

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**ESCUELA DE POSGRADO**



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**TITULO DE LA TESIS**

**“LA NECESIDAD DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESTADO  
DE DERECHO. EL SISTEMA DE CONTROL EN EL PERÚ”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Política  
Jurisdiccional.**

**AUTOR**

**BENJAMÍN ISRAEL MORÓN DOMÍNGUEZ**

**ASESOR**

**Dr. PEDRO GRÁNDEZ CASTRO**

**JURADO**

**Presidente: Dr. DIEGO ZEGARRA VALDIVIA**

**Asesor: Dr. PEDRO GRÁNDEZ CASTRO**

**Jurado: Dr. JOSÉ GÁLVEZ MONTERO**

**LIMA – PERÚ**

**2012**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	5
<b>CAPITULO 1 .....</b>	<b>13</b>
<b>1.1.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>13</b>
1.1.1 Antecedentes .....	13
1.1.2. Distinción entre derecho y legalidad. ....	16
1.1.3. Distinción entre principios y reglas.....	17
1.1,4 El desarrollo de la administración .....	19
1.1.5 Lo que ha implicado este cambio desde la perspectiva de derecho público.....	25
1.1.6 Los problemas del lenguaje y la voluntad del legislador. ....	27
1.1.7 Legalidad y legitimidad de la administración .....	31
<b>1.2.- PRECISIONES CONCEPTUALES.....</b>	<b>36</b>
1.2.1. De la función administrativa .....	36
1.2.2. Discrecionalidad jurídica. ....	40
1.2.3. La discrecionalidad administrativa- Aproximación a una definición.....	42
1.2.4 Tipos de discrecionalidad.....	47
1.2.4.1. <i>La discrecionalidad reglamentaria</i> .....	48
1.2.4.2. <i>Discrecionalidad de Planificación</i> .....	49
1.2.4.3. <i>Discrecionalidad de iniciativa</i> . ....	49
1.2.4.4. <i>Discrecionalidad política estricto sensu</i> .....	50
1.2.4.5. <i>Discrecionalidad técnica</i> .....	50
1.2.4.6. <i>Discrecionalidad Táctica</i> . ....	51
<b>1.3. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS (CJI). ....</b>	<b>52</b>
1.3.1. Concepto. ....	54
1.3.2. Algunos aspectos de distinción entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados.....	55
1.3.3. La Única Solución Justa .....	59
<b>1.4.- LA ARBITRARIEDAD .....</b>	<b>61</b>
<b>CAPÍTULO 2 .....</b>	<b>64</b>
<b>2.1.- LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN. ....</b>	<b>65</b>
2.1.1 Inicios del control .....	70
2.1.2 Principios implícitos (separación de poderes, tutela judicial efectiva) .....	74
2.1.3 Finalidades del control jurídico de la Administración .....	77
<b>2.2.-CONTROLES GENERALES DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.....</b>	<b>79</b>
2.2.1. Mecanismos de control interno de la actuación de la administración y su aplicación en el sistema jurídico peruano. ....	82
2.2.1.1. <i>El propio procedimiento administrativo</i> .....	83
2.2.1.2. <i>Los recursos administrativos</i> .....	84
2.2.2 Mecanismos de control externo de la actuación de la administración.....	86
2.2.2.1. <i>El Sistema Nacional de Control</i> .....	87
2.2.2.2. <i>Mecanismos políticos y sociales</i> .....	88
2.2.2.3. <i>El Defensor del Pueblo</i> .....	88

2.2.2.4. Mecanismo proveniente de la jurisdicción arbitral .....	89
2.2.2.5. Mecanismos jurisdiccionales de control de la Administración .....	92
<b>2.3.- FUNDAMENTO DE LA FUNCIÓN DE CONTROL DEL PODER JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. ....</b>	<b>94</b>
2.3.1 La Jurisdicción Constitucional .....	95
2.3.1.1 Supuesto previsto expresamente por la Ley .....	97
2.3.1.2. Supuesto que implique una afectación que vaya más allá del control jurídico de la actuación de la administración. ....	97
2.3.2. La Jurisdicción Ordinaria .....	103
2.3.2.1 Antecedentes del Proceso Contencioso Administrativo en el Perú. ....	104
2.3.2.2. Proceso objetivo o de nulidad .....	109
2.3.2.3 Proceso subjetivo o de plena jurisdicción.....	112
2.3.2.4 Sobre las aparentes incompatibilidades entre ambos procesos .....	114
2.3.2.5. El proceso contencioso administrativo: un proceso revisor? .....	115
2.3.2.6. Algunas distinciones importantes entre el proceso civil y el proceso contencioso administrativo .....	118
<b>2.4.- SUJECIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA AL CONTROL BASADO EN LA LEY Y EL DERECHO: ASPECTOS QUE ABARCAR .....</b>	<b>124</b>
2.4.1 Antecedentes sobre el control de la discrecionalidad en el Perú.....	127
2.4.2 Técnicas de control de la discrecionalidad .....	130
<b>2.5.- PRECISIONES CONCEPTUALES .....</b>	<b>136</b>
2.5.1 El control de la discrecionalidad administrativa. ....	136
2.5.2 Importancia de la sujeción de la discrecionalidad al derecho. ....	141
2.5.3 El principio de proporcionalidad .....	143
<b>2.6.- MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN DISCRECIONAL .....</b>	<b>149</b>
<b>2.7.- SOBRE LA POSIBILIDAD DE SUSTITUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL MOMENTO DE EFECTUAR EL CONTROL DE LA FACULTAD DISCRECIONAL .....</b>	<b>153</b>
<b>CAPÍTULO 3. ....</b>	<b>159</b>
<b>3.1.- EL SISTEMA “MIXTO” DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PERÚ .....</b>	<b>160</b>
3.1.1. Jurisdicción contencioso-administrativa.....	163
3.1.2. Control de la potestad reglamentaria .....	167
3.1.3. Jurisdicción arbitral.....	170
3.1.4 Justicia constitucional .....	178
<b>3.2 EL CONTROL DE INSTITUCIONES CUYAS DECISIONES SON IRREVISABLES POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN .....</b>	<b>181</b>
3.2.1.- El Control del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) .....	182
3.2.1.2. La facultad de nombramiento. ....	184
3.2.1.3. La facultad de ratificación .....	190
3.2.1.4. La facultad de destitución .....	194
3.2.2.- El Jurado Nacional de Elecciones (JNE) .....	197
<b>3.3. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD POR PARTE DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>200</b>

3.3.1.- Sentencias del Tribunal Constitucional peruano respecto al control la discrecionalidad .....	203
3.3.2. Sentencias de la Corte Suprema peruana respecto al control la discrecionalidad .....	213
3.3.2.1. Ejecutoria AP N° 1961-2006- LIMA. ....	214
3.3.2.2. Ejecutoria N° 1186-2003-LAMBAYEQUE .....	220
<b>3.4. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA RESPECTO DE LA POSIBILIDAD DE SUSTITUCIÓN POR PARTE DEL JUEZ AL MOMENTO DE EFECTUARL EL CONTROL DE LA FACULTAD DISCRECIONAL .....</b>	<b>224</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>233</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>241</b>



## INTRODUCCIÓN.

La relación entre el Derecho y el Poder siempre se ha caracterizado por la tensión que se genera como consecuencia de los intentos de imponerse uno sobre otro. Sin embargo, ni el Poder ni el Derecho pueden expresar voluntad sino que sólo lo pueden hacer a través de quienes *ejercen el poder* y de los que *aplican* el Derecho. Es el pueblo el soberano del Poder pero delega su ejercicio a través de la elección popular (en lo que se refiere a la Democracia) otorgando legitimidad directa al que lo detenta. En el caso de los jueces, quienes son los que aplican el Derecho, su legitimación no tiene un origen popular, pero no por eso es menos justa. Su legitimación proviene de su actuación, por ende la confianza de la sociedad dependerá esencialmente de las decisiones que adopta al momento de solucionar sus conflictos y controversias.

La Administración, aunque no es la que ha sido elegida por la votación popular, ejerce una función vicarial o de delegación que le otorga quien ejerce el gobierno. La relación del Estado y el ciudadano está condicionada por una serie de normas que ejecuta la Administración para ejercer ese buen gobierno que procure satisfacer el interés general. Son estas normas las que, en satisfacción del interés público, otorgan derechos, pero también imponen obligaciones. Así, la necesidad de obtener una licencia, de solicitar una pensión, de cuestionar una multa, de reclamar un mal servicio público, etc., convierte esta relación entre el Estado y el ciudadano en una relación cotidiana pero también vertical, esto debido a la capacidad de dirección que la Constitución y la ley le han otorgado a la Administración.

Empero desde la esencia misma de la Democracia, se ha considerado que los poderes que se ejercen por delegación requieren de un sistema de pesos y contrapesos. Pero no sólo los contrapesos pueden justificar una posibilidad de

control de una labor ejercida por uno de los poderes del Estado. La relación antes anotada exige garantías para quien está en la posición de sometimiento que le autorice reclamar un abuso o exigir un deber, y por ende contar con un instrumento que permita determinar que la actuación de la Administración no se ajusta al Derecho o a la razón. Estas ideas han justificado la presencia de los controles a la labor de la Administración, siendo que éstos pueden ser de diversos tipos, dependiendo de quién los ejercita. El más trascendente de ellos es sin duda el control externo que se realiza desde el Poder Judicial. Es este organismo el que efectuará un control *jurídico* de la Administración, es decir, cumple el deber de verificar si su actuación u omisión tiene cabida en el Derecho y en la Ley.

A lo largo del desarrollo de estas relaciones y tensiones es que en nuestros sistemas romano-germánicos se ha creado un proceso que en exclusiva se encarga de efectuar tal control y al que se le ha denominado “proceso contencioso-administrativo” o también conocido como “justicia administrativa”. En nuestro país, a partir de 1993 y más propiamente dicho, desde el año 2001, se ha previsto un proceso que cumpla con la función de control del ejercicio de la actuación administrativa, lo cual ha sido un paso muy importante desde el punto de vista de las garantías que debe ofrecer el Derecho al ciudadano.

En atención de ese nuevo instrumento, es que el presente trabajo tiene como finalidad mostrar cómo está estructurado en nuestra legislación el control de la Administración así como las vías que son posibles utilizar para este cometido. A partir de este objetivo central, nos permitirá proponer que el sistema de control en nuestro país es un sistema “mixto” por cuanto, dada la estructura normativa de nuestras instituciones, se requerirá de otras instancias y jurisdicciones para realizar tal control. Ello también nos permitirá establecer si existe alguna actividad o ejercicio de la Administración que esté exenta al control judicial. Profundizando ese análisis, conoceremos la manera cómo se está efectuando el control de una de las facultades más delicadas y libérrimas de la Administración como lo es la facultad discrecional.

En tal sentido, el presente trabajo pretende responder dos preguntas centrales que están íntimamente relacionadas con el control jurídico de la Administración que realizan los órganos jurisdiccionales. La primera es ¿Existe un control total de la actuación de la Administración por parte de la jurisdicción nacional? y la segunda ¿Existe un control efectivo de la facultad discrecional de la Administración por parte de los órganos encargados de ello?

A partir de la implementación del Código Procesal Civil y posteriormente con la dación de la Ley N° 27584, se inició de manera específica el control de la actividad administrativa en sede jurisdiccional, primero a través de lo que se ha denominado el proceso objetivo o de nulidad y posteriormente con la integración del proceso subjetivo o de plena jurisdicción, adquiriendo una importancia trascendente dentro del sistema judicial.

Sin embargo, a 18 años de su inclusión en el Código Procesal Civil y a casi 11 años de su escisión como norma procesal independiente, cabe preguntarnos, ¿Se está realizando un control total de la Administración? ¿Es sólo la justicia contenciosa administrativa la que está encargada de efectuar el control de la Administración? ¿Qué otros órganos pueden efectuar el control de la Administración? Partiendo de esas interrogantes podemos llegar a cuestionamientos específicos: ¿Cómo se está asumiendo el control de la facultad discrecional de la Administración por parte de los órganos encargados del control de la Administración? ¿Qué técnicas se utiliza para ello? ¿Es posible que el Juez sustituya a la Administración decidiendo por ella al momento de juzgar su actuación proveniente de una facultad discrecional?

Las respuestas a estas preguntas resultan de suma importancia por cuanto permitirá determinar el alcance que tiene la democracia como sistema, el cual basa su control en los contrapesos que ejercitan los organismos que por delegación, ejercen poder. También permitirá establecer los alcances que tiene la

justicia peruana del control jurídico de la Administración y específicamente sobre el control de la discrecionalidad administrativa.

Al respecto, nuestra legislación procesal contenciosa tiene una similitud con la que regula la jurisdicción contenciosa en España, sin embargo, haciendo un análisis comparativo de lo que se advierte de ambas legislaciones, en nuestro sistema existen ámbitos de control que no son contemplados, como el control de la facultad reglamentaria y el control de algunos organismos cuyas actuaciones, por mandato de la Constitución, son irrevisables en sede judicial y, que aparentemente, están exentos de cualquier control jurídico, lo que contravendría los fundamentos del Estado de Derecho y de la Democracia.

Si bien la instancia natural para efectuar el control jurídico de la Administración es la justicia contenciosa administrativa sin embargo, en el caso peruano, dicho control no abarca las actuaciones de toda la Administración. Según la Constitución política del Perú, las decisiones, tanto del Jurado Nacional de Elecciones como del Consejo Nacional de la Magistratura, son irrevisables en sede judicial, empero, la justicia constitucional ha sentado la posibilidad que las acciones de garantía puedan, residualmente, efectuar el control desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Un segundo aspecto se ha generado a raíz de la limitación de los procesos constitucionales a aquellos casos que estén referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos (artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional), así como del carácter residual de los procesos constitucionales establecido por el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional que ha establecido que dichas acciones no proceden cuando existan vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias, a partir de lo cual el Tribunal Constitucional peruano ha emitido una serie de pronunciamientos delimitando la competencia constitucional y la competencia contenciosa administrativo.

Otro aspecto, que se advierte en este panorama es el referido a la denominada contratación estatal. En este rubro la norma ha previsto que los problemas que se susciten en la ejecución del contrato, sean resueltos de manera, exclusiva y excluyente por la jurisdicción arbitral. A su vez el artículo 62.2. de la Ley General de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, ha previsto que los laudos arbitrales no son revisables en sede judicial en lo que respecta al fondo de la controversia, y sólo lo son en relación con los aspectos formales, pese a que en tal ámbito se regulan aspectos de derecho público. Un aspecto novedoso se ha presentado con la emisión de la STC N° 0142-2011-AA/TC en la cual se ha considerado al recurso de anulación como una vía igualmente satisfactoria, sin embargo, tal posibilidad sólo se aprecia en los casos relacionados a la afectación de derechos constitucionales.

De otro lado, con relación a la discrecionalidad, ésta se ha presentado como una de las facultades más libérrimas y necesarias en lo que respecta al desarrollo de la Administración en su finalidad de alcanzar el bienestar común. Esta facultad oscila entre la libertad y la voluntad de la Administración, por lo que siempre ha sido una preocupación poder mantener el control de tal facultad, todo ello en aplicación y desarrollo del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Siendo la discrecionalidad esa libertad que le otorga la ley a la Administración, desde los inicios del Derecho Administrativo, se ha presentado la interrogante respecto a lo que debe de hacer el juez una vez que considera que al momento de ejercer su facultad discrecional, la Administración ha incurrido en arbitrariedad. Es decir si es posible que el Juez, en aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva, sustituya a la Administración o si ello, atenta contra el principio de separación de poderes.

En nuestro país existen dos órganos que pueden conocer de dichos supuestos. Uno es el Tribunal Constitucional y el segundo es la Corte Suprema de la

República, entidades que a la vez tienen facultad de dictar jurisprudencia vinculante respecto al tema, siendo necesario determinar cómo están desarrollando tal control.

Estos puntos aún son poco tratados en la doctrina peruana a excepción de algunos trabajos, por lo que no existe un desarrollo muy profundo del tema. Esta omisión conlleva a que no exista una posición doctrinaria clara con relación al sistema de control que ha adoptado nuestro país y sobre todo no existe una postura sobre la posibilidad de sustitución o no por parte del Juez en los casos que provienen del juzgamiento de la su facultad discrecional. Quizá esto se deba a la juventud de nuestro proceso contencioso administrativo (nótese que en Europa, la posibilidad concreta de control data del siglo XIX). Pero esta omisión se extiende a los órganos que por mandato de la Constitución, son los encargados de emitir pronunciamiento en última instancia y en los que se aprecia una clara omisión de la aplicación de las técnicas de control y una preocupante confusión sobre lo que son la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados. Esta situación me motivó a indagar, los sustentos doctrinarios del control de la Administración, generados especialmente en Europa y la justificación que contiene la idea del control, lo que me permitió constatar que no todo lo que ha sido materia de avance y desarrollo en otros países había sido acogido en nuestro país, por lo que el camino que nos espera es bastante largo a decir de la legislación comparada, sobre todo de la que ha servido de modelo para nuestro actual sistema de control. Ese camino ya transitado no ha sido en vano ya que tal experiencia les ha permitido alcanzar estándares de control y de democracia que reivindican las garantías del ciudadano frente al Poder. Mi relación con el tema es cotidiana por cuanto, por razones de trabajo, a diario conozco de los procesos contencioso-administrativos y puedo comprobar que existen casos mortificantes de abusos de la Administración la cual difícilmente se atreve a reconocer su arbitrariedad. En resumen, la necesidad de una cultura de control del poder y la importancia de asentar y difundir el principio de interdicción de la arbitrariedad han constituido la motivación abstracta para el inicio del presente trabajo.

Esta motivación me ha llevado a proponer esta investigación y cuya estructura alcanza límites concretos como el de mostrar la realidad de nuestro sistema de control. Así, para alcanzar los objetivos de la investigación hemos estructurado el presente trabajo en tres capítulos. El primero abordaremos la fundamentación teórico-constitucional de la función de la administración y de su facultad discrecionalidad en el estado constitucional, encontrando su debida justificación dentro de toda la estructura normativa-jurídica en la cual, la Constitución se presenta como la norma preponderante y cuya presencia es transversal a todo el sistema jurídico nacional.

En el segundo capítulo analizaremos los fundamentos que justifican la necesaria existencia del control de la actuación de la Administración, el que oscila entre los principios democrático de división de poderes y de tutela judicial efectiva. Luego concretizaremos los diversos tipos de controles que se han ideado para efectuar el control, deteniéndose en la clasificación más didáctica que las agrupa en controles internos y controles externos. Por último analizaremos las técnicas creadas por la doctrina comparada para efectuar el control de la facultad discrecionalidad y la posibilidad o no de sustitución de la Administración por parte del juez.

Por último, en el tercer capítulo analizaremos la estructura organizativa de la Administración, peruana y las razones por las cuales consideramos que el sistema de control jurídico de la administración en el Perú es “mixto”, procediendo a analizar si existe zona de la Administración exenta del control jurídico. Luego estudiaremos la forma como se efectúa el control de la discrecionalidad en el sistema “mixto” peruano, tanto en decisiones de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional, y para lo cual tomaremos jurisprudencias de ambas jurisdicciones y a partir de éstas, establecer la posición de la jurisprudencia frente a la posibilidad de sustitución o no de la administración al momento de efectuar el control de la discrecionalidad.

Pese a esta estructura académica y a los objetivos ya anotados, tengo la pretensión que el presente trabajo alcance otro objetivo y es el que se convierta en una motivación para comenzar la discusión de lo que implica el tener una cultura del control y su indispensable presencia en un sistema democrático y la reafirmación de lo que, a todos los que creemos en los sistemas democráticos, significa el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Pero esta labor requiere que esa cultura de control se inicie en los ciudadanos, quienes son los que emprenden una dura batalla, primero en sede administrativa frente a un adversario impersonal y cuya responsabilidad se disuelve entre funcionarios e instancias, y luego en sede judicial, constituyéndose en los verdaderos defensores del sistema de control frente al Poder. Son ellos los que afrontan el difícil tránsito que constituye el camino que se inicia en la arbitrariedad y concluye con una decisión judicial que les otorga o reivindica sus derechos. A nosotros nos queda sólo presentar nuestras experiencias y conocimientos para que esa batalla tenga como único instrumento de defensa el Derecho y la Ley.

Reseña el historiador Jorge Basadre que, en febrero de 1836, Felipe Santiago Salaverry, luego de su derrota en la batalla de Socabaya, fue condenado a la pena capital por fusilamiento. De acuerdo a las ordenanzas militares, la pena se cumplía con la descarga que efectuaba el pelotón a la orden de ¡disparen!; sin embargo, Salaverry sobrevivió a la misma, por lo que de manera inconsulta procedieron a preparar las armas para una segunda descarga. Ante la inminencia de la ejecución de ese ilegal proceder, Salaverry pronunció unas últimas palabras que denotan aquella protección que se espera del Derecho y que hoy mantienen esa misma esperanza: *“La ley me ampara...”*

Miraflores, agosto de 2012.

## CAPITULO 1

### **1.1 LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.**

#### 1.1 Antecedentes:

Como corolario de la Ilustración, tanto la Declaración de Virginia de 1776 como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791, constituyeron las expresiones más logradas del ius naturalismo y del racionalismo. Los ideales de libertad e igualdad contenidos en ambos documentos, son la concretización de la lucha política y filosófica de la época pero, por similares o complementarios que ambos parezcan, son expresiones de visiones distintas de la idea que ambas sociedades tenían del Derecho y de la Ley.

La Revolución Francesa, concretiza el ideario de libertad, igualdad y fraternidad a través de una técnica que ha marcado el mundo del derecho continental hasta nuestros días: la positivización del derecho. Para los ideólogos franceses, la sujeción ya no se debía al soberano, es decir a la voluntad de una sola persona, sino que era a la Ley a la que se debía obediencia, en tanto que su emanación provenía de un poder legislativo que representaba al pueblo; por eso, cualquier mandato podía ser exigido “en nombre de la ley”. Era ese imperio de la ley y la sujeción de los ciudadanos a la misma lo que permitía definir al Estado de Derecho. Así los derechos de los ciudadanos estaban sujetos a su declaración en la ley y mientras no se concretizaran en un texto escrito, no resultaban exigibles equiparando, sin haberlo previsto, al Derecho con la Ley. La nueva técnica – la Ley -a través de la cual se consideraba que se podía dirigir la vida pública de un país, resultaba pretenciosa: se consideraba que todo podía ser previsto por el legislador, por lo que no podía quedar nada al arbitrio de los jueces. Ellos sólo debían limitarse a aplicar la voluntad del pueblo expresada, en cumplimiento al

contrato social a través de la ley. El principio de legalidad se entenderá como el fundamento esencial del Estado y a partir del cual tanto la Administración como los ciudadanos debían regir su actuar. De esta manera, “La proclamación francesa de los derechos operaba así como legitimación de una potestad legislativa que, en el ámbito de la dirección renovadora que tenía confiada, era soberana, es decir, capaz de vencer todos los obstáculos del pasado que hubiera impedido o ralentizar su obra innovadora” (Zagrebelsky 1999: 52).

Si bien resultó un gran avance la vinculación negativa del ciudadano con el ordenamiento legal<sup>1</sup>, la proliferación de normas, casi no permite decir que existan libertades más allá de las que proclama la ley. De esta manera nace una Administración que responde al interés general y que sólo podrá declarar derechos que son reconocidos en la Ley, tradición que se mantiene hasta nuestros días. La visión que se genera a partir de esta manera de concebir la legalidad permite comprender la limitación que se impuso a los jueces<sup>2</sup> y la estructura para controlar la legalidad en el régimen; por ejemplo un rasgo que aún se conserva es la figura de la casación, la cual consiste en anular una sentencia en caso se haya efectuado una indebida interpretación de la norma, entendiéndose que la interpretación correcta provenía de la intención del legislador, la cual debía ser aplicada por los máximos órganos de justicia. Esta visión conllevaría a su expresión más elevada dentro del Derecho, y que se expresará en el Positivismo jurídico de inicios del siglo XX.

---

<sup>1</sup> El artículo 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establecía: “La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.”

<sup>2</sup> Al respecto, se debe tener presente que las limitaciones a los jueces también se sustenta en el temor que infundía su actuación previa a la Revolución. La mayoría de magistrados que continuaban en sus cargos provenían del *ancien régime* y de la aristocracia francesa. Estos eran los mismos magistrados que impidieron una serie de reformas que intentó Luis XVI por afectar sus intereses y para lo cual hacían objeciones a los Decretos del Rey que por necesidad de publicidad, debía registrarse en cada Corte. Así no sólo hacían reparos a los mandatos sino también críticas, negándose a efectuar el registro lo cual impedía que el Decreto tenga eficacia, ejerciendo una oposición que, a consideración de los revolucionarios, no se podía permitir. Al respecto puede consultarse GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. 1984 *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid. Taurus Ediciones S.A, pp. 34, 35 y 36.

Empero, otra fue la visión de Norteamérica. Al respecto Gustavo ZAGREBELSKY señala: “Para la concepción americana, los derechos son anteriores tanto a la Constitución como al gobierno (o según un modo de expresarse más usual entre nosotros, al Estado)” (Zagrebelsky 1999: 55). A partir de esta visión, la Constitución tendrá la función de garantizar que los que detentan el poder no podrán afectar los derechos en tanto patrimonio pre existente de los ciudadanos, es decir que la Constitución se convierte no en una proclamación de derechos, sino en una declaración de garantías del pueblo frente al poder. Se entiende que los Derechos, están por sobre la Ley. La distinción es posible de ser apreciada, situación que no se advierte en el caso francés.

Ambos sistemas caminaron de manera independiente, sin que las influencias de uno sobre otro se hayan expresado de manera palpable hasta antes de la Segunda Guerra Mundial. Por el contrario, en Europa las primeras Constituciones (Checoslovaquia y Austria) que rigieron a partir de los primeros años del siglo XX, son expresiones del positivismo kelseniano e introducen la institución del Tribunal Constitucional, como un mecanismo de control de compatibilidad entre las normas del sistema legal con la Constitución. Este mecanismo constituye la contraparte del Control Difuso, desarrollado en Norteamérica a partir del Siglo XVIII pero con más notoriedad a inicios del Siglo XIX con la famosa sentencia del Juez Marshall de 1803.

Pero no será hasta después de la Segunda Guerra Mundial en que Europa aprecia más de cerca el sistema norteamericano, produciéndose así una nueva visión de lo que significan las constituciones, desarrollándose a partir de ese momento una visión diferenciada del Derecho. El positivismo no había cumplido a plenitud su rol. La preponderancia de la Constitución como norma jurídica implicará la introducción de principios al ordenamiento legal, y para lo cual se requiere de una técnica para interpretar los principios contenidos en la norma suprema, iniciando su desarrollo la argumentación jurídica que tanto auge ha tenido en los últimos años, lográndose a través de la misma apreciar la distinción entre principios y

reglas y entre Derecho y Ley. Se produce una nueva posición que controla la constitucionalidad de las normas (Tribunal Constitucional) apreciándose que su labor no sólo puede significar la verificación de la congruencia entre la ley y la Constitución, sino que también se le encarga el rol de ser el que la interprete, con lo cual, los principios e idearios contenidos en ella, se convierten en parte del Derecho “exigible” a través de una labor interpretativa e integradora del derecho. Esta fusión se presenta no para desplazar la visión francesa de la ley, sino para convivir con el positivismo y la aún subsistente manera de interpretar el derecho a partir de la propia literalidad de la ley. Sin embargo, esta interacción no resulta apacible y esto debido al conflicto que proviene de la diferencia que existe entre el Derecho y la Ley.

#### 1.1.2. Distinción entre derecho y legalidad.

De aquella concepción norteamericana que entendía que los derechos pre existían al Estado y que, por ende, lo que se delegaba a los representantes eran facultades de legislar pero que con los límites y el respeto que le imponía la Constitución a las libertades de los ciudadanos, es decir la Constitución como un documento de seguridad y de protección frente al legislador o gobernador, es que se puede comprender la idea de Derecho. Estos derechos, que son reconocidos por la propia Constitución como garantía y que resultan inalterables e inderogables porque dentro de los mismos se encierra la esencia de lo que se entiende por las libertades que tiene todo ser humano por el sólo hecho de serlo, son una expresión del ius naturalismo que se mantiene a lo largo de los años. En este grupo de derechos es que están contenidos los derechos fundamentales y que en un nivel macro denominamos Derechos Humanos<sup>3</sup>. Contrariamente a esta concepción, la Ley es una creación *a posteriori* que se genera a partir de la

---

<sup>3</sup> No debe dejar de mencionarse, que existen posiciones que desconfían de la idea que los Derechos Humanos tengan un sustento en el derecho natural. Al respecto, resulta interesante el artículo de QUIROGA VIZCARRA, Miguel Ángel. 2009. “Derechos Humanos: ¿derechos naturales?” *BRÚJULA*. Lima. Año 10 - N° 19, pp. 6-16.

facultad que se le otorga al legislador y que regula de manera más rígida parte de la delegación que le confía el soberano. Son las propias constituciones que regulan la manera de crear las leyes atribuyendo competencias, prohibiendo, permitiendo u obligándolo.

Esta nueva concepción de vigencia de los derechos por sobre la ley y el reconocimiento de la supremacía de la Constitución en tanto documento que contiene derechos irreductibles es lo que caracteriza al constitucionalismo. Josep AGUILÓ, describe al constitucionalismo a partir de la preponderancia del Derecho: “El constitucionalismo – hemos dicho - sitúa el “*reconocimiento*” de los derechos al frente de la legalidad de un sistema político y jurídico. Ello les confiere a los derechos un papel central de fundamentación o justificación” (Aguiló 2004: 111), empero conforme lo hemos señalado, no se puede ignorar la presencia y la fuerza que la ley mantiene dentro de los sistemas normativos y que generan las tensiones que se expresan de manera más dramáticas en los procesos constitucionales. Esa tensión es la que se produce a partir de la aplicación de las normas a casos concretos frente a lo que los Derechos y principios reconocen al ciudadano. He aquí que el problema se traslada a quienes son los encargados de interpretar y juzgar, buscando lograr el equilibrio entre ambas posiciones. Es a partir de las concepciones que se tenga del Derecho y de la Ley que permitirán catalogar las decisiones judiciales y del Tribunal Constitucional como formalistas o activistas; lo que casi no deja margen a la teoría de la respuesta única, y para lo cual jugará un papel central la fundamentación o argumentación jurídica.

### 1.1.3. Distinción entre principios y reglas.

Esta posibilidad que se presenta en el constitucionalismo de la segunda mitad del Siglo XX de someter la ley a la Constitución y de concretizar el ideario que contienen los principios, trajo consigo la necesidad de conceptualizar y establecer estándares de interpretación de los mismos.

La presencia de los principios expresos e implícitos son una realidad en las constituciones modernas, bástese consultar el artículo 3º de la Constitución peruana para entender la complejidad que encierran los mismos. Pero qué se puede entender por principios? Ronald DWORKIN responde a esta pregunta señalando: “Llamo *“principio”* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral” (Dworkin 2007: 72).

Pero esta definición tiene un cariz más procedimental que conceptual. Implica que el principio se convierte en un elemento de apreciación o comparación frente al cual se contrastarán las ideas morales por encima de los intereses y que contengan una dimensión de justicia. Podemos concordar con muchos autores al considerar a los principios como aquellas normas que informan y caracterizan al sistema en general, y los cuales tienen un alto contenido moral sobre todo de justicia y de lo debido<sup>4</sup>.

Contrariamente, las reglas son normas que derivan del ordenamiento superior y que se condicen (o deberían hacerlo) con la Constitución, presentando la disyuntiva de cumplirse lo que disponen íntegramente o de no hacerlo, a diferencia de los principios, que son normas que implican un deseo de cumplimiento en la mayor medida posible. Al respecto Robert ALEXY señalará: “Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son *mandatos de optimización*” (Alexy 2007: 458). En base a la presencia dentro del sistema de principios y reglas, es que se han presentado

---

<sup>4</sup> Al respecto, se puede consultar GUASTINI Riccardo. 2010. “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales” En CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (Coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima. Palestra Editores, pp. 71-79.

antinomias entre éstos y entre los propios principios, tema que es abordado actualmente por la técnica de la ponderación. Pero no puede ignorarse que los principios tienen dos (o más) contenidos, uno que tiene que ver con la moral y el segundo con lo político. El contenido que le otorgue quien interpreta los principios, dependerá del modelo y sistema al que pertenece y la moral que puede inferir rige a su sociedad. En este punto de medio camino entre el sistema norteamericano y de la Europa continental (*ius y leges*) es que nos encontramos por estos años, habiendo adoptado un modelo de justicia extraordinaria para evaluar la constitucionalidad de las leyes, con lo cual podemos, en el Perú, considerarnos dentro de aquel sistema al que Zagrebelsky denomina *privilegio del legislador*,<sup>5</sup> esto en razón que existe un juez o tribunal especial para ejercer el control de su actuación legislativa y política y que busquen en su labor un equilibrio entre los derechos, la ley y la política, lo que explica los tipos de sentencias que se han ido forjando imaginativamente a través de los años por los tribunales constitucionales, a fin de alcanzar este cometido.<sup>6</sup>

#### 1.1.4 El desarrollo de la administración

No sólo es la teoría del Derecho la que se desarrolla a través de lo expresado anteriormente. Así como la idea de democracia y de las formas de Estado han ido modificándose de manera inexorable a través de estos dos siglos, la Administración, de manera accesoria sufre estos cambios, y sus consecuencias redundan directamente en los ciudadanos con los cuales tiene una relación directa y continua. Pero es a través de la economía a partir de la cual se explica mejor estos cambios. Desde sus inicios, el Estado Liberal trató de ser congruente con la

---

<sup>5</sup> Ídem, p. 62.

<sup>6</sup> Sobre clasificación de las sentencias del Tribunal Constitucional contenidas en la tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional, véase STC – Exp. 0004-2004-CC/TC – Fundamentos Jurídicos 2, 3 y 4, así como en: EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. 2009. “Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano” y GARCÍA TOMA, Víctor. 2009. “Las sentencias: Conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano” ambos en FERRER MAC-GREGOR y ZALDÍVAR LELO DE LARREA (Coordinadores). *Aspectos de Derecho Procesal Constitucional*. Lima. Ideosa, pp. 263-286 y 391-417 respectivamente

idea de libertad que proclamó y en ese sentido la teoría utilizada por Adam Smith (Laissez faire, Laissez passer) se acomodaba mejor con esa concepción. La Administración se limitaba a prestar seguridad a la sociedad y a dejar en manos de ésta el desarrollo de la economía a través del trabajo; era la implantación de liberalismo y la abstención del Estado. A esta forma de Administración, es la que se denomina de Policía, por cuanto sus funciones básicas se concentraban en asegurar la propiedad y la libertad. Pero a partir de la segunda mitad del siglo XVIII e inicios del XIX se gesta en Europa un fenómeno económico llamado la Revolución Industrial. El desarrollo económico que se genera a partir de esta transformación económica, consolidó la posición de la burguesía y motivó el nacimiento de una clase proletaria que se asentó alrededor de las grandes industrias que era la expresión de ese desarrollo. También originó la migración masiva de muchos grupos humanos que buscaban una oportunidad de trabajo, emergiendo así una nueva clase caracterizada por su desprotección, pobreza y carencia de toda clase de servicios, circunstancias en las cuales las concepciones socialistas tendrán mucho auge, iniciándose la fundación de los primeros partidos con dicha doctrina en Europa. Ante esta situación, el Estado, se ve en la necesidad de suplir la carencia de recursos y servicios de estas personas<sup>7</sup>, así como regular condiciones de trabajo mínimas (sobre todo de mujeres y niños), seguridad en caso de accidentes, asignaciones por invalidez, etc. Estos cambios, son los que van a llevar, en la segunda mitad del siglo XIX, al nacimiento del Estado Social en Europa, y que en América tendrá su primera expresión en la Constitución de Querétaro de 1917. Eva DESDENTADO, considera que estos factores son los que determinaron la aparición del Estado Social al señalar: “Todos estos factores determinaron el surgimiento de un nuevo tipo de Estado, el Estado social, que, no obstante, no supone una ruptura radical con el Estado liberal, sino únicamente su corrección” (Desdentado 1999b: 48-49).

---

<sup>7</sup> Al respecto Eva DESDENTADO considera que la atención del Estado es generada por el peligro que percibía la burguesía esta situación para el mantenimiento del régimen político liberal. DESDENTADO DAROCA, Eva. 1999. *La crisis de identidad del derecho administrativo: Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia. Tirant lo Blanch, p. 43.

Éste es un Estado interventor y para lograr la finalidad de dotar de los bienes necesarios para su subsistencia, no sólo asume las cargas sociales sino que interviene en la economía a fin de proveerse de recursos y de ofrecerlos a un costo menor a través de la labor empresarial. Este es el Estado social que prevé normas laborales, asegura aspectos de la jubilación, asume programas sociales, etc., pero también es el Estado que maneja a través de sus empresas la provisión de servicios básicos, en el entendido que el objeto de la empresa privada contenía intereses que eran incompatibles con su finalidad.

Esta transformación del Estado liberal al Estado social, generó un cambio profundo dentro de la Administración que pasó de ser una Administración pasiva a una Administración que debía de atender todos los requerimientos que habían surgido a raíz del reconocimiento de los derechos económicos que reclamaba el Estado social.<sup>8</sup> Esta nueva función que se le otorga a la Administración, genera el crecimiento del aparato estatal y burocrático, justificándose que a través de una correcta Administración, era posible cumplir con la función que el Estado social le imponía a quienes detentaban el poder. Se generó una proliferación de normatividad y de procedimientos mediante los cuales la ley le otorgaba a la Administración, facultades genéricas – llámese discrecionales – e incluso los propios poderes legislativos delegan algunas funciones normativas a la Administración, generándose un cambio de la idea de gestación de la ley. Se presenta así los problemas que han motivado la necesidad de afinar los controles de la Administración y de reducir la inseguridad que puede traer la indebida interpretación de principios que contenían las normas por parte de los funcionarios y de los jueces, sobre todo como consecuencia del auge del constitucionalismo.

Sin embargo, esta forma de Estado genera un problema de gasto del tesoro público que por lo general no se condice con los recursos que éste genera o percibe. Así, a partir del años setenta del siglo pasado se inició una corriente

---

<sup>8</sup> Una explicación de las funciones de un Estado social, se puede encontrar en el fundamento jurídico N° 74 de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en la STC N° 050-2004-AI/TC

económica denominada neo liberalismo, a través de la cual el Estado deja el rol de empresario, al entender que, por diversos factores, dicha tarea no ha cumplido su finalidad. Se inicia una etapa en la que se considera que los beneficios de la competencia que impulsa a la empresa privada, puede trasladarse a las empresas que estuvieron en manos del Estado, efectuando tal transferencia a través de procesos de privatización, de desregulación y de concesión de los servicios públicos, es decir, se ha pasado del “Estado gestor” al “Estado contratante”<sup>9</sup>. En el Perú, se han dado estos cambios a partir de los años noventa pero lo que se puede agregar a estos cambios es que los servicios que han caracterizado al Estado social como son la salud y la jubilación, también han sido transferidos en parte al sector privado, a través de las Administradoras de Fondo de Pensiones (AFP) y de las Empresas Prestadoras de Salud (EPS).

El Estado ha dejado su rol de producción y su nueva percepción aparenta el retorno del Estado liberal y de Policía. Sin embargo, dicha transformación de la Administración no ha significado un retorno al pasado. Eva DESDENTADO, precisa:

...la Administración adquiere un nuevo papel sumamente importante: regular, supervisar y controlar los mercados para garantizar su funcionamiento conforme al principio de libre competencia e incluso, ahí donde la tendencia natural es el monopolio y oligopolio, para crear las condiciones de un auténtico mercado en concurrencia. Porque no se trata del triunfo del mercado, del “laissez-faire” sino de la fe en la competencia como mecanismo para lograr un incremento de la oferta de productos, un perfeccionamiento de la tecnología y una reducción de los costes. (Desdentado 1999b: 188-189).

El nuevo reto de la Administración se transforma en la verificación no sólo de los ideales del Estado social que siguen rigiendo en nuestro texto constitucional, sino que también protege a quien ahora se le denomina “el consumidor” frente a la empresa concesionaria del servicio público, a fin de resguardar el derecho del

---

<sup>9</sup> Sobre la transformación del Estado y de la Administración en algunos países América Latina puede consultarse: CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo I*. 1998. Sexta Edición Actualizada. Buenos Aires. Abeledo Perrot, pp. 61 y siguientes.

ciudadano. El ideal del Estado social siempre va a estar subyacente en cualquier pensamiento constitucional y actualmente su concreción puede apreciarse en expresiones muy nítidas sobre todo en los países de la Europa occidental. Pero este desarrollo ha pasado por una serie de procesos desde el Estado Absoluto, Estado de Policía y Estado de Derecho<sup>10</sup>, y en todos ellos se apreciaba una concepción de lo que entendía debía hacer la administración a favor del administrado.

A partir del Estado de Derecho siempre ha estado presente, de manera genuina o en algunos casos a manera de excusa, la idea del interés general o el bienestar general. Es a partir de la transformación del Estado liberal al Estado social que es posible percatarse de la transformación de la Administración en un poder funcional o vicarial que se legitima a través de su actuación conforme a la Constitución y a la ley. Así Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, precisa:

El poder administrativo en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental (Fernández, Tomás 2006: 97-98).

Con relación a la función vicarial de la Administración, Juan Carlos CASSAGNE señala:

La finalidad esencial de la Administración es la de satisfacer las necesidades públicas de las personas que habitan en el territorio del Estado y aún de sus nacionales fuera de él. En suma, la médula de la Administración es la de construir una actividad servicial o vicarial para la realización del interés público o bien común (Cassagne 2009: 85).

---

<sup>10</sup> Esta clasificación está referida a la que proviene de la relación entre gobernantes y gobernados. Al respecto, véase PIZZORUSSO, Alessandro. 1984. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Traducción de Javier Jiménez Campo. 3ª edición. Madrid. Centro de Estudios constitucionales, pp. 21-22.

Esta labor vicarial o de servicio se genera a partir de la diferencia entre Gobierno y Administración; así a través del primero, se dictan “actos de gobierno”, respecto de los cuales, su control es más de carácter político que jurídico y, a través del segundo se emiten actos administrativos. Así el Gobierno, en cumplimiento de sus funciones, se sirve de la Administración la cual está subordinada al aparato estatal que dirige el Gobierno como ejecutora de las directivas de éste y de las disposiciones dictadas por el Parlamento. Pero esta organización vicarial tiene un destinatario final, y una expresión de ello son las normas administrativas procedimentales que canalizan los beneficios que se han previsto para los ciudadanos<sup>11</sup>. Las constituciones han consagrado principios de justicia e igualdad, los cuales son materia de desarrollo normativo, generando la expectativa de la sociedad y el reproche por parte de ésta en caso sean desconocidos y esta responsabilidad se traslada a la Administración, la cual está obligada a responder por imperio de la Ley.

En consecuencia, lo que constituye la finalidad de la Administración, no es su logro en sí misma sino su eficacia en cuanto sea capaz de servir a quienes han depositado en ella el manejo de la *res pública*, esto más aún en un Estado prestacional cuya idea consiste en la distribución de bienes y servicios a favor de los ciudadanos, procurando establecer condiciones de vida que se equilibren con las que disfrutaban los más favorecidos. Esta función de servicio, aunque parezca retórico, se condice con el artículo primero de la Constitución peruana<sup>12</sup>, a través de la cual, se establece que el sistema público regulado en la Carta Magna, ha sido estructurado con la finalidad del servir al hombre.

---

<sup>11</sup> Al respecto: PAREJO ALONSO, Luciano. 1991. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. Págs. 81-104 y SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 2004. *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid. Iustel, pp. 106-107.

<sup>12</sup> El citado artículo reza: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

### 1.1.5 Lo que ha implicado este cambio desde la perspectiva de derecho público.

Sin embargo, pese a lo señalado líneas arriba, el nacimiento del Derecho Administrativo, no tiene una idea tan altruista como la que con el paso de los años se ha venido dando y sobre todo el que hoy le imponemos a la Administración. Dicho inicio implicó una lucha por la centralización del poder, el cambio de detentor del poder y la voluntad de una omnipresencia en todos los campos de la vida pública francesa<sup>13</sup>.

No podemos dejar de mostrar la contradicción que existe entre lo que generó el nacimiento del Derecho Administrativo y lo que entendemos ahora por tal. Gustavo ZAGREBELSKY relata el circunstancial nacimiento del Derecho Administrativo comentando:

El hecho de que después lo que hoy denominamos “derecho administrativo” no se incluyese en el Código civil de Napoleón se debe a la recuperación que hubo en este sector de principios de autoridad originarios del *Ancien Régime*, que mal se habrían conciliado con el espíritu individualista de los derechos que operan en el campo de las relaciones entre privados (Zagrebelsky 1999: 52).

Hoy resulta difícil de considerar que las actuaciones de la Administración (cuando actúa como tal) tengan la posibilidad de ser equiparadas con los actos de los agentes privados. Al margen de la azarosa circunstancia que está en torno al nacimiento del Derecho Administrativo, lo explicado precedentemente nos muestra no sólo una transformación de la Administración sino también una realidad: la crisis de la ley. Esta crisis que se acentúa en los años setenta en Europa y hoy se muestra de manera palpable en la mayoría de países que provienen de esa tradición, lesionando al principio de legalidad que sostenía a la Administración Pública. Si era la ley la que otorgaba facultades y disponía la actuación de la Administración a través de la vinculación positiva, hoy se hace necesario que ese principio de legalidad sea entendido como de juridicidad, es decir que tanto la

---

<sup>13</sup> Al respecto: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 1984. *Revolución francesa (...) cit.*, págs 43 y sgts.

labor de la Administración como los derechos que otorga la legislación en su función de Estado Social, sean apreciados desde el contexto total del ordenamiento legal en donde la Constitución tiene una posición epicéntrica y a partir del cual los demás derechos se irradian. La presencia de una sociedad organizada permite exigir, de manera asociada o individual, derechos y beneficios que se consagran en la Constitución y que en algunos casos se sustentaban en principios o en conceptos jurídicos indeterminados que a lo largo de su reclamo, (en sedes judiciales o ante el Tribunal Constitucional), han podido concretizarse.<sup>14</sup> Esto permite establecer una íntima relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Público.

De otro lado, conforme se ha explicado, actualmente la Administración también tiene una función reguladora en los servicios públicos que son concesionados a particulares, pero cuya solución de conflictos a nivel administrativo está en manos del Estado. Asimismo, juega un papel de mediador y juez en el tema de disposición de bienes de valor (terrenos, derechos ambientales), lo cual muestra la sobre-dimensión de la labor de la Administración, la cual es consciente de aquella crisis de la ley pero que se enfrenta a temas centrales como las carencias de recursos que le permita satisfacer todos los reclamos. Esto aunado a las exigencias provenientes del desarrollo de las economías y de la tecnología de muchos países, - Estado industrial -permite mostrar el requerimiento de especialización de la Administración, y la necesidad de satisfacción de las exigencias de las masas,<sup>15</sup> frente al respeto que se exige a los derechos individuales de los ciudadanos.

---

<sup>14</sup> Considero un buen ejemplo los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano, especialmente los referidos al derecho a la pensión en el Perú, el cual se ha visto enriquecido con las diversas interpretaciones que se han emitido en diferentes sentencias como por ejemplo la aplicación de la Teoría de los Derechos Adquiridos, (STC N° 007-96-AI/TC), el reconocimiento a la pensión como un derecho de contenido esencial del derecho a la pensión (STC N° 1417-2005-PA/TC), el reconocimiento del monto mínimo de una pensión a raíz de la Ley N° 23908 (STC N° 5189-2005-PA/TC), el reconocimiento del bono de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones (STC N° 9381-2006-PA/TC) etc. sin las cuales, la Administración hubiera continuado aplicando de manera incorrecta la norma afectando el derecho a la pensión.

<sup>15</sup> Al respecto véase FORSTHOFF, Ernst. 1975. *El Estado de la Sociedad Industrial*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. Págs. 173 y siguientes.

Es en esta ambivalencia que denota el interés general y la protección de los derechos individuales, entre los que se regula la función de la Administración actualmente, lo que no podemos dejar de tener a la vista al momento de analizar el control de la Administración<sup>16</sup>.

#### 1.1.6 Los problemas del lenguaje y la voluntad del legislador.

La discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados contienen problemas de interpretación por cuanto provienen de una norma que ha dejado libertades de elección en un caso y en el segundo ha utilizado un concepto general, ambiguo, posible de varios significados, que debe ser definido para el caso en concreto. Así nos tropezamos con lo que es un problema de todo el derecho en general y que está referido al problema del lenguaje en el Derecho. La teoría positivista entendía que la interpretación podía solucionar el problema a través de la relación de la norma superior con la norma inferior. Kelsen consideraba que en lo que se refiere a la aplicación de la norma superior a la norma inferior existían ámbitos que dejaban discrecionalidad al operador, por lo tanto no podía existir una respuesta única para un determinado caso, sobre todo en los casos en que la textura abierta del lenguaje o la voluntad del legislador generaban alguna ambigüedad.<sup>17</sup> La conclusión de la Segunda Guerra Mundial traerá consigo el desarrollo del constitucionalismo (desde la perspectiva del constitucionalismo norteamericano) y por ende la crisis de la Ley (como paradigma de la Revolución Francesa) otorgándole a los principios constitucionales una categoría jurídica que en las

---

<sup>16</sup> El inciso 8º del artículo 75º de la Ley N° 27444 señala: “Deberes de las autoridades en los Procedimientos.

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

8) Interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados”.

<sup>17</sup> Al respecto: KELSEN, Hans. 1973. *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires – Buenos Aires, pp. 163 y siguientes.

primeras constituciones sólo tenían contenidos dogmáticos y programáticos, lo cual conllevó a la inclusión, dentro de los estándares normativos a ser aplicados por los jueces, de conceptos que no resultaban precisos y determinados de antemano.

En esa misma línea positivista, Herbert HART ha sostenido que existen dos técnicas para comunicar la norma, una está dada por la legislación y la segunda por el precedente<sup>18</sup>, pero los problemas de un lenguaje generados a partir de la necesidad de utilizar expresiones que puedan ser entendidas por la gran mayoría de los destinatarios, ya que de utilizarse un lenguaje sumamente técnico no tendría la eficacia respecto de su comprensión, acarrear la dificultad que implica el hecho que las expresiones comunes suelen tener varios sentidos. Es la necesidad de alcanzar entendimiento en todos los miembros de una sociedad, lo que conlleva a la utilización de un vocabulario natural y cotidiano, sin embargo, no puede eximirse que muchas disposiciones hacen referencia a principios, así como a términos que son utilizados por los juristas quienes muchas veces utilizan expresiones comunes para significar un concepto propio<sup>19</sup>. Precisando este argumento el mismo Juan Carlos CASSAGNE, se refiere sobre a estas características de vaguedad y extensión de los términos:

El lenguaje del derecho se caracteriza, en ese análisis, por su vaguedad, ambigüedad y textura abierta (que admite una interpretación tanto restrictiva como extensiva). Se perfilan en esta postura, zonas de certeza y zonas de incertidumbre y ello influye en la complejidad del proceso de interpretación que conduce a que los administradores o jueces tengan que crear la norma concreta aplicable al caso ((Cassagne 2009: 83).

Esas características generan problemas que deben enfrentar el funcionario y el juez, según la sede que corresponda, sobre todo cuando actúan como fórmula de cierre. No resulta complejo el tema cuando nos ponemos a pensar en expresiones sencillas y determinadas como por ejemplo mayoría de edad. Efectuando una

<sup>18</sup> Véase: HART, H.L.A. 1963. *El concepto de derecho*. Traducción de Genero R. Carrió. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, pp. 155 y sgts.

<sup>19</sup> Sobre el tema: CASSAGNE, Juan Carlos. "La discrecionalidad Administrativa." 2009. *Foro Jurídico Revista de Derecho*. Lima – Año V – N° 09, pp. 82-92.

interpretación del término y tomando como referencia la Constitución podemos establecer que se trata de una persona que ha cumplido 18 años. Sin embargo, muchas normas utilizan fórmulas más abiertas como “buena fe”, “buenas costumbres” o “bien común”<sup>20</sup>.

El lenguaje se advierte como una forma de consenso entre los seres que hablan el mismo idioma. Todos los que pertenecen a una nación que se comunica en un mismo lenguaje, tiene un acuerdo tácito de denominar los objetos y sentimientos de manera tal que todos comprendemos lo que se expresa, empero pese a ello, no se puede dejar de pensar en que muchas expresiones pueden tener significados distintos y que cada oyente puede otorgar un significado diferente que incluso puede diferir de acuerdo al área geográfica en que habitan. Es a este aspecto lo que H.L.A. Hart ha denominado “textura abierta” del lenguaje<sup>21</sup>. Otro factor es el contexto en el que se expresa un término, lo que puede conllevar a diversas interpretaciones en otra situación. Esto lleva a la dificultad siguiente y es que el contexto en el que se ubica una norma lleva a que quienes conocen el derecho, le otorguen un significado distinto al que le da una persona legista. Fernando SAÍNZ MORENO, explica esta limitación señalando:

La interpretación de una palabra en un contexto puede dar un resultado distinto a la interpretación de esa misma palabra fuera del contexto. Una misma palabra, una misma frase, varían de significado según quien la dice y según quien la oye. El contexto que determina el significado de la palabra no sólo es el texto verbal en el que la palabra no sólo es el texto verbal en el que la palabra está inserta, sin la realidad vital en que la palabra es dicha u oída (Sáinz 1976: 64).

<sup>20</sup> Sobre los problemas lingüísticos de ambigüedad y de vaguedad e imprecisión puede consultarse: GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA. 2005. *La argumentación en el derecho*. Segunda Edición. Lima. Palestra Editores, pp. 120 y siguientes.

<sup>21</sup> “Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta””. HART H.L.A. *Op.cit.*, p. 159.

Genaro Carrió establece que el significado emotivo, al margen del descriptivo, son los que generan problemas al momento de la elaboración de un lenguaje normativo y que explica de otro modo los problemas aquí señalados<sup>22</sup>.

De otro lado, tenemos que quien elabora las normas, de manera ex profesa, utiliza expresiones con esas características de vaguedad en la aceptación que le va a ser imposible prever todos los supuestos posibles que puede derivar de una disposición. A partir de esta resignación, es que se tiene que asumir, como posible solución, el emplear normas con términos abiertos para que sea el juez o el funcionario quien pueda determinar su aplicación al caso concreto o no. Esta posibilidad de dejar de manera abierta la norma garantiza que muchas acciones podrán ser delimitadas y su concreción dependerá de quien realice el ejercicio de interpretación. Así, existen tipos de sistema que buscarán que el ejercicio interpretativo sea más limitado y por ende establecer que el significado de la norma se extiende a todos los supuestos sin considerar excepciones implícitas en el sistema, lo que es conocido como “formalismo”, pero también puede suceder que un sistema de justicia tenga más apertura a la interpretación, yendo en un sentido que pareciera contradecir el texto de una norma, lo que es conocido como “activismo”.

Pese a los problemas antes señalados, no podemos dejar de tener presente que toda discusión sobre el significado de una expresión en el derecho tiene una fórmula de cierre, una respuesta final (no necesariamente la correcta), y la posibilidad que dicha interpretación final esté acorde a Derecho, es posible determinarla a través de la motivación de las decisiones (sean administrativas o judiciales), esto como aspecto formal, pero a eso se debe condicionar la necesidad que la motivación exprese argumentos que se condigan de la mejor manera de entender la finalidad de la norma y su congruencia con el ordenamiento jurídico, es decir que cuentan con juricidad. Es en este punto que la

---

<sup>22</sup> CARRIÓ, Genaro. 1990. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Cuarta Edición. Buenos Aires Abeledo Perrot, pp 22 y siguientes.

argumentación jurídica y todas las técnicas que se subsumen a ella como la propia ponderación juegan un rol trascendental para alcanzar la pretensión de validez que se requiere para lograr la finalidad del derecho.

### 1.1.7 Legalidad y legitimidad de la administración.

Una vez que se ha esbozado las ideas que han sustentado el nacimiento y el desarrollo del Derecho Administrativo, nos enfrentamos a la concretización de su accionar y lo que corresponde a su legitimidad y legalidad. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que los largos períodos de gobiernos no democráticos, nos ha inducido a tener una impresión distinta de la Administración, desviando la visión de su verdadero sentido. Roberto MacLean explica las consecuencias que se generan como corolario de vivir en sociedades dominadas por el autoritarismo:

Uno de los rasgos más frecuentes y repetidos en todas las culturas autoritarias de la historia, alrededor del mundo, es que han logrado adormecer la capacidad sensorial de los habitantes que viven en ellas y abdican de sus propios sentidos sensoriales ante cualquier tipo de autoridad. Aun mentes brillantes e ilustradas pierden orientación cuanto lo mismo de siempre viene con una envoltura diferente a la de costumbre (MacLean y Bendayán 2010:99).

La Administración no es un poder sino parte de un poder; es la labor que el Gobierno de turno instrumentaliza y a través de la cual pretende cumplir su finalidad que es el bienestar común y, es en función a su congruencia con estos fines como ésta se legitima. Miguel BELTRÁN DE FELIPE, explica esta función precisando:

En resumen, de la Administración no “poder” sino instrumento del Estado únicamente puede predicarse legitimidad democrática en la medida en que se ajuste a su función o posición constitucional como instrumento de Gobierno de servicio objetivo los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (Beltrán de Felipe 1995: 232).

Legítima a la Administración su actuación y no su posición jurídica, esto implica que una Administración acorde con el Derecho y la Ley, constituirá el parámetro que permita establecer su debido actuar, es decir será la correcta función y el cumplimiento de sus deberes los que determinen su legitimidad. Caso distinto es el tema de legalidad: Será lícita o legal la actuación de la Administración, en tanto ésta provenga del Gobierno, es decir de su relación de jerarquía que le impone la ley. La legalidad está más relacionada a la competencia mientras que la legitimidad está vinculada a su real subordinación a la finalidad que le impone la ley y el Derecho. Empero la vinculación entre la ley y su actuación está dada por las potestades que sólo se puede sustentar en el principio de legalidad. Es la ley la que va a otorgar potestades y son a través de estas potestades que la Administración podrá realizar su misión.<sup>23</sup>

Sin entrar en detalles sobre la clasificación de las potestades, se puede determinar que de la atribución de las mismas, es posible hacer una distinción que se produce de la propia limitación que le impone la ley. Las potestades tienen la pretensión de delimitar no sólo el contenido sino también el alcance de las acciones de la Administración. Así, a la posibilidad de otorgar de manera precisa las facultades a través de las cuales debe de actuar la Administración se denomina potestades regladas. La norma (provenga de cualquier nivel normativo) establece cuales serán los alcances de la actuación de la Administración, pero también los supuestos taxativos que habilitan a un particular a exigir un derecho subjetivo. A manera de ejemplo, podemos mencionar el acto administrativo mediante el cual se otorga una pensión de jubilación ordinaria. En tal caso el organismo correspondiente, autorizado para otorgarla, debe de exigir al ciudadano la acreditación de dos requisitos tasados y verificables: edad y tiempo de aportación, los mismos que, a su vez, están previamente determinados por la Ley. La labor es de contraste, de subsunción, entre lo dispuesto y lo que se acredita, razón por la

---

<sup>23</sup> “Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. 2006. *Curso de Derecho Administrativo*. Dos volúmenes. Duodécima edición. Lima-Bogotá. Palestra-Temis. Tomo I, p. 478.

cual, los problemas que se presentan en los presentes casos están relacionados a problemas de probanza y acreditación de los supuestos de hecho pre establecidos en la norma. Es en estos casos que con mayor incidencia, se pueden producir los llamados “problemas de prueba”. En alguna medida, y en menos frecuencia se pueden presentar problemas de interpretación, sobre todo cuando la normatividad contiene lo que se denominan conceptos jurídicos indeterminados, lo cual analizaremos posteriormente.

Las facultades regladas son la expresión de legalidad en el sentido estricto, por cuanto la previsión del legislador ha agotado las posibilidades fácticas para determinar la actuación de la Administración. Estas son las potestades que se presentan de manera más frecuente en la normatividad que aplica la Administración.

La segunda de las clases de potestades que mantiene la Administración se refiere a las discrecionales. Esta situación se presenta cuando la norma atribuye aspectos de la potestad reglada pero es en el proceso aplicativo que la ley le otorga a la Administración la subjetividad para determinar, caso por caso, el supuesto legal previsto. Sobre su conceptualización hablaremos más adelante, lo que se pretende establecer en este punto son algunas características que puedan graficar su importancia y la necesidad de su presencia en el ordenamiento legal. Como dijimos, la potestad discrecional, tiene elementos reglados en su concepción y a decir de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, éstos por lo menos deben ser cuatro:

En concreto, puede decirse que son cuatro por lo menos los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuar, que se referirá a un ente y –dentro de éste- a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las

necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública (García de Enterría y Fernández 2006: Tomo I - 493).

Pero, esta posibilidad que la norma atribuye a la Administración para que pueda determinar el cumplimiento de un supuesto a través de una apreciación subjetiva, no puede implicar una libertad absoluta de la Administración para determinar el cumplimiento de un supuesto de hecho. Al respecto ZEGARRA VALDIVIA, señala: “Luego, lo que caracterizaría la discrecionalidad administrativa sería la facultad de la Administración de elegir entre diversas opciones dentro del marco de referencia” (Zegarra 2006: 36).

La discrecionalidad –propriadamente la que se refiere a la que ejercer la Administración - aparece a partir de la decisión legal de otorgarla e importa el ejercicio aplicativo de una apreciación subjetiva que debe completar el precepto legal y que a su vez, debe estar en relación con la finalidad del mandato y con el interés general. Importa la posibilidad de tener la libertad de elegir entre dos o más alternativas igualmente justas o probables para el Derecho. Su presencia se sustenta en el hecho que las normas que regulan la función vicarial de la Administración son de tipo directrices la cuales se caracterizan no por ser normas de acción sino norma de fin. Está presente en las acciones menos trascendentes como las más importantes. Resulta necesaria desde el momento en que se decide utilizar algún recurso o se efectúa alguna modificación en la actividad diaria de la Administración o se decide la construcción de una obra, o se elige a un funcionario de confianza, o se decide por alguna propuesta técnica entre varias, todas igualmente válidas, etc. Su presencia resulta trascendente para la actividad de la Administración en cumplimiento de su finalidad. Las funciones de la Administración son diversas y muy variadas y no se puede pensar que no exista la discrecionalidad en su accionar ya que la propia estructura de las normas que regulan a la Administración (normas de fin), así lo establecen. Es parte de la Administración como el propio elemento humano. Manuel ATIENZA al comentar sobre la ponderación que se realiza respecto de las directrices precisa:

El segundo tipo de ponderación a que antes se hacía referencia es muy distinto. No arranca de constatar que frente a un caso particular existen principios que pugnan en direcciones opuestas, sino que el punto de partida es la necesidad de concretar un objetivo teniendo en cuenta, por supuesto, que eso no puede hacerse prescindiendo de cómo puede afectar al resto de los objetivos valiosos establecidos por el sistema o vulnerando los límites fijados por los principios en sentido estricto (...), la segunda cae en principio fuera de la competencia de los jueces, es decir, se trata de una operación que supone niveles muy elevados de discrecionalidad y que, por ello, los sistemas jurídicos confían, casi en exclusividad, a los legisladores y a los órganos gubernamentales y administrativos; lo que los jueces hacen al respecto es controlar que la ponderación se ha efectuado de manera correcta (lo que no implica propiamente ponderar; sino comprobar que no se han sobrepasado los límites señalados por las reglas y los principios en sentido estricto (Atienza 2006a: 174).

No es aceptable que la actuación administrativa se reduzca a verificar que se cumpla los supuestos normativos, en primer lugar porque no sería posible el cumplimiento de la labor de servicio de la Administración, y en segundo lugar porque resultaría absurdo considerar que el legislador pueda (o deba) prever todos los supuestos y así no dejar margen de apreciación de la discrecionalidad. La discrecionalidad se vuelve necesaria pero enfrenta, conjuntamente con todo el sistema, el problema que le plantea el lenguaje y la voluntad del legislador para que sea la Administración la que asuma la decisión que mejor se adecue a sus fines.

La discrecionalidad como cualquier otra actividad de la Administración es plausible de control y para ello se han ido desarrollando técnicas de control, que buscan evitar que esa liberalidad que le otorga la ley a la Administración (llámese funcionario), se considere o utilice como una libertad absoluta o como una manera de generar arbitrariedades.

Este es un punto que ha tenido un desarrollo, sobre todo en Europa, estableciéndose técnicas que han permitido efectuar el control jurídico de la

discrecionalidad. En Alemania a raíz de haber podido establecer la diferencia que existe entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad, se pensó que era posible el control total de la discrecionalidad a través de su reducción a cero, *auf Null*, sin embargo, luego de aquel entusiasmo se han generado nuevas posiciones que han mantenido la discusión si el Juez contencioso puede suplir a la Administración al momento de efectuar el control de la discrecionalidad, discusión que todavía motiva a opinar sobre el tema, pero que ha dejado algunas conclusiones más o menos claras: Nadie puede estar en desacuerdo en que la discrecionalidad puede y debe estar sometida al control jurídico por parte del órgano jurisdiccional, sin embargo, tal consenso no se alcanza cuando se trata de establecer si, como consecuencia de dicho control, es posible la sustitución por parte de un Juez de lo decidido por la Administración.

## 1.2.- PRECISIONES CONCEPTUALES

### 1.2.1 De la función administrativa.

Uno de los temas centrales del presente trabajo está referido al control de la Administración como condición necesaria para la concreción del Estado de Derecho. Dicho control es expresión del balance entre pesos y contrapesos que deben existir entre los poderes del Estado, los cuales se rigen por la autonomía que les otorga el principio de la división de poderes, aunque la denominación más apropiada se encuentra en la expresión “división de funciones”. En tal sentido, si bien en algún momento hablamos de la existencia de la división de poderes, debemos entender que nos referimos a la indicada división de funciones, ya que el poder del Estado es solo uno. Ahora bien, un tema que no resulta resuelto a nivel de la doctrina es lo que se puede conceptuar como Derecho Administrativo. Al respecto, el ejercicio del poder sustentado en la finalidad de satisfacer, por parte del Estado, de una serie de necesidades de la sociedad, ha generado a lo largo de la historia diversas tendencias respecto a lo que se debe entender como Derecho

Administrativo, a lo cual se debe agregar la orientación que determina la previsión constitucional de lo que debe otorgar el Estado, esto es entre otros, la previsión del Estado Social de Derecho, el régimen económico del Estado, etc., por lo que su conceptualización estará también en función al modelo de sociedad que se prevé o se desee (lo que se denomina democracia ideal o normativa).

Sin embargo, los intentos por conceptualizar a la Administración Pública, han estado en directa relación con la función que tiene el Poder Ejecutivo de ejecutar los mandatos legales establecidos por las normas previamente aprobadas por el Poder Legislativo, empero, resultaría irreal pensar que sólo el Poder Ejecutivo realiza una actividad propiamente administrativa. En efecto, el Poder Judicial al momento de convocar a una licitación, al resolver sobre la procedencia de un beneficio laboral a favor de un Juez o al momento de sancionarlo, o al aplicar una medida disciplinaria a un trabajador (dentro del régimen de la actividad pública), está realizando labores propias de la Administración. Situación similar se aprecia en lo que respecta al Poder Legislativo así como a los otros dos niveles de gobierno (regional y local), y en los organismos constitucionalmente autónomos.

Al respecto, han sido dos las teorías las que han intentado explicar la función administrativa del Estado. La primera corresponde a la teoría subjetiva u orgánica que “consideran a la función administrativa como toda o la mayor parte de la actividad que realiza el Poder Ejecutivo y los órganos sujetos que actúan en su esfera” (Cassagne 1998: 80) y la segunda la teoría objetivo o material que reconoce que los demás órganos, no pertenecientes al ejecutivo, también desarrollan labor administrativa y con una finalidad o noción teleológica que corresponde a la satisfacción de las necesidades de la sociedad. Esta segunda resulta ser más realista, o la que mejor se adapta al cambio de la Administración (no se debe dejar de lado el hecho que una de las características del Derecho Administrativo es la de ser un derecho en plena formación); sin embargo, actualmente, ambas teorías no pueden dar cuenta de la dispersión de la función

material de la Administración presente en diversos organismos que no son parte del Poder Ejecutivo. Abruña Puyol señala:

Hoy día no es fácil encontrar una concepción estrictamente subjetiva o funcional de la Administración Pública. La mayoría de los autores ven en esto una imposibilidad, por lo que a la hora de definirla conjugan en su concepción elementos subjetivos con elementos funcionales. Siempre, por tanto y en primer lugar, la Administración Pública será un poder público que actuará con unas características materiales, teleológicas y formales determinadas. (Abruña: 2010, 63-64)

Al respecto considero que uno de los elementos que puede contribuir a esta caracterización es lo que la norma peruana ha definido como acto administrativo (manifestación natural del ejercicio de la actividad administrativa); al respecto, el artículo 1.1. de la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley N° 27444 (LPAG) precisa: Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

En ese sentido, lo que debemos entender como la función administrativa es toda aquella actividad que crea, modifica y extingue derecho, que tiene efectos sobre los terceros (administrados) y que es posible de ser aplicados y ejecutados de manera coercitiva, al margen de la entidad pública que lo emita. En tal virtud, cuando hablamos del control de la Administración lo que debemos entender es que nos referimos al control de aquel efecto que resulta de ejercer la actividad administrativa y en cuyo ejercicio la Administración (sea cual fuere el Poder estatal involucrado) se expresa a fin de conseguir el cumplimiento de las finalidades que la ley le encarga. Así, también caracterizará a esta función administrativa su ejercicio con potestad administrativa y por ende con sujeción a la ley (vinculación positiva) y la previsión del control jurisdiccional de dicha actuación (acto administrativo, inacción administrativa o actuación material no contenida en acto).

Sin embargo, pese a lo señalado precedentemente, nos enfrentamos a una situación que no es menos compleja y es que el inciso 8° del artículo I del Título Preliminar de la LPAG considera entidad o entidades a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, lo cual es expresión del denominado Estado contratante. Al respecto, si bien la redacción contiene una innecesaria ficción (considerar ente o entidad administrativa a una persona jurídica privada), tal situación no implica una modificatoria de nuestra concepción, por cuanto la persona jurídica privada cuando realiza una actividad económica respecto de un servicio público, lo hace en aplicación de una delegación de poder que se realiza por mandato legal, pero que no puede implicar que dicha persona jurídica sea parte de la Administración. Actúa como primera instancia en los reclamos respecto del servicio que presta, pero será en definitiva los organismos reguladores lo que determinen el pronunciamiento final y el probable agotamiento de la vía administrativa.<sup>24</sup>

En consecuencia, el control que se efectúa en aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, es respecto de todas las instituciones que, por mandato legal, realizan actividades administrativas y que por ende están sujetas al ordenamiento legal. Desde esta perspectiva es posible someter la actuación administrativa de diversos órganos que, sin ser parte del ejecutivo, son parte del aparato estatal en general. Esta delimitación nos permite justificar el porqué el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Congreso, las municipalidades, etc., son plausibles del control jurisdiccional cuando se considera que en el desarrollo de su función administrativa se ha producido la afectación del derecho de un ciudadano. En tal virtud, cuando en el presente trabajo nos referimos al control de la Administración, nos estamos refiriendo al control de aquella actividad administrativa que en función de las potestades que le otorga la ley, es desarrollada no solo por el Poder Ejecutivo, sino también por los demás poderes

---

<sup>24</sup> Al respecto se puede consultar ABRUÑA PUYOL, Antonio. 2010. *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*. Lima. Palestra Editores, pp.76 y siguientes.

(Legislativo y Judicial), los otros niveles de gobiernos (regional y local) y por los denominados organismos constitucionalmente autónomos. Sin embargo, la presencia de una previsión constitucional respecto de dos organismos constitucionalmente autónomos (Jurado Nacional de Elecciones y Consejo Nacional de la Magistratura) referida a que sus decisiones son irrevisables en sede judicial, acarreará una singularidad en el caso peruano que posteriormente analizaremos.

### 1.2.2 Discrecionalidad jurídica.

Uno de los problemas de la definición de la discrecionalidad, se genera a consecuencia de la amplitud que dicho concepto implica para el Derecho. Así existen análisis sobre la discrecionalidad (jurídica) desde dos puntos de vista: el primero que corresponde al ámbito jurisdiccional y que tiene que ver con la discrecionalidad que la ley le otorga al juez y el segundo al referido a la función administrativa. Es con Kelsen que el debate referente a la discrecionalidad en el derecho se centró en la discrecionalidad jurisdiccional. De esta manera, el citado filósofo consideraba que entre los niveles de norma (superior e inferior) existía una relación de determinación que no podía ser absoluta por lo que se generaban márgenes que debían ser completados por el operador judicial. A esta libertad aplicada a la pirámide normativa, es que consideraba que era posible que el juez completara el vacío normativo a través de la discrecionalidad. Consideraba que esta indeterminación algunas veces estaba motivada de manera intencional, es decir por la propia voluntad del legislador y a la cual denominó “*indeterminación voluntaria*”. La otra posibilidad no se originaba de tal intención sino de los problemas de interpretación y a la que llamó “*indeterminación involuntaria*”. Esta discrecionalidad aparece sobre todo en los casos en que la interpretación conlleve a varias posibilidades de solución y para lo cual se utiliza criterios de valor (políticos o morales).<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. *Op.cit.*,p. 167

Para HART, la discrecionalidad en el ámbito jurisdiccional; puede ser fuerte o formal (la que proviene de la delegación expresa del poder de decisión) y la segunda que es la denominada discrecionalidad instrumental o informal (que proviene de las impresiones del lenguaje que se generan en el Derecho).<sup>26</sup>

Ronald DWORKIN, también estableció niveles de discrecionalidad judicial. De este modo, para él un primer nivel de discrecionalidad está determinado por la interpretación que se realice de los estándares y respecto de los cuales los otros individuos, igualmente razonables, los interpretan de otra manera. Un segundo nivel, proviene de la facultad que se otorga al individuo para que su decisión sea definitiva y no sea posible de ser revisada o anulada; y un tercer nivel se produce cuando los estándares o normas que otorgan ciertos deberes, no imponen un deber con relación a una decisión determinada.<sup>27</sup>

Estas referencias nos muestran que existe relación entre dos ámbitos de la discrecionalidad (la jurisdiccional y la administrativa); la primera nos lleva a problemas que tienen que ver con el propio concepto de Derecho y que se irradia al problema de sus fuentes y la segunda tiene su campo de aplicación en el Derecho Administrativo y cuyo sentido lo determina el interés general. Sin embargo, existe un punto en que converge cualquier tipo de discrecionalidad que exista en el derecho y es el que determina el margen de libertad que la ley otorga a quien ejercer alguna capacidad de decisión. Isabel LIFANTE señala:

Respecto a la primera perspectiva, [qué es lo que hace un órgano cuando actúa discrecionalmente] y como ya antes señalé, resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad es un cierto margen de libertad en la toma de decisiones. Sin embargo, y como no podía ser de otro modo, esta unanimidad empieza a desvanecerse a la hora de precisar algo más en qué consiste dicha libertad (Lifante 2002: 417).

<sup>26</sup> LIFANTE VIDAL, Isabel. 2002. "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica" *DOXA*. Alicante. N° 25. Págs. 413-439. Consulta el 23 Julio del 2010. <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25\\_13.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_13.pdf)>

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. 2007. *Los Derechos en serio*. Traducción: Marta Guastavino. Primera edición - 6ª Reimpresión. Barcelona. Editorial Ariel, p. 131.

En ese sentido, no es nuestra intención abordar en este trabajo todo el problema de la discrecionalidad jurídica, lo cual conllevaría a una labor con mayores pretensiones, por lo que delimitando el campo de investigación, es pertinente señalar que el presente trabajo sólo abordará los problemas relacionados a la discrecionalidad administrativa, la cual será definida seguidamente. Esta aclaración resulta importante para centrar el problema y sustentar las alternativas que con relación a la discrecionalidad propondré. Consecuentemente, cuando hemos hecho o hagamos referencia a la discrecionalidad, entiéndase que se trata de la discrecionalidad administrativa.

### 1.2.3. La discrecionalidad administrativa – Aproximación a una definición.

Mencionamos anteriormente la importancia de la discrecionalidad, su necesaria y real presencia en el ordenamiento jurídico de todas las legislaciones, pero, sin ser desarticulados, debemos decir ahora qué es la discrecionalidad, y qué tipos de discrecionalidad se han establecido por la doctrina. Reitero que la discrecionalidad que pasaremos a analizar corresponde a la que proviene del Derecho Administrativo, y no de toda la teoría general del Derecho, aunque no se puede negar que existan coincidencias en sus definiciones dada su proximidad. El concepto de discrecionalidad resulta complejo y dada la cantidad de definiciones que podemos encontrar en diversos autores, éste resulta muy diversificado. Tal como lo ha señalado Eva DESDENTADO, no existe consenso con relación a su concepto lo cual "( )....dificulta enormemente la comprensión del fenómeno y convierte el debate acerca de su control judicial en algo sumamente difícil y tortuoso, plagado de prejuicios, confusiones, inexactitudes y errores" (Desdentado 1999a: 53-54).

Contrariamente a la facultad reglada en la que la norma ha agotado el supuesto y a partir del cual la Administración debe contrastar o verificar el supuesto normativo con el hecho (subsunción), la discrecionalidad, tal como lo señalan Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: " (...) comporta un

elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular” (García de Enterría y Fernández 2006: Tomo I - 492).

Ahora bien, la definición de discrecionalidad está determinada con relación a diferentes aspectos, así por ejemplo en el caso de doctrina española, una de las definiciones está delimitada por la valoración o apreciación por la Administración del interés público. Otra de ellas está fijada por el margen de apreciación que la ley otorga a la Administración que muchas veces no está regulada por el Derecho y cuya fórmula normativa está dada por el término “podrá”. Estas fórmulas pueden mostrar el grado de independencia que tiene la Administración en este tema tan sensible dentro del Derecho Administrativo. Pero las definiciones se matizan de acuerdo al contexto normativo y de costumbres que existen en cada país. En Francia, por ejemplo, es muy aceptada la definición de Michoud que la define como el supuesto en el que “una autoridad administrativa actúa libremente, sin que la actuación que deba de adoptar le venga predeterminada por la norma.”<sup>28</sup>

Una de las cosas en que se puede estar de acuerdo es en la complicación que existe en encontrar una definición aceptada de manera general por la doctrina, empero, uno de los elementos que en todos los casos se concuerda es en la libertad que le otorga la Ley a la Administración para elegir frente a dos o más alternativas igualmente justas o indiferentes jurídicamente; así, una de las definiciones más aceptadas en lengua hispana y que no encuentro discrepancia en doctrina nacional es la que han efectuado GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Ellos señalan:

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere entre indiferentes jurídicos, por que la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos,

<sup>28</sup> SUBRA DE BIEUSSES, Pierre. 1994. “La potestad discrecional” *Documentación Administrativa. Instituto Nacional de Administración Pública*. Madrid. Nº 39. julio-septiembre 1994, pp. 31-69

etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración (García de Enterría y Fernández 2006: Tomo I - 497).

Pero este concepto no se agota en tal definición, sino que los propios términos que contiene el mismo nos puede generar nuevos problemas como por ejemplo lo que debemos entender como “igualmente justas” o “indiferentes jurídicos”. Uno de los aspectos que es muy frecuente en la conceptualización de ciertas figuras del derecho es que no encierran lo que en general se entiende por concepto, es decir como la capacidad de representar una realidad u objeto de esa realidad. Así lo que se entiende por discrecionalidad podemos entenderlo desde el punto de vista procedimental, es decir asumir la definición como “probabilidad” de actuación.

Es así que, debe existir un principio que pueda servir de estándar, parámetro y límite al momento de ejercitar la discrecionalidad, es decir informarnos qué es “igualmente justas” o “indiferentes jurídicos”. Si bien los criterios asumidos por los autores citados son de oportunidad y económicos, dichos criterios se justifican sólo si se entiende que actúan en bien del interés general o jurídicamente hablando, del interés público. Ese, de manera similar a los fundamentos del utilitarismo y el análisis económico del derecho, es el principio que determina lo que le es justo para la Administración y por ende lo que permitirá ejercer la libertad para elegir entre varias alternativas. Debemos entender por ende, que dichas alternativas benefician igualmente al interés público, y es por eso que la Administración podrá elegir entre alguna de ellas.

Es a partir de tales conceptos que ha sido tan controversial determinar, en primer lugar, si dicha potestad discrecional puede ser materia de control y, en segundo lugar si, una vez aceptada la posibilidad del control, es posible que un juez pueda sustituir la discrecionalidad de la Administración. No está en discusión la libertad que la Ley le otorga a la Administración a fin de asumir criterios subjetivos, y que por lo general pueden ser extrajurídicos, sin embargo, la discrecionalidad debe de desarrollarse dentro del marco normativo. Son muchas las expresiones de

discrecionalidad que realiza la Administración y su presencia es innegable y necesaria, pero su actuación está contenida dentro de unos límites en donde de manera flexible debe desarrollarse. Sin embargo, dado que al momento de su desenvolvimiento la Administración lo hace en la esfera de los derechos subjetivos de los particulares, es necesaria que la misma esté sujeta a un control.

Al respecto, se debe tener en cuenta que la finalidad de un proceso contencioso administrativo, es el de efectuar un control jurídico de la actuación de la Administración, terminología que resulta muy importante por cuanto, se excluyen de esta manera cualquier tipo de control político o extrajurídico contra la Administración<sup>29</sup>.

Ahora bien, nos enfrentamos a una posible contradicción. Si la actuación de la Administración en casos de facultades discrecionales se realiza con libertad y tomándose en cuenta elementos subjetivos que resultan extrajurídicos, cómo puede imponérsele un control jurídico? En respuesta a ello, debe tenerse en cuenta algunos aspectos que preliminarmente pueden darnos respuesta a esa pregunta. En primer lugar la Administración, si bien tiene una función de servicio y que su finalidad es el bienestar común (razón por la que su actuación es motivada por el interés general y se regula por ley)<sup>30</sup> también es cierto que ésta es parte del ordenamiento legal y que la atribución de potestades viene del Estado, y también lo es que el ciudadano tiene consagrada garantías que resguardan sus libertades, limitando el Poder por quien ejerce su gobierno y que están contenidas en la Constitución.

Esta función de control de la Administración (para nuestro caso, tanto en sede constitucional como en sede contencioso administrativo) es de suma importancia y les ha sido atribuido a los jueces por mandato de la Constitución y como respuesta

<sup>29</sup> Al respecto: PRIORI POSADA, Giovanni. 2006. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Tercera Edición. Lima. Ara Editores, p. 84

<sup>30</sup> “Sí debe decirse, no obstante, que toda organización política se apoya necesariamente en una concepción determinada del Derecho y actúa desde y en virtud de la misma”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R FERNADEZ. *Op. Cit.*, tomo I, pp. 467-468.

al equilibrio de poderes que debe existir dentro de toda sociedad, tal como lo corroboramos con lo señalado por Otto BACHOFF:

....nuestra Ley Fundamental ha otorgado al juez frente a los otros dos llamados "Poderes" del Estado, el Ejecutivo y el Legislativo; nueva, en todo caso, la extraordinaria extensión de tal función de control. Este aumento de la función de control, significa un incremento acentuado del poder del juez y, necesariamente, una disminución proporcional del poder del Legislativo y del Ejecutivo. Este hecho es indiscutible (Bachoff 1985: 27).

De otro lado, aunque si bien en nuestra constitución no se encuentra consagrado textualmente el principio de interdicción de la arbitrariedad, dicho principio se encuentra implícito en las propias normas de la propia Constitución<sup>31</sup>. El establecimiento de este principio implícito, es un paso sumamente importante para la doctrina nacional, porque resulta un instrumento legal al haberse convertido en parte de nuestro ordenamiento y en fuente de derecho conforme a lo establecido en el tercer párrafo del Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>32</sup>, y que por ende puede ser invocado, quedando pendiente la determinación de su alcance. En suma, la Administración si bien cuenta con una libertad para decidir entre dos o más supuestos que provienen de criterios extrajurídicos, ello no puede entenderse como un instrumento de arbitrariedad, aunque su finalidad se sustente en el interés general. Ronald DWORKIN encuentra límites a la discrecionalidad fuerte:

El sentido fuerte de la palabra discreción no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica. Casi cualquier situación en la cual una persona actúa (incluyendo aquella en las que no es cuestión de decidir bajo una autoridad especial y, por ende, no es cuestión de discreción) pone en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia (Dworkin 2007: 85-86).

<sup>31</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia N° 0090-2004-AA/TC (fundamentos jurídicos 12 a 18) ha establecido que el principio de Interdicción de la Arbitrariedad, se consagra en nuestra Constitución a partir de lo dispuesto en el artículo 3° y 43° de la Carta Magna.

<sup>32</sup> El citado artículo señala: "Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional."

Pero los intentos de control no pueden significar su reducción o desaparición, su importancia no genera dudas; de lo que se trata es que se desarrolle dentro de los márgenes jurídicos que le imponen los derechos subjetivos de los ciudadanos. Al respecto Miguel SÁNCHEZ MORÓN señala:

Dicho de otra manera, el control jurídico de la discrecionalidad no consiste en reducirla por reducirla (inclusive contra la voluntad del legislador que la confiere), sino en someterla a sus estrictos límites jurídicos. Es decir, consiste ni más ni menos, como siempre se ha dicho, en el control de los elementos reglados existentes en toda potestad discrecional (Sánchez Morón).<sup>33</sup>

Por eso considero que su control, en la mayoría de casos sólo podrá ser negativo, es decir de nulidad de la decisión, disponiendo que la Administración ejerza la libertad que le ha dado la Ley, caso contrario la discrecionalidad administrativa sería sustituida por lo que sea de consideración de un juez, con lo cual se estaría invadiendo esferas que no le corresponde. Sin embargo, no debe dejarse de la lado la probabilidad que existan supuestos en que todas las posibilidades hayan sido reducidas quedando subsistente sólo una posible, caso en el cual se podría pensar en que un Juez, al ser evidente que no han quedado alternativas a la Administración, pueda declarar el derecho del emplazante en aplicación del principio de tutela judicial efectiva.

#### 1.2.4. Tipos de discrecionalidad.

Hemos efectuado la distinción entre lo que constituye la discrecionalidad jurídica en general -sobre todo la judicial - y lo que se entiende por discrecionalidad administrativa lo cual ha sido importante para nuestro trabajo porque nos ha permitido precisar el campo de estudio. Por lo tanto, al momento de analizar algún

<sup>33</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *“Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”*. Consulta el día 17 de junio de 2010. <[http://moodle.uho.edu.cu/file.php/1016/Bibliografia\\_por\\_temas/Potestades/Potestad\\_Discrecional/Control\\_judicial\\_de\\_la\\_discrecionalidad\\_administrativa.doc](http://moodle.uho.edu.cu/file.php/1016/Bibliografia_por_temas/Potestades/Potestad_Discrecional/Control_judicial_de_la_discrecionalidad_administrativa.doc)>

texto que haga referencia a la discrecionalidad, es primordial contextualizar la perspectiva del autor y así evitar confusiones que nos pueda conducir a conclusiones erradas. Es por eso que previo a analizar los tipos de discrecionalidad administrativa, mencionemos una clasificación de discrecionalidad jurídica que resulta interesante por el punto a partir del cual se efectúa.

Al clasificarla, Isabel LIFANTE propone dos tipos de discrecionalidad jurídica: la técnica y la política. Pero lo original de su clasificación es que ésta se origina a partir del alcance de la norma que la otorga, es decir de qué clase de norma proviene. En este caso se sustenta en dos tipos de normas: las “*reglas de fin*” y de las “*directrices*”. Así establece:

A partir de aquí, creo que es posible llevar a cabo una distinción entre dos tipos de discrecionalidad, dependiendo de que la regulación que pese sobre el ejercicio de los poderes se realice mediante reglas de fin o mediante directrices; y a los que propongo llamar “discrecionalidad técnica” y “discrecionalidad política” respectivamente (Lifante 2002: 435).

Sin embargo, nuestro trabajo tiene como límite la discrecionalidad administrativa. En tal sentido, el estudio y análisis –sobre todo extranjero -de la discrecionalidad administrativa a lo largo de los años, ha llevado a determinar que este ámbito también existen tipos de discrecionalidad. Al respecto, Miguel SÁNCHEZ MORÓN ha mencionado supuestos-tipo de discrecionalidad, la cual se advierte como la más completa y a partir de la cual podemos realizar un breve desarrollo y análisis de su posible control<sup>34</sup>. Así tenemos:

#### *1.2.4.1 La discrecionalidad reglamentaria*

Es la que se determina a partir de la potestad reglamentaria que tiene la Administración de efectuar el desarrollo de la norma superior, y cuya función no

<sup>34</sup> Ídem. Asimismo, es preciso señalar que el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia 090-2004-AA/TC (fundamento jurídico 09) ha considerado, la discrecionalidad normativa, planificadora, política y técnica.

puede extralimitar los contenidos que dispone la Ley que lo autoriza. Aunque existe una serie de reglamentos que se clasifican según su procedencia, su autonomía etc.<sup>35</sup>, básicamente su carácter infra legal los sujeta a las disposiciones superiores y a los principios generales del derecho por lo que es posible efectuar un control de la discrecionalidad de la administración al momento de su elaboración.

Con relación al control de este tipo de discrecionalidad, en el caso peruano, es posible de efectuar su control a través del proceso de Acción Popular el cual, de conformidad con el artículo 75º del Código Procesal Constitucional, tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Su competencia es exclusiva del Poder Judicial, por lo que estamos ante un caso de Justicia Constitucional, pero no en jurisdicción constitucional, sino en sede ordinaria.

#### *1.2.4.2 Discrecionalidad de Planificación:*

Es la que le permite a la Administración establecer sus políticas para determinar sus necesidades y los objetivos que se esperan alcanzar. Este planeamiento nace del estudio de una situación que realiza la Administración de manera técnica, siendo sus alcances generales, por lo que su control –preventivo- lo realiza los organismos encargados de aprobar dicha planificación y su control posterior corresponde a los entes administrativos de control.

#### *1.2.4.3 Discrecionalidad de iniciativa:*

En principio se debe señalar que la iniciativa a que hacemos referencia es la que proviene de la Administración, por lo que no debe confundirse con la iniciativa legislativa ni con la oportunidad en que se dicta una norma por parte del parlamento o el ejecutivo (por encargo), lo cual corresponde a otra competencia y a otro tipo de control (Constitucional). Consiste en la capacidad que nace del

---

<sup>35</sup> Al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA, E y T.R.FERNADEZ. *Op. Cit.*, tomo I, pp. 224 y siguientes.

principio de legalidad para crear servicios, promover actividades públicas o acordar prestaciones o medidas de fomento y asistencia; correspondiéndole a la Administración, determinar la forma y el momento de ejercerla. Su control es político, pero también es ejercido por la sociedad organizada.

#### *1.2.4.4 Discrecionalidad política estricto sensu:*

El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC la ha definido de la siguiente manera:

Es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política.

Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc.

Nótese que este tipo de discrecionalidad está más relacionada con los llamados “actos de gobierno” y su control es eminentemente político.

#### *1.2.4.5 Discrecionalidad técnica:*

Es la que le permite a la Administración, tomar la decisión frente a dos o más propuestas de orden técnico (en el que se incluye la evaluación de postores y de personal) que resulten igualmente válidas o beneficiosas para la finalidad que se persigue con su adopción. Los criterios a adoptarse deberán ser imparciales y objetivos y a partir de éllo decidir por la que tenga algún elemento que permita sustentar que la decisión fue la que más beneficiaba los intereses de la Administración.

Este es el tipo de discrecionalidad plausible de control judicial, siendo materia de controversia la posibilidad que el juez, al efectuar el control, sustituya la apreciación de la Administración y elija por ella<sup>36</sup>. Esta potestad discrecionalidad es la que más ha sido comentada en doctrina española, sobre todo la proveniente de los concursos y oposiciones, planeamiento urbanístico y contratación estatal que ha sido materia de pronunciamientos judiciales de diversas tendencias, los cuales le han otorgado a la doctrina española un tema de discusión a partir de la cual se han planteado teorías que han enriquecido la doctrina de habla hispana y que ha sido la de mayor estudio y discusión en los últimos años<sup>37</sup>. En el caso peruano, su control se puede efectuar tanto a través de la vía constitucional como contenciosa administrativa y en algunos casos está en manos de la jurisdicción arbitral y más adelante veremos las causas por las cuales esta discrecionalidad no ha motivado el debate que si generó en otros países.

#### 1.2.4.6 Discrecionalidad Táctica:

Esta discrecionalidad se presenta en casos excepcionales y permite a la Administración tomar medidas rápidas y eficaces a fin de no paralizar su actuar. Se presenta en situaciones de desastre, y su control no está bajo la esfera del poder judicial sino, en el caso peruano, de los organismos de control. Está relacionada con el desarrollo de las actividades de la Administración.

<sup>36</sup> Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, reseña una sentencia recaída en un proceso a través del cual se cuestionaba la adjudicación de una obra al postor que había efectuado la propuesta más elevada, pese a que ambos postores tenían iguales grado de capacitación, experiencia y medios suficientes, caso en el cual la judicatura española, al haber sólo dos concursantes, procedió a adjudicar la obra al demandante, sustentándose en el siguiente argumento: “la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución”, con lo cual considera que es posible que se pueda efectuar la sustitución de la discrecionalidad por parte del Juez. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. 2006. *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*. Lima. Palestra Editores, p. 388

<sup>37</sup> Con anterioridad DANÓS ORDÓÑEZ, dio cuenta sobre este aspecto cuando señaló:

La resolución de las controversias vinculadas a los procedimientos de suscripción y ejecución de los contratos celebrados por la administración, ya se trate para la adquisición de suministros, la construcción de una obra pública o de otorgamiento de concesiones sobre servicios o infraestructura de dominio público tampoco ha sido encargado en el Perú al proceso contencioso – administrativo, no obstante que en otros países la intervención de los jueces especializados en lo administrativo fue decisiva para la construcción de la sustantividad del concepto de contrato administrativo (Danós s/a: 10).

Sobre la consecuencia de la extralimitación de la discrecionalidad que corresponde a la arbitrariedad hablaremos posteriormente.

### 1.3. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS (CJI).

La lucha por el control del poder de la Administración ha generado la dinámica y el desarrollo del Derecho Administrativo. El generador de tal progreso lo ha sido esta confrontación entre quienes detentan el poder y quienes pretenden limitarlo y que, aunque parezca una contradicción, permiten mantener su legitimación, ya que de otra manera, sería un poder omnímodo y de seguro arbitrario. La vaguedad del lenguaje, la amplitud que puede tener un término (“justo precio”, “buenas costumbres”, “buena fe”, “calamidad”, “justo”, “plazo razonable” etc.) aunado a la voluntad del legislador de no reducir el alcance de una norma a unos pocos supuestos, sino de ampliar los límites de los mismos a través de la interpretación jurisprudencial, justifican la presencia de los conceptos jurídicos indeterminados (CJI)<sup>38</sup>.

Los CJI no son patrimonio o exclusividad del Derecho Administrativo ni del Derecho Público, su presencia se advierte en todos los ámbitos del Derecho apareciendo a partir de su positivización iniciada a finales del siglo XVIII<sup>39</sup>. Ahora bien, los problemas del lenguaje que hemos señalado precedentemente, son la principal causa para que existan términos o expresiones dentro de las normas positivas que no tienen una concreción y que requieren de un ejercicio interpretativo, problema que se hace más palpable cuando se trata de los principios jurídicos, sobre todo los constitucionales. Tal como lo hemos referido la

<sup>38</sup> Aunque, como lo refiere Miguel BELTRÁN DE FELIPE, la traducción correcta es “concepto normativo indeterminado”, se debe tener en cuenta que el término más usual en la doctrina en nuestro idioma es el de “concepto jurídico indeterminado”, por lo cual usaremos tal expresión. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. 1995. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid. Editorial Tecnos. Nota al pie, p. 60.

<sup>39</sup> Sobre los antecedentes de los Conceptos Jurídicos Indeterminados: TAMAYO YÁÑEZ, Sergio. 2009. *Conceptos Jurídicos Indeterminados e Interpretación Constitucional*. Lima. Ara Editores, pp. 37-40.

constitucionalización de la (administración de) justicia a partir del constitucionalismo ha determinado la presencia de los principios, ya no sólo de manera declarativa o programática sino que han obtenido un alcance jurídico, lo cual conlleva a que quien realice la labor de intérprete deba efectuar un ejercicio para concretizar su significado y alcance y a partir de ello aplicar o subsumir el concepto al caso en concreto y determinar si se ha producido la trasgresión del principio denunciada.

En lo que se ha referido al Derecho Administrativo, en la constante lucha por el control del poder, esta técnica de control aparece como respuesta a que en sus inicios se consideró que la interpretación o concretización del concepto jurídico indeterminado correspondía a un acto discrecional de la Administración y que por tanto no era plausible de dicho control. Sin embargo, es la doctrina alemana la que a partir de los años sesenta del siglo pasado, logra determinar que los conceptos jurídicos indeterminados no eran lo mismo que la discrecionalidad y que dada su posibilidad de “determinación” correspondían a facultades regladas y no discrecionales, elaborando toda una teoría acerca de las diferencias que existen entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados<sup>40</sup>. Es preciso iniciar este punto haciendo la precisión que en el caso del Derecho Administrativo, los CJI (buena fe, calamidad, urgencia, debida diligencia, distintividad, etc.) aparecen en diversas disposiciones legales ya sea en forma de ley o de reglamento e incluso de normas de inferior jerarquía como directivas, resoluciones ministeriales etcétera y que están referidas a un sentido dentro del contexto que comprende cada sector de la Administración, por lo que, dada su previsión, se puede afirmar que se trata de una facultad reglada, la cual ha utilizado un término que requiere ser constatado. Así, no se advierte el conflicto que se presenta en la interpretación constitucional en la cual, son los principios los que constituyen los CJI y su concretización importan un desarrollo interpretativo que implica todo el

---

<sup>40</sup> Al respecto puede consultarse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2004. *Democracia, Ley e inmunidades del poder*. Lima. Palestra Editores, p. 41

contexto normativo y que ha dado lugar al desarrollo de técnicas –quizá la más aceptada actualmente- como la de la proporcionalidad.

### 1.3.1 Concepto.

Podemos definir a los conceptos jurídicos indeterminados como términos que por su vaguedad o amplitud, deben de ser concretizados para una situación determinada y que motiva a que el funcionario o el juez hagan un ejercicio de análisis que le permita determinar el alcance del concepto y si éste corresponde o no para el caso en concreto. Así, por ejemplo, determinarán si una acción constituye “mala fe” o no; si un determinado hecho natural es “calamidad” o si la actuación de un ciudadano fue “diligente” o no. Al respecto, GARCIA DE ENTERRÍA señala: “...son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata” (García de Enterría 2004: 43).

En tal sentido, tal como hemos señalado, con el desarrollo de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados que se generó en Alemania, se consideró que se había arribado a la reducción total de la discrecionalidad – reducción a cero – pero pronto se pudo establecer que los CJI no eran lo mismo que la discrecionalidad y que su reducción a partir de esta diferenciación no podía conllevar a su control total. Con el paso de los años, el movimiento pendular pasó del entusiasmo de quienes son partidarios del control total de la Administración, a una situación de real diferenciación, posición que es compartida por la mayoría de la doctrina española.<sup>41</sup> Sin embargo, existen posiciones que consideran que los conceptos jurídicos indeterminados corresponden a una facultad propia de la

---

<sup>41</sup> Al respecto véase BACIGALUPO, Mariano. 1997. *La discrecionalidad Administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A, pp. 120-124.

discrecionalidad, pero éstas no son mayoritarias,<sup>42</sup> y conforme veremos a continuación, se puede establecer características propias a ambas técnicas.

Dentro de la estructura de estos conceptos, sin dejar de considerarse que constituyen facultades regladas, se configuran una zona de certeza, la cual no presente mayor labor intelectual, una zona de incertidumbre o “halo del concepto” que es más o menos precisa y, finalmente una zona de certeza negativa que dada su extra limitación se excluye del concepto. Es el segundo elemento el que implica la discrepancia y que se aprecia como una zona en que la Administración tiene un margen de apreciación. Sin embargo, conforme veremos más adelante, con la aplicación de conceptos disyuntivos, es preciso establecer si el supuesto se presenta o no. Ahora bien, los CJI incorporan nociones de experiencia y otros conceptos de valor. Los primeros están basados en relación a los hechos y su control resulta más accesible al juez. Sin embargo, el caso de los que contienen conceptos de valor (impacto ambiental) contienen aspectos técnicos que no resultan enjuiciables sin antes establecer, de manera técnica, que lo calificado por la Administración tenía adecuación con la realidad. Estos tipos de conceptos resultan menos accesibles a su control, pero no por eso escapa al mismo, ya que la determinación del concepto es lo que corresponderá ser verificado en última instancia por el juez contencioso.

1.3.2 Algunos aspectos de diferenciación entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados.

Conforme hemos señalado, en sus inicios, los CJI eran equiparados con la discrecionalidad y como consecuencia de ello, se negaba la posibilidad de

---

<sup>42</sup> Puede consultarse: SESÍN, Domingo – “El control judicial de la discrecionalidad administrativa” – 2004. *Documentación Administrativa* N° 269-270 (Mayo-Dic. 2004) Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 87-100.

revisión y control en sede judicial<sup>43</sup>, sin embargo, el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia (me refiero a la extranjera) han ido demostrando que ambas figuras no son una expresión de la otra y que la posibilidad de sustitución de un CJI en sede judicial sí es posible en aplicación el principio de Tutela Judicial Efectiva. De acuerdo a esta doctrina pasaremos a ver algunos puntos que permiten apreciar sus diferencias.

La discrecionalidad es una facultad (no absolutamente libre y con elementos reglados dentro de su contenido) que otorga la ley a la Administración a fin que pueda elegir una solución entre dos o varias que son igualmente justas o legales. Ahora bien, la facultad discrecional, de acuerdo con la complejidad y estructura de la Administración, puede tener diversas expresiones que han llevado a señalarse que tienen varios supuestos-tipos que ya han sido mencionadas (La discrecionalidad reglamentaria, discrecionalidad de Planificación, discrecionalidad de iniciativa, discrecionalidad política estricto sensu, discrecionalidad técnica, discrecionalidad táctica y. discrecionalidad de gestión). Sin embargo, a través de la discrecionalidad, se deja el margen de libertad a fin que sea la Administración la que elija la solución más acorde con la finalidad vicarial de la misma. Es por eso que se entiende que la discrecionalidad está relacionada con el juicio subjetivo de la Administración. Sin embargo, tal hecho no es idéntico al caso de los CJI. Al respecto Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, precisando las diferencias entre ambos señalan:

Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota con el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido,

---

<sup>43</sup> En el año 1967, Manuel MARTÍN GONZÁLEZ sostenía esta correspondencia entre los CJI y la discrecionalidad administrativa y como consecuencia de ello, su imposibilidad de impugnación de la aplicación realizada, salvo a través de la desviación de poder. MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel. "El grado de determinación de los conceptos jurídicos" 1967. *Revista de Administración Pública*. Madrid. N° 54 – Set-Dic. 1967, pp. 197-292.

proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional (García de Enterría y Fernández 2006: 497).

Es decir que la discrecionalidad, está presente en el aspecto subjetivo y volitivo de la norma, en el margen de libertad que ésta le otorga de manera antelada. Sin embargo, en los CJI el ejercicio interpretativo se efectúa en el elemento fáctico o supuesto de hecho de la norma y determinará en cada caso concreto la presencia o no del concepto. Así en la discrecionalidad existe un proceso volitivo o de valoración y los CJI un proceso cognitivo de juicio o de comprobación. Al respecto Allan BREWER-CARÍAS coincide y aclara esta diferenciación:

(..) y es que en la discrecionalidad, la operación que debe realizar la Administración es siempre de naturaleza *volitiva*; como sucede, por ejemplo, cuando la ley faculta a la Administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinado, según la gravedad de la falta.

En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la Administración es de naturaleza *intelectiva*: la administración *crea, juzga, estima, aprecia* que la edificación, por ejemplo, amenaza ruina. (Brewer-Carías 2005: 6-7)

Por último, lo que también nos puede mostrar otra diferencia entre ambas técnicas es la consecuencia judicial de su juzgamiento y la posibilidad de sustitución. El tema del control de la Administración y sobre todo de su discrecionalidad, ha sido muy tratado por la doctrina y ha evolucionado de acuerdo a los alcances y desarrollo de los derechos constitucionales. Actualmente no se duda sobre la posibilidad y necesidad de ejercer control sobre la actividad discrecional de la Administración, habiéndose generado ahora una nueva discusión respecto si es posible que en el ejercicio de control de la actividad discrecional el juez pueda sustituir a la Administración. En un inicio se ha concluido que el principio de separación de poderes impide tal posibilidad, sin embargo, hoy, en aplicación de la tutela judicial efectiva, se considera que es posible efectuar una reducción total

de la discrecionalidad en los casos en que se hayan agotado de manera certera las posibilidades de elección de la Administración<sup>44</sup>.

Sin embargo, tal discrepancia no se advierte en los casos que la judicatura sustituya lo que se entiende que contiene el alcance de un CJI. En efecto, no es controversial el hecho que se establezca vía jurisprudencial los alcances de un concepto y su aplicación al caso concreto, lo cual nos puede permitir sostener que no estamos ante un acto puramente discrecional.<sup>45</sup>

Si bien ambas figuras aparecen como distintas, esto no puede significar que resulten irreconciliables. Muchas facultades discrecionales contendrán dentro de su estructura gramatical, términos ambiguos que pueden ser considerados como conceptos jurídicos indeterminados y por ende, para su ejercicio, requerirán previamente de su concretización. Esto nos lleva a establecer el grado de relación que puede existir entre ambos conceptos. La distinción ha resultado importante porque durante mucho tiempo, la identificación de uno con el otro, generó espacios de inmunidad de la Administración, lo cual no puede justificarse dentro del Derecho. Sin embargo, a diferencia de la discrecionalidad que permite la elección de una solución entre varias probabilidades legales, los conceptos jurídicos indeterminados solo aceptan una posibilidad de solución, lo que ha determinado la necesidad de establecer la llamada única solución justa y a analizar lo que se conoce como los conceptos disyuntivos.

---

<sup>44</sup> Al respecto: FERNÁNDEZ, T.R. *Discrecionalidad, (...)* págs 159 y siguientes y COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. 2000. "Hacia un contencioso administrativo de garantía del ciudadano y de la Administración." *Documentación Administrativa* Madrid. N° 257-258 – Mayo – Dic. 2000. Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 263-286.

<sup>45</sup> Sumamente interesante resulta la posición de Eva DESENTADO, quien sugiere que la diferencia entre la discrecionalidad y los CJI proviene de la distinción entre discrecionalidad "instrumental" y discrecionalidad "fuerte". La primera sirve para explicar interpretar y aplicar el derecho buscando el significado de las palabras y de la cual deriva la discrecionalidad fuerte que implica el espacio de libertad que le otorga la Ley. DESENTADO DAROCA, Eva. 1999a. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*. Segunda Edición. Navarra. Editorial Aranzadi, pp. 122 y siguientes.

### 1.3.3. Única solución justa

Con relación al tema de la única solución justa que se debe de extraer del análisis en la aplicación de un CJJ,<sup>46</sup> se debe de hacer algunas precisiones y alcances. La aplicación de un concepto jurídico indeterminado, implica una labor intelectual para determinar que en un caso concreto que presenta una situación fáctica determinada, se puede considerar dentro de lo que se entiende por el concepto empleado. Por ejemplo, en el caso de “calamidad”. Pensemos en un movimiento telúrico de una magnitud tal que sólo ha afectado levemente algunas construcciones débiles y que no ha denotado mayor gravedad. Sin embargo, un funcionario, aprovechando que en los casos de calamidad la norma lo exonera de realizar concursos públicos, decide calificar dicho movimiento como una “calamidad” y destinar los recursos sin control con la consiguiente consecuencia de corrupción que pueden suscitarse en ese caso. Al respecto, no será posible que el funcionario alegue que se trató de un acto discrecional, ya que lo que se ha efectuado es la indebida interpretación de un concepto con la finalidad de evadir los controles legales. Así en un posterior control judicial, se podrá establecer que un movimiento tan leve no podía ser considerado como “calamidad”. Sin embargo, otro es el caso de un movimiento de gran magnitud que constituya un desastre. Es en esta circunstancia que debe determinarse si, dada la magnitud del movimiento, debe o no debe ser considerado como una “calamidad”, es decir de manera disyuntiva se debe establecer si lo es o no lo es, pero no puede encontrarse un punto medio para el análisis. Así, hay buena fe o no la hay; son distinguibles dos productos o no lo son. Este es el resultado de la determinación del concepto al caso en concreto, lo cual nos lleva a la aplicación de “conceptos disyuntivos.”

Los conceptos disyuntivos son aquellos que tienen varias particularidades que lo hacen posible y su conector es la letra “ó”. Para pertenecer a esta clase de conceptos se debe tener una característica o la otra o una que sea diferente.

<sup>46</sup> Al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, ley (...)*. Pág. 47

Ahora bien, una clase de estos conceptos es el denominado Concepto Disyuntivo Excluyente, en el cual si eligiendo uno se excluye o niega al otro. Así se puede entender que los CJI deben de ser “determinados” y aplicados en torno al contexto normativo del sector de la Administración que regula, lo cual es posible de ser fiscalizado por un juez contencioso (o el que haga de sus veces), ya que la característica que encierra el concepto se presenta o no, por eso es que se entiende que se hable de la única solución justa.

La “única solución justa” que refieren los CJI sólo tiene como finalidad determinar si el supuesto de hecho está dentro del concepto que representa como tal. Es en este entendido que, de manera irremediable, se debe establecer si el movimiento telúrico acaecido debe ser considerado como una “calamidad” o no.

Es por esta consideración que se ha podido establecer que el caso de los CJI es una potestad reglada y no discrecional, y que su aplicación depende del ejercicio que se efectúe al caso concreto a fin de considerarse si el hecho puede estar contenido dentro de los alcances del concepto. Pero esta determinación no nos puede llevar a concluir automáticamente que al administrado deba dársele la razón ya que esto no exime que se deba verificarse otros aspectos, como lo pueden ser las excepciones que haya creado la ley, a favor de la Administración. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, señala:

La “unidad de solución justa” no quiere decir que haya una sola conducta específica y singular que pueda merecer, entre las infinitas posibles, la calificación de actuación de buena fe, por ejemplo: quiere decir que una conducta o es de una fe o no lo es, y que para ello ha de utilizarse necesariamente, en la expresiva fórmula alemana, una “*apreciación por juicios disyuntivos*” (García de Enterría 1996: 244).

La distinción entre lo que se conceptualiza como la única solución justa y los conceptos disyuntivos resulta útil para poder analizar las decisiones jurisprudenciales en donde se han utilizado los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad y así poder determinar las diversas

confusiones que se han generado respecto a estas dos figuras en la jurisprudencia nacional.

#### 1.4 LA ARBITRARIEDAD.

La arbitrariedad es la disfuncionalidad de una buena Administración. Es la actuación contraria a lo que establece las normas desde su más alta jerarquía hasta las normas individuales que reconocen derechos a los administrados y por ende se convierte en una actuación antijurídica. Ahora bien, muchas veces se considera que la arbitrariedad proviene del mal uso de la discrecionalidad y esto no siempre es así. La discrecionalidad está muy cercana a la arbitrariedad, por la libertad que ejercer la Administración al momento de decidir sobre alternativas igualmente válidas con relación a aspectos que son de su competencia y que la coloca al límite de lo legal con lo volitivo. Sin embargo, la arbitrariedad, no sólo puede provenir del ejercicio de la discrecionalidad. Puede serlo de cualquier ámbito de la Administración.

Las facultades regladas no dejan mucho margen a libertades aunque sí a interpretaciones (conceptos jurídicos indeterminados), lo cual permite efectuar un control más objetivo, haciéndose más difícil escurrirse la voluntad de algún funcionario no sustentado en la ley. En esos casos los requisitos que exige la ley están claramente determinados, lo cual hace más extraña su presencia aunque no debe descartarse tal posibilidad.

Si bien existen varias acepciones, en lo que se refiere a la arbitrariedad, la misma se puede entender como toda actuación contraria a la razón y a la realidad. Es decir contraria a dos principios como los de razonabilidad y proporcionalidad, y dada tal contravención, se justifica que los sistemas normativos establezcan su interdicción. Ahora bien, si lo razonable y proporcional están determinados dentro del Derecho (o es posible enmarcarlos dentro de él), entonces, es ese estándar

normativo que contraviene la Administración al momento de incurrir en arbitrariedad. Esa contradicción al estándar jurídico es que fija el límite entre lo que constituye lícito y arbitrario y que testimonia su interdicción tal como se verá más adelante. Pero en los últimos años se puede advertir que la arbitrariedad también está relacionada con la ausencia de motivación, lo cual ha generado un nuevo análisis con relación a la carencia de argumentos que sustenten la decisión administrativa.

Con relación a este punto, en nuestro país, el Tribunal Constitucional en el fundamento 6° de la STC N° 0250-2000-AA/TC ha señalado:

Que, desde este punto de vista, a juicio del Tribunal Constitucional, un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario tanto cuando expresa el capricho individual de quien titulariza la competencia administrativa como cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lleven a la Policía Nacional del Perú a adoptar tal decisión. Motivar una decisión, en ese sentido, no es expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, expresar las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

Tal criterio nos permite replantear que el origen de la arbitrariedad no sólo está generado en el capricho o voluntad de quien detenta el poder, o que provenga de un acto despótico o tirano, o que pueda ser considerado contrario a la razón; sino que también la no motivación denota una forma de arbitrariedad, lo que se justifica desde el momento que la decisión sólo es aplicada sin que existan razones legales que la sustenten.

Tomás Ramón FERNÁNDEZ, al analizar el principio de interdicción de la arbitrariedad, ha reseñado las dos dimensiones que ésta puede presentar:

Diré sólo, a modo de resumen, que el principio de interdicción de la arbitrariedad que la feliz iniciativa de nuestro colega logró llevar al texto de la Constitución tiene en ésta un doble significado: en el sentido genérico, correlativo de la idea ya antigua

que ve en la arbitrariedad el reverso o el negativo de la Justicia y el Derecho, su prohibición constitucional juega el papel de una cláusula de cierre del sistema que se corresponde con la fórmula “Ley y Derecho” y que, por tanto, comprende todo lo que es necesario a aquélla o éste, se encuentre o no especificado en otros preceptos constitucionales, en sentido más concreto, arbitrario y, por tanto constitucionalmente prohibido, es todo aquello que es o se presente como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de o ajeno a toda razón capaz de explicarlo (Fernández Tomás 2006: 139-140).

De ahí podemos entender que la arbitrariedad se genera de la contradicción al Derecho y al sistema y que incluso puede extenderse a la actuación administrativa inmotivada (tal como lo veremos en el próximo capítulo), es decir la que se niega a dar razones<sup>47</sup>. Esta es una idea muy difundida por el citado autor lo cual lo ha llevado a ser uno de los primeros en considerar que tal inmotivación es una forma de arbitrariedad, por lo que la lucha por su interdicción debe ser el principio rector del juez que juzga a la administración.

---

<sup>47</sup> La jurisprudencia constitucional peruana ha asumido esta posición. En el séptimo párrafo del fundamento jurídico 9° de la STC N° 0091-2005-AA/TC el Tribunal Constitucional ha señalado: *“Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa”*.

A su vez, con relación a la obligación de motivar, sobre todo las decisiones que provienen de la facultad discrecional, el mismo Tribunal ha señalado, en el fundamento jurídico 40° de la STC N° 8495-2009-PA/TC, lo siguiente: *“(…) un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta pero suficiente las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”*.

## CAPÍTULO 2

En el capítulo anterior hemos presentado el desarrollo que ha significado el control del poder y los problemas que ha suscitado, tanto para el Derecho como para la política, la posibilidad de aceptar la idea que el poder requiere ser regulado así como las reticencias que se pueden generar para ello, justificando su libre ejercicio en nombre del bien común. El desarrollo del Derecho, a partir de la Segunda Guerra Mundial, ha significado un cambio de su visión y la necesidad de establecer la preponderancia de los principios por sobre las reglas, a fin de evitar se repitan absurdos que se justificaron a través de la estricta aplicación de la legalidad. Pero este desarrollo ha resaltado los problemas que actualmente afronta el Derecho frente al lenguaje y a la limitación de la regulación de muchos aspectos que están en manos de la Administración. Así, hemos podido establecer que el control de la Administración no está tanto referido al estamento de poder que lo ejerce (Ejecutivo), sino en la propia función administrativa, cuya presencia se advierte también en otros poderes estatales (Legislativo y Judicial), así como en los llamados Organismos Constitucionalmente Autónomos.

De esa manera hemos podido conceptualizar lo que significa la discrecionalidad (administrativa), cuya presencia resulta imprescindible, pero que a la vez ha generado la imaginación y la creación de diversas técnicas para poder efectuar su control jurídico por parte del Poder Judicial o por el estamento administrativo, como lo es en el caso de algunos países. También hemos presentado lo que constituyen los llamados conceptos jurídicos indeterminados así como su diferenciación con la facultad discrecional de la Administración. Ahora, nos toca presentar la justificación del control jurídico de la Administración y las clases de controles que existen dentro de nuestro sistema jurídico, así como los mecanismos de control jurídico (constitucionales y ordinarios) creados para

efectuarlo. También analizaremos lo que ha constituido el ejercicio de la facultad discrecional y las técnicas de control existentes para someterla al Derecho y a la razón. Por último analizaremos qué posibilidad tiene el Juez al momento de establecer que una facultad discrecional ha sido ejercida arbitrariamente, aspecto que ha sido materia de un inacabado debate.

## 2.1. LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN.

La separación de poderes es un principio consagrado por la Constitución, y conforme lo hemos referido en el primer capítulo, lo que está en su esencia es la necesidad de establecer mecanismos que permitan efectuar un contrapeso de poderes que la Constitución ha otorgado a cada uno de los tres poderes; su contenido es parte indisoluble del Estado de Derecho. Es en este sentido, que la Constitución ha otorgado al Poder Judicial la misión de resolver los conflictos que se susciten en la aplicación de las normas y en el respeto de los derechos, lo que se realiza a través de la función de administrar justicia. De otro lado, el inciso 24 del Artículo 118º de la Constitución manda al Presidente de la República, ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomienden. Es en cumplimiento de la labor de Administración en que el Gobierno desarrolla toda la planificación prevista para el normal desenvolvimiento de la vida económica y de la sociedad en general, a lo cual se suma la actividad administrativa ejercida por los otros poderes del Estado y demás organismos no pertenecientes al Ejecutivo, tal como se ha señalado en el capítulo anterior. La Administración, en ese ámbito, despliega todo el aparato a cargo del poder ejecutivo al cual se le une la facultad reglamentaria prevista en el inciso 8º del mismo artículo. Sin embargo, el primer inciso de la misma norma, también le impone el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

Señalado así, pareciera que no existiesen mayores problemas al momento de apreciar cada una de las funciones que le ha otorgado la Constitución a cada uno de los poderes del Estado, sobre todo al Ejecutivo. Pero es en este desarrollo de la Administración que existe la posibilidad de generar una afectación en el derecho subjetivo de un ciudadano. Es en esta circunstancia que la afectación reclama la aplicación del principio de tutela judicial efectiva. Pero hasta dónde puede abarcar la aplicación de ambos principios?

Ya hemos indicado que la Administración está sujeta al Derecho y a la Ley, y dada la actividad que desarrolla en todos los campos de la misma, es que se genera una vinculación directa con la sociedad. En efecto, tal como lo refiere Karl LOEWENSTEIN: “En sus relaciones con los ciudadanos, el ejecutivo, en forma de administración pública ha pasado a ocupar la posición predominante en comparación con el legislativo” (Loewenstein 1979: 307). Esta vinculación se ha generado a partir de los servicios que el Estado presta a los ciudadanos en todos los ámbitos que administra, desde los aspectos que proceden del Estado Social hasta el Estado Regulador, el cual es el que rige actualmente a los Estados liberales. Esta vinculación entraña problemas de aplicación de beneficios, o de aplicación de sanciones que se generan por este actuar que requiere ser verificado por un ente independiente como lo debe ser el Poder Judicial. Así, la Administración debe avocarse a resolver los problemas propios que se generan a partir del desarrollo de su actividad y el los jueces a administrar justicia, con lo cual se denota que debe existir prudencia al decidir y firmeza al ejecutar. Estas funciones asignadas impide que el juez pueda cuestionar la decisión política o la oportunidad de la actuación de la Administración, por cuanto esto generaría que éste se convierta en administrador, dejando de lado el control que debe ser estrictamente jurídico y no político ni moral, con la salvedad de los casos extremos que se pueden presentar a través de los llamados “casos trágicos”. Para este análisis nos puede resultar útil un ejercicio o test de reflexión que parta de la idea que toda actuación de la administración implica una afectación a uno o todos los ciudadanos, ya sea desde la construcción de una obra, o la denegatoria de una

pensión por falta de requisitos, o la negativa a una autorización cualquiera sea su naturaleza<sup>48</sup>.

Luego, lo que se hace necesario que compruebe el Juez es, si esa afectación resulta aceptable al Derecho por estar establecida como tal por la ley o por cuanto de otra manera no se podría cumplir con los fines de la Administración. Lo que de trasfondo denota esa contraposición, es el conflicto existente entre derecho individual y la actuación de la Administración que se ejecuta en nombre del bien común. Ante tal disyuntiva, conforme lo señala Robert ALEXY, corresponde elegir el derecho individual, no como regla inalterable, sino como el traslado de la obligación de la justificación a las razones que sustentan la actuación de la Administración en aras de ese bien común:

La precedencia prima facie no excluye el desplazamiento de derechos individuales por parte de bienes colectivos. Exige simplemente que para la solución requerida por los bienes colectivos existan razones más fuertes que para la requerida por los derechos individuales. Con esto, el sistema normativo adquiere, por cierto, una tendencia individualista pero ésta es tan débil que no satisfaría a un representante de una teoría política estrictamente individualista...(Alexy 1977: 208).

Así, una demanda deberá ser amparada si el reproche que se le hace a la Administración no resulta tolerable para el Derecho. Este es un ejercicio que nos puede permitir comprender que la actuación de la Administración, inspirada en el bien común o general, siempre generará desde molestias hasta violaciones de derechos, y que la labor del Juez es impedir que estas últimas sobrepasen el límite de las facultades establecidas jurídicamente e impedir que las arbitrariedades se concreten. Tal como lo señala Daniel SARMIENTO: “Así, el Estado refuerza su autoridad mientras sus actos no traspasen los límites de la

---

<sup>48</sup> “Si se acepta lo hasta aquí dicho, hay que partir del hecho de que en todo sistema normativo justificable existen tanto derechos individuales como bienes colectivos con fuerza propia. La experiencia muestra que cotidianamente se producen colisiones entre ambos. La cuestión de su solución conduce al problema de ponderación.” ALEXY Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 1997. Traducción de Jorge M. Seña. Segunda Edición. Barcelona. Gedisa Editorial, pp. 203-204.

esfera jurídica individual. El Estado se legitima de abajo a arriba, desde la esfera individual hasta el acto general y abstracto” (Sarmiento 2004: 87).

Es necesario partir de ideas que nos proporcionan la finalidad de las instituciones, es decir de los argumentos institucionales sobre los que descansa la justificación de la Administración, y ello porque la propia Ley así se lo manda. Al respecto, en el caso peruano lo que dispone el inciso 8º del artículo 75º de la Ley N° 27444, es que el funcionario deberá resolver de la manera que mejor se responda al fin público, con lo cual ejercer el control de la Administración, debe tomar en consideración este hecho y establecer el Derecho una vez que verdaderamente se compruebe una afectación que le sea intolerable a éste.

En suma, el derecho a la tutela judicial efectiva no se contraponen al principio de separación de poderes, sino que ambos se complementan, funcionan en dos instancias distintas, como se mencionó anteriormente, se articulan a partir de la afectación del derecho subjetivo de un ciudadano. De tal forma, la Administración en una primera instancia, realiza su labor de articular las políticas de gobierno con los derechos que se ha reconocido a favor de los Administrados y los jueces controlan jurídicamente (nunca políticamente) la labor de la Administración a partir de cuando se le reproche a ésta una agresión. Es en ese caso que el juez debe evaluar la actuación y si la afectación no es admisible por el Derecho declarar la arbitrariedad, pero no por contraponerse a la labor administrativa sino en cumplimiento a un mandato constitucional y porque el contenido mismo del Estado de Derecho, manda que la Administración esté sujeta al Derecho y a la Ley. Así el Derecho impone, por tanto, actuar dentro de esos límites que el ordenamiento le impone. En consecuencia, el control no actúa como una rémora en la labor de la Administración, sino como un regulador de su gestión, como un indicador sobre el estándar de verificación del cumplimiento del Estado de Derecho.

A manera de ejemplo quiero mencionar un caso (peruano) destacable en el cual se procuró conjugar ambos principios; es la decisión expedida por el Tribunal

Constitucional en la sentencia N° 015-2001-AI/TC – caso en el cual se demandó la inconstitucional de varias normas relacionadas con la regulación de las obligaciones dinerarias del Estado frente a privados- en la cual se buscó el equilibrio entre la tutela judicial efectiva (en su manifestación de efectividad de las resoluciones y sentencias) y el principio de legalidad presupuestaria. Es preciso señalar que si bien no provienen del Derecho Administrativo, sino de un proceso de inconstitucionalidad, vale la pena destacar la evaluación que se hace de ambos principios y la manera como se conjugan ambos dentro del sistema en los casos de deudas del Estado. Se puede no estar de acuerdo con la decisión pero la pretensión de equilibrio se expresa correctamente.

Visto de esta manera, las funciones que sustentan ambos principios no se presentan como contradictorias ni incompatibles, sino que es a través de la ponderación que se articulan.

Las disfuncionalidades se presentan no cuando se realiza el necesario control de la Administración, sino cuando uno pretende sustituir al otro, cuando la Administración se convierte en Juez o cuando éste pretende ser el administrador. La tutela judicial efectiva a través del proceso de plena jurisdicción, permite al Juez, adicionalmente a la nulidad del acto administrativo, declarar el derecho subjetivo que subyace al pedido efectuado en sede administrativa o restablecer el que ya venía gozando. Esto es posible porque los requisitos, excepciones, obligaciones y facultades, están expresamente contenidas en las normas que regulan cada sector de la Administración. La taxatividad de los derechos permite al Juez (a través de las técnicas de control) determinar si lo pretendido por el ciudadano tenía sustento en el Derecho. Esta facultad no puede considerarse como una interferencia en la labor de la Administración, sino que por el contrario, una necesidad de suplir, en Derecho, lo que por error u omisión de un funcionario no había cumplido con otorgar. Empero, como ya hemos mencionado, existen facultades discrecionales que le permiten a la Administración efectuar elecciones entre dos posibilidades válidas y en cuyo caso, la posibilidad de sustitución debe

restringirse a niveles de una mera anulación por cuanto elegir por la Administración sí corresponde a una intromisión en una labor para la que no está preparado, salvo casos muy estrictos y especiales en que no podía quedar mas que una sólo posibilidad de elección.

Estas ideas, son necesarias que un funcionario y un juzgador tengan presente al momento de ejercer sus funciones. Iniciar el análisis a partir de los argumentos institucionales, constituye un presupuesto para entender la finalidad del control jurídico que ejercen los jueces por mandato de la Constitución.

### 2.1.1 Inicios del control.

A partir del cambio que generó la Revolución Francesa (1789) la que buscó acabar con el sistema monárquico identificado como el *ancien régime*, se produjo el nacimiento de lo que ahora conocemos como el Derecho Administrativo. La creación de una administración que reflejara la nueva estructura del Estado a partir del principio de separación de poderes<sup>49</sup>, ha marcado desde aquella época hasta nuestros días la vida social de todos los seres humanos. Hoy tenemos otra visión de lo que conocemos como Administración Pública de la que se tuvo en su nacimiento. Ésta ha ido modificándose y evolucionándose de acuerdo a los cambios de perspectiva de Estado, que a su vez se sustenta en la idea que se tenga del poder.

El sometimiento y obediencia a la Ley expresan el nacimiento del Estado de Derecho y del principio de legalidad<sup>50</sup>. A partir de ello nace el devenir de la

---

<sup>49</sup> Al respecto, debe tomarse en cuenta que los revolucionarios franceses interpretaron las ideas originarias de Montesquieu, quien teorizó sobre al “División de Poderes”, sin embargo, pronto se percataron que esto implicaría una merma del poder del ejecutivo, el cual que pasaría a ser detenida por los jueces, por lo que se optó por la idea de “Separación de Poderes”. Muy ilustrativa es la reflexión de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en *Revolución Francesa (...)*, pp. 40 y 41.

<sup>50</sup> La fórmula estuvo contenida en el artículo 5º de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano que dice: “La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la

Administración y su sometimiento a la ley, empero también su dificultad para establecer su control. En Francia, por ejemplo, primó entre los legisladores el principio de separación de poderes para establecer que el control de la Administración, debía ser ejercida por ella misma: “*Juzgar a la Administración es como administrar*”, es la frase que contiene la expresión de esa voluntad que se consagra en la Ley 16-24 de agosto de 1790, sin embargo, ese es un tema sobre el que volveremos más adelante<sup>51</sup>.

Si la Administración del antiguo régimen estaba determinada para satisfacer de recursos al monarca, la nueva Administración tenía que contemplar el interés general, regulando su accionar bajo el Principio de Legalidad lo que implicaba que sólo la Ley determinaba el alcance de la actuación de la administración. Pero uno de los conflictos aún presentes respecto del Derecho Administrativo está dado por el problema de su control y la tensión que existe entre los poderes implicados (básicamente entre el Poder u organismo que realiza función administrativa y el Poder Judicial). Desde los albores del Estado Liberal se ha concebido la idea que la Democracia debe regirse por el principio de separación de poderes, y para lo cual se debe erradicar la posibilidad de que el Poder se concentre en una sola persona porque, de no ser así, existe el peligro que se incurra en absolutismo y se generen arbitrariedades; por tanto se justificaba la idea del control. Sin embargo, en los inicios de la revolución, Francia no asumió el control de la manera como lo conocemos hoy sino que debido a la confianza y seguridad jurídica que se esperaba alcanzar con la Ley, adoptó la idea **rousseauuniana** que limitaba al juez a ser boca de la ley, esto debido a que dada la legitimidad del legislador, cuya función se ejercía en representación del pueblo (verdadero soberano del poder), no era concebible otorgar poderes que puedan tergiversar el verdadero mandato popular. A partir de esta idea y de la entrada en vigencia del Código Civil francés de 1801, aparece la escuela exegética que tenía como función interpretar el

---

sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene”.

<sup>51</sup> Como dato relacionado a esta separación de funciones, se debe precisar que el Código Penal francés de 1791 tipificó como delito la intromisión de los jueces en la actividad administrativa. Al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa (...)*, p. 42.

verdadero sentido que el legislador quiso expresar en la norma, a lo cual se suma la histórica separación de las funciones de administrar y de juzgar expresada en la frase mencionada líneas arriba.

El largo proceso que ha significado el desarrollo de las democracias, lo ha sido también para el desarrollo del control de la Administración a nivel de las incipientes democracias de la Europa continental. En el caso de los países americanos, si bien la Constitución de Cádiz de 1812, significó avances respecto a la representación de los pobladores de las Colonias así como avances respecto al actual sistema judicialista del control de la Administración, estos intentos no han significado en mayor medida sino sólo antecedentes que no pueden ser considerados como significativos para el real control de la actividad administrativa<sup>52</sup>.

En Francia, el Consejo de Estado, sobrevivió a la Revolución (ya existía en el Antiguo Régimen y su antigüedad previa a la revolución era de más de 200 años)<sup>53</sup> pero se reestructura pasando de ser un órgano consultivo (1799) a ser un órgano decisor en mérito a la justicia delegada que se le encarga (1872). A partir de su nueva función es que el Consejo de Estado ha tenido una gran importancia en todo el desarrollo del control de la Administración, no sólo en Francia, sino en casi todos los países de tradición de la Europa continental y por ende de la mayoría de países de Sudamérica. A lo largo de los años ha ido labrándose su legitimidad a partir de la posibilidad de satisfacer los derechos subjetivos de los ciudadanos, encontrando ingeniosas técnicas de control y la subsiguiente estimación de las pretensiones individuales, modificando paulatinamente la visión inicial de que los recursos, a través de los cuales los ciudadanos cuestionaban las decisiones administrativas, sólo constituían una manera de tomar conocimiento del

<sup>52</sup> Al respecto, véase CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre el origen hispánico del sistema judicialista y de otras instituciones del Derecho Público Iberoamericano y Comparado" 2005–*Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid. Nº 127 – julio-septiembre 2005, pp. 363-379.

<sup>53</sup> Con relación a este punto: BALLÉN, Rafael. "El Consejo de Estado francés en el Antiguo Régimen" 2006. *Revista Diálogo de Saberes*. Bogotá. Nº 25. julio-diciembre 2006, pp. 13-32. Consulta: 23 de septiembre de 2010. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2693562>

error de su funcionario, es decir como un medio para delatar la irregularidad;<sup>54</sup> para luego complementar su función asumiendo los reclamos como expresión del derecho subjetivo del ciudadano y el requerimiento de protección de su petición individual.

En España, por ejemplo llama la atención del profesor GARCÍA ENTERRÍA que la discrecionalidad haya recién podido ser materia de control a partir del año 1956, ya que la Ley de 1888 excluía expresamente la posibilidad de control de la discrecionalidad en sede judicial<sup>55</sup>; así también en Italia, tiene una antigüedad similar que data de 1865 a partir de la Ley número 2248 “Ley de abolición de lo contencioso administrativo”<sup>56</sup>. En el Perú, aunque se presentaron algunos rasgos en los inicios del siglo XX, los principales intentos se aprecian en su segunda mitad<sup>57</sup>, y respecto a la discrecionalidad, su antigüedad es menor, teniéndose en cuenta que en el Perú, lo constante han sido las dictaduras y lo excepcional los períodos democráticos.

Este lento desarrollo ha significado la creación de técnicas de control de las facultades regladas y discrecionales que tiene la administración (principios, generales, hechos determinantes, exceso de poder, desviación de poder, recurso de plena jurisdicción, principio de proporcionalidad etc.) sobre los cuales trataremos seguidamente en donde se explicará en qué consisten estas técnicas.

---

<sup>54</sup> “Este sistema es un sistema de autocontrol; no podían ejercerlo ya los jueces en virtud del dogma de separación. Lo ejerce la propia administración, y respecto de este control montado por la Administración en su propio interés, los particulares coadyuvan, podemos decir, al modo de un Ministerio Público, de un Ministerio fiscal, que denuncia la infracción de la Ley en interés de ésta”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Ley (...)*, p. 28.

<sup>55</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y T.R. FERNADEZ. *Op. Cit.*, tomo I, p. 474

<sup>56</sup> Sobre el tema véase CASSARINO, Sebastiano, “El problema de la jurisdicción administrativa” – *Documentación Administrativa* N°s 248-249 – May-Dic. 1997 – Instituto Nacional de Administración Pública, pp.213-229.

<sup>57</sup> Al respecto véase HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. 2006. Lima. Jurista Editores. Págs. 335 y siguientes. PRIORI POSADA G. *Op. Cit.*, pp. 53 y siguientes.

## 2.1.2 Principios implícitos (Separación de poderes, tutela judicial efectiva).

Pero esa tarea de control se enfrenta cotidianamente con una serie de problemas en los que subyace el conflicto de dos principios constitucionales. En el Estado Social y Prestacional también se contraviene los derechos de ciudadanos que se ven afectados o cuyos pedidos son desatendidos por la acción o inercia de la Administración, momento a partir del cual es posible hacer efectivo el derecho subjetivo contenido en el artículo 148º de la Constitución peruana.<sup>58</sup> Desde el inicio de la posibilidad de control de la administración, se han generado dos tipos de control de la Administración, el primero, que es efectuado por la propia Administración (Francia y Colombia por ejemplo), el mismo que es ejercido por el Consejo de Estado y que ha ejercido su poder a través del Ministro-Juez por medio de la jurisdicción retenida<sup>59</sup> y, el segundo que corresponde al sistema judicialista (España, Alemania, Portugal, Italia y la mayoría de países americanos). No abordaré el caso de los sistemas del Common Law los cuales no tienen una división tan radical, sino que podemos situarlos en un término mixto<sup>60</sup>. Pero como dijimos, detrás de estos sistemas subyacen dos principios constitucionales el primero, que está contenido en la esencia de la idea democrática y es el de Separación de Poderes y el segundo el de Tutela Judicial Efectiva.

En nuestra Constitución el Principio de Separación de Poderes ha sido recogido por su artículo 43<sup>61</sup> y su tradición es muy antigua. A decir de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO el equilibrio del Poder demanda un sistema propio de pesos y contrapesos, el cálculo preciso de los espacios y de los límites, de los motores y de los frenos<sup>62</sup>. La separación de los poderes, garantizaba de esa manera que en

<sup>58</sup> Dicha norma señala: “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”.

<sup>59</sup> HUAPAYA TAPIA, R. *Op. Cit.*, pp. 253 y siguientes.

<sup>60</sup> Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. 1996. Segunda Edición Ampliada Madrid. Editorial Civitas S.A., pp. 167 y siguientes.

<sup>61</sup> En la parte pertinente se precisa: “...Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes”.

<sup>62</sup> MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo “De la separación y control de los poderes en el Sistema Constitucional Español” 1989 – *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N° 04, pp. 47-77

el equilibrio de ese poder se evitara la concentración de potestades inmunes de control. Al respecto LÓPEZ GUERRA señala:

En lo que se refiere a la división de poderes, desde la formulación del principio de Montesquie ha tenido al menos dos significados diferentes. Por una parte, aparece como una técnica organizativa “neutral” o “abstracta”, aplicable a cualquier tipo de régimen constitucional. Se trataría de una fórmula consistente en definir varias funciones del Estado (puissances) y atribuir las a sujetos distintos y separados (pouvoirs). Se trataría de un principio inmutable o al menos desvinculado de condicionamientos políticos concretos (López Guerra 2001:13).

En consecuencia, la división de poderes es una afirmación de la autonomía de cada uno de los poderes estatales a quienes la Ley les ha otorgado unas determinadas competencias; así a la Administración se le ha asignado el papel de Administrar y al Poder Judicial de juzgar. Sin embargo, la tensión se genera cuando uno de los poderes (el Judicial en el caso peruano) puede modificar decisiones que corresponden tomar al Ejecutivo o al Poder u organismo que desarrolla función administrativa. Pero en base a qué o en mérito de qué es que el Poder Judicial puede asumir tal función? La respuesta tiene dos componentes, el primero se sustenta en el principio de tutela judicial efectiva y el segundo es que dicha función se ejerce cuando hay de por medio el derecho de un ciudadano respecto del cual se comprueba una afectación que no resulta tolerable al Derecho.

La tutela judicial efectiva, el segundo de los principios implícitos, comprende el derecho de acceso a la justicia, al debido proceso y al derecho a la efectividad de la cosa juzgada, lo cual importa la garantía o derecho subjetivo que se otorga a todo ciudadano a acudir a la instancia judicial a solicitar tutela a partir de la afectación de un derecho y al hecho que dicha afectación no encuentre sustento o justificación en el Derecho<sup>63</sup>. Para tal efecto, el Estado tiene el deber de poner todos los elementos y medios para que un ciudadano pueda ejercer los derechos

<sup>63</sup> Al respecto: GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 1989. Segunda Edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. Introducción, pp. 19-26

que la Constitución y las leyes le otorgar. Estos medios se generan a partir de la previsión de un cuerpo judicial que se encargue de resolver los conflictos que se generen en una sociedad y que tal organismo garantice imparcialidad al momento de resolverlos. Este derecho no sólo se presenta como inicial sino como fundamental, ya que sin una garantía de orden constitucional, podría existir la posibilidad que el legislador pueda efectuar alguna modificación que restrinja tal derecho, lo que en nuestro caso se garantiza con la rigidez de nuestra Constitución. Al respecto Giovanni PRIORI señala:

Por ello, podemos decir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho constitucional que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar tutela de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidades de ejecución (Priori 2006: 66-67).

Es pues este principio el que nos habilita a que sea un juez el que pueda otorgar lo que la Administración, en desacuerdo con el ordenamiento legal, ha negado. Es decir que la situación de vulneración lo constituye el accionar o la inercia de la Administración que, al margen a su finalidad de interés general, está en la obligación de respetar los derechos individuales y subjetivos que consagra el ordenamiento legal.

Si conceptualmente ambos principios se aprecian contrapuestos, la historia les ha permitido complementarse para los casos que provienen en general del Derecho Público, pero requiriendo de un nexo el cual lo constituyen el derecho subjetivo afectado, la actuación arbitraria de la Administración no sustentada en derecho o la negación de un beneficio dispuesto por ley que el ciudadano le reprocha a la Administración. Este es el elemento que permite convivir en el Derecho Público a ambos principios y que justifica y tolera que las decisiones tomadas, en base a las competencias otorgadas por ley, puedan ser fiscalizables y corregidas por los órganos jurisdiccionales en atención del sometimiento de la Administración a la

Ley y al Derecho, concretizándose así el principio de interdicción de la arbitrariedad.

### 2.1.3.- Finalidades del control jurídico de la Administración.

Ahora bien, establecida la importancia del control de la Administración y de los principios constitucionales que subyacen al mismo, se debe de establecer cuál es la finalidad que puede contener el control jurídico de la Administración. Hemos señalado que uno de los principios implícitos en el control de la Administración es el del principio de separación de poderes el cual fue ideado como una manera de erradicar el despotismo y hacer respetar el derecho de los ciudadanos. La fórmula de pesos y contrapesos genera que un ente autónomo tenga la capacidad de determinar alguna ilegalidad efectuada por otro organismo autónomo y que a su vez aquél tenga la competencia para declararla. Así el control jurídico (llámense estos ordinarios o extraordinarios<sup>64</sup>) encargado a los órganos jurisdiccionales (como es el caso peruano) determina que, a través de un proceso judicial, un Juez pueda declarar la arbitrariedad de la Administración lo que importa el sometimiento de la Administración a la juridicidad. La importancia de esta separación de poderes para este caso resulta de primer orden por cuanto de no tener los órganos jurisdiccionales independencia, se corre el riesgo que el gobernante de turno pueda determinar sus decisiones y así dejar subsistente alguna ilegalidad. Al respecto Pedro ABERASTURY señala: “Esa independencia significa que el juez, al ejercer sus funciones, debe estar libre de la intromisión de otros poderes del Estado. La existencia del Estado de Derecho requiere un Poder Judicial independiente y libre de cualquier sospecha de parcialidad” (Aberastury 2006: 41).

De esta atribución es que nace la finalidad objetiva del control jurídico de la Administración, es decir que aquel principio de separación de poderes genera la

---

<sup>64</sup> El medio ordinario de control lo constituye el proceso contencioso administrativo y el medio extraordinario hace referencia a los procesos constitucionales (proceso de amparo, acción de cumplimiento, acción popular etc.), sin embargo, tal como veremos más adelante, se puede pensar que, en lo que respecta a estos medios extraordinarios, existe algunas peculiaridades que son las que caracterizan al caso peruano.

posibilidad que el control jurídico ejercido por los órganos jurisdiccionales, tengan la competencia de someter a la Administración a la jurisdicción, lo que en otras palabras significa que tal competencia les otorga la posibilidad de declarar, a través de lo que significa el ordenamiento legal, la arbitrariedad cometida por la Administración.

Sin embargo, existe otra finalidad del control jurídico de la Administración. Tal como referimos líneas arriba, el segundo de los principios implícitos en el control de la Administración lo constituye el principio de tutela judicial efectiva. A través de éste se ha consagrado el derecho de un ciudadano a acudir a un órgano jurisdiccional a fin que se resuelva un conflicto de intereses, declarándose el derecho que le corresponde, existiendo la posibilidad que luego éste pueda ser ejecutado coercitivamente lo que nos permite determinar que en los casos provenientes de pretensiones dirigidas contra la Administración, el Juez no sólo pueda declarar la arbitrariedad cometida por ésta en contra del ciudadano, sino que también declare su derecho (el mismo que motivó el tránsito en la instancia administrativa); es decir que el requerimiento administrativo sea resuelto por el Juez, determinando el derecho vulnerado, restableciéndose el mismo a favor del administrado, con lo cual se concreta la finalidad subjetiva del control de la Administración.<sup>65</sup>

Así, la finalidad del control jurídico de la Administración (que en el caso peruano se efectúa a través del proceso contencioso administrativo), tiene estas dos finalidades que se determinan a través de los principios que están implícitos en la función del control de la Administración, el primero relacionado con el principio de separación de poderes, concretizándose el sometimiento de la Administración a la jurisdicción y, el segundo el principio de tutela judicial efectiva, el que establece la posibilidad que a través de un proceso judicial se determine y declare el derecho

---

<sup>65</sup> Con relación a la evolución del proceso contencioso objetivo y subjetivo puede consultarse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo "Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista." *Pensamiento Constitucional*. Lima. Año VII N° 07 (2000), pp. 45-58.

de un ciudadano cuya pretensión se inicio en instancia administrativa y que por una irregularidad de la Administración, éste no fue debidamente declarado en dicha instancia.

## 2.2. CONTROLES GENERALES DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.

Hemos mencionado, que desde los orígenes del Estado de Derecho, se ha entendido la idea que el Poder requiere de control y que la separación de poderes ha sido una forma de poder ejercer ese control. Así, Manuel ARAGÓN señala:

El delicado equilibrio de poderes que caracteriza al Estado constitucional no se apoya sólo en la compleja red de limitaciones que presta singularidad a esta forma política (y al concepto mismo de Constitución en que se asienta), sino también en la existencia de múltiples controles a través de los cuales las limitaciones se articulan. Limitación y control se presentan, pues, como dos términos fuertemente implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente la vigencia del primero (Aragón 1995: 81).

Dada la cultura judicialista que nos domina, nos lleva de manera inevitable a pensar que sólo a través del Poder Judicial se puede efectuar el control de la Administración<sup>66</sup>, pero el Poder siempre ha tenido diversas clasificaciones en cuanto a las formas de control que incluso se proponen a partir de la estructura de los mismos poderes como es el caso de Karl LOEWENSTEIN que sugiere controles intraórganos y controles interórganos (dentro del cual se encuentra el Poder Judicial)<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Importante resulta referir que el Tribunal Constitucional peruano, en la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC ha instituido a los Tribunales Administrativos de competencia nacional, el control difuso de la constitución respecto de las normas infraconstitucionales

<sup>67</sup> LOEWENSTEIN, Karl. 1979. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Segunda Edición. Barcelona-Caracas-México. Editorial Ariel, pp. 232 y sgtes.

Pero la clasificación general y que dentro de la cual se puede integrar las demás clasificaciones es la que establece a los tres tipos de control: el “control social”, el “control político” y el “control jurídico”<sup>68</sup>. El primero se encuentra la esencia misma de la libertad de expresión y del derecho de participar de la vida pública. Se ejerce en forma organizada y difusa y a lo largo de los años ha adquirido un desarrollo organizativo como el que se advierte de los Organismos No Gubernamentales y de diversas asociaciones que expresan sus opiniones respecto de las decisiones asumidas por la Administración. Nace a partir del derecho constitucional que gozan todos los ciudadanos de la libertad de expresión y de participar en la vida política del país. Es a través de esta facultad ciudadana que los ciudadanos, de manera individual u organizada, muestran sus desacuerdos o afirman los aciertos de las decisiones políticas que conducen a la Administración. Tales opiniones, evidentemente, para que adquiriera trascendencia requieren de medios a través de los cuales los demás componentes de la sociedad conozcan de los puntos de vista emitidos generándose de esa manera la importancia de los medios de comunicación masivos. En este punto es posible considerar a la prensa que canaliza y expresa (o debería hacerlo) la opinión que se ha generado en un determinado grupo social<sup>69</sup>.

El control político está más referido a la oportunidad, y se caracteriza por ser subjetivo, por cuanto lo que se constituye como una “mala medida” depende de apreciación de quien la califica. Pero no puede entenderse de manera rígida que el control político sólo recae sobre las decisiones de la Administración, sino que es frecuente y natural que el control político se aprecie en los actos de gobierno y en las propias normas que son, muchas veces, sometidas a este tipo de control por parte del parlamento. Este tipo de control se ejerce, principalmente por el parlamento y tiene su sustento en la propia Constitución. Así, las interpelaciones parlamentarias que realizan los congresistas a los ministros, la formación de comisiones investigadoras que buscan descubrir alguna irregularidad en el manejo

<sup>68</sup> ARAGÓN, Manuel. 1995. *Constitución y Control del Poder*. Madrid. Ediciones ciudad argentina, p. 82.

<sup>69</sup> Al respecto: HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Op. Cit.*, p. 139.

de la cosa pública, son expresiones de ese tipo de control. No debe dejarse de lado tampoco el poder revocatorio que se le ha otorgado al pueblo (como poder constituido) que se ejerce a través de los denominados derechos de participación ciudadana y que permiten el ejercicio de lo que se denomina la democracia directa. En estos casos, quien ejerce la Administración pública por elección popular, puede ser revocado o removido en mérito a la percepción que tiene la ciudadanía de la gestión realizada.<sup>70</sup> Se trata pues, de uno de los elementos de control que, conjuntamente con el control social, se ejerce de manera frecuente por su carácter mediático, y que obliga a la Administración a rendir explicaciones y, en una eventualidad, corregir su accionar.

El tercer tipo de control (y es el que incumbe para efectos del presente trabajo) es el control jurídico. Este tipo de control es objetivo y es el que más conflictos interpodereados ha generado en los últimos años. Corresponde a la verificación que debe (no es posible eludir pronunciamiento una vez que se ha impugnado un acto administrativo) efectuarse con relación a la actuación de la Administración y si ésta se ha ejercido dentro de los parámetros que la norma ha establecido, tanto en lo que respecta a su concepción (formal) como a su contenido (fondo). Al respecto Manuel ARAGÓN precisa que “El carácter objetivado del control jurídico implica que los órganos que lo ejercen sean órganos no limitadores sino verificadores de limitaciones preestablecidas, órganos, como antes se decía que “no mandan sino que frenan” respecto de los órganos controlados...”(Aragón 1995: 93).

Nótese que el control jurídico está relacionado exclusivamente con la concordancia de la decisión administrativa con el ordenamiento legal. Es decir que el control no es político ni moral. Al respecto Giovanni PRIORI señala: “En este punto, debe tenerse en cuenta que el control que realiza el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo se restringe a: Un control jurídico, lo que

---

<sup>70</sup> El artículo 3° de la Ley N° 26300 señala: “Son derechos de control de los ciudadanos los siguientes: a) Revocación de Autoridades; b) Remoción de Autoridades; c) Demandas de rendición de cuentas y; d) Otros mecanismos de Control establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.”

descarta cualquier posibilidad de control político que no es propio de un órgano jurisdiccional” (Priori 2006:84). Este un elemento muy importante que no puede dejar de tenerse presente cuando se está frente a este tipo de control: el ámbito y límite de ese control, corresponde al ordenamiento legal y el cual servirá de parámetro y de referencia al momento de someter las decisiones de la Administración a un juzgamiento judicial.

Ahora bien, dentro de este control jurídico, los sistemas se agrupan básicamente en dos modelos, el primero que corresponde al sistema judicialista y el segundo referido al de los Tribunales Administrativos. El primero es ejercido por jueces independientes y el segundo por la propia Administración cuyo caso emblemático es el Consejo de Estado francés. La garantía del primero estriba que quien lo ejerce es un Juez de derecho, mientras que en el caso del segundo, es un funcionario, aunque no se debe dejar de lado, el prestigio y legitimidad alcanzado por el Consejo de Estado, cuya jurisprudencia ha generado el mayor desarrollo de las técnicas de control de la Administración que se iniciara con el llamado “exceso de poder” y que ya hemos analizado en los inicios del control. Básicamente sobre esta clasificación es que se pueden conceptuar las demás, sin embargo, para efectos de comprensión y desarrollo más específico analizaremos la clasificación propuesta por Ramón HUAPAYA TAPIA<sup>71</sup> quien los agrupa en mecanismos de control internos y mecanismos de control externos. Usaremos esta clasificación y la analizaremos de acuerdo al contexto peruano.

2.2.1. Mecanismos de control interno de la actuación de la Administración y su aplicación en el sistema jurídico peruano.

Dentro de estos mecanismos se encuentran:

---

<sup>71</sup> Ídem, pp. 129 y siguientes.

### 2.2.1.1 El propio procedimiento administrativo:

El procedimiento administrativo constituye la garantía de una norma preestablecida que ha determinado plazos y formas para la obtención de una decisión oportuna en la cual se exprese el sometimiento de la Administración al Derecho. Corresponde a un interés ciudadano en la organización y funcionamiento de los diversos servicios que debe otorgar la Administración. Al respecto, Luciano PAREJO señala:

En concreto, tal interés puede concretarse desde tres perspectivas...c) El procedimiento administrativo (justamente la servicialidad de la Administración antes aludida justifica un deber de ésta en su conjunto, en beneficio del ciudadano o destinatario de su acción, de intervenir concurrente y lealmente en los correspondientes procesos de toma de decisiones, es decir, en los pertinentes procedimientos, para alcanzar soluciones objetivas fruto de la cooperación) (Parejo 1991: 102-103).

Es decir que las normas procedimentales previstas para la tramitación de los diversos servicios y derechos que otorga el Estado a través de la Administración se convierten en un mecanismo de control por cuanto, en el mismo se precisarán las obligaciones de la Administración, así como los mecanismos para que los ciudadanos puedan reclamar sobre una afectación generada en el desarrollo del procedimiento. Este tipo de control funciona también como una garantía del ciudadano por cuanto, al ser un procedimiento pre determinado, importa que los administrados puedan conocer las obligaciones que se generan para la Administración a partir del momento de ejercer el derecho de petición cuya consagración es de orden constitucional. Javier JIMÉNEZ VIVAS señala:

La primera de las garantías, para evitar por anticipado posibles arbitrariedades de la autoridad administrativa, sujeta su proceder a reglas preestablecidas, que regulan a futuro su desenvolvimiento frente a los administrados. Dichas reglas toman el nombre de procedimiento administrativo, el cual obliga a la Administración. Por otro lado, dado su carácter de norma pública, permite a los administrados exigir su cumplimiento (Jiménez 2010: 32).

El control es jurídico, por cuanto es una norma procedimental que ha sido prevista para que a través de ella la Administración actúe en Derecho, por lo que su contenido no es político. En el caso peruano, esta garantía está concretizada en la Ley N° 27444 - **Ley** del Procedimiento Administrativo General.

### 2.2.1.2 Los recursos administrativos.

Si el procedimiento constituye desde un ámbito general una posibilidad de control de su actuación, la ley, dentro de este procedimiento, ha previsto recursos que en el caso peruano, constituyen el ejercicio de contradicción de una decisión que se considera viola, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo<sup>72</sup>. Su origen es el inicio del régimen de contencioso administrativo, porque fue el autocontrol el que generó la evaluación de la labor de los funcionarios. Este interés se gesta dentro de la propia Administración la cual procuraba conservar el orden del sistema administrativo<sup>73</sup>.

La naturaleza de su tramitación nos permite inferir que los recursos administrativos no dejan de ser un privilegio de la Administración quien es juez y parte (salvo el caso de los llamados procedimientos trilaterales en los que la Administración cumple ciertamente un rol imparcial), pero también no puede dejar de considerarse que son una garantía del ciudadano que pretende el cambio de parecer de la Administración a través de la evaluación que realice un funcionario de mayor jerarquía y por ende de mayor conocimiento y experiencia (apelación y revisión), salvo el caso del denominado recurso de reconsideración el cual, se interpone ante el mismo funcionario que ha expedido la decisión impugnada, pero que no tuvo a la vista al momento de resolver una prueba que pudo ser determinante para el procedimiento. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás

<sup>72</sup> Artículos 206º y siguientes de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444.

<sup>73</sup> Sobre el tema: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Ley (...)*, pp. 27-28.

FERNÁNDEZ señalan: “Precisado de este modo, su concepto, hay que reconocer que, en cuanto medios de impugnación de resoluciones definitivas de la Administración, los recursos administrativos constituyen una garantía para los afectados por aquéllas en la medida que les aseguran la posibilidad de reaccionar contra ellas y, eventualmente, de eliminar el perjuicio que comportan” (García de Enterría y Fernández 2006: 1457).

Este es un punto que resulta importante establecer por cuanto los funcionarios pueden considerar que es la eficiencia lo que debe guiar sus decisiones al momento de resolver (oportunidad), empero, esta no es lo que espera el ciudadano ni lo que prevé la ley, tal como se puede inferir de lo dispuesto en el artículo 216º de la LGPA<sup>74</sup>.

Sistemas como el nuestro, han instituido el mecanismo de los recursos administrativos, como requisitos *sine qua non* para un futuro proceso contencioso administrativo, el cual exige para su presentación el agotamiento de la vía administrativa, tema que se ha flexibilizado para los casos provenientes del núcleo esencial del derecho a la pensión prevista en el inciso 4º del Artículo 21º del TUO de la Ley N° 27584 (D.S. 013-2008-JUS). Siendo que estas impugnaciones se interponen dentro del proceso, su sustentación es también jurídica y corresponde a la Administración evaluarlas a fin de establecer si corresponde el derecho al administrado o en todo caso ratificarse en su decisión, momento a partir se habilita al ciudadano a acudir a la vía jurisdiccional.

Estos son los mecanismos que se proponen al momento de señalarse los mecanismos internos de la Administración. Su importancia y reforzamiento será más intenso en los casos en que la autorregulación, a través de los Tribunales

---

<sup>74</sup> Muy ilustrativa resulta la explicación que se aprecia en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R. FERNANDEZ. *Op. Cit.*, tomo II, pp. 1456 a 1459.

Administrativos, tengan encomendado ser la fórmula de cierre del sistema como lo es el emblemático caso francés.<sup>75</sup>

### 2.2.2. Mecanismos de control externo de la actuación de la Administración.

Estos mecanismos provienen de órganos ajenos o independientes de la Administración los cuales, si bien no dejan de ser parte del Estado pero dada su naturaleza jurídica o la que proviene de su origen (constitucional), no tienen participación dentro de la Administración. No obstante ello, por mandato constitucional, ejercen actos de control o de seguimiento de la actividad Administrativa. Su calidad de control externo se genera por la ubicación que la Constitución y las leyes orgánicas han determinado para cada una de los organismos que realizan dicha labor. Al igual que los controles internos, el control también se sustenta en el ordenamiento jurídico por lo que éste no es político y es la aplicación de los pesos y contrapesos que determinan su necesidad.

Siguiendo con la clasificación adoptada, analizaremos los casos a que corresponde cada uno y como están regulados en el caso peruano. Entre éstos tenemos:

---

<sup>75</sup> Resulta importante mencionar que mediante Decreto Legislativo N° 1023 se ha creado la Autoridad Nacional del Servicio Civil –SERVIR- la que, de acuerdo a su artículo primero, es el organismo técnico especializado, rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado, con el fin de contribuir a la mejora continua de la administración del Estado a través del fortalecimiento del servicio civil. A su vez dicha norma, ha previsto la creación del Tribunal del Servicio Civil como órgano integrante de la Autoridad que tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema. Si bien de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17° de la norma, lo resuelto por el Tribunal es susceptible de ser cuestionado en sede contenciosa-administrativa, su creación resulta un importante instrumento de control en el interior de la Administración en lo que a materia laboral se refiere. Es posible considerar como un antecedente a esta iniciativa, el también llamado Tribunal de Servicio Civil creado a través del artículo 36° y siguientes del Decreto Legislativo N° 276, el mismo que fuera derogado por la Primera Disposición Final del Decreto Ley N° 25993 publicado el 24 de Diciembre de 1992.

### 2.2.2.1 El Sistema Nacional de Control.

Este control jurídico lo ejerce, en nuestro caso, la Contraloría General de la República. Específicamente proviene del principio de legalidad presupuestaria en lo que concierne a la ejecución del gasto público, así como de las operaciones de deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control tal como se puede establecer de lo dispuesto en el artículo 82º de nuestra Constitución. Como se puede apreciar el ámbito de control es específico y puntual y está referido a la forma como se ejecuta el gasto público proveniente del presupuesto asignado a cada institución.

El control jurídico que realiza esta institución es transversal a todo el aparato estatal y permite determinar la legalidad del gasto público a fin de dar su debido cumplimiento. Predominantemente su control es posterior por cuanto sus hallazgos se establecen luego de la ejecución del presupuesto institucional. Ramón HUAPAYA precisa:

En tal sentido, se trata de un órgano que ejerce fundamentalmente un control ex post, esto es de las actuaciones ya ejecutadas o desarrolladas por la Administración Pública, en orden a verificar su correspondencia con el ordenamiento en los aspectos vinculados a la ejecución o manejo de fondos públicos, aunque también se admite el ejercicio de acciones de control previas y también concomitantes (Huapaya 2006: 136).

Este es pues uno de los mecanismos de control que tiene gran repercusión dentro de cada entidad administrativa esto en razón que la ley ha determinado su presencia en las entidades públicas como una manera de establecer un control general, determinándose que cada oficina establecida dependa funcionalmente de la propia Contraloría. Es con este tipo de control que también se plasma el principio constitucional de previsión de consecuencias el cual es recogido por el artículo 45 de la Carta Magna y que establece que quien ejerza el poder público, debe hacerlo con sujeción a la Constitución y a la ley

### 2.2.2.2 Mecanismos políticos y sociales.

Con relación a este tipo de control, estos provienen, en el primer caso, del parlamento y de los grupos de oposición al gobierno y el segundo lo realiza la sociedad organizada tal como se ha señalado en la parte inicial de este acápite, punto en el cual se estableció que el mismo tiene un sustento político y no necesariamente jurídico. Teniendo en cuenta que estos tipos de control no contienen, preponderantemente aspectos jurídicos, éstos no serán mayormente desarrollados en este trabajo.

### 2.2.2.3. La Defensoría del Pueblo.

El artículo 162º de la Constitución señala que corresponde a la Defensoría del Pueblo, como organismo constitucionalmente autónomo, defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de servicios públicos a la ciudadanía<sup>76</sup>. Es un control de carácter jurídico que no es vinculante sino persuasivo. El control de la Administración lo efectúa a través de la publicación de los llamados “Informes Defensoriales”<sup>77</sup> en el cual aborda una problemática y analiza la misma emitiendo conclusiones y recomendaciones. Aunque no todas las opiniones establecidas en sus informes pueden ser compartidas, es innegable la labor de control que efectúa, llamando la atención sobre alguna situación que se considere anómala en el sistema. En lo que va de su creación, a la fecha se han emitido 155 Informes Defensoriales<sup>78</sup> los cuales están relacionados a aspectos de su competencia.

---

<sup>76</sup> Es importante señalar que hasta antes de la vigencia de la actual constitución, las funciones de la Defensoría del Pueblo las ejercía el Ministerio Público, conforme a lo que disponía el inciso 4º del artículo 250º de la Constitución Política de 1979.

<sup>77</sup> Atribución que se sustenta en el inciso c) del artículo 8º de la Resolución Defensorial 029-2008/DP mediante la cual se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones de la Defensoría del Pueblo.

<sup>78</sup> Dentro de los que están relacionados al presente trabajo puede tomarse en cuenta los siguientes:

-Informe Defensorial N° 145 : Aplicación del Silencio Administrativo: Retos y tareas pendientes.

Se debe reiterar que si bien sus opiniones no son vinculantes, esto no resta a que el control que pueda determinar la Defensoría del Pueblo no sea jurídico. La persuasión, como instrumento de conciencia y convencimiento, es utilizado para que las instituciones públicas, de manera voluntaria, cumplan con los deberes que la Constitución y la ley les ha establecido.

#### 2.2.2.4. Mecanismo proveniente de la jurisdicción arbitral.

Aunque ya en el artículo 233º de la Constitución de 1979 se había reconocido esta jurisdicción y que a través de los artículos 1906º al 1922º del Código Civil de 1984 se había regulado su funcionamiento, el arbitraje se ha desarrollado en el Perú con mayor impulso a partir de la dación del Decreto Ley N° 25935 y la Ley N° 26572, las cuales derogaron las disposiciones del Código Civil antes mencionadas y regularon de manera autónoma el arbitraje. De acuerdo con el inciso 1º del artículo 139 de la actual Constitución, nuestra legislación ha previsto no sólo la jurisdicción judicial, sino también la militar y arbitral. Su reconocimiento por la doctrina como jurisdicción no es pacífico, encontrando como uno de los argumentos en contra, la ausencia de *executio*, es decir la falta de capacidad de ejecutar su decisión, sin embargo, ha cobrado una gran notoriedad como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Este mecanismo toma importancia a efectos de este análisis, a partir que en los aspectos de Contratación Pública se le ha previsto, conjuntamente con la

---

-Informe Defensorial N° 135: "Por un acceso justo y oportuno a la pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONP."

-Informe Defensorial N° 121: Propuestas para una reforma de la Justicia Contencioso-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia.

-Informe Defensorial N° 109: Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la Reforma de la Justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán.

-Informe Defensorial N° 53: La reducción del plazo para la interposición de la acción Contencioso -Administrativa. Análisis de la ley N° 27352

-Informe Defensorial N° 32: El derecho a un proceso sin dilaciones: el caso de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia

Conciliación, como un mecanismo de solución de conflictos obligatorio de las controversias que surjan a partir de la suscripción del contrato proveniente de la adjudicación de la buena pro, tal como se puede determinar de lo dispuesto en el artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017- “Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado” (norma que recoge lo que disponía el artículo 53° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850 aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM). Es preciso señalar que si bien dicho arbitraje está referido a lo que corresponde a la ejecución del contrato y todos los actos que se generen de manera posterior, éste constituye la fórmula de cierre en estos casos, por cuanto su decisión no puede recurrirse en vía judicial, en lo que se refiere al fondo de lo decidido, tal como lo prevé el artículo 62.2° y siguientes del Decreto Legislativo N° 1071 – “Decreto Legislativo que norma el arbitraje” (norma que reemplazó la Ley General de Arbitraje aprobada por Ley N° 26572). En consecuencia no puede dejar de considerársele como un mecanismo de control jurídico de la Administración ya que el arbitraje previsto es de Derecho y no de conciencia. Un paso, que considero importante pero no suficiente, se ha dado a partir de la emisión de la STC N 00142-2011-AA/TC a través de la cual el Tribunal Constitucional ha redefinido la residualidad de los procesos constitucionales contra los laudos arbitrales, precisando que a través del recurso de anulación de laudo arbitral ejercido por la justicia civil, es posible que se advierte elementos de fondo, empero solo en los casos que se adviertan afectaciones constitucionales.<sup>79</sup>

Sobre la obligatoriedad del arbitraje, es necesario tener en cuenta que su imposición desdice su calidad de mecanismo “alternativo” ya que dicha

---

<sup>79</sup> El fundamento 18° de la indicada sentencia se precisa: “Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible *a posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5° del CPCConst.”

obligatoriedad implica un desplazamiento del poder-deber que la Constitución le otorga al Poder Judicial para la resolución de conflictos y una contravención al principio de autonomía de la voluntad. Con relación a este medio de resolución de conflictos, también fue impuesto para la resolución de las controversias que se generasen a raíz de la tramitación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo -SCTR previsto en el artículo 9º del Decreto Supremo 003-98-SA<sup>80</sup>, sin embargo, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 120 de la STC N° 10063-2006-PA/TC estableció:

Por otro lado, este Tribunal considera que a los asegurados y beneficiarios del SCTR no se les puede imponer obligatoriamente el arbitraje, ya que, en principio, el sometimiento a esta jurisdicción alternativa tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2º, inciso 24, literal a de la Constitución. Por lo tanto, el artículo 9º del Decreto Supremo 003-98-SA en la parte que obliga a los asegurados y beneficiarios del SCTR a someterse obligatoriamente al arbitraje resulta contrario a la Constitución, ya que en este caso el convenio arbitral nace ex lege y no a consecuencia de la autonomía de la voluntad de los asegurados y beneficiarios. Es más, al imponérsele obligatoriamente al arbitraje a los asegurados y beneficiarios del SCTR se les está vulnerando su derecho-regla de acceso a la justicia y al juez natural.

Es importante este pronunciamiento cuanto no se acepta que un arbitraje pueda tener el carácter de exclusivo y excluyente. Asimismo, no debe dejarse de lado el hecho que el citado fundamento jurídico tiene la calidad de vinculante y que su ratio no sólo alcanza a la justicia constitucional sino que se extiende a la jurisdicción ordinaria y a todos los poderes y organismos públicos y a las empresas privadas que brindan el SCTR. Sobre este tema se abordará con más

---

<sup>80</sup> La citada norma señala: *“La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y arbitraje a que se refieren los Artículos 90 y 91 del Decreto Supremo N° 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N° 006- 97-SA conforme al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en la que se encuentren involucrados intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL, OFICINA DE NORMALIZACION PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS”*.

detenimiento al momento de analizar el control de la Administración en el caso peruano.

#### 2.2.2.5 Mecanismos jurisdiccionales de control de la Administración.

Este es uno de los puntos centrales del presente trabajo. Nótese que el control jurisdiccional es sólo uno de los controles posibles dentro de la gama de mecanismos que existen y que a través del cual sólo puede tenderse a efectuar un real contrapeso del poder conforme a lo que constituye la esencia de la democracia.

Habíamos mencionado que estos controles jurídicos pueden provenir de dos sistemas, el judicialistas y el proveniente de los Tribunales Administrativos o de autocontrol; la característica que comparten ambos sistemas es que por elección legislativa a uno o a otro se le encarga el control jurídico de la Administración, pero de manera efectiva, vinculante y definitiva, es decir que se logra el sometimiento de la Administración, a través de estos sistemas, al Derecho y a la Ley. En el caso francés, de cuyos orígenes ya hemos hecho mención, la elección del sistema de autocontrol se sustenta en el principio de separación de poderes y se plasma en la Ley 16-24 de agosto de 1790, a través de la cual se establece la separación entre la Administración y la justicia, determinándose que la justicia no podía interferir en lo que correspondía a las funciones de la Administración. Esta justicia retenida tuvo como justificación aquella frase tan famosa en el derecho administrativo: *juge l'Administration c'est encore administrer* (juzgar a la Administración sigue siendo juzgar). Este control contencioso administrativo general se inicia como un control interno y se centraliza en lo que se denomina el Consejo de Estado cuya reforma del año 1872 determina una justicia delegada que logra un gran desarrollo, manteniéndose hasta nuestros días, siendo el precursor de lo que hoy denominamos el contencioso administrativo<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Con relación a este punto puede consultarse: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho (...)*.pp.1504 y sgts.

En el segundo caso, se está frente a los sistemas en el cual el control jurídico es encargado a los tribunales de justicia y cuyo desarrollo ha tenido grandes vicisitudes que con el tiempo delegan la justicia a los órganos jurisdiccionales. Este desarrollo generó a partir del siglo XIX, pero su concreción, tal como lo conocemos actualmente, se establece a partir de la segunda mitad del siglo XX. El sistema judicialista ha sido adoptado por la mayoría de países de la Europa continental y de Sudamérica y actualmente es sustentado por los pesos y contrapesos que debe preponderar en un Estado de derecho. El segundo elemento que actualmente justifica este proceso es el principio de tutela judicial efectiva. No puede dejarse de lado que el actual sistema debe mucho de sus técnicas de control a las ingeniosas maneras que el Consejo de Estado francés encontró para efectuar el control de la Administración. Desde el recurso de exceso de poder al recurso de plena jurisdicción, se puede advertir los necesarios antecedentes para entender esta forma de control.

Este control jurídico es el más importante, por cuanto, es la norma la que se presenta como el necesario límite y parámetro para juzgar la actuación de la Administración. Su sometimiento a la ley se concreta en el funcionario que más conoce del derecho (el juez) y será a través de sus decisiones que se establecerá el correcto actuar de la Administración. Aunado a ello la garantía del ciudadano a una tutela judicial efectiva, conlleva a que la decisión jurisdiccional conllevará a una real solución del conflicto. Este sistema judicialista es el que ha adoptado la legislación peruana por lo que su análisis se efectuará con relación al abarcamiento de tal control en lo que a toda la función administrativa se refiere. Ahora bien, un tema que será abordado posteriormente pero que merece la pena mencionarse es la situación que se produce con los actos de ejecución de los contratos públicos, procesos en los cuales existe la obligatoriedad legal que la solución del conflicto (y el eventual control) sea ejercido sólo a través del Arbitraje.

Dentro del sistema judicialista (como lo es el caso peruano), el control se ejerce a través de dos vías específicas, la constitucional o extraordinaria y la ordinaria o

contenciosa administrativa, cuya norma procesal es regulada por el TUO de la Ley N° 27584, la cual también prevé competencia de los jueces civiles para aquellos lugares del país en los que no exista jurisdicción contenciosa-administrativa. Así el control, aparece distribuido en dos (o tres si se incluye el arbitraje) competencias que en concreto pretenden controlar el poder. Las razones de esta estructura las expondremos posteriormente, sin embargo, de antemano podemos señalar que esta situación se presenta, básicamente, por la limitación de los procesos constitucionales para aquellos casos que estén referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos y, por el carácter residual de dichos procesos, establecida por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28237), y por la propia estructura del Estado peruano. En los próximos puntos abordaremos la manera cómo se ha distribuido, a nivel jurisdiccional, los ámbitos de control de la Administración en el caso peruano y las razones que justifican tales competencias, las cuales, básicamente han sido establecidas a nivel jurisprudencial.

### **2.3. FUNDAMENTO DE LA FUNCIÓN DE CONTROL DEL PODER JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.**

Establecida la necesidad e importancia que implica que el poder de la Administración esté sometido a control jurídico por parte del Poder Judicial (al margen de las demás formas de control ya analizadas) debemos señalar cuál es el fundamento constitucional de esta facultad. Conforme veremos más adelante, los antecedentes del proceso contencioso administrativo en el Perú han tenido un sustento constitucional, y el actual proceso contencioso administrativo no es la excepción. La necesidad de pesos y contrapesos ha determinado la inclusión de una norma que instituye la posibilidad de cuestionar en sede judicial una decisión administrativa que cause estado (en el entendido que cumpla con el agotamiento de la vía administrativa). En efecto, el artículo 148° de la Constitución señala: “Las

resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.”

Sin embargo, la inclusión de pretensiones dentro del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (D.S. 013-2008-JUS) que facultan declarar o restablecer el derecho del ciudadano nos permite establecer que también existe otro principio constitucional que sustenta el proceso contencioso administrativo y este es el principio de tutela judicial efectiva contenido en el inciso 3º del artículo 139º de la misma Constitución que reza: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.”

Con relación a este punto Ramón HUAPAYA acertadamente señala:

Así las cosas, la regulación peruana del proceso contencioso administrativo debía ser y fue reformulada en función al derecho a la tutela judicial efectiva. Consiguientemente, a partir de dicha idea, consideramos que el artículo 148º de la Constitución debe ser interpretado en función del artículo 139.3º de la Constitución y no viceversa. El derecho a la tutela judicial efectiva exige que en ningún caso el particular quede desprovisto de medios procesales efectivos para tutelar sus propias situaciones jurídicas subjetivas (Huapaya 2006: 402).

Estos elementos son los que constituyen el fundamento constitucional que sustentan al proceso contencioso administrativo y justifican la posibilidad que el Juez, restituya o declare el derecho de un ciudadano que en sede administrativa o le fue negado o le fue conculcado.

### 2.3.1 La Jurisdicción Constitucional.

A partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional del año 2004 –Ley N° 28237- los procesos constitucionales reconocidos en el artículo 200º de la Constitución han sido sistematizados dentro de dicho cuerpo procesal, dejándose de lado la regulación dispersa que existía respecto de los mismos y que se inició

con la dación, en el año 1982, de la Ley N° 23506 – “Ley de Habeas Corpus y Amparo”. Como punto de inicio del análisis de la justicia constitucional con relación al control de la Administración y en especial de la discrecionalidad administrativa, es necesario establecer cuál es la finalidad que se espera alcanzar a través de dichos procesos. Así su artículo 2° señala: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.” Ahora bien, cómo es que la justicia constitucional ejerce un control de la Administración, existiendo dentro de nuestra legislación una norma específica que así lo prevé como lo es la Ley del Proceso Contencioso Administrativo?. Esta pregunta es posible responder desde la perspectiva de la intensidad o alcance de la afectación tal como lo veremos seguidamente. Para el caso nuestro, a partir del año 2001, se dictó la Ley N° 27584 – Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, y la misma que en su artículo 3° dispuso: “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”.

Es decir que la propia norma admite la posibilidad que la actuación administrativa, sea evaluada a través de una vía (la constitucional) cuya pretensión es la de garantizar la primacía de la Constitución, lo cual implica o un supuesto distinto previsto en algunas normas específicas o, un paso más allá al que corresponde la finalidad del proceso contencioso administrativo. No olvidemos que el proceso contencioso administrativo busca efectuar un control jurídico de la actuación de la Administración por parte del Poder Judicial y garantizar la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. En efecto, tal como se ha mencionado anteriormente, el citado proceso tiene una finalidad, el control jurídico (no político, ni moral, ni social) y tiene una sola competencia: El Poder Judicial. Sin embargo, se ha admitido la posibilidad que la justicia extraordinaria o constitucional pueda conocer algunos casos a los cuales no define pero que podemos encuadrar en dos supuesto que analizaremos seguidamente:

### *2.3.1.1 Supuesto previsto expresamente por la Ley.*

De la lectura del citado artículo 3º de la Ley N° 27584, podemos extraer una primera idea: que existan casos que expresamente han sido excluidos de la jurisdicción contenciosa para otorgársela a la jurisdicción constitucional, es decir que se hayan fijado competencias expresas en la propia norma. Ahora bien: estos casos pueden ser verificados en el sistema peruano?. A mi entender sí. Una de las facultades de la Administración, es la potestad reglamentaria y que por naturaleza debería ser controlada a través de la jurisdicción contenciosa, como lo es en la legislación española, la cual establece el control de la potestad reglamentaria a través del artículo 27º de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa; sin embargo, en el caso peruano, dicha posibilidad de control, está en la competencia de la justicia constitucional.

Lo que no deja de llamar la atención es que pese a estar contemplada de esa manera, la competencia la ejerce una jurisdicción no constitucional. Esta paradoja que aparenta ser un juego de expresiones, no deja de ser real y se presenta en muchos sistemas jurídicos: No es posible que no exista justicia constitucional, pero sí es posible que no se haya previsto jurisdicción constitucional. En consecuencia, en lo que se refiere a la potestad reglamentaria, pueda ser que la ley se haya referido al tema de las competencias que se han pre establecido para este caso. No se debe dejar de lado que al momento de entrar en vigencia la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, aún estaba vigente la Ley N° 24968 – Ley Procesal de Acción Popular.

### *2.3.1.2 Supuesto que implique una afectación que vaya más allá del control jurídico de la actuación de la administración.*

Esta es la segunda lectura que se puede determinar de dicha norma y está referido a que la gravedad o intensidad de la afectación trascienda a tal magnitud que la afectación haya alcanzado el contenido esencial del derecho. A partir del

año 2004 – fecha en la que entró en vigencia el Código Procesal Constitucional, se ha regulado dos aspectos que han determinado la distinción entre los procesos constitucionales y el proceso contencioso administrativo: el primero referido a que las pretensiones en las acciones de garantía sólo pueden estar referidas en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado<sup>82</sup>; y el segundo a que las acciones de garantía son residuales tal como se prevé en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional,<sup>83</sup> es decir que sólo proceden en casos que no exista otra vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado<sup>84</sup>. Estas figuras vinieron a solucionar un problema generado a partir de la excesiva utilización del amparo como medio para reclamar todo tipo de pretensión y a lo cual se le denominó la “ordinarización del amparo”.<sup>85</sup>

Esta parece haber sido la lectura que tuvo el Tribunal Constitucional peruano al haber establecido en tres sentencias emblemáticas, la competencia de las acciones garantía a partir de la afectación del contenido esencial del Derecho.

- El primero corresponde al muy conocido caso “Anicama Hernández” en el cual recayó la STC N° 1417-2005-AA/TC. En el fundamento jurídico N° 37 ha establecido que se atenta contra el contenido esencial al derecho fundamental a la pensión cuando:

---

<sup>82</sup> El artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional precisa: “*No proceden: los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitório de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;*”

<sup>83</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano, ha tratado el tema de la residualidad del Proceso de Amparo en los fundamentos jurídicos 3º y siguientes de la Sentencia N° 0206-2005-AA/TC.

<sup>84</sup> El inciso 2º del Artículo 5º del citado Código señala: “No proceden los procesos constitucionales cuando: 2) Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.”

<sup>85</sup> Al respecto: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. 2006. “El proceso contencioso-administrativo: un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y España al respecto” *Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*. Lima. N° 01 – Marzo 2006, pp. 399-481.

- a) Habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.
- b) Se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.
- c) Se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital. Para el caso peruano, dicho monto asciende en la actualidad a la suma de S/.415.00 nuevos soles.
- d) A pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (ejemplo: los supuestos acreditados de graves estados de salud).
- e) Se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.
- f) Se afecte el derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga.

Luego pasó a determinar que los casos que no estaban comprendidos en los citados supuestos, debían de ser considerados como afectaciones que no alcanzaban al contenido esencial y por ende, ser tramitadas en la vía ordinaria a través del proceso contencioso administrativo.

- El segundo supuesto corresponde a los derechos laborales que podían ser conocidos a través de las acciones de amparo. Para hacer la diferenciación de la vía contenciosa de la vía constitucional, el Tribunal hizo la distinción de los trabajadores de la actividad privada y los de la actividad pública y, en lo que se refiere a estos últimos, realizó la distinción de la competencia de ambas vías. Así, en el en el fundamento jurídico 21º del caso “Baylón Flores” resuelto a través de la Sentencia N° 0206-2005-AA/TC señaló:

Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la

Administración Pública. Por ello, el artículo 4.º literal 6) de la Ley N.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.

Asimismo, no dejó cerrada la posibilidad del amparo para los casos que provenían de esta relación laboral, disponiendo en el fundamento jurídico 24 lo siguiente:

Por tanto, conforme al artículo 5.º, inciso 2.º del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 supra.

En consecuencia, en este caso, la justicia constitucional ha demarcado el límite para establecer cuál es la vía que corresponde para cada caso.

- El tercer caso, delimitador corresponde a los procesos de cumplimiento que han sido previstos tanto en sede constitucional así como en la jurisdicción contencioso administrativa. El artículo 66º del Código Procesal Constitucional señala:

Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
- 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

En la citada norma se ha previsto los casos de los llamados cumplimientos material y formal respectivamente. Así el primero exige que la administración actúe en cumplimiento a lo dispuesto por un mandato legal o lo resuelto por ella misma en un acto con la calidad de acto firme. En el segundo, la exigencia está referida a que la entidad emita su decisión de manera expresa y dentro del plazo de ley, incluyendo en este caso, el cumplimiento al mandato de reglamentar una norma que por mandato constitucional se le ha encomendado.

Sin embargo, en el proceso contencioso administrativo, el inciso 4º del Artículo 5º de la Ley N° 27584 ha previsto:

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: 4). Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

Este cumplimiento corresponde al que proviene del cumplimiento material, y en cuanto a la ausencia del cumplimiento formal, ésta se explica por cuanto la técnica del silencio administrativo negativo y positivo, hacen innecesario exigirle a la Administración un pronunciamiento expreso. Así en lo que se refiere al cumplimiento material, encontramos que está prevista por dos ordenamientos procesales. Ante tal situación el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia N° 0168-2005-AC/TC efectuó la distinción entre ambos<sup>86</sup>. En primer lugar estableció los requisitos que debía contener el mandato que se pretende hacer cumplir a la Administración – *mandamus* - precisando en el fundamento jurídico 14 señaló:

---

<sup>86</sup> Un interesante enfoque sobre las formas de inacción de la Administración así como la implicancia de dicha sentencia del Tribunal Constitucional se puede encontrar en: HAUPAYA TAPIA, Ramón. 2006 "Las nuevas relaciones entre el proceso constitucional de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo: la Sentencia recaída en el Expediente N| 0168-2005-PC/TC, caso "Maximiliano Villanueva Velarde". *Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*. Lima. Año 1 - N° 02 – Diciembre 2006, pp. 170-195.

Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

Posteriormente en el fundamento jurídico N° 27 de la misma sentencia, estableció la diferencia con el proceso de cumplimiento previsto en el proceso contencioso administrativo, señalando:

Consecuentemente, y aplicando similares criterios, las demandas de cumplimiento que no cumplan con los requisitos de procedibilidad descritos en la presente sentencia, deberán tramitarse por la vía específica para las controversias derivadas de las omisiones de la administración pública sobre materia pensionaria que, conforme a los artículos 4° (inciso 2) y 24° (inciso 2) de la Ley N.° 27584, será el proceso contencioso administrativo a través de la vía sumarísima.

Es así, que el Tribunal Constitucional ha efectuado la distinción entre las pretensiones que deben ser resueltas ante la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional en determinadas materias.

Ahora bien, otro hecho que determina que el control de los actos administrativos sean efectuados a través de la jurisdicción constitucional se debe a que existen organismos constitucionalmente autónomos que por mandato constitucional (Artículo 142) no pueden ser revisados en sede judicial como lo son el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones.<sup>87</sup> Esos casos serán tratados posteriormente cuando se precise sobre la plenitud del control jurídico de la Administración, lo cual abordaremos posteriormente.

### 2.3.2. La Jurisdicción Ordinaria:

Hemos mencionado anteriormente el contrapeso que debe de existir entre los poderes y la necesidad de establecer formas de control de la Administración, y que dentro de los mecanismos de control jurídico más trascendentes está el que ofrece el proceso contencioso administrativo y la jurisdicción constitucional. Ahora bien, no toda jurisdicción ordinaria puede preestablecer un proceso que tienda a resolver de manera especializada el control jurídico de la administración como lo es el contencioso administrativo. Su previsión o no, es el resultado de una opción legislativa e incluso de una oculta opción política que busque evitar el control. En el caso de algunos países (Chile por ejemplo), no se ha previsto el establecimiento de un proceso contencioso administrativo, por lo que la justicia ordinaria es la que se encarga de efectuar el control de la Administración<sup>88</sup>. En nuestro caso a partir del año 1993, conforme lo precisaremos al momento de abordar sus antecedentes, se creó el proceso de impugnación de resolución administrativa que estuvo previsto en el artículo 540<sup>o</sup> y siguientes del Código Procesal Civil y posteriormente en el año 2001, se instauró el proceso contencioso administrativo, apreciándose que en apenas siete años completamos el proceso

---

<sup>87</sup> El citado artículo establece: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.”

<sup>88</sup> Con relación a los modelos iberoamericanos de control jurisdiccional puede consultarse: SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. 2000. *El proceso contencioso administrativo. ¿Qué es?/¿Cómo es?/¿Para qué sirve?* Lima. Gaceta Jurídica, pp.309 y siguientes.

de nulidad con la pretensión de plena jurisdicción, tal como se explicará seguidamente<sup>89</sup>.

### 2.3.2.1 Antecedentes del Proceso Contencioso Administrativo en el Perú.

Los mecanismos de control del sistema judicialista que, a diferencia del caso francés está en manos del Consejo de Estado, se efectúa de diversas formas, ya sea por la vía ordinaria, la vía constitucional o en su caso la vía especializada que es el Proceso Contencioso Administrativo. Eso es algo que dependerá de la opción que asuma el legislador o el modelo de justicia que impere en un determinado país<sup>90</sup>, empero, son los sistemas judicialistas los que predominan en los países que provienen de la tradición europea continental, sobre todo de la legislación española entre los que se encuentra el Perú<sup>91</sup>. El sistema judicialista o jurisdicción administrativa se caracteriza por cuanto a través de la Constitución o las leyes, se le encarga al Poder Judicial la labor de efectuar el control de la Administración, creándose para tales efectos, normas de carácter procesal que se conjugan para formar una Ley del Proceso Contencioso Administrativo la que se ampara en el principio de tutela judicial efectiva. En otros casos, puede suceder que no exista una norma especial para el caso del contencioso administrativo,

---

<sup>89</sup> Es importante hacer referencia al especial caso italiano. En dicho sistema se ha previsto, la posibilidad de recurrir al juez ordinario para resguardar los derechos subjetivos de los ciudadanos, el cual no puede anular los actos administrativos sino sólo declarar la lesión del derecho subjetivo. Asimismo, se ha previsto, que el juez contencioso conozca de pretensiones que impliquen intereses legítimos y en cuyo caso sólo se limita a la anulación y por tanto no emite pronunciamientos declarativos ni de condena. Al respecto CASSARINO, Sebastiano, "El problema de la jurisdicción administrativa" – *Documentación Administrativa*. 1997.Nºs 248-249 May-Dic. 1997 – Instituto Nacional de Administración Pública, pp.213-229.

<sup>90</sup> Un caso peculiar y cercano es el de Chile donde no existe una vía propia para efectuar el control de la Administración, la cual se efectúa a través del Juez ordinario. Al respecto: PANTOJA BAUZÁ, Rolando. "El control de la Administración Pública en Chile desde un control causal de objeto formalizado a un control plural de objeto sustantivo." Consulta: 23 de septiembre de 2010. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1594/13.pdf>. y SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. 2000. *El proceso contencioso administrativo ¿qué es? ¿cómo es? ¿para qué sirve?*. Lima. Gaceta Jurídica S.A., p. 344.

<sup>91</sup> Al respecto: CASSAGNE, Juan Carlos señala: "Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista comparado es el hecho de atribuir a un poder judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los Estados y/o Provincias, según los diferentes modelos constitucionales son parte en el litigio". en "El sistema judicialista y la llamada judicialización de la actividad Administrativa Pública." 2007. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid. Nº 133 – Enero-Marzo 2007, pp. 5-28.

pero no deja de tener el carácter judicialista, ya que la pretensión se adecua a la norma procesal general o en otros se utiliza la vía constitucional para lograr el cometido. Esta es una decisión que se adopta y acepta mayoritariamente en la idea que la independencia de los jueces, garantizará la imparcialidad al momento de resolver un asunto en el que el Estado es parte, aunque Karl LOEWENSTEIN indicaría: “En casi todos los Estados ha quedado probado como infundado el miedo inicial a que los tribunales establecidos por el gobierno mostrasen una clara parcialidad gubernamental; los tribunales administrativos se han mantenido independientes como los tribunales ordinarios” (Loewenstein 1979: 306), con lo cual pareciera que en los años sesenta y setenta hubo una tendencia a confiar la resolución de los conflictos a los tribunales administrativos.

Sin embargo, de la investigación efectuada para el presente trabajo, para el caso peruano, no he podido encontrar alguna iniciativa que haya trascendido en el sentido de otorgar el control de la Administración a un organismo administrativo, por lo que nuestra tendencia judicialista es la que ha marcado la historia de la revisión o control del aparato administrativo<sup>92</sup>. Esta tradición judicialista que impone el respeto e independencia al órgano jurisdiccional al momento de juzgar, tiene antecedentes antiguos y uno de los más significativos corresponde al establecido en la Constitución de Cádiz de 1812, en la que se separó expresamente de las funciones del Rey, la de juzgar, la cual sólo era ejercida por los Tribunales<sup>93</sup>. Si bien se podría pensar que esta disposición lo que hacía era sólo garantizar la separación de poderes, no puede dejarse de tener en cuenta que la misma no estaba siendo entendida de la forma que la asumieron los revolucionarios franceses, quienes rechazaban que la soberanía podía provenir del Rey, tal como se ha explicado en el Capítulo anterior.

---

<sup>92</sup> “Como se puede apreciar en el Perú ha sido una constante histórica la opción por el sistema judicialista en el diseño de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la administración pública, por tanto no se ha considerado justificado crear una organización diferente a la jurisdicción ordinaria similar al Consejo de Estado de Francia” (Danós s/a: 4).

<sup>93</sup> El artículo 243º de la citada Constitución establecía: “Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.

Ahora bien, establecido el modelo judicialista que ha imperado en nuestra tradición, trataremos de encontrar antecedentes respecto del proceso contencioso administrativo (como instrumento procesal de control de la Administración) o algo que se le pueda parecer. Giovanni PRIORI<sup>94</sup> encuentra el antecedente de un instrumento procesal contencioso administrativo en el artículo 130 de la Constitución peruana de 1867<sup>95</sup>.

Posteriormente, los antecedentes al proceso contencioso administrativo, se encuentran en los artículos 93<sup>o</sup> y 94<sup>o</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912 los cuales autorizaban la posibilidad de poder demandar al Estado por razones de su indebida actuación al momento de ejercer la Administración Pública. Este hecho se repite en la Ley Orgánica de 1963, así como en el Decreto Ley 18060, la cual sólo tuvo unos meses de vigencia. Como dato histórico (porque no llegó a ser legislación positiva) fue el Anteproyecto de la Constitución de 1931 (Comisión Villarán) la cual consideró a la jurisdicción contencioso-administrativo como parte de nuestra legislación.<sup>96</sup>

Es a partir del artículo 240<sup>o</sup> de la Constitución de 1979<sup>97</sup> que a nivel constitucional se instituyó las acciones contenciosas administrativas, mandato que procuró ser reglamentado a través de las dos leyes orgánicas posteriores del Poder Judicial.

Por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1990 reguló la acción contenciosa administrativa de manera específica desarrollando el mandato constitucional, sin embargo, ésta nunca entró en vigencia. Posteriormente se dictó la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1991, empero, en la misma no se reguló de manera específica el proceso contencioso administrativo, disponiendo

---

<sup>94</sup> PRIORI POSADA G. *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>95</sup> Dicha norma señalaba: “La ley determinará la organización de los Tribunales contenciosos-administrativos, y lo relativo al nombramiento de sus miembros.”

<sup>96</sup> Al respecto HUAPAYA TAPIA, R. *Op. Cit.*, pp. 341-342.

<sup>97</sup> El indicado artículo señaló: “Las acciones contencioso-administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la administración que causa estado.

La ley regula su ejercicio. Precisa los casos en que las Cortes superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia.”

su desarrollo a una norma especial.<sup>98</sup> Sin embargo, en materia laboral sí rigió la acción contenciosa administrativa. Su primera regulación orgánica se efectuó a través del Decreto Supremo N° 037-90-TR<sup>99</sup>.

Es luego de algunos años que se daría la concreción de un proceso para este tipo de causas a través de los artículos 540 y siguientes del Código Procesal Civil de 1993, el cual no tuvo un tratamiento muy prolijo del proceso contencioso administrativo. Es así que arribamos al actual mandato constitucional (Constitución el año 1993) que instituye el proceso contencioso a través del artículo 148° el cual señala: “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.”

El desarrollo de dicha norma se ha dado a partir del año 2001 a través de la Ley N° 27584 y sus respectivas modificatorias que han sido integradas dentro del Texto Único Ordenado (TUO) de la citada ley, aprobado por el Decreto Supremo 013-2008-JUSS, el cual regula el actual proceso contencioso administrativo. No puede dejar de mencionarse que este último cambio ha significado la integración entre el proceso objetivo o de anulación y el proceso de plena jurisdicción que alternan en nuestro sistema tal como se explicará más adelante. Su inclusión en el sistema ha significado un avance con relación a la garantía de respeto de los derechos individuales frente al poder. Al comentar sobre este logro de la jurisdicción Jorge DANÓS ORDÓÑEZ señala: “Mediante el proceso contencioso-administrativo se garantiza una de las conquistas básicas del Estado de Derecho, cual es la subordinación de toda la actividad administrativa a la legalidad” (Danós 2000: 73).

---

<sup>98</sup> Artículo 23°: “La acción contencioso-administrativa de que trata el artículo 240° de la Constitución, se rige, en cuanto a sus reglas de competencia, procedencia y procedimiento, por su propia Ley.”

<sup>99</sup> El artículo 1° del citado Decreto Supremo señalaba: “El presente Decreto Supremo establece las disposiciones aplicables al procedimiento de las acciones contencioso-administrativas que se interpongan contra resoluciones de la administración que causen estado en materia laboral.”

Un aspecto que es importante señalar es que en el año 1967, a través del Decreto Supremo 006-67-SC, se había instituido el primer “Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos”, es decir la primera norma procedimental prevista para regular a toda la Administración y cuya conclusión constituía el agotamiento de la vía administrativa habilitando así al ciudadano a interponer una demanda judicial<sup>100</sup>; y que luego la Constitución de 1979 habilitó a través de la acción contencioso-administrativa. Cabe señalar, a manera de completar la información, que en el año 1994 se emitió el Decreto Supremo 02-94-JUS que reguló el Texto Único ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y en el año 2001 se dictó la Ley N° 27444 - **Ley del Procedimiento Administrativo General**- que es la norma que actualmente regula la etapa administrativa.

Un punto final que me parece vale la pena mencionar, está referido a la introducción en el Perú de una terminología francesa propia de las técnicas de control de la Administración que luego desarrollaremos. Se trata del Recurso de Exceso de Poder. En el año 1969 se dio inicio en el Perú a un proceso expropiatorio de propiedades agrícolas a favor de los campesinos a través del Decreto Ley N° 17716. Dichos proceso expropiatorio contempló tres etapas: la afectación, la expropiación propiamente dicha y la adjudicación a favor de los campesinos calificados o beneficiarios de la Reforma Agraria; la primera y la tercera (afectación y adjudicación) se efectuaban en el ámbito administrativo, mientras que la segunda (expropiación propiamente dicha) se efectuaba judicialmente. En el plano de la afectación, ésta se efectivizaba a través de la publicación de un Decreto Supremo (de afectación) el cual podía estar sustentado en causales como extensión, abandono etc. Si bien, las posibilidades de revertir un proceso expropiatorio eran muy difíciles, se consideró la creación de Juzgados y Salas Agrarias que pudieran conocer de los procesos expropiatorios así como de la impugnación de la causal de afectación que había recaído en un predio. Es así que en el año 1974 se dictó el Decreto Ley N° 20554 que reguló un recurso

---

<sup>100</sup> Sobre su trascendencia: HUAPAYA TAPIA, R. *Op. Cit.*, p. 348.

final a favor del expropiado y al cual se le denominó recurso de amparo<sup>101</sup>. Sin embargo, en el año 1982 se dictó la Ley N° 23506 “Ley de Habeas Corpus y Amparo” la cual, debido a su denominación, generaba confusión con la anterior norma, razón por la que en su artículo 43° dispuso que el recurso anteriormente previsto en el Decreto Ley N° 20554, pasara a denominarse “Recurso de Exceso de Poder”. No he obtenido antecedentes sobre la utilización de esa terminología, pero sin duda se trataba de una las técnicas que había desarrollado el Consejo de Estado francés para el control de la Administración que en términos generales servía de garantía procedimental para proteger a los particulares respecto de graves vicios de forma al momento de tramitarse una causa administrativa y que fue entendido por mucho tiempo como un problema de competencia. Si bien, esta explicación no resulta imprescindible, llama la atención la introducción de una denominación que tenía un muy antiguo origen en el derecho administrativo francés.

#### 2.3.2.2. Proceso objetivo o de nulidad.

Como en la mayoría de figuras que se aprecian en el derecho administrativo y de los mecanismos de su control, éstos provienen de la regulación administrativa francesa. La rigidez con la que se le obligaba a actuar al Consejo de Estado francés, en aras de la no interrupción del normal desarrollo de la Administración, generó que, de manera imaginativa se construyese el recurso de exceso de poder, a través del cual se podía denunciar vicios de competencia, lo que implicaba la restauración de la legalidad objetiva, con lo que, el derecho o interés del ciudadano se limitaba a ser un elemento revelador de alguna irregularidad dentro de la Administración, pero no de reconocimiento de algún derecho subjetivo. Sobre su limitación Giovanni PRIORI señala:

---

<sup>101</sup> El artículo 1° de dicha norma señalaba: “*Si un propietario estimare que no ha incurrido en causal de afectación o de declaración de abandono, podrá interponer recurso de amparo ante el Tribunal Agrario dentro del plazo de quince días computados a partir de la notificación del correspondiente Decreto Supremo de expropiación o de extensión de dominio, exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho, sin cuyo requisito será denegado...*”

A través de esta pretensión, el particular acude al órgano jurisdiccional con la finalidad de que éste realice un control de legalidad de una actuación administrativa, con la particularidad que la competencia del órgano jurisdiccional se limitará a realizar una declaración de nulidad de la actuación administrativa impugnada. Es por ello que en este caso nos encontramos ante una pretensión meramente declarativa (Priori 2006: 122)

Su expansión y su posterior consolidación lo constituyó en un proceso al acto (objetivo) y que por ende su amparo conllevaba a la nulidad del mismo<sup>102</sup>. Correspondía a un proceso al acto y no comprendía la pretensión subjetiva del ciudadano, es decir que la labor resolutoria se agotaba, en el caso de ampararse el pedido, en la mera declaración de nulidad del acto administrativo.

En sus inicios, dado sus orígenes en el sistema francés, el requisito primigenio para este tipo de recursos era la existencia de un acto, lo cual conllevó a un problema en los casos en los que se había consagrado la figura de los silencios administrativos. Esta solución procesal fue creada a fin de solucionar esta inercia, ya que la Administración, conectora que sólo podía ser cuestionada a partir de la emisión de un acto, muchas veces se abstenía de dictarlo, creando así una múltiple afectación a los derechos del ciudadano, razón por la cual se entendió que si transcurría un determinado plazo, se debía otorgar la posibilidad de poder recurrir el acto presunto<sup>103</sup>.

En tal sentido, la primera consideración del silencio estuvo desde su presunción de rechazo o denegatoria, lo cual imponía una ficción procesal ya que el acto no existía. Situación algo disímil se va a configurar con el silencio positivo, en el cual se entiende que ante la inercia de la administración, el pedido del administrado ha sido concedido, con lo cual se tiene, no una ficción procesal sino, un acto presunto. Sin embargo, a lo largo del desarrollo de nuestros sistemas procesales

<sup>102</sup> Al respecto: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R.FERNADEZ. *Op. Cit.*, tomo II, pp. 1527 y siguientes; HUAPAYA TAPIA, R. *Op. Cit.*, p. 262-263 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Discrecionalidad, (...)*, pp. 33-34.

<sup>103</sup> Sobre este punto véase: HUAPAYA TAPIA, R. *Op. Cit.*, pp. 559-560

respecto de las demandas de impugnación o contencioso administrativas, no se ha apreciado mayor dificultad de efectuar la revisión o control de la “denegatoria ficta”. En lo que respecta a nuestro sistema, el proceso de anulación u objetivo, fue el que se estableció a través del Artículo 540° del Código Procesal Civil. Dicha norma disponía: “La demanda contencioso administrativa se interpone contra el acto o resolución de la Administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia”.

Al respecto, la doctrina nacional ha señalado que si bien dicha norma regulaba el proceso de anulación, el derecho a la tutela judicial efectiva, obligaba al juez a considerar la determinación del derecho del ciudadano contenido en el reclamo administrativo, empero, durante la vigencia de dicha norma (1993-2001) no se desarrolló jurisprudencia que respalde tal afirmación<sup>104</sup>. Asimismo, el segundo párrafo del precitado artículo 540 del Código Procesal Civil, resignaba la posibilidad de ejercer un control de toda la actividad administrativa<sup>105</sup>. Sin embargo, dicha posibilidad de mera anulación también se encuentra en la actual norma que regula el proceso contencioso administrativo. Así el inciso 1° del Artículo 5° del TUO de la Ley N° 27584 señala: “En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: 1) La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos”. Norma que es concordante con el inciso 1° del artículo 41° de la misma norma que señala: “La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente: 1) La nulidad, total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado”. Lo novedoso de la nueva legislación nacional, es la posibilidad de adicionar a la pretensión, la posibilidad de declarar o restablecer el derecho conculcado.

<sup>104</sup> Sobre el tema: PRIORI POSADA G. *Op. Cit.*, pp 82-83.

<sup>105</sup> El indicado párrafo señalaba: “Se excluyen aquellos casos en que la ley, expresamente, declara inimpugnable lo resuelto por la autoridad administrativa”.

### 2.3.2.3 Proceso subjetivo o de plena jurisdicción.

A diferencia del proceso de anulación u objetivo, el proceso de plena jurisdicción implica que éste no va girar sólo en torno del acto impugnado, sino que también lo será la pretensión del administrado, como derecho subjetivo que subyace en el pedido o reclamo a la Administración. A decir de 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 en su quehacer respeta los derechos Fundamentales de los ciudadanos” (Espinosa-Saldaña 2006: 401).

Pero en este punto cabe preguntarse qué justifica que un juez pueda arrogarse la facultad de no sólo anular una decisión sino que también tenga la posibilidad de declarar o restablecer el derecho subjetivo de un ciudadano? Tal como se ha esbozado a lo largo del trabajo, esta posibilidad la otorga el principio de tutela judicial efectiva. Este principio sustenta la posibilidad que un juez declare un derecho y no sólo se limite a un reenvío a la Administración como se aprecia del proceso de anulación. Acertadamente Ramón HUAPAYA precisa:

Precisamente, este último derecho fundamental (contenido en el artículo 139.3 de la Constitución), hace que se configure el nuevo sistema de justicia administrativa en función ya no a un modelo “impugnatorio” de actos administrativos, sino a partir de la existencia de un derecho fundamental a que los particulares recurran a los órganos jurisdiccionales con la finalidad de que se resuelvan los conflictos de intereses o incertidumbres con relevancia jurídica. En esa medida, el proceso contencioso-administrativo sirve como instrumento destinado a otorgar tutela judicial a los administrados en sus conflictos de intereses o incertidumbres con relevancia jurídica motivadas en una actuación de una entidad de la Administración Pública (Huapaya 2006: 758).

Así, el pronunciamiento no sólo se circunscribe a la nulidad del acto administrativo, sino que es posible que se pronuncie por el derecho que había sido materia de invocación en sede administrativa, lo cual conlleva a que el Juez pueda

declarar el derecho denegado o restituirlo, pero esta declaración que se sustenta en el derecho a la tutela judicial efectiva, se advierte con más claridad cuando de facultades regladas de la Administración se trata, y cuyos requisitos son plausibles de ser verificadas en sede judicial. En tal sentido, advirtiéndose en sede judicial que los requisitos exigidos por la norma estaban debidamente satisfechos, no se hace necesario el reenvío a la Administración para una nueva evaluación o pronunciamiento, sino que es el Juez quien toma tal función, ordenando que la Administración cumpla con emitir la declaración del derecho conforme a lo establecido en la sentencia dentro de un plazo prudencial, bajo las responsabilidades que determina el artículo 46º del TUO de la Ley N° 27584. Se debe destacar que el artículo 49º califica de nulos los actos contrarios a la sentencia que se dicten con la finalidad de eludir el cumplimiento de éstas. Situación menos clara y determinante se presenta para los casos en los que se juzgue la aplicación de una facultad discrecional, tal como se ha explicado precedentemente.

En el caso peruano a partir de la dación de la citada Ley N° 27584, se ha introducido el proceso de plena jurisdicción. Así el artículo 1º del TUO de la citada norma reza: “La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 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 y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados”(el énfasis es nuestro), artículo que resulta concordante con lo dispuesto en el inciso 2º de su artículo 5º que señala: “En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: 2) El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.” Esta norma se complementa con el inciso 2º del artículo 41º de la citada ley, que contempla la posibilidad que la decisión definitiva contenga el reconocimiento o restablecimiento de la situación jurídica individualizada del ciudadano.

#### 2.3.2.4. Sobre las aparentes incompatibilidades entre ambos procesos.

Lo primero que debemos señalar es que ambos procesos devienen de lo que significaron los recursos de exceso de poder y de plena jurisdicción que se fueron gestando a lo largo del desarrollo de la actividad del Consejo de Estado francés. El recurso de exceso de poder tenía la limitación de tener un efecto nulificante y tenía un carácter eminentemente objetivo, situación que iría superándose con el recurso de plena jurisdicción, pero esto no puede significar la negación de uno frente al otro. Al respecto, muchos sectores de la doctrina han presentado a ambos modelos como sucesivos y a la vez incompatibles y pareciera que eso fuese así. Sin embargo, el carácter sucesivo, es decir que uno apareció primero que el otro, no necesariamente implica que sean contradictorios, sino que se puede apreciar que ambos modelos se completan y complementan para formar un solo proceso. Así, se completan por cuanto permiten la optimización del derecho a la tutela judicial efectiva y se complementan por cuanto, antes de declarar el derecho subjetivo, se hace necesario que se anule la decisión administrativa que contradice tal posibilidad.

Plenamente aplicables a nuestro caso, resulta la reflexión de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ al momento de explicar esta supuesta incongruencia:

En nuestro Derecho no hay dos procesos distintos, uno objetivo y de simple anulación y otro subjetivo y de plena jurisdicción. Hay sólo un único proceso en el que pueden ejercitarse simplemente pretensiones de mera anulación o acompañarse éstas de pretensiones de reconocimiento de derecho y de adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica alterada por el acto recurrido, incluida la de indemnización de daños y perjuicios cuando proceda (art. 42 de la Ley Jurisdiccional) y ello, en principio, a la voluntad del recurrente. Esas pretensiones delimitan el ámbito objetivo del proceso (art. 43.1 de la Ley) y, por tanto, también, el alcance de la sentencia que ponga término al mismo, que puede y, en su caso, debe reconocer la situación jurídica individualizada en que el recurrente se encontraba antes de dictarse el acto recurrido.....(Fernández T. 2006: 108-109).

En tal, sentido, la distinción de ambos procesos no deja de tener un carácter referencial al momento de asumir un proceso en el cual debe de respetarse, como en todos, el derecho a una tutela judicial efectiva, lo cual es en el fondo lo que se pretende de la judicatura. Nuestro sistema no ha tenido los avatares ni vicisitudes del derecho administrativo francés o español, porque anteriormente no se había regulado el contencioso administrativo, por lo que alguna distinción que no tenga en cuenta que ambos modelos se complementan y forman un solo proceso contencioso administrativo como jurisdicción, incurre en un desconocimiento de las alternativas de pretensiones que contiene la propia ley.

#### *2.3.2.5. El proceso contencioso administrativo: un proceso revisor?*

Se ha entendido antiguamente que el proceso contencioso administrativo es un proceso revisor en la medida que debía limitarse a “revisar” el acto impugnado de acuerdo a los antecedentes actuados en sede administrativa. Esta concepción se advierte del propio origen del control de la actuación de la Administración generada en Francia y que llevó a determinar que si bien, judicialmente era posible enjuiciar a la Administración, el juez, sólo podía limitarse a evaluar el acto impugnado y en relación a lo que había sido materia de evaluación. Al respecto, este parece ser un tributo que se pagó por la concesión que implicó la posibilidad de revisión por sobre el principio de separación de poderes, por lo que dicha concesión no podía sobrepasar más límites.

Sin embargo, la superación de una mera visión del proceso contencioso a partir del principio de separación de poderes y su adecuación con el principio de tutela judicial efectiva, hacen posible el complemento del primer proceso de anulación con el proceso subjetivo de plena jurisdicción. Nuestra norma contiene una disposición con elementos de esa antigua concepción del proceso revisor. Así el artículo 30º del TUO de la Ley N° 27584 señala:

En el proceso contencioso administrativo, la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso. En cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios.

Empero, esta disposición nos puede permitir concluir que el proceso contencioso administrativo peruano es uno eminentemente revisor? Al igual que las innecesarias contraposiciones entre el proceso de anulación y de plena jurisdicción, creo que no se requiere hacer una contraposición entre un proceso revisor y uno de plena jurisdicción, sino que debe apreciarse en la dimensión en que ambos procesos se pueden presentar en cada caso.

En efecto, pueden existir casos que son puestos en conocimiento del juez que no requieran de mayor conocimiento de hechos que los que están contenidos en el procedimiento administrativo y que se verifique que la decisión administrativa esté acorde a ley. Esa posibilidad es muy frecuente en el quehacer diario de los Juzgados y Salas que conocen de estos procesos; es decir que actúen como revisores.

Pero, esos no son los únicos casos que se pueden presentar a lo largo de la labor jurisdiccional o mejor dicho, no sólo a estos supuestos es que puede restringirse un proceso contencioso administrativo. La posibilidad de declarar o restablecer una situación jurídica individualizada a fin que, en aplicación de la tutela judicial efectiva, se haga efectivo los derechos subjetivos e intereses del ciudadano, obliga a no limitar o parametrar las facultades del juez. En efecto, estamos pensando por ejemplo en hechos que pueden ser trascendentales para resolver la causa y que aparecen parcialmente actuados en sede administrativo y cuya existencia real vinculan al juez en aplicación del principio de verdad material. En ese supuesto, al juez se le ha otorgado una facultad muy importante que está contenida en el artículo 32º de la mencionada ley. Ésta dispone: “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.”

Como se aprecia esta facultad muy ligada a la verdad material y a los hechos determinantes, permite considerar que no estamos ante un mero proceso de revisión. Así, tal como lo refiere Ramón HUAPAYA: “...el proceso contencioso administrativo...no es una instancia casatoria, nomofiláctica, de mera revisión de formalidades, o de una comprobación de ajustes de la actuación administrativa previa a los imperativos de legalidad...(Huapaya 2006: 485)”

Esta es una verdad a partir de las facultades que le otorga la ley al Juez, en la medida que una demanda implica el pedido de tutela que requiere el ciudadano para salvaguardar o restablecer su derecho. A esto se une el hecho que el proceso contencioso, puede efectuar la evaluación de la actuación material de la Administración no contenida en acto así como que en muchos casos, la actuación procedimental en la instancia administrativa sólo se restringe a los pedidos y recursos presentados por el administrado ya que la Administración en todas las instancias optó por no responder expresamente la petición administrativa.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, haciendo referencia al preámbulo de la Ley Jurisdiccional de 1956 anotan:

...concebir a la Jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia; ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo. La Jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique, dicho sea a título enunciativo, que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración. El proceso ante la Jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación,

sino propiamente, una primera instancia jurisdiccional (García de Enterría y Fernández 2006 : Tomo II – 1532).

Dicho con palabras actuales, no sólo el acto es el condicionante para el inicio del procedimiento contencioso administrativo, sino que lo será principalmente, la petición administrativa (resuelta expresamente o negada fictamente) o la actuación material no sustentada en acto (no se incluye en este análisis el proceso de cumplimiento, el cual se sustenta en acto firme o en mandato legal expreso). Dependerá pues de la necesidad de la tutela judicial efectiva la que determine el uso de las facultades que le otorga la Ley al Juez y la que permitirá ir más allá de la revisión de lo que ha sido materia de actuación en la instancia administrativa. Sin embargo, hablar de un proceso de revisión superado, es no tener presente el diario actuar de los jueces contencioso administrativos y de la multiplicidad de decisiones que no necesariamente se sustenten en los supuestos antes señalados.

#### *2.3.2.6. Algunas distinciones importantes entre el proceso civil y el proceso contencioso administrativo.*

Un aspecto que es sumamente importante precisar es la distinción que debe efectuarse al momento de resolverse una contienda civil y una contenciosa administrativa. No se puede dejar de lado que la Primera Disposición Final del TUO de la Ley N° 27584 dispone la supletoriedad del Código Procesal Civil en los casos no previstos en la citada ley. Sin embargo, podemos preguntarnos si esta disposición puede llevarnos a pensar que el proceso contencioso administrativo es un proceso civil pero con algunas peculiaridades o es que se trata de un proceso autónomo y que para su plenitud está asido de la norma procesal más completa de nuestro ordenamiento procesal.

El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, contiene dos finalidades del proceso civil. Una concreta: Resolver un conflicto de intereses o

eliminar una incertidumbre, ambos de relevancia jurídica y otra abstracta: lograr la paz social en justicia. En cambio, la finalidad del proceso contencioso administrativo, es el de efectuar el control jurídico por parte del Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Detrás de ambas finalidades se denota la diferenciación que corresponde a ambos ordenamientos procesales, es decir la distinción entre derecho privado y derecho público.

Esta distinción no parte de conceptos, sino de los destinatarios a los que se dirige la norma, es esta la idea que ha esbozado José Ramón PARADA VÁSQUEZ, cuando señala:

En efecto, importa insistir en lo dicho sobre que no es la posibilidad de la aplicación en sí, sino el destino de la norma, lo que es decisivo. Normas de Derecho privado son, pues, las que tiene por destinatario a todos los sujetos en general, aunque algunas de ellas sólo puedan ser aplicables a las personas físicas (por ejemplo, las que regulan el nacimiento a las relaciones familiares), y normas de Derecho público, las que presuponen siempre como destinatario al Estado o las Administraciones públicas, como sujetos de Derecho (Parada 1989: 11).

Así, el ordenamiento procesal civil, regula conflictos que en ejercicio de relaciones privadas (provenientes básicamente del ordenamiento civil y comercial) se haya suscitado en la cotidianeidad de la vida en sociedad y cuya relación se sustenta en la igualdad jurídica. El juez es un tercero que ha de ser imparcial e independiente, en la medida que alguna actitud o uso de alguna facultad puede ser tomada como un acto de defensa de una de las partes. La justicia que sustenta este ordenamiento procesal es uno que deviene de la justicia equitativa. Se parte de la presunción que ambas partes actuaron dentro del mercado o de la sociedad de buena fe y en igualdad de condiciones, ejerciendo sus derechos y que luego exigen tutela ante el tercero (Juez) por el incumplimiento de una de ellas.

En el proceso contencioso administrativo, no se aprecia esta presunción, sino lo que se advierte es una relación de subordinación porque el Poder de la Administración no es ajeno a su función y lo que está detrás de un proceso es la denuncia o el reproche de un ciudadano que alega una afectación a su libertad y que esta afectación resulte inaceptable para el derecho. El Estado tiene una superioridad en la relación con el ciudadano, la cual se justifica en la satisfacción de los intereses públicos y por su propio ejercicio de poder público; a esto debe aunarse la presunción de validez que le otorga la ley a todo acto administrativo<sup>106</sup>. En la justicia administrativa se juzga a quien ejerce un poder público, ese poder que le otorga a la Administración la facultad de sancionar e imponer sus decisiones a través de la autotutela y que también le atribuye ejecutoriedad y ejecutividad a sus decisiones.

En su juzgamiento se debe tener en cuenta que el derecho público tiene componentes de una justicia distributiva la cual tiene que ver con la correcta asignación de los bienes dentro de una nación, consecuentemente la Administración no puede ejecutar, en idénticas situaciones, acciones en contra de unos y a favor de otros, porque implica una afectación al propio trato igualitario que le exige la Constitución. En este mismo razonamiento, la norma procesal del contencioso administrativo exige al Juez igualdad en el trato dentro del proceso, sin embargo, no se puede desconocer la relación de poder y subordinación que antecede al proceso. Estas diferenciaciones entre ambos tipos de justicia permiten ir esbozando que la mentalidad de un juez civil no puede ser idéntica a la del Juez contencioso administrativo. Gustavo RADBRUCH ya establecía una diferenciación referida a los tipos de justicia que subyacen, tanto el Derecho privado como en el Derecho Públicos:

Mas no sólo en el concepto del derecho, sino también en la idea del Derecho está puesta la distinción entre derecho público y privado. Si la justicia es o igualitaria o distributiva, es decir, justicia entre equiparados o justicia en las relaciones de

---

<sup>106</sup> El artículo 9° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 señala: “Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.”

subordinación y supraordinación, esto indica que la justicia misma en sus dos sustratos alude ya al derecho público y al privado (Radbruch 1944: 164).

Al margen de aquella distinción, no puede dejarse de lado el hecho que al proceso contencioso administrativo le antecede un procedimiento administrativo previo, en el cual existen privilegios y garantías a favor de la Administración que sólo se dan dentro de la óptica del Derecho Público, justificado éste a partir de la noción del interés público<sup>107</sup>. Así la opción de dictar actos administrativos (con lo que implica la posibilidad de crear, modificar y extinguir de derechos) y tener la oportunidad de ejecutarlos sin requerir de la autorización de un juez, advierte de un privilegio que le impone a la Administración el ejercicio del Poder. A ello se aúna la autotutela que ésta goza, la facultad sancionadora, el privilegio de control posterior, la facultad de anular su propia decisión, la distinción en el trato respecto de los bienes públicos frente a los bienes privados, etc., denotan la posición de subordinación y de disparidad que existe entre los sujetos procesales que integran una relación procesal en un proceso contencioso administrativo.<sup>108</sup>

Esta diferenciación se advierte en la distinción en el tratamiento del principio de congruencia, que, en un caso, se flexibiliza como se aprecia del inciso 2º del Artículo 41º del TUO de la Ley N° 27584, a diferencia de la rigidez que en el proceso civil impone el inciso 6º del artículo 50º del Código Procesal Civil.

Sin embargo, el elemento procesal que más puede distinguir esta diferenciación en el trato es el tema de la prueba en ambos procesos. El proceso civil, como corresponde, deja en libertad a las partes el derecho de ofrecer los medios probatorios que considere necesarios para acreditar su demanda, con las limitaciones de la prueba impertinente o improcedente (artículo 190º del Código

<sup>107</sup> Sobre la trascendencia del interés público presente en el procedimiento administrativo frente a los fines del proceso civil, puede consultarse: CASSAGNE Juan Carlos. 1990 "Acerca de la conexión y diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso civil". *Revista jurídica argentina La Ley*. Buenos Aires. 1990-C, pp. 967-975.

<sup>108</sup> Al respecto ZEGARRA MULANOVICH, Álvaro. *Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*. 2009. Lima. Palestra Editores, pp.218-219.

Procesal Civil). Asimismo, existe la posibilidad que el Juez solicite la actuación de pruebas de oficio, pero esta facultad, nace a partir de medios probatorios ya actuados y ofrecidos pero que dada su informalidad o algún defecto de forma, no le genera convicción, debiendo entender que existe un límite entre generarse convicción y solicitar pruebas que de alguna manera, coadyuven a la obtención de una sentencia favorable. Es así, que es posible que un juez civil pueda reprocharle a la parte que cuestiona su decisión final, la desidia u omisión en ofrecer los medios probatorios que tendiesen a acreditar su demanda.

Empero, en el proceso contencioso administrativo, la situación no implica tal limitación. La tutela judicial efectiva, el principio de verdad material que debe regir el procedimiento administrativo y el mecanismo de control de los hechos determinantes, permiten que el juez, utilizando el artículo 32º del TUO de la Ley Nº 27584, que tiene idéntica fórmula que la de la norma procesal civil, pueda efectuar un requerimiento menos rígido y poder establecer la verdad de la situación fáctica y su posterior subsunción al caso concreto. Así resulta inadmisibles que una decisión judicial que provenga de un proceso contencioso administrativo, pueda reprocharle al administrado alguna omisión al momento de ofrecer sus medios probatorios, como la referida en el párrafo anterior, que impida determinar el derecho contenido en la petición efectuada a nivel administrativo.<sup>109</sup>

Así, el principio dispositivo, se flexibiliza en el proceso contencioso administrativo, y la norma prevé también su dilación en cuanto al principio de congruencia, apreciándose que los principios que sustentan el proceso de plena jurisdicción, permitan una mayor actividad del juez en materia probatoria.

Esto nos lleva a responder que el proceso contencioso es un proceso autónomo que se vale de la norma procesal civil para todo lo que no ha sido regulado, por

---

<sup>109</sup> Al respecto, es importante señalar que en un proceso en el cual se alegaba la afectación a los derechos de petición y de libre acceso al Sistema Nacional de Pensiones, el Tribunal Constitucional peruano, en el fundamento 50.c de la STC Nº 01776-2004-AA/TC, ha reconocido la posibilidad que las entidades encargadas de verificar los requisitos de afiliación, puedan considerar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

cuanto es dicha norma la que ha contemplado todas las figuras jurídicas procesales. Esta es la calidad de supletoriedad del proceso civil, es decir uno que lo complementa pero que no puede entenderse con una relación de dependencia o subordinación. Si recordamos los tipos de Estado analizados en el primer capítulo, advertiríamos que el juez civil es uno que se condice con el Estado liberal y el juez contencioso con un Estado social.

Pero no sólo es su probable vinculación a un tipo de Estado, sino que la posición de un juez civil y uno contencioso administrativo son distintas a partir de las actuaciones que juzgan; esto es por cuanto el primero parte de la presunción de autonomía privada de los particulares y que proviene de una relación horizontal. Esta autonomía es regida por la vinculación negativa a la ley que tienen los particulares frente al Derecho y que permite que el negocio jurídico se desarrolle dentro de un marco jurídico en el cual las partes pueden regular sus obligaciones (la autonomía como posibilidad de regirse por sus propias normas), en base al poder otorgado por la ley y en razón que los derechos e intereses regulables son disponibles.

En el caso del segundo, presupone la necesidad que la Administración haya tenido previamente que justificar su comportamiento. No es la voluntad la que rige la relación, sino la heteronomía en tanto las normas no dependen de la voluntad del ciudadano ni de la Administración, sino de la soberanía del legislador. La vinculación de la Administración con la ley es positiva, por ende existen derechos de los ciudadanos y obligaciones de la Administración predeterminadas que son exigibles y que no son disponibles. Es una relación vertical en donde el Poder está por encima del derecho subjetivo del administrado, justificada por la función vicarial de la Administración de servir al interés público.

Es por eso que la clasificación que se le da al proceso contencioso de juicio crítico parece ser más acertado que entenderlo como un proceso que es parte del derecho privado. La definición de Miguel Ángel GARCÍA DOMÍNGUEZ, es la más

apropiada para nuestra reflexión: “Es correcto llamarle juicio crítico a este proceso porque, como tal nombre indica, se critica la resolución impugnada al afirmar que es discordante con las normas jurídicas aplicables con la que se le contrasta para tal efecto” (García Domínguez 1993: 26).

Este punto, si bien no resulta trascendente para el presente trabajo, puede ayudarnos a plantear la posibilidad de establecer la naturaleza del proceso contencioso administrativo, situación que escapa a su límite e hipótesis.

#### **2.4 SUJECIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA AL CONTROL BASADO EN LA LEY Y EL DERECHO: ASPECTOS QUE ABARCAR.**

Ha quedado establecido en el punto pertinente de este trabajo que la discrecionalidad, como una de las facultades que le otorga la ley a la Administración, es necesaria y tiene sustento constitucional y legal. Su ausencia denotaría la desarticulación de la Administración. Una discrecionalidad administrativa revela la utilización por parte de un funcionario de una subjetividad que se justifica en la finalidad de alcanzar el interés general; pero una subjetividad que no está exenta de un análisis de los estándares que la Ley establece como objetivo a alcanzar con la norma. Luego de establecidos éstos, es que se presenta el momento en que la Administración debe de elegir entre dos o más probabilidades de soluciones posibles.

Qué límite puede considerarse que circunda la libertad que la ley le ha otorgado a la Administración al momento de ejercer una potestad discrecional? Ese límite no puede ser otro que el Derecho. Si una decisión discrecional sobrepasa los márgenes que la juridicidad le otorga, dicho exceso inevitablemente generará un daño en la esfera jurídica de un administrado y como consecuencia de ello, podrá ser calificada como arbitraria. Entonces, lo que convierte a una decisión en arbitraria, esencialmente es su exceso de los márgenes que el propio Derecho le

impone. El Derecho le otorga la facultad discrecional a la Administración, pero también le impone el límite a su ejercicio por lo que no puede dejar de tenerse en cuenta que esta facultad tiene elementos reglados. Así Ronald de Jesús CHACÍN precisa: “La discrecionalidad es otorgada por la ley, existe porque proviene de una norma que le atribuye al funcionario el margen de actuar a su arbitrio según varias opciones; por ello es que la constituye una manifestación del principio de legalidad administrativa. Es decir, la ley prevé la facultad del órgano de actuar discrecionalmente y por ende la competencia del órgano que tiene esta atribución” (Chacín 2005: s/n).

Esta idea justifica que el único control vinculante y concreto es el control jurídico al que hemos aludido y que se ejerce a través del sistema judicialista o a través del sistema de tribunales administrativos, pero con la expresa condición que su labor de control sea estrictamente jurídica, nunca política ni social. Estos últimos, son controles que resultan difusos y su sustento es una acusación de ejercicio inoportuno e ineficaz, pero no se sustenta necesariamente en Derecho; por ende, es un control de la actividad y de su finalidad, pero no de adecuación a un ordenamiento.

Es esta la razón que justifica el control jurídico de la discrecionalidad, pero no para erradicarla, sino para limitarla<sup>110</sup>. Su presencia o posibilidad de introducción en todo el ordenamiento administrativo conlleva a establecer que es omnipresente en toda la administración y que por ello se sujete a los límites del Derecho. Es por eso que la sujeción de la Administración al Derecho y a la ley, implica una doble vertiente a establecerse. En primer lugar por cuanto la Administración sometida al Derecho significa que ésta también está regida por los principios, y los mismos son aplicables de manera preferente al momento de controlar la Administración y en cuanto a su sujeción a la Ley, denota la obligación de aplicar las disposiciones

---

<sup>110</sup> “Pero el control jurídico, precisamente por ser un control objetivado, la limitación no resulta, como en el control político, de un choque de voluntades, sino de una norma abstracta, y el órgano de control no es un órgano limitante sino actualizador de una limitación preestablecida, ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano limitado.” ARAGÓN Manuel. *Op. Cit.*, p. 84.

o reglas expresas que de manera taxativa se han expedido para establecer beneficios, derechos y obligaciones, siendo aplicable a estos casos mayoritariamente las facultades regladas de la Administración. Es así que la discrecionalidad, teniendo su origen en el principio de legalidad, ya que será el ordenamiento el que otorgue tal facultad, también tendrá su límite en dicho ordenamiento, por ende su ejercicio resulta plausible de un control jurídico, pero con ciertas peculiaridades que se explicarán más adelante. Con relación a este punto GARCÍA DE ENTERRÍA precisa: “La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en e todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos” (García de Enterría 1983: 25).

Pero para efectos del presente trabajo, importa dejar en claro que la sujeción de la Administración al Derecho implica su sujeción no sólo a las normas, sino a los principios, y que en dicha sujeción se encuentra la discrecionalidad. La forma de ejercer su control, es a través de la actividad que justamente le otorgó tal facultad: el Derecho y que dicho control abarca toda la Administración en general, por cuanto el principio de interdicción de la arbitrariedad, así lo impone. Oportuna es la afirmación de Manuel ATIENZA cuando señala:

No me parece por eso exagerado, considerar que la interdicción de la arbitrariedad ha de ser el punto de partida para el tratamiento de la discrecionalidad administrativa y que ese principio goza, al menos, de una especie de prioridad prima facie lo que, naturalmente significa que no tiene carácter absoluto: puede ser “derrotado” en un caso concreto por una conjunción de principios y reglas que ejerzan un mayor “peso” en sentido contrario, pero quien pretenda esto último asume la carga de la argumentación (Atienza 1974-1998: séptima pág).

Nos interesa de sobre manera establecer en nuestro caso, la intensidad del control y su presencia en todos los estamentos administrativos, lo cual nos permite tener el presupuesto para el cumplimiento de dos finalidades que subyacen al control, la primera es la interdicción de la arbitrariedad y la segunda

el respeto a los derechos subjetivos de los ciudadanos, el cual se ejerce a través de la tutela judicial efectiva.

Para lograr este cometido, a lo largo de la historia se han creado o ingeniado técnicas de control de la discrecionalidad que han marcado un desarrollo importante, sobre todo en los países de la Europa continental, llámese, Francia, Alemania, España, Italia y Portugal (de los más conocidos) y que desarrollaremos de manera siguiente, pero que han sido ideados con el propósito de poder efectuar el control que la Constitución otorga, ya sea a los jueces independientes, o a los órganos administrativos, encargados de aplicar justicia administrativa.

#### 2.4.1. Antecedentes sobre el control de la discrecionalidad en el Perú.

Establecer los antecedentes del contencioso administrativo no significa que en el mismo antecedente se pueda comprender el caso del control de la discrecionalidad de la Administración. Pese a que a partir del año 1967 existía una ley del procedimiento administrativo general, y que a partir del año 1979 se reconocía la posibilidad de recurrir en sede judicial una resolución administrativa, no es sino hasta el año 1993 (Código Procesal Civil) que se establece un mecanismo para ello. Hasta antes de esa fecha, los procesos eran conocidos indistintamente a través de la justicia constitucional o en el fuero civil, entendiendo al acto administrativo como una versión del acto jurídico. Sin embargo, en doctrina comparada existe desde hace algún tiempo, una clara distinción entre actos administrativos y actos jurídicos. Al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, se han encargado de enfatizar la diferencia existente entre ambos<sup>111</sup>. De igual forma, en cuanto a su invalidez, si bien se reconocen que tal figura es patrimonio común de la ciencia jurídica, también se encargan de establecer que en el Derecho Administrativo, existen diferencias en cuanto a su invalidez por las peculiaridades de los elementos del acto administrativo y por

<sup>111</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R. FERNANDEZ. *Op. Cit.*, tomo I, pp. 585 y siguientes.

cuanto la finalidad sólo puede ser la que ha predeterminado la ley. Pese a esa clara diferencia, llama la atención lo resuelto en la Ejecutoria AV. N° 133-2001, dictada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Perú), la cual, en su tercer considerando, pareciera indicar que ambos (acto jurídico y acto administrativo) tienen unas mismas causas de invalidez, tomando un pasaje puntual del texto de los autores antes citados, no apreciando la totalidad del contexto que encerraban sus ideas<sup>112</sup>. Esto se puede explicar por la especialidad de la Sala que la emitió.

Este lento y tardío devenir de la normativa es la que pareciera haber limitado el desarrollo del control de la discrecionalidad, más aún si la legislación antecesora no contemplaba supuestos de plena jurisdicción y también por cuanto no se había desarrollado una cultura del control de la Administración ya que, como si lo está en el caso español, no hemos alcanzado a consagrar textualmente en nuestro ordenamiento constitucional el principio de interdicción de la arbitrariedad, la cual está tan cercana a la discrecionalidad. En materia de Ejecutorias Supremas, no se ha establecido criterios de la citada interdicción, siendo muy puntales los casos en los que la Corte Suprema ha tratado de emitir un pronunciamiento utilizando las técnicas de control de la discrecionalidad.<sup>113</sup>

Pero ese no es el caso del Tribunal Constitucional peruano. En interpretación de los derechos constitucionales implícitos ha logrado incluir, como parte del ordenamiento, principios que no se encuentran expresamente en la Constitución,

---

<sup>112</sup> El citado argumento reza: “Se aprecia que, la pretensión principal contenida en la demanda, busca la declaratoria de invalidez e ineficacia de una resolución administrativa, siendo que la teoría de la invalidez de los actos jurídicos es en la actualidad patrimonio común de la ciencia jurídica, en cuanto esquema de conceptos de teoría general del derecho, bien que esta teoría general se haya construido y se siga construyendo fundamentalmente sobre las técnicas y conceptos del Derecho Civil (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández.....)”

<sup>113</sup> Al respecto en TAMAYO YÁÑEZ, Sergio. *Conceptos Jurídicos Indeterminados e Interpretación Constitucional*, p. 93, se da cuenta de un caso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad.

pero que en aplicación de su artículo tercero<sup>114</sup> deben entenderse implícitos en el ordenamiento.

En el desarrollo de esta función de interpretación e integración del sistema jurídico nacional, el Tribunal ha dictado la STC N° 090-2004-AA/TC, en la cual, por primera vez, se hizo un análisis completo del significado de la discrecionalidad, su intensidad y los tipos de discrecionalidad que se reconocen de acuerdo a la materia que regula, analizando también lo que se conoce como conceptos jurídicos indeterminados. Valiéndose de doctrina extranjera (eminente española) y de pronunciamientos del Tribunal Constitucional colombiano, ha establecido lo que implica la arbitrariedad y su contradicción con el Estado de Derecho, determinando que los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno, han vedado las decisiones arbitrarias. Posteriormente, de manera específica, en la STC N° 1803-2004-AA/TC el Tribunal en el fundamento 14º precisó:

De este modo, aunque no explícitamente, al reconocer la Constitución en su artículo 3º, así como en el artículo 43º, el Estado democrático y social de derecho, ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta y así ha puesto un límite infranqueable para todo poder público.

Es importante señalar que si bien desde hacía muchos años atrás, el Tribunal Constitucional peruano ya invocaba el principio de interdicción de la arbitrariedad (STC N° 766-1998 por ejemplo), es con la decisión emitida a raíz de la facultad discrecional antes mencionada, que se puede establecer de manera precisa su inclusión como parte del ordenamiento nacional

Estos son los antecedentes más importantes sobre la interdicción de la arbitrariedad dictado de manera sistematizada, en el cual se ha evaluado de manera integral su significado y la responsabilidad que implica a un funcionario el

---

<sup>114</sup> El artículo en mención señala: *“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”*.

aplicar la discrecionalidad al momento de evaluar el derecho subjetivo de un ciudadano.

Lo señalado nos muestra de manera muy sucinta los antecedentes que existen, en primer lugar, del proceso contencioso administrativo y en segundo lugar del trato que ha tenido la discrecionalidad a nivel jurisprudencial. Posteriormente veremos que con relación al proceso contencioso administrativo, hemos tenido una integración que se ha producido en el 2001, año en el que se integró al proceso de impugnación de resolución administrativa, el proceso de plena jurisdicción sustentado en el principio de tutela judicial efectiva.

#### 2.4.2.- Técnicas de control de la discrecionalidad.

La historia del control de la Administración se encuentra ligada a las técnicas que a través del tiempo se han ido generando. Se iniciaron con el desarrollo del Consejo de Estado francés. Antes de 1872, el Consejo de Estado, mantenía una función consultiva quedando en manos de la propia Administración la capacidad de decisión, sin embargo, eso no fue impedimento para el nacimiento del recurso exceso de poder (*excés de pouvoir*) sustentado en el principio de separación de poderes decretado a partir de 1790. Así, la justicia retenida que se había establecido a partir del año 1799 mediante la cual el Consejo de Estado tenía función consultiva, quedando en manos de los cónsules el poder de decisión, cambia radicalmente cuando se establece, a partir de 1872, la justicia delegada, la cual encargó efectuar el control al propio Consejo de Estado, teniendo el mismo trato y jerarquía que las decisiones emanadas del Poder Judicial. La historia y antecedentes de las técnicas de control de la discrecionalidad, no es más que las que han determinado el desarrollo del “exceso de poder” y el “recurso de plena jurisdicción.”<sup>115</sup> Brevemente reseñaremos esta idea.

---

<sup>115</sup> Al respecto: ESTEBAN, Elisabeth y ESTEBAN Phillipe. 2007 “El concepto de exceso de poder en el Derecho administrativo francés; apología y decadencia de un mito jurídico-lingüístico”

Los conceptos y las técnicas del derecho administrativo francés se han labrado, sobre todo de los pronunciamientos que ha ido emitiendo el Consejo de Estado y a partir de los cuales se han ido extrayendo definiciones y tendencias de las técnicas de control de la discrecionalidad. Es a partir de la sentencia del 18 de Noviembre de 1818 – sentencia Egret-Thomassin -que la definición del exceso de poder se va tornando algo más clara. En aquella sentencia se entendió que el exceso de poder estaba ligado a la competencia de la Administración para decidir sobre un asunto asumiéndose que en caso se incurriese en tal falta, la consecuencia era la anulación. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA al reseñar su origen señala: “El recurso de *excés de pouvoir* no se articuló como un proceso entre partes, que pugna cada una por asegurar sus propias situaciones jurídicas subjetivas” (García de Enterría 2000: 47). Era un proceso de anulación que se generaba como una forma que tenía la Administración de corregirse, es decir que el ciudadano cumplía una función de delatador de la falla del sistema. El concepto va desarrollándose y pronto se va a entender que el exceso de poder también va a corresponder a un vicio grave de forma y así, partir de 1852, se amplía esta visión entendiéndose que existía exceso de poder, además de los cuestionamientos de forma, cuando se infringía o violaba la ley. Si bien no existía una claridad en lo que podía significar tal causal, la jurisprudencia administrativa francesa se fue encargando de estructurarla.

La trascendencia para la evolución del proceso contencioso administrativo es reconocida por la historia de la justicia administrativa, tal como lo establece Giovanni PRIORI al sostener:

En ese sentido, la trascendencia del estudio de las pretensiones en el proceso contencioso administrativo se debe a que el proceso contencioso administrativo ha sufrido un importantísimo desarrollo en su concepción, pues se ha pasado de un proceso en el cual sólo era posible que el órgano jurisdiccional realice una revisión de legalidad del acto, como expresión del sistema francés de “exceso de poder”, a

---

*Revista de Lengua y Dret* – Número 47 – Junio 2007. Consulta: el 20 de julio de 2010. <http://vlex.com/vid/exceso-frances-apologia-decadencia-mito-66990958>.

un proceso contencioso que brinda una efectiva tutela a las situaciones jurídicas, la misma que va mucho más allá del solo control de legalidad del acto administrativo (Priori 2006:124).

Consecuentemente, se puede determinar que esta técnica ha significado el origen del contencioso administrativo de nulidad y la evolución de sus alcances han determinado la posterior prolijidad que se ha alcanzado para el efectivo control de la facultad discrecional.

Posteriormente se produjo la evolución así como la inclusión de mayores alcances en el concepto de exceso de poder, entendiéndose también a los errores “manifiestos” en dicha causal, lo cual se logra recién en 1962, cuando se anuló una decisión por error manifiesto de apreciación. Este error de apreciación provino del ámbito disciplinario de la Administración y en cuya decisión se señaló que el error manifiesto se presentaba cuando la sanción no estaba proporcionada con la gravedad de la falta. Al respecto Pierre SUBRA DE BIEUSSES señala: “Ahora bien, a partir de los años sesenta [...], la jurisprudencia va añadir a estos elementos clásicos del control de la potestad discrecional la exigencia de que la decisión administrativa no se encuentre viciada por un error manifiesto de apreciación” (Subra de Bieusses 1994: 43-44). Se trata de una técnica que no se relaciona con la libertad *per se* que la ley le otorga a la Administración sino de la apreciación de los hechos que denoten un error que sea determinante y que sea el origen de una arbitrariedad. No todo error podrá ser el que genere la anulación de una decisión discrecional a través de esta técnica, sino la que corresponda a un error de trascendencia.

La técnica de control de los hechos determinantes se establece a partir de la correcta apreciación de la realidad que debe de efectuar la Administración la cual debe de preponderar frente a la evaluación política. “Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra” (García de Enterría 2004: 40). Esta valoración de la realidad sólo puede ser una, ya que

un determinado hecho o situación tiene una objetividad que no puede ser comprendida dentro de una facultad discrecional<sup>116</sup>. Esta posibilidad de apreciar la realidad respecto de aquella objetividad, permite establecer cuándo la Administración puede utilizar esta última con fines no regulares, ya que la valoración de los hechos y de la realidad sólo puede determinarse en un solo sentido, de allí que a través de esta técnica se puede lograr el sometimiento de la Administración al derecho.

Otro instrumento de control se aprecia en materia expropiatoria. En dicho ámbito se ha llegado a considerar que las consecuencias de una expropiación no resultan excesivas frente al interés individual, en la medida que el daño se justifica en aras del interés público, conociéndose dicha técnica como la “teoría del balance” o “coste-beneficio”. Evidentemente que el análisis concreto que corresponde efectuar se debe establecer cuán justificado está la decisión de expropiar y en qué medida el interés público respalda la dimensión de tal actuación. Esta técnica constituye una evaluación ligada con la justificación que tiene una decisión evaluada a partir de la proporcionalidad que debe existir entre el utilidad pública y los costos económicos que ésta puede generar. Así, “(..) el Consejo enjuiciaba si una determinada operación urbanística ,merece o no ser calificada de utilidad pública, ponderando sus ventajas, e inconvenientes económicos y sociales en relación con los intereses privados afectados” (Beltrán de Felipe 1995: 86). Esta técnica será luego comprendida en el principio de proporcionalidad que ha desarrollado el derecho administrativo, y cuya finalidad es la establecer tal congruencia. Al respecto, Diego ZEGARRA, refiriéndose a la técnica de control de proporcionalidad señala: “De lo que se trata es de comprobar que la decisión de la Administración no tiene tantas desventaja que no compensan las ventajas que la satisfacción del fin procura” (Zegarria 2006: 59).

---

<sup>116</sup> “[...] sin embargo, este control se extiende también a la apreciación o valoración que la Administración lleva a cabo de esos hechos, es decir, lo que se controla es la apreciación realizada por la Administración, la congruencia o coherencia lógica con la decisión adoptada con la realidad existente”. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Control Judicial de la discrecionalidad.....” pp-57-58.

Un aspecto muy desarrollado y que ha servido de mucho a la doctrina francesa y también a la española ha sido el recurso de “desviación de poder”. Éste ha sido considerado, con el paso del tiempo, como una forma de incurrir en exceso de poder, entendiendo que se presenta tal cuando, en uso de las facultades discrecionales, se dispone una medida que no corresponde a la finalidad de la norma que la generó. Es decir que no sólo basta que la ley faculte el uso de la discrecionalidad a la Administración, sino que ésta deberá ejercerla respetando la finalidad de la norma que la autoriza. Así “(...) constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico” (Fernández 2006: 221). Es pues la congruencia entre la medida y su finalidad la que determinará la validez de la decisión, caso contrario resulta plausible su anulación.

Un caso distinto fue el del recurso de plena jurisdicción el cual fue autónomo del recurso de exceso de poder. Se desarrolló a partir del siglo XIX, y es a través del cual se buscó proteger un derecho subjetivo del ciudadano, por lo que no sólo contiene el carácter anulatorio del exceso de poder, sino la probable declaración del derecho del administrado y que sin duda ha contribuido a desarrollar una cultura de control que ha irradiado a muchos países de tradición romano-germánica. No cabe duda que el recurso de plena jurisdicción ha significado el avance que hoy celebramos en nuestras legislaciones como los procesos de plena jurisdicción, con lo cual se ha obtenido un valioso instrumento para conjugar el principio de separación de poderes y el de tutela judicial efectiva. Ha sido esa posibilidad de declarar el derecho subjetivo, evitando el reenvío a la Administración lo que ha caracterizado a esta técnica. “Al contrario de España, en Francia, a partir del siglo XIX, el recurso de plena jurisdicción se desvela claramente como un tipo de recurso autónomo del recurso por exceso de poder, complicando así su admisibilidad de la demanda del particular. En efecto, tanto su admisibilidad como su objeto tienden a proteger un derecho subjetivo del recurrente” (Esteban Elisabeth y Philippe Esteban 2007 s/n).

Estos son los antecedentes principales de las técnicas de control de la discrecionalidad a la cual se le va a unir la técnica alemana de los Conceptos Jurídicos indeterminados y su posibilidad de reducción a cero de la discrecionalidad. Sobre los conceptos jurídicos indeterminados, se ha efectuado un análisis en el capítulo primero (punto 1.3) en el cual se ha establecido su concepto así como su diferencia con la facultad discrecional estableciéndose que los conceptos jurídicos indeterminados están ligados a la ambigüedad del lenguaje y no al ámbito de libertad de la Administración por lo que su control a través de una correcta apreciación de tal distinción sí es posible<sup>117</sup>. Estos antecedentes han alimentado a la doctrina comparada y hoy son de mucho desarrollo en jurisprudencia alemana y española. Su utilización, ha sido un instrumento para los jueces tendiente a eliminar la arbitrariedad, aunque actualmente el principio de proporcionalidad, que se verá más adelante, ha absorbido algunas de estas técnicas, pero que resultan ilustrativas para entender el actual panorama en lo que a este punto concierne. En efecto, el principio de proporcionalidad, ha pasado a tomar una posición preponderante al momento de analizar las medidas de la Administración que provienen de su facultad discrecional sobre todo cuando el juzgamiento se efectúa en sede constitucional, instancia en la cual se evalúa la debida motivación así como la razonabilidad de la decisión y su proporcionalidad a partir de su necesidad, de su idoneidad y de su proporcionalidad propiamente dicha. Sobre la motivación y la proporcionalidad, éstos serán analizados seguidamente.

---

<sup>117</sup> “Pues bien, en el Derecho público estos conceptos jurídicos indeterminados son también perfectamente habituales y normales, con idénticos contornos técnicos; un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que hace aplicar la Administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, ley (...)*. Pág. 43-44

## 2.5 PRECISIONES CONCEPTUALES.

### 2.5.1 El control de la discrecionalidad administrativa.

Nuestro proceso contencioso administrativo, apenas ha cumplido 11 años y de lo que hemos expuesto sobre los antecedentes del control de la Administración en nuestro país, no existe mayores elementos que nos puedan indicar que en la jurisprudencia nacional se haya hecho uso las técnicas de control – especialmente- de la discrecionalidad, como las que hemos explicado previamente, y que tienen un desarrollo no sólo en el tiempo, sino en la casuística que exigía a la imaginación, maneras de poder someter a la Administración al Derecho y a la ley.

Un elemento esencial para alcanzar eficiencia en el control de la discrecionalidad está referido a su debida identificación dentro del proceso. Este es el primer elemento que debe determinar un juez al momento de resolver una causa contencioso administrativa: Determinar si se está o no frente a una facultad discrecional que, como veremos más adelante, en la jurisprudencia nacional, parece ser una tarea que aún no se cumple a cabalidad. Esta determinación efectuada por el juez, conllevará a plantearse que toda potestad discrecional, contiene elementos reglados que justamente posibilitan el ejercicio de esa discrecionalidad. Este es un primer elemento a verificar al momento de realizar el control de una facultad discrecional.

Este hecho nos lleva a analizar la técnica de la *desviación de poder* que previamente habíamos mencionado y que se generó dentro de la técnica francesa del exceso de poder. La desviación de poder está relacionada con la incongruencia que existe entre la decisión adoptada y la finalidad que persigue la norma. La definición de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, tomada de la Ley de de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa refiere: “Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el

ordenamiento jurídico” (Fernández, T. 2006: 221). El ejercicio de esta técnica obliga a determinar si el acto administrativo adoptado en mérito a una facultad discrecional, implica que éste ha sido adoptado teniéndose en cuenta la finalidad que persigue la norma, es decir que tiende a cumplir su cometido. Un ejemplo de estos casos, es el que se puede presentar en un concurso público de méritos, en el cual, lo que se tiende a lograr es obtener la contratación del concursante mejor calificado. En tal sentido, ese será un elemento que debe corresponder con la decisión discrecional al elegir a dos o más candidatos que estén en iguales condiciones de puntaje, pero que sin embargo, alguno de ambos tenga una cualidad adicional que permita considerar que su elección alcanzará la finalidad del concurso. Esta es una técnica de un desarrollo muy antiguo,<sup>118</sup> y actualmente se encuentra contenido en técnicas derivadas del derecho constitucional, como lo es el principio de proporcionalidad.

Otro momento importante para el control de la discrecionalidad ha sido la diferenciación que logró la doctrina alemana entre los *Conceptos Jurídicos Indeterminados* y la discrecionalidad propiamente dicha. Este logro de la doctrina llevó al entusiasmo de pensar que se había llegado a la reducción de la discrecionalidad a niveles que harían posible su control absoluto, pero pronto se tuvo que dejar de lado esa idea<sup>119</sup>. Ya hemos explicado lo que significan los conceptos jurídicos indeterminados y cuál es su diferencia con la discrecionalidad (Capítulo 1 – Punto 1.3). Antes de establecerse aquella diferencia se consideraba

---

<sup>118</sup> Importante dato es saber que esta técnica fue establecida por el Consejo de Estado francés en el *arrêt Lesbats* del 25 de febrero de 1864. FERNÁNDEZ, T.R. *Discrecionalidad (...)*, p. 221.

<sup>119</sup> “Este importante desarrollo de los instrumentos de control judicial (principios jurídicos, proporcionalidad, conceptos indeterminados, igualdad, confianza legítima etc) fue acompañada, cuando no impulsado, por un movimiento doctrinal que, esencialmente basado en la teoría alemana de los conceptos jurídicos indeterminados, propugnó la práctica desaparición de la idea tradicional de discrecionalidad y en cualquier caso su sometimiento a un control casi absoluto por parte de los tribunales. Y en la presente década se ha producido una reacción por parte de algunos autores que precisamente denuncian los presuntos excesos judicialistas anteriores, reacción similar a la ocurrida en Alemania en los setenta y últimamente en los Estados Unidos de Norteamérica. Se trata de uno de los movimientos pendulares o de vaivén tan típicos en el Derecho público y que es nuestro país ha desembocado en un debate doctrinal acerca de la intensidad y los límites del control jurisdiccional de la Administración”. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Op. Cit.*, pp. 61-62.

que los conceptos jurídicos indeterminados o mejor dicho, su determinación correspondían a un aspecto discrecional de la Administración, lo cual no es así y a partir de lo cual ha permitido determinar algunas arbitrariedades que se habían llevado a cabo en aplicación de tal confusión. Sin embargo, luego se pudo determinar que la ambigüedad del lenguaje no correspondía a un ámbito de libertad que la ley le otorgaba a la Administración, sino a un problema del lenguaje que correspondía ser determinado en cada caso concreto, con lo cual se ha establecido una forma de controlar la discrecionalidad de la Administración.

Otro aspecto que ha contribuido al control de la discrecionalidad, es el que proviene del supuesto fáctico que contienen las facultades discrecionales de la Administración. Es conocido como el control de los *hechos determinantes*. Se origina del supuesto de hecho que precede a la posibilidad de aplicar la facultad discrecional: los hechos que determinan que dicha facultad pueda ser ejercida y para lo cual se requiere que en la realidad el hecho “acontezca” de manera indubitable, ya que la realidad no puede ser materia de interpretación. Sí es posible valorarla, más no es posible que ésta esté indeterminada. Este control, permite develar que la discrecionalidad puede estar sustentada en situaciones que no la justifican y que por ende no se estaba en capacidad de ejercerla. Sobre este control, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, señala:

Toda potestad discrecional se apoya en una realidad que funciona como supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se trata....Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho y ocurre que la realidad es siempre una, no puede ser y no ser al mismo tiempo. La valoración política de la realidad, podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no, ya no puede ser objeto de una facultad discrecional...precisamente en el control de la realidad de los hechos determinantes radica una de las posibilidades más eficaces de control judicial de las potestades discrecionales (García de Enterría 2004: 40-41).

Si los hechos existen, es posible que sean valorados a través de la facultad discrecional de la Administración, pero no le es permitido a la Administración

crearlos o distorsionarlos, porque esta situación denotaría una antojadiza adecuación de los hechos que en realidad no existen, situación que se convierte en una arbitrariedad. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, toma como referencia a una Ejecutoria del Tribunal Supremo español la cual reza: “En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes, que en su existencia y característica escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración” (Fernández, T. 2006: 58).

Otro aspecto que conlleva un control de la discrecionalidad, está dado por la manera cómo se ejerce la discrecionalidad y es el que se determina a través de los *Principios Generales del Derecho*. La ya analizada vinculación –positiva- de la Administración al principio de legalidad no puede implicar una vinculación estrictamente legal, sino que la misma proviene de todo el sistema jurídico, es decir del Derecho. Desde la superación de la apreciación de la validez de la norma a través de su aspecto formal que se limitaba a verificarla a partir del cumplimiento de los procedimientos para su creación, a la incorporación de una visión material de la validez es decir de su contenido, es que se ha establecido la necesidad que el ordenamiento sea apreciado en un contexto de plenitud, en el cual los principios juegan un papel de informantes de todo el ordenamiento.

Así, son estos principios los que imponen una barrera a la posibilidad que la decisión discrecional incurra en arbitrariedad. Una decisión que se condice con el ordenamiento en general puede ser considerada como razonable en la medida que es el ordenamiento, en su conjunto, el que estandariza los fundamentos en los que deben sustentar sus decisiones los agentes jurídicos con capacidad de decisión. La vinculación y sujeción al Derecho, obliga a la Administración a aplicar los principios generales del derecho al momento de hacer uso de la facultad discrecional, incluso el Tribunal Constitucional peruano ha emitido una decisión que obliga a los tribunales administrativos con competencia nacional a aplicar controles de constitucionalidad (control difuso) en las decisiones

administrativas<sup>120</sup>. Al respecto, actualmente tanto el Tribunal Fiscal como los Tribunales del INDECOPI, están ejerciendo de manera muy peculiar esta facultad<sup>121</sup>, pero este ejemplo no se advierte en todos los estamentos administrativos debido a la aún fuerte vinculación positiva de la Administración a la ley, pero sobre todo por su sujeción al principio de legalidad presupuestaria, que son formidables en nuestro sistema administrativo.

Una técnica que tuvo mucha acogida por la doctrina, sobre todo en el tema urbanístico y expropiatorio, ha sido la denominada *costes-beneficio*. Esta técnica se consolida a través de la sentencia del Consejo de Estado que proviene del caso *Ville Nouvelle Est* dictada en el año 1971, y que provino de un proyecto urbanístico que pretendía la edificación de una ciudad universitaria y de una nueva ciudad la cual proyectaba la destrucción de una gran cantidad de viviendas para la construcción de la autopista planificada, lo cual se podía evitar si se proponía un proyecto distinto para la citada vía. Al respecto el Consejo de Estado consideró que no podía entenderse que la obra era de utilidad pública, si los atentados contra la propiedad privada, los costos financieros y los inconvenientes sociales, resultaban excesivos en relación al interés que la operación representa<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 3741-2004-AA/TC.

<sup>121</sup> En el caso del Tribunal Fiscal a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional N° 3741-2004 AA/TC y 0041-2004-AI/TC en la cual en el fundamento jurídico 63 se hizo una mención expresa al citado tribunal administrativo, éste ha pasado a efectuar el control de las Ordenanzas Municipales emitidas con relación a los arbitrios municipales. No se señala de manera expresa que se está efectuando dicho control, pero sí se efectúa un control de dichas normas con rango de ley, cuya adecuación es establecida conforme a lo estipulado por el Tribunal Constitucional. Al respecto, puede verificarse el Acuerdo de Sala Plena N° 2005-33 y las Resoluciones del Tribunal Fiscal N° 4248-5-2007, 0003-5-2007, 01034-2-2006, 3431-5-2005, 04891-7-2009 etc.

En el caso del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, el control de adecuación de normas se advierte a partir de la facultad de determinar las barreras burocráticas que impiden u obstaculizan el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, el cual se encuentra previsto en el artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868. Asimismo, el análisis de adecuación que implica el control difuso, es efectuado por dicha entidad en temas concursales, como por ejemplo el esbozado en la Resolución N° 1213-2009/SC1-INDECOPI, en la cual, si bien no estableció la contravención a la Constitución, se aprecia un razonamiento proveniente del mandato del Tribunal Constitucional.

<sup>122</sup> Al respecto SUBRA DE BIEUSSES, Pierre, “La potestad discrecional” 1994. *Documentación Administrativa. Instituto Nacional de Administración Pública*. Madrid. N° 39 Julio-septiembre 1994, pp. 62 y siguientes y BREWER-CARÍAS, Allan R. “La técnica de los conceptos

Esta técnica, como se ha mencionado, tiene hasta ahora un solo campo de aplicación como son el que corresponde al tema urbanístico y expropiatorio por lo que la presente mención sólo es referencial por cuanto, en nuestro caso, el tema expropiatorio y urbanístico, no es un tema recurrente y conforme lo veremos, existe una técnica constitucional que ha absorbido, muchas de las ideas que sustenta las formas de control de la discrecionalidad antes mencionadas.

#### 2.5.2.- Importancia de la sujeción de la discrecionalidad al derecho.

Conforme lo hemos referido, una de las facultades de la Administración en la que puede efectuar un ejercicio de su actividad con mayor libertad es la discrecionalidad. Ésta, tal como lo hemos referido, es aquella actividad en la cual cuenta con un margen de libertad para decidir entre dos o más alternativas igualmente posibles y lícitas.”La posibilidad o libertad de elección diferencia a la discrecionalidad de otras manifestaciones o habilitaciones normativas como los conceptos jurídicos indeterminados [...]” (Beltrán de Felipe 1995: 38). Su utilidad resulta esencial para el normal desarrollo de la actividad de la Administración. Ahora bien, no cabe duda que en el campo que mayor discrecionalidad se puede apreciar en los actos propios de la Administración, esto en razón que tales decisiones tendientes al desarrollo de la actividad del aparato público, son cotidianas y requieren de las decisiones oportunas del funcionario. Su control corresponderá a los organismos internos que determinarán la correcta utilización de los bienes del Estado y la oportuna decisión de quien detenta su dirección.

Sin embargo, la Administración no sólo tiene bajo dominio el manejo de su actividad. La función vicarial es la razón de ser de la Administración y su función de actuación a favor de los demás teniendo como finalidad el interés general, ha marcado su concreción, sobre todo a partir del establecimiento del Estado Social

---

jurídicos indeterminados como mecanismos de control judicial de la actividad administrativa.” Consulta: 29 de Julio de 2010. <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20491.%20Conceptos%20jur%C3%ADdicos%20indeterminados%5B1%5D%20%2016-02-05.pdf>..Págs 18 y siguientes.

de Derecho así como del arribo del Estado Constitucional de Derecho. Es en ejercicio de dicha función que se genera su vinculación con los ciudadanos y lo que ha determinado la posibilidad que la Administración emita decisiones cuyos efectos afectan o inciden en los derechos subjetivos de los ciudadanos y a los cuales se les denomina actos administrativos. Es en el ejercicio de tal facultad que la norma autoriza a la Administración el uso de la discrecionalidad. Así, esa libertad, con incidencia en los derechos de los ciudadanos, es la que se convertirá en materia de controversia sobre lo que en realidad ésta constituye. Tal como hemos referido precedentemente, la discrecionalidad, en sus inicios aparecía como una libertad que no podía ser plausible de control, esto en mérito a que se consideraba que la ley expresaba esa voluntad de libertad a favor de quien detentaba el poder. Posteriormente se ha podido determinar que la discrecionalidad tiene elementos reglados como son su existencia, extensión, competencia y finalidad, consecuentemente sí es posible someter a control tal facultad. Otro momento que corroboró esta posibilidad se produjo cuando se determinó la diferencia entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados cuyos concepto, alcance y diferencias con la discrecionalidad han sido analizados anteriormente.

Este desarrollo ha conllevado a un enorme avance de lo que ha constituido el principio de interdicción de la arbitrariedad. La importancia del control de la discrecionalidad se genera en razón que, estableciéndosele límites a tal facultad, es posible limitar el despotismo y el abuso del poder. Uno de los hechos históricos que ha determinado el desarrollo del derecho es la Segunda Guerra Mundial y es a partir de su culminación que se ha generado en Europa lo que hoy conocemos como el constitucionalismo. A partir de tal movimiento, las decisiones, tanto de los tribunales constitucionales como de las máximas instancias judiciales, se han sustentado en razones superiores que han vencido la fuerza de la ley. Esta inclusión de los principios como parte normativa de la constitución ha traído, como una de sus consecuencias, el avance del principio de interdicción de la arbitrariedad. “La naturaleza de las cosas [...] sobre la que llamó lúcida la

atención GARCÍA DE ENTERRÍA, al perfilar hace ya más de treinta años el principio de interdicción de arbitrariedad que hoy recoge el artículo 9 de la Constitución [...]” (Fernández 2006: 168-169).

Este desarrollo somete a toda la actividad de la función administrativa al derecho y a la ley y por ende a sujetar su actuar dentro de los parámetros que la normatividad le establece. La discrecionalidad tendrá su función estrictamente en el ámbito de libertad que le otorga la ley y nada más. Tras de ella no podrá camuflarse alguna decisión que busque evadir los lineamientos legales. La función del derecho, a través de los órganos jurisdiccionales de control, será el de verificar que la discrecionalidad se ejerza en el ámbito en que la ley lo ha establecido sin que tras de ella se pueda esconder algún abuso o arbitrariedad en agravio del ciudadano. La función vicarial y la sujeción de la Administración al derecho, determinan que la discrecionalidad cumpla su función en aras de correcta actividad en beneficio del interés general y no como una forma de perjuicio del derecho de los ciudadanos; de ahí de la importancia que dicha facultad esté sometida a la Constitución y a la ley.

### 2.5.3.- Principio de Proporcionalidad.

Antes de entrar en el análisis de la proporcionalidad, es necesario hacer algunos alcances que pueden ayudar a entender el ámbito de su aplicación. Si bien el principio de proporcionalidad es de muy frecuente uso por parte del Tribunal Constitucional peruano, lo cual nos puede llevar a pensar que se trate de una técnica extraída del Derecho Constitucional y que ha migrado al Derecho Administrativo, esto no resulta así. En efecto, debido al incipiente desarrollo de nuestro derecho administrativo y sobre todo de su posibilidad de control, la utilización del principio de proporcionalidad se ha efectuado en primer término en el Derecho Constitucional y actualmente ya se aprecia en normatividad administrativa tal como se verá seguidamente, lo cual nos puede llevar a una conclusión equivocada. En efecto, en Europa su desarrollo se generó primero en

el Derecho Administrativo a partir del control de la medida adoptada por la Administración en referencia con la finalidad de la norma (desviación de poder y costes-beneficio) y posteriormente ha tenido su arribo al Derecho Constitucional generándose todo un desarrollo, sobre todo desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y que luego ha sido desarrollado y teorizado por Robert ALEXY, quien esquematizó su composición y determinó la fórmula de peso para su aplicación.

Con relación a esta aplicación de una figura del Derecho Administrativo al Derecho Constitucional, Carlos BERNAL PULIDO, lo justifica en aplicación del control que debe de realizarse a la labor del Estado en su conjunto. Así, señala:

Asimismo, el tránsito del principio de proporcionalidad desde el Derecho Administrativo hasta Derecho Constitucional es explicable en gran medida, en razón de que en ambos campos existe un elemento común: la necesidad de controlar, aunque *mutatis mutandi*, el ejercicio discrecional del poder público. En el Derecho Administrativo, este poder discrecional se manifiesta en la posibilidad de que dispone la Administración para elegir entre las medidas reglamentarias o ejecutivas apropiadas para alcanzar la finalidad de la ley. En el Derecho Constitucional, por su parte, la discrecionalidad estriba en la opción que tiene el Legislador de escoger entre diversos medios para alcanzar un determinado objetivo político y, aún más, en su capacidad para trazarse fines, siempre y cuando estos no sean ilegítimos desde el punto de vista constitucional (Bernal Pulido 2003:168).

Esta apreciación nos vuelve al tema de la discrecionalidad jurídica, la cual ya hemos tratado anteriormente y en donde establecimos la amplitud de tal concepto. La mención del origen del principio sólo tiene un carácter referencial, pero que no deja de ser importante para determinar el ámbito de nuestro análisis.

El principio de proporcionalidad se presenta actualmente como la técnica de mayor aceptación en nuestro sistema de justicia la cual, basada en la ponderación, ayuda al juez constitucional a establecer, en caso de conflicto entre principios, la prevalencia de un principio sobre otro, otorgándoles un valor

axiológico que luego es evaluado por éste al momento de decidir sobre dicha prevalencia. A decir de Riccardo GUASTINI:

Una jerarquía axiológica es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional mediante un juicio comparativo de valores.....Instituir una jerarquía axiológica supone por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un “peso”, una “importancia” ético-política mayor respecto del otro (Guastini 2010: 78).

Pero esta prevalencia sólo puede ser aceptada para el caso en concreto, es decir que dicha jerarquía establecida, sólo tiene tal calidad en esa determinada situación, lo que significa que ésta no puede ser generalizada a otras situaciones. Siguiendo la idea de Riccardo GUASTINI de la cual nos sostenemos, se puede reseñar lo que él considera como jerarquía móvil: “Una jerarquía móvil, de otro lado, es una relación de valores móvil, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría ser revertida –y que a menudo es revertida – en un caso concreto diverso” (Guastini 2010:79).

Ahora bien, una vez que el juez se enfrenta a este conflicto de principios y considera que resulta necesario aplicar el principio de proporcionalidad, debe de someter el valor de cada principio, al test de proporcionalidad que está dado por la aplicación de los tres sub principios que integran el principio de proporcionalidad y que son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicho.

La necesidad está referida a la falta de otros medios menos gravosos posibles de ser elegidos, los cuales son sacrificados al principio no elegido para la satisfacción u optimización del derecho contenido en el principio prevalente. A decir de Marina GASCÓN y Alfonso GARCÍA: “Ello significa que si la satisfacción de un bien o principio constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones hay que escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna” (Gascón y García 2005: 311).

Su análisis se realiza desde la perspectiva, no del principio prevalente, sino desde la perspectiva del principio que ha sido sacrificado en el caso concreto, es decir que debe evaluarse cuál es la medida que menos perjudique el principio no elegido.

La idoneidad está relacionada a las bondades de la medida que permiten prever que, a través de ella, se alcanzará la optimización del principio prevalente. Pedro GRÁNDEZ señala: “Una medida resultará idónea para lograr un fin cuando razonablemente pueda inferirse que de su puesta en práctica resultan ventajas tangibles a favor del derecho o principio que está siendo alentado o promovido” (Grández 2010: 348). Es interesante apreciar que ambos sub principios se presentan como verificables a través de los dos principios en conflicto, es decir desde perspectivas distintas y es justamente el tercer sub principio que a través de la fórmula de peso podrá determinar la elección de optimización.

Robert ALEXY señala que ambos sub principios están referidos a las posibilidades fácticas y no jurídicas: “Los subprincipios de idoneidad y necesidad expresan mandatos de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables, sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto” (Alexy 2007:459-460).

Al respecto, si bien existe una expresa remisión del propio autor al óptimo de Pareto, tan relacionado al Análisis Económico del Derecho, eso no puede llevar a concluir que el juicio de proporcionalidad, corresponda a dicha teoría.

Con relación al tercero de los sub principios – proporcionalidad propiamente dicha, es también conocido como juicio de ponderación y de acuerdo a lo señalado por Robert ALEXY, se formula así: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy 2007: 460). Es la ponderación

el elemento central de esta técnica que subsume la evaluación de la necesidad e idoneidad antes analizadas. Pedro GRÁNDEZ señala: “De este modo, la ponderación consiste en una operación de confrontación de expectativas que se fundan en disposiciones iusfundamentales que prima facie promueven acciones contradictorias” (Grández 2010: 349). De la propia proposición de Robert ALEXY, respecto a los pasos que permite reconocer la ponderación,<sup>123</sup> el tercero resulta el concluyente y está referido al elemento jurídico que permitirá establecer la justificación de la restricción o la no satisfacción del principio sometido. Es a partir de la necesidad de evaluar de manera racional esta ponderación que Robert ALEXY, propuso la Escala Triádica en la que consideró tres intensidades: “leve”, “medio” y “grave”, a partir de las cuales ha elaborado fórmulas de estructura matemática que, según él, permiten establecer un orden de prevalencia, sin embargo, éstas no parecen ser muy prácticas. La determinación de prevalencias puede desarrollarse a través del discurso argumentativo, el cual no impide verificar la validez de la elección a través de los argumentos expresados por el tribunal que aplique el citado principio<sup>124</sup>.

Pero su importancia, no sólo está determinada por la facultad de los jueces de aplicarla a los casos “difíciles” o “trágicos” sino que ha trascendido a la propia legislación positiva. En nuestro caso, el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley 27444 que ha establecido lo siguiente:

El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho

---

<sup>123</sup> “La ley de ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.” ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 460.

<sup>124</sup> Un análisis completo de la fórmula de peso y la fórmula triádica, fue esbozada por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia N° 0045-2004-AI/TC. Asimismo, un estudio sobre esta fórmula de peso respecto de varias decisiones de dicho tribunal, se encuentra en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. 2010 El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano. En CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (Coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo* Lima. Palestra Editores, pp. 337-376.

Administrativo: **1.4. Principio de razonabilidad.**- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Esta norma permite establecer que la arbitrariedad tiene una forma de erradicación en sede administrativa, lo cual constituye un primer paso que es importante porque la ley le ha impuesto a la Administración un mecanismo de autorregulación, lo que constituye un avance en el control del poder y en la interdicción de la arbitrariedad ya que ha determinado un control interno que autovincula a la Administración; sin embargo, el análisis de sus alcances y aplicación concreta en sede administrativa, escapa a los alcances del presente trabajo, cuyo límite está dado por el control de la Administración y de su facultad discrecional a través de uno de los controles externos.<sup>125</sup>

Asimismo, el principio de proporcionalidad en nuestra Ley contenciosa administrativa, -TUO de la Ley N° 27584, ha sido recientemente introducida para regular la concesión de una medida cautelar. Así el artículo 39° establece:

La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

- 1.- Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.
- 2.- Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible

---

<sup>125</sup> Con relación al principio de proporcionalidad en sede administrativa y su control, puede consultarse: SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. 2004. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia. Tirant lo Blanch.

este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.

3.- Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.

Con relación a esta técnica como forma de control de la discrecionalidad, pareciera que el principio de proporcionalidad ha absorbido a las demás técnicas desarrolladas en el punto anterior, a excepción de los Conceptos Jurídicos Indeterminados y a los Hechos Determinantes, que corresponden a problemas de apreciación de la prueba.

La relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, resultan muy cercanas y eso ha generado que la discrecionalidad y la interdicción de la arbitrariedad sean analizadas a través del principio de proporcionalidad, tal y como lo ha efectuado el Tribunal Constitucional peruano, en las sentencias N°s 090-2004-AA/TC y 1803-2004-AA/TC (con anterioridad a las citadas sentencias, ya el Tribunal había establecido, como por ejemplo en la STC N° 766-1998-AA/TC, que la Administración estaba sujeta al principio de interdicción de la arbitrariedad, sin embargo las arriba indicadas contienen un análisis más prolijo del tema), las cuales son de capital importancia por la inclusión del principio de interdicción de arbitrariedad, como fuente de derecho nacional.

## 2.6 MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN DISCRECIONAL.

Si hemos conceptualizado que la discrecionalidad es ese ámbito de libertad que goza la Administración para realizar una elección entre más de una o varias posibilidades, todas ellas válidas jurídicamente<sup>126</sup>, entonces, no resulta difícil de

---

<sup>126</sup> Al respecto: Isabel LIFANTE comenta que cuando el número de opciones entre las que puede elegir el órgano decisor son pocas se denomina “discrecionalidad estrecha” y se denominará “discrecionalidad amplia” cuando existe muchas opciones plausibles de ser elegidas. LINFANTE VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica” 2002 *Doxa Filosofía del Derecho* – 25. Consulta: 23 de julio de 2010. [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25\\_13.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_13.pdf) .p. 417.

concluir que la única garantía que tienen los ciudadanos de conocer la razón por la cual se ha elegido una y se ha(n) desechado la(s) otra(s), es la motivación de la decisión discrecional. El artículo 6º de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, establece la obligación de la motivación de las decisiones de la Administración, obligación legal que está al margen de los silencios administrativos, tanto positivos como negativos, los mismos que aparecieron como una solución frente a la inercia de la Administración y al incumplimiento de su deber de resolver dentro del plazo establecido.

La motivación contiene una doble garantía a favor del administrado, una de carácter formal, es decir que se cumpla con la obligación de emitir el pronunciamiento, y la segunda que corresponde a una dimensión material, la cual exige que dicha motivación se funde en el Derecho y en la razón. Mariano BACIGALUPO, comentando una decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha precisa:

Como es claro, el control (negativo) de la racionalidad, razonabilidad o proporcionalidad de los criterios de actuación que - en ausencia de parámetros de decisión predeterminados por el ordenamiento – ha de crear por sí misma la propia Administración actuante sólo es posible si tales criterios se explican y justifican razonadamente,.....el acto discrecional ha de ser “adoptado ponderadamente siguiendo un proceso de racionalización que nos permita comprender su “porqué” y “para qué” con una clara justificación de interés público.

De ahí, efectivamente la relevancia material (y no sólo formal) que la motivación de las decisiones administrativas discrecionales posee en orden a su control judicial (material) ...la motivación de las decisiones discrecionales debe indicar los criterios en que se fundó el órgano administrativo al actuar discrecionalmente (Bacigalupo 1997: 266).

Así la primera forma de arbitrariedad, en los casos de facultades discrecionales, estará dada por la elección que efectúe la Administración de una alternativa posible, pero con ausencia de motivación, es decir si explicar el porqué de dicha elección, lo cual implicará que la decisión se ha adoptado por la sola voluntad de

la Administración lo que contraviene el sentido del Estado de Derecho. Conforme lo señala Tomás-Ramón FERNÁNDEZ:

La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que lo sostenga, el único apoyo de la decisión será voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario...(Fernández, Tomás 2006: 96).

En principio, pareciera que establecer una relación consecuente entre no motivación y arbitrariedad sería algo extremo, sin embargo, dado que la justificación determina una elección, es posible considerar que la no motivación importa una arbitrariedad, por cuanto no explica el proceso racional para arribar a la decisión y no permite ejercer su control. Manuel ATIENZA al comentar este aspecto señala:

Una consecuencia de lo anterior es que la motivación de los actos administrativos (en particular, de los actos discrecionales) no puede verse como un simple requisito de forma. Lo que justifica la actuación discrecional de un órgano administrativo no es simplemente el haber cumplido unos ciertos requisitos de forma ...Lo que justifica verdaderamente son las razones de fondo que se dan a favor de una determinada opción.....Esas razones (insisto: razones justificativas) pueden adoptar un grado mayor o menor de explicitud pero, obviamente, una simple decisión (o su resultado: un acto administrativo) a favor de la cual no se aporta ninguna razón es un acto no motivado, como lo sería una resolución judicial que careciera de antecedentes de hecho y de fundamentos de derecho o que se limitara a enunciar una serie de hechos y de norma sin dar, por ejemplo, ninguna razón de por qué se considera como probado un determinado hecho.....por lo que me parece que, en este contexto, no es ninguna exageración afirmar que “lo no motivado es ya, por esto solo hecho, arbitrario”, si con ello quiere decirse que las razones justificativas deben tener, en relación con los actos discrecionales de la Administración, un mínimo grado de explicitud (Atienza 1974-1998).

El contenido de una decisión administrativa es controlable a través del proceso constitucional respectivo o por el proceso contencioso administrativo, pero la única probabilidad de un control efectivo se concreta a partir de lo que ha sido considerado al momento de tomarse una determinación en sede administrativa, y de donde se puede efectuar el contraste entre lo que dispone el ordenamiento en su conjunto y la decisión adoptada. La motivación, (sobre todo en los casos de decisiones discrecionales) adquiere la misma importancia y se convierte en la única garantía del administrado, tal como lo es en el ámbito judicial. La exigencia de debida motivación es también un mecanismo que contribuye a aquella cultura de control del poder que todo Estado constitucional exige.

El derecho administrativo ha determinado su desarrollo a través de su perseverante intento de someter el poder al Derecho a través de normas y procedimientos pre-establecidos, los mismos que han contenido la garantía de un trato igualitario entre todos los ciudadanos. Así, la facultad más libérrima de la Administración como lo es la discrecionalidad, ha representado un riesgo de arbitrariedad, debido que a través de su generalidad se puede esconder una voluntad del soberano o funcionario, ajena al derecho. Las técnicas de control se convierten en instrumentos que, en primer lugar, aclaran si se está frente a esta facultad y en segundo lugar si ésta se ha ejercido de acuerdo a la juridicidad. Así, de lo expuesto podemos convenir que la discrecionalidad es posible de control jurídico por parte de los órganos jurisdiccionales; que su ejercicio, si bien tiene un origen en la libertad que se le otorga a la Administración, debe de realizarse dentro de un marco que está determinado por el orden jurídico en su conjunto y que la lucha constante por ejercer ese control, tiene como propósito y finalidad la interdicción de la arbitrariedad.

## 2.7. SOBRE LA POSIBILIDAD DE SUSTITUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL MOMENTO DE EFECTUAR EL CONTROL DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.

Uno de los puntos generados a partir del control de la discrecionalidad que más han generado polémica, no sólo en el ámbito judicial sino también en el ámbito doctrinario, es el referente a la posibilidad de sustitución por parte del juez de la función de la Administración. Este hecho se genera del concepto mismo de discrecionalidad. Así, se entiende que la discrecionalidad administrativa es aquella libertad que goza la Administración y que le permite elegir entre dos o más opciones igualmente válidas o jurídicamente indiferentes. Ahora bien, el conflicto se suscita cuando en el juzgamiento de alguna decisión discrecional, el juez concluye que la decisión administrativa incurre en arbitrariedad y por ende es nula. La pregunta que se suscita es ¿Puede el juez, en aras del principio de tutela judicial efectiva, adicionalmente elegir entre las otras opciones válidas que subsisten? Evidentemente que quien promovió la demanda reclamará ser él quien debe ser elegido, o es que en aplicación del principio de separación de poderes el Juez sólo puede disponer la nulidad de esa opción y reenviar la causa a la Administración a fin que elija entre las alternativas que perduran como válidas?

Si bien la polémica era más compleja, lo señalado precedentemente ingresó a la misma como consecuencia de lo que se establecía respecto al control de la Administración y en especial de la discrecionalidad, suscitándose en España en los años 90 un muy interesante debate doctrinario entre Tomás RAMÓN FERNANDEZ<sup>127</sup>, por un lado y Luciano PAREJO ALONSO<sup>128</sup> y Miguel SÁNCHEZ MORÓN<sup>129</sup> por el otro. A este conflicto subyacen los principios de separación de poderes y de tutela judicial efectiva que hemos analizado en este capítulo. Resulta inaceptable que, siendo la discrecionalidad un espacio de libertad que le otorga la

<sup>127</sup> Al respecto: FERNÁNDEZ, T.R.. *Discrecionalidad*, (...), pp. 108 y sgtes.

<sup>128</sup> PAREJO ALFONSO, L. *Crisis* (...), pp. 67 y sgtes.

<sup>129</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa". Consulta: 17 de junio de 2010. [http://moodle.uho.edu.cu/file.php/1016/Bibliografía\\_por\\_temas/Potestades/Potestad\\_Discrecional/Control\\_judicial\\_de\\_la\\_discrecionalidad\\_administrativa.doc](http://moodle.uho.edu.cu/file.php/1016/Bibliografía_por_temas/Potestades/Potestad_Discrecional/Control_judicial_de_la_discrecionalidad_administrativa.doc).

ley a la Administración, esta facultad pueda ser sustituida por algún otro poder del Estado que no sea la propia Administración. Sin embargo, también es válido considerar que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que, comprobada la vulneración de un derecho subjetivo, éste deba ser declarado o restituido a favor del ciudadano a través de una declaración vinculante.

Pese a ello, conforme lo hemos precisado en el punto correspondiente, ambos principios no se contraponen sino que los mismos se complementan y que ambos subsisten en las pretensiones contenidas en nuestra norma procesal, es decir la facultad de declarar la nulidad de una arbitrariedad así como la posibilidad de declarar o restituir el derecho conculcado. Por eso, considero que un punto de equilibrio entre ambas posiciones es la que cerró el debate dándole la razón a Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, en lo que a este punto se refiere, en el cual la posibilidad de sustitución en los casos de juzgamiento de una facultad discrecional, es aceptable excepcionalmente si al final del proceso sólo es posible una única solución, es decir que agotado el debate judicial, sólo quedaba una alternativa de las que se tenía al momento de iniciarse el trámite en sede judicial (reducción a cero) con lo cual se puede garantizar la efectividad de la tutela judicial. Manuel ATIENZA señalará posteriormente, entre otras tesis, la que acabamos de señalar: “La tesis de Tomás R. Fernández que se acaba de exponer me parece sencillamente indiscutible y, en realidad, también se lo ha parecido a sus contradictores, Luciano Parejo y Miguel Sánchez Morón” (Atienza 1974-1998).

En efecto, ya en la sexta de sus siete tesis propuestas en su trabajo “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa” Miguel Sánchez Morón, hacía alusión a esta concordancia. Empero, pese a lo que significó la culminación de tal debate, no podemos dejar de advertir que detrás de éste se puede apreciar una visión positivista la cual, respetando la voluntad del constituyente, entiende que la división de poderes no puede conllevar a que un organismo pueda sustituir a otro en lo que a sus facultades corresponde y, del otro punto de vista, se aprecia una visión del derecho que busca lograr, a través de las

decisiones jurisdiccionales, la finalidad de un Estado de derecho comprendiendo como tal la plenitud de la vigencia de los derechos subjetivos de los ciudadanos. Para la primera posición, ésta última visión puede conllevar a un hiperactivismo judicial que conlleve a crear alguna disfuncionalidad del sistema y para la segunda, el irrestricto respeto a la división de poderes, conlleva a una posibilidad de no alcanzarse la vigencia de los derechos ciudadanos. Ilustrativo es la síntesis que sobre el debate antes referido realiza Diego ZEGARRA:

Finalmente y volviendo a un plano más próximo del Derecho administrativo sólo nos queda agregar a las conclusiones que puedan haberse expuesto de la polémica que, T.R. Fernández hace hincapié en la necesidad de seguir bregando por una construcción jurídica válida del control judicial que permita erradicar la arbitrariedad del ejercicio de las potestades discrecionales sin acaso poner acento sobre los posibles excesos judiciales del ejercicio del control de la discrecionalidad administrativa; y, por su parte, Parejo Sánchez Morón en sus estudios ponen el énfasis sobre la necesidad de evitar el activismo judicial y en el peligro que la utilización de determinadas técnicas de control lleven a los tribunales a ocupar una posición que el legislador ha reservado para la Administración (Zegarra 2006: 57)

A lo largo de la historia, es posible contemplar supuestos que pueden dar la razón a una y a otra posición. En efecto, el hiperactivismo judicial puede conllevar a que una Juez pueda, alegando la vigencia de los derechos constitucionales, sustituir a la Administración en ámbitos que constitucional y legalmente le han sido conferidas a ésta. Es un hecho público que algunos jueces de la jurisdicción peruana, a través de procesos constitucionales, han determinado regímenes tributarios y los plazos que éstos deben regir a una determinada persona jurídica generando una distorsión del sistema tributario que resulta inaceptable.

No cabe duda que el ordenamiento jurídico determina las funciones y competencias que cada Poder u órgano del Estado debe desarrollar, y esto debe ser, en inicio, lo que los demás organismos deben de respetar. La labor del Juez

es la de juzgar y no la de administrar<sup>130</sup>. Sin embargo, la lucha que denota el accionar de todo ciudadano que acude al órgano jurisdiccional que considera que una norma afecta sus derechos constitucionales, no es otra que la aplicación de una excepción a la misma, ya sea porque tal exclusión estaba predeterminada en la norma o porque la aplicación de los derechos constitucionales obliga a que sea declarada jurisprudencialmente. Las excepciones a la norma marca una constante lucha en el derecho judicial que no puede obviado y que ha alcanzado un desarrollado a partir del establecimiento del constitucionalismo. Esta característica permite considerar que no toda disposición pueda ser aplicada de manera literal o aislada, y que la aplicación de los derechos conlleva a determinar situaciones que requieren de alguna exclusión o distinción. Es esta excepcionalidad que permite establecer, en supuestos muy específicos, esta posibilidad de sustitución.

Así la existencia de ámbitos propios de cada uno de los organismos y el respeto a dichas competencias, no puede ser irrestricto ya que resulta posible que existan situaciones que merezcan ser reconocidas judicialmente y que sea posible declarar a partir de la reducción de las posibilidades de elección que tenía la Administración al momento de ejercer su facultad discrecional.

Con relación a cuál puede ser la intensidad del control judicial, hay que tener presente, en principio, que los tribunales no pueden hacer uso de la discrecionalidad que la ley le ha otorgado a la Administración, de esa manera, lo único que puede es controlar el ejercicio de dicha discrecionalidad y sustituir la decisión administrativa cuando en el proceso se evidencia cuál es la solución pertinente como consecuencia de los elementos de juicio aportados al proceso (Zegarra 2006: 61).

Esta facultad judicial resulta excepcional y conlleva, más que a una competencia más del Juez, a una responsabilidad que dentro de su función lo obliga a evaluar

---

<sup>130</sup> Mariano Bacigalupo, haciendo referencia a Rubio Lorente precisa: “Como señala F. Rubio Llorente, el poder de los jueces es el del derecho; nada menos, pero tampoco nada más. De ahí la necesidad de no pedir a los jueces decisiones que no consistan en la aplicación del derecho y de que los jueces se autolimiten para no extraer del derecho lo que allí no está.” BACIGALUPO Mariano. “*La discrecionalidad...*” Pp. 279.

los alcances que pueden estar contenidos en una decisión administrativa discrecional así como la subsistencia o no de ámbitos de libertad que permitan mantener a la Administración aquella facultad discrecional. Esta es una posibilidad que se ha generado, como hemos señalado, a partir del desarrollo del constitucionalismo: En efecto, dos son sus principales efectos en lo que respecta a la actividad administrativa: el primero está referido al plano político. La ley es la fuente y origen de las facultades de la Administración (principio de legalidad), sin embargo, en los últimos años, una de las cosas que caracteriza al legislador democrático, es el de reducir drásticamente las facultades discrecionales a la Administración. Las normas, en su gran mayoría buscan legislar muchos supuestos y procuran evitar otorgar tal tipo de facultades a fin de evitar el despotismo de la Administración. Las normas que otorgaban tales facultades, han sido reemplazadas por normas que contienen facultades regladas y que vinculan a la Administración.<sup>131</sup>

El segundo efecto ha venido desde el plano jurisdiccional y se expresa por el desarrollo y la inclusión en los textos normativos del principio de interdicción de la arbitrariedad. En el caso peruano, si bien nuestra Constitución no establece de manera taxativa tal principio, el Tribunal Constitucional peruano ha determinado su inclusión en el ordenamiento legal a partir de la aplicación de los artículos 3° y 43 de la norma suprema<sup>132</sup>. Ya en el capítulo primero (punto 1.4) hemos tratado lo que concierne a la arbitrariedad, lo que aquí nos concierne afirmar que a partir de esta consecuencia del constitucionalismo se puede establecer, a su vez, dos expresiones muy claras, la primera es la obligación de motivación de las decisiones discrecionales así como que, en aplicación del principio de tutela judicial efectiva, excepcionalmente el Juez pueda sustituir a la Administración, reservándose tal supuesto sólo para los casos en que las posibilidades de

---

<sup>131</sup> Un ejemplo de ello lo constituye la derogación de los Decretos Legislativos N°s 745 y 752 a través de las leyes N°s 28857 y 28359. Los citados decretos legislativos contenían facultades discrecionales respecto al proceso de renovación de los miembros de la Policía Nacional de Perú y de las Fuerzas Armadas, apreciándose que a través de las citadas leyes, el citado proceso se realiza a través de una normatividad reglada y objetiva.

<sup>132</sup> STC N° 0766-98-AA/TC, STC N° 090-2004-AA/TC y STC N° 1804-AA/TC.

elección que le correspondía a la Administración se hayan reducido de tal manera que se justifique tal sustitución.

En tal sentido, la posibilidad de sustitución implica un avance en la vigencia de los derechos subjetivos ciudadanos, pero también comprende una responsabilidad del magistrado que lo obliga a evitar que, en aras del principio de tutela judicial efectiva, pueda incurrir en alguna forma de hiperactivismo judicial que conlleve a una indebida invasión de fueros que no son de su competencia. La línea límite entre la debida sustitución y la irrupción en competencias otorgadas a otro poder del Estado no aparece muy clara, pero sí es posible establecer un parámetro que resulta verificable en toda situación y es que las posibilidades que pueda tener la Administración para elegir se haya restringido a una sola posibilidad. Posteriormente analizaremos cuál es la posición que adopta la jurisprudencia peruana.

### CAPÍTULO 3.

Establecimos en el capítulo segundo la justificación del control de la Administración y las diversas técnicas que se han desarrollado al respecto. Incidimos en lo que ha constituido uno de los aspectos más difíciles de controlar como lo es la facultad discrecional así como la posibilidad que existe por parte de un Juez de sustituir a la Administración en los casos que establezca que tal facultad fue ejercida de manera abusiva.

En el presente capítulo analizaremos cómo se ejerce el control de la Administración en el Perú, así como qué órganos o qué jurisdicciones la realizan y así estableceremos el tipo de sistema adoptado por la estructura jurídica del Estado. Estableceremos, a partir de la idea que toda labor administrativa está sujeta al control jurídico, cómo se efectúa el control de los Organismos Constitucionalmente Autónomos en cuya previsión constitucional se ha establecido que sus decisiones no resultan revisables en sede judicial. Por último presentaremos algunas sentencias, tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema peruana, a través de las cuales estableceremos cómo se realiza el control de la Administración y sobre todo la manera como es tratado el control de su facultad discrecional, así como la posición que se asume respecto de la posibilidad de sustitución de la Administración en los casos de hayan establecido que dicha facultad fue ejercida de manera arbitraria.

### 3.1.- EL SISTEMA “MIXTO” DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PERÚ.<sup>133</sup>

Habiendo justificado la labor vicarial de la Administración dentro de un Estado constitucional y la necesaria presencia de su facultad discrecional, nos enfrentamos al análisis del sistema de control de la Administración que ha sido ideado para el caso peruano. Las similitudes de nuestra legislación contenciosa con la que regula el proceso contencioso administrativo en España ya ha sido esbozado en el capítulo anterior, por lo que en algunos momentos la mención a dicha legislación nos servirá de referente para determinar la eficacia de nuestro sistema de control. Los inicios del control de la Administración por una norma autónoma no es de mucha data en nuestro país conforme lo hemos establecido al analizar los antecedentes y el desarrollo del proceso contenciosos administrativo en el Perú. Pero qué es lo que determina que el control de la Administración se efectúe, de manera cotidiana, a través de instrumentos procesales ordinarios y extraordinarios? En primer lugar, la división entre uno y otro lo ha determinado la estructura y facultades que la Constitución ha otorgado a ciertas instituciones. Por ejemplo, para el caso del Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones, la Constitución ha determinado que las decisiones de estas instituciones sean irrevisables en sede jurisdiccional. Al respecto, en un inicio se efectuó una lectura literal de la norma constitucional lo cual conllevó a que, efectivamente, las instancias jurisdiccionales se abstuvieran de juzgar sus actuaciones, sin embargo, posteriormente el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos ha establecido que no puede existir ámbito de la Administración que esté exento de control jurídico, determinando que para los pronunciamientos

---

<sup>133</sup>

Si bien el término “mixto” o “armónico” fue conocido a nivel doctrinario (sobre todo en la doctrina española) para los casos en que el control de la Administración se realice tanto en sede jurisdiccional como a nivel de la propia Administración, para el presente caso utilizaré tal denominación (*mixto*) por la peculiaridad del caso peruano respecto de las instancias que conocen de dicho control (constitucional y contencioso administrativo) así como la posibilidad que dicho control pueda ser ejercido en jurisdicción arbitral como se explicará más adelante.

de las entidades antes referidas, el control de la Administración se efectúe a través de la vía extraordinaria constitucional<sup>134</sup>.

En segundo lugar, también a nivel de jurisprudencia constitucional, el Tribunal Constitucional ha delimitado las pretensiones en materia de justicia administrativa estableciendo cuáles deben de ser conocidas por la jurisdicción contenciosa administrativa y cuáles a través del proceso de amparo. Así, de acuerdo con lo establecido por el Código Procesal Constitucional, el Tribunal ha considerado que en las pretensiones cuyo supuesto está relacionado de manera directa con el contenido constitucionalmente protegido (Caso Anicama Hernández), deben ser conocidos en sede constitucional. De igual manera ha establecido la residualidad del amparo, determinando que los casos que exista una vía igualmente satisfactoria (proceso contencioso administrativo), las pretensiones deberán ser conocidas en tal instancia (caso Baylón Flores). Otra competencia delimitada por el Tribunal Constitucional, es la referida a los procesos de cumplimiento. Tal demarcación ha sido necesaria que sea establecida en mérito a que, tanto el Código Procesal Constitucional como la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, prevén la tramitación de tal proceso de ejecución. Así, el Tribunal ha establecido (caso Villanueva Valverde) que aquellos casos en los que el *mandamus* esté debidamente determinado y delimitado, es posible que éste sea conocido a través de la jurisdicción constitucional y los que no tengan tal requisito, tengan expedito su derecho para que lo hagan valer en la sede contenciosa administrativa.

---

<sup>134</sup> “Pronto se apreciará como el Tribunal Constitucional peruano va a emitir una serie de pronunciamientos, no siempre formalmente presentados como precedentes (pero sin duda buscando cumplir ese rol), pronunciamientos destinados a habilitar su capacidad de revisar las labores emprendidas por distintas estancias estatales, dejándose para ello de lado incluso el recurrir a interpretaciones literales del texto constitucional vigente.

Explico el sentido de esta última afirmación: y es que si se hace una lectura más bien literal de lo prescrito en el artículo 142 de la Carta de 1993, no cabría efectuar una revisión judicial (sea a nivel de la judicatura ordinaria o del Tribunal Constitucional) de los pronunciamientos del Jurado Nacional de Elecciones (institución que paulatinamente fue consolidándose como una suerte de Corte Suprema en materia electoral) o el Consejo Nacional de la Magistratura (entidad administrativa responsable del nombramiento, ascenso, evaluación de desempeño y destitución de prácticamente todos (as) los (las) jueces (zas) u fiscales del Perú. Sin embargo, y en la línea de lo que es moneda corriente en la interpretación constitucional, esa lectura literal será pronto dejada de lado, yéndose por otros derroteros” (Espinosa-Saldaña 2012: 55).

En tercer lugar, por mandato del Código Procesal Constitucional, una de las expresiones de la Administración (potestad reglamentaria), y cuyo control se efectúa a través del proceso de acción popular, no ha sido prevista para la instancia contenciosa sino para la jurisdicción ordinaria civil y laboral, dependiendo la temática que el reglamento aborde. Este es un mandato que no se condice con la función de la competencia ordinaria de control de la Administración, ya que la instancia civil y laboral, constituyen jurisdicciones que resuelven pretensiones provenientes del derecho privado y no del derecho público, por lo que lo consecuente con la función de control jurídico de la Administración que se realiza a través de la justicia administrativa proceso contencioso administrativo, es que tal competencia le corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>135</sup>.

Por último, existe un ámbito que no es posible de efectuar un control jurídico de la labor de la Administración y es el referido a la que se deriva de los conflictos que provienen de la ejecución de la contratación pública. Al respecto, tal como se verá más adelante, ésta se divide entre lo que es la formación de la voluntad (momento que culmina con la adjudicación de la buena pro) y el segundo momento que corresponde a la ejecución de la contratación. Para el caso peruano, todos los conflictos que se generen en el primer momento son de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, empero para los conflictos que se generen en la etapa de ejecución de la contratación tal posibilidad le es excluida, determinándose legalmente que tal situación sólo puede ser resuelta a través de la jurisdicción arbitral. Conforme veremos más adelante, existen muchas críticas respecto a la limitación que se produce en este punto respecto al *ius variandi* de la Administración y que es lo que la caracteriza en este tipo de contratación.

Seguidamente analizaremos cada una de estas situaciones que se generan, ya sea por la estructura del Estado, por la jurisprudencia constitucional y por las

---

<sup>135</sup> Sobre este punto puede consultarse: HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. 2012. “La acción popular”. *El Peruano*. Jurídica. Lima, 7 de agosto, p.7.

disposiciones legales. Analizando cada una de las jurisdicciones y competencias que tienen a cargo el control de la Administración podremos entender por qué considero a nuestro sistema como uno “mixto”. Así también, al margen de la hibridez que hallamos en nuestro sistema de control, trataremos de comprender cuán eficaz puede resultar el control a partir de su regulación y si existe algún resquicio que puede estar quedando al margen del imprescindible control de la Administración.

### 3.1.1. Jurisdicción contencioso-administrativa.

Si nuestro sistema de control de la Administración ha tenido grandes avances, se ha debido principalmente por la promulgación de la Ley N° 27584 (hoy cuenta con un Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS), norma que logró dar un paso adelante de lo que habíamos alcanzado con la básica legislación contenida en los artículos 540° y siguientes del Código Procesal Civil. La norma antes mencionada, incorporó muchas innovaciones, pero por sobre todo, significó la inclusión del proceso de plena jurisdicción que, conjuntamente con el proceso de nulidad contenido en el código antes mencionado, regularon de manera más completa el control de la Administración y otorgaron una real posibilidad de obtener tutela judicial efectiva.

Además de la posibilidad de requerir la nulidad de acto administrativo y de solicitar que en aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva se reconociera o restableciera el derecho subjetivo materia del procedimiento administrativo, la norma regula dos aspectos no previstos en normas anteriores, la primera era el control de la actuación material no contenida en acto administrativo, y la segunda, la posibilidad de exigir el cumplimiento por parte de la Administración de lo dispuesto en una Ley o en un acto firme. Asimismo ha aclarado la competencia respecto de la pretensión de indemnización en caso que la actuación de la

Administración haya trascendido en un daño cuantificable, tal como se aprecia en el actual artículo 5º del TUO de la Ley N° 27584.

No cabe duda que existe una pretensión de abarcar el control de la totalidad de la actuación de la Administración y para lo cual, a decir de las similitudes encontradas, podemos convenir que hemos acudido a la legislación comparada. En efecto, las pretensiones del artículo quinto antes mencionado, también han sido previstos en los artículos 31º y 32º de la Ley 13/1998 – Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, de los cuales se aprecia una redacción muy similar a la nuestra<sup>136</sup>. Si bien no compartimos con España el desarrollo que ha tenido el control jurisdiccional de la Administración y de sus técnicas para efectuar el control de la discrecionalidad tal como se ha visto en el segundo capítulo, no podemos negar la gran aproximación que existe entre nuestra legislación con la de aquel país, en lo referente al Derecho Administrativo en general y al proceso contencioso administrativo.<sup>137</sup>

Ahora bien, si ambas legislaciones comparten pretensiones muy similares, se esperaría que ambas cumplieren la finalidad de abarcar la totalidad del control de la Administración y es a partir de tal presunción que es necesario preguntarnos, si es que el proceso contencioso administrativo peruano es el instrumento por excelencia que permite juzgar la actuación de la Administración. En tal sentido, de acuerdo a nuestra norma contenciosa administrativa, ésta pareciera ser la

<sup>136</sup>

Rezan los citados artículos: PRETENSIONES DE LAS PARTES

Art. 31. 1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente.

2. También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

Art. 32. 1. Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

2. Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2.

<sup>137</sup>

Sobre este punto: ESPINOSA-SALDAÑA BARREDA, Eloy. 2006. "El proceso contencioso-administrativo: un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y España al respecto." *Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*. N° 01 – Marzo 2006, pp. 399-481.

instancia natural para juzgar a la Administración, sin embargo, esto no será del todo cierto.

Conforme se ha desarrollado precedentemente, los antecedentes más concretos de la justicia administrativa la encontramos a partir de la Constitución de 1979, pero cuyo desarrollo no se evidenció hasta el año 1993, año en el cual entró en vigencia el Código Procesal Civil que incluyó un proceso de cognición abreviado denominado impugnación de resolución administrativa. Su inclusión en dicho sistema no parecía ser el más acertado dado que dicha norma procesal regula procesos que provienen del derecho privado (derecho civil) y el cuestionamiento que se efectúa a la actuación de la Administración corresponde al derecho público. De igual manera, hemos referido que, si bien algún sector de la doctrina entiende que el Juez de aquella época no estaba impedido de declarar el derecho que correspondía al ciudadano, la praxis judicial no corrobora tal sugerencia. Lo cierto es que sólo a partir del año 2001, con la entrada en vigencia de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (Ley N° 27584) es que se ha producido la concreción del proceso de plena jurisdicción, con lo que se complementó al proceso de nulidad que se estableció en la primera de las normas citadas. Al respecto, precedentemente se ha analizado lo que ha significado dicha norma y los alcances del citado proceso.

El proceso contencioso administrativo es la vía ordinaria de control de la Administración, pero a lo largo de la historia de nuestro país la presencia de la justicia constitucional ha generado una posibilidad de acceder a una justicia más celerada y carente de requisitos como los solicitados para otra clase de procesos. Su inicial previsión de vía paralela generó una cultura judicial que ha sido denominada “la amparización” de la justicia. En la década de los años ochenta, la utilización de dicha vía constitucional determinó una fuerte tendencia de considerar a dicha vía como un medio eficaz de hacer valer los derechos subjetivos de los ciudadanos. Este fenómeno abarcó no sólo el derecho público, sino que también incluyó, de manera transversal la justicia privada y al propio proceso judicial (amparo contra

resoluciones judiciales). Los estragos de dicha cultura han sobrevivido y si bien la norma procesal constitucional ha establecido la jurisdicción constitucional como residual, el límite entre lo que puede ser conocido vía proceso de amparo o en la vía primigeniamente prevista no es muy claro. En el caso del contencioso administrativo, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha ido delimitando tales competencias, pero aún no queda del todo establecidas las facultades de cada una de las jurisdicciones, esto en razón que en cada caso en que a nivel de jurisprudencia constitucional se establecen las competencias, siempre se deja alguna causal que resulta poco clara y que permite acceder por alguna excepcionalidad al proceso constitucional. A esto se debe de aunar la estructura del Estado que prevé a algunos organismos inmunidad judicial, con lo cual no se aprecia muy claro los alcances del proceso contencioso administrativo.

Pese a ello, el proceso contencioso administrativo cumple su función de regular el control jurídico de la Administración, abarcando todos los estamentos del Estado a excepción de los organismos que son juzgados a través de la justicia constitucional o a través de los arbitrajes, sumándose a ellos la justicia ordinaria encargada de controlar la facultad reglamentaria.

Estas características de nuestro sistema determinan que el control de la Administración, no está sólo en manos de la justicia administrativa, sino que ésta se extiende a otras competencias que no necesariamente y exclusivamente tienen como finalidad el sometimiento de la Administración a la ley y la vigencia del principio de tutela judicial efectiva. Seguidamente veremos qué aspectos de la Administración no pueden ser conocidos por la jurisdicción contenciosa administrativa, precisándose de antemano que el artículo 3º del TUO de la Ley N° 27584 ha previsto un espacio de control excepcional de la Administración.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> El citado artículo señala: “Exclusividad del proceso contencioso administrativo. Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales.”

### 3.1.2. Control de la potestad reglamentaria.

El inciso 8º del artículo 118º de la Constitución, señala que corresponde al Presidente de la República, ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

La actual potestad reglamentaria tiene una tradición que se remonta a momentos posteriores a la Revolución Francesa, y en la cual se instituyó el principio de separación de poderes, por lo que la presencia de una potestad reglamentaria (fuente de Derecho), parecía incompatible con el sistema, sin embargo, un principio del antiguo régimen pudo justificarla y fue el llamado principio monárquico<sup>139</sup> el cual permitía reservar para el soberano la facultad de regular la actividad estatal. Esta justificación permitiría a la Administración el mejor desarrollo de su actividad, convirtiéndose en una las potestades más tradicionales de la Administración que incluso ha quedado plasmado en la mayoría de constituciones de tradición continental y que ha subsistido hasta nuestros días. Su desarrollo ha ido determinándose sobre todo por los límites que le impone la ley que se reglamenta a través de tal potestad, ya que históricamente se produjeron conflictos suscitados por la utilización de los reglamentos como cuerpo normativo capaz de dejar sin efecto normas de mayor rango

También se debe mencionar que si bien son facultades que la Constitución y la Ley le asignan a la Administración, existen diferencias entre un acto administrativo y el reglamento. Si bien en algún momento se señalaba que el reglamento no era más que un acto administrativo general, sin embargo, estas diferencias son las que permiten establecer el tratamiento especial que le da la legislación al reglamento. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ señalan:

---

<sup>139</sup> Al respecto: GARCÍA DE ENTERRÍA, E y T.R.FERNADEZ, *Op. Cit.*, tomo I, pp. 193-198.

La distinción más obvia entre el Reglamento y el acto es que aquel forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo “ordenado”, producido en el seno del ordenamiento y por éste previsto como simple aplicación del mismo. El Reglamento innova el ordenamiento (deroga otro Reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos), el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto (García de Enterría y Fernández 2006: Tomo I –198).

Para, el caso español se prevé que el control reglamentario esté en manos del Juez contencioso administrativo, y eso se condice con el control total de la Administración<sup>140</sup>, ya que dicha potestad reglamentaria es propia de las administraciones públicas<sup>141</sup>. A su vez, los niveles o instancias en los cuales se efectúa el control de la potestad reglamentaria, corresponde al alcance de la disposición general la misma que está en relación con la competencia territorial que ejerce la autoridad que la dicta<sup>142</sup>.

Sin embargo en el caso peruano, dicho control está en manos de la justicia ordinaria estando regulado a través del proceso de Acción Popular previsto en los artículos 84º y siguientes del Código Procesal Constitucional y pese a estar previsto en la norma procesal constitucional, es de competencia exclusiva del Poder Judicial; es decir está prevista como una justicia constitucional con una jurisdicción que no necesariamente es constitucional ya que, si bien la última instancia del proceso corresponde a la Sala Constitucional y Social de la Corte

<sup>140</sup> Una ilustrativa sentencia que se refiere al tema en comentario es la Sentencia del Tribunal Supremo español - Sala de lo Contencioso, dictada el 06 de Octubre del 2005.: [http://www20.gencat.cat/docs/CJA/Continguts/Eines\\_i\\_recursos/Jurisprudencia/Static\\_files/STS\\_06\\_10\\_05\\_compilacio\\_doctrina\\_TS\\_sobre\\_control\\_Reglaments.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/CJA/Continguts/Eines_i_recursos/Jurisprudencia/Static_files/STS_06_10_05_compilacio_doctrina_TS_sobre_control_Reglaments.pdf). Consulta: 24 de septiembre de 2010.

<sup>141</sup> Al respecto, se debe tener presente que dicho control se efectúa de dos maneras, el que proviene de la impugnación que realizan los administrados por considerar ilegal la disposición general (Artículo 25 de la Ley 29/1998) y a través de la “cuestión de ilegalidad” que se presenta cuando una sentencia ha determinado la ilegalidad de una disposición general, caso en el cual, el proceso es remitido al Tribunal superior, para que de manera directa conozca sobre el planteamiento de dicha “cuestión de ilegalidad” (artículo 27º de la Ley Nº 29/1998).

<sup>142</sup> Al respecto: ANTÓN SARMIENTO, Xosé. “Técnica Legislativa y control judicial”. *Revista Debate*. Pág. 21-41. [http://www.asamblea.gob.pa/debate/DEBATE\\_No16/03-ecnica\\_Legislativa\\_Control\\_Judicial.pdf](http://www.asamblea.gob.pa/debate/DEBATE_No16/03-ecnica_Legislativa_Control_Judicial.pdf)

Suprema, en primera instancia es conocido por las Salas Civiles y Laborales (según la materia)<sup>143</sup>. Si la naturaleza de las disposiciones generales que emite la Administración, está referida a la reglamentación que, por mandato constitucional se le atribuye a ésta, lo coherente es que el control de la competencia reglamentaría debería estar en manos de la jurisdicción contencioso administrativa es decir que la primera instancia debería corresponder a las Salas Contencioso Administrativas (en los distritos judiciales donde las haya) y no como actualmente lo es. Al respecto DANÓS ORDÓÑEZ da cuenta que en otros sistemas, generalmente, el control de la potestad reglamentaria de la Administración está en manos de la jurisdicción contencioso-administrativa:

Lamentablemente, la referida propuesta no fue recogida por los constituyentes que elaboraron lo que sería conocida como la Constitución de 1933, que sin embargo sí consagró un proceso ad hoc, especial, para el control judicial de las normas reglamentarias denominado “acción popular”, el que ha subsistido hasta nuestros días con carácter de proceso constitucional para el control jurisdiccional en vía directa de las disposiciones de carácter general de rango subordinadas a la ley, lo que importa una importante diferencia con la mayor parte de países con un régimen administrativo semejante al nuestro, en los que el control judicial de la legalidad de los reglamentos generalmente es materia de los procesos contencioso – administrativo (Danós s/a: 2)

Sin embargo, no cabe duda que la fórmula peruana, si bien no sigue ese orden, tampoco podemos negar que prevé su control a través de un procedimiento específico regulado en la norma procesal constitucional. Al respecto, cuando nos refiramos a la justicia constitucional, como parte integrante del sistema “mixto” de control de la Administración, incluimos el control de la potestad reglamentaria ya que el problema que apreciamos no resulta sustantivo sino de congruencia con la

---

<sup>143</sup>

El artículo 85º del Código Procesal Constitucional señala:

“La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes:

- 1) La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y

- 2) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.”

especialización de la instancia que debería conocer de estos procesos en primera instancia

### 3.1.3. Jurisdicción arbitral

Los contratos administrativos han tenido un desarrollo basado en la propia historia del contrato en general. La distinción inicial entre contratos administrativos y contratos privados sólo fue de carácter procesal tal como lo refieren Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNANDEZ: “La distinción contratos administrativos-contratos privados es, pues, exclusivamente en su origen una distinción a efectos jurisdiccionales y no sustantivos” (García de Enterría y Fernández 2006: Tomo I – 736). Sin embargo, luego la doctrina francesa efectuará distinciones respecto de ambos contratos que han sido recogidas por la doctrina española y la nuestra. Así, dos son los elementos que se caracterizan y difieren de los contratos privados o civiles. El primero es la que proviene de su tipicidad que se genera de la especificación normativa que los define o en la formación de las condiciones generales, lo cual no se advierte en los contratos civiles. El segundo está dado por las llamadas “cláusulas exorbitantes” que están relacionadas a las condiciones para su ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos.<sup>144</sup> Posteriormente, dada la complejidad de las relaciones contractuales de la Administración, se ha admitido que ésta puede efectuar contratos privados y contratos públicos, en los cuales la formación de la voluntad de la Administración se expresa de una misma manera.

A su vez, esta distinción entre el momento de formación de la voluntad y el de ejecución del contrato llevó a considerar la llamada teoría de los “actos separables” que establecía que, sin perjuicio de la regulación que determine cada tipo de contrato, la preparación y adjudicación era *separable* del contrato mismo. Esto permite que la formulación de la voluntad pueda ser materia de control por

---

<sup>144</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E. y T.R FERNANDEZ. *Op. Cit.*, tomo I, pp. 741 y siguientes.

parte de todos los involucrados en el proceso de selección, dándoseles la oportunidad de impugnar el procedimiento, la elección y adjudicación de una contratación pública, lo cual se complicaría si el proceso de formación de la voluntad y el contrato constituyesen un solo acto, ya que sería luego de su suscripción y ejecución que podría ser impugnado<sup>145</sup>.

Sin embargo, otro aspecto que es materia de debate en la doctrina, es el referido a la diferencia que existe entre los contratos administrativos y los contratos privados. Al respecto, partiendo del común origen de ambos tipos de contratos, por ejemplo GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, consideran que la diferencia no está referida a las normas que los regula, las que son consideradas muy próximas, sino que la diferencia proviene del propio contrato: “Dicho de otro modo, la distinción de regímenes jurídicos se hace más por series o tipos de contratos individualmente considerados que por su calificación genérica como privados o administrativos” (García de Enterría y Fernández 2006: Tomo I – 752). A partir de dichas ideas, tales autores consideran que la diferencia proviene de las modulaciones que se presentan en más intensidad en uno u otro caso por razón del “giro o tráfico” y que ha llevado a que sean estas modulaciones (aplicaciones de normas de naturaleza del derecho administrativo) las que determine que su control deba ser efectuado por la jurisdicción contenciosa o civil.

Es importante señalar que el dilema sobre qué jurisdicción es competente para conocer de los problemas que se susciten en la etapa de ejecución de un contrato, no se presenta en cuanto a la formación de la voluntad se refiere, ya que para ambos tipos de contrato, quien conoce de los conflictos que se susciten hasta antes de la suscripción del contrato es la jurisdicción contenciosa. La distinción se presenta en la jurisdicción encargada de solucionar las controversias que surjan con posterioridad a la suscripción del contrato. En el caso del contrato privado, se considera que la jurisdicción competente es la civil a diferencia del

---

<sup>145</sup> Ídem, tomo I, pp. 752 y siguientes.

contrato público que corresponde a la jurisdicción contenciosa<sup>146</sup> tal como es el caso de la legislación española.

Así, la Ley 30/2007 - Ley de Contratos del Sector Público (España), reconoce la existencia de contratos administrativos y contratos privados (artículos 19º y 20º) y determina la competencia de la jurisdicción contenciosa para el caso del contrato administrativo y la jurisdicción civil para el caso de los contratos privados.

En el caso peruano, no se prevé estos dos tipos de contratos, sino que se habla de la contratación estatal, lo que ha llevado a considerar, en cierto sector de la doctrina nacional, que el contrato estatal es un régimen unitario con intensidades respecto de sus modulaciones y regulaciones que se gradúan en cada caso pero en los que el Estado carecería de potestades que caracterizan a la contratación administrativa.<sup>147</sup> Sin embargo, el problema no se agota en tal distinción ya que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano, en la STC N° 02488-2004-AA/TC, ha establecido que en nuestro caso, el Estado sí tiene facultades administrativas que lo posibilita a resolver un contrato o dejar sin efecto una concesión, siempre que se sustente en motivos de interés público. En tal sentido, podemos concluir, conforme a lo señalado por Iñigo SANZ RUBIALES, que en nuestro caso, estamos ante contratos administrativos pero con algunas preponderancias del derecho público y del privado que nos acerca a las distinciones existentes en la legislación comparada<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> Al respecto: FONT I LLOVET, Tomás. 2003. "Control Jurisdiccional de la Selección de Contratistas" COSCULLUELA MONTANER, Luis (Coordinador). *Estudios de Derecho Público Económico - Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid. Civistas Ediciones S.L., pp. 1451-1470 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E y T.R. FERNANDEZ *Op. Cit.*, tomo I, pp. 752-755.

<sup>147</sup> Al respecto: BACA ONETO, Víctor Sebastián. 2008. "La distinción entre los contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica." En PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ y ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008)*. Lima. Grijley, pp. 663-689.

<sup>148</sup> SANZ RUBIALES, Iñigo: 2004. "Algunos problemas de la regulación de los contratos públicos en el derecho peruano"; en "Revista peruana de Jurisprudencia" Año 6 / N° 39 / Mayo 2004, pp. 3-16

Retomando lo señalado respecto a que los problemas de ejecución del contrato determinan la competencia de la jurisdicción contenciosa y de la jurisdicción civil para los contratos administrativos y contratos privados respectivamente, en nuestro caso, no existe distinción entre contrato administrativo y contrato privado por lo que toda controversia referida a la ejecución del contrato estatal, corresponde a la jurisdicción arbitral. Esa alternativa ha llevado a algún sector de la doctrina nacional a hacer una distinción entre “potestades” y “prerrogativas” lo que determinaría que la previsión del arbitraje excluya la posibilidad de considerar que la norma haya otorgado potestades a la Administración al momento de contratar, lo que justificaría la imposición de tal medio de solución de conflictos, sin embargo, ello no es tan preciso. Iñigo SANZ RUBIALES se percata de una contradicción al respecto cuando señala:

Y en esto la Ley peruana incurre en una clara contradicción, cuando admite, por una parte, las prerrogativas administrativas y por otra, el arbitraje obligatorio. Baste recordar la doctrina del Conseil d'État francés, proclive a la utilización del arbitraje en los contratos públicos, que recuerda que el control de las decisiones administrativas escapa a la competencia del árbitro. El juez administrativo es competente únicamente para decidir de un recurso de anulación contra un acto separable o contra un acto ejecutorio” (Sanz Rubiales 2004: 11).

El artículo 40.b del Decreto Legislativo N° 1017, norma que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (la cual sigue fórmulas que se han previsto en las normas anteriores de la materia) señala: “Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento”. Ante la imposición de dicha normatividad, Mario LINARES, no considera que se trate de una desnaturalización del sistema arbitral, el cual se caracteriza por su consensualidad, así señala:

...cabe señalar que en realidad no existe una obligatoriedad directa hacia el particular para que éste se someta a la vía arbitral, sino, en estricto, una obligación legal de la administración de solucionar las controversias con su co-contratante por

medio de dicha vía. El particular que desee contratar con el Estado se somete de modo voluntario no sólo a las bases del procedimiento y a los términos contractuales, sino a la totalidad del régimen previsto para los contratos en los que es parte el Estado; las condiciones se encuentran previstas con anterioridad, tal cual sucede en un contrato de adhesión en el ámbito privado (Linares 2002: 202).

149

Sin duda el argumento expuesto contiene una contradicción intrínseca dado que una jurisdicción como la arbitral, que tiene un origen en la voluntad de la partes (consensualidad), pueda, de pronto, ser impuesta por una ley y, a partir de la voluntad de participar en una licitación, se justifique el sometimiento a tal cláusula que contraviene el carácter antes anotado, otorgando a la jurisdicción arbitral un carácter exclusivo y excluyente. En un país, en el cual que el mayor adquirente de bienes y servicios es el Estado<sup>150</sup>, resulta difícil de aceptar la idea que los agentes económicos estén en posición de discutir tal imposición.

Algún sector de la doctrina justifica tal imposición en la división que establece la dogmática respecto a los arbitrajes voluntarios y obligatorios. Sin embargo, tal distinción no es tan clara en nuestro caso, ya que el artículo 63º de la Constitución opta por el arbitraje voluntario, por lo que no debe haber norma inferior que contradiga tal disposición, tal como se ha señalado en el capítulo anterior respecto a la declaración del Tribunal Constitucional peruano al respecto.

La llamada teoría de los actos separados entre la formación de la voluntad y el contrato mismo, se advierte claramente de los artículos 52º y 55º del Decreto Legislativo N° 1017 –Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo qué justifica que para la ejecución del contrato en el Perú, sólo se haya previsto la jurisdicción arbitral?

---

<sup>149</sup> Esta idea también es compartida por autores como Franz KUNDMÜLLER CAMINITI, Gonzalo GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Mario CASTILLO FREYRE, Rita SABROSO MINAYA y Derik LATORRE BOZA.

<sup>150</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA, Rita. 2009. *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Lima. Palestra, pp. 16.

La respuesta está relacionada con la eficiencia económica y la demora que implica los procesos judiciales, pero nada más... Si bien se ha ensayado el argumento de no discriminación basado en el hecho que el inversionista extranjero tendría un privilegio de acceso a un Tribunal internacional, esa no parece ser la razón que ha motivado la previsión exclusiva del arbitraje. La justificación de la doctrina nacional a favor del arbitraje utiliza paralogismos como: sin arbitraje no existe motivación para la inversión privada; sin embargo, esta disyuntiva es casi imposible de probar.

La diferencia entre prerrogativas y potestades no pueden implicar una imposición de una jurisdicción de manera excluyente de las que por naturaleza deben de conocer de los conflictos que se susciten a lo largo de la contratación administrativa.

El celo por la celeridad, ha determinado que las cuestiones que susciten entre las partes con posterioridad a la firma del contrato, deben ser resueltas por un arbitraje o una conciliación: en la práctica, es el arbitraje el que resuelve las cuestiones que se susciten de la ejecución del contrato<sup>151</sup>, con lo cual la jurisdicción contenciosa está excluida del conocimiento a lo que se refiere al control de la ejecución de los contratos públicos. Ya en el segundo capítulo hemos señalado que el examen judicial del laudo arbitral, en el caso peruano, es formal y nunca respecto del fondo, con lo cual dicha verificación que, de manera indirecta, se podría pensar que se puede realizar, resulta remota, con lo que el control de la Administración en lo que respecta a este punto está sólo en manos del(os) Árbitro(s). Al respecto, las interrogantes de Iñigo SANZ RUBIALES resultan pertinentes reproducirlas:

---

<sup>151</sup> El inciso b) del artículo 40º del Decreto Legislativo N° 1017 señala:  
"Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:  
b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.

..¿que pasa cuando – durante la ejecución del contrato-, la Entidad contratante ejerce el *ius variandi* y el contratista se opone, planteando la correspondiente controversia? ¿deberá determinarse por un árbitro? ¿Puede un árbitro determinar la legalidad o ilegalidad del ejercicio de una determinada potestad administrativa unilateral y otorgada por Ley, como es la del *ius variandi*? (Sanz Rubiales 2004: 11).

Un punto que también nos puede ayudar a comprender la opción peruana, es que en nuestro caso, no se ha diferenciado entre materias disponibles e indisponibles<sup>152</sup>. Así, dada la obligatoriedad del arbitraje, pareciera que el legislador ha entendido que todos los problemas, sin excepción, que se susciten en la ejecución del contrato, sólo se tratarían de actos administrativos disponibles, lo cual resulta poco realista, más aún si en la causal de “enriquecimiento sin causa” muchas veces se ha englobado al propio control de la legalidad.

Cosa distinta sucede en el caso español en el cual a través del artículo 21º de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, ha previsto que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, y el orden jurisdicción civil conocerá de los mismos conflictos que se susciten de los contratos privados. Con relación al arbitraje, dicha norma ha previsto en su artículo 39º que los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren. En dicha legislación, el arbitraje tiene una aplicación sólo para entidades que no sean Administraciones Públicas y el mismo no resulta imperativo.

<sup>152</sup> Al respecto: LINARES JARA, Mario. 2008. “Arbitraje sin materia indisponible en el régimen peruano de los contratos del Estado.” en PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ Y ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008)*. Lima. Grijley, pp. 717-728

El tema es necesario de tener en cuenta más aún si es el propio Mario LINARES, quien no reprocha esta fórmula, señala:

La discrecionalidad existe si sólo es otorgada y delimitada por la ley o si se quiere con los peligros que ello implica, si se interpreta fehacientemente, como determina Manuel Clavero Arévalo, que el legislador ha optado intencionalmente por el silencio, significando ello el otorgamiento implícito de facultades discrecionales.

Ahora bien, existen dos supuestos en los que el o los árbitros pueden encontrarse con vacíos o deficiencia de la ley: uno de ellos es el referido al análisis de la actuación de la administración justamente en el mismo caso y que ha sido motivo de la controversia; y el otro, cuando se encuentra ante ello para laudarlo... (Linares 2002: 204)<sup>153</sup>.

Este ámbito de control otorgado al arbitraje puede que contenga situaciones en que la Administración haga uso de su discrecionalidad, ante lo cual estaríamos en un espacio exento de control jurisdiccional. Si bien no es menos cierto que la demora de los procesos contencioso administrativos nos pueda llevar a pensar que las cosas deben quedarse como están, considero que la causa que justifica la eficiencia económica no es una única razón para dejar de lado el mandato constitucional. Tal como hemos señalado en el capítulo anterior, el Tribunal Constitucional no considera que una norma pueda imponer un arbitraje no consensuado (Sentencia N° 10063-2006-PA/TC).

Al respecto, no propongo la exclusión del arbitraje como posibilidad de solución de controversias en la contratación estatal, pero si considero que debe reponerse la facultad de las partes a pactarlo como medio alternativo de solución de conflictos o, siendo imaginativos, se estipule un recurso de revisión de laudo arbitral en sede judicial para los casos de contratación pública que pueda efectuar un control material de la decisión, pero no con las características de proceso, sino en forma de instancia; esa sería una forma de salvar la incompatibilidad de la ley con el sistema en general, dando la posibilidad que los problemas que se susciten en la

---

<sup>153</sup> En doctrina nacional, Ana María ARRARTE ARISNABARRETA y Calos PANIAGUA GUEVARA, no comparten las ideas que justifica el arbitraje obligatorio, y Fernando CANTUARIAS SALAVERRY se declara no entusiasta defensor de la imposición del arbitraje.

ejecución del contrato administrativo, sean conocidos por la instancia judicial y, en caso se opte por una opción legislativa que otorgue la competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa, se prevea un proceso sumario con plazos de responsabilidad. Dada las cosas como se encuentran actualmente, no sería de extrañar que una de las partes de un contrato administrativo, en aplicación de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, acuda a sede judicial y en la misma se inaplique la cláusula arbitral, lo que acarearía una dificultad mayor a la que se ha esbozado<sup>154</sup>.

#### 3.1.4 Justicia constitucional

Hemos señalado en el segundo capítulo (punto 2.3.1) con referencia al control de la Administración, que la limitación de los procesos constitucionales para aquellos casos que estén referidos al contenido constitucionalmente protegido y la residualidad del amparo (incisos 1° y 2° del artículo 5° del Código Procesal Constitucional), han motivado la expedición de decisiones por parte del Tribunal Constitucional en las cuales ha delimitado lo que puede ser conocido a través del proceso de amparo y lo que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. El criterio básico utilizado por el Tribunal, lo constituye la vulneración al contenido esencial del derecho invocado por el ciudadano y la existencia de vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho y cuyos pronunciamientos hemos precisado oportunamente (casos “Anicana Hernández” y “Baylón Flores”)

Una segunda circunstancia que ha otorgado competencia a la justicia constitucional es la que se genera a partir de lo dispuesto por los artículos 142°, 154°.3 y 181° de la Constitución que establecen que tanto las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura como del Jurado Nacional de Elecciones, no

---

<sup>154</sup> Al respecto, tal como se ha señalado en el capítulo anterior, la emisión de la STC N° 00142-2011-AA/TC es un paso importante para la revisión de las decisiones arbitrales pero que no salva los cuestionamientos anotados.

son revisables en sede judicial, lo cual ha originado pronunciamientos del Tribunal Constitucional (STC N° 2409-2002-AA/TC y STC N° 2366-2003-PA/TC), que han permitido el control de la actuación de estos organismos constitucionalmente autónomos, basados en el criterio que no puede existir ningún ámbito de la Administración exento del control jurisdiccional.

Es ante esta justicia constitucional en que se han emitido sentencias que han contemplado la adopción de algunos principios y criterios que valen la pena destacar por su importancia para la legislación nacional. Así por ejemplo, considero que constituye un paso muy importante para el desarrollo de los derechos de los ciudadanos el principio de Interdicción de la Arbitrariedad, desarrollado en las sentencias 0090-2004-AA/TC y 1803-2004-AA/TC, sobre la cual volveremos más adelante. En la primera de las citadas, el Tribunal ensayó un análisis de la discrecionalidad, y su regulación a partir de los límites que le impone el derecho abordando el problema de la arbitrariedad, situación que constituye uno de nuestros puntos centrales de desarrollo y en la segunda concretizó el principio de interdicción de la arbitrariedad. Si bien, como hemos mencionado, otras decisiones han analizado estos puntos (como por ejemplo la STC N° 0766-98-AA/TC), tomaremos las decisiones antes anotadas para reconstruir la argumentación que tiene el Tribunal respecto de la discrecionalidad y la interdicción de la arbitrariedad. Estos dos aspectos son los que han posibilitado la competencia y la tutela en la justicia constitucional.

Sin duda que un gran avance de los sistemas judiciales producido a partir de la segunda mitad del siglo XX lo ha constituido la preponderancia que ha adquirido las decisiones jurisdiccionales emitidas por sus máximos organismos. Si bien en el caso norteamericano la Corte Suprema, desde inicios del siglo XIX había adquirido una gran trascendencia por la técnica del control difuso, para el caso de los países de la Europa continental y de la mayoría de los casos de los países latinoamericanos, tal desarrollo se inició en los años cincuenta y siguientes del siglo pasado, período en el cual los tribunales constitucionales dejan de lado la

limitada función que Kelsen les asignó, pasando a dar un gran predominio a la aplicación de los principios constitucionales y determinando la asignación de derechos vía la interpretación de la Constitución. Es a partir de dichos años en que se generan la expedición de sentencias correctoras que, a cambio de salvar la constitucionalidad de la norma, le imponen un significado y una interpretación acorde con los principios regulados en la Carta Magna.

Nuestro país, aunque con algunos años de atraso, no ha sido la excepción. El Tribunal Constitucional ha emitido una serie de pronunciamientos a través de los cuales ha buscado no dejar exento de control ningún ámbito de la Administración, así como que ha establecido como derecho constitucional implícito, el principio de interdicción de la arbitrariedad. Estos alcances establecidos a través de la vía jurisprudencial, han sido determinantes para el sometimiento de la totalidad de la Administración al derecho y a la ley. Ya hemos analizado cuales son dichos pronunciamientos y cuáles han sido sus alcances. Establecida la competencia de la justicia constitucional y aunada a ella las demás instancias que también realizan el control de la Administración nos permite verificar cómo se efectúa el control de la actuación de la Administración y cómo se encuentra disgregado en competencias y jurisdicciones (justicia contencioso administrativa, justicia constitucional y jurisdicción arbitral) que, en algunos casos, han superado prohibiciones legales (como es el caso del Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones) que en un primer momento lo impedían<sup>155</sup>. Esta es la estructura que me permite apreciar que nuestro sistema de control es compartido (mixto) a comparación del caso español y seguramente respecto de

---

<sup>155</sup> Con relación a la inmunidad que nuestros constituyentes introdujeron en la actual Constitución peruana respecto de estas instituciones, ESPINOSA-SALDAÑA daba cuenta sobre la intencionalidad de tal opción cuando señalaba:

Múltiples son las situaciones que en el Perú nos permitirán corroborar las afirmaciones que acabamos de formular. Basta con mirar como desde incluso nuestros mismos textos constitucionales pareciera haberse apostado a la configuración de entidades administrativas a cuyo quehacer habría querido asegurársele una suerte de inmunidad de jurisdicción, alternativa muchas veces planteada como pauta para preservar la autonomía funcional de las entidades a las cuales venimos haciendo referencia. (Espinosa-Saldaña 2007: 427-428).

otras legislaciones que, ordenadamente, han previsto como el mecanismo de control natural de la Administración a la jurisdicción contencioso administrativa<sup>156</sup>.

Esta manera de regular el control traen algunos problemas como la diferenciación que existe entre las decisiones del Tribunal Constitucional y las de la Corte Suprema y que como se verá se han desarrollado de manera disímil. Así, adelantando algunas reflexiones, puedo indicar que el desarrollo de la jurisprudencia judicial no se ha efectuado en la misma línea que las expresadas en las decisiones del Tribunal Constitucional quien sí ha utilizado técnicas de control de la Administración más desarrolladas, sobre todo en el tema de la discrecionalidad.

### **3.2 EL CONTROL DE INSTITUCIONES CUYAS DECISIONES SON IRREVISABLES POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN.**

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 142º, 154.3 y 181º de nuestra Constitución, existen dos organismos autónomos que emiten actos administrativos, pero cuyas decisiones son inimpugnables en sede judicial. Estas son el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones. Estas disposiciones no resultan acordes con un Estado de derecho constitucional en el cual toda entidad que cumple una función administrativa debe de estar sometida al derecho, esto como expresión que ningún poder estatal que puede ser impuesto al ciudadano debe estar exento de control. Sin embargo, la consecuencia de una situación como la que presenta nuestra estructura estatal,

---

<sup>156</sup> Desde hace algún tiempo DANÓS ORDÓÑEZ ya se percataba de esta peculiaridad en nuestro sistema cuando precisaba:

Para tener una visión completa de la operatividad del mismo y de las implicancias de la reforma integral del régimen legal del proceso contencioso – administrativo, me parece indispensable realizar una somera descripción de los procesos constitucionales que operan también como mecanismos alternativos para el control de las actuaciones de la administración pública en orden a la tutela de los derechos constitucionales de los demandantes, de los tribunales administrativos que constituyen manifestaciones de “autocontrol” realizado en sede administrativa, e incluso de los proceso arbitrales como mecanismos alternativos a la solución de controversias entre la administración y los particulares que han experimentado notable incremento en los últimos años principalmente en el ámbito de la contratación administrativa (Danós s/a: 15).

es suplida por la jurisprudencia constitucional a través de la cual, los órganos supremos de interpretación de la Constitución, llámese Corte Suprema o Tribunal Constitucional, son los encargados de salvar tal incongruencia, acorde como ha sucedido en el caso peruano. A partir de las citadas disposiciones y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, analizaremos cómo se está llevando adelante el control de sus decisiones y a través de qué mecanismos es posible efectuarlo.

### 3.2.1.- El Control del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM).

El Consejo Nacional de la Magistratura es un organismo constitucionalmente autónomo al que se le ha encargado la selección y nombramiento de los jueces y fiscales de toda la república a excepción de los Jueces de Paz los cuales provienen de elección popular<sup>157</sup>. Así, el artículo 154º de la Constitución le atribuye principalmente tres funciones: la de nombrar, previo concurso público, la de ratificar (cada 07 años) y la de destituir a jueces y fiscales como consecuencia de su facultad sancionadora. Un dato importante es que en el citado artículo le ha dado el carácter de inimpugnable a la última de las facultades (destitución). Sin embargo, esta misma característica se aprecia también para los procesos de evaluación y ratificación. Así, el artículo 142º de la propia Constitución señala: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.”

Lo señalado en el citado artículo, pareciera que no existe la posibilidad de efectuar algún tipo de evaluación jurisdiccional con relación a las decisiones de esta institución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, ha considerado que dicho mandato no alcanza a la justicia constitucional y que por ende las decisiones del CNM no están exentas del control externo ejercido, en este caso, por la justicia

---

<sup>157</sup> El artículo 152º de la Constitución señala: “Lo Jueces de Paz provienen de elección popular. Dicha elección, sus requisitos, el desempeño jurisdiccional, la capacitación y la duración en sus cargos son normados por ley”.

constitucional. Así, en los puntos a) y b) del fundamento 1 (debió decir 2) de la STC N° 2409-2002-AA/TC ha precisado:

En la resolución de la presente controversia se tienen en cuenta los argumentos adoptados por la recurrida, y se hace necesario dilucidar, previamente al análisis del tema de fondo, si la demanda interpuesta reúne o no los requisitos que justifiquen su procedencia. Sobre tal extremo, este Colegiado no puede menos que objetar el raciocinio utilizado por la recurrida para justificar los alcances de la nulidad decretada y la renuncia a su deber de merituar desde la perspectiva de una interpretación constitucional si la regla contenida en el artículo 142.º de la Constitución admite una exclusiva y excluyente lectura. Las razones que sustentan esta afirmación son de dos tipos y conviene aquí explicitarlas:

a) El hecho de que una norma constitucional pueda ser analizada a partir de su contenido textual no significa que la función del operador del Derecho se agote, en un encasillamiento elemental o particularizado, con el que se ignore o minimice los contenidos de otros dispositivos constitucionales, con mayor razón si resulta evidente que aquellos resultan siendo no un simple complemento, sino en muchos casos una obligada fuente de referencia por su relación o implicancia con el dispositivo examinado. La verdad, aunque resulte elemental decirlo, es que las consideraciones sobre un determinado dispositivo constitucional solo pueden darse cuando aquellas se desprenden de una interpretación integral de la Constitución, y no de una parte o de un sector de la misma, como parecen entenderlo, en forma por demás errónea, los jueces de la jurisdicción judicial.

b) De lo antes expuesto, queda claro para este Colegiado que cuando el artículo 142.º de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de Jueces, limitación que no alcanza al Tribunal Constitucional por las razones antes mencionadas, el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertirlo en un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son

aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma Carta les impone. El Consejo Nacional de la Magistratura, como cualquier órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, pues resulta indiscutible que estas no dejan en ningún momento de sujetarse a los lineamientos establecidos en la normal fundamental. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, *a contrario sensu*, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201.º y 202.º de nuestro texto fundamental

Estos argumentos, han establecido la imposibilidad de la existencia de zonas exentas de control y a partir del cual procederemos a verificar cuál ha sido el desarrollo del citado control al CNM y para lo cual lo haremos a partir de las tres facultades que principalmente ejerce.

### 3.2.1.2. *La facultad de nombramiento.*

El nombramiento de jueces y fiscales se realiza por selección previo a un concurso público de mérito que está reglamentado y a través del cual se busca cubrir la expectativa del perfil de magistrado que se sustenta básicamente en virtudes como probidad e idoneidad. En lo que refiere a este aspecto (selección), no se advierte que exista impedimento legal para realizar el control jurídico de las decisiones del CNM, tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional en pronunciamientos ya comentados, siempre que se pueda establecer que dichas decisiones hayan sido tomadas con criterios ajenos a los del mérito<sup>158</sup>. Al

<sup>158</sup> Es interesante la doctrina desarrollada en la Argentina, en donde, se considera que esta facultad también es plausible de control judicial. Al respecto: VILLARRUEL, María Susana y Juan José GALEANO. "El control judicial de los actos del Consejo de la Magistratura." 2004.

respecto, a nivel administrativo, existen algunos casos relacionados con al nombramiento de postulantes y en los cuales el propio CNM ha revisado su decisión final. Uno está referido a lo sucedido en un concurso de selección para la zona sur del país, en el cual se erró al otorgar el puntaje a un grupo de participantes, lo cual incidió en el resultado del concurso; y dos casos que provienen del distrito judicial de Lima. El primero relacionado con el puntaje de la entrevista otorgado a una postulante al cargo de Vocal Superior que posteriormente fue declarada candidata en reserva y finalmente nombrada en el cargo y, el segundo referido al caso de la nulidad del nombramiento de una postulante proclamada para el cargo de Fiscal Adjunta Superior quien en un concurso posterior accedió al cargo de Fiscal Provincial.

A nivel judicial se han presentado algunos casos relacionados al concurso como lo son por ejemplo el referido al otorgamiento de puntaje en el aspecto curricular (STC N° 01800-2008-PA/TC) y la posibilidad de ser declarado apto para participar en un concurso a Vocales y Fiscales Supremos (STC N° 03613-2010-PA/TC) pero que fueron desestimados por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, con relación al nombramiento propiamente dicho, sin duda, las decisiones que han efectuado un control respecto de esta facultad del CNM son las emitidas recientemente por el Tribunal Constitucional a través de la STC N° 3891-2011-PA/TC y de la STC N° 4944-2011-PA/TC (provenientes del mismo concurso), mediante las cuales dicho organismo ha declarado nulo los Acuerdos respectivos a través de los cuales se decidía, por mayoría, el no nombramiento de dos postulantes al cargo de Fiscales Supremos por no satisfacer en su totalidad y de modo razonable, las exigencias para acceder a tan alto cargo.

En el caso de la primera sentencia (STC N° 3891-2011-PA/TC – caso Hinostroza Pariachi), proviene del cuestionamiento de un Acuerdo mediante el cual el CNM decidió por mayoría no nombrar a un postulante al cargo de Fiscal Supremo.

---

*Documentación Administrativa* N°s 269-270 – May-Dic. 2004 – Instituto Nacional de Administración Pública, pp.101-122.

Dicha decisión fue adoptada en mérito a que, por informaciones periodísticas, se cuestionaba la idoneidad del postulante al citado cargo, alegándose dos razones para ello: la primera era la de haber adquirido un inmueble en los Estados Unidos de América sin haberse aclarado el origen de los recursos para dicha adquisición y, la segunda era la de haber asesorado a un ciudadano de nacionalidad china acusado de haber cometido el delito de narcotráfico. Al respecto, el Tribunal luego de analizar cada una de las razones de su no nombramiento pese a haber obtenido las más alta calificación, concluye que dichas imputaciones no tenían sustento fáctico y que por ende afectaban el derecho del demandante a la debida motivación y a ejercer una función pública.

Si bien dicha decisión puede ser controvertida, no se puede dejar de señalar que el Tribunal ha efectuado un control de la función administrativa del CNM y ante la comprobación de una afectación de un derecho constitucional, decidió amparar la pretensión, sin embargo, no se advierte que el Tribunal haya pretendido sustituir al CNM, ya que ha procedido a ordenar la nulidad del Acuerdo mediante el cual se efectuó la votación final, y ordenó se realice una nueva. Cabe señalar que dicha votación se efectúa al final de todo el proceso selectivo, es decir con posterioridad a la entrevista personal, respecto de la cual el Tribunal no ha ordenado su repetición, sino que el pleno del CNM deberá sólo proceder a la votación final. De lo señalado en la citada sentencia, se pueden establecer dos conclusiones: la primera es que todas las facultades del CNM están sometidas a control, aunque sólo se pueda efectuar en sede constitucional y la segunda es que el Tribunal comparte lo que la mayoría de la doctrina sostiene en el sentido que no es posible que el Juez sustituya a la Administración cuando de funciones exclusivas se trata (en el presente caso de nombramiento de magistrados).

Sin embargo, pese a la autoridad que el Tribunal denota respecto del control total de la Administración, existe un aspecto que, al igual que la Corte Suprema, no es muy comprendido por dicho organismo y es el referido a la distinción entre las

facultades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados. En efecto, en el fundamento 46° de la indicada sentencia el Tribunal señala:

En efecto si bien la mayoría de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura motivan y expresan las razones que los condujeron a tomar una determinada decisión, esto es, la de no nombrar al actor debido a los cuestionamientos de parte de determinados medios de comunicación, sin embargo se advierte que el acuerdo cuestionado, si bien ha sido emitido al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida, resulta arbitrario por cuanto carece de justificaciones objetivas que, por lo demás, debió provenir de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso de evaluación materia del concurso público al que postuló el actor.

Al respecto debemos señalar que el artículo 53° del Reglamento de Concursos para Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales, aprobado mediante Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 281-2010-CNM, el cual rigió el concurso materia de cuestionamiento, establecía:

Los Consejeros reunidos en Pleno proceden al acto de votación nominal en estricto orden de méritos. Se nombra al postulante que obtiene el voto de por lo menos los dos tercios del número legal de sus miembros. En caso que el Pleno encuentre factores para no nombrar a un postulante siguiendo el orden del cuadro de méritos, se dejará constancia de su decisión y de las razones debidamente fundamentadas en el acta respectiva.

Del contenido de dicha norma, no se puede advertir que la Ley otorgue a los Consejeros alguna facultad discrecional, ya que la última parte los obliga a expresar las razones por las cuales no se nombra a algún postulante que haya obtenido un puntaje mayor, con lo cual la facultad deviene en reglada. En efecto, la obligación de expresar las razones del no nombramiento convierte la facultad de nombramiento en una facultad reglada que resulta plausible de control, tal como lo efectuó el Tribunal Constitucional, ya que si bien el acuerdo estaba motivado, las razones expuestas no resultaban congruentes con la realidad. Es precisamente tal exigencia de expresar las razones del rechazo de un postulante que permite verificar que las mismas puedan ser contrastables y comprobables. La confusión,

a mi criterio, se genera a partir que el Tribunal considera que la decisión de la mayoría de los Consejeros se sustenta en el hecho que el postulante no cumplía con el requisito de “trayectoria personal éticamente irreprochable” (fundamento 27°), términos que en ese contexto se convierten en jurídicamente indeterminados ya que corresponderá a la Administración y al Juzgador, en una eventual posibilidad de control, establecer lo que se puede comprender dentro de tal terminología. En el caso en comentario, tal precisión no ha sido necesaria establecer, en razón que las imputaciones se sustentaron en hechos que no fueron comprobados o que fueron desvirtuados.

Pese a tal confusión, es importante considerar que existe una instancia constitucional que puede realizar el control de la función administrativa de todas las instituciones que, sustentadas en razones de interés general, pueden afectar derechos individuales subjetivos en lo que respecta a su contenido constitucional, con lo cual se puede verificar la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad.

La segunda sentencia (STC N° 4944-2011-PA/TC – caso Mateo Castañeda) también cuestiona un acuerdo de votación proveniente del mismo concurso convocado para ocupar tres plazas a Fiscales Supremos en el cual, en el promedio final, el postulante obtuvo el tercer lugar; en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional ampara la pretensión del postulante al entender que se ha trasgredido el derecho a la debida motivación. Analizada la sentencia se observa que el CNM al momento de expresar las razones del no nombramiento del actor, señala que existen “...diversos cuestionamientos sobre su desempeño funcional en el Ministerio Público, en desmedro de la imagen pública que las normas y, específicamente, el Reglamento de Selección y Nombramiento, exige para tan elevada función, aspectos que, por lo demás, no fueron debidamente aclarados durante la entrevista.”

Al respecto, el Tribunal cuestiona tal argumentación en razón que no identifican los citados cuestionamientos y por ende se advierte también la afectación al derecho de defensa del postulante. Sin embargo, de la transcripción de la parte pertinente del acuerdo del CNM materia del proceso, se puede apreciar que esa no fue la única razón por la cual no se nombró al postulante, sino que también se alegó que el concursante, invitado a exponer sus propuestas y planeamientos para el desarrollo de la institución, éste sólo se limitó a explicar el contenido de las leyes y a señalar que el Poder Legislativo era el único responsable. Como se ha precisado, el Tribunal no aborda este extremo de la argumentación por lo que se debe entender que para éste, la falta de motivación antes anotada resultaba suficiente para amparar la pretensión.

Dada la similitud entre ambas causas, el Tribunal reproduce muchos de los argumentos analizados al momento de comentar la primera sentencia, reiterándose la confusión antes anotada entre lo que constituye la facultad discrecional y los conceptos jurídicos indeterminados, tal como se aprecia del fundamento 36° de la segunda sentencia. Conforme he señalado anteriormente, la confusión puede generarse a partir de la indeterminación de los conceptos y que están comprendidos en criterios valorativos, éticos y morales, tal como se puede deducir del fundamento del voto del magistrado Baumont Callirgos<sup>159</sup>.

A través de las citadas sentencias, el Tribunal ha determinado la posibilidad de control de una de las principales funciones del CNM, lo que se ha ido produciendo

---

<sup>159</sup> Finalmente, el 08 de junio de 2012, el CNM emitió un comunicado público mediante el cual señaló que la plaza quedó desierta por no haber alcanzado ninguno de los concursantes los cinco votos requeridos para obtener el nombramiento. El citado comunicado reza: “*Se hace de conocimiento público, que el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura en sesión de la fecha y en cumplimiento de las sentencias N° 3891-2011-PA/TC y 04944-2011-PA/TC del Tribunal Constitucional con sus aclaratorias, procedió según el cuadro de orden de méritos, a la votación de los postulantes para la plaza de Fiscal Supremo del Ministerio Público: doctores César Hinostroza Pariachi y Mateo Castañeda Segovia, correspondiente a la Convocatoria N° 002-2010-SN-CNM, no habiendo alcanzado ninguno de los postulantes los cinco votos requeridos para ser nombrados, conforme lo dispone el artículo 154° inciso 1 de la Constitución Política. En consecuencia, el concurso de esta plaza se declara desierto.*”

[http://www.cnm.gob.pe/cnm/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2068:comunicado&catid=23:-nombramiento&Itemid=131](http://www.cnm.gob.pe/cnm/index.php?option=com_content&view=article&id=2068:comunicado&catid=23:-nombramiento&Itemid=131) – Consulta 20 de Agosto de 2012.

con el transcurso de los años a través de los cuales, su jurisprudencia ha desarrollado su concepto respecto del control jurídico de la Administración y del principio de interdicción de la arbitrariedad.

### 3.2.1.3. *La facultad de ratificación.*

Esta facultad tampoco ha tenido un desarrollo pacífico. En mérito a dichas facultades, en sus inicios, el CNM procedió a efectuar la votación de las ratificaciones, entendiendo que, siendo un acto de confianza pública en el magistrado, no requería motivación. Este hecho generó el inicio de una serie de procesos constitucionales y de una solución amistosa por parte del Estado peruano con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (fundamento jurídico 17 de la STC 1412-2007-AA/TC – caso Lara Contreras), a partir de lo cual se ha procedido a motivar la decisión de ratificar o no ratificar a un magistrado, sea este del Poder Judicial o del Ministerio Público<sup>160</sup>. Pese a la prohibición expresa del artículo 142º de la Constitución, un grupo de jueces que conocieron las acciones de amparo promovidas por los afectados con la medida, estimaron las demandas, sustentando su decisión, entre otros argumentos, en la afectación al debido proceso, ya que la falta de motivación implicaba tal trasgresión. Este quizá sea el punto de inicio del control de legalidad con respecto al CNM. En esos momentos, dichos magistrados fueron duramente criticados por la contravención a la Constitución, sin embargo, el transcurso del tiempo nos muestra que la no motivación implica una forma de arbitrariedad. Con relación a la posibilidad de efectuar dicho control, tal como se ha precisado precedentemente, éste si es posible conforme a los criterios expresados en la antes analizada STC N° 2409-2002-AA/TC (caso Gonzales Ríos) en donde estableció que la función de ratificación sí era plausible de control, empero a través de la vía constitucional.

---

<sup>160</sup> En el caso Almenara Bryson (STC N° 1941-2002-AA/TC) el Tribunal consideró que la no motivación de la decisión de no ratificar a un magistrado no se contraponía al Estado Constitucional de Derecho y a los valores que la institución persigue (fdto jurid. 20).

Posteriormente en el año 2004, se promulgó el Código Procesal Constitucional – Ley 28237-, el cual en su artículo 5.7 señala:

No proceden los procesos constitucionales cuando:

7. Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado;

Ante tal disposición, el Tribunal Constitucional, en el segundo fundamento de la STC N° 3361-2004-AA/TC (Caso Álvarez Guillén) precisó:

Desde el 1 de diciembre de 2004 se encuentra vigente el CPC, el cual, en su artículo 5.º, inciso 7), señala que (...)

De este modo puede deducirse, contrario sensu, que sí proceden los procesos constitucionales respecto de resoluciones definitivas del CNM, cuando estas sean inmotivadas y/o cuando hayan sido emitidas sin audiencia del interesado.

A partir de dicha precisión, a través del proceso de amparo se ha efectuado el control de la actividad del CNM en lo que respecta al proceso de ratificación, habiéndose expedido dos sentencias que son las más relevantes respecto a esta facultad: La primera corresponde a la STC N° 3361-2004-AA/TC (Caso Álvarez Guillén) que estableció la exigencia de la motivación de las decisiones que dispongan la no ratificación de un magistrado. Así también dicha sentencia estableció una serie de garantías como el acceso a la información por parte de los magistrados respecto de la documentación que sustenta su no ratificación, a un examinador independiente, a la exigencia de una decisión motivada y a la pluralidad de instancias<sup>161</sup>. También estableció parámetros objetivos que deben tener en cuenta los Consejeros al momento de efectuar la evaluación de ratificación. Sin embargo, dichos criterios vinculantes, sólo podían ser de

---

<sup>161</sup> A partir de los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el CNM ha procedido a modificar su reglamento a fin de brindar al magistrado involucrado las garantías del debido procedimiento; así, una de las últimas incorporaciones se refieren al Recurso Extraordinario que ha sido habilitado para ser interpuesto contra la decisión de no ratificación. Dicho recurso fue introducido a través de la Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N°039-2006-PCNM del 13 de julio de 2006, a través de la cual se modificaron los artículos 32 y 33 del Reglamento aprobado por Resolución N° 1019-2005-CNM del 01 de julio de 2005.

aplicación a procedimientos posteriores a la publicación de dicha sentencia. Empero, esta interpretación fue modificada a través de la STC 1412-2007-AA/TC (caso Lara Contreras), la cual extendió las garantías procesales expresadas anteriormente a todas las decisiones emitidas en mérito a la facultad de ratificación, sea cual fuere el tiempo en que se produjo. Así señaló:

DEJAR sin efecto el precedente vinculante establecido en la STC 3361-2007-AA/TC, y conforme a lo estipulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, SENTAR como nuevo precedente lo siguiente:

Primero.- Todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido; este criterio deberá ser tenido como fundamento a tener obligatoriamente en cuenta por los jueces de toda la República como criterios de interpretación para la solución de casos análogos.

Un punto que considero necesario resaltar, es el sentido que tiene este control por parte del Tribunal Constitucional. Nótese que los precedentes están relacionados a cuestiones procesales pero no a lo que es materia de fondo de la decisión de no ratificar. Sin embargo, sin duda que los criterios de ratificación están compuestos de conceptos jurídicos indeterminados como son la idoneidad, probidad, honestidad, buen comportamiento etc., los cuales, si bien tienen una conceptualización semántica, adquieren dificultades de aplicación para determinar en qué casos se incumple cada uno de ellos. Estos conceptos jurídicos indeterminados se han constituido en una eficaz técnica de control de la discrecionalidad, lo cual no se advierte desarrollado en el presente caso. No es menos cierto que, si bien el Reglamento del CNM así como su propia doctrina expresada en sus resoluciones que emana del ejercicio de tal facultad, ha ido delimitando y concretizando estos conceptos, no debe descartarse la posibilidad que en algún caso se pueda cuestionar dicha delimitación y recurrir, vía proceso de amparo, la resolución que consideró el acto “x” como uno que contraviene la probidad o la honestidad o el buen comportamiento.

Un segundo punto que considero necesario destacar es la aparente contradicción que ha establecido el Tribunal Constitucional respecto de lo estipulado en el

artículo 154.2º de la Constitución. En efecto, el citado artículo señala: “Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias.” Sin embargo en el fundamento jurídico 22º de la STC 3361-2004-AA/TC – caso Álvarez Guillén (ratificando lo señalado en las STC N°s. 1941-2002-AA/TC – caso Almenara Bryson y 1550-2003-AA/TC – caso Perla Montaña) ha señalado:

De otro lado, es necesario definir cuál es la consecuencia accesoria, no por ello menos trascendente, que trae consigo la no ratificación. Según el propio texto constitucional, en su artículo 154.º, inciso 2, luego de la evaluación del magistrado, los que no sean ratificados no podrán reingresar al PJ ni al MP.

Al respecto, de la forma como está prevista en la Constitución, se debe considerar que la no ratificación es un acto más trascendente que la propia potestad disciplinaria, lo cual, de suyo, exige más acuciosidad a los consejeros en su función, por más que la normatividad tenga un sentido contrario, tal como lo ha advertido ya este Colegiado en el fundamento 22.º de la sentencia expedida en el Exp. N.º 1941-2002-AA, en el cual, intentando dar un sentido al contenido normativo de la Constitución, estimó que, al no ser sanción, la prohibición de reingreso a la carrera judicial o fiscal es incongruente con la Constitución, pues sería absurdo que los efectos de una no ratificación puedan ser más drásticos que la de una medida disciplinaria, motivo por el que consideró que los magistrados no ratificados no están impedidos de postular al PJ o al MP.

Abundando sobre esta materia, este Tribunal también ha precisado, en el fundamento 17 de la Sentencia del Expediente N.º 1550-2003-AA/TC, caso Clara Aurora Perla Montaña, que dicha incongruencia (impedimento) no sólo afecta la misma naturaleza de la ratificación sino también el principio de legalidad sancionador [artículo 2.º, inciso 24, literal d) de la Constitución]<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> Si bien la actual Constitución no establece que el magistrado destituido pueda reingresar a la Magistratura, el artículo 177.8 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente con anterioridad a la actual Constitución establecía: “Son requisitos comunes para ser Magistrado: No haber sido destituido de la Carrera Judicial o del Ministerio Público o de la Administración Pública o de empresas estatales, por medida disciplinaria, ni de la actividad privada, por causa o falta grave laboral;” dicha disposición ha sido también considerada en la actual Ley de Carrera Judicial – Ley N° 29277 en cuyo artículo 4.7 señala: “Son requisitos generales para el ingreso y permanencia en

Debemos precisar que si bien dicho fundamento no aparece como vinculante, no deja de llamar la atención la incongruencia que el Tribunal afirma que contiene la citada disposición con la propia Constitución. Posteriormente, en el caso Jacobo Romero – STC N° 1333-2006-AA/TC, el Tribunal ratificó tal razonamiento estableciéndolo como una regla sustancia vinculante. Así el Tribunal determinó:

**Regla sustancial :** El Consejo Nacional de la Magistratura debe tener presente que, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, ha integrado el artículo 154.2º, con el numeral 2.2º, ambos de la Constitución, en el sentido que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial.

Este es pues el desarrollo del control del CNM en materia de ratificación. Tal como hemos mencionado, la presencia de conceptos jurídicos indeterminados puede conllevar a que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ingrese al análisis del contenido de dichos conceptos, cosa que aún no apreciamos pero que tampoco descartamos.

El sometimiento de la Administración al Derecho en este aspecto ha tenido un controvertido desarrollo que incluso ha llegado a instancias internacionales lo que ha permitido alcanzar garantías esenciales que equilibran el derecho a la inamovilidad del cargo con la necesaria idoneidad para ejercerlo.

#### 3.2.1.4. *La facultad de destitución.*

En este punto, tampoco el desarrollo de la facultad ha estado exento del control a través de la justicia constitucional, y al igual que el tema de la ratificación, su

---

la carrera judicial: no haber sido destituido por medida disciplinaria del Poder Judicial o del Ministerio Público ni despedido de cualquier otra dependencia de la Administración Pública, empresas estatales o de la actividad privada por falta grave.” Estas disposiciones no fueron consideradas por el Tribunal al momento de realizar el razonamiento en referencia.

jurisprudencia no ha sido serena ni ha dejado de ser controversial observándose decisiones más intrépidas respecto al control, no sólo de la Administración, sino de su facultad discrecional.

Con relación a lo que ha estipulado la Constitución en el artículo 154.3º respecto a que las decisiones del CNM que disponen la destitución de un magistrado no son revisables, el Tribunal Constitucional ha señalado en la parte pertinente del cuarto fundamento jurídico de la STC N° 5156-2006-PA/TC (caso Walde Jáuregui) lo siguiente:

(.).....Siendo ello así, debe quedar claramente establecido que el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales, no sólo puede, sino que tiene el deber de someter a control constitucional las resoluciones del CNM cuando vulneran los derechos fundamentales de las personas.

En esa misma sentencia, el Tribunal acogió la demanda interpuesta por un Vocal Supremo que había sido destituido, entendiendo que la resolución no estaba debidamente motivada, ya que, dada la presencia de conceptos jurídicos indeterminados, se hacía necesaria una motivación más rigurosa, precisando en sus fundamentos jurídicos 48º y 49º:

48.- En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que la resolución que impone la sanción de destitución al demandante no está debidamente motivada. Y ello no tanto porque la resolución carezca de argumentos, sino más bien porque estos no tienen una relación lógica con la parte dispositiva de la resolución cuestionada. Más aún si se toma en consideración que el artículo 31º, inciso 2 de la Ley Orgánica del CNM, si bien dispone que procede aplicar la sanción de destitución a que se refiere el inciso c) del artículo 21º de la Ley mencionada por la comisión de un hecho grave que, sin ser delito o infracción constitucional, articula tal potestad con conceptos jurídicos indeterminados tales como “la dignidad del cargo” y el “desmerecimiento del concepto público”. A ello se suma también el hecho de que el artículo 31º, inciso 2 de la Ley Orgánica del CNM no distingue, a efectos de imponer la sanción de destitución, el status jurídico de los vocales titulares,

provisionales o suplentes, siendo que tal diferenciación está prevista en los artículos 236º a 239º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

49.- La remisión a estos conceptos jurídicos indeterminados comporta una exigencia mayor de motivación objetiva y coherente, si de lo que se trata es de imponer una sanción tan grave como la destitución del cargo de vocal supremo; y ello porque, a mayor discrecionalidad de la norma, mayor habrá de ser la motivación lógica y racional, en proporcional correlato. Motivación que, en el presente caso, a juicio del Tribunal Constitucional, no ha estado dirigida a determinar en qué medida la conducta del demandante ha afectado “la dignidad del cargo” y ha acarreado, concomitantemente, un “desmerecimiento del concepto público”. Ello, sin duda, impone que el CNM desarrolle y precise el contenido y la extensión de dichos conceptos.

En este punto, sólo se debe dejar en claro la posibilidad de que el control de la Administración respecto a esta facultad del CNM se ejerce a través de las procesos constitucionales. A decir del ejercicio de esta facultad, es la que más controversia ha generado, sobre todo por los últimos pronunciamientos que se han emitido y que posteriormente citaremos y analizaremos, específicamente al momento de explicar cuál es la tendencia de la jurisprudencia constitucional al momento de juzgar la facultad discrecional. Allí determinaremos si el Tribunal asume la tendencia de sustitución o no de la Administración por parte del Juez luego de determinar si el ejercicio de la discrecionalidad incurrió en arbitrariedad.

Por último, se debe destacar que pese a la estructura del Estado prevista en la Constitución, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha hecho posible que un ámbito de la Administración, en este caso de un ente constitucionalmente autónomo que emite actos administrativos, no quede exenta de control. Tal como se ha analizado en cada una de sus facultades, dicho control se ha efectuado de manera gradual y su determinación no ha sido pacífica. Esta progresión se advierte de las propias tendencias contenidas en los pronunciamientos emitidos y su paulatino desarrollo ha posibilitado que el control se ejerza a través de esta vía

extraordinaria, la cual se entiende que no está descartada por la Constitución como sí lo está la instancia jurisdiccional. Es pues la vía constitucional, establecida a partir de su doctrina jurisprudencial la que ha permitido superar aquella primera lectura que se dio del artículo 142 de la Constitución y establecer el necesario sometimiento de la Administración a la ley y la vigencia del principio de tutela judicial efectiva, con lo que se asegura que no exista ámbito administrativo exento de un debido control.

### 3.2.2.- El Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

El Jurado Nacional de Elecciones es uno de los tres organismos integrantes del sistema electoral (lo completan la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de identificación y Estado Civil) y una de sus principales funciones es la de ejercer la justicia electoral en lo que a los conflictos que se susciten respecto de la elección y permanencia de las autoridades elegidas por el voto popular. Así su función de verificar la voluntad popular lo convierte en el punto de apoyo del sistema democrático, de ahí su necesaria autonomía constitucional, ya que sólo de esta manera se puede garantizar su imparcialidad a lo largo del proceso de elección.

En función a tal mandato, el artículo 181º de la Constitución establece:

El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

A partir de tal disposición podemos establecer que las decisiones que tome este organismo no puede ser materia de control por parte de los órganos judiciales o constitucionales. Así, el artículo 5.8 del Código Procesal Constitucional establecía:

No proceden los procesos constitucionales cuando:

8.- Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva.

Tampoco procede contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

A su vez, dicho inciso fue modificado por la Ley N° 28642 (publicada en el diario oficial El Peruano el 08 Diciembre 2005), siendo el nuevo texto el siguiente:

8.- Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad.

Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva.

Sin embargo, mediante la STC N° 007-2007-AI/TC se declaró la inconstitucionalidad de dicha norma, y en su fundamento jurídico N° 38 afirmó:

Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional considera que la norma acusada de inconstitucional vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139.3° de la Constitución, toda vez que, conforme se ha expuesto, no permite cuestionar judicialmente las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, negando la posibilidad de reclamar una eventual afectación de los derechos fundamentales ante un órgano jurisdiccional y, por ende, no susceptibles de ser garantizados mediante un recurso judicial, lo cual resulta contrario a los tratados y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos.

Este argumento ya había sido esbozado en acciones de amparo como la que se aprecia del fundamento cuarto de la STC 2366-2003-PA/TC en donde se estableció:

Este Tribunal, por consiguiente, debe enfatizar, al igual como lo hiciera respecto de las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en el Exp. N.º

2409-2002-AA/TC (Caso Gonzáles Ríos) y la posibilidad de un control jurisdiccional sobre ellas, que no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales. En efecto, aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo.

Argumento que será reiterado en la STC 2730-2006-PA/TC, con lo cual se puede determinar que tampoco el JNE está exento de la posibilidad del control de su actuación y sobre todo de la arbitrariedad. A partir de tales decisiones es que se ha posibilitado la utilización la vía constitucional para determinar el control de la justicia electoral la cual tiene funciones que son trascendentes para la vida democrática como la vacancia y revocatoria de las autoridades elegidas por elección popular.

En conclusión, es también la vía constitucional la que ha asumido, por interpretación del Tribunal Constitucional, el control de la Administración proveniente de las funciones que ejerce el Jurado Nacional de Elecciones. Estos criterios no han sido sosegados al momento de emitirse; generaron una serie de críticas, sobre todo por lo que parecían contravenir una expresión clara del texto constitucional, pero que sin embargo ha venido a completar un espacio que estaba exento de control, motivo por el cual es necesario celebrar que, con relación a este tema, no exista una inmunidad de la Administración pero a la vez

es necesario estar vigilantes que dicho control se ejerza de manera tal que no pueda implicar una grosera sustitución de las labores que constitucionalmente han sido otorgadas al JNE.

### **3.3. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD POR PARTE DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

Si el control de la Administración se ejerce a través de este control “mixto”, es obvio que el control de su facultad discrecional también lo sea. En este punto analizaremos cómo se está ejerciendo el control de la discrecionalidad en las dos competencias que han emitido pronunciamientos sobre la misma (contencioso-administrativa y constitucional). Anotemos que, tal como se ha señalado precedentemente, el espacio ejercido por la jurisdicción arbitral no es verificado por la instancia jurisdiccional y de lo que hasta aquí se ha investigado, no he podido conocer de algún laudo que haya establecido criterios sobre el control de la discrecionalidad.

Precisado esto, podemos señalar que, si bien el proceso contencioso administrativo, sustentado en el principio de control de la actividad administrativa y en la tutela judicial efectiva, es el encargado de efectuar la revisión de las decisiones administrativas y por ende el que debe establecer los casos en que la Administración ha actuado de manera arbitraria, también sería la instancia natural para determinar el control de la discrecionalidad administrativa. Sin embargo, el control de la discrecionalidad, se aprecia disgregado tanto en la jurisdicción constitucional, como en la contencioso-administrativa. El control así, no se encuentra centralizado en nuestro proceso contencioso administrativo, sino que el mismo se advierte en jurisdicciones paralelas lo que se explica por el propio sistema adoptado en el Perú para el control de la Administración.

Uno de los puntos más elaborados y desarrollados en doctrina española respecto de la discrecionalidad técnica, está referida al tema urbanístico y de contratación pública, ésta última, sin embargo, no está a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa sino en la jurisdicción arbitral, al menos en lo que a la ejecución de la contratación pública se refiere. Al respecto, resulta atendible el argumento que el arbitraje resulta una figura que asegura mayor celeridad que la jurisdicción contencioso administrativo, pero esta celeridad no necesariamente garantiza una eficiencia en el control de la discrecionalidad en los casos que ésta sustente una decisión que provenga de un contrato administrativo.

Situación diferente se aprecia con el proceso de amparo al momento de efectuar el control de la discrecionalidad. La especialización de la justicia constitucional, garantiza una mayor sutileza para percatarse de la arbitrariedad, más aún si es la jurisdicción que mejor ha esbozado el tema en el caso peruano. Al respecto, deberemos suscribir las palabras de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, quien no considera negativo que el control también se extienda al amparo porque en el fondo, a lo que se contribuye, es a efectuar un control total de la Administración y en especial de la discrecionalidad. Así señala:

Porque ¡Nótese bien!, exigir a la Administración que dé cuenta de sus actos, que explique con claridad las razones que la mueven a elegir una solución en lugar de otra y otras y confrontar con la realidad la consistencia de estas razones es algo que no sólo interesa al justiciable, sino que importa decisivamente a la comunidad entera. Juzgar a la Administración es, ciertamente, una garantía, y una garantía esencial en un Estado de Derecho, que sin ella no podría siquiera merecer tal nombre, razón por la cual la constitución no sólo la otorga a todos sin excepción alguna ni personal, ni objetiva (sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión: art. 24.1), sino que la asegura a ultranza en todo caso poniendo a su servicio, incluso, al amparo constitucional (Fernández Tomás 2006: 361-362).

Son ambas jurisdicciones judiciales las que mejor pueden (o deben) garantizar el control de la Administración y en especial de la discrecionalidad, dada la especialidad que deben existir, tanto en la justicia constitucional como en la

contencioso administrativa. La plenitud del proceso contencioso administrativo no es lo que caracteriza al caso peruano y su limitación se debe a la estructura del aparato estatal y administrativo de las instituciones, la cual incluso está prevista en el artículo 3º del TUO de la Ley N° 27584. Así la concreción del Estado constitucional de derecho impone que esta facultad pueda también ser sometida a la Constitución y a la ley. Hemos referido en líneas anteriores los antecedentes y las técnicas que se han ideado para someter la facultad discrecional de la Administración por cuanto tal situación no refleja otra cosa que el cumplimiento del control jurídico al que están obligados los jueces ordinarios y los de la justicia constitucional. Puede resultar discutible la posibilidad de sustitución de la Administración para los casos que se juzga una facultad discrecional, empero lo que no resulta debatible es la posibilidad de sometimiento de tal discrecionalidad a la legalidad. Llegar a esta conclusión, históricamente, no ha sido simple; la ley contenciosa española de 1888 excluía expresamente la posibilidad de control de la discrecionalidad en sede judicial. Posteriormente se ha necesitado hacer la debida distinción entre lo que constituye la facultad discrecional y lo que se puede definir como un concepto jurídico indeterminado para dar un nuevo avance en el sometimiento de tal facultad. Hoy dichos debates han sido superados, pero no se puede dejar de tener presente que el ejercicio de control de una facultad discrecional, siempre generará pronunciamientos institucionales que invocarán el respeto a su independencia y a sus competencias, sin embargo, tal situación no debe amilantar esa constante que constituye la interdicción de la arbitrariedad.

Precisado estos alcances, seguidamente analizaremos cuál ha sido el comportamiento tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema con relación al control de la discrecionalidad administrativa y a partir de ello concluir si dicho control es el correcto o es que se está ejerciendo deficientemente. Lamentablemente el presente trabajo no alcanza a revisar la manera cómo se realiza el control de la discrecionalidad en jurisdicción arbitral, esto debido a que la investigación no ha encontrado casos específicos respecto a este punto, por lo que es necesario abstenernos a calificar tal función, sin embargo, del

conocimiento que hemos tomado de algunos laudos arbitrales, pareciera que la tendencia normativa que prima es la que proviene del Código Civil y no de la regulación pública. A ello debemos agregar que dicha jurisdicción tiene una pretensión de celeridad y de eficacia en el tráfico de la economía, por lo que la ideología que suele conocerse de los árbitros, es una que proviene del ámbito privado, por lo que los principios de interdicción de la arbitrariedad, división de poderes y tutela judicial efectiva así como las potestades administrativas en materia de contratación, no son necesariamente los que regulan su actividad.

Esto podría estar presentando un resquicio de no control de la Administración o afectaciones a los intereses del Estado, lo cual, tal como se ha precisado, escapa a la pretensión del presente trabajo, pero que debe quedar como reflexión de una situación real que puede implicar una falta de control efectivo, tanto de la Administración como de los ciudadanos.

Este es el panorama actual del control de la Administración y del control de la discrecionalidad de la Administración. Por un lado, las instancias judiciales, a través de la jurisdicción constitucional y la contenciosa administrativa y por otro lado la jurisdicción arbitral, respecto de la cual, aún no se ha evaluado su función respecto a los principios que están detrás de la labor de control de la Administración<sup>163</sup>.

3.3.1.- Sentencias del Tribunal Constitucional peruano respecto al control la discrecionalidad.

Si bien, no con mucha anterioridad, el Tribunal Constitucional ya había expresado los conceptos de discrecionalidad y arbitrariedad (STC 2763-2003-AC/TC) así

---

<sup>163</sup> Sobre este punto compartimos la incertidumbre que tiene DANÓS ORDÓÑEZ quien precisa:

En conclusión, podemos constatar que existe una marcada tendencia legislativa que en los últimos años ha potenciado la presencia del arbitraje administrativo en varios ámbitos de la actuación Estatal. Sin embargo, la todavía escasa experiencia en la materia y la ausencia de doctrina que respalde la operatividad del arbitraje sobre aspectos administrativos, constituyen factores que perjudican el entendimiento del tema (Danós s/a: 22).

como que también ya había considerado el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad (STC 0766-98-AA/TC), lo cierto es que la Sentencia N° 090-2004-AA/TC ha sido, sin duda la más trascendente en lo respecta a estos puntos, no sólo porque ratificó el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad (fundamento jurídico 12°), sino porque ha sido la que más profundamente ha tratado el tema de la discrecionalidad, aunado al hecho que dispuso que sus criterios debían de ser observados por la Administración al momento de ejercer tal facultad discrecional (fundamento jurídico N° 47). Así también, casi inmediatamente, se emitió la STC 1803-2004-AA/TC la cual en el fundamento jurídico 13° el tribunal también precisó:

De este modo, aunque no explícitamente, al reconocer la Constitución en su artículo 3°, así como en el artículo 43°, el Estado democrático y social de derecho, ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta y así ha puesto un límite infranqueable para todo poder público.

Sin embargo, la sentencia 0090-2004-AA/TC –caso Callegari Herazo – ha sido la más significativa en lo que al desarrollo de la discrecionalidad se ha emitido. El caso proviene de la facultad que tiene el Presidente de la República generada a partir de los artículos 167° y 168° de la Constitución y el artículo 58° del Decreto Legislativo N° 752.

Las citadas normas señalan:

Artículo 167°: El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Artículo 168°: Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

A su vez el artículo 58° del Decreto Legislativo 752 prescribía

Con el fin de procurar la renovación constante de los Cuadros de Oficiales, podrán pasar a la Situación de Retiro por la causal de renovación, Oficiales de Armas, Comando y Servicios de los Grados de Mayor y Capitán de Corbeta hasta General

de División, Vicealmirante y Teniente General, de acuerdo a las necesidades que determine cada Instituto, lo que se reglamentará especificándose una cantidad mínima y máxima para cada grado, de Armas, Comando y Servicios.

Para la Renovación de los Generales de División, Vicealmirantes, Tenientes Generales, Generales de Brigada, Contralmirantes y Mayores Generales, los Comandantes Generales de cada Instituto deberán necesariamente elevar la respectiva propuesta, cuya aprobación es potestad del Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.

La Renovación de los Oficiales Superiores será hecha a propuesta del Comandante General del Instituto correspondiente, previa recomendación de los Consejos de Investigación respectivos constituidos en Junta Calificadora.

Los Oficiales Generales y Almirantes y Oficiales Superiores comprendidos en los casos que anteceden, pasarán a la Situación de Retiro, percibiendo los goces a que tengan derecho con arreglo al Decreto Ley N° 19847 y sus modificatorias así como a las compensaciones e indemnizaciones establecidas.<sup>164</sup>

A partir de esta facultad, la situación de los pases a retiro de los oficiales de las Fuerzas Armadas, era una facultad en donde el Ejecutivo gozaba de plena discrecionalidad para decidir qué oficiales debían pasar al retiro y cuáles debían permanecer en el servicio, lo que les permitía la posibilidad de continuar con la carrera militar. Esta discrecionalidad resultó irrevisable por parte de las instancias judiciales por considerarse que la extensión de la discrecionalidad era ilimitada y que se justificaba en mérito a la finalidad (necesidad) que se invocaba en la norma. Así, en un inicio el Tribunal Constitucional, también consideró que el pase al retiro por renovación de los oficiales era una facultad discrecional, pese a que la decisión no tenía mayor sustento en otras normas que en las antes anotadas. Así, por ejemplo en la STC 1906-2002-AA en un único y escueto fundamento señalaba:

---

<sup>164</sup>

Dicho Decreto Legislativo fue derogado por la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28359, publicada el 13 octubre 2004. Posteriormente el Artículo 1 de la Ley N° 28418, publicada el 14-12-2004, modifica la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28359, donde se reitera la derogación del Decreto Legislativo N° 752, salvo el artículo 56 que mantiene su vigencia hasta el 31-12-2004.

El Presidente de la República está facultado discrecionalmente, por los artículos 167.º y 168.º de la Constitución y 58.º del Decreto Legislativo N.º 752 (Ley de Situación Militar), para invitar a pasar a la situación de retiro a los generales de brigada, entre otros, con la finalidad de renovar de manera constante los Cuadros de Personal.

Posteriormente en la STC 3426-2003-AA/TC, no utilizaría el término “discrecional”, pero igual entendió que tal facultad era irrevisable. Dicha sentencia expresó:

- 1.- En el caso de autos, el Presidente de la República está facultado, por los artículos 167º y 168º de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo 53º del Decreto Legislativo N.º 745, para pasar a la situación de retiro por la causal de renovación, a los oficiales policías de los grados de mayor a teniente general, de acuerdo con las necesidades que determine dicha institución.
2. En consecuencia, el ejercicio de dicha atribución por el Presidente de la República no implica afectación de derechos constitucionales, pues el pase al retiro no tiene la calidad de sanción derivada de un proceso administrativo-disciplinario, sino que su única finalidad es, como se ha dicho, la renovación constante de los Cuadros de Personal, conforme al artículo 168º de la Carta Magna.

Ante esta jurisprudencia, es que el primer punto que trata de superar la sentencia 0090-2004-AA/TC, son sus anteriores criterios emitidos en materia de control de la discrecionalidad y para lo cual aplicará la técnica del overruling, que es utilizada por el Tribunal Constitucional para anunciar un cambio de orientación jurisprudencia.

Como habíamos referido, el caso proviene de un miembro de las fuerzas armadas que es pasado a la situación de retiro por causal de renovación, ante lo cual interpuso una acción de amparo, alegando la afectación del derecho a un debido

proceso administrativo y al principio de legalidad, además de los principios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>165</sup>.

El Tribunal al efectuar el control de la discrecionalidad, realizó la distinción entre discrecionalidad mayor, intermedia y menor, apreciándose que no la define como ese espacio de libertad que le otorga la ley a la Administración y que es entendido así mayoritariamente en la doctrina, sino que precisa que es el ejercicio de un arbitrio. Conceptualiza la discrecionalidad mayor como aquél arbitrio que no se encuentra acotado por concepto alguno. A la discrecionalidad intermedia la considera como aquella que se aplica al caso en que el arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado y, a la discrecionalidad menor, la precisa como el margen de arbitrio constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por ley. Seguidamente señala que existen cuatro materias en las que se advierte la presencia de la discrecionalidad: la normativa, la planificadora, la política y la técnica. (Fundamentos jurídicos 8º y 9º).

Un gran sector de la doctrina entiende que la discrecionalidad es un ámbito de libertad de la Administración que ha sido previsto por la ley, empero el Tribunal peruano no asume de manera uniforme un solo concepto de discrecionalidad, sino que los clasifica según el grado de arbitrio previsto para cada caso. Si de acuerdo a lo señalado en el primer capítulo, toda facultad discrecional contiene elementos reglados mínimos (existencia, extensión, competencia y finalidad), el Tribunal señala que existe una “discrecionalidad mayor” la cual no está sujeto a concepto alguno y por ende, la Administración se encuentra en libertad de optar plenariamente. Sin embargo, no encuentro un ejemplo en nuestra legislación moderna que pueda graficar el supuesto de discrecionalidad mayor; la consideración por parte del Tribunal de este tipo de discrecionalidad aparece como un extremo innecesario para graficar la libertad de la discrecionalidad.

---

<sup>165</sup> Para conocer lo que ha significado la aplicación de las disposiciones previamente referidas a los miembros de la Policía Nacional del Perú consultar: SANTIVÁÑEZ ANTÚNEZ, Juan José. 2004. *La renovación de cuadros en la Policía Nacional del Perú*. Lima. Rao Editora.

El segundo supuesto relacionado a la discrecionalidad intermedia, contiene una definición que puede llevar a confusiones y que es necesario analizar en toda su extensión. Señala el Tribunal que aquella se presenta cuando el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y de extensión. El que el Tribunal condicione esta discrecionalidad a la presencia de un concepto jurídico indeterminado, no debe ni puede implicar que ambos son lo mismo, situación que justamente creemos haber aclarado en el primer capítulo. Es verdad que muchas facultades discrecionales están relacionadas a conceptos jurídicos indeterminados, pero estos conceptos no son los que determinan la discrecionalidad sino que los mismos forman parte del elemento fáctico que debe concretizarse para cada caso y a partir de ello establecer la aplicación o no de una facultad discrecional.

Por ejemplo, pensemos en una norma administrativa, que determina como sanción una serie de supuestos y por último precise “y todas las que afecten las buenas costumbres”. Evidentemente, dicho supuesto no implica una facultad discrecional, sino que lo que implica dicha causal es la presencia de un concepto jurídico indeterminado que deberá ser precisado con los hechos que son materia de sanción y determinar si los mismos contravienen las buenas costumbres, porque de ser así, la sanción está debidamente estipulada en la norma (multa de 01 a 05 UIT por ejemplo). Entonces, no es que el concepto jurídico indeterminado determine la discrecionalidad, sino que la sanción estará en función en que si la afectación a las buenas costumbres se produjo o no, conceptos disyuntivos que fue abordado en el primer capítulo. Ahora bien, pensemos en una norma administrativa que disponga como una causal plausible de sanción “y todas aquellas que la Administración considere”<sup>166</sup>. En dicho caso, no estamos ante un

---

<sup>166</sup>

Un ejemplo ilustrativo fue el inciso g) del artículo 24B del Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor – inciso que estuvo vigente desde el año 2001 hasta el año 2008 (modificado por el Decreto Legislativo N° 1045) que establecía:

“Para efectos de la aplicación del segundo párrafo del artículo 24ºA, se prohíbe:

g) Cualquier otra modalidad análoga que esté comprendida en el artículo anterior y sea considerada como infracción por INDECOPI.”

concepto jurídico indeterminado, porque no es el elemento fáctico el impreciso sino la facultad misma. Sin embargo, pese a ello, dicha facultad contiene elementos reglados a partir de los cuales se puede efectuar el control inicial como son el de su existencia, extensión, competencia y finalidad. Así al margen de la causal que pueda utilizar la Administración para sancionar no está exenta que la misma sea impuesta por la autoridad o instancia predeterminada por ley así como a través del procedimiento que las normas administrativas han dispuesto. Es en tal virtud sumamente importante precisar la necesaria distinción entre el concepto jurídico indeterminado y la discrecionalidad. Su diferenciación ha sido un elemento muy útil que ha permitido desarrollar el control de la discrecionalidad, tal como se ha precisado.

En lo que se refiere a la discrecionalidad menor, es la que más se acerca a los conceptos más aceptados a nivel de la doctrina española de la cual se advierte se ha valido el Tribunal para el sustento de la sentencia en comentario. No se admiten casos de discrecionales “mayores” porque siempre la discrecionalidad, por mucho arbitrio que le haya otorgado la ley, contendrá elementos reglados que permitirá su control.

El Tribunal, conforme a doctrina mayoritaria, establece el límite de la discrecionalidad en virtud del interés público, el cual determinará su contenido y extensión. Al respecto, es interesante apreciar que contra la idea de establecer al interés general como un concepto jurídico indeterminado, Miguel BELTRÁN DE FELIPE esboza una tesis que a su vez ampara en dos ideas centrales:

---

La norma que reglamentó esta disposición fue el artículo 12º del Decreto Supremo 11-2003-PCM que disponía:

“Otros supuestos de métodos abusivos de cobranza

Se considera métodos abusivos de cobranza aquellas prácticas abusivas que presenten elementos análogos a los descritos en el artículo 24 B y las que afecten la buena reputación del consumidor o su garante, la privacidad de su hogar, sus actividades laborales o su imagen ante terceros, las mismas que serán determinadas por la Comisión de Protección al Consumidor o por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, mediante resoluciones debidamente motivadas.”

Los argumentos que voy a esgrimir contra la idea del interés general como concepto jurídico indeterminado son esencialmente dos: Primero: el punto de partida (englobar “interés general” en la misma categoría que conceptos como justo precio o diligencia de un bien padre de familia, o sea, en los conceptos jurídicos indeterminados) permanece indemostrado. Porque a mi juicio los autores no explican en virtud de qué principio o regla no habría más que una solución legalmente posible ajustada al interés general. Y segundo: aun aceptándose esta premisa de partida, tampoco se demuestra la razón por la cual la determinación de la mejor (de la única) solución posible corresponde en última instancia al juez y no a la Administración (Beltrán de Felipe 1995: 245-246).

Sin embargo, el desarrollo de la idea no alcanza una contundencia en su argumentación debido al retorno a la discusión de la tesis de la respuesta única.

Argumentos más sólidos esbozó el Tribunal cuando desarrolló el concepto de arbitrariedad en donde se aprecia que sí se ha contemplado los supuestos que permiten identificar el contenido de dicho concepto. Utilizando ideas de Tomás-Ramón Fernández, establece de manera concreta su doble significado. Así en la parte pertinente del fundamento jurídico 12<sup>o</sup> señalará:

De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

Pero la incorrecta gradualidad de la discrecionalidad antes referida, obliga al Tribunal a establecer que el elemento crucial para evitar la arbitrariedad es la motivación, la cual sólo la extiende a la discrecionalidad de grado intermedio y menor, no apreciándose qué tipo de control se puede establecer para la

discrecionalidad mayor, hecho que deja parcialmente sin justificación el control total de la actuación de la Administración.

Así el tratamiento de la interdicción de la arbitrariedad ha sido más prolijo. De esta manera, en el fundamento jurídico 12º se aprecia, a lo que a mi criterio respecta, el mayor aporte normativo del Tribunal en lo que se refiere a la justicia administrativa y es el de establecer el principio de interdicción de la arbitrariedad.

El artículo 9.3 de la Constitución española prescribe:

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Dicha norma que es muy celebrada por la doctrina española y conjuntamente con la tutela judicial efectiva, sustentan el control de la Administración. Sin embargo, nuestra Constitución no contiene de manera taxativa dicho principio, a lo cual el Tribunal ha determinado que en aplicación del artículo 3º y 43º de la Constitución, las decisiones arbitrarias son contrarias al Estado de Derecho. Así también, en el fundamento jurídico 14º de la STC N° 1803-2004-AA/TC se precisa el contenido de dicho principio. En dicho fundamento indicó:

De este modo, aunque no explícitamente, al reconocer la Constitución en su artículo 3º, así como en el artículo 43º, el Estado democrático y social de derecho, ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta y así ha puesto un límite infranqueable para todo poder público.

De lo que se ha expuesto, podemos considerar que el tratamiento de la discrecionalidad, pese a ser la única instancia que lo ha abordado de manera extensa, no ha sido el más acertado, sin embargo, el aporte que ha significado la interdicción de la arbitrariedad, implica un nuevo sustento que debe ser materia de

desarrollo jurisprudencial que permita otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos por cuanto constituye un gran instrumento para la lucha contra las arbitrariedades.

Por último, no deja de llamar la atención la contradicción interna que contiene la sentencia (STC 090-2004-AA/TC) en comentario. La decisión determina que la demanda es improcedente y esto en razón que el demandante cobró sus beneficios sociales, con lo cual entiende que ha consentido la ruptura del vínculo laboral. A partir de este fundamento, se aprecia que el Tribunal le da un trato laboral-privado al presente caso, olvidando que provenía de una acción de garantía, ya que la decisión de pasarlo de la situación de actividad a la de retiro por renovación de cuadros estaba contenido en una norma individual que constituye un acto administrativo.

Esta contradicción se aprecia mejor a través de lo expuesto en el fundamento jurídico 19º en donde señaló:

Este Colegiado ha dejado claramente establecido que la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, per se, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado, lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación del efecto legal que por arbitrariedad la Administración, en casos como el de autos, quisiese consumir.

Entonces si la lesión de derechos fundamentales implica una invalidez no permitida por el ordenamiento nacional, cómo se explica que el cobro de los beneficios no le otorgue la posibilidad al actor de reclamar la declaración de una arbitrariedad. Es decir para el Tribunal, el acto resulto convalidado por la acción de haber hecho efectivo el monto que se otorgó al actor por concepto de beneficios sociales. Lo cierto que lo arbitrario es nulo y la nulidad no se convalida, salvo los casos de anulabilidad que se regulan en el derecho privado. Esta constituye una contradicción intrínseca de la resolución que contrapone el rechazo

de la pretensión con el extenso y a veces bien logrado desarrollo de lo que implica la discrecionalidad, la arbitrariedad y el principio de interdicción de la misma<sup>167</sup>.

### 3.3.2. Sentencias de la Corte Suprema peruana respecto al control la discrecionalidad.

Si el Tribunal Constitucional ha efectuado un importante aporte respecto al control de la actuación de la Administración, lamentablemente no se puede decir lo mismo de nuestra Corte Suprema. De acuerdo al artículo 37º del TUO de la Ley N° 27584, es ésta la llamada a dictar jurisprudencia vinculante lo cual implica que sus decisiones deben ser lo mejor y prolijamente sustentadas, sobre todo en un tema tan trascendente como es la interdicción de la arbitrariedad. La Corte Suprema peruana no ha abordado desde esta perspectiva su labor de fórmula de cierre con respecto al proceso contencioso administrativo, sino que el control se puede considerar ha sido de legalidad en sentido estricto y no de juridicidad.

Sin embargo, respecto al tema que nos interesa (discrecionalidad) la Corte Suprema ha tenido un análisis poco claro y confunde la discrecionalidad misma con las técnicas de su control, sobre todo con los conceptos jurídicos indeterminados. A lo largo de esta investigación no hemos podido recoger alguna ejecutoria que haya tratado el tema de la discrecionalidad desde su conceptualización, sus contenidos reglados, sus técnicas para su control y sobre

---

<sup>167</sup> Con posterioridad se publicó un nuevo precedente vinculante que nos da la razón con relación a este punto. Es el referido al precedente contenido en la STC N° 3052-2009-AA/TC que dispone:

El cobro de los beneficios sociales (compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas, utilidades u otro concepto remunerativo) por parte del trabajador, no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.” Igualmente ilustrativo es la primera parte del fundamento jurídico N° 27 en el cual el Tribunal ha señalado: “Estando a las consideraciones expuestas, se puede llegar a determinar que en un proceso de tutela de los derechos constitucionales, no se puede pretender convalidar un acto viciado de nulidad (el despido) con un acto posterior como es el cobro de la compensación por tiempo de servicios, que como ya se ha dicho, es un beneficio que le corresponde al trabajador, sea cual fuere la causa que haya motivado su cese laboral.

su probable sustitución. A continuación analizaremos dos sentencias que han pretendido analizar la discrecionalidad pero que sin embargo no lograron el cometido, principalmente por lo que considero un desconocimiento de su contenido y que posiblemente se deba a la falta de especialización de quienes resuelven este tipo de causas.

### 3.3.2.1. Ejecutoria AP N° 1961-2006- LIMA.

Este es el caso de la Resolución AP N° 1961-2006- LIMA emitida por la Sala Civil Permanente proveniente de un caso respecto de la denegación de un registro de marca por parte de la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI.<sup>168</sup> En dicho proceso se recurría la resolución administrativa que denegó el registro de la marca SAF-GEL por contener elementos que podían llevar a confusión al consumidor con la marca SOFT-GEL registrada previamente.

La función reguladora del mercado que efectúa el Estado en una sociedad que asume una economía neo liberal, con los matices que hemos precisado en los capítulos anteriores, importa que se de una importancia y protección a la actividad económica que realizan los agentes económicos y entre ellos a la propiedad industrial que en el Perú es regulada por el Decreto Legislativo N° 823<sup>169</sup>. Así su artículo 1° señala: “La presente Ley tiene por objeto regular y proteger los elementos constitutivos de la propiedad industrial que se detallan en el artículo 3° de la presente Ley, de conformidad con la Constitución Política del Perú y los acuerdos y tratados internacionales suscritos por el Perú sobre la materia”; siendo

---

<sup>168</sup> Analizo dicha sentencia por ser la de fecha más reciente a la que he podido tener acceso. Sus argumentos son reproducción de otras sentencias de casos similares como las Sentencias AV N° 133-2001 LIMA, AV N° 289-2000 LIMA y AP N° 91-2005 LIMA todas emitidas por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República y todas obtenidas de la página web del Poder Judicial <http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/home.jsp> (consultada el 09 de Junio del 2010).

<sup>169</sup> Dicho decreto legislativo ha sido derogado por el Decreto Legislativo N° 1075 de fecha 28 de junio del 2008, sin embargo, dado que la sentencia materia de comentario fue dictada cuando el mismo estaba vigente, se analiza los alcances de dicha norma para efectos de entender el contenido de la decisión.

uno de los elementos de esa propiedad, la marca de productos y servicios. De esta manera, dicha norma regula el otorgamiento de la marca, cuyo registro otorga el derecho al uso exclusivo de una marca, otorgando poderes frente a terceros. Así, el artículo 169° de la citada norma señala: “El registro de la marca confiere a su titular el derecho de actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento realice, con relación a productos o servicios idénticos o similares para los cuales haya sido registrada la marca...”

Es ante esta dinámica del mercado que se presentan situaciones derivadas de pedidos de registro que deben ser verificados por la Oficina de Signos Distintivos, la cual realiza la búsqueda de otras marcas ya concedidas, a fin de detectar similitudes que puedan generar confusión en el consumidor y que por ende no deben ser otorgadas. Es preciso señalar que la denegación no sólo puede originarse de la búsqueda que realice el INDECOPI de sus propios antecedentes, sino que puede provenir de una oposición del titular de una marca que considera que se está utilizando su producto, esto en mérito a que la solicitud de registro es publicada en el diario oficial El Peruano.

Realizada esta explicación, tenemos, que el artículo 128° del Decreto Legislativo N° 823 señala:

Se entiende por marca todo signo que sirva para diferenciar en el mercado los productos y servicios de una persona de los productos o servicios de otra persona. Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica...

En base a estas disposiciones, la norma ha previsto en los artículos 130°, 131° y 132° cuáles deben ser los criterios que deben de evaluarse al momento de efectuar el examen de distintividad o de registrabilidad o el riesgo de confusión, es decir determinar si la marca cuyo registro se solicita es distinto o si tiene riesgo de confusión respecto de otra marca, ya sea porque ha sido detectada por la Administración o en mérito a la oposición del titular de una marca previamente registrada. Pero en el caso de propiedad industrial, ocurre una situación sui

géneris en la legislación y es que una norma internacional adoptada en la Comunidad Andina es de obligatorio cumplimiento para el derecho interno, así la Decisión 486 - Régimen Común sobre Propiedad Industrial – de la Comunidad Andina en su artículo 136.a) establece:

No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: a) sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación.

Presentada la normatividad reguladora de la actividad, se puede inferir que los conceptos de distintividad o registrabilidad, es un concepto jurídico indeterminado que requiere ser concretizado caso por caso. Sin embargo también es cierto que las normas antes mencionadas, contienen una serie de criterios establecidos (artículos 130º, 131 y 132 del Decreto Legislativo 823º) que han restringido el análisis del concepto jurídico antes mencionado.

En efecto, en la parte pertinente del punto 2.3.3 de la Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI la Administración ha determinado de manera general, mayores precisiones que han ido reduciendo el concepto antes señalado. Así, en dicho documento se precisa:

Para determinar si se ha producido un acto de confusión (directo o indirecto) debe observarse, entre otros puntos: (i) la forma como se distribuyen los productos o se proveen los servicios en cuestión (por ejemplo, si concurren en una misma plaza, en un mismo segmento del mercado o empleando similares canales de distribución), (ii) el nivel de experiencia de los consumidores que adquieren tales bienes o servicios, (iii) el grado de distintividad de la forma o apariencia externa del producto o de la prestación del servicio o de sus medios de identificación (esto es, si dichos elementos cumplen una función indicadora de procedencia empresarial) y (iv) el grado de similitud existente entre los 59 elementos que distinguen a los productos o a la prestación de los servicios objeto de evaluación .

El riesgo de confusión, ya sea directo o indirecto, se evalúa atendiendo a la capacidad de diferenciación de un consumidor que actúa con diligencia ordinaria, teniendo en cuenta la presentación, el aspecto general de los productos o las prestaciones materia de evaluación.

Todos estos elementos nos permiten establecer respecto de la legislación sobre la materia dos aspectos: El primero que existen conceptos jurídicos indeterminados que han sido parcialmente delimitados por las propias normas que las regulan y que el desarrollo de las disposiciones internas de la Administración, han contribuido aún más con la reducción de la extensión de los mismos y el segundo que, tratándose de conceptos jurídicos indeterminados, no corresponden a facultades discrecionales, sino que se trata de facultades regladas. Este segundo punto, no puede ser materia de discusión por cuanto, son las normas las que han determinado las facultades de la Administración, y cuál debe ser su actuación frente a determinados supuestos.

Ocurre que en el mercado existe mucha imaginación respecto a la manera cómo denominar un producto, ya que el fin de lucro conlleva a los actores a ser originales lo que les permite un posicionamiento más conveniente frente al mismo. Ergo, resultaría imposible que se pueda pretender prever los supuestos de nombres que podrían ser susceptibles de confusión.

Retomando el análisis de la ejecutoria suprema, y tal como hemos indicado previamente, el caso proviene de un pedido de registro de una marca respecto de la cual la Administración ha considerado que tiene similitud con otra previamente registrada. Pero cómo aborda el tema la Corte Suprema?

En el sexto considerando la Sala señala:

Para llegar a esta conclusión, conforme se aprecia de la resolución administrativa materia de autos, la Autoridad Administrativa realizó el examen de registrabilidad (en especial analizando el riesgo de confusión) de acuerdo a los parámetros establecidos en el Decreto Legislativo número 823 y Decisión 486, examen que significa tomar como base los criterios y parámetros establecidos por la

normatividad de la propiedad industrial, para que en base a ellos llegar a una conclusión, lo que implica una estimación subjetiva de la administración. Esta estimación subjetiva se presente porque la norma jurídica, al momento de establecer la potestad administrativa para la calificación, remite parcialmente a una estimación a ser realizada en forma analítica, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares; con lo cual logra completar el cuadro regulativo de la potestad. En ese sentido se aprecia que está ante una potestad discrecional, la que se encuentra compuesta por elementos legalmente determinados y por otros elementos de apreciación subjetiva de la Administración, lo que es susceptible de ser sometido a control a través del contencioso-administrativo, conforme se indica a continuación. Esta estimación subjetiva no es una facultad extra legal que surja de un supuesto poder originario de la Administración, por el contrario, la estimación es dada por la propia Ley que configura la potestad y, que se le ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter.

El riesgo de confusión se efectúa a través de un examen hipotético que se realiza de manera a priori y que se sustenta en hechos y criterios que permitan determinar, de manera razonada, que una marca generará confusión al momento de ingresar al mercado con otra marca que ya se encuentra registrada. Es una probabilidad que requiere de una adecuada motivación y que se sustenta en los elementos reglados contenidos en la ley. En ese sentido, no se advierte que la legislación comentada otorgue al INDECOPI discrecionalidad, entendida como la posibilidad o libertad que tiene la Administración de elegir entre dos o más opciones al momento de determinar la distintividad. La Sala confunde el criterio expresado por el funcionario administrativo respecto de lo que considera plausible de registro con la facultad discrecional de la Administración.

De otro lado, se ha explicado que los conceptos jurídicos indeterminados inciden en el aspecto fáctico y no en el normativo. Al respecto, la Sala considera que el examen, caso por caso, con la apreciación de circunstancias singulares, conlleva a completar el cuadro regulativo de la potestad. Sin embargo, lo que es materia de análisis en situaciones como la presente es el referido al concepto jurídico

(distintividad) y el elemento fáctico que implica el examen de las dos marcas, pero de ninguna manera puede entenderse que esa sea una facultad discrecional. En el supuesto materia de análisis, existe la posibilidad de concretizar conceptos jurídicos indeterminados pero dentro de las facultades regladas previstas por la norma. No existe facultad que otorgue la norma a la Administración para que ésta pueda ejercer alguna libertad de elección. Es común encontrar confusiones entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados y también entre lo que implica el criterio del funcionario con la discrecionalidad como lo es en el presente caso.

Continuando con el análisis, en la primera parte del décimo considerando se señala:

Estando ante la presencia de elementos subjetivos, el control de la discrecionalidad no consiste en que el Órgano Jurisdiccional sustituya el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio, ya que de lo contrario todo se limitaría a sustituir una discrecionalidad (la administrativa) por otra (la judicial).

De este considerando, se puede extraer dos ideas. La primera que la Corte Suprema acoge la opinión de la mayoría de la doctrina respecto a que en los casos en que se está ante facultades discrecionales, la posibilidad de amparar una demanda implica un reenvío a la Administración, ya que tratándose de tal, no es posible que el Juez se convierta en el Administrador, empero, eso sucede siempre que existan dos o más posibilidades igualmente válidas que son plausibles de elección. Sin embargo, dicha posibilidad no se apreciaba en el caso de autos, ya que esas alternativas no se presentaban. Así, lo que corresponde determinar en tales casos, es si el registro de una nueva marca generará o no confusión con otra la registrada, tal como se ha analizado en el primer capítulo (conceptos disyuntivos). La segunda idea, es que lo analizado permite reafirmar la confusión de la Corte respecto a la aplicación de criterio al momento de determinar el peligro de confusión con la discrecionalidad, lo cual nos remite a un problema de comprensión de lo que realmente es la discrecionalidad y las técnicas de control de las mismas.

Por último en el duodécimo considerando la Sala señala:

Del análisis del agravio que se formulan se aprecia que, toda su fundamentación tiene como propósito que el Órgano Jurisdiccional efectúe un nuevo examen de registrabilidad del signo, para con ello posibilitar su acceso al registro de marcas, propósito que es ajeno al fin al que se encuentra destinada la vía contenciosa-administrativa, conforme se ha sustentado ampliamente.

Pero si esa no es su función, cuál es?. Por supuesto que su función es de control de la Administración y eso conlleva a que se reconstruya el argumento de la Administración a fin de determinar si el examen de registrabilidad fue correctamente efectuado por la Administración, más aún si se está ante facultades regladas. Si esa no es la función del proceso contencioso administrativo, entonces queda una atemorizante conclusión: en ningún caso como el presente se podrá amparar la demanda. Sólo efectuado un nuevo análisis del peligro de confusión, y del examen de registrabilidad de la marca, posibilitará que en un determinado caso el Órgano Jurisdiccional declare fundada una demanda. La función del proceso contencioso administrativo es la de ser un instrumento de control de la Administración, pero también contiene la facultad que en aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva, se reevalúe los argumentos de la Administración y de no haberse ceñido a la ley o haber desconocido los derechos de los administrados, declarar su afectación y restablecer el derecho.

### *3.3.2.2. Ejecutoria N° 1186-2003-LAMBAYEQUE.*

La segunda sentencia que analizaremos corresponde al expediente N° 1186-2003-LAMBAYEQUE expedida por la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Dicha sentencia corresponde a un proceso derivado de la aplicación del Decreto Ley N° 26093 que dispuso la evaluación del personal semestralmente a fin de modernizar el aparato estatal.

La citada norma disponía:

Artículo 1.- Los Titulares de los distintos Ministerios y de las Instituciones Públicas descentralizadas, deberán cumplir con efectuar semestralmente programas de evaluación de personal de acuerdo a las normas que para tal efecto se establezcan.

Autorízase a los referidos titulares a dictar las normas necesarias para la correcta aplicación del presente dispositivo, mediante Resolución.

Artículo 2.- El personal que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo anterior no califique, podrá ser cesado por causal de excedencia.

En aplicación de dicha normatividad, ESSALUD, emitió un “Reglamento de Evaluación Semestral de los Trabajadores del Seguro Social de Salud (ESSALUD)” en el cual se establecieron pautas para el desarrollo de la citada evaluación.

La Corte Suprema, al analizar el caso de una trabajadora que demandaba la nulidad de una resolución administrativa que dispuso su cese por excedencia, en el sexto considerando señaló:

Que el debido cumplimiento del Reglamento antes mencionado resulta esencial para la validez y eficacia del acto administrativo; toda vez que la facultad de la administración pública de cesar por excedencia constituyó un acto discrecional que no autorizaba en ella una conducta arbitraria, pues debe existir determinados elementos y criterios que permitan su adecuado control, a fin de evitar que dicha medida se convierta en un instrumento de discriminación que la torne incompatible con la garantía establecida en el artículo dos inciso dos de la Constitución Política del Estado....

Sin embargo, cabe preguntarse en qué consistía esa discrecionalidad? Cuáles eran esas posibilidades que tenía la Administración para elegir?. La respuesta es que no existían si las evaluaciones estaban predeterminadas y el procedimiento de las mismas estaba reglamentado. Se trataba de facultades regladas.

La prueba de ello, es que la Ejecutoria en comentario, confirma la sentencia que amparó la demanda, sustentándose en el hecho que a la demandante la

evaluaron con criterios aplicables a un grupo ocupacional distinto al que ocupaba al momento de dicha evaluación, concluyendo que de esa manera se había contravenido el artículo 13° del citado reglamento que mandaba que el evaluador calificara al trabajador, de acuerdo al grupo ocupacional al que pertenecía, tal como se lee de los fundamentos sétimo y siguientes.

Esta situación se corrobora, incluso con pronunciamientos del Tribunal Constitucional que, en aplicación del mismo reglamento amparó pretensiones similares a la presente. Así en la STC N° 1311-2001-AA/TC señaló:

1.- Con la Resolución de Presidencia Ejecutiva N.° 113-PREJ-ESSALUD-99, de fecha 25 de mayo de 1999, se aprobó el Reglamento de Evaluación Semestral de los Trabajadores del Sector Salud, precisándose, en el artículo 9.°, que la evaluación debía efectuarse en dos períodos semestrales, en los meses de enero y junio de cada año.

2.- Se encuentra acreditado que el demandante fue cesado por la causal de excedencia mediante Resolución de Gerencia N.° 231-GDJ, de fecha 3 de diciembre de 1999, obrante a fojas 8, la cual, en su quinto párrafo, indica que la medida se adoptó como resultado de la evaluación correspondiente al primer semestre de 1999; consecuentemente, habiéndose cesado al demandante con fecha posterior al período de evaluación autorizado, se vulneró el principio de legalidad contemplado en los artículos 3.°, 38.° y 45.° de la Constitución.

Luego en la STC N° 1212-AA/TC también se puede apreciar que se trataba de facultades regladas y no discrecionales:

3.-De acuerdo con el artículo 13.° del Reglamento de Evaluación Semestral de los Trabajadores del Seguro Social de Salud ( EsSalud), aprobado por la Resolución de Presidencia Ejecutiva N.° 229-PE-ESSALUD-99, "el trabajador que alcance en el proceso final de evaluación de personal una calificación promedio inferior a 60/100 puntos, podrá ser cesado por causal de excedencia".

4.- A fojas 82 obra el Cuadro Consolidado de la Evaluación del Rendimiento del Personal, suscrito por el Gerente Departamental de EsSalud de Áncash, en el que se aprecia que el demandante obtuvo un puntaje de 65.80; vale decir, que obtuvo nota aprobatoria. En consecuencia, la Resolución N.° 297-ESSALUD-GDAN-99,

que dispuso su cese por causal de excedencia, pese a haber obtenido una nota aprobatoria, constituye una violación del derecho al trabajo consagrado en el artículo 22.º de la Constitución.

Ahora bien, por momentos, pareciera que los magistrados de la Corte Suprema quieren decir que discrecional fue la decisión del Estado de emitir una norma que disponía el cese de personal por excedencia. Sin embargo, esta apreciación conllevaría a pensar a que la Corte Suprema confunde la discrecionalidad política que, bajo criterios de oportunidad, le permite dictar normas, con la discrecionalidad administrativa cuyo control es de competencia de los órganos judiciales a través del proceso contencioso administrativo. Este es un problema que se presenta cuando no se ha establecido la distinción de género y especie que existe entre la discrecionalidad jurídica y la discrecionalidad administrativa.

El proceso contencioso administrativo efectúa el control de la Administración, es decir de los actos administrativos que en cumplimiento de las finalidades de interés general afectan de manera directa los intereses de uno o de un grupo de ciudadanos, pero que no implica el control de la legalidad de las normas o de la oportunidad en las que se dicta (discrecionalidad política), lo que corresponde al control de constitucionalidad de las normas, y que no es posible de ser conocido en sede contenciosa administrativa, sino en la sede constitucional, salvo el caso de control de difuso. La ejecutoria no determinó si se estaba ante una facultad discrecional o reglada de la Administración, y esta falta de delimitación originó la confusión anotada.<sup>170</sup>

No se aprecia con mucha frecuencia evaluaciones de facultades discrecionales a nivel de la Corte Suprema, y las que se han podido apreciar tienen confusiones conceptuales que es necesario las aclaren. La Corte Suprema es la llamada a generar seguridad jurídica a través de sus decisiones y sólo en la medida que sus

---

<sup>170</sup> Esta confusión también se aprecia en niveles de las Salas Superiores Contenciosa-Administrativas, como la que se advierte de la Sentencia de Vista emitida por la Cuarta Sala Contenciosa Administrativa (Exp. 0739-2009),

decisiones contengan un mayor grado de certeza, podrán generar la confianza en la ciudadanía.

La seguridad jurídica, como acertadamente la define la doctrina constitucional española, es la suma de certeza, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad<sup>171</sup>, y ese debe ser el camino a seguir. La crítica académica del presente trabajo se realiza bajo el amparo constitucional que nos autoriza a hacerlo y como se ha precisado, el análisis se ha limitado a los conceptos aplicados, ya que si bien se puede concordar con las decisiones finales, empero considero que los argumentos contienen errores de conceptualización.

Estos son algunos errores que se aprecia del análisis que realiza la Corte Suprema respecto a la discrecionalidad y que a nuestra consideración se debe a la falta de especialización en una materia del Derecho que no sólo contiene aspectos jurídicos, sino que muchas veces conlleva a conocer aspectos técnicos que requiere de tiempo para adquirir su debido conocimiento. El período de un año al que muchos magistrados son designados en dicha materia, resulta insuficiente para poder conocer la vasta legislación que regula a toda la Administración y procurarse la especialización en la materia. Luego en las recomendaciones volveremos sobre este punto.

#### **3.4. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA RESPECTO DE LA POSIBILIDAD DE SUSTITUCIÓN POR PARTE DEL JUEZ AL MOMENTO DE EFECTUAR EL CONTROL DE LA FACULTAD DISCRECIONAL.**

En la parte pertinente habíamos establecido cuáles eran las posiciones doctrinariamente hablando respecto a la posibilidad de sustitución por parte del

---

<sup>171</sup> Último párrafo del octavo fundamento de la Sentencia del Tribunal Supremo español - Sala de lo Contencioso, dictada el 06 de Octubre del 2005.: [http://www20.gencat.cat/docs/CJA/Continguts/Eines\\_i\\_recursos/Jurisprudencia/Static\\_files/STS\\_06\\_10\\_05\\_compilacio\\_doctrina\\_TS\\_sobre\\_control\\_Reglaments.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/CJA/Continguts/Eines_i_recursos/Jurisprudencia/Static_files/STS_06_10_05_compilacio_doctrina_TS_sobre_control_Reglaments.pdf). Consulta: 24 de septiembre de 2010.

Juez de la función de la Administración en los casos que se juzgue algún acto administrativo proveniente de la facultad discrecional de la Administración. Lamentablemente en la jurisprudencia de la Corte Suprema no hemos encontrado algún o algunos casos emblemáticos que nos permita establecer cuál es la posición que adopta tal instancia luego de considerar arbitrario el ejercicio de una facultad discrecional. Una de las razones la encuentro en que la gran mayoría de casos que juzga el Poder Judicial provienen de facultades regladas y las facultades discrecionales que existen, han ido delimitándose a través del control de la Administración que ha efectuado el Tribunal Constitucional como el que proviene de la antes comentada STC 090-2004-AA/TC.

En el caso del Tribunal Constitucional, la situación no es muy distinta, aunque dado que en su labor de control de la Administración ha contenido el de la facultad discrecional por provenir muchas veces del mandato constitucional, sí nos ha sido posible establecer, o mejor dicho deducir, cuál es su posición frente a la posibilidad o no de sustitución de la Administración.

Una primera impresión es que el Tribunal opta por efectuar el reenvío a la Administración a fin que sea ésta la que elija las alternativas posibles. Ese criterio puede apreciarse del fundamento jurídico 49º de la STC N° 5156-2006-PA/TC (sentencia ya comentada) en la cual, en un caso de destitución, determinó que el CNM procediera a efectuar una mejor motivación de las razones que sustentaban tal sanción, así como dispuso que se concretizara los conceptos jurídicos indeterminados que regulan la actuación de los jueces. Esta misma posición se apreciará en un caso similar tal como se observa en el fundamento 17º de la STC 5400-2007-PA/TC en la cual señaló:

Por lo tanto, este Tribunal considera que la demanda debe ser desestimada toda vez que el CNM, por medio de la resolución impugnada, ha actuado de acuerdo a sus atribuciones constitucionales, siendo que las alegaciones del demandante más parecen estar dirigidas a cuestionar el sentido de la resolución, lo cual no es competencia de este Tribunal. La potestad para imponer la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema, como es el caso del recurrente, ha sido otorgada

por la Constitución exclusivamente al CNM, de conformidad a lo establecido en su artículo 154<sup>o</sup>, inciso 3).

Dicho argumento será ratificado en el fundamento jurídico décimo sexto de la STC N° 896-2008-PA/TC en donde el Tribunal estableció:

Por lo tanto este Tribunal considera que el recurso de agravio debe de desestimarse toda vez que el CNM, por medio de la resolución impugnada, ha cumplido la STC 5156-2006-PA/TC, y advierte más bien que las alegaciones del demandante parecen estar dirigidas a cuestionar nuevamente el sentido de la resolución del CNM y que este Colegiado se pronuncie respecto a tal impugnación, cuestión sobre la cual, ciertamente, carece de competencia por cuanto la potestad para imponer la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema, como es el caso del recurrente, ha sido otorgada por la Constitución exclusivamente al Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad a lo establecido en su artículo 154<sup>o</sup> inciso 3. Cabe precisar entonces que la labor del Tribunal Constitucional se encuentra limitada al control constitucional de dichas resoluciones, lo cual implica únicamente el velar porque éstas no vulneren los derechos fundamentales de su destinatario, sin que ello signifique que tal control suponga necesariamente un pronunciamiento favorable a sus intereses.

Otro caso en el cual el Tribunal optó por el reenvío fue el que provino de un proceso de amparo en el que cuestionó la modificación que dispuso el Gobierno de la tasa arancelaria que debía de pagarse por la importación del cemento de 12% a 0%. En dicha sentencia (STC N° 3116-2009-PA/TC) el Tribunal, declaró fundada una demanda interpuesta por una empresa nacional que elabora el producto, declarando inaplicable la norma que dispuso tal reducción, pero al momento de pronunciarse sobre la restitución del monto del 12% o su posible graduación, dispuso que el Presidente de la República regule nuevamente la tasa arancelaria, esto en razón que la posibilidad que se fije un número determinado implicaba la sustitución de la facultad discrecional de la Administración. Hasta este punto pareciera que el Tribunal no es partidario de la posibilidad de sustitución, conforme se ha establecido precedentemente.

Sin embargo, en la STC N° 4492-2008-PA/TC, el Tribunal establece (lo que a mi entender es) su posición respecto a la posibilidad de sustitución en caso las alternativas posibles de elegirse se reducen de tal manera que sólo queda una posible. El caso proviene de una facultad sancionadora en la cual, la graduación de la sanción había sido establecida, a criterio del Tribunal, de manera desproporcionada. Proviene de un proceso relacionado con el que fue resuelto por la STC N° 5156-2006-PA/TC, y que se originó por la iniciativa de un grupo de Vocales Supremos que fueron destituidos por declarar la nulidad de una resolución que había adquirido la calidad de cosa juzgada. Al respecto, en este proceso, se alego que el demandante participó sólo en una de las resoluciones materia de cuestionamiento lo cual fue evaluado por el Tribunal. Así en el fundamento jurídico doceavo de dicha sentencia el Tribunal Constitucional señaló:

Al respecto, este Tribunal Constitucional considera que, en efecto, la graduación de la sanción ha sido arbitraria pues, a fin de cuentas, quienes han participado en ambas resoluciones han sido sancionados con la misma intensidad que el demandante, quien sólo participó en la última, vale decir, en la que se decretó la nulidad de la sentencia que tendría la calidad de cosa juzgada, precisamente por contravenir un pronunciamiento de este Tribunal Constitucional.

Sin duda, el Tribunal abordó la proporcionalidad de la sanción, lo que lo llevó a establecer que, si para la sanción de destitución de un grupo de magistrados involucrados, la misma se sustentaba en el hecho que éstos habían suscrito dos resoluciones cuestionables; para el caso del demandante no podía aplicarse la misma sanción por cuanto éste sólo suscribió una y por ende ordenó su reposición. A diferencia de los casos de no ratificación, el Tribunal ha analizado el tema de fondo verificando la discrecionalidad en la graduación de la sanción. Dicha sentencia motivó una pública protesta por parte del CNM<sup>172</sup> y un posterior pedido de aclaración que fue desestimado por el Tribunal, empero es necesario analizar el procedimiento del control de la discrecionalidad en el presente caso.

---

<sup>172</sup> Comunicado de fecha 06 de Mayo del 2010, publicado en el Diario El Comercio el día 10 de Mayo del mismo año, página A-10.

Si se acepta el argumento que la misma sanción no cabía ser impuesta a dos conductas que, provenían de los mismos hechos ya que éstas se diferenciaban por cuanto en una se sancionaba por comisión de las acciones “A” y “B” y en la segunda se sancionaba por la comisión de la acción “A”, entonces podemos aceptar que como consecuencia de ello, debe imponerse sanciones gradualmente acorde para cada caso. Debe tenerse en cuenta que, tal como se verá más adelante, el presente caso es tomado para efectos de establecer la posición que adopta el Tribunal Constitucional con respecto a la posibilidad de sustitución o no por parte de la judicatura de la función que la ley le ha otorgado a la Administración, sin embargo, hubiera resultado muy interesante e ilustrativo que el Tribunal hiciera un análisis de las sanciones a partir de la condición de *suficiente* y *necesario* de las proposiciones, es decir establecer si la comisión de la acción “A” resultaba *suficiente* para la aplicación de la destitución. Ahora bien, planteado tal supuesto, corresponde establecer cuál es la actitud de un tribunal ante la determinación de una arbitrariedad en el caso en que la facultad discrecional se ha ejercido excediendo los límites de la legalidad.

Tal como se ha establecido a lo largo de este trabajo, la respuesta a tal pregunta se encuentra en las propias competencias que la ley le otorga a cada organismo. En efecto dada la facultad discrecional que la ley ha otorgado a la Administración corresponde que el Juez, le reenvíe el caso a fin que sea ésta la que, en aplicación de la libertad otorgada por la ley, decida dentro de las alternativas igualmente viables. Sin embargo, esta posibilidad tiene una excepción y se presenta en el caso de reducción del ámbito de elección de la Administración, es decir el supuesto en el cual, anulada judicialmente una alternativa, sólo queda una respecto de la cual decidir. El derecho que sustenta esta posibilidad es la tutela judicial efectiva y tiene su correlato en la practicidad que requiere el ejercicio de un derecho, así, de no existir más alternativas respecto de las cuales tenga posibilidad de elección la Administración, no se considera como un interferencia el que el Juez disponga la declaración del derecho del administrado. Al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA señala:

Sobre lo cual la jurisprudencia de todos los países, y también del nuestro, ha encontrado por de pronto un supuesto sumamente importante en que se admite llanamente la facultad de sustitución del juez, supuesto al que la doctrina alemana ha llamado “reducción a cero” de las posibles alternativas o la contracción o limitación del ámbito de elección, que es una situación que se presenta con no escasa frecuencia. Esta reducción a cero se produce, o bien cuando entran en juego derechos fundamentales y otras reglas constitucionales, o cuando se trata de obligaciones legales de intervenir y la Administración se abstiene, o cuando el proceso mismo se limita a una comparación precisamente entre dos alternativas, de las cuales una, en efecto, es “más justa” que la otra...(García de Enterría 1996: 250-251).

Ahora bien, si la sanción de destitución era considerada desproporcionada y por ende arbitraria, entonces la consecuencia es que no debía de aplicarse tan drástica sanción, sino que lo correspondía era la aplicación de una sanción menor, lo que ya no es competencia del CNM ya que los casos que no corresponden a la sanción de destitución, son de competencia del propio Poder Judicial. Vistas las cosas desde esta perspectiva, considero que no existió la interferencia que se alegó contra la decisión del Tribunal Constitucional, y no cabía la comparación con las sentencias antes referidas (896-2008-PA/TC, 5400-2007-PA/TC) por cuanto las mismas desestimaron la pretensión, por lo que no existió la posibilidad del supuesto presentado en el presente caso. De igual forma, no cabe comparación con la sentencia 5156-2006-PA/TC en razón que dicha sentencia sancionó la indebida motivación, considerada desde el punto de vista formal, ya que el Tribunal decidió no abordar el fondo del asunto, disponiendo que se emita nueva resolución, lo cual se cumplió ratificándose la sanción de destitución, confirmada por el Tribunal (STC 0896-2008-PA/TC). En tal sentido, el rechazo generado contra tal decisión no encuentra justificación si, efectuado el análisis del caso en particular, se logra determinar que las alternativas del Consejo se redujeron a sólo una, la cual era ineludible de aplicar.<sup>173</sup>

---

<sup>173</sup> Finalmente, mediante Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 126-2011-PCNM publicada el 09 de julio de 2012, el CNM resolvió dar por concluido el proceso disciplinario

Tal como precisamos previamente, la posibilidad de sustitución corresponde a una excepcionalidad y determina la preponderancia momentánea del principio de tutela judicial efectiva por sobre el principio de separación de poderes. Al analizar el conflicto que se suscita entre principios, hemos señalado que en un ejercicio de ponderación, un principio ejerce supremacía por sobre otro, empero tal supremacía sólo corresponde a un caso en concreto. Su jerarquía no se presenta como en los casos de las normas, caso en el cual la pirámide normativa, de antemano, ha establecido el grado de preponderancia de una norma por sobre otra. En el caso de los principios, dicha jerarquía sólo es aplicable para un determinado caso y su determinación estará directamente vinculada con los elementos fácticos materia de juzgamiento, por eso no resulta ilegal que para un determinado caso se entienda que deba prevalecer un determinado principio y para otro caso en el que estén en conflicto los mismos principios, pueda preponderar el principio sometido.

Así, en los casos de sustitución de la facultad discrecional, la ponderación está predeterminada por un presupuesto el cual lo constituye si las opciones de elección que tenía la Administración en base a la facultad discrecional, se han reducido de tal manera que sólo es posible apreciar que queda una opción válida. En efecto, la prevalencia del principio de tutela judicial efectiva y la consecuente posibilidad de sustitución de la Administración, sólo puede ser considerada si dada la situación, no existen otras posibilidades de elección de la Administración, ya que de apreciarse que determinada una arbitrariedad subsisten varias posibilidades u opciones de elección igualmente válidas y lícitas, el Juez no podrá ir más allá que de la mera anulación o reposición del procedimiento al estado en que se cometió la irregularidad, puesto que nunca podrá sustituir la libertad de la Administración de elegir la opción que considere que más se adecúe a la finalidad de satisfacer el interés general. En este último supuesto, la ponderación está a favor del principio

---

seguido contra el doctor Vicente Rodolfo Walde Jáuregui y dispuso se remitan los actuados a la Presidencia de la Corte Suprema para que se le imponga una sanción menor a la destitución.

de separación de poderes y por ende al respecto de las competencias y facultades que la ley le ha otorgado a la Constitución. La demarcación de tal límite resulta preponderante para determinar y evitar aquella posibilidad de hiperactivismo judicial que se aprecian en muchos casos y que lo único que generan es el desprestigio del aparato judicial.

Establecida tal situación, no podemos dejar de meditar en lo que significa toda esta tarea. Sin duda que la lucha contra la inmunidad del poder en todas las esferas de la Administración traerá debates, reticencias y opiniones que deben ser analizadas con la medida que el tema requiere, pero con la clara conciencia de una cultura del control del Poder. El análisis realizado nos muestra que el Tribunal acoge la posición mayoritaria de la doctrina en relación a la posibilidad de sustitución de la facultad discrecional, cuando de su juzgamiento se determina que tal ejercicio ha incurrido en arbitrario y las alternativas de elección se han reducido a “cero”. Esta posición es un punto de equilibrio entre lo que son los principios de separación de poderes y el de tutela judicial efectiva, pero que sólo es aplicable en tales casos, porque de no ser así, entonces sí podemos pensar en la interferencia del Tribunal en las labores de la Administración y también en el activismo judicial que, si bien lo inspira una intención de justicia total, muchas veces concluye afectando al sistema en general.

Hasta aquí considero que hemos efectuado un análisis panorámico del control de la Administración. Así a lo largo de los dos últimos capítulos, hemos procurado esbozar cuál es la situación actual del control de la Administración y los mecanismos legales que se han establecido para ejercer los mismos. Expuesto ello, debemos convenir en que no debe existir esfera del Poder que no esté sometida a control jurisdiccional; el propio principio democrático así lo exige. La tarea de extender las garantías de acceso a estos controles debe ser adoptada de manera tal que podamos gozar de una justicia pronta que resuelva imparcialmente los probables excesos y arbitrariedades que se puedan cometer en agravio del ciudadano. Algunas veces se señala que el principal problema de

la justicia administrativa es la enorme cantidad de procesos existentes, sin embargo, analizar estos problemas sólo a partir de lo que constituye la sobrecarga procesal, es iniciar dicho análisis de manera parcial y con una temporalidad que no ayudará en mucho.

A lo largo de este capítulo se ha podido demostrar los problemas conceptuales que tiene la máxima instancia judicial al momento de resolver causas que provienen de la materia contenciosa administrativa. Es clara y urgente la necesidad de entender que existen visiones del proceso distintas entre los jueces que conocen de causas que provienen del derecho privado y los que conocen de casos que derivan del derecho público. Por ende una medida que sería de gran ayuda la constituye la especialización de los magistrados por materias y que ésta provenga desde el momento de su selección. Sólo una debida y constante preparación nos puede garantizar el camino a aquel principio que debe regir al magistrado de derecho público: la interdicción de la arbitrariedad.

## CONCLUSIONES.

1.- Si bien desde hace más de dos siglos, se ha determinado la necesidad de que el Poder no sea ejercido por un soberano, sino que sea dividido para así evitar el despotismo y la arbitrariedad, esta idea se mantiene como uno de los sustentos que justifican el sistema democrático. La historia nos permite comprobar reiteradamente que la centralización del Poder induce al gobernante a abusar de él, por lo que la división de poderes es un principio trascendental para la vida en democracia, apreciándose su importancia a partir del rango constitucional que ha alcanzado. Es ese sentido democrático que exige la necesidad de efectuar un control de la Administración (como expresión del Poder otorgado al gobierno), por parte de un órgano independiente y a través de un debido proceso que garantice imparcialidad, tanto al administrado como a la Administración. Pese a su antigüedad, su vigencia se reitera día a día y por eso siempre debe tenerse presente, porque es a través de él que adquirimos autoridad y gozamos de jurisdicción para reprochar el abuso de la autoridad.

2.- En el Estado de Derecho se requiere que la libertad que se le otorga a la Administración a través de las facultades que derivan del Poder, no se ejerza de manera absoluta, ya que su ejercicio abusivo conlleva a la arbitrariedad. De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, de lo previsto en los artículos 3º y 43º de la Constitución, en nuestro sistema se encuentra consagrado, implícitamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad. Así, una de las facultades que la ley le otorga a la Administración es la discrecionalidad, cuyo ejercicio implica no sólo una libertad sino una responsabilidad frente a los daños que se pueda generar a algún ciudadano a través de su aplicación indebida, por lo que es indispensable que la discrecionalidad se utilice dentro de los márgenes del derecho. Es decir que se desarrolle dentro de un espacio cuyos límites los

establecen la Constitución y la Ley. En ese sentido, la discrecionalidad comprende una libertad, que encuentra sus límites en el Derecho, consecuentemente, es éste el que se convertirá en el último y supremo protector del ciudadano frente al accionar o la omisión irregulares de la Administración.

3.- Son los órganos jurisdiccionales, a través del proceso contencioso administrativo, los encargados de efectuar el control jurídico de la actividad de la Administración y por ende del ejercicio de su facultad discrecional, lo cual implica que debe ser un poder independiente (el judicial) el que realice el citado control. Si bien el poder que se le otorga al gobierno proviene de la legitimidad popular, sin embargo, la Administración cumple una función vicarial, ejecutando las políticas que el gobierno le encarga, por eso el control de la Administración se realiza entre principios como el democrático, de separación de poderes y de tutela judicial efectiva.

4.- Si bien es cierto que la discrecionalidad implica un espacio de libertad de la administración y cuya previsión se justifica por el interés público y en aras del normal desarrollo de la actividad de la Administración, también lo es que ésta contiene facultades regladas mínimas como son su existencia, competencia, extensión y finalidad y, a partir de las cuales se puede iniciar el control de la misma. Del desarrollo doctrinal, se puede establecer que no existe discrecionalidad absoluta. Este es un punto que es muy importante tener en cuenta al momento de efectuar el control de la actividad discrecional de la Administración.

5.- Sin embargo, el control de la Administración, no está centralizado en nuestro proceso contencioso administrativo, sino que dicho control se extiende a las acciones de garantía (acción de amparo, acción de cumplimiento y acción popular), debido, entre otras razones, a que nuestra normatividad ha previsto que las decisiones de ciertos organismos constitucionales sean inimpugnables en sede ordinaria, por lo que la justicia constitucional ha asumido el rol de control en tales

casos, situación que de manera genérica ha previsto el artículo 3º de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (TUO – Ley N° 27584). Esto no es lo común en la legislación comparada, sin embargo, el objetivo de control total de la actividad administrativa y el principio de interdicción de la arbitrariedad lo justifican.

6.- En el caso peruano, existen otros criterios adicionales de delimitación, entre lo que debe ser conocido a través de un proceso contencioso administrativo y lo que corresponde a la competencia de las acciones de garantía, y son los que han sido establecidos por el Tribunal Constitucional, quien ha utilizado como elementos delimitadores la afectación o no del contenido esencial del derecho y la existencia de vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho (residualidad de los procesos constitucionales). A partir de estos criterios, el Tribunal Constitucional ha establecido precedentes vinculantes respecto a esta delimitación, sobre todo en materia pensionaria (STC N° 1417-2005-AA/TC), en materia laboral (STC N° 0206-2005-AA/TC) y en lo que corresponde a las acciones de cumplimiento (STC N° 0168-2005-AC/TC). Esta situación, aunado al hecho que en lo que corresponde a la ejecución de la contratación pública, se ha previsto como único medio de solución de controversias al arbitraje, nos lleva a concluir que nuestro sistema de control de la Administración es “mixto”.

7.- La disgregación del control de la Administración distribuida tanto en el Poder Judicial como en el Tribunal Constitucional, han traído como consecuencia la aplicación de criterios distintos y a confusiones de conceptos que se aprecian, sobre todo, en el Poder Judicial, esto más aún, cuando se trata del juzgamiento de la facultad discrecional de la Administración.

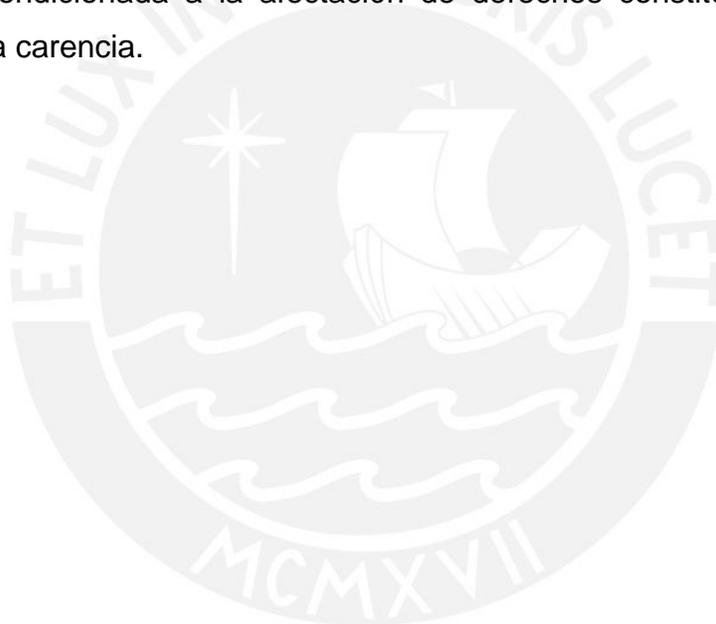
8.- Las clásicas técnicas de exceso de poder, desviación de poder, principios generales del derecho y hechos determinantes, se aprecian reemplazadas por el principio de proporcionalidad que antes de trasuntar al Derecho Constitucional se generó en el Derecho Administrativo. Sin embargo, de nuestra jurisprudencia judicial no se advierte que haya existido un tratamiento y desarrollo de estas

técnicas de control de la Administración, apreciándose básicamente un control de legalidad en sentido estricto.

9.- Nuestra Corte Suprema no tiene una jurisprudencia sistemática y desarrollada, respecto de los instrumentos de control de la Administración así como del debido control de la discrecionalidad. Caso contrario sucede con el Tribunal Constitucional quien sí ha abordado el tema en muchas oportunidades, utilizando de manera más frecuente el principio de proporcionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, técnicas que le han permitido detectar la comisión de ciertas arbitrariedades de la Administración al momento de ejercer su facultad discrecional.

10.- De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que proviene de los casos en los que se ha efectuado el control de la facultad discrecionalidad, se puede establecer que siguiendo a la doctrina mayoritaria, el Tribunal al momento de juzgar el indebido ejercicio de tal facultad de la Administración, no es partidario de su sustitución por parte de los jueces (STC N° 3116-2009-PA/TC), sin embargo, también se aprecia que dicha sustitución es admitida cuando se ha presentado una situación de excepcionalidad en la cual las alternativas posibles de elección que tenía la Administración, se redujeron de tal manera (reducción a cero), que sólo quedaba una alternativa jurídicamente válida posible de elección (STC N° 4492-2008-PA/TC), situación que es justificable en aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva. En ese sentido, la sola sustitución por parte del Juez implica la invasión de las competencias que están claramente delimitadas por la Constitución y la Ley por lo que la sustitución a que se hace referencia se debe hacer en casos específicos. Este es un punto muy delicado que debe previamente ser evaluado por el Juez al momento de decidir el caso en concreto, en razón que la Administración se encarga de administrar y el Juez de juzgar, caso contrario el juez se convertiría en administrador, tarea para la cual ni ha sido elegido ni ha sido preparado.

11.- Existe un ámbito en el que interviene la Administración que ha quedado exento de control judicial el cual está referido a los conflictos que se suscitan a raíz de la ejecución de la contratación estatal que sólo puede ser conocido por el arbitraje. De acuerdo a la propia ley de arbitraje, las posibilidades de efectuar el control de la decisión arbitral, se reduce a aspectos formales que no permiten conocer los casos en que no se haya efectuado un adecuado control de la Administración, sobre todo en los que ésta pretende ejercer las facultades que la ley le otorga con relación a la contratación pública. Si bien, con la emisión de la STC N° 0142-2011-AA/TC, existe un avance con relación a una revisión respecto del fondo de lo resuelto por un laudo arbitral, se debe tener presente que dicha revisión está condicionada a la afectación de derechos constitucionales con lo cual, subsiste la carencia.



## RECOMENDACIONES.

1.- A once años de haber entrado en vigencia la Ley N° 27584, se requiere que la especialización por materias no sólo esté referida a los órganos jurisdiccionales que conocen de los procesos contencioso administrativo, sino que debe extenderse a los que resuelven dicha clase de procesos. Se hace necesario que desde la convocatoria a los concursos para ocupar el cargo de Jueces y Vocales (sean estos superiores o supremos) se estipule la especialidad del cargo que pretenden ocupar. La especialización de los magistrados es un punto imprescindible para el desarrollo de la jurisprudencia y adecuado control de la Administración. Si bien en lo que respecta a los jueces, sí existe esta especialización, ésta debe extenderse a los que desarrollan la actividad jurisdiccional en las Salas Superiores y Supremas. Actualmente los vocales de las Salas Superiores y Supremas no tienen especialización, por lo que podrían ejercer la función en cualquier especialidad del Derecho. Sin embargo, este sistema no le hace un bien a la judicatura. Anualmente los citados magistrados son removidos al efectuarse la nueva conformación de las Salas, lo cual conlleva a iniciar una adaptación a una materia como la contenciosa administrativa, la cual, dada a la vasta legislación que regula a todo el aparato estatal, resulta compleja. Así, los defectos anotados en las ejecutorias analizadas, considero se deben a la falta de previsión de instancias que estén integradas por jueces nombrados en una determinada especialidad.

2.- Una de las fuentes de desarrollo del Derecho y en especial del Derecho Administrativo, está en los debates que se generan a partir de la casuística que es resuelta por la Corte Suprema. Esa es una sana experiencia de la doctrina española que deberíamos procurar generar en nuestro país. Un debate de esa naturaleza, requiere también de la intervención de los propios Magistrados

quienes son los que mejor conocen de la práctica judicial y de los principales problemas que se puedan presentar al momento de juzgar la actuación de la Administración. La dialéctica que se genere a partir de la intervención de magistrados y académicos redundará en la mejor calidad de las decisiones judiciales. En tal sentido se hace necesario procurar incentivos para que los Magistrados investiguen y publiquen aspectos que son problemáticos en el quehacer judicial, ya que hay mucho que discutir sobre el control de la Administración.

Por ejemplo, puedo anotar que la aclaración efectuada por el TUO de la Ley N° 27584 a través de la cual, de manera indubitable, se ha determinado que la pretensión de indemnización es de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, generará una serie de problemas e interrogantes como la naturaleza de la indemnización, los elementos que la componen, si dicha indemnización se equipara a la prevista en el Código Civil, los criterios de cuantificación, etc., por lo que se presenta como un punto muy interesante que puede generar un importante debate que permita el desarrollo de la presente materia.

3.- El inciso 2º del artículo 62 de la nueva Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071 – prohíbe a la judicatura que en un recurso de anulación arbitral, se pueda efectuar la revisión sobre el fondo de lo que ha sido materia del laudo. Sin embargo, dada la obligatoriedad del arbitraje en el tema de la ejecución de los contratos provenientes de la contratación pública, se hace necesario que se cree un mecanismo para que la judicatura pueda efectuar el control de legalidad de lo resuelto en el laudo arbitral, ya que de otra manera, se está dejando una zona exenta de control. Los arbitrajes, no abordan aspectos relacionados a las facultades de la Administración en lo que concierne a la contratación pública y que se amparan en el interés público (STC 2488-2004-AA/TC). Al respecto, se puede pensar en la posibilidad que el órgano jurisdiccional pueda, sólo en estos casos, emitir pronunciamiento respecto al fondo de lo que ha sido materia del arbitraje,

estableciéndose un recurso sencillo y con plazo de responsabilidad a fin de no afectar con dilaciones injustificadas el tráfico económico.

4.- Se hace necesario se revise la obligatoriedad del arbitraje previsto en el Decreto Legislativo N° 1017, dado que su imposición implica una afectación a la autonomía de la voluntad, tal como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 10063-2006-PA/TC. Si bien eso generará el grave riesgo que implica afrontar un proceso contencioso administrativo que puede durar varios años, la previsión de un proceso sumario con plazos de responsabilidad puede resultar un buena alternativa.

5.- Conforme se ha señalado en parte del presente trabajo, la ley le otorga a la Administración una facultad reglamentaria y, si bien los reglamentos no son actos administrativos, corresponden a competencias exclusivas delegadas a la Administración, por ende, la instancia natural para efectuar el control de tal competencia corresponde a la contenciosa administrativa, por lo que son las Salas Superiores de tal especialidad y no las Salas Civiles o laborales las que deben de conocer, en primera instancia, el proceso denominado Acción Popular y a través del cual se cuestiona la validez de los reglamentos por considerar que los mismos han sido dictados contraviniendo la Constitución y la Ley. En consecuencia, es preciso que se establezca esta competencia a favor de las Salas Contencioso Administrativas.

## BIBLIOGRAFÍA.

AARNIO, Aulis.

1990. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo de razonamiento jurídico” *DOXA*. Alicante. N° 08, pp. 23-38. Consulta: 26 julio del 2010. <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01471734433736095354480/cuaderno8/Doxa8\\_01.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01471734433736095354480/cuaderno8/Doxa8_01.pdf)>

ABAD YUPANQUI, Samuel.

2008 “Cuando el Estado no cumple: el difícil camino para ejecutar una sentencia en los procesos contencioso administrativos”. En PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ y ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. “*El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008)*” Lima. Grijley, pp. 17-39.

ABERASTURY, Pedro.

2006. *La justicia administrativa*. Buenos Aires. LexisNexis-

ABRUÑA PUYOL, Antonio.

2010 *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*. Lima. Palestra Editores.

AGUILÓ Josep.

2004 *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima- Bogotá. Palestra-Temis.

ALEXY, Robert.

1977. *El concepto y la validez en el Derecho*. Segunda edición. Barcelona. Gedisa editorial.

2007

*Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima. Palestra Editores.

ALONSO MÁZ, María José.

1999. *La fiscalización jurisdiccional de la actuación sin valor de ley de los parlamentos*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ANTÓN SARMIENTO, Xojé.

s/a "Técnica legislativa y control judicial". *Revista Debate*. Págs. 21-41.  
Consulta: 26 de julio de 2010.  
<[http://www.asamblea.gob.pa/debate/DEBATE\\_No16/03-Tecnica\\_Legislativa\\_Control\\_Judicial.pdf](http://www.asamblea.gob.pa/debate/DEBATE_No16/03-Tecnica_Legislativa_Control_Judicial.pdf)>

ARAGÓN, Manuel.  
1995 *Constitución y control del poder*. Madrid. Ediciones ciudad argentina.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA.  
2007. "Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra." *Advocatus. Revista editada por alumnos de la facultad de Derecho de la Universidad de Lima*. N° 16 - 2007-I, pp. 181-199.

ATIENZA Manuel  
1974-1998 "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica" *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*. Disco Compacto (CD) 1-100- Abril 1974/Diciembre 1998.

1987. "Para una razonable definición de "razonable". *DOXA*. Alicante. N° 04. Págs. 189-200. Consulta: 23 julio del 2010.  
<[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4\\_13.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_13.pdf)>

2003. *El sentido del Derecho*. Segunda edición. Barcelona. Editorial Ariel.

2006a. *El Derecho como argumentación*. Barcelona. Editorial Ariel.

2006b. *Las razones del Derecho*. Segunda Edición –Primera reimpresión. Lima. Palestra Editores.

BACA ONETO. Víctor Sebastián.  
2008 "La distinción entre los contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica." En PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ y ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008)*. Lima. Grijley, pp. 663-689.

BACHOF, Otto.  
1985. *Jueces y Constitución*. Traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid. Editorial Civitas.

BACIGALUPO Mariano.

1997 *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales.

BALLÉN, Rafael.

2006 “El Consejo de Estado francés en el Antiguo Régimen” 2006. *Revista Diálogo de Saberes*. Bogotá. Nº 25. julio-diciembre 2006. Págs. 13-32. Consulta: 23 de septiembre de 2010.  
<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2693562>>

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel.

1995. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid. Editorial Tecnos.

BERNAL PULIDO, Carlos.

2003. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales.

BLANCO VALDÉS, Roberto.

1998. *El valor de la Constitución*. Madrid. Alianza Editorial.

BOSCH, Jorge Tristán.

1951. *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos?*. Buenos Aires. Víctor P. de Zavalia Editor.

BREWER-CARÍAS, Allan R.

2005 “La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismos de control judicial de la actividad administrativa.” Consulta: 29 de Julio de 2010.  
<<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20491.%20Conceptos%20jur%C3%ADdicos%20indeterminados%5B1%5D%20%2016-02-05.pdf>>

BROHM, Winfried.

1993. “Administración y Jurisdicción contencioso administrativa como mecanismo de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho.” Traducción de Luciano Parejo. *Documentación Administrativa. Instituto Nacional de Administración Pública*. Madrid. Nº 234. Abril-junio 1993, pp. 115-131.

BULLARD G. Alfredo,

2005. “Kelsen de cabeza: verdades falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas” *Themis. Revista de Derecho*. Lima. Nº 51, pp. 79-96.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando.

2002. “Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales” *Advocatus. Revista editada por alumnos de la facultad de Derecho de la Universidad de Lima*. Lima. N° 07 -2002-II, pp. 178-193.

CARRIÓ R., Genaro.

1973. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires. Editorial Astrea.

1990. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Cuarta edición corregida y aumentada. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

CASSAGNE Juan Carlos.

1990 “Acerca de la conexión y diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso civil”. *Revista jurídica argentina La Ley*. Buenos Aires. 1990-C, pp. 967-975.

1998 *Derecho Administrativo I*. Sexta Edición Actualizada. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

2005 “Sobre el origen hispánico del sistema judicialista y de otras constituciones del Derecho Público comparado”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid. N° 127. Julio-septiembre 2005, pp. 363-379.

2007 “El sistema judicialista y la llamada judicialización de la actividad de la Administración Pública”. *Revista española de Derecho Administrativo*. Madrid. N° 133. Enero-Marzo 2007, pp. 5-28.

2009 “La discrecionalidad Administrativa” *Foro Jurídico Revista de Derecho*. Lima – Año V – N° 09, pp. 82-92.

CASSARINO, Sebastiano.

1997 “El problema de la jurisdicción administrativa” *Documentación Administrativa. Instituto Nacional de Administración Pública*. Madrid. N° 248-249. Mayo-Dic. 1997, pp. 213-229.

CASTILLO BLANCO, Federico A.

2002. “El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la cereza en la creación del Derecho.” *Documentación Administrativa. Instituto Nacional de Administración Pública*. Madrid. N° 263-264. Mayo-diciembre 2002, pp. 21-71.

CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (Coordinadores).

2010 *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima. Palestra Editores.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA.

2009. *El arbitraje en la Contratación Pública*. Lima. Palestra Editores.
- CERVANTES ANAYA, Dante.  
2008 *Manual de Derecho Administrativo*. Sexta Edición. Lima. Editorial Rhodas.
- COLAÇO ANTUNES, Luís Felipe.  
2000 “Hacia un contencioso administrativo de garantía del ciudadano y de la Administración” *Documentación Administrativa*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Nº 257-258. Mayo-diciembre 2000. Págs. 263-286.
- CUEVA MORALES, Carlos.  
2001. “El convenio arbitral en la Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado”. *Cathedra. Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Lima, noviembre. Año V – Nº 08, pp. 198-205.
- CHACÍN FUENMAYOR, Ronald de Jesús.  
2005. “La discrecionalidad administrativa en el ordenamiento jurídico venezolano”. *Cuestiones Políticas*. Nº 35. Julio-diciembre 2005, pp. 59-91. Consulta: 14 de Agosto 2010.  
<<http://www.revistas.luz.edu.ve/index.php/cp/article/viewFile/658/619>>
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge.  
2000. “El proceso contencioso administrativo en materia tributaria” *Themis. Revista de Derecho*. Lima. Segunda época/ Nº 41, pp. 73-95.
2009. “El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano” en FERRER MAC-GREGOR y ZALDÍVAR LELO DE LARREA (Coordinadores) *Aspectos de Derecho Procesal Constitucional*. Lima. Ideosa, pp. 207-262
- s/a “El proceso contencioso administrativo en el Perú”, pp. 01-36. Consulta: 15 de Diciembre de 2011.  
<<http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/contencioso%20administrativo.htm>>
- DE PEREZ CORTÉS, María Jeanneret.  
2004 “La legitimación y el control judicial. El alcance del control judicial del ejercicio de las funciones administrativas públicas” *Documentación Administrativa*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Nº 269-270.. Mayo-diciembre 2004, pp. 7-27.
- DESDENTADO DAROCA, Eva.

- 1999a. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*. Segunda edición. Navarra. Editorial Aranzadi.
- 1999b. *La crisis de identidad del derecho administrativo: Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia. Tirant lo blanch.
2008. “Los problemas de control de la discrecionalidad en el nombramiento de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial.” *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid. Nº 139 Jul-Set. 2008, pp. 555-573.
- DWORKIN, Ronald.  
2007. *Los Derechos en serio*. Traducción: Marta Guastavino. Primera edición - 6ª Reimpresión. Barcelona. Editorial Ariel.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José.  
2009. “Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano” en FERRER MAC-GREGOR y ZALDÍVAR LELO DE LARREA (Coordinadores) *Aspectos de Derecho Procesal Constitucional*. Lima. Ideosa, pp. 263-286
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy.  
2006 “El proceso contencioso-administrativo: un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y España al respecto” *Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*. Lima. Nº 01 – Marzo 2006, pp. 399-481.
- 2007 “¿Y después del procedimiento administrativo qué? Reflexiones sobre las actuales posibilidades de tutela de los Derechos del Administrado una vez concluido el Procedimiento Administrativo en el Perú.” En DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA y Diego ZEGARRA VALDIVIA (Coordinadores) *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo (Lima, 27, 28 y 29 de abril de 2009)*. Lima. Palestra Editores, pp. 425-443.
- 2012 “Aplicación Judicial de la Constitución” Guía y Material Autoinstructivo. Academia de la Magistratura. Lima.
- ESTEBAN, Elisabeth y Philippe ESTEBAN.  
2007. “El concepto de exceso de poder en el Derecho administrativo francés; apología y decadencia de un mito jurídico-lingüístico” *Revista de Lengua y Dret – Número 47 – Junio 2007*. Consulta: 19 de mayo de 2010.

<<http://vlex.com/vid/exceso-frances-apologia-decadencia-mito-66990958>>

- FAYA BARRIOS, Antonio Luis  
1996 “Discrecionalidad y espacios naturales protegidos: sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1995”. En HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo y GONZÁLES DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás (Coordinadores) *“Discrecionalidad Administrativa y control judicial”*. Madrid. Junta de Andalucía – Editorial Civitas, pp. 51-56.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán.  
1993. “Proceso contencioso-administrativo y procesos constitucionales: alternatividad, simultaneidad, interferencias. En MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (coordinador). Dos volúmenes. *“Protección jurídica del ciudadano”*. Madrid. Editorial Civitas, pp. 1115-1146.
- FERNANDEZ Tomás Ramón.  
1994. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid. Editorial Civitas.  
  
2006. *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*. Lima. Palestra Editores.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón.  
1998. *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Madrid. Editorial Civitas.
- FONT I LLOVET, Tomás.  
2003. “Control jurisdiccional de la selección de contratistas.” En COSCULLERA MONTANER, Luis (Coordinador) *“Estudio de Derecho público económico”* Madrid. Endesa-IberCaja-Civitas, pp. 1451-1470
- FORSTHOFF, Ernst.  
1975 *El Estado de la sociedad industrial*. Traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid. Instituto de Estudios Políticos.
- GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo.  
2001 “Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.” *Ius et Praxis. Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Lima*. Lima. Nº 32 – enero-diciembre 2001, pp. 142-149.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.  
1983 *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*. Tercera edición. Madrid. Editorial Civitas.

- 1984 *Revolución francesa y Administración contemporánea y la formación del sistema municipal francés contemporáneo*. Segunda edición – Reimpresión. Madrid. Taurus Ediciones.
- 1985 *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Tercera edición. Madrid. Editorial Civitas.
- 1996 *Democracia, jueces y control de la administración*. Segunda edición. Madrid. Editorial Civitas.
- 2000 “Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista.” *Pensamiento Constitucional*. Lima. Año VII N° 07, pp. 45-58.
2004. *Democracia, Ley e inmunidades del poder*. Lima. Palestra Editores.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNANDEZ.  
2006. *Curso de Derecho Administrativo*. Dos volúmenes. Duodécima edición. Lima-Bogotá. Palestra-Temis.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel.  
1993. “El concepto de plena jurisdicción en relación con los tribunales locales de lo contencioso administrativo” Conferencia dictada con motivo de la celebración del VI aniversario del Tribunal de lo contencioso administrativo del Estado de Guanajuato. *Boletín del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*. México. N° 12- Año 1993, pp. 17-31
- GARCÍA TOMA, Víctor.  
2009. “Las sentencias: Conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano” en FERRER MAC-GREGOR y ZALDÍVAR LELO DE LARREA (Coordinadores) “*Aspectos de Derecho Procesal Constitucional*”. Lima. Ideosa, pp. 391-417.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA.  
2005. *La argumentación en el derecho*. Segunda Edición. Lima. Palestra Editores.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús  
1980. “El control judicial de la Administración realidad y perspectivas” En GONZÁLEZ PÉREZ, J. ROBERTO DROMI J., MORALES MOLINA H., SILVA-CIMMA E., MORA OSEJO H., BETACCUR JARAMILLO C., RAMÍREZ ARCILLA C., DEVIS ECHANDÍA H., BRISEÑO SIERRA H., VIDAL PERDOMO J. “*Derecho procesal administrativo*”. Bogotá. Ediciones Rosaristas, pp. 3-164.

- 1988 “La jurisdicción contencioso-administrativa (extensión y límites)” En GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Fernando GARRIDO FALLA, Miguel S. MARIENHOFF y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *“El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado”*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, pp. 25-45.
- 1989 *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Segunda edición. Madrid. Editorial Civitas
- 1998 *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Tercera edición. Madrid. Editorial Civitas
- 2000 *Manual de Procedimiento Administrativo*. Madrid. Editorial Civitas
- GRANADO HIJELMO, Ignacio.
- 1996 “La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos” En HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo y Nicolás GONZÁLES DELEITO DOMÍNGUEZ (Coordinadores) *“Discrecionalidad Administrativa y control judicial”*. Madrid. Junta de Andalucía – Editorial Civitas, pp. 123-244.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro.
2009. “Justicia Constitucional y Argumentación Jurídica”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios. Coquimbo. Año 16 – Nº 02, pp. 73-100
2010. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”. En CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (Coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima. Palestra Editores, pp. 337-376.
- GUASTINI Riccardo.
2010. “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales” En CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (Coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima. Palestra Editores, pp. 71-79.
- HÄBERLE, Peter.
1997. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HART, H.L.A.
- 1963 *El concepto de derecho*. Traducción de Genero R. Carrió. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- HUAMAN ORDÓÑEZ, Luis Alberto.

- 2007a “Del uso al abuso de la discrecionalidad administrativa. A propósito de la STC N° 3075-2006-PA/TC” *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima. Año 12 – N° 103 – Abril 2007, pp. 299-306.
- 2007b “El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Análisis de su recepción en las sentencias del Tribunal Constitucional” *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima. Año 13 – N° 106 – Julio 2007, pp. 349-355.
- 2010 *El proceso contencioso administrativo*. Lima. Grijley.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón  
2006. *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima. Jurista Editores.
- 2006b. “Las nuevas relaciones entre el proceso constitucional de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo: la Sentencia recaída en el Expediente N° 0168-2005-PC/TC, caso “Maximiliano Villanueva Velarde”. *Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*. Lima. Año 1 - N° 02 – Diciembre 2006, pp. 170-195.
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto  
2012 “La acción popular”. *El Peruano*. Jurídica. Lima, 7 de agosto, p.7.
- JIMÉNEZ VIVAS, Javier  
2010 *Comentario a la Ley del proceso contencioso administrativo*. Lima. Ediciones legales.
- KELSEN, Hans.  
1973 *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Traducción Moisés Nilve. Décimo primera edición. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- KRESALJA, Baldo y César OCHOA.  
2009 *Derecho constitucional económico*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- KUNDMÜLLER CAMINITTI, Franz.  
1999 “Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento” *Themis. Revista de Derecho*. Segunda época/1999/N° 39, pp. 213-221.
- 2003a “Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: El arbitraje de derecho.” *Ius et Praxis. Revista*

de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Lima. Lima. Nº 34 – enero-diciembre 2003, pp. 67-79.

2003b “Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en el marco normativo sobre contrataciones y adquisiciones del Estado: El arbitraje de derecho administrativo.” *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo. Año LII – Nº 51-Octubre 2003, pp. 225-235.

LAFERRIÈRE BREUILH, François Julián,  
s/a “Breve historia de la jurisdicción administrativa francesa. *Verba Iuris. Revista jurídica electrónica*. Tecnológico de Monterrey. Consulta: 22 de julio de 2010.  
<<http://www.cem.itesm.mx/derecho/verba-uris/articulos/060206.html>>

LATORRE BOZA, Derik.  
s/a “El arbitraje en la contratación pública.” Consulta: 16 de julio de 2010.  
<[http://www.castillofreyre.com/biblio\\_arbitraje/vol5/DIA-3-1.pdf](http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol5/DIA-3-1.pdf)>

LIFANTE VIDAL, Isabel.  
2002. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica” *DOXA*. Alicante. Nº 25. Págs. 413-439. Consulta: el 23 Julio del 2010.  
<[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25\\_13.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_13.pdf)>

LINARES, Mario.  
2002. *El Contrato Estatal*. Lima. Grijley.

2008 “Arbitraje sin materia disponible en el régimen peruano de los contratos del Estado”. En Pontificia Universidad Católica del Perú y Asociación Peruana de Derecho Administrativo. “*El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008)*” Lima. Grijley, pp. 717-728.

LOCKE, John.  
2006. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducción de Calos Mellizo. Madrid. Tecnos.

LOEWENSTEIN, Karl.  
1979. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Segunda edición. Barcelona-Caracas-México. Editorial Ariel.

LÓPEZ GUERRA, Luis.  
2001. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima. Palestra Editores.

- LÓPEZ MENUDO, Francisco.  
1996. “El control judicial de la Administración en la Constitución española.” En HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo y Nicolás GONZÁLES DELEITO DOMÍNGUEZ (Coordinadores) *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*. Madrid. Junta de Andalucía – Editorial Civitas, pp. 23-48.
- MACLEAN U., Roberto y Christian BENDAYÁN.  
2010. *La justicia del viento del desierto*. Lima. Fondo Editorial y Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas.
- MARTÍN GONZALES, Manuel.  
1967 “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”. *Revista de Administración Pública*. Madrid. Septiembre-Diciembre – Año 1967- N° 54, pp.197-292.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo.  
1983 “Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial” *Revista de Administración Pública – Volumen II*. Madrid N° 100-102- Enero-diciembre 1983, pp. 1083-1099.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo.  
1989 “De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid. N° 4 1989, pp. 47-77.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando.  
s/a “El control de la Administración Pública en Chile desde un control causal de objeto formalizado a un control plural de objeto sustantivo”. Consulta: 24 de septiembre de 2010.  
<<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1594/13.pdf>>
- PARADA VÁSQUEZ, José Ramón.  
1989. *Derecho Administrativo (Parte General)*. Madrid. Marcial Pons.
- PAREJO ALONSO, Luciano.  
1983. *Estado Social y Administración Pública*. Madrid. Editorial Civitas.
1991. *Crisis y Renovación en el Derecho Público*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- PIZZORUSSO, Alessandro.  
1984 *Lecciones de Derecho Constitucional*. Traducción de Javier Jiménez Campo. 3ª edición. Madrid. Centro de Estudios constitucionales.
- PRIETO SANCHÍS, Luis.

1999. *Constitucionalismo y Positivismo*. Segunda Edición. México D.F. Distribuciones Fontamara S.A.
- 2002 *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima. Palestra Editores.
- PRIORI POSADA, Giovanni.  
2006. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Tercera edición. Lima. Ara Editores.
- QUIROGA VIZCARRA, Miguel Ángel.  
2009. “Derechos Humanos: ¿derechos naturales?”. *Brújula*. Lima. Año 10 N° 19, pp. 6-16.
- RADBRUCH, Gustavo.  
1944. *Filosofía del Derecho*. Segunda Edición. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.
- REQUENA LÓPEZ, Tomás.  
1996 “Ideas en torno a una expresión falaz: El control de la discrecionalidad administrativa” En HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo y GONZÁLES DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás (Coordinadores) *“Discrecionalidad Administrativa y control judicial”*. Madrid. Junta de Andalucía – Editorial Civitas, pp. 89-95.
- SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro.  
2000. *El proceso contencioso administrativo. ¿Qué es?/¿Cómo es?/¿Para qué sirve?* Lima. Gaceta Jurídica.
- SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro, Roque DÍAZ MEJÍA y Javier JIMÉNEZ VIVAS.  
2002. *La justicia administrativa en el Perú*. Lima. Exiturnio Impresores Gráficos
- SAINZ MORENO, Fernando.  
1976. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid. Editorial Civitas.
- SÁNCHEZ MORÓN Miguel.  
1997 *Derecho de la Función Pública*. Segunda edición. Madrid. Editorial Tecnos.
- s/a “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa” Consulta: 17 de Junio de 2010. <[http://moodle.uho.edu.cu/file.php/1016/Bibliografía\\_por\\_temas/Potestades/Potestad\\_Discrecional/Control\\_judicial\\_de\\_la\\_discrecionalidad\\_administrativa.doc](http://moodle.uho.edu.cu/file.php/1016/Bibliografía_por_temas/Potestades/Potestad_Discrecional/Control_judicial_de_la_discrecionalidad_administrativa.doc)>

- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso.  
2004 *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid. Iustel.
- SANTIVÁÑEZ ANTÚNEZ, Juan José.  
2004. *La renovación de cuadros en la Policía Nacional del Perú*. Lima. Rao Editora.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel.  
2004. *Control de la proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia. Tirant lo blanch.
- SANZ RUBIALES, Iñigo.  
2004. "Algunos problemas de la regulación de los contratos públicos en derecho peruano" - *Revista peruana de jurisprudencia*. Lima. Año 6/ N° 39/Mayo 2004, pp. 3-16.
- SESÍN, Domingo.  
2004 "El control judicial de la discrecionalidad administrativa" *Documentación Administrativa. Instituto Nacional de Administración Pública*. Madrid. N° 269-270. Mayo-Dic. 2004, pp. 87-100.
- SUBRA DE BIEUSSES, Pierre.  
1994. "La potestad discrecional" *Documentación Administrativa. Instituto Nacional de Administración Pública*. Madrid. N° 39. Julio-septiembre 1994, pp. 31-69
- TAMAYO YÁÑEZ, Sergio.  
2009 *Conceptos Jurídicos Indeterminados e interpretación constitucional*. Lima. Ara Editores.
- VELEZMORO PINTO, Fernando.  
2007. *Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima. Grijley.
- VILLARRUEL, María Susana y Juan José GALEANO.  
2004. "El control judicial de los actos del Consejo de la Magistratura" *Documentación Administrativa. Instituto Nacional de Administración Pública*. Madrid. N° 269-270. Mayo-diciembre 2004, pp. 101-112.
- ZAGREBELSKY, Gustavo.  
1999 *El derecho dúctil –Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Tercera Edición. Madrid. Editorial Trotta.
- ZEGARRA MULANOVICH, Álvaro.  
2009 *Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*. Lima. Palestra Editores.

- ZEGARRA VALDIVIA, Diego.  
2006 “Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus” *Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*. Lima. Nº 01 – Marzo 2006, pp. 33-62.

