocidas por el artículo 240.º de la Constitución de 1979 y ahora en el artículo 148.º de la Constitución Política de 1993. Si vigente aquélla no llegó a regularse el proceso contencioso-administrativo mediante una ley especial, esto sí ha sucedido unos años después de aprobada la nueva Carta Magna, con la Ley núm. 27584, titulada *Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo*, publicada en el «Diario Oficial El Peruano» con fecha 7 de diciembre de 2001, en vigor desde el 17 de abril de 2002 (en adelante, LPCA) (2).

De esta forma, a la constante histórica en el Perú de la opción por el sistema judicialista en el diseño de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la Administración pública (3) se ha adicionado la

---

(\*) Ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo de Perú, organizado por la PUCP (Lima, 22 al 24 de abril de 2004).

(1) Para mayor detalle, remito al trabajo de J. DANÓS, *El proceso contencioso administrativo en el Perú*, Internet.

(2) De acuerdo con el Decreto de Urgencia núm. 136-2001. La LPCA ha sido modificada parcialmente por las Leyes núms. 27684 y 27709.

(3) Empleo los términos de J. DANÓS, cit., pág. 6.

consagración de una jurisdicción especializada con este objetivo esencial, siguiendo los parámetros propios de los sistemas jurídicos de corte continental o francés, entre los que se hallan buena parte de los Estados europeos, y particularmente de los que componen la Unión Europea, antes de su prevista ampliación.

La trascendencia de estas transformaciones en la dinámica jurídica y judicial no es posible desconocerla. Los pasos que se están produciendo en el ordenamiento peruano hay que saludarlos con gran satisfacción, por cuanto contribuyen a normalizar y garantizar la plena sujeción de la Administración a la Ley y al Derecho, ofreciendo a ese propósito los cauces y mecanismos idóneos. Así sucedió ya con la aprobación de la Ley núm. 27444, de Procedimiento Administrativo General (LPAG), vigente desde el 11 de octubre de 2001, que ofrece una avanzada regulación del régimen jurídico, del procedimiento administrativo común y de los procedimientos especiales, así como de la responsabilidad de la Administración pública, cuyas determinaciones pueden servir de ejemplo a otras legislaciones que deberían acometer esta implementación imprescindible de reglamentación común y modernización. Y en esa misma dirección se inscribe, asentando la cristalización de esta fórmula, la nueva LPCA.

Ley que instituye una nueva jurisdicción, separada y diferenciada de otras jurisdicciones (constitucional, ordinaria: civil o penal, social), tanto en los planos orgánico y funcional como en los planos sustantivo y procesal, aunque no alcance en todos ellos idéntica singularización.

Esto es lo que sucede con la creación de los órganos judiciales especializados en lo contencioso-administrativo (juez unipersonal o Sala de la Corte Superior), donde la exigencia alcanza a la primera instancia, si bien no en todo caso, y se excluye por completo en segunda instancia o en casación, según los casos (art. 9.º, modificado por la Ley núm. 27709, de 25 de abril de 2002). En este punto, resulta a todas luces aconsejable realizar un continuado esfuerzo para lograr la mejor formación y preparación de los profesionales de la justicia en el ámbito del Derecho Público (más allá del que es propio y esencial del Derecho Administrativo), para *ex ante* garantizar el enjuiciamiento y control jurisdiccional de la actuación de la Administración pública. E igualmente persistir en que esa formación y preparación rebase determinadas instancias judiciales y se proyecte con naturalidad sobre el conjunto de la organización judicial *ad hoc* especializada en lo contencioso-administrativo. De lo contrario, no sólo será difícil reconocer la íntegra conformación de una jurisdicción especializada por el Derecho que aplica, sino que desnaturalizará la misma o incurrirá en algunas incoherencias incomprensibles. Las tendencias más modernas parecen optar por la especialización judicial; así lo evidencia el proyecto de futura creación de una Sala o Sección en materia de propiedad industrial e intelectual en el Tribunal de Primera Instancia de la UE o la reciente creación de Juzgados y Salas de lo mercantil en España con la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Algo similar ocurre en los planos procesal y sustantivo. Normal es la

aplicación supletoria de la ley procesal civil en lo no previsto por la ley procesal contencioso-administrativa. Lo que prevé, por ejemplo, nuestra Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) en su disposición final primera y, en análogos términos, la misma disposición de la LPCA peruana. No obstante, más allá de esa supletoriedad, resultan controvertidas disposiciones específicas que remiten expresamente a la aplicación de las normas propias del proceso civil. Ése será el caso, entre otros que analizaremos, del contenido del artículo 26.º y, también, del artículo 38.º en su particular referencia a las facultades judiciales en torno a la declaración de nulidad o no, total o parcial, de la decisión administrativa impugnada.

Las virtudes y potencialidades positivas que, en general, incorpora el texto de la Ley son innegables y, aunque su análisis y justificación superan el objeto de este trabajo, merece la pena, al menos, enunciar algunas de ellas. Creo que así cabe calificar: la ampliación de los ámbitos subjetivo (no sólo al control de la Administración pública en sentido estricto) y objetivo (no sólo a la revisión de un previo acto administrativo) de conocimiento de esta jurisdicción; el favorecimiento de las acciones procesales y la consignación de sus principios fundadores (art. 2.º); la aceptación de la legitimación procesal en su noción más generosa (derechos subjetivos e intereses legítimos); la apertura de las pretensiones y las consiguientes facultades en el alcance de la decisión judicial (sentencias declarativas o de condena de hacer o no hacer, o de dar, a la Administración; medidas cautelares o provisionales, negativas o positivas); el control judicial de la ejecución de sentencias, etc.

El contencioso-administrativo peruano se inscribe, pues, sin discusión alguna en un proceso de *plena jurisdicción*. No es un proceso objetivo sino subjetivo, no es un proceso de revisión sino de control jurídico pleno de la actuación administrativa, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Es un proceso para la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, cuando éstos puedan estimarse lesionados o afectados por aquellas actuaciones procedentes de los poderes públicos.

Existen también algunas reservas o planteamientos criticables en relación con determinadas previsiones de la nueva Ley que, a pesar de las fundamentaciones que las amparen, deslucen en parte el diseño de esta jurisdicción. En ocasiones —las más— consecuencia de las modificaciones introducidas en sede parlamentaria al inicial Proyecto de Ley, en otras debidas a las reformas posteriores de la propia Ley. Como tales considero, entre otras, la exclusión del control directo de la actividad normativa, el intento fallido de unificación jurisdiccional de la responsabilidad administrativa o la posible excepción de las actuaciones contractuales, aun cuando esos aspectos no impliquen la existencia de ámbitos materiales inmunes al control judicial, salvo en el último supuesto de optar por las soluciones arbitrales. Desacierto es, a excepción de una interpretación finalista, la regulación de la actividad probatoria y la no admisión de pruebas no valoradas en el procedimiento administrativo previo, o la relativa a la ejecución de condenas al pago de cantidad líquida a la Administración. Otras previsiones

nes, como las de los plazos para impugnar los actos presuntos o la configuración del agotamiento de la vía administrativa previa, pueden ser traídas asimismo a colación.

Con criterio selectivo, absolutamente subjetivizado, este comentario pretende aproximarse a ciertas cuestiones de las expuestas, ofreciendo un punto de vista a la par crítico y constructivo. Con acierto o sin él, hemos utilizado como referente comparativo básico la reciente evolución y progreso de la legislación y la práctica contencioso-administrativas españolas. Entiendo que esta experiencia puede ser de alguna utilidad para el desarrollo que, de seguro, tendrá la doctrina y la jurisprudencia administrativas peruanas.

## II. LA EXCLUSIVIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La nueva LPCA pretende consagrar, en su artículo 3.º, la *exclusividad del proceso contencioso-administrativo para conocer de los litigios contra actuaciones de las Administraciones públicas en ejercicio de potestades administrativas*, aun cuando en realidad dicha exclusividad acaba siendo únicamente *«el proceso específico»*.

La LPCA se ve obligada, en este extremo, a compatibilizar dos previsiones de la Constitución Política que, a la postre, sancionan procesos diferentes con independencia de que las actuaciones y los conflictos puedan tener el mismo origen administrativo. En efecto, la exclusividad sería plena (al menos parcialmente) si la única previsión constitucional fuera la del artículo 148.º de la Carta Magna, cuyo tenor señala que *«las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa»*.

Digo que al menos parcialmente por cuanto resulta evidente que el texto constitucional está pensando tan sólo en los actos administrativos y, a salvo de una interpretación extensiva de difícil, por no decir imposible, asunción, tampoco en dicho precepto aparecería consagrada una exclusividad que abarcara el conjunto de la actuación pública, particularmente el control reglamentario o normativo subordinado a la ley.

En principio, es evidente que toda la actuación normativa de la Administración queda excluida del control contencioso-administrativo, toda vez que a ese fin se arbitra la llamada Acción popular (ante el juez civil). No obstante, el artículo 7.º prevé un *Control difuso* en estos términos: *«En aplicación de lo dispuesto en los Artículos 51.º y 138.º 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 transgrede el ordenamiento jurídico. En este supuesto la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo proceso»*.

Desde luego que es un control difuso, pues no prejuzga ni la constitucionalidad o legalidad de la norma (que se supone es únicamente de carác-

ter reglamentario), por cuanto se limita a inaplicarla pero no a anularla, toda vez que se carece de competencia para ello. Se trata —creo— de una singularidad, próxima a la prevenida en el artículo 6.º de la LOPJ (4) española, donde tal vez hubiera sido apropiado completar la previsión con un procedimiento especial como el de «la cuestión de ilegalidad» que contempla la LJCA —arts. 123 a 126 en relación con el art. 27 (5)—.

Pero, al margen, la propia Constitución consagra, en el artículo 200.º, otros procesos *constitucionales* (6): *hábeas corpus*, *hábeas data*, *proceso de amparo*, *acción popular*, *acción de inconstitucionalidad*, *acción de cumplimiento* y *conflictos de competencias y atribuciones*, a los cuales puede ser sometida la actuación de la Administración pública, bien que no con carácter general, y además en procesos que están concebidos también para ser de aplicación entre particulares.

Esta amplia relación de procesos no deja de ser una licencia del constituyente que encuentra justificación —más allá de las críticas que cabe hacer— en diversas razones de índole sustantiva o constitucional (7). Ciertamente, otra podría haber sido la opción y al respecto cabría, perfectamente, haber adoptado el principio de *unificación* jurisdiccional que posibilitara en sede contencioso-administrativa controlar íntegramente la actuación administrativa, por cuanto no existe una razón concluyente que justifique la exclusión del proceso contencioso-administrativo en todos esos supuestos.

No se ha utilizado esa opción y de ahí que el artículo 3.º de la LPCA reconozca la evidencia, tras la enfática rotulación de la «*Exclusividad del proceso contencioso-administrativo*», en estos términos: «*Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso-administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales*».

La impropiedad de la denominación del citado artículo 3.º es, por eso, evidente. El proceso contencioso-administrativo no es el único proceso ante los Tribunales para resolver conflictos jurídico-administrativos; otra cosa es que pueda ser el general o común o, si se prefiere —por oposición a los ordinarios, civil y penal—, el «proceso específico», como a la postre indicaba la Exposición de Motivos que acompañara al Anteproyecto de dicha Ley (8).

(4) «Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa».

(5) «1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición...».

(6) Remito a la obra de E. ESPINOSA-SALDAÑA-BARRERA, *Jurisdicción constitucional. Impartición de justicia y debido proceso*, Lima, 2003, *in toto*.

(7) Vid. las explicaciones de J. DANÓS, cit., págs. 29 y ss.

(8) «El propósito del artículo tercero (3.º) del proyecto es dejar sentado que el proceso contencioso-administrativo es el proceso constitucionalmente previsto para que se ventilen ante el Poder Judicial los conflictos jurídico-administrativos que se generan por el obrar de los entes públicos en ejercicio de potestades administrativas, y que constituye un medio para dar satisfacción jurídica a las pretensiones de los administrados en sus derechos e intereses.

Entiendo que algunos de esos procesos no dejan de ser procesos contenciosos que pueden justificar especialidades procesales, pero en ningún caso la exclusión del orden judicial contencioso-administrativo. Dejando a salvo los conflictos de competencias y atribuciones y la acción de inconstitucionalidad, el resto de procesos constitucionales tienen perfecto encaje en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, con ciertas especialidades procesales (9), y siempre contraídos a actuaciones, en sentido amplio, de la Administración pública. En los procesos de hábeas corpus y hábeas data bastaría disponer de esa especialidad (en nuestro país sólo el primero); el proceso de amparo quedaría, al margen, disponible tras la garantía de la tutela judicial contencioso-administrativa (lo que sucede en general en el ámbito comparado), en tanto la acción popular y la acción de cumplimiento serían, sin más, actuaciones impugnables —como de hecho lo es esta última en la LPCA— en esta sede.

La distribución del conocimiento de estos asuntos entre el Tribunal Constitucional y los jueces de lo penal y de lo civil constituye, por tanto, una peculiaridad del sistema peruano, en general carente de críticas que nos conste, salvo en relación al proceso de *cumplimiento*, que, a juicio de DANÓS, se trata en verdad de un mecanismo procesal referido esencialmente al control jurisdiccional (objetivo) de la Administración que, en lugar de estar consignado en el capítulo de las garantías destinadas a la protección de los derechos constitucionales, bien pudo ser considerado *como una modalidad especial de la acción contencioso-administrativa* (10).

La impropiedad de esa regla de la exclusividad tiene también otras raíces. Esto es lo que sucede cuando se repara en los procesos de *responsabilidad contra la Administración*, que deben seguir no sólo las reglas sustantivas del Código Civil, sino también las rituales del proceso civil en determinados supuestos, como veremos.

De cualquier forma, lo verdaderamente trascendente es la *ratio* última, la exclusividad del control judicial (11), y, con ella, además, la *universalidad* de ese control judicial, que reafirma la constante histórica de la opción por el sistema judicialista en el diseño de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la Administración pública en el sistema jurídico peruano.

Exclusividad del control judicial, residenciado en una u otra sede, que requiere, sin embargo, ulteriores matizaciones. En primer término, por una excepción puntual en la propia LPCA. Me refiero a la *materia contrac-*

---

*La finalidad de dicha norma es proclamar la exclusividad del contencioso-administrativo como el proceso específico para tramitar las pretensiones de los particulares contra la administración pública, sin perjuicio, claro está, de los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, acción de cumplimiento o hábeas data a los que los interesados recurrirán siempre que invoquen la necesidad de proteger sus derechos constitucionales».*

(9) Lo que sucede en España con los procedimientos especiales que regulan los artículos 114 y siguientes de la LJCA de 1998.

(10) J. DANÓS, cit., pág. 33.

(11) También el artículo 106.1 de la Carta Magna española, al disponer: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

*tual* cuando es obligatorio o se decida, conforme a la ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia (numeral 5 del art. 4.º), lo que parece suceder —según DANÓS— en casi todos los contratos administrativos sujetos al amparo de la Ley de contrataciones y adquisiciones, y también en el ámbito de la expropiación en los términos de la Ley General de Expropiación vigente (12).

Excepción que cabe conectar con aquellos supuestos que, según lo dispuesto en el artículo 138.º de la Constitución Política, confieren la función jurisdiccional a otras instituciones distintas del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional como son: el Jurado Nacional de Elecciones, los Tribunales Militares, las Comunidades Campesinas y Nativas y los Tribunales Arbitrales. Todas ellas —al decir de PRIORI (13)—, por mandato expreso de la Constitución, ejercen función jurisdiccional. De ahí que no quepa asegurar la vigencia incondicionada del principio de la exclusividad de la función jurisdiccional entendido como garantía de que todos los actos de la Administración que amenacen o lesionen una situación jurídica de la cual son titulares los ciudadanos puedan ser revisados por el Poder Judicial. Es lo que sucede cuando los Tribunales Arbitrales o los Militares, por ejemplo, (que no están integrados en la organización del Poder Judicial) ejercen esas funciones para resolver determinadas situaciones jurídicas que afectan a sujetos particulares a pesar de tener las mismas su origen en la Administración (en sentido amplio).

### III. LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 4.º se dice llamado a proclamar «el control judicial del universo de actuaciones administrativas», al disponer que procede la demanda contra «*toda actuación realizada en el ejercicio de potestades administrativas*». O, lo que es lo mismo, en sentido contrario, garantizar que ninguna de esas actuaciones queda libre o exenta del control judicial, con independencia de cuál sea la naturaleza de la misma, su contenido, forma de manifestación, finalidad, afectación, etc.

Una previsión como la anterior es lo bastante amplia y general como para no requerir ulteriores puntualizaciones, salvo que se pretenda matizar y reducir su sentido. Sin embargo, el legislador opta por incluir, además, un listado enunciativo de «*actuaciones administrativas impugnables*», que la Exposición de Motivos del Anteproyecto estima «*suficientemente ilustrativo*» o «*con fines meramente ilustrativos*».

Una tal redacción o listado, desde luego, no puede tener otro sentido si se tiene en cuenta la declaración general que le antecede, aunque, a nues-

(12) J. DANÓS, cit., págs. 39 y ss., con alusión a la actual Ley núm. 26752 (denominada Ley General de Arbitraje).

(13) G. F. PRIORI POSADA, *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, 2.ª ed., Lima, 2002, págs. 77 y 116.

tro parecer, era más razonable —para evitar cualquier posible interpretación restrictiva— haber consignado expresamente, en orden a la ratificación de ese carácter meramente ilustrativo, que «son impugnables, *entre otras*, en este proceso las siguientes actuaciones administrativas...».

Este precepto, en el apartado relativo a la declaración general antecitada, conviene relacionarlo con el artículo 1.º, cuando prescribe que «*la acción contencioso-administrativa prevista en el Artículo 148.º de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo...*».

A propósito de estas previsiones, me parece oportuno comentar por separado tanto el significado de ese control jurídico como la noción de Administración pública, a fin de precisar algunas observaciones.

### 1. *El «control jurídico» de la actuación administrativa*

Esta expresión («*control jurídico*»), con independencia de la conveniencia o no de consignarla en el texto legal, tiene por objeto afirmar sin discusión que a los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo corresponde, únicamente, un control en Derecho, descartando —con PRIORI (14)— cualquier posibilidad de control político.

La censura judicial de esa actuación, limitada a términos estrictamente jurídicos y en nombre del Derecho, tiene extraordinaria relevancia para entender en conjunto toda la actuación jurisdiccional en este ámbito, pero muy en particular en relación con determinadas decisiones, como las normativas o las discrecionales, y, en definitiva, respecto a las posibilidades de sustitución de las mismas que competen a los Tribunales. Dejando a un lado ahora el entendimiento que nos merezca el carácter «*subjetivo*» o de «*plena jurisdicción*» del proceso contencioso-administrativo —que fácil será corroborar su vigencia incondicionada en el texto dispositivo de la LPCA—, no podemos olvidar que cualquier afirmación en ese sentido debe atemperarse tomando en consideración las distintas facultades que corresponden a los órganos jurisdiccionales y a la Administración.

Es difícil concebir que en todo caso la labor del juez alcance —como señala dicho autor— a una auténtica sustitución de la decisión administrativa, pues sólo así se brinda una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los ciudadanos. Si esa tesis se admite irrestricta o incondicionadamente, será posible caer en la alternativa, poco plausible respecto a los actos no reglados, de la discrecionalidad judicial frente a la discrecionalidad administrativa, de la que tanto se ha escrito desde posiciones encontradas (15).

(14) G. F. PRIORI, cit., pág. 105.

(15) Vid., por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 2.ª ed., Madrid, 1996; T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 2.ª ed., Madrid, 1997; del mismo autor, *De la discrecionalidad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1998; L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensi-*

A mi entender, como ya puse de manifiesto en otro momento (16), no se cuestionará la admisión de la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial cuando bien, al final del proceso, sólo es posible una única solución porque el margen de discrecionalidad se habrá reducido a cero, tras el control judicial conforme a los elementos que integran éste; bien cuando sólo haya una solución posible en Derecho. En estos casos, más bien excepcionales, el órgano judicial debería poder determinar el contenido de la decisión anulada. Solución que prohíbe la crítica previsión del artículo 71.1 de la LJCA (17), aunque, como señala la Exposición de Motivos, no pretende «coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al Derecho, es decir, mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad...».

Se defiende, insisto en ello, la necesidad de apurar las técnicas a través de las cuales debe procederse a controlar judicialmente la actuación discrecional, su idoneidad y la del Tribunal para valorar, con razonamientos exclusivamente jurídicos, la decisión que se enjuicia. Asimismo, profundizar en la aplicación que de esas técnicas puede hacerse en las diferentes actuaciones discrecionales, ya que no todas ellas presentan caracteres idénticos, y valorar, en fin, la problemática que se afronta en la fiscalización y la resultados que se pueden obtener por vía judicial.

Los límites del control judicial dependen, sobre todo —como dice S. MUÑOZ MACHADO (18)—, del grado de predeterminación legal de las potestades administrativas, de forma que a mayor densidad de la regulación legal, más amplios parámetros para valorar la decisión que los Tribunales enjuician o, en su caso, para sustituirla.

Éste es un apasionante reto, con innegables claroscuros, que seguirá reclamando la atención doctrinal y legislativa. Comparto con el mencionado autor que la aplicación del Derecho no permite que se pongan límites fijos al control jurídico de las decisiones de la Administración; que la intervención judicial habrá de ser tan extensa e intensa como el Derecho permita; que es perfectamente legítima la sustitución de la decisión cuando en el marco del proceso judicial se encuentra otra solución valorada como más justa; que por ello no se conmueve ni uno solo de los pilares sobre los que

---

*dad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1993; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994; M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995; del mismo autor, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid, 1995; M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, 1997; E. DESDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Madrid, 1997.

(16) J. J. Díez Sánchez, *Razones de Estado y Derecho*, Valencia, 1999, págs. 95 y ss.

(17) «Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

(18) S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Madrid, 2004, pág. 503.

asienta, en nuestra Constitución, el equilibrio de poderes. Pero también que es perfectamente razonable cuestionar las extralimitaciones judiciales cuando son fruto de una ilegítima sustitución de la Administración, y que en esos casos se produce un desplazamiento de la ley, que, en definitiva, es la que atribuye a la Administración, y no a los Tribunales, la atención de determinadas tareas de interés general.

## 2. *El concepto de Administración pública*

El artículo 1.º, como el 3.º (no así el 4.º), de la LPCA utiliza la expresión «*Administración pública*» sin concretar a qué entes públicos alude. A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español, que en el artículo 1.2 señala qué se entiende a efectos de la LJCA por Administraciones públicas, cuya coincidencia no es exacta a lo dispuesto en el artículo 2 de la LRJ-PAC, el legislador peruano implícitamente nos remite al concepto que al respecto utiliza la LPA en su artículo 1.º.

Superando cualquier noción al uso en el ámbito comparado, la LPA utiliza un concepto no orgánico, sino funcional, que permite englobar a todos los poderes públicos cuando sus actividades «*se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de la ley que las refiera a otro régimen*» (art. I.7), o, si se prefiere, cuando estemos ante «*actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades*» (art. II.1).

No es dudoso, creo, que la noción manejada por la LPA es, sin fisuras, la que debemos aplicar en el orden contencioso-administrativo, pero únicamente cuando su actuación quede sujeta al Derecho Administrativo o al Derecho Público, por constituir ejercicio de «*potestades administrativas*» o realizar «*funciones administrativas*», conforme a la terminología contenida en los citados preceptos de la LPCA. Es independiente, sin embargo, que los derechos afectados sean de naturaleza privada (patrimonial o personal).

El ámbito subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa abarca, pues, aquellas competencias propias o paradigmáticas de dicho orden (que serían estrictamente las actuaciones de la Administración pública sujetas al Derecho Administrativo) y las competencias de atribución o adicionales por razones materiales o de otra índole (que serían las actuaciones de otros órganos o poderes constitucionales no integrados en el seno de la Administración pública, en ciertos casos sustantivamente análogos a los anteriores, y las actuaciones de sujetos privados que actúen funciones públicas).

Es obvio, *sensu contrario*, que ni toda la actuación de la Administración pública propiamente tal está sujeta al posterior control contencioso-administrativo ni, por otro lado, cabe entender que todas las actuaciones de la Administración pública en el sentido amplio del artículo I de la LPA quedan sujetas al mismo.

Nuestra coincidencia de partida con PRIORI (19) en que el control de las actuaciones administrativas sujetas al Derecho Administrativo significa que cualquier otra actuación de la Administración que deba regirse por otras reglas no debe ser materia de control a través de un proceso contencioso-administrativo, sino a través del proceso correspondiente.

Pero ¿regula el Derecho Administrativo todas las actuaciones de los distintos entes o entidades que contempla el artículo 1.º de la LPA? ¿Todas las funciones o potestades de esos entes o entidades son funciones administrativas? ¿Todas las potestades que son susceptibles de ejercitarse por todos esos entes o entidades son potestades administrativas?

Indudablemente, no. Es de suponer que se requieren múltiples matizaciones y precisiones, que aquí no cabe hacer sino a título meramente ejemplificativo, para llegar a entender con exactitud cuándo procede el recurso contencioso-administrativo.

Esto es lo que sucederá, creo, de entrada, con todos los órganos que no sean o no estén integrados en la organización administrativa en sentido propio, y que —se supone— disponen de normas y leyes especiales, que no forman parte del Derecho Administrativo como «*Derecho referido a un tipo determinado de sujetos, las Administraciones Públicas*», en el concepto estatutario que de esa rama del ordenamiento comparto con los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (20). Sí será Derecho Público —al igual que el Derecho Administrativo— pero como parcelas independientes integrando el llamado Derecho Constitucional, Derecho parlamentario, Derecho judicial, etc.

De ahí, de la actividad de esos órganos o poderes que no son propiamente Administraciones públicas, habrá que extraer e identificar las actuaciones que coinciden con las funciones y potestades administrativas (por ejemplo, siguiendo la línea marcada por nuestros artículos 1.3 —actos de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho Público— y 2.a) LJCA —los llamados actos de gobierno, actos políticos o de dirección política, como actos procedentes de los máximos órganos de gobierno—, o cualquier otra fórmula análoga).

Tarea que resulta necesaria, asimismo, en relación con la Administración pública en sentido estricto, incluso cuando la misma se desenvuelve en el ámbito del Derecho Privado, por cuanto es pertinente atender a la teoría de los *actos separables* para comprender la doble sujeción, al Derecho público y al privado, de determinadas actuaciones conexas (caso de los contratos de la Administración, si se admite la *contratación* conforme a ambas ramas del ordenamiento, o en los supuestos de *responsabilidad patrimonial* contractual y extracontractual). Ambos supuestos objeto de precisión en cuanto al alcance del conocimiento por esta jurisdicción en la LJCA, toda vez que siempre han sido actuaciones a caballo entre esta jurisdicción y la civil. Precisamente por esa razón, la

---

(19) G. F. PRIORI, cit., págs. 105 y 144.

(20) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11.ª ed., Madrid, 2002, pág. 43.

puntualización que el artículo 2.*b*) realiza en torno a la contratación pública cuando los contratos se rigen por el Derecho Privado y, con mayor detalle, en relación con la responsabilidad patrimonial. Respecto a ésta, el artículo 2.*d*) —tras la reciente modificación— parece haber conseguido, definitivamente, la unificación jurisdiccional al optar por residenciar en sede contencioso-administrativa cualquier tipo de responsabilidad, aun cuando no sea imputable exclusivamente a la Administración pública (21).

Otro tanto será necesario, seguramente, en relación con las cuestiones relacionadas con el Derecho laboral o social, teniendo en cuenta que la partición jurisdiccional —al menos en España— ha sido siempre conflictiva entre ambos órdenes (contencioso-administrativo y social), al no fundamentarse el criterio de distribución ni en el carácter del órgano ni en el del acto, sino en el área jurídica. En España, aun a pesar de lo dispuesto en la disposición adicional 5.<sup>a</sup> LJCA, los Tribunales de lo contencioso-administrativo siguen considerándose competentes para conocer de cuestiones que, en principio, corresponderían al orden social, en tanto que el casuismo dificulta la rígida aplicación de las reglas de reparto contenidas en dicho precepto. Ninguna previsión contiene la LPCA al respecto y, a propósito del *principio de integración* que contiene el artículo 2.º, PRIORI (22) se limita a indicar que sobre dicho principio resulta necesario, además, aclarar que la controversia administrativa planteada ante el Poder Judicial puede versar sobre los más diversos temas: cuestiones laborales, tributarias, mineras, aduaneras, etc.

Quedaría también por perfilar el no menos problemático asunto de las funciones administrativas de la heterogénea constelación de organismos o autoridades llamados independientes; así como, desde otra dimensión, las cuestiones prejudiciales e incidentales que correspondan al orden contencioso-administrativo aunque no pertenezcan al orden administrativo y sus limitaciones.

Dicho lo anterior, por último, es conveniente retener que la jurisdicción civil —como jurisdicción ordinaria— gozará, entiendo, de la *vis atractiva* sobre el proceso contencioso-administrativo, en tanto proceso especializado.

Existen, pues, sólidos argumentos para entender que esa *universalidad* sólo cabe estimarla «relativa» en la medida que existen materias que no se encuadran en el ámbito objetivo de este proceso. A la postre, en España como en Perú —tal vez aquí todavía más claramente—, no se ha conseguido, ni seguramente se conseguirá en el futuro, que la jurisdicción conten-

---

(21) El texto de ese precepto ha quedado como sigue, tras la modificación introducida por la disposición adicional 14.<sup>a</sup> de LOPJ, Ley 19/2003, de 23 de diciembre: «El orden contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: ... e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad».

(22) G. F. PRIORI, cit., pág. 123.

cioso-administrativa responda a un planteamiento estrictamente *subjetivo*, *id est*, que responda al origen de lo actuado en la Administración pública (razón del sujeto), con independencia de las fórmulas jurídicas de sujeción a uno u otro sector del ordenamiento.

#### IV. LA CONSAGRACIÓN DEL CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO PROCESO DE PLENA JURISDICCIÓN

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

Plena jurisdicción que constituye, según parece, *«una de las premisas capitales»* de la Ley, considerando *«que toda tesis que pretenda reducir las potestades de la magistratura en orden a encauzar la legalidad de la actuación administrativa es contraria a la lógica de un Estado de Derecho, en el que es consubstancial que los jueces puedan ejercer sin restricciones el control jurídico de la administración pública, en tutela del orden constitucional y de los derechos e intereses de los ciudadanos»* (Exposición de Motivos).

Contribuyen sustantivamente a establecer ese proceso de plenitud jurisdiccional las previsiones de los artículos 1.º, 4.º, 5.º, 11.º y 38.º, aunque deslucen un tanto este entendimiento algunos puntos problemáticos como el anunciado del resarcimiento de daños y perjuicios o la actividad probatoria.

Dejando a un lado la progresión evolutiva del proceso contencioso-administrativo desde su origen en la *«mostruosa construcción revolucionaria»* —como la calificara GONZÁLEZ PÉREZ (23)— hasta nuestros días (24), paulatinamente este orden jurisdiccional ha ampliado —en cualquier sistema jurídico de régimen administrativo— su ámbito objetivo de conocimiento hasta lograr prácticamente la universalidad en el sentido recientemente expuesto y, asimismo, en el alcance de sus facultades decisorias.

No es dudoso constatar cómo en cualquiera de esos sistemas se ha alcanzado —desde hace tiempo y con independencia de las fórmulas utiliza-

(23) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Hispanoamericano*, Bogotá, 1995, pág. 5.

(24) Remitimos a las obras de J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Madrid, 1998, y *Jurisdicción contencioso-administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, 1998.

das— el pleno control jurisdiccional respecto a los llamados *derechos subjetivos típicos o activos* —en la apropiada terminología de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (25)—, que no son sino los derechos clásicos del Derecho Privado, identificables con aquellas pretensiones activas frente a la Administración para la consecución de prestaciones patrimoniales, o de respeto de titularidades jurídico-reales, o de vinculación a actos procedentes de la propia Administración, o de respeto a una esfera de libertad formalmente definida.

Más problemática y menos concluyente ha sido, sin embargo, la normalización del control en relación con los *intereses legítimos*. En estos casos ha resultado más costoso asumir que cuando el ciudadano ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa, el ordenamiento, en el servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses. Esto es, la asunción de que el ordenamiento le reconoce un *derecho subjetivo reaccional o impugnatorio*, como subrayan aquellos autores.

La consideración actual de que entre unos y otros derechos no hay diferencia en lo esencial, puesto que ambos son —o se reconocen— sin discusión verdaderos derechos subjetivos, y su funcionalidad es la misma de cara al proceso contencioso-administrativo, donde pueden hacerse valer al mismo tiempo acciones de una u otra índole (salvo en el sistema de doble jurisdicción vigente en Italia desde la reforma de los años veinte del pasado siglo), es la última gran conquista que nos deparan los modernos ordenamientos jurídicos. Conquista porque en esos supuestos no cabía apreciar la vigencia de un proceso de plena jurisdicción, sino exclusivamente *un proceso al acto*, donde la decisión judicial estaba limitada a la simple anulación del acto impugnado, aun cuando con efectos *erga omnes*.

En la actualidad, esa concepción podemos entenderla superada. Lo que se impone es el reconocimiento de que quien recurre ostentando un interés legítimo (ya sea por un perjuicio que el acto cause o un beneficio que de su eliminación resulte al recurrente), en realidad defiende sus derechos, o al menos sus intereses propios, y no la legalidad abstracta. El recurso en estos supuestos constituye un mecanismo de satisfacción de intereses subjetivos, de lucha por el propio derecho, como dirán GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (26). Se trata —añaden, y esto es lo esencial— de un específico derecho subjetivo, de un derecho para defender la libertad cuando es ilegalmente vulnerada por la Administración, cuya tutela en toda su plenitud corresponde garantizar igualmente a los Tribunales contencioso-administrativos.

Con estas premisas, en cualquiera de esos casos, el recurso es siempre *subjetivo* o de protección de un verdadero derecho subjetivo y, por ello, de

---

(25) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 8.ª ed., Madrid, 2002, pág. 36.

(26) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *cit.*, pág. 38.

*plena jurisdicción*, entendiendo que cabe pretender —y obtener— no sólo la declaración de nulidad, total o parcial, de la decisión administrativa (sentencia declarativa), sino también las sentencias de condena a la Administración de hacer o no hacer, en función del objeto del proceso.

Esto es lo que sucede en Francia, donde, desde la reforma del contencioso-administrativo de 1990, las llamadas *situaciones protegidas mediante recursos objetivos* permiten al recurrente solicitar pronunciamientos y ejecuciones que le favorecen, admitiendo el Consejo de Estado la imposición de *injonctions* o conductas de hacer a la Administración demandada e, incluso, multas coercitivas para forzar su voluntad. Otro tanto ocurre en Alemania (27), en la medida que su sistema contencioso gira en torno al concepto de *lesión jurídica subjetiva ex artículo 19.4 Ley Fundamental*, o en Italia, al concebir la tutela de los intereses legítimos como posiciones o *situaciones jurídicas* subjetivas materiales.

En España, siguiendo el modelo francés pero con la calificación jurídica italiana de *intereses legítimos* (así, a nivel constitucional, en el art. 24), es claro que cualquier *situación jurídica individualizada* puede transformarse en un recurso de plena jurisdicción. Nuestra jurisprudencia había avanzado ese reconocimiento, hoy expresamente plasmado en la LJCA de 1998 —arts. 31.2 y 71.1.b)—, si bien con la huella de aquella distinción histórica.

Reconocimiento y plasmación inevitables, consecuencia de las normas directamente aplicables sancionadas por la Constitución de 1978. Especialmente las consignadas en el artículo 24, al consagrar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y en los artículos 103.1, 106.1 y 117, al sujetar a la Administración pública de forma plena a la Ley y al Derecho, incluir la jurisdicción contencioso-administrativa en el Poder Judicial y delimitar el alcance de su potestad de control sobre la Administración pública. La conjunción de estos preceptos no deja lugar a dudas acerca de la protección judicial, sin excepciones, de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, con independencia de la procedencia de la actuación y sin prever peculiaridad alguna en relación con la Administración pública.

La dogmática falta de plenitud jurisdiccional ejercida en este proceso ha quebrado, pues, definitivamente. Se afirma, por el contrario:

- la universalidad del proceso contencioso-administrativo, que alcanza a toda la actuación pública en sentido amplio, o, en otras palabras, a cualquier comportamiento ilícito de la Administración (esto es, incluyendo la actividad prestacional, las actividades negociales de diverso tipo, las actuaciones materiales o las inactividades u omisiones de actuaciones debidas);
- la concepción del proceso como un auténtico juicio entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la parte actora por razón de una actuación administrativa;

---

(27) Remito a la obra de S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, 1993.

- la justicia provisoria o cautelar como manifestación inequívoca de fiscalización plena extendida al carácter inmediatamente ejecutivo de los actos administrativos (28);
- la posibilidad de ejercer pretensiones de condena (de hacer o no hacer) a la Administración en relación con la totalidad del ámbito objetivo propio de la jurisdicción contencioso-administrativa;
- la necesidad de que esas acciones de condena alcancen a restituir la integridad de los derechos o intereses del recurrente violados, y la ejecución forzosa de los pronunciamientos judiciales dictados.

Incluso en los supuestos tasados de *acciones populares*, en los que los recurrentes ocupan la posición del Ministerio Fiscal sin luchar por sus intereses o derechos propios, cabe reconocer que se trata de una técnica de protección de derechos colectivos en el sentido del artículo 7.3 de la LOPJ, que no excluye en absoluto el aspecto subjetivo y, por tanto, que los pronunciamientos judiciales puedan ser de condena, como lo prueba una extensa jurisprudencia que nos recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (29).

Algún dogma sigue vigente en el ordenamiento español. Es el caso del régimen de inembargabilidad de los bienes públicos (30), bien que muy atemperado al quedar limitado, conforme al artículo 132.2 de la Constitución, a los «bienes de dominio público y a los comunales» (31).

En ese proceso de plena normalización de la justicia administrativa se inscribe, como decimos, la LPCA peruana. Algunos extremos permiten corroborarlo sin discusión alguna, comenzando por la declaración que enuncia su artículo 1.º, encomendando a la acción contencioso-administrativa la finalidad garantizadora de «*la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados*». Bastaría esta previsión para estimar que la efectividad de esta protección no admite restricciones por razón del tipo o clase de situación jurídica, o por razón de la entidad de la afectación, o por el comportamiento administrativo, su ilicitud o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza. Tampoco admitiría limitaciones en orden a las pretensiones que pudieran ejercitarse, en tanto serían asumibles aquellas que permitieran entender que otorgan en plenitud la tutela judicial.

Algunas de estas derivaciones son, no obstante, con buen criterio, objeto de previsiones expresadas en la Ley, que reafirman su sentido. Al margen de la aludida *universalidad*, resulta trascendente el reconocimiento que el artículo 11.º efectúa de la legitimación para obrar activa. Esa trascendencia es evidente desde el momento que se otorga o reconoce a quien sea «*ti-*

---

(28) Remito a la obra de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 2.ª ed., Madrid, 1995; y, asimismo, a la coherente regulación que efectúan de estas medidas los artículos 35.º a 37.º de la LPCA. Más criticable es la previsión del artículo 130 de nuestra LJCA.

(29) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, cit., pág. 40.

(30) Otro tanto sucede en Perú, conforme a la amplia ilustración que ofrece PRIORI, cit., págs. 258 y ss.

(31) Remito a las obras de L. A. BALLESTEROS MOFFA, *Origen y evolución histórico-normativa del privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos*, León, 2000; así como *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000.

tular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnada materia del proceso». Esto es, comprendiendo, sin distinciones, tanto las situaciones jurídicas sustentadas en derechos subjetivos activos como en esos otros que hemos dado en llamar derechos subjetivos reaccionales, conocidos asimismo doctrinal o legislativamente como intereses legítimos (32). Derechos que alcanzan, en la fórmula de la legitimación mediante la «acción popular», a los intereses difusos o colectivos con la regulación contenida en el artículo 12.º (33).

La plena jurisdicción se asienta, asimismo, en la amplitud de las *pretensiones* que pueden ejercitarse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.º en atención al objeto del proceso, y correlativamente aceptarse en la resolución judicial conforme establece el artículo 38.º. Aquellas pretensiones pueden quedar limitadas a la simple revisión del acto y, por ello, a la declaración de su invalidez o ineficacia; o acumularse a ellas el reconocimiento (negado por la Administración) o el restablecimiento (restitución o recuperación de la titularidad) del derecho o interés con la adopción de cuantas medidas resulten necesarias a tal fin. Pero igualmente, en su caso, procederán demandas solicitando la declaración de ilicitud de una actuación material (vía de hecho) y cese de la misma, como, cuando proceda, la demanda de obligar a la Administración a realizar actuaciones debidas (inactividad material).

En congruencia con esas pretensiones, el *pronunciamiento judicial*, de estimar fundada la demanda, podrá ser una *sentencia declarativa* (34) y/o *de condena* a la Administración.

Al igual que PRIORI (35), convengo en la necesidad de haber mantenido la previsión del artículo 42.º del Proyecto, excepcionando el principio de congruencia, al objeto de permitir al órgano jurisdiccional declarar la nulidad total aun cuando se hubiera solicitado la parcial (o al revés) de la decisión administrativa, toda vez que el proceso contencioso, a diferencia del civil, no tiene la naturaleza de un proceso dispositivo en sentido estricto. La imposibilidad de que el juez pueda ostentar esta facultad será fuente, muy probablemente, de conflictos sin sentido.

Esa restricción parece también un contrasentido al compararla con otras facultades judiciales. Lo que se aprecia al comprobar que el juez sí puede adoptar —como es lógico desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva— cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada o amenazada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda. O, en caso de condenar a la Administración a la cesación de la actuación material que no se sustente en

(32) Así también G. F. PRIORI, cit., pág. 105.

(33) «Cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un **interés difuso**, tendrán legitimidad para iniciar el proceso contencioso-administrativo: 1. El Ministerio Público, que en estos casos actúa como parte. 2. El Defensor del Pueblo. 3. **Cualquier persona natural o jurídica**».

(34) En línea con lo dispuesto en el artículo 12 de la LPGA.

(35) G. F. PRIORI, cit., pág. 247.

acto administrativo, la adopción de cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia.

Más trascendentes son, sin embargo, algunas de las quiebras sustanciales a la plenitud de la plena jurisdicción.

La primera de ellas es la relativa a la *prueba* en el proceso contencioso-administrativo. El artículo 27.º deja claro que en él «*la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, no pudiendo incorporarse al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en etapa prejudicial*». Una previsión de esta índole —muy diferente a la consignada en el mismo artículo del Proyecto— es la propia de un proceso objetivo o de revisión, no de un proceso subjetivo o de plena jurisdicción que pretenda garantizar en su integridad el derecho a la tutela judicial efectiva.

Es factible, sin duda, estimar la inconstitucionalidad de esta previsión (36), invocando las garantías que son inherentes a la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva. Inconstitucionalidad que alcanzaría a la interpretación del artículo 27.º (37), si con ello se afirma la preclusión de toda posibilidad de incorporar al proceso hechos que no había sido posible probar en el procedimiento, por no haberse producido o eran desconocidos, y que pudieran en consecuencia considerarse como hechos nuevos, en línea con lo previsto en el mismo artículo del Proyecto.

Creo, no obstante, que cabe también interpretar las posibilidades que ofrece el artículo 29.º (38) y, con un entendimiento finalista, admitir que —de oficio— cabe la incorporación de otros medios de prueba distintos a aquellos que se utilizaron en el procedimiento.

Carece de sentido, por otra parte, si la interpretación de la misma excluye toda actividad probatoria que plantee en el proceso un tercero que no haya sido parte en el previo procedimiento administrativo, como indica el mismo autor. Aunque esa dificultad cabría salvarla, a nuestro juicio, entendiendo que el precepto no contempla ese supuesto —por tanto, tampoco lo excluye—, al limitarse a las partes que han participado en el procedimiento y a las actuaciones por ellas propuestas.

Al respecto, ha sido tradicional en la legislación española (dejando al margen el precedente de la primera Ley de 1888) la no reducción de la actividad probatoria en el proceso al control de las pruebas practicadas en la vía administrativa (39), de tal modo que el supuesto carácter revisor de la jurisdicción no se entendía quebrado por la aportación y práctica de me-

(36) De este parecer, G. F. PRIORI, cit., pág. 211.

(37) «*Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, debiendo acompañarse todos los documentos y pliegos interrogatorios en los escritos de demanda y contestación...*».

(38) «*Pruebas de oficio. Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes*».

(39) La Exposición de Motivos de la LJCA de 1956 reconocía que «*se confieren en este proceso las garantías necesarias para que constituya un perfecto instrumento de la administración de justicia que no puede impartirse con la mediatización de las posibilidades probatorias de las partes ante el órgano jurisdiccional...*».

dios nuevos de prueba (40). Tradicional ha sido, por otro lado, que la LJCA haya remitido la regulación de la prueba a las normas generales de la LEC, disponiendo, no obstante, algunas previsiones específicas (en la actualidad, arts. 60 y 61), las cuales subrayan los amplios poderes directivos del órgano judicial en el triple sentido de: *a)* declarar cuándo es pertinente; *b)* acordarla de oficio, en su caso; y *c)* acordar los medios de prueba.

La concepciones ya reiteradas de que el proceso contencioso-administrativo no es una mera prolongación del previo procedimiento administrativo, la diferente finalidad y práctica de esas pruebas en una u otra vía, y la plenitud de la tutela jurisdiccional efectiva, entre otras poderosas razones, abogan decididamente por la eliminación de privilegios administrativos respecto al conjunto de la actividad probatoria en sede previa, y por la admisión de las pruebas que resulten pertinentes para garantizar el derecho de defensa (41).

La reciente STC 3/2004, de 14 de enero, reconoce el amparo solicitado y anula, por arbitrariedad de la motivación, la sentencia dictada por un órgano judicial contencioso-administrativo conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva. La aludida sentencia constitucional, reiterando su doctrina acerca del contenido esencial de este derecho fundamental en materia probatoria y las consecuencias de su incumplimiento total o parcial por los órganos judiciales, aprecia esa arbitrariedad al denegar al demandante la práctica de determinadas pruebas documentales y, posteriormente, reprocharle la falta de aportación de cualquier documento del que pudiera deducirse el hecho litigioso.

La segunda es la relativa a las *pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios*, o, lo que es igual, las *indemnizaciones*. La LPCA no incluye esta acción —o al menos no expresamente, en el art. 5.º— entre las pretensiones que pueden ejercerse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta ausencia es difícilmente explicable, en tanto se trata de una de las pretensiones características del ámbito objetivo de esta jurisdicción, consustancial para estimar su plenitud y garantizar la efectiva tutela judicial.

No obstante, la LPCA no se olvida completamente de esta cuestión crucial; de ahí que el artículo 26.º disponga al respecto: «*La pretensión de indemnización de daños y perjuicios se plantea como pretensión principal, de acuerdo a las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil*». Cabe entender que el legislador ha decidido —a diferencia de lo previsto en el Proyecto de Ley— excluir de la aplicación del Derecho Administrativo la materia resarcitoria, y con ello del conocimiento de esta jurisdicción la correspondiente tutela, al reenviar a las reglas sustantivas y adjetivas del Derecho común. Entendimiento que parece confuso ya que se reserva ese doble reenvío úni-

(40) Así expresamente lo reconocía la STS de 17 de noviembre de 1988, de la que da cuenta F. CORDÓN MORENO, *El Proceso contencioso administrativo*, Pamplona, 1999; o la STS de 31 de enero de 1996, que señala la finalidad de lograr con el trámite de prueba «*el convencimiento del Juzgador sobre la realidad de los hechos alegados*».

(41) Remito a los comentarios de J. DANÓS, cit., págs. 54 y ss., y a las referencias doctrinales que allí se mencionan.

camente en caso de que la pretensión resarcitoria se plantee como pretensión *principal*. Esto es, sólo cuando tal pretensión sea bien autónoma o bien la relevante respecto a otras que se acumulen en la demanda (42). En tanto, en cualquier otro caso, *sensu contrario*, lo que procede es aplicar el Derecho Administrativo y sujetar la pretensión al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta interpretación puede estimarse convincente, pero resulta a todas luces injustificable para dar sentido y coherencia a este instituto. Ninguna razón objetiva o esencial puede aportarse para adoptar, con base exclusivamente en el tipo de pretensión que se ejercite, un tratamiento de la responsabilidad administrativa sometido al Derecho común o al Derecho estatutario y, por ende, al Derecho procesal civil o al Derecho procesal administrativo. El nacimiento de la responsabilidad administrativa, su régimen y su tutela judicial pueden ampararse en razones sustanciales (por ejemplo, en la sujeción de determinadas actuaciones administrativas al Derecho Privado), justificando esa dualidad de regímenes y de partición jurisdiccional, pero no por aquella causa, que está llamada, con seguridad, a peregrinajes judiciales innecesarios, como ha venido sucediendo en España.

Sucede, sin embargo, que el sinsentido e incoherencia de esta disposición se hace más evidente cuando se repara en las previsiones de la LPGA, cuyo Título V, intitulado «*De la responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio*», artículos 238 a 242, establece el régimen de Derecho Administrativo aplicable en este caso. Esta más que evidente anomalía requiere salvarse con prontitud, convincentemente con la solución aportada por esta última Ley.

El resto de disposiciones de la LPCA que aluden a la tutela resarcitoria deberán por ello aplicarse cuando la pretensión de esta índole no sea principal. Nos referimos a las contenidas en el artículo 13.º.3, que considera Administración demandada a «*la entidad administrativa cuyo acto u omisión produjo daños cuyo resarcimiento está siendo discutido en el proceso*»; y en el artículo 38.º, cuyo apartado 3 faculta al juez para «*la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento*» (se refiere a la cesación de la actuación material), y el 4 con la misma redacción referida al incumplimiento de la realización de una actuación debida.

La legislación española, en los dos últimos decenios, ha sufrido sucesivas modificaciones en un decidido propósito de unificar el régimen sustantivo, procedimental y procesal de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En relación con lo que ahora nos concierne, la más reciente modificación, operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica tanto la LOPJ como la LJCA, ha dado la última vuelta de tuerca para residenciar exclusivamente en sede contencioso-administrativa el control judicial de la entera responsabilidad de la Administración, aun cuando en esa responsabilidad haya concurrencia de sujetos

(42) En semejantes términos, G. F. PRIORI, cit., pág. 159.

privados e incluso los riesgos estén asegurados (43). Se supone que, a partir de estos nuevos postulados, definitivamente no cabrá que el orden jurisdiccional civil o el laboral puedan conocer de reclamaciones sobre esta materia.

## V. EL AGOTAMIENTO PREVIO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Es claro que las actuaciones susceptibles del control judicial contencioso-administrativo proceden «*conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso...*», como se encarga de establecer el primer inciso del artículo 4.º.

Como recuerda DANÓS, esta exigencia viene impuesta por lo establecido en el artículo 148.º de la Constitución Política, que, conforme adelantamos, condiciona la procedencia de la impugnación judicial de las actuaciones administrativas a aquellas que causen estado. Exigencia que, sin embargo, se ha flexibilizado —como indica el mismo autor— en el ámbito de la Ley reguladora de los procesos de amparo y, por extensión, también en los procesos de hábeas data y de la acción de cumplimiento en atención a la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano (44).

Nada hay, pues, que objetar al texto del artículo 18.º de la LPCA, que establece como «*requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o por normas especiales*», ya que se limita a cumplir con el mandato constitucional.

Salvo excepciones (posibles previsiones de leyes especiales y lo dispuesto en el art. 19.º), el cumplimiento de este requisito debe atenerse a lo preceptuado por el artículo 218.º de la LPGA, que, a juicio de DANÓS (45), viene siendo objeto de una interpretación excesivamente formalista, en detrimento del principio de *favorecimiento del proceso* recogido en el artículo 2.º.3 de la LPCA.

(43) La redacción del artículo 9.4 de la LOPJ ha quedado en este punto como sigue: «... Conocerán asimismo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas directamente responsables de aquéllas».

En tanto la redacción del artículo 2.e) de la LJCA dice ahora: «El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: ... La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad».

(44) J. DANÓS, cit., págs. 36 y 52.

(45) J. DANÓS, cit., pág. 53.

Las excepciones del artículo 19.º no modifican en realidad esa exigencia, ya que están justificadas por razones perfectamente comprensibles. Es el caso de las demandas que interpone la Administración para anular sus propios actos; cuando se trate de omisiones o incumplimientos en la actuación material debida, donde se prevé un trámite semejante al del proceso constitucional por incumplimiento y análogo al previsto en nuestra LJCA —que en el fondo no deja de ser un trámite asimismo análogo al de agotar la vía administrativa, si no formal, sí material—, y en el supuesto de terceros ajenos al procedimiento cuando la actuación administrativa afecta a sus derechos o intereses.

Estamos, pues, ante el formidable privilegio de la *autotutela administrativa* que consagran la generalidad de ordenamientos de régimen administrativo (46). También en España cabe decir que la Constitución no sólo no deroga, sino que afirma implícitamente (art. 106.1) y confirma abundante doctrina constitucional, este privilegio, con el cual la Administración ostenta la capacidad de innovar ejecutoriamente en las relaciones jurídicas de que es parte y de imponer sus decisiones frente a pretensiones o resistencias contrarias.

Su simple vigencia —justificada en asegurar la mejor gestión de los servicios públicos, lo que no es incontestable— explica —como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (47)— la peculiaridad de la justicia contencioso-administrativa y, muy en particular, que la actuación judicial haya de producirse normalmente *ex post facto* o *a posteriori* de la actuación administrativa, y además respetando el ámbito de responsabilidades que la Constitución asigna a los órganos constitucionales, de donde se infiere que ese control judicial sólo puede versar sobre la legalidad de la actuación de la Administración.

Es evidente, en consecuencia, que el juez conocerá habitualmente de la actuación administrativa a través de la técnica impugnatoria de actos o disposiciones previos dictados y normalmente en trance de ejecución. De ahí, asimismo, que el carácter *revisor* podamos seguir utilizándolo, convencionalmente, en cuanto se entienda que mayoritariamente los recursos contencioso-administrativos se suscitan tras una decisión administrativa. A la postre, la técnica impugnatoria no es sino el supuesto normal con el que el ciudadano se enfrenta a la Administración contra sus actos, expresos o presuntos, en orden a interponer el recurso contencioso-administrativo, lo que en absoluto agota las posibilidades de acciones procesales en manos de los ciudadanos y de conocimiento en las de esos órganos judiciales.

Es ya referencia común considerar que, en líneas generales, los recursos administrativos constituyen un privilegio para la Administración y una carga para los ciudadanos, más aún teniendo en cuenta que las impugna-

---

(46) Remito a las sugerentes explicaciones críticas de la decisión ejecutoria y otras posiciones singulares de la Administración de Justicia contenidas en la obra de S. MUÑOZ MACHADO, cit., págs. 602 y ss.

(47) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, cit., pág. 563.

ciones no paralizan o suspenden la ejecución del acto (así, art. 111 LRJ-PAC o art. 216 de la LPGA peruana) (48).

Ya adelanté en otro momento mi parecer, coincidente con el de los autores indicados, en torno a la conveniencia de facilitar el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa sin necesidad de agotar con carácter general la vía administrativa (tal y como sucede en los supuestos del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, arts. 114 y siguientes de la LJCA). En ese sentido, insisto en que el recurso administrativo debería tener en todo caso carácter facultativo (49), no constituyendo, por tanto, un presupuesto procesal para el acceso a los Tribunales. Cuestión que no deja de ser, en España al menos, una opción legislativa, toda vez que no viene impuesta por la Constitución.

Recientes decisiones del Tribunal Constitucional han venido a otorgar amparos y anular, por consiguiente, decisiones judiciales previas relacionadas con el agotamiento de la vía administrativa, enervando formalismos y privilegios administrativos innecesarios. Es el caso de las SSTC 113/2003, de 16 de junio; 122/2003, de 17 de junio; 165/2003, de 29 de septiembre, y 220/2003, de 15 de diciembre, aunque con ellas no se cuestione, en lo esencial, la vigencia de esta exigencia legal que impone el artículo 109 de la LRJ-PAC.

En el ámbito comparado, tiene carácter facultativo el único recurso administrativo (jerárquico) que dejó vigente la reforma de 1971 en Italia; lo mismo que sucede en Francia, salvo que una norma especial imponga su naturaleza preceptiva (50). En Alemania, según el tipo de acciones a ejercitar en vía contencioso-administrativa o por otras razones como la aplicación del silencio administrativo, rige un sistema mixto de recursos obligatorios o potestativos (51).

## VI. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CONDENA AL PAGO DE CANTIDAD LÍQUIDA

La LPCA contiene la necesaria regulación en torno a la ejecución de las sentencias judiciales. Además de la previsión del artículo 40.º reconociendo que *«la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente al Juzgado o Sala que cono-*

(48) Remito a las críticas respecto al régimen de recursos en la legislación española contenidas en las obras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, II, cit., págs. 513 y ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El Derecho Público de finales de siglo*, Madrid, 1997, o J. J. Díez SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo y la doctrina constitucional*, Madrid, 1992, págs. 123 y ss., entre otros.

(49) Otro tanto, M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, 1996, pág. 361; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas», en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, págs. 185 y ss., y G. F. PRIORI, cit., pág. 201, entre otros.

(50) M. J. SARMIENTO ACOSTA, cit., págs. 376 y ss.

(51) S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, cit., págs. 366 y ss., y M. J. SARMIENTO ACOSTA, cit., pág. 380.

*ció del proceso en primera instancia» (52), ratificando así de manera enfática (53) esta función jurisdiccional, y la del artículo 41.º estableciendo el deber personal de cumplimiento de la sentencia, que determina, entre otros aspectos del máximo interés, quién es el responsable de satisfacer el contenido del mandato judicial, el artículo 42.º resulta clave al regular la ejecución de obligaciones de dar suma de dinero.*

Este precepto, con la nueva redacción dada por la Ley núm. 27684, de 16 de marzo de 2002, que modificó íntegramente el anterior, contiene un minucioso detalle del procedimiento para hacer efectivas esas decisiones, que se resume en el esquema ofrecido por DANÓS, al que remito. Dicho procedimiento y sus reglas —al decir de esta misma doctrina— relajan el cumplimiento de las sentencias al establecer topes presupuestales y plazos dilatados para satisfacer los compromisos (54), resucitando además normas que el Tribunal Constitucional había declarado incompatibles con los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad. De ahí que entienda que los órganos judiciales deberán ejercer el control difuso o realizar una interpretación de las citadas normas legales de conformidad con los indicados derechos constitucionales.

Basta una superficial comparación de la actual previsión con el texto del artículo 42.º originario (55) para compartir la anterior apreciación. En él cabía la ejecución provisional —por las razones que se explicaban convincentemente en la Exposición de Motivos del Proyecto—; se imponía un fugaz plazo para iniciar la tramitación de la modificación presupuestaria, en caso de que fuera necesaria, a partir de la notificación de la sentencia; se fijaba en cuatro meses desde aquella notificación el inicio del proceso de ejecución forzosa (excluyendo los bienes de dominio público); y se preveía que antes del transcurso de los tres meses desde la notificación cabía a la Administración proponer alguna otra modalidad de pago menos gravosa para la Hacienda pública (56).

El problema de la ejecución de las sentencias que condenan a la Administración al pago de una cantidad líquida —también las de condena a la realización de actividades debidas, que dejamos al margen— mantiene su vigencia en la práctica, aun cuando se adopten disposiciones que pretendan superar los dogmas del *privilegium fisci* y de la legalidad presupuestaria. La realidad se resiste a la aplicación de la regulación en este punto en el panorama del Derecho comparado, como sostiene GONZÁLEZ PÉREZ (57), a pesar de los procedimientos de ejecución forzosa, incluso de las sustituciones en su efectiva ejecución o de las multas coercitivas que pueden imponerse a los titulares de los órganos encargados de realizar los fallos.

(52) Redacción semejante a la del artículo 117.3 de nuestra Constitución y a la del artículo 103.1 de la LJCA.

(53) Como señala J. DANÓS, cit., pág. 60.

(54) Aunque el artículo 43.º contemple que el retraso en la ejecución de la sentencia conlleva la obligación para la entidad al pago de los intereses por demora.

(55) En buena medida, coincidente con lo establecido en el artículo 106 de nuestra LJCA.

(56) Remito a los comentarios de PRIORI, cit., págs. 267 y 268.

(57) J. GONZÁLEZ PÉREZ, cit., pág. 690.

La LJCA española, en los artículos 103 y siguientes, arbitra un sistema que ha sido calificado como uno de sus mayores aciertos (58), lo que es perfectamente aplicable al artículo 106, que se encarga de establecer las reglas para la ejecución de esta clase de sentencias. El juicio en general muy positivo de esta nueva regulación, que en buena medida había sido avanzado por una amplia jurisprudencia constitucional y ordinaria eliminadora de obstáculos y ampliadora de derechos consustanciales a la tutela judicial efectiva, asume abiertamente que todos los créditos relativos a la ejecución de sentencias son ampliables, disponiendo las exigencias precisas para hacer efectivo el pago. No me constan hasta el momento problemas que hayan dificultado o impedido la aplicación de estas reglas, o que hayan requerido especiales interpretaciones judiciales (Auto del TS de 21 de marzo de 2001).

## VII. COROLARIO

Termino estas reflexiones siendo consciente de la necesidad de no quedarse en la cáscara y profundizar en múltiples cuestiones prácticas y reales que, más allá de los dictados de la ley, demandan atención para mejorar la justicia administrativa en Perú y en cualquier otro Estado.

Hago más las palabras de A. NIETO: «En cualquier caso, el estudioso no puede detenerse en la majestuosa fachada de la Administración de justicia ni en la heroicidad de los jueces rectos y sabios. Conocer el Derecho es indagar cómo opera en lo bueno y en lo malo. El jurista, como el médico, ha de mirar las cosas por dentro y, si quiere curar la carne, ha de palpar la podredumbre. Con hombres buenos sobran los jueces; con jueces justos sobran los abogados; y con abogados honestos sobran las leyes. Pero el Derecho y las leyes están en manos de profesionales de todas clases y con todos ellos hay que contar» (59).

No es dudoso que tenemos el deber de seguir profundizando en esta imperiosa interrogante de «cómo o hasta qué punto, es posible alcanzar la justicia por medio del Derecho», que suscita ATIENZA (60). Asumamos, pues, de entrada «aceptar las cosas como son sin cubrirlas con velos pintados de ideologías ingenuas o cínicas. *Vivimos en un gobierno de hombres, no de leyes (sueño del pasado) ni de máquinas (sueño del futuro)*. A todos nos corresponde entonces intentar que este gobierno de hombres sea tendencialmente justo y no azaroso o despótico. Un esfuerzo que hay que recomendar de nuevo cada día: oficio propio de juristas» (61).

---

(58) Entre otros, este calificativo lo utilizan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, cit., pág. 658.

(59) A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000, pág. 419.

(60) M. ATIENZA, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, 1993, pág. X.

(61) A. NIETO, cit., pág. 395.