

# DERECHO PUCP

REVISTA  
DE LA FACULTAD  
DE DERECHO

FUNDADA EN 1944

67

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO  
A LOS 10 AÑOS DE ENTRADA  
EN VIGENCIA DE LA LPAG



FONDO  
EDITORIAL



# DERECHO PUCP

REVISTA  
DE LA FACULTAD  
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

67  
2011

EL PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
a los 10 años de entrada  
en vigencia de la LPAG



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

# DERECHO PUCP

REVISTA  
DE LA FACULTAD  
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011  
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú  
Teléfono: (51 1) 626-2650  
Fax: (51 1) 626-2913  
feditor@pucp.edu.pe  
www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño de carátula e interiores: i design  
Diagramación de interiores: Juan Carlos García M.

El contenido de los artículos publicados en DERECHO PUCP es responsabilidad exclusiva de los autores.

Las tarifas de suscripción pueden verse en la última página de la revista.

Derechos Reservados. Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISSN: 0251-3420

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 95-0868

Registro del Proyecto Editorial: 31501361101813

Primera edición: noviembre de 2011

Tiraje: 600 ejemplares

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

EDITOR GENERAL  
Alfredo Villavicencio Ríos

CONSEJO EDITORIAL

Jean Pierre Baca Balarezo  
Alumno PUCP

Armando Guevara Gil  
Catedrático PUCP

Margarett Matos Ortega  
Alumna PUCP

Iván Meini Méndez  
Catedrático PUCP

Félix Morales Luna  
Catedrático PUCP

Ana Teresa Revilla Vergara  
Catedrática PUCP

César San Martín Castro  
Magistrado Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú

Juan Gorelli Hernández  
Catedrático de la Universidad de Huelva

Antonio Ojeda Avilés  
Catedrático de la Universidad de Sevilla

Manuel Atienza  
Catedrático de la Universidad de Alicante

Juan María Terradillos Basoco  
Catedrático de la Universidad de Cádiz

Umberto Romagnoli  
Universidad de Bologna

EQUIPO EDITORIAL

Luciana Guerra Rodríguez  
Luis Mendoza Choque

CONSULTORES TEMÁTICOS  
Ana Teresa Revilla Vergara y Jorge Danós Ordóñez

ASISTENTE ADMINISTRATIVA  
Manuela Fernández Castillo

## CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Antônio Cançado Trindade  
Universidad de Cambridge

Francisco Fernández Segado  
Universidad Autónoma de Madrid

Héctor Fix Zamudio  
Universidad Autónoma de México

Peter Häberle  
Universidad de Freiburg

Jutta Limbach  
Universidad de Freiburg

Pablo Lucas Verdú  
Universidad Complutense de Madrid

Javier Pérez de Cuéllar  
Pontificia Universidad Católica del Perú

Alessandro Pizzorusso  
Universidad de Pisa

Néstor Pedro Sagüés  
Universidad Complutense de Madrid

Tomás Salvador Vives  
Universidad Complutense de Madrid

# CONTENIDO

9 Editorial

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO  
A LOS 10 AÑOS DE ENTRADA EN VIGENCIA  
DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO GENERAL (LPAG)

## ENTREVISTA

13 Entrevista al doctor Jorge Danós  
ANA TERESA REVILLA

## ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

29 La transformación del procedimiento administrativo y la  
LNPA (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos)  
JUAN CARLOS CASSAGNE

47 La regulación del procedimiento administrativo en América  
Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la  
Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (ley  
27444)  
ALLAN R. BREWER-CARÍAS

77 Tres generaciones del procedimiento administrativo  
JAVIER BARNES

109 Avances a los diez años de vigencia de la Ley del Procedimiento  
Administrativo General  
MILAGROS MARAVÍ SUMAR

125 Proyecto de ley de Régimen Jurídico de las Administraciones  
Públicas y Procedimiento Administrativo Común  
KARLOS NAVARRO

- 139 El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo  
PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
- 155 El principio del informalismo en el procedimiento administrativo  
MIRIAM MABEL IVANEGA
- 177 El debido procedimiento administrativo  
ENRIQUE ROJAS FRANCO
- 189 Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo  
ROBERTO JIMÉNEZ MURILLO
- 207 Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo  
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
- 231 ¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también, una naturaleza jurisdiccional?  
CLAUDIO MORAGA KLENNER
- 253 Notificaciones en el procedimiento administrativo. Análisis de las modificatorias vinculadas al decreto legislativo 1029  
JORGE PANDO VÍLCHEZ
- 263 El acto de incoación y las esferas jurídicas de los sujetos intervinientes en el procedimiento administrativo  
ORLANDO VIGNOLO CUEVA
- 285 Los particulares como sujetos del procedimiento administrativo  
GLADYS CAMACHO CÉPEDA
- 309 Reformas a los mecanismos de colaboración administrativa a propósito de los diez años de vigencia de la ley 27444  
RICHARD J. MARTIN TIRADO
- 329 Ética pública y deber de abstención en la actuación administrativa  
JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ



- 359 La ejecución de los actos administrativos  
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE
- 381 Recursos administrativos: conceptos, elementos y presupuestos. Un estudio comparativo de los regímenes peruano y uruguayo  
JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO
- 419 La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica  
JUAN CARLOS MORÓN URBINA
- 457 Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional  
JOSÉ ANTONIO TIRADO BARRERA
- 469 Fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho argentino  
CARLOS BOTASSI
- 487 Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú  
NOELIA CARRERAS SCHABAUER

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- 511 *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*  
MARISOL FERNÁNDEZ REVOREDO Y FÉLIX MORALES LUNA  
(COORDINADORES)

## CRÓNICA DEL CLAUSTRO

- 515 Crónica del Claustro



## Editorial

Los procesos de modernización del Estado han precisado, entre temas, de la regulación sistemática de los procedimientos administrativos que organizan el entramado de relaciones entre el ente público y los diversos sujetos que componen una sociedad. Este requerimiento, sin embargo, en América Latina comenzó a satisfacerse en el último tercio del siglo pasado, siendo el Perú el país pionero en esta región cuando promulgó en 1967 el decreto supremo 006-67-SC, denominado Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. A partir de entonces se han ido sucediendo distintas normas complementarias que precisaron una revisión general y una plasmación única en la ley 27444, llamada Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), aprobada el año 2001.

Diez años después de la entrada en vigencia de tan importante disposición, resulta imprescindible pasar revista a sus fundamentos y alcances, aciertos y problemas, vacíos y requerimientos de actualización, para lo cual se ha comprometido al Área de Derecho Administrativo de la Facultad en el diseño y puesta en marcha del presente número, tratando, como es tradicional en esta publicación, de ir más allá de la mirada nacional, incorporando un elenco muy significativo de autores extranjeros que aportan no solo el contraste con otras realidades, sino una mirada más distante y desapasionada de la regulación bajo análisis. A partir de ello, se ha conseguido un compacto volumen con veintiún artículos, de los cuales trece son extranjeros, agregándose a ello la publicación del ensayo ganador del III Concurso de Ensayos para Alumnos, que convocara la revista en el campo del Derecho administrativo.

La variedad temática es enorme, yendo desde los planteamientos generales vinculados a la regulación del procedimiento administrativo en América Latina o el análisis de las tres generaciones de procedimiento administrativo, a temas como los principios que lo informan, los sujetos, la ejecución de los actos administrativos, el debido proceso administrativo, llegando a materias tan concretas como las notificaciones, los recursos administrativos o la revocación del acto administrativo.

Finalmente, y con ocasión de celebrar que la revista ha conseguido con éxito el proceso de indización en el Sistema Regional de Información para las Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Latindex, que tiene a su cargo el colectivo de organizaciones estatales dedicadas al tema de la ciencia y la tecnología en Iberoamérica, hemos de redoblar los agradecimientos

10

a los doctores Walter Albán Peralta, Decano de la Facultad de Derecho y Guillermo Boza Pró, Jefe del Departamento Académico de Derecho, por su constante e invaluable apoyo. A los doctores Ana Teresa Revilla Vergara y Jorge Danós Ordóñez, por su coordinación temática, así como a cada uno de los autores, sin cuyo trabajo riguroso y puntual este número no hubiera visto la luz. De igual manera, tenemos que agradecer sentidamente al estupendo equipo que se encarga de todas las tareas de edición: Manuela Fernández Castillo, Aída Nagata, Juan Carlos García, Carlos Eduardo Vargas Tagle, Luis Mendoza Choque y Luciana Guerra Rodríguez.

*El editor general*

EL PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO A LOS 10 AÑOS  
DE ENTRADA EN VIGENCIA DE  
LA LEY DE PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO GENERAL  
(LPAG)

---

DERECHO  
PUCP | REVISTA  
DE LA FACULTAD  
DE DERECHO



## Entrevista al doctor Jorge Danós

ANA TERESA REVILLA

**Ana Teresa Revilla:** *Doctor Jorge Danós, usted fue designado presidente de la comisión del Ministerio de Justicia que tuvo el encargo de elaborar una propuesta de la Ley de Procedimiento Administrativo General y que, tengo entendido, fue recogida en un 95% en la ley 27444?*

**Jorge Danós:** Realmente la ley es el 99% de la propuesta, solamente hay tres aspectos muy puntuales en los que se apartó del proyecto que elaboro la comisión. En primer lugar, a sugerencia de INDECOPI se incorporaron cuatro o cinco principios del procedimiento administrativo adicionales a los que preveía el proyecto, con lo que se enriqueció la relación de principios consagrados en el artículo IV del título preliminar de la Ley vigente. En segundo lugar —y lamentablemente—, en el congreso decidieron modificar el texto del artículo 48 para recortar las potestades que tenía la comisión de barreras burocráticas de INDECOPI de declarar directamente la ilegalidad de las ordenanzas municipales que contuvieran barreras burocráticas de acceso al mercado. Para esto, argumentaron equivocadamente que los gobiernos locales democráticamente elegidos con el voto popular no podían ser revisados por un organismo administrativo como INDECOPI, que no contaba con el mismo respaldo electoral que un consejo municipal. A todas luces, este es un criterio radicalmente errado y que simplemente llevó a que, hace tres años, se le restituyera dicha potestad a INDECOPI, cuya constitucionalidad ha sido reconfirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Y, en tercer lugar, se redujeron los plazos establecidos en el artículo 202 de la ley para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos, porque mientras que en el proyecto de ley se proponía un plazo de dos años para declarar la nulidad de oficio en sede administrativa y de tres adicionales para que la entidad pudiera solicitar la declaratoria de nulidad ante el poder judicial vía un proceso contencioso administrativo, en el congreso decidieron reducirlos, y establecieron el plazo de un año para declarar la nulidad de oficio por la propia entidad administrativa que lo emitió, a cuyo vencimiento se cuenta con un plazo adicional de dos años para pedir que los jueces declaren la nulidad del acto administrativo cuestionado. Estos fueron, hasta donde recuerdo, los únicos tres temas muy puntuales —pero obviamente importantes— que se diferenciaron de la propuesta que elaboró la comisión.

**ATR:** *¿Qué tipo de problemas propusieron solucionar con la propuesta de ley? ¿Cómo estaba regulada la administración?*

**JD:** Como sabemos, la primera norma de procedimiento administrativo general que se dictó en el Perú, para ser utilizada por todas las entidades

de administración pública, fue el decreto supremo 006-67-SC, llamado Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, expedido durante el primer gobierno del arquitecto Belaúnde e inspirado en la Ley de Procedimiento Administrativo Española de 1956. De ese modo, el Perú se convirtió en el primer país de América Latina que se agenció a una norma que establecía la regulación del procedimiento administrativo para toda la administración pública en general, aunque fuese a nivel reglamentario. Esa ha sido la norma que ha estado en lo sustancial vigente hasta antes de la actual ley 27444, dispositivo que posteriormente fuera elevado de jerarquía jurídica mediante un decreto ley dictado en diciembre de 1992 que, a la vez, modificó algunos de sus preceptos. Finalmente, fue compilada en un texto único ordenado aprobado mediante el decreto supremo 002-2004-JUS, con el título de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

**ATR:** *¿Pero cuál era el problema?*

**JD:** El problema consistía en que no era una norma que estuviera sola en el ordenamiento jurídico, porque desde finales de la década de los ochenta —y a comienzos de los noventa— se dictaron dos normas legales que también tuvieron un fuerte impacto en la regulación del procedimiento administrativo general. Estas normas posteriores se explican porque, como usted comprenderá, desde el año 1967 —en que se dictó el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos— y la década del noventa habían transcurrido muchos años. La sociedad se había transformado, el Estado había recibido nuevos cometidos y, para tal efecto, se le otorgaba a la administración pública nuevas prerrogativas y potestades. Se producía un mayor intervencionismo en la vida social a partir de la década del setenta, etcétera. Todas esas realidades trataron de ser recogidas, en un momento determinado, a través de otras dos normas legales que operaban en paralelo al citado reglamento. Una de ellas era la Ley de Simplificación Administrativa del año 1989 —reglamentada en el año 1990— y cuya finalidad era facilitar las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos al establecer reglas que no se incorporaron entonces al reglamento, sino que, por razones políticas y de oportunidad, se consagró en una norma de mayor jerarquía: una ley.

**ATR:** *¿Cuál fue la lógica de aquella ley de simplificación administrativa?*

**JD:** Mejorar los términos de las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos, para lo cual aprobó tres o cuatro grandes principios con la finalidad de modificar, reorientar y facilitar dicha relación.

**ATR:** *¿Cuáles son esos principios?*



## 15

ENTREVISTA  
AL DOCTOR  
JORGE DANÓS

**JD:** De un lado, el principio de presunción de veracidad, en virtud del cual la administración debe presumir que el particular que acude ante ella para instarla a tramitar un procedimiento administrativo le dice la verdad, porque dicho privado —mediante los escritos que presenta con carácter de declaración jurada— se compromete por lo que está declarando. El otro principio aprobado fue el de «eliminación de exigencias costosas e innecesarias», que tenía por objeto evitar que la administración pública le exigiera a todo el mundo la presentación de documentos originales, copias legalizadas notarialmente, fotos, certificado de antecedentes policiales y otros documentos innecesarios o que podrían ser sustituidos por sucedáneos documentales. El tercer principio aprobado por esa ley fue el denominado «desconcentración de procesos decisorios», mediante el cual se disponía que fueran los órganos de línea los que decidieran directamente los asuntos de su competencia, a fin de que no se concentrara todo, cual cuello de botella, en los jefes de las entidades. En síntesis, estos tres grandes principios fueron establecidos por la Ley de Simplificación Administrativo con el carácter de principios rectores de la actuación procedimental de la administración pública, pero contenidos en un cuerpo legal ajeno al que precisamente desarrollaba la regulación del procedimiento administrativo general. Hoy en día lo esencial del contenido de la Ley de Simplificación Administrativa ha sido incorporado a la ley 27444 tras una lógica modernización.

La segunda norma legal que existía en paralelo, y formaba parte del trípode de normas que regulaban el procedimiento administrativo general en el Perú, era la denominada Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada mediante el decreto legislativo 757. Dicha ley contenía un capítulo cuyo título proclamaba su objetivo de suprimir las trabas de carácter administrativo que impidieran el acceso de los agentes económicos al mercado, con la finalidad de facilitar el desarrollo de la libre empresa y de la iniciativa privada. Se trató de una norma aprobada en un contexto de cambio del rol del Estado en la economía y de promoción de la inversión privada, por ello se buscó generar condiciones para que las actividades económicas no fueran lastradas por requisitos meramente burocráticos, exigencias formales que impidieran o restringieran el acceso al mercado y perjudicaran la actividad económica.

**ATR:** *¿Qué novedad contenía el decreto legislativo 757?*

**JD:** Estableció que todas las entidades estatales que desarrollaban funciones administrativas debían tener TUPA, es decir un Texto Único de Procedimientos Administrativos. *¿Con qué finalidad?* Pues para facilitar el acceso de los particulares —agentes económicos— ante la administración. Por dicha razón, toda entidad estatal que ejerciera funciones administrativas debía clasificar los procedimientos administrativos que estaba obligada a iniciar a pedido de los particulares, a fin de ejercer las

competencias asignadas legalmente en dos tipos principales de procedimientos administrativos. Por un lado, en procedimientos de aprobación automática, en virtud de los cuales el peticionario obtenía lo que solicitaba con la mera presentación de su solicitud acompañada de los documentos o requisitos consignados en el respectivo TUPA, lo cual en verdad es una mera comunicación, porque no se produce ninguna aprobación ni ningún acto de decisión por parte de la administración pública. Y, en segundo lugar, las entidades podían clasificar los procedimientos administrativos a su cargo como procedimientos de evaluación previa, lo que implicaba que, cuando los particulares acudían a la administración para plantear alguna solicitud, tenían que esperar un plazo prudencial que la ley estableció en treinta días para que la entidad que tramitaba su solicitud se pronunciara. Si la administración no se pronunciara vencido el plazo, debía aplicarse el silencio administrativo positivo o, en otros supuestos, podía aplicarse el silencio administrativo negativo, de modo que el particular, si quería, esperaba el pronunciamiento de la administración o continuaba impugnando en el procedimiento administrativo. La obligación de que toda entidad administrativa debía aprobar su TUPA así como la clasificación de los procedimientos administrativos fueron las principales novedades del decreto legislativo 757, cuyo contenido esencial ha sido incorporado y modernizado en la ley 27444.

*ATR: Recapitulando, ¿cuál era el contexto a finales del siglo XX, cuando se elabora el proyecto de ley que posteriormente fuera aprobado por el congreso como la Ley del Procedimiento Administrativo General?*

**JD:** Se tenía una norma de procedimiento administrativo general, es decir el Texto Único Ordenado de la ley de normas generales del procedimiento administrativo, que no era sino el antiguo reglamento con unas cuantas reformas, pero acompañado de otras dos normas legales que, en paralelo, también disciplinaban el procedimiento administrativo, lo cual obviamente tenía un grave problema de predictibilidad y de seguridad jurídica para los funcionarios y servidores públicos que, como usted sabe, no tienen por qué ser necesariamente abogados. Precisamente, en este aspecto hay una diferencia importante entre los procesos judiciales que están siempre dirigidos por profesionales del Derecho como es el caso de los jueces y de los fiscales y aquellos que son operados, ejecutados o desarrollados no necesariamente por abogados, sino por quienes ejercen funciones públicas, cualquiera sea su profesión. La experiencia demostraba que era complicado para los funcionarios y servidores públicos manejar tres cuerpos legales; es decir, tres leyes y dos reglamentos a los que debían sumar probablemente normas especiales de procedimiento administrativo. La situación descrita generaba que muchos de los funcionarios y servidores de la administración pública encargados de tramitar procedimientos administrativos percibían que no encontraban

## 17

ENTREVISTA  
AL DOCTOR  
JORGE DANÓS

en el marco legal entonces vigente todas las respuestas que necesitaban, porque no entendían —como los abogados sí entendemos— que una ley jamás puede comprender todos los supuestos que la compleja y rica realidad determina, más aún en un tema como el administrativo y en un país como el nuestro, donde —además— el ordenamiento jurídico le reclama al Estado cumplir distintas funciones no para ahogar la iniciativa privada, sino para tutelar los intereses de la sociedad. Estamos hablando de temas muy diversos, de temas muy amplios, en los cuales es imposible que el legislador pueda acotar o regular todo, y por eso los principios que la ley 27444 recoge son importantes, pues, en primer lugar, colaboran en la correcta interpretación de las normas de procedimiento, y, en segundo lugar, permiten llenar vacíos, lagunas y todo aquello que el legislador no ha podido prever.

En el contexto descrito, la realidad administrativa, la práctica, la organización administrativa y los nuevos roles que tenía asignado eran factores que habían cambiado, lo que hacía indispensable contar con un nuevo régimen legal que regulase el procedimiento administrativo general y que, además, cumpliera un rol modernizador que permitiera mejorar los términos de la relación entre la administración pública con el ciudadano y del ciudadano con la administración pública. Conviene tener en cuenta que una ley de procedimiento administrativo general es una norma que regula los términos de la relación entre administración y ciudadanos; es decir, que no está regulando la organización de la administración y que no va a regular el funcionamiento interno de la administración. En cambio, sí va a regular lo externo de la administración, aquella actividad de la administración que tiene repercusión sobre los ciudadanos y sobre los agentes económicos, por tanto, una norma de esta naturaleza tenía que ser una ley reformadora, una ley que, si bien recogiera lo mejor de lo anterior, también apuntara al cambio, a mejorar decididamente el funcionamiento de la administración pública. Creo que hay una constante en nuestra sociedad que le demanda al Estado mejorar, ponerse a tono con los tiempos, facilitar la competitividad, mejorar en su actuación y ser mucho más efectivo, porque los recursos económicos siempre son escasos para todas las necesidades que se requiere satisfacer. Todos dependemos y necesitamos del Estado y particularmente de su brazo ejecutor, que es la administración pública.

Un tercer factor importante con el contexto en que se elaboró el proyecto de ley que dio lugar a la vigente ley es que, en nuestro país, se habían dictado durante la década de los noventa una serie de normas de procedimientos especiales mucho más modernas, como, por ejemplo, el Código Tributario, las normas de procedimiento nuevas en materia de contrataciones, las disposiciones que desarrollaban las funciones de INDECOPI en materias de libre competencia y de protección al consumidor, o las normas de procedimiento administrativo dictadas por organismos

reguladores que, de alguna forma, comenzaron a experimentar en temas de procedimiento administrativo.

Entonces, cuando se elabora el proyecto de ley, a finales de los años noventa, no solamente se toma en cuenta los antecedentes de la regulación del procedimiento general, sino que también se toma otros referentes nacionales y modernos en materia de procedimiento administrativo. Además, obviamente, del Derecho comparado, porque se tuvo como referente la legislación de países cercanos al nuestro como Argentina —cuya norma data de 1971—, Colombia y, en el caso europeo, la nueva ley española de procedimiento administrativo general aprobada mediante la ley 30/92 y reformada mediante la ley 4/1999, así como normas de procedimiento administrativo otros países.

En general, en la elaboración del proyecto de ley se tomaron como referentes todas las normas existentes de procedimiento administrativo que pudimos ubicar, pero conviene enfatizar que partimos de una base nacional, pues tomamos como insumo fundamental las normas de procedimiento administrativo nacionales que contenían instituciones que —de alguna manera— habían experimentado o se habían fogueado en lo relacionado al procedimiento administrativo. Teníamos claro que esta nueva ley debía insertarse en un proceso de modernización, de reforma, de mejora continua de la administración, de simplificación administrativa para que pudiera cumplir el objetivo de mejora de la administración. Para esto había que ser conscientes, asimismo, de que en la década del noventa los procesos de reforma habían sido muy desiguales; es decir, había entidades nuevas y modernas, como los reguladores, INDECOPI o SUNAT, mientras que a otras entidades administrativas, como las municipalidades, las habían dejado de lado.

Por dicha razón, uno de los propósitos de la comisión que elaboró el proyecto de ley era definir cómo hacer una norma que pudiera ser utilizada por todas las entidades administrativas del país sin dejar de tener en cuenta que, a la vez, debería servir de referente para la aplicación de las normas de procedimiento especiales, porque es indudable —la experiencia lo demuestra— que los que se familiarizan con la aplicación de este marco legal echan de menos que las normas especiales no tengan las garantías de la Ley de Procedimiento Administrativo General cuando van a aplicar marcos especiales de procedimiento administrativo. Esta, entonces, se ha convertido en los últimos años en un referente obligado, en un mínimo común denominador de los aspectos garantísticos del procedimiento administrativo que los ciudadanos tienen frente a la administración. Esto ocurre permanentemente.

**ATR:** *Ha mencionado que la norma de alguna manera es una respuesta al funcionamiento en las reglas del mercado o, podríamos decir, de la orientación política de nuestro país. ¿Este cambio podría requerir de algún ajuste si es que*

## 19

ENTREVISTA  
AL DOCTOR  
JORGE DANÓS

*el actual gobierno, por ejemplo, se inclina hacia una situación más de fortalecimiento de las entidades del estado? ¿Cuál es el nivel de flexibilidad de la norma y cuáles son los principios que pueden ser atemporales —por así decirlo— o independientes dada la coyuntura marco que puede vivir el país?*

**JD:** Para contestarle hay que tomar en cuenta dos aspectos. En primer lugar, que el Derecho administrativo es por esencia cambiante, porque siempre tiene que adecuarse a los contextos del país. Por eso es que el reglamento de procedimientos administrativos general de 1967 requería modificarse al iniciar el siglo XXI, porque por más que el régimen del procedimiento administrativo general en el Perú había sido objeto de reformas mediante las leyes de simplificación administrativa —y del crecimiento de la inversión privada que hemos reseñado—, requería urgentemente ponerse a tono con las nuevas funciones asignadas a la administración y las demandas ciudadanas. El segundo aspecto es que una ley de procedimiento administrativo general regula a una administración dinámica; es decir, a la administración en funcionamiento. No es una ley que regule la estructura de la organización administrativa ni tampoco que regula actividades específicas, como es el caso de la normativa sectorial de telecomunicaciones, pesca, minería o eléctrica o las normas sobre programas sociales, etcétera.

Lo que hace una norma de procedimiento administrativo es regular a la administración en funcionamiento, definir cómo debe actuar la administración cuando es competente. El cometido de una entidad administrativa lo va a establecer una ley especial y, al haber un interés público, va a normar sus competencias. Dichas materias no son propias del procedimiento administrativo, el cual es un cauce, una carretera o una vía, sino que establecen cómo debe actuar la administración para poder ejercer las competencias que le han sido asignadas por otras normas. Por eso la lógica de este cauce cumple dos objetivos, los cuales a veces pueden parecer contradictorios pero que deben ser armonizados. En otras palabras, definir cómo hacer para que ese cauce cumpla con dichos dos objetivos. Debe permitir a la administración actuar eficazmente, cumpliendo con tutelar los intereses públicos que le han sido encomendados. Para esto, una norma legal define qué entidad administrativa va a ejercer las competencias, a efecto de resguardar, garantizar y promover estas materias. Entonces, lo que la ley hace es reconocerle a la administración las prerrogativas, potestades, facultades y competencias para poder actuar, a la vez que debe equilibrarlo y armonizarlo con los derechos de los ciudadanos, porque de lo contrario estaríamos hablando de una administración arbitraria, que perjudica los derechos. Esa es la razón por la cual la Ley de Procedimiento Administrativo General ha tenido en cuenta el sustento constitucional de las relaciones administración-ciudadanos. Este es el núcleo fundamental, y esto ha sido puesto en evidencia por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual ha

potenciado el fundamento constitucional de principios como el debido procedimiento, el derecho a la defensa y una serie de garantías para el ciudadano frente a la administración, bajo las cuales esta tiene deberes, competencias y obligaciones, y por eso se le dota de potestades, prerrogativas y una serie de poderes exorbitantes que los privados no tenemos. En tal sentido, la Ley de Procedimiento Administrativo es esta suerte de cauce mediante la cual la administración actúa. Su objetivo es regular a la administración dinámica no de manera estática, sino en su relación de acción con los ciudadanos. Todo esto en búsqueda del equilibrio permanente entre las prerrogativas otorgadas a la administración para cumplir eficazmente sus funciones y el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

**ATR:** *¿Qué le falta a la Ley de Procedimiento Administrativo, digamos, a futuro?*

**JD:** Me parece necesario incorporar la regulación de las denominadas medidas correctivas. Ahora bien, ¿qué son las medidas correctivas? Consisten en una potestad que tienen algunas entidades asignadas por ley específica, como es el caso de los organismos reguladores, INDECOPI y otras entidades que, cada vez en mayor número, se dan cuenta de la enorme potencialidad de las medidas correctivas para disponer de inmediato, ante una inconducta de los privados, a que se corrija dicha situación, de modo que para poder atender y proteger los intereses públicos más importante que sancionar es disponer que los infractores corrijan sus conductas. Por estas razones es necesario incorporarlas a la Ley de Procedimiento Administrativo General, pues hoy en día las medidas correctivas se encuentran reguladas en forma dispersa y asistemática por normas especiales de procedimiento administrativo, y la experiencia acumulada sobre la materia demuestra que se trata de una prerrogativa muy útil para que la administración cumpla su cometido de tutela de los interés públicos, pero que requiere de un marco regulatorio general que establezca las pautas básicas para su utilización, en orden a la necesidad de procurar el equilibrio con los derechos de los particulares.

Otro tema que hace falta para mejorar el aspecto de la regulación es el de la responsabilidad de la administración y sus funcionarios, porque si bien la Ley de Procedimiento Administrativo General innovó colocando un capítulo final sobre responsabilidad patrimonial, esta consiste en la parte más esotérica que puede existir en la citada ley, pues casi no tiene aplicación en la práctica.

**ATR:** *¿Este tipo de normas no hacen que se aleje a las personas que quieran entrar a trabajar a la administración pública? Porque lo que hacen es trasladarles responsabilidades...*

## 21

ENTREVISTA  
AL DOCTOR  
JORGE DANÓS

**JD:** Me parece indispensable tener presente que en casi todos los ordenamientos administrativos cercanos al nuestro, como es el caso de Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Venezuela y en toda Europa, existen tres grandes garantías de los ciudadanos frente a la administración pública. Una de ellas la constituye la existencia de un régimen legal que establece las reglas de tramitación de los procedimientos administrativos para poder controlar a la administración. Otra constituye que en el respectivo ordenamiento jurídico se prevea la existencia de procesos judiciales eficaces —caso del proceso contencioso administrativo— para poder controlar judicialmente a la administración, de modo que el particular afectado por una actuación irregular de la administración está constitucionalmente facultado para acudir ante otro poder del Estado —como es el caso del Poder Judicial— para demandar la tutela de sus derechos afectados por la administración. Y, finalmente, la tercera garantía es la responsabilidad patrimonial de la administración pública para que el particular afectado pueda actuar contra la administración y solicite que se le indemnice por el daño injusto o que no ha debido recibir. En nuestro país, la primera de las garantías mencionadas se encuentra en la ley 27444, la segunda en la regulación legal del proceso contencioso administrativo, y la tercera, a pesar de que está nominalmente desarrollada en la Ley de Procedimiento Administrativo, en la realidad no opera, porque quienes podrían demandar la responsabilidad patrimonial de la administración no lo hacen por desconfianza en obtener resultados positivos.

**ATR:** *¿Cómo que no existe?*

**JD:** Los jueces no la conocen y los particulares no la entienden, lo que hace que, en la práctica, no exista.

**ATR:** *¿No se está aplicando?*

**JD:** No. Solo se imputa, hasta la fecha, responsabilidad patrimonial por el actuar irregular de la administración cuando la condena proviene a través de un tribunal internacional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha condenado varias veces al Estado peruano a pagar indemnizaciones por violaciones de los derechos humanos. Asimismo, a través de las responsabilidades que determinan los tribunales arbitrales en los casos de controversias sobre la responsabilidad contractual entre el Estado y sus contratistas.

**ATR:** *¿Y esta por qué no opera?*

**JD:** Por desconocimiento absoluto del régimen de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a pesar de que se encuentra regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Pero era la pregunta reside en estimar si un cambio de orientación del gobier-

no —como el ocurrido recientemente— puede impactar en el régimen del procedimiento administrativo. Mi impresión personal es que los cambios van a incidir, en primer lugar, en el orden organizativo, por el tema de competencias. Solo cuando las reformas organizativas no sean suficientes para asegurar que las entidades administrativas cumplan los objetivos públicos asignados, se realizarán cambios para mejorar los procedimientos administrativos en dichos sectores. Considero que en el momento actual no se vislumbra una necesidad imperiosa de modificaciones importantes a la Ley de Procedimiento Administrativo General o que pueda tener como origen la nueva orientación política del gobierno, lo cual no niega —insisto— que los ordenamientos jurídicos más propensos para efectos de tener que adaptarse a las variaciones de los contextos son, sin lugar a dudas, las normas administrativas.

*ATR: Si podemos hacer una evaluación de lo que han sido, además de lo que usted ha mencionado, los avances de juntar, aglutinar y recoger el conjunto de normas, ¿cuáles tres o cuatro cosas considera usted las cerezas del asunto?*

**JD:** Haciendo el esfuerzo de sintetizar en tres ítems las reformas más importante que introdujo la Ley de Procedimiento Administrativo General, luego de basarse en la experiencia de su aplicación durante los diez años de su vigencia, yo le diría, en primer lugar, que ha sido muy importante la consagración de una relación de principios específicos del procedimiento administrativo, la cual —énfatiso— no son principios de organización, sino del procedimiento administrativo en sí. Se trata de principios que ayudan a los operadores —es decir, a toda la administración y a los privados que concurren ante ella— a, en primer lugar, orientar la interpretación de las normas administrativas y, en segundo lugar, a llenar los vacíos inevitables en una norma que regula a un conjunto tan complejo como la administración pública. Finalmente, en la práctica se erigen como parámetro, incluso para la interpretación de normas especiales, porque se constituye una suerte de mínimo común constitucional en buena parte de los aspectos del procedimiento administrativo.

Un segundo aspecto que debe resaltarse de la ley es el establecimiento de las bases legales para que la simplificación administrativa constituya un objetivo permanente de la administración pública, con el objeto de facilitar los términos de las relaciones entre administración y particulares (ciudadanos y empresas).

Considero que un tercer tema, de un enorme impacto, ha sido la regulación con carácter general de la potestad sancionadora de la administración. Esta potestad que se había incrementado enormemente a raíz del cambio del rol del Estado en la economía desde la década del noventa necesitaba el establecimiento de un marco general que consagrara un mínimo común denominador para su ejercicio —con fundamento en los preceptos constitucionales—, lo que ha sido puesto en evidencia por



## 23

ENTREVISTA  
AL DOCTOR  
JORGE DANÓS

numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tan es así que, mediante el decreto legislativo 1029, se ha modificado el artículo 229 de la Ley de Procedimiento Administrativo General para establecer que, a diferencia de la regla general de que se aplique preferentemente la norma especial en lugar de la norma general —lo cual solo se aplica de manera supletoria en lo no previsto por la ley especial—, en materia sancionadora administrativa se aplique preferentemente los principios garantistas de la ley general en lugar de los principios o las reglas de las leyes especiales de la potestad sancionadora. Esto debido a que los principios de la ley general son garantistas y tienen un fundamento constitucional, como ha puesto en evidencia la numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Recapitulando, me ratifico en considerar que lo más importante lo constituyen, en primer lugar, los principios del procedimiento administrativo que constituyen una guía para los operadores de la ley, que sirven para llenar lagunas legales y que les permiten entender cómo poder interpretar las normas que regulan el procedimiento administrativo. Creo que, en segundo lugar de importancia, ubicaría las normas que regulan la simplificación administrativa contenidas en la ley, las cuales comprenden las normas sobre los TUPA, la clasificación de los procedimientos administrativos, las modalidades de los procedimientos de aprobación automática y de procedimiento evaluación previa con silencio administrativo —positivo o negativo— y otros temas. Finalmente, creo que, en tercer lugar, valoraría la regulación de la potestad sancionadora, la cual materialmente tiene la calidad de una suerte de parte general del código penal, pero que, a diferencia del penal, existen más de 1 800 entidades administrativas —es el caso de las municipalidades— con potestad para tipificar las infracciones y establecer las correspondientes sanciones. Esta era una realidad que hacía más que apremiante que se estableciesen, con carácter general, los principios comunes que disciplinan la potestad sancionadora, más aún con base constitucional.

**ATR:** *¿Podríamos decir que esta ley ha colaborado en acercar al ciudadano a la toma de decisiones de la administración pública?*

**JD:** Sí, porque ha potenciado la posición de los privados en sus relaciones con la administración al reconocerles una serie de derechos y garantías que los protegen de los posibles excesos o arbitrariedades en que puede incurrir la administración pública. Conviene recordar que la Ley de Procedimiento Administrativo General también contiene un capítulo dedicado a regular los mecanismos de participación de los administrados durante la tramitación de los procedimientos administrativos mediante audiencias públicas y procesos de información pública. Sin embargo, honestamente, la realidad demuestra que es en las disposiciones sectoriales o especiales donde se han desarrollado mecanismos más

intensos de participación de los ciudadanos en la toma de decisiones administrativas, como es el caso de las normas en materia de aprobación de estudios de impacto ambiental, las de aprobación de tarifas de servicios públicos y otros casos.

A propósito de vuestra pregunta, me parece conveniente llamar la atención sobre cómo la Ley de Procedimiento Administrativo General ha empoderado al ciudadano para que pueda reclamar ante la propia administración el respeto a las normas de procedimiento administrativo. No ha sido infrecuente para mí y para otros profesores de la disciplina que cuando vamos a dar conferencias nos encontremos con algún asistente que diga «oiga, entre lo que establece la ley y la realidad de cómo opera la administración pública existen sensibles diferencias que ponen en cuestión el cumplimiento de la ley», y no me cabe duda que dicha afirmación debe ser cierta, porque una ley no necesariamente modifica o corrige automáticamente el comportamiento de la administración. Por esa razón, la Ley de Procedimiento Administrativo General empodera al ciudadano para que cuestione las conductas irregulares de la administración, para así poder exigir el cumplimiento de la norma. En mi opinión, lo grave sería que se dicte una norma que establezca reglas para mejorar el funcionamiento de la administración pública pero que no establezca qué tiene que hacer el particular perjudicado para hacerlas cumplir.

Finalmente, sobre el tema de participación de los privados en el procedimiento administrativo, uno de los aspectos más importantes de la regulación de la potestad sancionadora de la ley es que establece una regla básica del procedimiento sancionador administrativo que hoy día, ya vencida la primera década del siglo XXI, parece algo aceptado universalmente, sobre el que existe un consenso casi unánime. Sin embargo, esto no era así antes del año 2001, cuando entra en vigencia la nueva Ley de Procedimiento Administrativo General, y es que la administración no puede sancionar ni ejercer su potestad sancionadora si es que primero no escucha al imputado. Esta regla se funda en el más elemental derecho a la defensa —que es parte del debido proceso— y consiste un procedimiento universalmente aceptado. Sin embargo, esta regla elemental no se cumplía en el Perú, pues las entidades administrativas pensaban que el derecho a la defensa se ejercía recién después que la administración pública aplicaba la correspondiente sanción. Algo así como que primero le pego y que luego se defienda. Por esa razón, la Ley de Procedimiento Administrativo General estableció como regla básica del procedimiento administrativo sancionador que la entidad administrativa no podría aplicar sanción alguna si previamente no permitía el ejercicio de su más derecho elemental de defensa al imputado. Desde entonces, si bien considero que en nuestro medio la sensibilidad jurídica ha evolucionado notablemente y ha obligado a la administración a que escuche al administrado antes de adoptar una decisión que puede

## 25

ENTREVISTA  
AL DOCTOR  
JORGE DANÓS

afectar sus derechos o intereses, lamentablemente todavía existen algunas entidades administrativas —sobre todo municipalidades— cuyas normas aprobadas mediante ordenanza consagran la existencia de sanciones de plano que se aplican sin escuchar al imputado. Eso me parece contrario a toda regla de derecho, porque lo que ha querido la Ley de Procedimiento Administrativo General es que el derecho al descargo sirva también como un mecanismo de participación, como una manera de hacer ver a la administración que el ciudadano no es el enemigo. Porque el ciudadano es el destinatario de la actividad administrativa, un colaborador que ayuda al funcionario a tener criterios adicionales que constituyen insumos para la decisión que debe adoptar. Es también un mecanismo para democratizar la administración, para que actúe mejor, para que tome conciencia de los distintos intereses que hay en juego, de tal manera que pueda resolver de la mejor manera posible para los intereses de la colectividad —el objetivo central de la administración pública—.

**ATR:** *Transcurridos estos diez años de vigencia de la norma, ¿qué cambios había que hacer en la ley?*

**JD:** Entiendo que, por ejemplo, en algunos principios del procedimiento administrativo podría introducirse reformas para mejorar su enunciado, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y para facilitar el trabajo de los operadores. Asimismo, estimo que tal vez habría que modificar algunos temas vinculados a notificaciones.

**ATR:** *Podrían ser notificaciones electrónicas...*

**JD:** Yo creo que sí en algunos temas, pero teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico ya existen normas especiales sobre la materia. De nuevo en este tema me parece importante resaltar que la notificación electrónica esencialmente debe ser considerada como una facilidad para el privado que solicita ser notificado mediante dicho medio, porque la lógica es garantizar que llegue a su conocimiento la decisión administrativa. Un tema diferente es evaluar si nuestra administración está en capacidad para poder notificar por vía electrónica. Hasta donde tengo entendido, solo algunas entidades administrativas han venido utilizando la notificación electrónica. Es el caso de Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en algunos temas de contrataciones estatales, o de Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) en temas relacionados a cuando el privado acude a la administración. En esos casos, las normas aplicables le previenen al particular que, cuando en determinadas situaciones acuda ante la administración tributaria, la respuesta que esta le dará se cursará por vía electrónica. Pero si mañana la administración tributaria quiere multar o liquidar una deuda de alguien actuando de oficio, tiene que notificarle sus actos administrativos por las vías previstas legalmente;

es decir, mediante notificación al domicilio fiscal que señaló el propio interesado, lo cual constituye una garantía para el particular.

Aprovecho para comentar que, en mi opinión, deberían reincorporarse a la Ley de Procedimiento Administrativo General las normas que inútilmente se aprobaron fuera del cuerpo de ella para regular el silencio administrativo de una manera antitécnica, razón por la cual —para evitar la dispersión— deberían regresarse a la regulación los supuestos en los que los procedimientos administrativos de evaluación previa se aplica el silencio administrativo positivo o negativo.

*ATR: O sea, ahí se podría hacer un summum...*

**JD:** Así es, incorporarlas no es complicado.

*ATR: Y quizás incorporar algunos de los principios que estaría recomendando el Tribunal Constitucional...*

**JD:** Sí, pero me parece que en lugar de incorporar principios adicionales es preferible el potenciamiento de los alcances de algunos de los principios que ya se encuentran en la ley. Recuerde usted que el proyecto de ley se elabora hacia el año 1999 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —digamos la jurisprudencia correcta y enriquecedora del Tribunal Constitucional— se restablece recién con el cambio de conformación del Tribunal durante el gobierno de transición. Es decir, a partir del año 2001. Por lo tanto, la ley recoge un conjunto de principios de los cuales la mayor parte tiene fundamento constitucional, pero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que potencia sus fundamentos constitucionales se dicta posteriormente. Entonces, para que los funcionarios no tengan que buscar en cada caso, es necesario que la jurisprudencia actualice los principios y recoja los desarrollos de la jurisprudencia constitucional generada en los últimos años.

Considero que también es posible actualizar las normas sobre participación ciudadana en los procedimientos administrativos, al tener en cuenta que las normas especiales han desarrollado mucho más estos temas. Asimismo, se debe modernizar las normas sobre procedimientos administrativos trilaterales, que fue una innovación en la ley, ya que estableció un marco legal para aquellas modalidades de procedimientos que ya existían por normas especiales y en los cuales la administración resolvía controversias entre dos privados en ejercicio de funciones meramente administrativas y no jurisdiccionales —las cuales estaría constitucionalmente impedida de ejercer en nuestro país—.

Creo que también hay normas especiales que en algunos temas han evolucionado más que la Ley de Procedimiento Administrativo General y, por tanto, corresponde que esta ley recoja lo aprendido y lo establezca como marco general. Tal es el caso, como comenté hace un momento,

## 27

ENTREVISTA  
AL DOCTOR  
JORGE DANÓS

del tema de las medidas correctivas que permitan tutelar con mayor efectividad los intereses de los privados afectados por alguna actuación irregular de otros privados. Por otra parte, lo sancionador administrativo también puede enriquecerse con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero sin lugar a dudas el régimen de la responsabilidad patrimonial de la administración amerita una revisión profunda, a efectos de que pueda operar y de que la administración responda por los daños injustos que inflige a los privados, ya que la responsabilidad patrimonial es un mecanismo que sirve para estimular la buena actuación de los funcionarios.

**ATR:** ¿Consideraría conveniente que se forme ahora una comisión de expertos para recoger opiniones de la nueva administración?

**JD:** El Ministerio de Justicia tiene en sus manos la posibilidad de recoger propuestas para reformar la ley, pero yo prefiero esperar un tiempo para tener en claro si el gobierno va a promover otras reformas administrativas que necesiten tener un correlato o un reflejo en la Ley de Procedimiento Administrativo General. La última reforma a la ley se realizó mediante el decreto legislativo 1029 del año 2008, que formaba parte del paquete de normas dictadas para adecuar el ordenamiento jurídico a la entrada en vigencia del TLC. Dicho decreto legislativo se inspiró en gran parte en unas propuestas elaboradas por una comisión designada por el Ministerio de Justicia a comienzos de 2006, la cual elaboró algunas propuestas de reforma de la ley.

Considero que la ventaja de la ley, en términos generales, es que ha servido para modernizar a la administración y para establecerle al funcionario reglas mucho más precisas, sin llegar al extremo de la ultra regulación que genera burocratismo. El marco legal del procedimiento administrativo debe permitir que el ciudadano pueda exigir a la administración que cumpla eficientemente las tareas asignadas en beneficio de la colectividad y sin afectar sus derechos fundamentales.



# La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos)

Administrative procedure transformation and the LNPA (Administrative Procedure National Law, Argentina)

JUAN CARLOS CASSAGNE\*

**Resumen:** El artículo parte de la premisa de que, si bien ya nadie discute si la administración puede regular el procedimiento administrativo, no se puede desconocer que el parlamento es el órgano competente para dictar las normas que reglamentan el ejercicio de los derechos de los ciudadanos frente a la administración. Seguidamente, el estudio realiza un análisis de la armonización entre el principio de competencia y los de legalidad y eficiencia, y la importancia de la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas las audiencias de este tipo. Finalmente, se desarrollan los principales aspectos de la relación entre el procedimiento administrativo y la tutela judicial efectiva, así como algunas nuevas funciones del procedimiento administrativo como la información y el consenso.

**Palabras clave:** Procedimiento administrativo – decisiones públicas – tutela judicial

**Summary:** This article starts from one assumption: while attribution of the Administration to regulate administrative procedures is not under discussion, competency of parliament to make rules, in order to regulate the exercise of citizen's rights facing Administration, can not also be ignored. Then, an analysis of harmonization among competition principle with legality and efficiency principles, also importance of citizen participation in public decision-making and public hearings, is carried out. Main aspects of relationship between administrative procedure and effective judicial guardianship and some new functions of administrative procedure, as information and consensus, have been finally developed in this article.

**Key words:** Administrative Procedure – public decisions – judicial guardianship

---

\* Es doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Asimismo, es vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, donde se desempeña como especialista en Derecho administrativo, y presidente del Instituto de Derecho Administrativo de dicha corporación.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN. – II. PROBLEMÁTICA COMPETENCIAL. – III. ARMONIZACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA Y LOS DE LEGALIDAD Y EFICIENCIA. – IV. LA PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LA TOMA DE DECISIONES PÚBLICAS: LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS. – V. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. V.1. – LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. V.2. – EL REQUISITO DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA. V.3. – UN CAMBIO PARADIGMÁTICO: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. VI. – HACIA NUEVAS FUNCIONES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: LA INFORMACIÓN Y EL CONSENSO.

## I. INTRODUCCIÓN

En la medida que es hija de su tiempo, y, consecuentemente, de las ideas imperantes en una determinada época histórica, toda ley es temporal.

Las ideas nacen en el seno de las respectivas comunidades nacionales o supranacionales y, como son por naturaleza comunicables, pronto se expanden en los distintos ordenamientos, con lo que integran algo así como el tronco común de la estructura básica de los distintos derechos comparados.

La LNPA no se sustrajo al influjo de ese proceso comparatista y adoptó, en su momento, las principales innovaciones provenientes del Derecho de otros países y de la doctrina vernácula<sup>1</sup>. En ese entonces, se pensaba en el procedimiento administrativo en términos procesales; es decir, montado sobre una estructura bilateral que sostenía el principio contradictorio.

Pero las cosas han cambiado y, como vamos a ver, las transformaciones que se vienen operando en el procedimiento administrativo demandan una reforma, a fin de actualizar el ordenamiento con la recepción de nuevos instrumentos y fórmulas que encaucen la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas.

Algunos piensan que el proceso de transformación debe generar el cambio radical de las instituciones del procedimiento administrativo. Esta creencia, aparte de ignorar la naturaleza evolutiva del Derecho, implica una opción extrema y riesgosa que, al volcar el eje del sistema en la participación pública, produce la desintegración de los fines a los cuales el sistema debe servir para realizar el bien común o interés público.

Como la complejidad creciente de un sistema de participación de los ciudadanos conduce a un aumento de las libertades y de las

<sup>1</sup> Así lo señalaron en la Exposición de Motivos los autores de la LNPA (Éscola, Cozzi y Young) al reconocer, principalmente, la influencia que proyectaron en la normativa las doctrinas de Marienhoff y Linares.



## 31

LA  
TRANSFORMACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO Y  
LA LNPA

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
TRANSFORMATION  
AND THE LNPA

posibilidades que tienen las personas para intervenir en las decisiones públicas, hay que cuidar de no caer en el desorden que termina destruyendo la necesaria cohesión del conjunto. El desorden extremo deja de ser fecundo, por lo que resulta imprescindible encontrar fórmulas de equilibrio que hagan posible realizar el ideal participativo en forma armónica y eficaz, sin degradar los derechos fundamentales de las personas, aunque se trate de minorías o de meros sujetos individuales.

Resulta evidente que la transformación del procedimiento administrativo no puede llevarse a cabo pasando por alto las garantías y principios del Estado de Derecho. De ese modo, la incorporación de las normas y fórmulas que traducen las nuevas tendencias transformadoras han de respetar, con carácter imperativo, la separación de poderes, las competencias y garantías del Estado constitucional, y, sobre todo, el principio de legalidad y el debido proceso adjetivo o tutela administrativa efectiva, además de todos los principios generales de carácter institucional típicos del procedimiento administrativo —como el formalismo, la economía, la celeridad, la sencillez y la eficacia, entre otros—.

Porque lo que la administración debe perseguir es, básicamente, la realización del interés público mediante el funcionamiento de una estructura humana que asegure una buena administración y su control, sin mengua de las otras finalidades que, modernamente, se considera debe cumplir a través del procedimiento administrativo<sup>2</sup>.

## II. PROBLEMÁTICA COMPETENCIAL

Si se mira la materia del procedimiento desde el ángulo competencial, es decir, a partir del conjunto de competencias atribuidas a una organización política, surgen una serie de cuestiones e interrogantes que los ordenamientos, así como la práctica o costumbre constitucional, han tratado de resolver.

Como primera observación puede advertirse que la caída del monopolio legiscentrista —la ley como centro absoluto del sistema normativo— ha generado tendencias favorables a la autorregulación del procedimiento administrativo por parte de los órganos ejecutivo y judicial, con lo que se ha invocado a la configuración de potestades autónomas organizativas que ciertamente encuentran sustento en la teoría de la división de los poderes<sup>3</sup>.

2 Véase: TAWIL, Guido Santiago. «Sobre el futuro del procedimiento administrativo». *Revista de Derecho Administrativo*, número 9, 2010, pp. 11 y siguientes, Lima.

3 La afirmación del texto es válida en nuestro sistema constitucional aún cuando el modelo no haya seguido la versión francesa. Véase: BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración?* Buenos Aires: Editorial Zavalia, 1951, pp. 177 y siguientes.

Ya casi nadie discute si la administración puede regular el procedimiento administrativo, ya sea por delegación o mediante reglamentos autónomos. Pero no se puede desconocer que el parlamento es el órgano competente para dictar las normas que reglamentan el ejercicio de los derechos de los ciudadanos frente a la administración, así como para consagrar las garantías y los principios que aseguran la protección efectiva de los derechos de las personas —tanto individuales como colectivas—.

Por otra parte, tampoco se puede ignorar que la administración pública posee potestades de auto-organización y que, consecuentemente, se halla habilitada para reglamentar los procedimientos que tramitan en su ámbito.

El escenario exhibe zonas grises y áreas de conflicto. En nuestra opinión, excepto las materias que integran la zona de reserva del legislador y las correspondientes a la del Ejecutivo, las potestades son concurrentes, con la salvedad de que si fueran ejercidas por el parlamento con anterioridad o a posteriori de las normas respectivas, debe prevalecer la ley del congreso sobre el reglamento del Ejecutivo, conforme al principio de jerarquía normativa que posee rango constitucional, según lo señala el artículo 31 de la Constitución Nacional.

### III. ARMONIZACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA Y LOS DE LEGALIDAD Y EFICIENCIA

La competencia constituye un requisito esencial que transforma a la validez de los actos y demás actuaciones comprendidas en un procedimiento administrativo. No se configura como un límite externo a la actuación de los entes u órganos administrativos, sino como un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la administración pública con el ordenamiento jurídico<sup>4</sup>.

Esa vinculación positiva deriva del principio de legalidad, de raíz constitucional<sup>5</sup> y legal<sup>6</sup>, que predica que la competencia surge de principios y normas que integran una escala jerárquica compuesta por la Constitución, la ley o el reglamento.

A su vez, la naturaleza objetiva que caracteriza a la competencia no implica que ella no pueda surgir en forma implícita o, incluso, inherente, conforme al principio de especialidad. Sin embargo, la extensión de la competencia a lo inherente operada por el principio de especialidad, y su ejercicio, se encuentra interdicto en materia de actos de gravamen que,

4 «YPF c/ Enargas» (sala I C.N.ACAF-20-2-1996, La Ley, 1996-C-36).

5 Artículo 19 de la C.N.

6 Artículo 3 de la LNPA.

## 33

LA  
TRANSFORMACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO Y  
LA LNPA  
  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
TRANSFORMATION  
AND THE LNPA

en nuestro sistema constitucional, no pueden dictarse sino en virtud de competencias que surjan expresamente de las normas del ordenamiento positivo. En estos casos, el principio de la permisión expresa constituye la regla de acuerdo al principio de legalidad que rige en materia sancionatoria.

Pero fuera de los actos de gravamen, el principio de la especialidad se impone como una regla interna de los entes u órganos, la cual predica que los entes, una vez creados, poseen aptitud de dictar aquellos actos vinculados con el cumplimiento de sus fines fundamentales para hacer todo lo que no se halla expresamente prohibido —según el principio ontológico de la libertad—<sup>7</sup>. A su turno, la especialidad también encuentra fundamento en el principio de eficacia, cuyo principal límite se halla en la ley y en la interdicción de arbitrariedad<sup>8</sup>.

#### IV. LA PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LA TOMA DE DECISIONES PÚBLICAS: LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS

La evolución operada en el seno del Estado de Derecho ha venido a ampliar sus postulados básicos con el reconocimiento —generalmente, por vía legislativa y, en algunos casos, constitucionales— del derecho de los ciudadanos a participar en la adopción de decisiones públicas.

El origen de esta tendencia se encuentra en los procedimientos de audiencia pública y en la elaboración de normas reglamentarias creadas en el Derecho estadounidense y generalizados más tarde en los diferentes Derechos europeos y latinoamericanos, particularmente en materia de servicios públicos.

Existe un debate acerca de si hay un derecho de participación plena de los ciudadanos para intervenir en los mecanismos de formación de los actos y reglamentos administrativos. No vamos a entrar ahora en esa discusión. Simplemente señalamos que, en los casos en que el derecho de participación deriva de la ley, este no puede conculcar el carácter representativo de nuestra forma de gobierno —según lo señala el artículo 1 de la Constitución Nacional (C.N.)—, ni la prohibición de que el pueblo se arrogue directamente el derecho a deliberar y a gobernar, pues, conforme al artículo 22 de la C.N., «el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución».

Esto es así porque, en nuestro sistema constitucional, el derecho de participación de los ciudadanos se reconoce solo en forma excepcional

7 LINARES, Juan Francisco. «La competencia y los postulados de la permisión». *RADA*, número 2. Buenos Aires: Editorial Museo Social Argentino, 1971, pp. 14 y siguientes.

8 Véase: CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, pp. 115 y siguientes.

en los supuestos del derecho de iniciativa para presentar proyectos de leyes —según indica el artículo 39 de la C.N.—, y de consulta popular vinculante —según el artículo 40 de la C.N.—, lo que no altera el carácter representativo que, como principio general, tipifica la forma de gobierno adoptada por la Constitución. Se trata de fórmulas de democracia semidirecta que, al admitirse de esa manera excepcional, resultan de interpretación restrictiva<sup>9</sup>.

El ordenamiento legal positivo argentino no ha regulado la participación pública en los procesos de elaboración de disposiciones de naturaleza reglamentaria<sup>10</sup>, situación que es pasible de objeciones toda vez que, sin atribuir carácter vinculante a la participación —y sin resentir, por tanto, el carácter representativo del sistema de gobierno—, puede favorecer la información recíproca —tanto del Estado como de los ciudadanos— y contribuir a que se alcancen consensos sociales que darían mayor legitimidad a las normas.

Una tendencia distinta ha sido seguida en materia de audiencias públicas en los servicios públicos o en las actividades de interés público.

Como es sabido, si bien no existe a nivel constitucional norma alguna que lo recepcione, este procedimiento de audiencia pública<sup>11</sup> fue instaurado en nuestro país en el ámbito de los entes reguladores del gas<sup>12</sup>, electricidad<sup>13</sup> y telecomunicaciones<sup>14</sup>.

Se trata de un procedimiento administrativo *strictu sensu*, y los principios que lo rigen pueden resumirse en los de publicidad, transparencia<sup>15</sup> y participación. A su turno, estos principios se proyectan al régimen que requiere de la oralidad y de la intermediación, del informalismo, de la contradicción, de la imparcialidad y de un adecuado reconocimiento de la legitimación de los participantes —concesionarios o licenciatarios, usuarios, contratistas, funcionarios públicos, entre otros—.

9 BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho constitucional*. Tercera edición. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 610.

10 Como ha sido la tendencia seguida por el Derecho estadounidense, ver al respecto: STRAUSS, Peter L. «Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.». En Javier Barnes (director). *La transformación del procedimiento administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008, pp. 319 y siguientes.

11 Hutchinson sostiene que la expresión «audiencia pública» es equívoca en lo que hace a su significado, ya que, en unos casos, designa las formalidades a través de las cuales las partes de un procedimiento acceden a la actuación de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio (artículo 18 de la C.N.), mientras que en otros se refiere a ciertas formalidades de participación de los interesados en el proceso de ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los órganos investidos en esta. Solamente en este último caso cabría considerarla estrictamente como técnica participativa (HUTCHINSON, Tomás. «Algunas consideraciones sobre las audiencias públicas (una forma de participación ciudadana)». En *Jornadas jurídicas sobre servicio público de electricidad*. Buenos Aires, 1995, pp. 333 y siguientes).

12 Artículos 6, 16, 18, 29, 46, 47, 67 y 68 de la ley 24.076.

13 Artículos 11, 32, 46, 73 y 74 de la ley 24.065.

14 SC res. 57/1996, BO, 3/9/1996.

15 Véase: LASSERRE, Bruno, Noëlle LENOIR y Bernard STIRN. *La transparence administrative*. Paris : Presses Universitaires de France, 1987.

## 35

LA  
TRANSFORMACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO Y  
LA LNPAADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
TRANSFORMATION  
AND THE LNPA

Las audiencias públicas pueden ser previas a un acto de alcance particular —y, en algunos casos, de naturaleza cuasijurisdiccional—<sup>16</sup>, o bien pueden formar parte del procedimiento para dictar o modificar normas reglamentarias<sup>17</sup>. La doctrina administrativa se ha postulado la obligatoriedad de observar este procedimiento en todos aquellos casos en que fuera necesario conceder una oportunidad de defensa a los afectados por el acto o proyecto de que se trate<sup>18</sup>.

Desde otro vértice, la jurisprudencia<sup>19</sup> ha considerado que, con la nueva redacción del artículo 42 de la C.N., el artículo 30 1185/1990 —en tanto confería a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la facultad de celebrar una audiencia pública sobre aspectos de grave repercusión social— debía ser interpretado como obligatorio para la administración, ya que:

la realización de una audiencia pública no solo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, sino un mecanismo para la formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino —en lo que hace al sub examine— resultaría una vía con la que podrían contar los usuarios para ejercer su derecho de participación en los términos previstos en el invocado artículo 42, C.N., antes de una decisión trascendente.

Sin perjuicio de valorar la importancia que representa para los derechos de los usuarios el artículo 42 de la C.N., consideramos que no es posible extender la obligatoriedad de la celebración de audiencias públicas a los supuestos que la norma de carácter legal o reglamentaria no lo disponga con carácter expreso<sup>20</sup>, ya que, de lo contrario, se afectaría la seguridad jurídica de las decisiones que vaya a adoptar el ente regulador en materia de servicios públicos al poderse invalidar las resoluciones que fueron tomadas soslayando este procedimiento.

16 Artículos 11, 32, 73 y 74 de la ley 24.065, y artículos 6, 16, 18, 29, 67 y 68 de la ley 24.076.

17 Artículos 46 y 48 de la ley 24.065, y 46 y 47 de la ley 24.076 (COMADIRA, Julio R. «Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados (con especial referencia al Enargas, ENRE, C.N.T y ETOSS)». En *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 249.

18 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo*. Quinta edición. Tomo II. Buenos Aires: Fundación de Derecho administrativo, 1998, pp. 10-12. Sin embargo, en el Derecho estadounidense, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sentado la doctrina según la cual el derecho de participación activa de los ciudadanos no deriva de la Constitución (por ejemplo, en «City of Madison, Joint School District v. Wisconsin Employment Relations Comisión», 429 v.s., 167, especialmente p. 178 (1976), citado por SACRISTÁN, Estela. *Las sesiones abiertas (open meeting) en el Derecho administrativo estadounidense como forma de publicidad de los actos estatales*, tesina presentada en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Buenos Aires, 1998, p.19.

19 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, *in re* «Youssefian, Martín v. Secretaría de Comunicaciones», del 23 de junio de 1998.

20 En este mismo sentido, véase FONROUGE, Máximo. «Las audiencias públicas». *REDA*, números 24 a 26. Buenos Aires: Depalma, 1997, pp. 185-186.

Ahora bien, si la administración omite llevar a cabo una audiencia pública cuando esta fuera expresamente exigida por el ordenamiento, el acto o reglamento que se emita bajo esas circunstancias será nulo por violación al elemento forma del acto administrativo, el cual prescribe el cumplimiento de los procedimientos esenciales previstos para su emisión<sup>21</sup>.

Idéntica solución corresponderá en el supuesto de que el acto que se dicte con posterioridad a la celebración de la audiencia carezca de una motivación adecuada, no valore la prueba producida o no trate expresamente todos los hechos llevados a su conocimiento<sup>22</sup>.

## V. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

### V.1. La función de garantía del procedimiento administrativo y la tutela judicial efectiva

La última función de garantía que persigue el establecimiento de reglas jurídicas que sirvan de cauce y canalicen el dictado de actos administrativos es la que le otorga al procedimiento administrativo una especial relevancia en el régimen del Estado del Derecho basado en la separación de poderes.

La Constitución de Argentina consagra la garantía de la defensa en juicio de los derechos —según su artículo 18— y prohíbe el ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo —según su artículo 109—. Esa garantía integra la «tutela judicial efectiva», la cual no se limita al ámbito del Poder Judicial y que, al tener una naturaleza garantística extensiva, se proyecta al procedimiento administrativo<sup>23</sup>.

En ese escenario, configurado tras la jurisprudencia de la corte a partir del caso «Fernández Arias» y fallos posteriores concordantes, se desprende que:

[...] la jurisdicción judicial solo corresponde a los tribunales que integran el Poder Judicial de la Nación<sup>24</sup>, cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia;

[...] el acceso a la justicia no puede ser cercenado por obstáculos y ápicos formales y los actos de las autoridades administrativas no constituyen

21 Artículo 7, inciso d, y artículo 14, inciso b de la LNPA. En este punto se debe tener en cuenta que la forma del acto se integra no solo con las formas de integración y con la voluntad, sino también con las referidas al procedimiento de formación de dicha voluntad y con las formas de publicidad.

22 Artículo 41 de la SC, res. 57/1996.

23 Ver al respecto: CANOSA, Armando N. *Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa*. ED-166-988.

24 Principio que se desprende del caso «Fernández Arias», resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el año 1960 (Fallos: 247:646).

decisiones finales sino que están sujetos a revisión judicial<sup>25</sup>. El acceso a la justicia ha de ser irrestricto y efectivo como lo proclaman los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[...] el control de las decisiones administrativas debe ser suficiente<sup>26</sup>, con amplitud de debate y prueba.

[...] el tribunal que ejerce el control sobre la actividad administrativa ha de hallarse rodeado de garantías de imparcialidad e independencia<sup>27</sup>.

Como consecuencia del principio de la tutela judicial efectiva, y en directa conexión con el sistema de procedimientos administrativos, se plantean cuestiones jurídicas trascendentes para los derechos de las personas involucradas o afectadas por la actividad de la administración pública. Estas se centran en tres aspectos: el carácter facultativo que corresponde atribuir a la antigua regla que exigía, en todos los casos, el agotamiento de la instancia administrativa para poder demandar ante la justicia; en la innecesaridad del reclamo administrativo previo o, al menos, en su relativización, lo que abre paso a la demanda directa en supuestos en que no sea imprescindible el dictado de un acto administrativo previo como condición de acceso a la vía judicial; y, por último, en la necesidad de reinterpretar la función que cumplen los plazos de caducidad para acceder a la justicia.

A su vez, el procedimiento administrativo, al no establecer reglas que vinculen la acción estatal con el contenido de las sentencias judiciales, conduce muchas veces al quiebre de la tutela judicial efectiva<sup>28</sup>, con lo que se genera la paradoja de que a un particular le resulta más fácil obtener una sentencia de condena contra el Estado que conseguir que este cumpla con las resoluciones judiciales.

Ahora bien, en la última parte del siglo XX, aproximadamente desde hace treinta años, la tutela judicial efectiva ha cobrado gran relevancia en el plano jurídico gracias al impulso dado por la doctrina en España con motivo de su recepción constitucional.

Su proyección en Hispanoamérica, particularmente en la Argentina, fue notable, ya que el principio fue recogido tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, aunque no siempre se han desprendido de él las consecuencias que cabe extraer en punto a

25 ABERASTURY, Pedro y María Rosa CILURZO. *Curso de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pp. 19 y siguientes.

26 Fallos: 247:646 («Fernández Arias») y 311:334 («Di Salvo»).

27 Véase: ABERASTURY, Pedro y María Rosa CILURZO. Ob. cit., p. 22. Ahí se apunta que debe reconocerse la revolución que operó el caso «Fernández Arias».

28 PAREJO ALFONSO, Luciano. *El procedimiento administrativo en España: situación actual y perspectivas de cambio*. Ob. cit., pp. 466-468. Se apunta también a la necesidad de reformular el carácter revisor del control judicial y el mantenimiento de los plazos de caducidad establecidos para impugnar ante la justicia los actos administrativos.

reafirmar la tendencia hacia un control judicial pleno y sin cortapisas de la actividad administrativa.

Nuestra Constitución, en línea con el molde de los antecedentes normativos y proyectos preconstitucionales, consagró en su artículo 18 la garantía de la inviolabilidad «de la defensa en juicio de las personas y de los derechos», siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por Alberdi<sup>29</sup>.

Esa garantía apuntaba, entonces, a brindar protección judicial a los derechos individuales y tendía a tutelar, fundamentalmente, la libertad de los ciudadanos, de manera que se configuraba uno de los ejes en los que se concretaba la filosofía constitucional.

En su evolución posterior, la garantía<sup>30</sup> de la defensa fue completada con otras, tendientes a ampliar el círculo de los derechos protegidos originariamente por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Tal es lo que ocurrió con el trasplante del debido proceso adjetivo proveniente del Derecho estadounidense<sup>31</sup>, y, modernamente, con el llamado «derecho a la jurisdicción».

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y a plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción reclama, simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia, a fin de obtener una sentencia justa y motivada susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de plazos razonables<sup>32</sup>.

29 En la parte primera, capítulo 2, el artículo 19 del Proyecto de Alberdi expresa que «el derecho de defensa judicial es inviolable».

30 Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y a afianzar la seguridad jurídica. Actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena administración. Han sido establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución nacional y de las leyes. Véase: LINARES, Juan Francisco. *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires: Depalma, 1944, pp. 203-206; y LINARES QUINTANA. Segundo. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional y comparado*. Primera edición. Tomo V. Buenos Aires: Alfa, 1953, p. 355. Para Carrió, cuando aludimos a las «formas de protección de los derechos», «queremos aludir a la acepción restringida de la palabra 'garantía' o sea la que se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el aparato estatal, particularmente el jurisdiccional, a fin de que este actúe a su servicio y lo tutele» (CARRIÓ, Genaro. *Recurso de amparo y técnica judicial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959, p. 28).

31 Véase: LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes. El «debido proceso» como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Segunda edición. Buenos Aires: Astrea, 1970, pp. 17 y siguientes.

32 BIDART CAMPOS, Germán. *Derecho constitucional*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1969, pp. 473 y siguientes.



Estas garantías, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina<sup>33</sup> consideraron, en su momento, incluidas en la garantía del artículo 18 o vinculadas a ella, resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva, en el sentido que pasamos a exponer<sup>34</sup> a continuación.

En efecto, no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, esta última —como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo<sup>35</sup>— se caracteriza por su mayor amplitud no solo en el plano garantístico, sino también en cuanto a la protección del interés general en lo relativo a una buena administración<sup>36</sup>, sin dejar de descuidar, asimismo, el procedimiento administrativo<sup>37</sup>.

Los principales matices diferenciales comprenden tres aspectos. En lo fundamental, la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, así como también a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial, y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.

Resulta evidente que se trata de una garantía que armoniza de modo cabal con el reparto de funciones propio de la separación de poderes que ha instituido nuestra Constitución, al prescribir positivamente el sistema judicialista —según los artículos 116 y 117 de la Constitución nacional—, en el cual los jueces son los órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado<sup>38</sup>.

En Argentina, antes de la moderna configuración del principio, un sector de la doctrina<sup>39</sup> propició, en su momento, una serie de posturas que

33 Véase: «Alcaraz, Natalia y otros c. Cía Sansinena SA» en fallos 247:246 (1950); y BIDART CAMPOS, Germán. Ob. cit., pp. 499-500.

34 Una postura contraria a la sustentada en el texto ha sido sostenida por Luqui en: LUQUI, Roberto Enrique. *Revisión judicial de la actividad administrativa*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 2005, pp. 241 y siguientes. Esto sobre la base de que nada agrega de nuevo a la clásica garantía de la defensa en juicio que preceptúa el artículo 18 de la C.N. Sin embargo, ambas garantías guardan una relación de género y especie, en el sentido de que la tutela judicial efectiva comprende a la garantía de la defensa y, al propio tiempo, es más amplia, habida cuenta que tutela, entre otras cosas, el acceso a la justicia para que esta sea efectiva. En suma, se trata de una nueva categoría histórica que supera algunos dogmas antiguos, como el de la justicia revisora —en el contencioso administrativo—.

35 Artículo 1, inciso f de la LNPA.

36 FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. «Juzgar a la administración contribuye también administrar mejor». *REDA*, números 15-16. Buenos Aires: Depalma, 1994, pp. 51 y siguientes.

37 CANOSA, Armando N. Ob. cit.

38 Un completo desarrollo del principio y las consecuencias que derivan de la adopción del sistema judicialista se encuentra en BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?* Buenos Aires: Zavallía, 1951, pp. 36 y siguientes. Según este autor, la Constitución Argentina de 1853 representa, más que una ruptura con los antecedentes españoles, un salto adelante dentro de la línea evolutiva de las instituciones de la Metrópoli.

39 Véase: LINARES, Juan Francisco. «Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal», pp. 94-919 y siguientes, especialmente p. 926; GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo*. Volumen 2. Buenos Aires: Macchi, 1980, pp. 19-21 y siguientes.

afirmaban la plenitud de la jurisdicción frente a las interpretaciones restrictivas que, con fundamento en las antiguas concepciones del contencioso-administrativo francés y español, propugnaban la limitación de los poderes del juez sobre la base de la naturaleza esencialmente revisora<sup>40</sup> que atribuían a esta clase de jurisdicción —la cual era concebida como una jurisdicción de excepción—.

Recién en la última década algunos ordenamientos y la jurisprudencia —en forma limitada, por cierto— han comenzado a transitar por el camino correcto. Sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido en esta evolución la obra de los juristas vernáculos, que actuaron como verdaderos pioneros en este campo para desterrar los ápices formales que caracterizaban el contencioso-administrativo de su época, no se puede menos que señalar la profunda gravitación que entre nosotros ha alcanzado la doctrina española a partir de la fundación de la *Revista de Administración Pública* (RAP) y de la publicación de las obras y trabajos científicos de sus juristas más eminentes<sup>41</sup>.

Tal como ha dicho González Pérez, «el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se ‘haga justicia’, el cual se traduce, en el plano jurídico administrativo, en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados»<sup>42</sup>.

## V.2. El requisito del agotamiento de la vía administrativa

En nuestro derecho procesal administrativo la situación era paradójica, ya que mientras en la Nación no estaba legislado el requisito del agotamiento de la vía administrativa para promover una demanda judicial contra el Estado y sus entidades hasta la sanción de la LNPA en el año 1972, las provincias y, particularmente, la provincia de Buenos Aires, exigían la previa denegación, la retardación o el agotamiento de la vía administrativa, según las respectivas regulaciones locales<sup>43</sup>. En la Nación, con anterioridad a la LNPA, el único requisito era la promoción de un reclamo administrativo previo (ley 3952).

40 FIORINI, Bartolomé. *¿Qué es el contencioso?* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965, p. 88.

41 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1992; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La reforma de la legislación procesal administrativa*. Madrid: 1992; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. «Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa». *Revista de Derecho Administrativo*, 1976, p. 728.

42 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Tercera edición. Tomo I. Madrid: Civitas, 1998, p. 17.

43 Véase: HUTCHINSON, Tomás. «Mitos y realidades en el derecho administrativo argentino». En *La Ley*, 1989-C, 1071, especialmente pp. 1077 y siguientes. Según Hutchinson, la fuente a que acudió Varela al consagrar en «vía previa» no fue la ley Santamaría de Paredes, sino los antecedentes nacionales y provinciales anteriores (artículo 156, inciso 3, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de

## 41

LA  
TRANSFORMACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO Y  
LA LNPAADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
TRANSFORMATION  
AND THE LNPA

Pero la situación continúa siendo paradójica, porque mientras que el Estado Federal ha establecido el requisito del agotamiento de la vía administrativa para poder impugnar ante la justicia un acto de alcance particular o general, con plazos de caducidad a los que la jurisprudencia y una parte de la doctrina les asigna un carácter fatal y perentorio<sup>44</sup> — con lo que se mantiene, para los otros supuestos, la figura del reclamo administrativo previo<sup>45</sup>—, por su lado, el nuevo Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires ha acotado sustancialmente la procedencia de este recaudo procesal habilitante de la jurisdicción a solo dos supuestos, cosa que ha reducido la exigencia procesal al limitar los casos en los que la acción tuviere por objeto una pretensión anulatoria o resarcitoria —o proveniente o vinculada con la invalidez de un acto administrativo— sin exigir el reclamo administrativo previo para los otros casos —excepto la pretensión prestacional (artículo 17 de la CPCA)—, cuya inutilidad ha sido debidamente destacada por la doctrina<sup>46</sup>.

### V.3. Un cambio paradigmático: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha impuesto un giro copernicano al planteo tradicional que exhibía el derecho comparado —y que aún se mantiene en diversos ordenamientos—, el cual, sobre la base

---

1873). Aunque no es nuestro propósito polemizar con este distinguido autor, creemos que la norma de la Constitución de la Provincia de 1873 —que pasó a ser el artículo 157, inciso 3, en la reforma constitucional de 1889— no establecía el requisito del agotamiento de la vía administrativa, sino tan solo que hubiera «previa denegación de la autoridad administrativa». En realidad, esta exigencia aparece recién en el artículo 28, inciso 1, del Código de Varela de 1905, al prescribir como condición de admisibilidad del proceso contencioso administrativo que «la resolución sea definitiva y no haya recurso administrativo alguno contra ella». Este precepto fue, en rigor, el que impuso en la provincia el requisito del agotamiento de la vía administrativa. Cuadra apuntar también que, al referirse al carácter definitivo de la resolución administrativa y agregarle «que no haya recurso administrativo alguno contra ella», el citado código generó interpretaciones erróneas de la jurisprudencia provincial en punto a lo que se entiende por definitividad, comprendiendo en el concepto tanto las resoluciones que deciden el fondo del asunto como las que causan estado —es decir, las que agotan la vía administrativa—. Véase: VALLEFIN, Carlos. Ob. cit., pp. 51 y siguientes. En la obra citada se mantiene el concepto amplio de «definitividad», aunque se distingue ambas categorías y, más aún, se las trata en forma separada como, por demás, corresponde a dos requisitos diferentes. Por su parte, la doctrina ha sostenido la distinción entre el concepto de acto definitivo y acto que causa estado en el sentido de que el primero es el que decide la cuestión de fondo finalmente mientras que el segundo es el que agota la vía administrativa de una situación contenciosa (LINARES, Juan Francisco. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1986, pp. 544-545). Al propio tiempo, hay autores como Soria que precisan más aún el concepto de acto definitivo, al sostener que son aquellos que «se exhiben de ordinario como el eslabón final de un encadenamiento de situaciones heterogéneas y no equivalentes que lo preceden y complementan» (SORIA, Daniel Fernando. «Los actos administrativos de trámite equiparables a definitivos y su impugnabilidad judicial». En *La Ley*, 1990-C, 947). La confusión o, si se quiere, la mezcla de conceptos, aparece en algunas obras de la antigua doctrina española, que probablemente habría seguido Varela (Véase: ABELLA, Fermín. *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*. Segunda edición. Madrid: Administración, 1888, p. 570).

44 GONZÁLEZ ARZAC, Rafael. «Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos.» ED, 51-955.

45 Artículos 30 a 32 de la LNPA, sin prescribir plazos de caducidad para la promoción de la demanda. Véase: ESTRADA, Juan Ramón. «Agotamiento de la vía administrativa y habilitación de la instancia judicial: dos importantes fallos de la Corte Suprema». REDA, número 4. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 323.

46 Entre los trabajos doctrinarios, cabe mencionar: GORDILLO, Agustín. «El reclamo administrativo previo». En *La Ley*, 89-777.

del reconocimiento de la llamada autotutela declarativa, legitimaba la exigencia de agotar la vía administrativa para poder acceder a la justicia, con fundamento en una serie de principios tales como eficacia, eficiencia y buena administración.

Si bien el legislador entendía que, con dicha exigencia, la propia administración podía defender el acto administrativo impugnado, declarar su invalidez o modificarlo —y así evitar comparecer ante la justicia—, lo cierto es que la regla del agotamiento se erigía en un formidable privilegio a favor de la administración que conculcaba el principio de igualdad de las cargas procesales y la tutela judicial efectiva.

En el caso «Fonseca Ledesma»<sup>47</sup>, la jurisprudencia de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica consideró que, a la luz de la supremacía de la Constitución y de la mayor jerarquía y vinculación de los derechos fundamentales —la corte habla de la eficacia expansiva y progresiva y de la interpretación más favorable— el carácter preceptivo u obligatorio de la regla «riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida – ex artículos 41 y 49 de la Constitución Política (tutela judicial efectiva) y con el principio de igualdad, puesto que –solo en el proceso contencioso-administrativo- [...] se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional [...]» el agotamiento de la vía administrativa, mediante la interposición de los recursos ordinario correspondientes.

El Alto Tribunal costarricense enfatiza en el sentido de que la violación de la tutela judicial efectiva deriva de los siguientes aspectos:

- a. El hecho de que los recursos administrativos no logran que los superiores jerárquicos modifiquen o revoquen las decisiones adoptadas por los órganos inferiores. Puntualiza, al respecto, que es algo así como pretender «sacar agua de un pozo seco», transformado el procedimiento previo a la instancia judicial en una pesada carga para el administrado;
- b. Las demoras que dilatan la decisión de fondo en el procedimiento administrativo, lo cual prolonga —en forma indefinida— el acceso a la justicia; y,
- c. La sumatoria de este último plazo (el necesario para agotar la vía administrativa) con el término de duración de los procesos en lo contencioso-administrativo, sumatoria que, en definitiva, genera una justicia tardía.

Adquiere relevancia, a su vez, la fundamentación concerniente al principio de igualdad, cuyo contenido refuerza la tesis garantística que se encuentra en la entraña del principio de la tutela judicial efectiva.

<sup>47</sup> Se trató de un proceso ordinario promovido por William Fonseca Ledezma contra Gerardo Bolaños Alvarado, Claudia Reyes Silva y el Estado, que fue resuelto el 15 de marzo de 2006.

Al respecto, la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señaló que:

En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la auto-tutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una administración pública a una situación discriminatoria, puesto que, no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de los órdenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos, tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. Lo anterior, queda reforzado si se considera que las administraciones públicas son un sujeto de Derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en una administración prestacional o en un Estado Social y Democrático de Derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los derechos fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados<sup>48</sup>.

La línea inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mantenida en sentencias posteriores<sup>49</sup>, alcanzó consolidación parcial en el Código Procesal Contencioso administrativo de dicho país que entró en vigencia el 1 de enero de 2008. En este último ordenamiento, se sienta el carácter optativo de la regla del agotamiento como principio general que solo hace excepción en materia municipal y de contratación pública<sup>50</sup>.

En Argentina, muchos administrativistas se han volcado a favor de la tendencia a suprimir la regla del agotamiento de la vía administrativa o, al menos, atenuarla, basados en que su subsistencia conculca el principio de la tutela judicial efectiva, de base constitucional y supraconstitucional<sup>51</sup>.

Ese vuelco encuentra apoyo en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante CIDH— expuesta en el

## 43

LA  
TRANSFORMACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO Y  
LA LNPA

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
TRANSFORMATION  
AND THE LNPA

48 Considerando V de la sentencia «Fonseca Ledezma».

49 Resoluciones 10.263 del 19 de junio de 2008 y 13.022 del 27 de agosto de 2008.

50 JIMÉNEZ MEZA, Manrique y otros. *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Edición del Poder Judicial. San José: Escuela del Poder Judicial, 2006, p. 129. La cita corresponde a ZUNIGA BOLAÑOS, Heidy. *El agotamiento preceptivo de la vía administrativa en la contratación administrativa*. San José: Universidad de Costa Rica.

51 AGUILAR VALDEZ, Oscar. «El agotamiento de la vía administrativa y la tutela judicial efectiva: una evaluación general del sistema de la ley 19.549 a treinta años de su vigencia». En la obra colectiva Juan Carlos Cassagne (director). *Procedimiento y proceso administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009, pp. 367 y siguientes.

caso «Palacios»<sup>52</sup>, en el que se sostuvo que la exigencia de un recurso de revocatoria<sup>53</sup> contra un acto administrativo cuando de la máxima autoridad administrativa que había resuelto el fondo del asunto, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizado por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>54</sup>.

En conclusión, la CIDH —y en época reciente, de un modo más asertivo, la Corte Suprema de Costa Rica— ha consagrado su adhesión al nuevo paradigma. Esta última, en sintonía con la doctrina que venía bregando por la supresión o atenuación de la regla del agotamiento, declara que la mencionada regla es inconstitucional por violación de la tutela judicial efectiva y de otros principios constitucionales, como el de igualdad de cargas procesales, con lo que el requisito de agotar la instancia en el que descansaba el sistema ha pasado a ser opcional y no obligatorio o preceptivo. La consecuente primacía constitucional se ha impuesto así como los principios del Estado de Derecho. Más aún, han salido ganando los justiciables con esta nueva conquista del derecho público.

## VI. HACIA NUEVAS FUNCIONES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: LA INFORMACIÓN Y EL CONSENSO

La concepción tradicional del procedimiento administrativo estaba anclada, casi exclusivamente, en un esquema de naturaleza procesal que ponía el acento en la estructura bilateral y en el principio contradictorio, sin abrir el cauce procedimental a los intereses colectivos de los ciudadanos. Ese esquema padecía el defecto de ignorar la participación pública en procedimientos de mayor uso o repercusión social como los que conciernen al planeamiento urbanístico, decisiones relativas a los servicios públicos y en general, en la elaboración de proyectos de leyes y de reglamentos. Tampoco se recogía el llamado derecho blando (*soft law*) o informal que se concreta en directivas y recomendaciones.

Las diversas leyes de procedimiento suelen no contemplar la realidad administrativa de nuestros días. Una realidad que exige que la

52 Informe de la CIDH 105/99, caso Palacios Narciso contra Argentina (10.194).

53 Requisito exigido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

54 Véase: BOTASSI, Carlos. «Habilitación de la instancia contencioso-administrativa y derechos humanos». En *La Ley* 2000-F-594. En la obra citada se anota, con acierto, que «la decisión de la CIDH posee una extraordinaria importancia porque denuncia la ilegitimidad de las trabas rituales, inconsecuentes y superfluas que impiden contar con una defensa efectiva de los derechos esenciales, o, en el mejor de los casos, postergan extraordinariamente los ya morosos trámites judiciales. Asuntos tales como la obligación de recurrir el acto definitivo emanado del órgano superior con competencia decisoria, los plazos breves de caducidad, la exigencia irrestricta del pago previo a la demanda judicial, la legitimación limitada a los titulares de derechos subjetivos, la invocación de actos de gobierno, institucionales o no justificables, la exclusión del control de discrecionalidad, y otras medidas y pseudoinstituciones restrictivas que aparecen en las leyes y en la jurisprudencia clásica, deben ser revisadas y ajustadas a la nueva realidad de las normas constitucionales».

administración se transforme en un vehículo en el que confluyan y armonicen las exigencias del Estado de Derecho, la justicia, la ética pública y el principio de eficacia<sup>55</sup>.

Una de las funciones primordiales que cumple el procedimiento administrativo moderno es la de servir como instrumento para que se produzcan, en el seno de la administración, los intercambios de información necesarios<sup>56</sup> para adoptar decisiones eficaces y para que se operen los consensos sociales que otorguen mayor legitimidad —en sentido político— al obrar administrativo.

En este sentido, el procedimiento administrativo precisa no solo incorporar mecanismos de negociación y participación informal, sino también instrumentar la participación formal de los ciudadanos en los procesos de elaboración de proyectos de leyes y reglamentos, así como en otros ámbitos y materias.

El procedimiento ha de enriquecerse con nuevas perspectivas que amplíen el ámbito del accionar administrativo a través de la participación de los ciudadanos en variados campos y sectores, sin desplazar los principios de legalidad y eficacia. Así, desde las autorregulaciones bajo control a posteriori, la cooperación interadministrativa, los procesos de gestión privada de las empresas públicas, la mediación, el derecho blando, el régimen de ética pública, la coordinación en red, las audiencias públicas, los procesos de elaboración de reglamentos y los procedimientos paccionados, son muchas las materias en las que se impone innovar en el procedimiento con nuevas fórmulas e instrumentos<sup>57</sup>.

Dentro de la línea expuesta, sin desplazar el eje en que se asienta, la arquitectura constitucional y legal del procedimiento administrativo precisa encontrar un adecuado equilibrio que permita armonizar los principios del Estado de Derecho —particularmente los de legalidad y eficacia— con la dimensión informadora y de consenso social que se procura con la transformación del procedimiento administrativo.

En suma, si la extensión del procedimiento administrativo configura una necesidad derivada del crecimiento exponencial que han tenido la información y la comunicación en el marco de las relaciones jurídico-administrativas, el procedimiento administrativo constituye un instrumento útil para estructurar y asegurar la racionalidad<sup>58</sup> en la toma de decisiones públicas.

Recibido: 11-07-11  
Aprobado: 22-08-11

55 Véase: BARNES, Javier. Ob. cit., pp. 15 y siguientes.

56 *Ibid.*, p. 24.

57 *Ibid.*, p. 29.

58 SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. Ob. cit., pp. 76-77.





# La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (ley 27444)

Administrative procedure regulation in Latin America, first decade of General Administrative Procedure Law in Peru (Law No. 27444, 2001-2011)

ALLAN R. BREWER-CARÍAS\*

**Resumen:** La codificación del procedimiento administrativo es el signo más importante de la evolución del derecho administrativo en América Latina, pues con estas normas se comenzó a regular con mayor amplitud y precisión la actividad de la administración pública, tanto en sus aspectos sustantivos como en los referidos a su relación con los administrados. El presente artículo analiza la regulación brindada al procedimiento administrativo en diversos países de Latinoamérica, enfatizando en la ley 27444 del Procedimiento Administrativo General del Perú.

**Palabras clave:** Procedimiento administrativo – principios – administración pública – administrado

**Abstract:** Codification of the administrative procedure is the most important sign of evolution in administrative law in Latin America. With these rules, began the regulation of Public Administration activity with more accuracy in a wider range, both in its substantial aspects and in relationship with applicants. This article analyses regulation provided to the administrative procedure in several countries of Latin America, emphasizing on Peruvian Law No. 27444 from General Administrative Procedure.

**Key words:** Administrative Procedure – principles – Public Administration – applicant

---

\* Es profesor de la Universidad Central de Venezuela y profesor adjunto de Derecho en la Universidad de Leyes de Columbia.

CONTENIDO: I. LA LEGISLACIÓN PERUANA EN EL PROCESO DE CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA. – II. LA FINALIDAD DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. – III. LA ENUMERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LAS LEYES LATINOAMERICANAS, EN PARTICULAR, EN LA LEY DEL PERÚ. – III.1. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. – III.2. EL PRINCIPIO DEL IMPULSO DE OFICIO. – III.3. EL PRINCIPIO DE LA RAZONABILIDAD. – III.4. EL PRINCIPIO DE LA IMPARCIALIDAD. – III.5. EL PRINCIPIO DEL INFORMALISMO. – III.6. EL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE VERACIDAD. – III.7. EL PRINCIPIO DE CONDUCTA PROCEDIMENTAL. – III.8. EL PRINCIPIO DE CELERIDAD. – III.9. EL PRINCIPIO DE EFICACIA. – III.10. EL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL. – III.11. EL PRINCIPIO DE LA PARTICIPACIÓN. – III.12. EL PRINCIPIO DE SIMPLICIDAD. – III.13. EL PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD. – III.14. LOS PRINCIPIOS DE PREDICTIBILIDAD Y DE PRIVILEGIO DE CONTROLES POSTERIORES. – IV. APRECIACIÓN FINAL.

## I. LA LEGISLACIÓN PERUANA EN EL PROCESO DE CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA

El 10 de abril de 2001 se publicó en el Perú la ley 27444 del Procedimiento Administrativo General, promulgada precisamente por uno de los destacados profesores de Derecho administrativo de América Latina, el recordado amigo y entonces presidente Valentín Paniagua. Con dicha ley, redactada por un importante equipo de profesores peruanos, con el profesor Jorge Danós a la cabeza, el Perú se incorporó definitivamente en la corriente contemporánea de la codificación formal del procedimiento administrativo, siendo el texto peruano uno realmente único en el continente, pues se recogieron en él, enriquecidos, todos los principios del procedimiento administrativo que se habían venido conformando en las décadas anteriores en nuestros países por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación<sup>1</sup>.

Este año 2011, por tanto, no solo los administrativistas peruanos sino todos los latinoamericanos estamos celebrando el décimo aniversario de la promulgación de esta importantísima ley 27444, pero, sin olvidar, por supuesto, que también este año estamos celebrando los 44 años de lo que fue su antecedente remoto, el Reglamento de Normas Generales

1 Véanse en general mis trabajos sobre el procedimiento administrativo con una perspectiva de Derecho comparado: BREWER-CARIAS, Allan. «Principios del procedimiento administrativo en España y América Latina». En *200 años del Colegio de Abogados*. Tomo I. Caracas: Colegio de Abogados del Distrito Federal, 1989, pp. 255-435; BREWER-CARIAS, Allan. *Principios del procedimiento administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1990; BREWER-CARIAS, Allan. *Les principes de la procédure administrative non contentieuse. Études de Droit Comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*. París: Editorial Económica, 1992; BREWER-CARIAS, Allan. *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Bogotá: Editorial Legis, 2003; y BREWER-CARIAS, Allan. «Principios del procedimiento administrativo. Hacia un estándar continental». En Christian Steiner (editor). *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. México D.F.: Konrad Adenauer, 2009, pp. 163-199.

de Procedimiento Administrativo dictado mediante decreto supremo 006-67-56 de 1967, y que, elevado en 1992 a rango de ley, fue precisamente sustituido por la ley 27444. Ese reglamento, no hay que olvidarlo, fue el primer cuerpo normativo en la materia en toda América Latina, y marcó la pauta para el desarrollo de las regulaciones posteriores.

En efecto, después del reglamento peruano de 1967, la primera de las leyes de procedimiento administrativo que se dictó en América Latina fue la Ley de Procedimientos Administrativos (ley 19.549) de Argentina, en 1972, reformada por la ley 21.682.

A ella la siguió el decreto ley 640 sobre procedimientos administrativos dictado en el Uruguay en 1973 y sustituido posteriormente por el decreto 500 de 1991 sobre normas generales de actuación administrativa y regulación del procedimiento en la Administración Central.

Un lustro más tarde, en 1978, se sancionó la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, la cual no solo reguló el procedimiento administrativo, sino materialmente todos los aspectos esenciales del Derecho administrativo, por lo que siempre la he considerado como una especie de «manual» redactado en forma de artículos de esta rama del Derecho<sup>2</sup>. En ellos se encuentra explicado el Derecho administrativo como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina, expuesto en un muy hermoso y rico texto, en cuya redacción contribuyó mi recordado amigo el profesor de Derecho administrativo Eduardo Ortíz Ortíz.

Posteriormente, siguió la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1981<sup>3</sup>, la cual, en la materia, fue luego complementada, con la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos (decreto ley 368 del 5 de octubre de 1999, reformada en 2008) y con la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, también reformada en 2008.

## 49

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

2 Véase: BREWER-CARIAS, Allan. «Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica». *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*. Colegio de Abogados de Costa Rica, 1981, pp. 31-57, San José.

3 Sobre la ley venezolana, véase BREWER-CARIAS, Allan. «Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos». *Revista de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana, número 7, julio-septiembre 1981, pp. 115-117, Caracas; BREWER-CARIAS, Allan. «Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en Venezuela». *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*. Institut International des Sciences Administratives, Número 3, 1983, pp. 247-258, Bruselas; BREWER-CARIAS, Allan. «Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en Venezuela». *Revista de Control Fiscal*. Contraloría General de la República, número 104, 1982, pp. 113-133, Caracas; BREWER-CARIAS, Allan. «Introducción al régimen de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos». En Allan R. Brewer-Carias (coordinador y editor). *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Colección Textos Legislativos, número 1. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1981, pp. 7-51; y BREWER-CARIAS, Allan. *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*. Sexta edición ampliada. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2002.

Unos años más tarde, en 1984, se produjo la primera reforma general del Código Contencioso Administrativo de Colombia mediante la incorporación de un nuevo libro sobre procedimientos administrativos, cuyo contenido también se complementó con las disposiciones del decreto 266 de 2000 sobre las normas para la simplificación administrativa. El Código, luego de la reforma constitucional de 1991, fue reformado este 2011 mediante la ley 1437 contentiva del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que se sigue configurando como pieza legislativa única en el Derecho administrativo comparado, ya que integra en un solo cuerpo normativo el régimen del procedimiento administrativo y del contencioso administrativo.

En 1987, por otra parte, se dictó la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras, y luego de un período de casi diez años, en 1994 se dictó en México la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. En ese mismo año, se dictó en Ecuador el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (decreto ejecutivo 1634 de 1994), que solo regula aspectos del procedimiento administrativo.

Años después, en 1999, se sancionó la ley 9.784 de Brasil, la cual regula el proceso administrativo en el ámbito de la administración pública federal. Y en 2000, en Panamá, se dictó la ley 38 contentiva del Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, que regula el procedimiento administrativo general.

Al año siguiente, en 2001, como indicamos al inicio, se sancionó la muy importante ley 27444 del procedimiento administrativo general de Perú, y luego, en 2002, se dictó la ley 2341 de procedimiento administrativo de Bolivia. Finalmente, en 2003, se sancionó en Chile, la ley 19.880 de procedimientos administrativos.

Todos estos textos, por otra parte, y en una forma u otra, tienen un rasgo común. Este es la influencia de la legislación española a través de las ya derogadas Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y Ley de Procedimientos Administrativos de 1958, las cuales fueron sustituidas por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (30/1992), modificada por la ley 4/1999 del 13 de enero de 1999, la cual, por su parte, influyó en la redacción de la ley peruana de 2001, por poner un ejemplo. Por ello, el Derecho administrativo latinoamericano, de haber estado influido en sus inicios solo por los principios del Derecho administrativo francés —a partir de la sanción de todas estas leyes— ha pasado a estar también influido significativamente por el Derecho administrativo español y su doctrina contemporánea.

En todo caso, el resultado de todo este proceso de positivización del Derecho administrativo ha sido que hoy podemos considerar como el

signo más importante de la evolución del Derecho administrativo en América Latina, precisamente, el del proceso de su codificación que se ha materializado particularmente en la sanción de estas leyes reguladoras del procedimiento administrativo en general. En todos los países, además, en una forma u otra, las leyes de procedimiento administrativo dictadas han dividido la historia del Derecho administrativo en dos grandes etapas en su evolución, referidas, por supuesto, una a la etapa antes de la sanción de dichas leyes, y otra a la etapa posterior —lo que sin duda también puede decirse que ocurrió en el Perú—.

## II. LA FINALIDAD DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Con estas leyes, en efecto, se comenzó a dar un nuevo enfoque al objeto de nuestra disciplina, es decir, a la administración pública y a su actividad, con lo que se empezó a regularla con mayor amplitud y precisión, tanto en sus aspectos sustantivos como en los referidos a su relación con los administrados. Estas leyes se apartaron entonces de las precedentes, que se referían básicamente a la organización interna de la administración —como todavía ocurre con muchos países donde aún no se han dictado—, para pasar a regular el conjunto de situaciones jurídicas en las cuales se encuentran sus relaciones recíprocas tanto la administración pública como los administrados, y donde norman el conjunto de poderes, prerrogativas y obligaciones de aquella, por una parte, y por la otra, los derechos y las obligaciones de los administrados en sus relaciones con ella.

En ello, por ejemplo, la ley peruana es precisa al indicar como su finalidad establecer el régimen en ella previsto. Es así que, busca, primero, la «protección del interés general»; segundo, que ello se haga «garantizando los derechos e intereses de los administrados», y tercero, que ambos fines se logren «con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general» (título preliminar, artículo 3). En esta forma, del contenido general de esta ley —como sucede igualmente, por ejemplo, del contenido general del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia de 2011—, la enumeración de los principios del procedimiento administrativo —e, incluso, el desarrollo legal de su significado— puede considerarse como un rasgo común de las leyes de procedimiento administrativo en América Latina, con lo que se pone en evidencia la motivación general de estos cuerpos normativos, que no es otra que el establecimiento de un régimen legal para, por una parte, guiar la acción de la administración para la producción de sus actos administrativos, y por la otra, garantizar los derechos de los administrados frente a la administración.

51

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

Dichas leyes son, así, el resultado del mencionado proceso de lucha permanente que ha caracterizado el desarrollo de nuestra disciplina, dirigido hacia la búsqueda del necesario balance entre los privilegios de la administración pública como gestora del interés general y de los derechos de los administrados. De allí precisamente que las leyes regulen el desarrollo de la actividad de la administración para obtener la adecuada satisfacción de los intereses públicos, y, además, que busquen que los derechos de los administrados estén debidamente garantizados.

Eso es lo que se evidencia también, por ejemplo, de los considerandos de la ley de Honduras de 1987, al señalar que, en el Estado moderno, «la satisfacción de los intereses públicos exige el respeto de las formas creadas como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa».

Asimismo, en los considerandos del decreto ley uruguayo 500 de 1991, se precisó la motivación de todo su conjunto normativo, al establecer que tiene por objeto regular la actuación de la administración, cuando se dice que esto ocurre «a fin de servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y para mejor tutelar los derechos e intereses legítimos de los administrados».

Eso se señala también, expresamente, por ejemplo, en el artículo 1 de la ley 9.784 de Brasil, así como en el artículo 3 del título preliminar de la ley 27444 del Perú, y es lo que se expresa con toda claridad y más ampliamente, además de incorporar el principio de legalidad, en el artículo 1 del código de Colombia al definir su finalidad.

El procedimiento administrativo, por ello, nunca puede considerarse como un fin en sí mismo, sino como un instrumento o cauce para alcanzar el fin perseguido por la administración. De allí el llamado principio de la instrumentalidad de las leyes de procedimiento, el cual permite desdoblarse la finalidad del procedimiento administrativo en tres: primero, la consecución del interés general; segundo, la satisfacción del interés del administrado; y tercero, el logro del interés de la propia administración sometida a la legalidad.

En cuanto a la primera de estas finalidades, siendo el procedimiento un asunto de la administración, en él se busca «establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración sirva a la protección del interés general», como hemos indicado que expresa el artículo 3 del título preliminar de la ley del Perú, o, en otras palabras, con el objeto de asegurar que el desempeño de la función pública esté destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad, según el artículo 4a de la ley de Bolivia.

Por ello, la ley de Honduras establece que los principios del procedimiento administrativo buscan «garantizar la buena marcha de la administración» (considerandos); y la Ley General de Costa Rica precisa que «el procedimiento administrativo sirve para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración» (artículo 214.1), y agrega que «la norma administrativa debe ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige», según su artículo 10.

Pero en segundo lugar, además del logro de los fines propios del interés general que orientan la acción administrativa, el procedimiento administrativo tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses de los administrados. Esto, como se ha mencionado, está expresado en la Ley General de Costa Rica, donde se indica que el procedimiento administrativo debe desarrollarse «con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado» (artículos 10.1 y 214.1), y también en la de Honduras, la cual establece que el procedimiento se regula «como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa» (considerandos). En igual sentido se expresa, como también hemos indicado, el artículo 3, título preliminar de la ley del Perú, y se expresaba, asimismo, el código colombiano de 1984, en el cual se exigía de los funcionarios que en su actuación también debía tener en cuenta «la efectividad de los derechos e intereses de los administrados» (artículo 2).

La consecuencia del mencionado principio de la instrumentalidad es, entonces, la proscripción de la utilización del procedimiento establecido en las leyes para la consecución de fines distintos a los previstos en ellas, con lo que se constituye lo contrario a un vicio de ilegalidad de la actuación de la administración por desviación de poder en el resultado. Es decir, la llamada desviación del procedimiento.

Y, en tercer lugar, la otra finalidad del procedimiento administrativo que engloba todos los principios antes mencionados es que la relación jurídica que siempre se establece entre la administración y los administrados con motivo de la actividad administrativa debe desarrollarse con sujeción al principio de legalidad. Y, en este sentido, sin duda, ha sido el proceso de positivización de principios y elementos sustantivos y adjetivos de la actividad administrativa contenida en estas leyes de procedimiento administrativo el que ha tenido una consecuencia fundamental en el desarrollo de nuestra disciplina, mediante el reforzamiento del mismo principio de la legalidad, a fin de asegurar no solo el sometimiento de la administración pública al Derecho, sino de garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la misma. Por ello, precisamente, la ley sobre procedimiento administrativo general del Perú, en su artículo 4.1.1 del título preliminar, dispone que «las autoridades administrativas

## 53

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas».

Ello ha implicado, en relación con el principio de legalidad —y precisamente como consecuencia de las propias leyes de procedimiento administrativo—, que dicho principio haya dejado de ser solo un principio general del derecho y se haya convertido en un postulado del Derecho positivo, expresado formalmente, y cada vez con más frecuencia y precisión, en los textos, como es el caso del artículo 1 del código de Colombia, cuando identifica expresamente como «finalidad» de las normas de su libro primero el hecho de asegurar «la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico».

Así también sucede, por ejemplo, en la ley de Bolivia, que hace referencia al «principio de legalidad y a la presunción de legitimidad» (artículo 4g) y al «principio de sometimiento pleno a la ley», de manera que «la Administración Pública registrará sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso» (artículo 4c). Igualmente, la ley 9784 de Brasil impone como criterio a ser observado en los procedimientos administrativos «la actuación conforme a la Ley y al derecho» (artículo 2, parágrafo único), así como también la ley de Venezuela indica que «la Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad» (artículo 4), y la ley general de Costa Rica señala que «la Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico [...]» (artículo 11.1), para luego agregar en su artículo 13 que «[...] la Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos».

Este principio de legalidad o de actuación en conformidad con el Derecho implica, por tanto, que las actividades que realice la administración pública no solo deben someterse a él, sino, en el caso del procedimiento administrativo, a los propios principios de este que también forman parte del Derecho positivo, lo que implica que las actividades contrarias a dichos principios pueden ser controladas con mayor precisión por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por ello, a dichos principios en el código colombiano se los declara como imperativos, al disponer expresamente que todas las autoridades deben «interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales» (artículo 3).



En igual sentido, la ley federal mexicana prescribe que las disposiciones sobre procedimiento administrativo «son aplicables a la actuación de los particulares ante la Administración Pública Federal, así como a los actos a través de los cuales se desenvuelve la función administrativa» (artículo 12). En el caso de la ley general de Costa Rica se precisa que es en aquellos procedimientos en los cuales «el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos», o en los cuales haya habido «contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente» (artículo 308).

El Derecho administrativo en América Latina, por tanto, como resultado de este estándar continental que ya existe en materia de los principios del procedimiento administrativo y que ha quedado plasmado en forma destacada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia, sin duda se encuentra en una situación de avanzada que hace décadas, quienes nos ocupamos del Derecho comparado, solo soñábamos.

Siendo todos los aspectos antes mencionados parte esencial de la finalidad y sentido central de la regulación de las leyes, estas cambiaron totalmente la situación tradicional de las relaciones entre la administración y los administrados —en las cuales el balance estaba siempre a favor de la primera, con amplias regulaciones sobre sus poderes, potestades y prerrogativas— y sobre las obligaciones de los administrados, y pocas sobre los derechos de estos últimos. Ese balance fue el que se cambió sustancialmente con las leyes de procedimiento administrativo, a fin de encontrar una situación de equilibrio entre los poderes de la administración y los derechos de los administrados —los cuales se buscó garantizar en las leyes— con lo que se pasó a reforzar el principio de la legalidad.

En esta orientación, al cambiar totalmente el desbalance de los dos extremos de la relación de Derecho administrativo y establecerse el necesario equilibrio entre ellos, las leyes de procedimiento administrativo han contribuido a generar en todos los países un cambio de actitud y de forma y método del actuar de la administración pública, con lo que se procura lograr que la administración dejara de ser prepotente, ya que solo concedía dádivas o favores al administrado, quien, por su parte, no tenía derechos, ni cómo reclamarlos, y era aplastado —y a veces vejado— por la administración. Con las nuevas leyes se sentaron las bases para que ello cambiara, de manera que el administrado que iba a enfrentar la administración ya no fuera un sujeto indefenso, sino uno bien armado con muchos derechos frente a ella y con muchos mecanismos jurídicos para garantizarlos y para controlar cualquier actitud que significara su desmejora.

55

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

Otro rasgo común del conjunto normativo sobre procedimientos administrativos en América Latina es que estas leyes han abarcado todo el proceso de producción de las decisiones administrativas, lo que conduce a una muy importante regulación en relación con los actos administrativos, al punto de que podemos considerar que casi todas estas leyes son, básicamente, leyes relativas al régimen jurídico del acto administrativo. Así sucede, por supuesto, en el Perú donde el título primero de la ley se dedica a normar el régimen jurídico de los actos administrativos, de manera que, en el artículo 29, al definir el procedimiento administrativo, se lo entiende como «el conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados».

Por ello es que, por otra parte, en el desarrollo del Derecho administrativo hayan sido estas leyes las piezas esenciales para el afianzamiento del principio de la legalidad<sup>4</sup>, al punto de que se pueda encontrar en ellas, como sucede con la ley peruana, la definición de dicho principio (título preliminar, artículo 4.1.1).

Por otra parte, todas estas leyes de procedimiento administrativo se han configurado con una universalidad adecuada, de manera que han llegado a constituir cuerpos normativos que incluso se aplican obligatoriamente a todas las autoridades administrativas, y no solo a la administración pública del Poder Ejecutivo, e, incluso, a los demás órganos del Estado cuando actúan en ejercicio de la función administrativa. Ello es lo que explica que la ley peruana, al decir que se aplica a «todas las entidades de la Administración Pública», entienda a sus fines no solo al Poder Ejecutivo —incluyendo ministerios y organismos públicos descentralizados—, a los gobiernos regionales y locales, y a las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas, sino también al Poder Legislativo, al Poder Judicial y a los organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía, y, asimismo, 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 (título preliminar, artículo 1).

Esta es una previsión de gran importancia y que recoge lo que es un signo común en el Derecho administrativo latinoamericano, donde la administración y la actividad administrativa en sentido lato están

4 Véase: BREWER-CARÍAS, Allan. «El principio de la legalidad en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos». *Revista del Consejo de la Judicatura*. Número 22, julio-septiembre 1981, pp. 5-14, Caracas; BREWER-CARÍAS, Allan. «El tratamiento del principio de la legalidad en las leyes de procedimiento en América Latina». *Revista AIDA*. Número 8, 2010, México D.F.

desligadas del Poder Ejecutivo y son las de los otros poderes del Estado las que constituyen administraciones públicas.

57

### III. LA ENUMERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LAS LEYES LATINOAMERICANAS, EN PARTICULAR, EN LA LEY DEL PERÚ

Otra característica general o rasgo común de estas leyes de procedimiento administrativo en América Latina ha sido su enumeración en el propio texto. Por tanto, ahora ya no tienen que ser deducidos por el juez mediante interpretación, y le permiten particularmente al juez contencioso administrativo tener más precisas herramientas de control sobre la actuación administrativa.

La pauta en esta materia la marcó la primera de las leyes de procedimiento administrativo sancionadas en el continente, que fue la ley argentina, en la cual se enumeraron los principios que debían guiarlo, y se incluyen la «celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites» (artículo 1b), principios que fueron recogidos posteriormente en todas las leyes posteriores en un proceso de aproximaciones sucesivas, donde se fueron incorporando otros principios y se amplió la enumeración.

Así sucedió en la ley de Honduras en la década de los ochenta, donde se repitieron los mismos principios (artículo 19), igual que sucedió en la ley venezolana, en donde se agregó a la lista, sin embargo, el principio de imparcialidad (artículo 30). Estos últimos principios con arreglo, a los cuales se debían desarrollar las actuaciones administrativas, se repitieron en el código colombiano de 1984, agregándose los de «publicidad y contradicción» (artículo 3).

La enumeración del código de Colombia se siguió ya en la década de los noventa en la ley de México, donde se agregó a la misma enumeración inicial el principio de la buena fe (artículo 13), que luego fue incorporado en varias legislaciones, entre ellas en la reforma del código de Colombia de 2011. Igualmente en la década de los noventa, en la ley ecuatoriana, a los principios ya arraigados en las leyes anteriores se agregaron los de informalidad y uniformidad, además de la indicación de que la función administrativa debía realizarse «sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad» (artículo 34). Igualmente en Ecuador, en la Ley de Modernización del Estado, al referirse a los procesos de modernización, se agregaron a los principios tradicionales los de transparencia, coparticipación en la gestión pública y solidaridad social.

Igualmente, en la ley 38 de Panamá de 2000, entre los principios con apego a los cuales debe actuar la administración pública, además de los

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

clásicos se agregan los principios de «calidad, transparencia y moralidad en la prestación de los servicios públicos» (artículo 3.2). Algo similar ocurrió a finales de la década de los noventa en la ley de Brasil: a los ya asentados principios previstos en varias leyes se agregaron los «*princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, interesse público*» (artículo 2). E igualmente en la última de las leyes, que fue la ley 19.880 de procedimientos administrativos de Chile de 2003, a los principios ya adoptados de otras legislaciones se agregaron los de «escrituración, conclusivo, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad [...]» (artículo 4).

Pero en ese proceso de aproximaciones sucesivas y de progresividad en la definición de principios del procedimiento, debe destacarse el aporte que significó en materia legislativa en la década de los noventa la amplia y comprensiva enumeración que se incluyó en el decreto ley de Uruguay, donde, en el artículo 2, además de indicarse que la administración pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al derecho (legalidad objetiva), y de enumerarse los clásicos principios ya indicados conforme a los cuales debe actuar —«economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, informalismo en favor del administrado, contradicción, imparcialidad, buena fe, motivación de la decisión y gratuidad»—, se agregaron los principios de «impulsión de oficio; verdad material; flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos; delegación material; debido procedimiento; lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario».

Siguiendo esta orientación de enumeración exhaustiva en algunos casos los principios fueron establecidos con rango constitucional, como es el caso de la Constitución de Venezuela de 1999, en cuyo artículo 141 se precisó que «la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

Adicionalmente, en el caso de Venezuela, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999, reformada en 2008, agregó los siguientes principios a los ya enumerados en la Constitución o en la ley de procedimientos administrativos —simplicidad, transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, responsabilidad en el ejercicio de la función pública—: «simplicidad, solidaridad, presunción de buena fe del interesado, desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección y su actuación debe estar dirigida al servicio de las personas». Esta formalización de principios se repitió en el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, reformada en 2008, al precisar, además de los ya expresados formalmente

—«economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, objetividad, imparcialidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, y responsabilidad en el ejercicio de la misma»—, «los principios de, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, participación, honestidad, accesibilidad, modernidad, buena fe, paralelismo de la forma con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales».

Lamentablemente, sin embargo, a pesar de estas declaraciones, la situación venezolana no es un ejemplo de efectividad en materia de aplicación de estos principios, a pesar incluso del rango constitucional, siendo claro y evidente que ellos, por más excelsos que sean —y por más florido que sea el lenguaje de su enunciado— no son más que letra muerta cuando se está en presencia de un régimen autoritario como el que actualmente padece mi país, donde no hay jueces contencioso administrativos con autonomía e independencia capaces, o dispuestos de asegurar su aplicación general.

Pero dejando aparte esta lamentable situación, lo cierto es que el proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo se ha ido ampliando en América Latina, siendo un ejemplo importante de avance la ley del Perú de 2001, donde positivizaron, resumieron y actualizaron todos los principios que hemos indicado, al precisarse en el artículo 4 del título preliminar que el procedimiento administrativo, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho administrativo, se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios enumerados, además —según se indica—, a título enunciativo y no taxativo: los «principios de legalidad; del debido procedimiento; del impulso de oficio; de razonabilidad; de imparcialidad; de informalismo; de presunción de veracidad; de conducta procedimental; de celeridad; de eficacia; de verdad material; de participación; de simplicidad; de uniformidad; de predictibilidad; y de privilegio de controles posteriores».

La culminación de este proceso de formalización y positivización de los principios, en todo caso, puede ubicarse en la ley de Bolivia de 2002, en la cual, en su artículo 4, no solo se enumera, sino que incluso, como en la ley del Perú o como lo hace el código colombiano —pero más exhaustivamente—, se definen los siguientes principios a los que debe sujetarse la administración pública: autotutela, sometimiento pleno a la ley, verdad material, buena fe, imparcialidad, legalidad y presunción de legitimidad, jerarquía normativa, control judicial, eficacia, economía, simplicidad y celeridad, informalismo, publicidad, impulso de oficio, gratuidad, y proporcionalidad.

Lo importante de la enunciación de los principios que deben guiar la actuación de la administración, en todo caso, como se señala en el artículo 2 de la ley de Brasil, el artículo 3 del código colombiano

59

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

y el artículo 4.2 de la ley del Perú, es que deben servir como criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de procedimiento, y, además, como lo dice la ley de Honduras (artículos 19 y 114) y la ley del Perú (artículo 4.2 del título preliminar), «como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo».

Por ello, una enumeración extensa de principios del procedimiento administrativo, como la contenida en las leyes de Brasil, Uruguay, Bolivia, Perú y en el código de Colombia, sin duda, tiene la ventaja de permitir al juez contencioso administrativo ejercer un control más efectivo y con mayor amplitud en relación con la actividad administrativa. Para ello, además, es claro que más importante que la sola enumeración de los principios, como antes dije, es la definición en los textos legales de su contenido, como ocurre con el mencionado artículo 4 de la ley de Bolivia, con el artículo 3 del código colombiano (artículo 3), y con el artículo 4 del título preliminar de la ley del Perú.

Todos estos principios, por supuesto, no nacieron con estas leyes. Mucho antes de que las mismas se comenzaran a sancionar, se habían venido construyendo fundamentalmente por la jurisprudencia contencioso administrativa, con la ayuda de la doctrina, habiéndose logrado su positivización y adquiriendo rango legal precisamente con las leyes, lo que ha permitido al juez contencioso administrativo ejercer con mayor precisión el control de legalidad de la actuación administrativa, y ha catapultado, en consecuencia, tanto a la jurisprudencia como a la doctrina en materia contencioso administrativa.

Es precisamente en este marco general que quiero referirme ahora a los principios del procedimiento administrativo tal como se enumeraron en la ley 27444 del Perú sobre procedimiento administrativo general, a fin de comparar su enunciado con el que se establece en otras leyes de procedimiento administrativo de América Latina.

### III.1. El principio del debido procedimiento administrativo

El primero de los principios enunciados en el Código peruano, aparte del principio de legalidad antes indicado, es el principio del debido proceso, que aplicado al procedimiento administrativo se ha definido en el artículo 4.1.2 del título preliminar como «principio del debido procedimiento» y de la siguiente manera:

IV. 1.2. Principio del debido procedimiento. Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada

en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

Esta precisión era necesaria en la ley, pues en la Constitución del Perú, el debido proceso se establecía como un principio de la «función jurisdiccional» (artículo 139.3), distinto a como sucede en otros países, como en Colombia, donde la garantía constitucional al debido proceso consagrada en la Constitución de 1991, además de a los procesos judiciales se aplica a los procedimientos administrativos. Así lo prevé expresamente el artículo 49 de la Constitución de Colombia al indicar que «el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas», enunciado que se copió en el artículo 49 de la Constitución venezolana de 1999, en el cual se precisó, además, su contenido esencial, al abarcar el derecho a la defensa y asistencia jurídica, la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, el derecho a la no autoincriminación, el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* —de manera que las sanciones administrativas estén en leyes preexistentes—, el principio *non bis in idem*, y el principio de la responsabilidad del Estado por errores procesales. Todos estos principios, por tanto, rigen como garantía constitucional en los procedimientos administrativos. Fue en esta orientación que en la reforma del código colombiano de 2010 para adaptarlo a la Constitución también se enunció el principio del debido proceso en relación con el procedimiento administrativo, y se indicó en el artículo 3.1 que, en virtud del mismo «las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción». Agregó además el código colombiano que «en materia administrativa sancionatoria», se debe observar «los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones (*nulla poena sine lege*), de presunción de inocencia, de *no reformatio in pejus* y *non bis in idem*», y se destacó de esta enumeración la importante formalización legal que significa el principio de la *reformatio in pejus*, cuyo fundamento ha sido en todos los países, básicamente, de carácter jurisprudencial. Sin duda, es una previsión única en el derecho comparado.

### III.2. El principio del impulso de oficio

En la ley peruana también se estableció el principio del impulso de oficio, al establecer el artículo 4.1.3 que «las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias».

# 61

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

Se trata de un principio derivado del principio de la oficialidad, también denominado «principio inquisitivo», conforme al cual, como lo establece en la ley argentina, corresponde a la administración, la «impulsión e instrucción de oficio», sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones (artículo 1a).

Este principio también está establecido como principio del procedimiento administrativo en la ley de Bolivia (artículo 4n), y la misma expresión se encuentra en las leyes de Brasil (artículo 29) y de Costa Rica (artículo 222) y, en sentido similar, se desarrolla en la ley del Perú (artículo 159). De ello deriva el principio de que la administración debe «impulsar de oficio en todos sus trámites» (artículo 64 de la ley de Honduras) del procedimiento administrativo, con lo cual la conducción del procedimiento, la prueba y las medidas que puedan adoptarse a lo largo del mismo deben ser iniciativa de la administración y no requieren el impulso procesal de los interesados, sin perjuicio de que estos puedan participar en el procedimiento. En consecuencia, la administración es la responsable de al menos esos tres elementos en el procedimiento: la conducción del procedimiento, la sustanciación del mismo, las pruebas y las medidas preventivas, sin perjuicio de que en cada una de esas fases puedan actuar los particulares.

Por ello, la ley de Venezuela establece que «la Administración, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites».

### III.3. El principio de la razonabilidad

Otro importante principio expresado en la ley peruana es el principio de la razonabilidad, al indicarse en el artículo 4.1.4 que «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».

La enunciación de este principio, en esta forma y con esta denominación, es única en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, y se encuentra en ellas el mismo principio y sentido, fundamentalmente al definirse los límites al poder discrecional de la administración. Así sucede, por ejemplo, en varias normas de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica. El artículo 15.1 de la ley general, en efecto, comienza por prescribir que el ejercicio del poder discrecional está «sometido en todo caso a los límites que le impone el



ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable», atribuyéndole al juez potestad para controlar la legalidad no solo sobre los aspectos reglados del acto discrecional, sino «sobre la observancia de sus límites» (artículo 15.2). Ello lo refuerza la propia ley general al prescribir en su artículo 216 que «la Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso, de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél».

El artículo 16.1 es reiterativo en cuanto a este principio, al establecer que «en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia» (artículo 16.2). Otro límite al ejercicio del poder discrecional en la ley de Costa Rica se establece en relación a «los derechos del particular» (artículo 17) frente a la discrecionalidad.

La ley general, además, consagra expresamente la consecuencia del traspaso de los límites mencionados por la autoridad administrativa al prescribir, en el artículo 158, como una causa de invalidez de los actos administrativos, la infracción a las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso, y agrega en el artículo 160, que «el acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias del caso».

Por último, es de destacar el artículo 133 de la misma ley general, el cual regula los motivos del acto administrativo, y establece que cuando este no esté regulado, «deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imperiosa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento». El principio de la proporcionalidad también es repetido por la ley general en el artículo 132.1, al prescribir que debe ser «proporcionado al fin legal» del acto.

Es difícil, ciertamente, encontrar otro ejemplo de legislación positiva en el mundo con normas tan precisas y ricas en su contenido, para que los jueces puedan controlar el ejercicio del poder discrecional con precisas referencias a los principios de razonabilidad, racionalidad, justicia, lógica, proporcionalidad y conveniencia.

La ley venezolana de procedimientos administrativos de 1982 recogió también el principio de los límites al ejercicio del poder discrecional en la norma que hemos comentado del artículo 12, cuando prescribe que «aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con

## 63

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia».

Se consagró, así, expresamente, como antes hemos analizado, no solo la existencia de elementos reglados del acto discrecional que siempre deben respetarse —adecuación con los presupuestos de hecho, adecuación con la finalidad, competencia legal o reglamentaria, respeto de las formas y procedimiento—, sino que se erigió como límite fundamental al ejercicio del poder discrecional, la obligación del funcionario de «mantener la debida proporcionalidad». Así se estableció también en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo de Colombia: «en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa».

#### III.4. El principio de la imparcialidad

El principio de la imparcialidad también se definió en la ley del Perú, al indicar el artículo 4.1.5 que «las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general».

Conforme a este principios, la administración, en el curso del procedimiento administrativo y al decidirlo, no debe tomar partido, ni inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión objetivamente, únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que la motiva, tratando a todos los ciudadanos en forma igual, salvo las distinciones que deriven de los derechos de protección que puedan tener ciertos ciudadanos.

Este principio también se ha establecido en la ley de Bolivia al disponer que «las autoridades administrativas deben actuar en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados» (artículo 4f), y se encuentra regulado el artículo 30 de la ley venezolana, cuando exige a la administración tratar en igual forma a todos los particulares, sin establecer ningún tipo de discriminación respecto de ellos, ni parcializarse por ninguna posición.

También se establece en la ley 19.880 de Chile, cuando se lo vincula con el principio de la probidad, al disponer en su artículo 11 que «la Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.» A los efectos de poder controlar la aplicación del principio, la ley chilena agrega, en materia de actos administrativos, la exigencia de la motivación de los mismos,

en el sentido de que «los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos».

### III.5. El principio del informalismo

La Ley del Perú, en cuanto al principio del informalismo, dispone en su artículo 4.1.6 que «las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público».

Siendo que el procedimiento administrativo se configura como un conjunto de actos y actuaciones estrechamente vinculados entre sí, con el objeto de obtener un resultado concreto que, generalmente, se materializa en un acto administrativo, se considera que la prescripción de dichas formas no puede convertir al procedimiento en un bosque de formalidades que, como fin en sí mismas, entrapen la acción administrativa.

Este principio, por ejemplo, también está expresamente previsto con ese nombre en la ley argentina de procedimiento administrativo, en la cual se prescribe que las normas de procedimiento que establece deben ajustarse al requisito del «informalismo», en el sentido de que debe «excusarse la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que pueden ser cumplidas posteriormente» (artículo 1c). En la ley de Bolivia se define el principio en el sentido de que «la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo» (artículo 4.I).

Más precisamente, el decreto 640 de Uruguay establece que «en el procedimiento administrativo se aplicará el principio del informalismo en favor del administrado siempre que se trate de la inobservancia de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente» (artículo 23).

Por su parte, la ley 19.880 de Chile regula el principio, al que denomina «de la no formalización», cuando dice que «el procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares».

65

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

### III.6. El principio de la presunción de veracidad

El principio de la presunción de veracidad también se define en la ley peruana, en cuyo artículo IV.1.7 se dispone que «en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario».

Este principio se han configurado como una presunción a favor del ciudadano, como se indica, por ejemplo, en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, reformada en 2008 (artículos 9 a 20), en el sentido de que la administración, en todas sus actuaciones, «debe tener como cierta la declaración del administrado» (artículo 9). El principio lo denominaba el artículo 3 del decreto 266 de 2000 de Colombia, sobre simplificación de trámites, como «presunción de veracidad», y en Uruguay se manifiesta como «presunción de licitud» vinculada a derecho del administrado a la presunción de inocencia. Así se expresa en dicha ley uruguaya en relación con los procedimientos disciplinarios de funcionarios públicos, al garantizársele el «derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad» y a que se presume «su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad por resolución firme dictada con la garantía del debido proceso (artículo 170). Este principio de la «presunción de licitud» ha sido formulado en general en la ley peruana, al definírselo en el sentido de que las entidades «deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario» (artículo 230.9), lo que implica la presunción de que el derecho reclamado por el administrado es justo.

### III.7. El principio de conducta procedimental

Otro principio que se establece en la ley peruana es el de conducta procedimental. En el artículo 4.1.8 se dice de ella que «la autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal».

Este principio se ha configurado en general en la legislación latinoamericana como el procedimiento de la buena fe, que también se ha introducido en la reforma del código de Colombia de 2011, y responde al enunciado general del artículo 83 de la Constitución de 1991 en el sentido de que «las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se

presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas». En esta orientación, el artículo 3.4 del código colombiano dispone que, en virtud del principio de la buena fe, «las autoridades y los particulares deben presumir el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes».

El principio, además de en Perú y Colombia, se había enunciado en el decreto ley uruguayo y en las leyes de Venezuela, Brasil y Bolivia, en donde podía considerarse como una revolución en el régimen jurídico de la administración pública, ya que en la práctica de algunas administraciones públicas lo que ha existido de parte de los funcionarios públicos hacia los administrados ha sido, al contrario, una especie de presunción de que los últimos actúan de mala fe, por lo que, usualmente, buscan obstaculizar sus pretensiones. Y los administrados, por su parte, con frecuencia responden a esta actitud buscando engañar a la administración. El principio de la buena fe, al contrario, como lo enuncia la Constitución colombiana, tendría que convertirse en el instrumento que pueda garantizarle al administrado el poder confiar en la administración y en sus funcionarios y viceversa, de manera que debe regir tanto para el administrado como para la administración.

En particular, en la ley de Uruguay, se impone a las partes, a sus representantes y a los abogados patrocinantes, a los funcionarios públicos y, en general, todos los partícipes del procedimiento el ajustar su conducta «al respeto mutuo y a la lealtad y buena fe». En el artículo 4e de la ley de Bolivia, se establece que en la relación de los particulares con la administración pública «se presume el principio de buena fe», y se indica que «la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos» deben orientar el procedimiento administrativo.

El principio se recoge igualmente en la ley de Brasil, donde entre los deberes del administrado interesado en un procedimiento está «el proceder con lealtad, urbanidad y buena fe», el de no actuar de modo temerario y el de «exponer los hechos conforme a la verdad» (artículo 4). Se destaca de esta previsión, vinculado a la buena fe, el principio de lealtad, que implica que las partes en el procedimiento no deben ocultar hechos o documentos que sean de interés mutuo, lo que a la vez está relacionado con principios tan importantes en décadas pasadas como el de publicidad, el de acceso a la información en materia administrativa y el de reducción de las áreas de confidencialidad en los documentos administrativos.

El respeto mutuo que deriva del principio de la buena fe y del principio de la lealtad, por otra parte, comienza a ser el canal para la construcción del principio de la confianza legítima que debe existir como base de la relación jurídica entre la administración y los administrados,

67

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

particularmente cuando las actuaciones reiteradas de los funcionarios y de los órganos de la administración pública hacen nacer expectativas jurídicas legítimas en la cabeza de aquellos que la propia administración debe respetar —y que han de ser apreciadas por el juez—.

### III.8. El principio de celeridad

En cuanto al principio de celeridad, tan común en todas las leyes de procedimiento administrativo, en el artículo 4.1.9 de la ley de Perú se dice que «quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento».

Conforme a este principio, como se indica en el código colombiano, las autoridades deben impulsar oficiosamente los procedimientos e incentivar «el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas» (artículo 3.13).

Si el procedimiento administrativo es un asunto de la administración, siendo la misma responsable de su desarrollo, el principio consecuencial establecido en garantía de los particulares es que este debe ser desarrollado con la mayor rapidez y celeridad posible.

En otras legislaciones también se enuncia el principio de la celeridad, como es el caso por ejemplo de la ley general de Costa Rica, cuyo artículo 225.1 dispone que el «órgano deberá conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia, dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado», y su artículo 269.1 precisa que la actuación administrativa se debe realizar «con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia».

En sentido similar, la ley 19880 de Chile (artículo 7) y la ley de Bolivia (artículo 4n) disponen que conforme al principio de celeridad, la administración debe impulsar el procedimiento «de oficio en todos sus trámites» (artículo 7), lo que en realidad se configura como el principio de oficialidad. Ello implica que en todos los casos en los cuales la administración pueda iniciar de oficio una actuación —si bien es posible y común que el administrado tenga derecho a participar en el procedimiento, por ejemplo, instando a la administración para iniciar su actividad, siendo este, en definitiva, un asunto de esta última—, una vez desencadenado el procedimiento administrativo, el desarrollo y la movilización de este está a cargo de la propia administración, por lo que es a ella a quien le compete —y no a un tercero— impulsarlo de oficio,

para la realización de la secuencia de actos que deben concluir con la emisión de un acto administrativo definitivo.

### III.9. El principio de eficacia

El otro clásico principio del procedimiento administrativo que es el principio de eficacia también se define ampliamente en el artículo 4.1.10 de la ley peruana cuando se dice que «los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados». En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de él.

Este principio de eficacia es recogido también materialmente en todas las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, como en las leyes de Argentina (artículo 1), de Venezuela (artículo 30), de Honduras (artículo 19), de Brasil (artículo 2), de México (artículo 13) y en el decreto de Uruguay (artículo 2)<sup>5</sup>.

Conforme a este principio, tal como se lo define en el código colombiano, las autoridades deben buscar «que los procedimientos logren su finalidad,» debiendo, a tal efecto, remover de oficio los obstáculos puramente formales, evitar decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos, y deben sanear, de acuerdo con el código, las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa (artículo 3.11). En consecuencia, ante el no acatamiento de elementos formales en el procedimiento, la administración debe preferir evitar la ineficacia o plantear una ineficacia parcial, antes que concluir con la ineficacia total del acto. Es decir, el procedimiento debe interpretarse de manera que, efectivamente, pueda haber una decisión sin que la falta de cumplimiento de determinadas formalidades afecten el acto y la propia voluntad de la administración.

En el mismo sentido se expresa la ley de Bolivia (artículo 4j), siendo la consecuencia fundamental de este principio, tal como se expresa en la ley de Honduras, que «las cuestiones incidentales que se suscitaren en el procedimiento, incluso las que se refieren a la nulidad de actuaciones no suspenden el curso del mismo» (artículo 39).

5 Véase: BREWER-CARIÁS, Allan. «Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina». En IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías», FUNEDA, 9-12 noviembre de 1998, pp. 21-90, Caracas.

Este principio implica, por otra parte, como se deduce de la fórmula peruana, una vinculación tanto al principio del informalismo como al de la subsanación de defectos no sustanciales y de conservación de los actos administrativos. Es decir, al principio del saneamiento, subsanabilidad y convalidación de los trámites y actos administrativos cuando se trate de irregularidades no esenciales, o, como dice la ley peruana de formalidades, «cuya realización no incida en su validez», precisamente a los efectos de garantizar que los procedimientos puedan lograr su finalidad.

Por ello, por ejemplo, la ley de Honduras establece que cuando un órgano administrativo declare la nulidad de algunas actuaciones debe disponer «siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido, de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad» (artículo 39). En igual sentido, se dispone en la ley peruana (artículo 13.3).

Este principio conduce, por supuesto, a la necesidad de la corrección de errores materiales de los actos administrativos, lo que se encuentra regulado expresamente en las leyes de Venezuela (artículo 84), Honduras (artículo 128), Costa Rica (artículo 157) y Chile (artículo 62), «siempre que la enmienda no altere lo sustancial del acto o decisión» (artículo 128), y siempre que, como lo indica la ley del Perú, la rectificación de los errores sea «con efecto retroactivo» (artículo 201.1).

Es precisamente en virtud de este principio de la corrección de errores materiales —que deriva del principio del informalismo, eficacia y de la economía procedimental— que la administración no tiene motivo para concluir con la revocación del acto viciado, ya que puede corregirlo, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento. Es un principio de lógica administrativa que, sin embargo, encuentra su expresión formal en las leyes de procedimiento administrativo, incluso en relación con los actos de los administrados. En tal sentido, la ley de Honduras dispone en su artículo 115 que para evitar nulidades, la administración debe señalar a la parte interesada «los defectos de que adolezcan los actos producidos por esta y ordenará que se subsanen de oficio o por el interesado dentro de un plazo de tres días».

Pero aun en presencia de vicios o irregularidades más sustanciales en los actos administrativos, que no puedan resolverse con la sola corrección de errores materiales o aritméticos, el principio *conservatio acti* exige que los vicios que puedan afectarlos formalmente se subsanen siempre que no conlleven su nulidad absoluta, lo que ha originado las técnicas de convalidación, enmienda, saneamiento o conversión de los actos administrativos que se encuentren regulados en las leyes de procedimiento administrativo —para evitar así su extinción—.



## 71

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

En particular, conforme a la ley general de Costa Rica, la convalidación se produce cuando, dictado un acto administrativo que sea relativamente nulo por vicio en la forma, en el contenido o en la competencia se dicta un nuevo acto administrativo que lo convalide, con indicación precisa del vicio y de la corrección (artículo 187.2). Sobre esto, la ley venezolana indica, pura y simplemente, que «la Administración podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan» (artículo 81), y, en sentido similar, se regula en la ley de Brasil (artículo 55), en la ley de Bolivia (artículo 37.1), en la ley de Panamá (artículo 56) y en la ley de Honduras (artículo 126). Sin embargo, como se regula en la legislación argentina, «el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que sean absolutas» (artículo 224).

La ley peruana es bien precisa al regular la «enmienda» de los actos administrativos como consecuencia de la «conservación» de los mismos, al precisar que cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez no sea trascendente «prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora» (artículo 14.1).

En la legislación argentina, esta convalidación se denomina, en general, «saneamiento» y se desdobra en «ratificación» del acto por el superior jerárquico y «confirmación» por el órgano que dictó el acto (artículo 19).

En esta materia, la ley de Honduras regula, en su artículo 127, la «conversión» del acto, al disponer que «el acto nulo que, sin embargo, contenga todos los requisitos constituidos de otro distinto, podrá ser convertido en este y producirá sus efectos, en su caso, si así lo consintiera el interesado». En este sentido, la ley argentina también señala que «si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieren integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en este consintiendo el administrado». La misma institución de la conversión se regula en la ley general de Costa Rica (artículo 189).

### III.10. El principio de verdad material

Otro principio importante del procedimiento administrativo definido en la ley peruana es el principio de la verdad material, del que se dice en el artículo 4.1.11 que «en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas».

En el caso de procedimientos trilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique

una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

En otras leyes, como la de Uruguay, el principio de la verdad material solo estaba enunciado (artículo 2), y una definición solo se recogió con posterioridad en la ley de Bolivia de 2002, en la cual, en su artículo 4d, se lo define en el sentido general de que «la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil».

### III.11. El principio de la participación

Otro principio importante del procedimiento administrativo, también definido en el artículo 4.1.12 de la ley peruana es el principio de la participación. Se dice de él:

1.12. *Principio de participación.* Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.

El principio fue luego incorporado expresamente en la reforma del código colombiano de 2011, sin duda también respondiendo a la orientación general de la Constitución de 1991, donde se disponía que las autoridades deben promover y atender «las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública» (artículo 3.6).

Se trata, en todo caso, de un principio definitorio de política pública en el fomento de los mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública, el cual, por supuesto, no sustituye, sino complementa, el principio democrático representativo.

### III.12. El principio de simplicidad

El principio de simplicidad también se ha definido en la ley peruana como propio del procedimiento administrativo. En su artículo 4.1.13 se dice de él que «los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad

innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir».

Posteriormente, el principio se recogió en la ley de Bolivia al precisar que «los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias» (artículo 4k), y ha sido, por lo demás, objeto de desarrollo en legislaciones especiales destinadas precisamente al mismo. Por ejemplo, la ley venezolana sobre simplificación de trámites administrativos de 2008 establece sobre este mismo principio, que «el diseño de los trámites administrativos debe realizarse de manera que los mismos sean claros, sencillos ágiles, racionales, pertinentes, útiles y de fácil entendimiento para las personas, a fin de mejorar las relaciones de estos con la Administración Pública, haciendo eficiente y eficaz su actividad».

Por su parte, la Ley Orgánica de Administración Pública de Venezuela, en su artículo 12, dispone que la simplificación de los trámites administrativos será tarea permanente de los órganos y entes de la administración pública, así como la supresión de los que fueren innecesarios. Todo de conformidad con los principios y las normas que establezca la ley correspondiente.

Por ello, estando la administración pública al servicio de los ciudadanos y, en general, de los particulares o administrados, ella debe desarrollar su actividad y organizarse de manera que los particulares, según el artículo 6:

1. Puedan resolver sus asuntos, ser auxiliados en la redacción formal de documentos administrativos, y recibir información de interés general por medios telefónicos, informáticos y telemáticos.
2. Puedan presentar reclamaciones sin el carácter de recursos administrativos, sobre el funcionamiento de la Administración Pública.
3. Puedan acceder fácilmente a información actualizada sobre el esquema de organización de los órganos y entes de la Administración Pública, así como a guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones que ellos ofrecen.

Además, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos venezolana de 1999 se destinó específicamente a desarrollar en detalle este principio de la simplificación con el objeto de racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la administración pública, y de mejorar su eficiencia, pertinencia y utilidad, a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad en las mismas, de reducir los gastos operativos, de obtener ahorros presupuestarios, de cubrir insuficiencias de carácter fiscal y de mejorar las relaciones de la administración pública con los ciudadanos.

## 73

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

La ley, además, dispone que la administración pública no puede exigir requisitos adicionales a los contemplados en la normativa vigente, salvo los que se establezcan en los instrumentos normativos que se dicten en ejecución de dicha ley (artículo 10). Con carácter general, además, se dispone que los órganos y entes de la administración pública no pueden exigir para trámite alguno la presentación de copias certificadas actualizadas de partidas de nacimiento, matrimonio o defunción, así como de cualquier otro documento público, salvo los casos expresamente establecidos por ley (artículo 17). Adicionalmente, se dispone que los órganos y entes de la administración pública no pueden exigir copias certificadas de la partida de nacimiento como requisito para el cumplimiento de una determinada tramitación cuando sea presentada la cédula de identidad, salvo los casos expresamente establecidos por ley (artículo 18).

Por otra parte, se dispone que los órganos y entes de la administración pública, en virtud del principio de cooperación que debe imperar en sus relaciones interorgánicas, deben implementar bases de datos automatizadas de fácil acceso y no pueden exigir la presentación de copias certificadas o fotocopias de documentos que la administración pública tenga en su poder, o de los que tenga la posibilidad legal de acceder (artículo 11).

Además, en aras de la simplicidad, la ley agrega que los órganos y entes, en el ámbito de sus competencias, deben eliminar las autorizaciones innecesarias, solicitudes excesivas de información de detalle y, en general, la exigencia de trámites que entorpezcan la actividad administrativa (artículo 13).

Por último, el artículo 14 de la ley dispone en particular que los órganos y entes de la administración deberán identificar y disponer la supresión de los requisitos y permisos no previstos en la ley que limiten o entorpezcan el libre ejercicio de la actividad económica o la iniciativa privada.

Otro principio general derivado de la simplicidad es el principio de la economía procedimental, que se menciona en la generalidad de las leyes de procedimiento, como las leyes de Argentina (artículo 7), de Honduras (artículo 19), de Venezuela (artículo 30), de Uruguay (artículo 2) y de México (artículo 13), y conlleva la necesidad de que los asuntos se decidan administrativamente con celeridad, en la forma más rápida posible, economizando lapsos y al menor costo posible.

El principio ha sido desarrollado ampliamente en la ley 19880 de Chile, en la forma siguiente:

[...] Artículo 9°. Principio de economía procedimental. La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.

Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo.

Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo establecido al efecto.

Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.

75

LA REGULACIÓN  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
EN AMÉRICA  
LATINA  
(LEY 27444)

ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
REGULATION IN  
LATIN AMERICA  
(LAW 27444)

### III.13. El principio de uniformidad

Vinculado a la simplicidad está el principio de la uniformidad, también definido en la ley peruana, en cuyo artículo 4.1.14 se dice que «la autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados».

En esta orientación, la Ley Orgánica venezolana establece como obligación general el que «la Administración racionalizará sus sistemas y métodos de trabajo y vigilará su cumplimiento» (artículo 32), y regulará, además, la uniformización de los documentos y expedientes, así como el desarrollo de procedimientos en serie, a efecto de simplificar y racionalizar la actividad (artículo 35). Por su parte, el artículo 7 de la ley de Brasil, expresamente dispone que «los órganos y entidades administrativas deberán elaborar modelos y formularios uniformes para asuntos que impliquen pretensiones equivalentes».

### III.14. Los principios de predictibilidad y de privilegio de controles posteriores

Por último, la ley peruana en sus artículos 4.1.15 y 4.1.16 incorporó a su articulado los principios de predictibilidad y de privilegio de controles posteriores, los cuales no encuentran consagración expresa en ninguna de las otras leyes latinoamericanas. Se dice de ellos en la norma peruana lo siguiente:

1.15. *Principio de predictibilidad.* – La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

1.16. *Principio de privilegio de controles posteriores.* – La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

#### IV. APRECIACIÓN FINAL

Las leyes de procedimiento administrativo, como la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú (ley 27444), sin duda, tienen un doble carácter.

Por una parte, son un signo de madurez en el desarrollo del Derecho administrativo y en el equilibrio que tiene que existir siempre en una sociedad democrática, entre la administración pública y sus poderes y prerrogativas, y los administrados y sus derechos y garantías, de manera que la primera no abuse de aquellos y los segundos no impidan el desarrollo de la actividad administrativa en beneficio del interés general.

Pero, por la otra, son a la vez el instrumento más eficaz para la consolidación del Derecho administrativo, al disponer los jueces en general —y los de la jurisdicción contencioso administrativa en particular— de textos de Derecho positivo que les faciliten su labor de control, de manera que sus decisiones no solo se fundamenten, como hace décadas, en los principios generales que derivaban de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales. Con normas escritas, como las ahora contenidas en todas estas leyes, y, en especial, con la amplitud con que se las concibió en la ley del Perú, la labor de los jueces es más importante para el desarrollo de nuestra disciplina, como se puede apreciar de la jurisprudencia que han sentado en todos nuestros países.

Recibido: 13-07-2011  
Aprobado: 8-08-2011

# Tres generaciones del procedimiento administrativo

## Three generations of administrative procedure

JAVIER BARNES\*

**Resumen:** El presente trabajo pretende explicar las diversas generaciones del procedimiento administrativo para así esbozar, a partir de sus virtudes y déficits, algunos de los valores y principios en juego. Entendemos por administración «imperativa» aquella que opera haciendo uso de potestades públicas y resuelve con carácter unilateral en un proceso jerárquico o en cascada, de arriba hacia abajo, mientras que la «cooperativa» se da cuando la administración no es autosuficiente y requiere de la colaboración de otras administraciones y del sector privado. El proceso no es jerárquico, sino en red. Finalmente, por «gobernanza», sea administrativa o cooperativa, se hace referencia a un nuevo estilo de gobierno, en el cual la administración goza de un particular protagonismo en la realización y ejecución de las políticas públicas. En este orden de ideas, el concepto de «procedimiento administrativo» no se detiene ya en la exclusiva idea de procedimiento como proceso decisorio, sino que también implica la obtención y el intercambio de información —para elaborar un mapa medioambiental, realizar una inspección, recabar informes y estudios científicos, por ejemplo—.

**Palabras clave:** Procedimiento administrativo – administración imperativa – gobernanza corporativa – gobernanza administrativa

**Summary:** This work aims to explain the diverse generations of the administrative procedure to outline, based on their potentialities and deficits, some of the values and principles involved. «Imperative» Administration, is understood as that which operates using public powers and resolves unilaterally on a hierarchical or cascade process —from top to bottom— while the «cooperative» occurs when the administration is not self-sufficient and needs help from other administrations and the private sector, this process is not hierarchical, but in network. Finally, by governance, whether administrative or cooperative, it refers to a new style of government in which the Administration has a prominent role in the elaboration and execution of public policies. In this sequence of ideas, concept of administrative procedure is not only related with the sole idea of procedure as a decision-making process, but also involves the collection and exchange of information (for instance, to elaborate an environmental map, to make an inspection or in order to obtain reports and scientific studies).

**Key words:** Administrative procedure – «imperative» administration – cooperative governance – administrative governance

---

\* Es catedrático de Derecho administrativo en la Universidad de Huelva, España. Correo electrónico: javier.barnes@globallawpress.org.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN. – I.1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN PERSPECTIVA COMPARADA. – I.2. EL ORIGEN PROCESAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: CUANDO LA CONQUISTA HISTÓRICA RESULTA INSUFICIENTE. – II. PROCEDIMIENTOS DE PRIMERA GENERACIÓN. – II.1. CUATRO NOTAS CARACTERÍSTICAS. – II.2. LA DISTANCIA O EL DESFASE HISTÓRICO ENTRE LA LEGISLACIÓN TRADICIONAL (PROCEDIMIENTO DE PRIMERA GENERACIÓN) Y LA REALIDAD. – III. SEGUNDA GENERACIÓN: NORMAS ADMINISTRATIVAS APROBADAS POR ADMINISTRACIÓN JERÁRQUICA. – IV. TERCERA GENERACIÓN: ACTOS, NORMAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS ELABORADOS EN EL ENTORNO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GOBERNANZA. – IV.1. LAS COORDENADAS DE LAS NUEVAS FORMAS DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN: LA GOBERNANZA ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTO Y ENTORNO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE TERCERA GENERACIÓN. – IV.2. LA FUNCIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL MARCO DE LA GOBERNANZA ADMINISTRATIVA: EL PROCEDIMIENTO COMO INSTRUMENTO DE DIRECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN POR PARTE DEL PARLAMENTO, Y DE DIRECCIÓN DEL SECTOR POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN. – IV.3. ALGUNAS NOTAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE TERCERA GENERACIÓN. – V. TRES GENERACIONES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: TRES «TEORÍAS GENERALES».

## I. INTRODUCCIÓN

### I.1. El procedimiento administrativo en perspectiva comparada

La proliferación en las últimas décadas de leyes de procedimiento administrativo en extensas áreas regionales como el este de Europa, el sudeste de Asia o la América Latina constituye un fenómeno positivo, que recuerda la expansión del constitucionalismo de principios del siglo XIX, y supone, por otra parte, un evidente florecimiento del Derecho administrativo contemporáneo.

Ahora bien, el análisis comparado de una institución como el procedimiento administrativo excede en mucho del contraste y cotejo de las legislaciones nacionales y de las respectivas construcciones jurisprudenciales y doctrinales, por más que ese intercambio de experiencias —siempre en su debido contexto— pueda ser de sumo provecho, por ejemplo, para reflexionar sobre las mejores opciones sobre la sustanciación del derecho de acceso a la documentación administrativa.

Tampoco se detiene el estudio comparado en la datación histórica de las recíprocas influencias entre países o en la filiación y genealogía de las leyes y de los sistemas jurídicos, pese al interés que ello despierta por la rica información que ofrece. Por ejemplo, esa perspectiva explica, por razones de historia y cultura, la autonomía y singularidades de la gran familia de leyes iberoamericanas de procedimiento administrativo.



## 79

TRES  
GENERACIONES  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
THREE  
GENERATIONS OF  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

Aunque la mera antigüedad no sea argumento suficiente, sí resulta ilustrativa, cuando menos, de una fuerte tradición: las primeras leyes de procedimiento se remontan a la España de 1881<sup>1</sup> y 1889<sup>2</sup>, y las primeras no peninsulares a Cuba, Puerto Rico y Filipinas, allá por 1888<sup>3</sup>.

En realidad, la institución del procedimiento administrativo es tan poliédrica en sus funciones y morfología, y resulta tan transversal —recorre el entero Derecho administrativo—, que la comparación solo puede entenderse por categorías de procedimiento. ¿De qué procedimiento administrativo hablamos en cada caso puesto que entre un procedimiento sancionatorio y un procedimiento de evaluación estratégica ambiental o de elaboración del planeamiento parecen existir diferencias de sustancia? Tal sería la primera interrogante a despejar. La primera cuestión que ha de resolverse, pues, reside en su identificación y ulterior clasificación.

Las categorías, clases o tipos de procedimiento, en contra de lo que ha podido pensarse durante largo tiempo, no vienen determinadas, a nuestro juicio, en razón de la materia —procedimientos para el otorgamiento de licencias en el ámbito del comercio o la vivienda, por ejemplo—, ni por el contenido o naturaleza de la resolución que ponga fin al procedimiento —acto declarativo o constitutivo, por ejemplo—. Las cosas son más complejas, pero también más interesantes. La clasificación que aquí se propone resulta más radical y profunda, puesto que se basa, en última instancia, en el modelo de administración, y en la forma de gobierno y regulación en el que aquella se inserta. Hablamos aquí de generaciones para hacer referencia a la sucesión —y convivencia— de esos distintos modos de operar. Es decir, una cosa es la administración resolviendo como si de un juez se tratara (primera generación), otra es cuando ella dicta normas en modo análogo a como lo hace el legislador tradicional (segunda generación), y otra muy distinta hace referencia a cuando la administración y otros actores se sirven de elementos o principios de procedimiento en las nuevas formas de gobernanza, los cuales están marcados por la colaboración entre administraciones, tanto dentro de las propias fronteras como más allá del Estado.

Esta clasificación por generaciones permite entender mejor la institución del procedimiento dentro del propio sistema y establecer un adecuado término de comparación. No son magnitudes comparables, por

1 Real Decreto del 31 de diciembre de 1881, que aprobaba el Reglamento provisional sobre el procedimiento administrativo en las reclamaciones económico-administrativas. Se trata, en efecto, de una norma de rango infralegal.

2 Ley del 19 de octubre de 1889, la cual disponía que por cada ministerio se publique un reglamento de procedimiento administrativo para las dependencias centrales, provinciales y locales del mismo. Se trata de una ley de bases que sirve de marco y denominador común a los reglamentos que, en razón del ramo y la especialidad, habrían de dictarse seguidamente.

3 Real Decreto del 29 de septiembre de 1888, por el que se aprueba el procedimiento administrativo de la Secretaría de Ultramar y todas las dependencias administrativas de Cuba, Puerto Rico y Filipinas; y real decreto del 13 de junio de 1890, declarado subsistente con las modificaciones que se expresan de 1890.

ejemplo, los procedimientos administrativos sancionadores<sup>4</sup> con los de evaluación estratégica ambiental<sup>5</sup>. Y no porque se refieran a «materias» distintas —sanción y medio ambiente, respectivamente—, sino porque se basan en modelos y modos de administración muy diferentes entre sí y, en definitiva, en modelos de gobierno y regulación diversos, en donde el procedimiento cumple funciones cualitativamente distintas. En el primer caso, se trata de una administración «imperativa», que actúa investida de autoridad y que, al igual que el juez, utiliza el procedimiento como herramienta de una correcta aplicación del Derecho, a fin de determinar si el interesado ha cometido o no una infracción y si esta es merecedora de sanción. En el segundo, y por el contrario, la administración opera en modo cooperativo, busca la colaboración de otras administraciones, del público en general y del sector privado, no para hallar lo que la ley haya predeterminado —porque no ha predeterminado nada—, sino para construir la mejor solución, entre todos, de cara a alcanzar un crecimiento sostenible, con ocasión de una política concreta energética o de infraestructuras, por ejemplo. El procedimiento cumple aquí una función más ambiciosa, de dirección política, ante la incapacidad de la ley para programar la solución adecuada. La comparación, en otras palabras, ha de hacerse «por pares», esto es, con iguales, tanto dentro del propio ordenamiento jurídico como fuera de él.

Esa clasificación, sea o no con pretensiones comparatistas, ofrece un mapa o sistema no solo descriptivo, sino también de carácter prescriptivo, en la medida en que pone en evidencia los déficits —en términos de principio democrático, de Estado de Derecho o de eficacia— que cada procedimiento pueda presentar. Comencemos, pues, desde el principio.

## 1.2. El origen procesal del procedimiento administrativo: cuando la conquista histórica resulta insuficiente

La idea de secuenciar el proceso decisorio —esto es, de establecer una serie o sucesión de actuaciones encadenadas conducentes a la toma de decisiones— es tan antigua como el Derecho mismo. Con la instauración de la división de poderes, se abriría paso la necesidad de establecer un procedimiento específico para cada uno de ellos. Las decisiones jurisdiccionales —sentencias, autos, providencias— se adoptarían a través de un proceso. Las decisiones parlamentarias —desde la entrada del proyecto o de la proposición en la cámara hasta su aprobación y promulgación— seguirían su propio cauce: procedimientos legislativos. Finalmente, el ejecutivo y la administración sujetarían sus decisiones a

4 Véase, a título de ejemplo, los artículos 134 y siguientes de la ley de procedimiento española 30/1992.

5 Véase, por ejemplo, los artículos 6-25 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

un procedimiento administrativo dotadas de autoridad —concesiones, permisos, sanciones, etcétera—.

El diseño de las primeras leyes de procedimiento administrativo, tanto en el siglo XIX como en el siglo XX, se inspira abiertamente en el esquema judicial, civil o penal, en función de la decisión a adoptar. Lo mismo, y aún antes, hará la jurisprudencia para hacer frente a las cuestiones suscitadas en torno a la toma de decisiones por parte de la administración. Encontrará soluciones y criterios a partir del modelo que ofrece el veterano proceso judicial. La mimetización del modelo judicial se extiende tanto a las fases o secuencias en que se articula el procedimiento —iniciación, instrucción, y terminación— y a los principios que, aunque en forma más simplificada, las rigen, como al modelo imperativo que lo preside y que no es sino una expresión del ejercicio de autoridad. Al igual que la sentencia judicial, el producto estrella del procedimiento administrativo (el acto administrativo) está dotado de las presunciones y de las prerrogativas propias de las decisiones jurisdiccionales, a la vez que se halla adornado de las técnicas coercitivas propias del poder. En realidad, se imita o transpone el «concepto» mismo. Es decir, toda decisión formal o con alguna relevancia, que afecte a los derechos e intereses de los ciudadanos, y/o que tenga trascendencia para el interés general, ha de cursarse a través de un procedimiento administrativo, como garantía de acierto y de respeto de la legalidad subjetiva. Dicho de otro modo, el procedimiento administrativo se reserva para las decisiones formalizadas de la administración, como mecanismo de aplicación del Derecho. La administración se sirve del procedimiento, como el juez del proceso para hacer hablar a la ley, pues uno y otro actúan aquí como boca de la ley. Ahí hallará el procedimiento administrativo su grandeza y sus evidentes conquistas, al tiempo que sus limitaciones intrínsecas —como luego se verá—, puesto que, a contrario, cualquier otra actividad de la administración —sea esta de carácter prestacional o de servicio, de naturaleza material, o de Derecho privado—, así como toda acción del sector privado con un determinado alcance o impacto para el interés general, quedarán fuera del paraguas del procedimiento administrativo. La legislación tradicional de procedimiento se circunscribe a las administraciones públicas y a las entidades de Derecho público cuando ejerzan potestades administrativas desde el siglo XIX hasta nuestros días, siempre y cuando actúen con autoridad o *imperium*.

Las razones por las que se inspira el procedimiento administrativo en el *espejismo* judicial son variadas. Una primera causa parece circunstancial. Y es que las primeras reglas de procedimiento administrativo relativas a la formación de la voluntad de la administración son de creación jurisprudencial —el reconocimiento de los derechos de defensa, por ejemplo—. El proceso judicial representaba el método que tenían más a mano los jueces y tribunales para colmar las lagunas y resolver con

## 81

TRES  
GENERACIONES  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
THREE  
GENERATIONS OF  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

fiabilidad y consistencia las demandas planteadas. Sin embargo, la razón más profunda de ese trasvase es de carácter estructural, y reside en el modelo que encarna el proceso judicial, particularmente idóneo cuando se trata de resolver asuntos relacionados con los derechos e intereses de los ciudadanos, esto es, de ir a la ley para hallar la solución que esta haya predeterminado para el caso en cuestión. Por poner algunos ejemplos, si se tiene o no derecho a un permiso o autorización, si se es o no el mejor candidato a un puesto de la función pública o determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa en la licitación de un contrato son cuestiones que podrán ventilarse adecuadamente a través de un proceso o, lo que es lo mismo, de un procedimiento llamado «administrativo» porque es la administración y no el juez la que lo impulsa.

En definitiva, este es el procedimiento administrativo que acapara la atención de la doctrina y a la que reservamos la expresión misma. Es la clase de procedimiento del que hablan de ordinario las leyes de procedimiento administrativo contemporáneas y del que se ocupaban ya las primeras leyes decimonónicas, y sobre el que se debate en tantos foros y congresos a fin de mejorar sus prestaciones y funcionalidad —principios, simplificación, instrucción, etcétera—. Es, al fin y al cabo, el procedimiento concebido o representado en una imagen lineal, como conjunto de actos de autoridad encadenados con el objeto de dictar una resolución final dotada de autoridad.

Este es, en otras palabras, el procedimiento administrativo que venimos en llamar «de primera generación», que constituye sin duda un elemento esencial de todo Estado de Derecho y representa, probablemente, la mejor aportación que ha realizado el Derecho administrativo en términos sistemáticos o «macroeconómicos», más allá de la evidente conquista histórica que representa el singular y ulterior control jurisdiccional. Hablamos, en otras palabras, del procedimiento administrativo como proceso decisorio, cualesquiera que sean las formas que las decisiones encarnen: acto administrativo (protagonista indiscutible), contratos, normas, planes o programas, como método de la correcta aplicación del Derecho, de una aplicación imparcial, igual para todos y sin discriminaciones, previsible y fiable.

Estos indudables logros, sin embargo, no impiden hacer una fácil constatación. Y es que la administración no se limita a dictar resoluciones formales en aplicación del Derecho, como hacen los jueces y tribunales, puesto que, de entrada, no solo interpreta y aplica el Derecho, sino que crea y establece nuevas reglas y normas. Dicho de otro modo, la administración hace muchas más cosas que decidir, y es que tiene muchos más «modos» que el imperativo o jerárquico, propio del dictado de los actos administrativos. En la práctica, ello significa que el procedimiento tipo —de primera generación— se ha quedado corto,

y que deviene en escasamente representativo de la realidad administrativa contemporánea.

En primer lugar, en efecto, la actividad administrativa no se resuelve ni se agota en un proceso decisorio. La administración decide, sí, pero también estudia, evalúa, recaba, procesa e intercambia información. Decide, sí, pero realiza prestaciones y servicios, por sí misma o a través de múltiples fórmulas, por ejemplo<sup>6</sup>.

En segundo término, la administración actúa y opera sobre las premisas y los conceptos de autoridad y jerarquía, en modo imperativo —de «orden y mando»—, esto es, «vestida de uniforme», en ejercicio de autoridad —para otorgar o denegar una licencia o imponer una sanción—. Pero también se viste «de civil» o «de paisano» —para prestar un servicio a través de una organización de Derecho privado—. La administración trabaja en forma autosuficiente cuando sabe lo que quiere, pues se limita a aplicar el Derecho —si otorga o no esa licencia—, pero también trabaja en forma colaborativa y en red con otras administraciones y el sector privado, dentro y fuera de las propias fronteras, cuando no es omnisciente o cuando las dimensiones del problema superan en mucho su tamaño y capacidad —por ejemplo, para indagar si las cenizas de un volcán impiden volar, para determinar las medidas a adoptar para evitar una pandemia, a fin de determinar la radioactividad en los alimentos después de un escape nuclear, etcétera—.

Pese a esas otras vidas de la administración, la legislación tradicional de procedimiento administrativo, anclada en sus orígenes procesales, induce a creer que regula la actividad principal de la administración como si de un código se tratara, cuando, en realidad, y valga la exageración, su regulación equivaldría a una Constitución que silenciara toda referencia a los derechos de la vida moderna y redujera, por ejemplo, la libertad de expresión a la que se vierte en papel y no en formato electrónico, o a un código de comercio que ignorara la existencia de multinacionales y el comercio internacional.

## II. PROCEDIMIENTOS DE PRIMERA GENERACIÓN

### II.1. Cuatro notas características

En términos muy simples, podríamos destacar, en lo que ahora importa, cuatro notas que singularizan a los procedimientos administrativos de primera generación, que son aquellos que tienen su sede en la legislación tradicional.

<sup>6</sup> Véase los cuadros 1 y 2 (pp. 102-105 del presente trabajo).

- (i) El procedimiento administrativo de primera generación constituye ante todo un instrumento o mecanismo para la correcta aplicación de Derecho en manos de la administración imperativa, especialmente diseñado para el dictado de actos administrativos singulares (decisiones unilaterales), potencialmente de gravamen o restrictivos de derechos. Ello justifica las garantías que el procedimiento establece, tanto en lo que hace a la iniciación, comparecencia e instrucción, como en punto a la resolución definitiva, el recurso administrativo o la revisión.
- (ii) El procedimiento cumple una función adjetiva, accesoria o subordinada respecto del Derecho material, es decir, una función instrumental o al servicio de la mejor aplicación del Derecho. Lo relevante a la postre es que la decisión adoptada sea correcta en términos jurídicos. Si la decisión de la administración resulta conforme a Derecho, las infracciones de procedimiento, salvo que causen indefensión, no adquieren de ordinario trascendencia invalidante —hay que aclarar que si la denegación de una licencia es correcta, una infracción formal o de procedimiento puede resultar irrelevante—. Por ello, si el acto se ajusta materialmente a lo que la ley haya dispuesto, los vicios de forma resultarán fácilmente subsanables —piénsese, por ejemplo, en la regla de la anulabilidad y en el criterio de las irregularidades no invalidantes, y en sus equivalentes en tantos otros ordenamientos—<sup>7</sup>. En ese sentido, el procedimiento tiene un carácter adjetivo. La consecuencia más plástica y conocida reside en la teoría de los vicios del acto y del procedimiento, donde se aprecia un cierta indulgencia o, si se quiere, una menor severidad: la nulidad absoluta como excepción, la regla de la anulabilidad —matizada a su vez con el criterio de las irregularidades no invalidantes<sup>8</sup>—, la subsanabilidad y conservación, entre otras.
- (iii) El procedimiento administrativo se estructura conforme a una visión procesalista que todo lo impregna: las fases en que se articula, las potestades de impulso, la prueba y su práctica, las formas de terminación, etcétera.

7 Por ejemplo, en la legislación general en vigor en España, pueden verse los artículos 62-67 de la ley 30/1992 de procedimiento administrativo (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (30/1992), del 26 de noviembre de 1992). Asimismo, véase: BARNES, J. *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993.

8 Por ejemplo, en el caso español, el artículo 63 de la ley 30/1992 dispone lo siguiente:

- «1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.
2. No obstante, el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.
3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo».

- (iv) Constituye, en fin, un proceso decisorio, puesto que, como ya notábamos, sirve para dictar actos, aprobar normas, celebrar contratos, elaborar normas, redactar planes, confeccionar proyectos, entre otras funciones.

Dentro de esta categoría podrían incluirse, por ejemplo:

- Los procedimientos en vía de petición —de un permiso, autorización o licencia, por ejemplo— y en vía de recurso —reposición, alzada, reconsideración, etcétera—.
- Los procedimientos de carácter bilateral —entre un ciudadano y la administración—, sean de carácter declarativo, constitutivo, de contenido sancionatorio u otro, asimismo, los procedimientos de carácter multilateral, como los procedimientos competitivos —para la licitación de un contrato, o el concurso para el acceso a la función pública, por ejemplo—, y también los procedimientos de naturaleza contradictoria, pues canalizan múltiples intereses encontrados, como sucede, por ejemplo, en la elaboración del planeamiento urbanístico y territorial o en la construcción de grandes obras públicas.
- Procedimientos de carácter no decisorio, como los de contenido prestacional —entrega de información; prestación de un servicio médico o asistencial, por ejemplo—, los de evaluación o estudio —emisión de informes, evaluaciones, análisis—, y los de inspección y control.

Con todo, la pertenencia a esta generación no viene determinada por la tradición o la «naturaleza de las cosas», sino, en última instancia, por el medio o hábitat en el que se cursa el procedimiento: una administración imperativa, un proceso jerárquico, una ley con programación material a ejecutar por la administración.

Aunque un procedimiento administrativo así concebido deje muchas cosas fuera (cuadro 1) y responda al específico «modo» de administración que no agota todas las opciones (cuadro 2), lo cierto es que posee una extraordinaria relevancia y efectos multiplicadores.

Nótese, a tal propósito, primero, que la evolución y madurez del Derecho administrativo corre paralela, en muchos casos, a la emergencia del procedimiento administrativo como institución, como sucedió paradigmáticamente con la ley federal estadounidense de procedimiento (APA, 1946), y como aún hoy acontece en tantos países —Europa del Este, América Latina, sudeste de Asia, por ejemplo—. Segundo, que el procedimiento es a la administración lo que la Constitución al Estado: la norma básica que acompaña en la transformación de la realidad a las funciones que asume la Administración. Tercero, que el procedimiento

85

TRES  
GENERACIONES  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
  
THREE  
GENERATIONS OF  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

sirve de correa de transmisión en la administración de valores fundamentales propios de un Estado democrático de Derecho —racionalidad, control y rendición de cuentas, motivación, participación, transparencia, consenso, etcétera—. Cuarto, que el procedimiento, en cuanto guía de la acción administrativa, facilita la lucha contra la corrupción y la discriminación, ya que hace previsibles y fiables sus decisiones, garantiza la independencia y neutralidad en la aplicación del Derecho, y promueve su conformidad con los derechos fundamentales. Quinto, que racionaliza el trabajo administrativo. Y sexto, que el procedimiento se ha mostrado notablemente expansivo en numerosos países, al incorporar, más allá de trámites, derechos o principios procedimentales, parámetros materiales de actuación —igualdad y no discriminación, proporcionalidad, entre otros—, normas de acceso a la información administrativa, la teoría del órgano administrativo —creación, competencia, relaciones—, la teoría del acto administrativo y de los vicios, las fuentes del Derecho administrativo —como en el caso peruano—, etcétera.

Pese a ello, y como queda claro, la institución del procedimiento administrativo, tal y como se encuentra regulada en la legislación tradicional, ofrece un retrato insuficiente de la realidad.

## II.2. La distancia o el desfase histórico entre la legislación tradicional (procedimiento de primera generación) y la realidad

El procedimiento constituye, como acaba de notarse, la columna vertebral del Derecho administrativo, y representa la pieza que contiene mayor información genética sobre el Derecho público en un tiempo y espacio determinados, como si de una piedra de Rosetta se tratara. La lectura de una Constitución ofrece, sin duda, un extraordinario retrato de la sociedad de su tiempo, pero de ella no se deriva el grado de consecución de los objetivos que persigue, ni la efectividad y plenitud de sus derechos y los contenidos de estos, los cuales están siempre fijados por la jurisprudencia ulterior. La legislación de procedimiento, por su parte, ayuda más que ninguna otra institución del Derecho público a desvelar, entre otras cosas, los siguientes rasgos o elementos del sistema:

- Las modalidades o clases de administración actuante —de «orden y mando» o de policía—, de administración prestacional o de garantía del resultado prestacional, de administración estructurada jerárquicamente —como si de una unidad autárquica se tratara— o de administración en forma de red, abierta a la colaboración interadministrativa y público-privada, etcétera.



- La posición real que ocupa el ciudadano en el sistema: si es tratado como un ciudadano mudo, como mero destinatario de la acción administrativa o como un ciudadano activo.
- La organización interna y el modo de gestión de los asuntos públicos.
- La línea de separación entre el Estado y la sociedad —entre la administración y el ciudadano—.
- El grado de eficacia que se pretende asegurar en la consecución de los objetivos. Es decir, si el procedimiento se preocupa de la fase de aplicación —supervisión y revisión—.
- La forma de limitación y control de la administración.
- La noción de Estado y de empleado público.
- Las relaciones de la administración con los demás poderes.
- Eventualmente, la teoría del acto y de los vicios, la teoría de la organización, etcétera.

Sin embargo, la legislación actual de procedimiento no serviría para retratar a la administración contemporánea a comienzos del siglo XXI. La ley española 30/1992, en su regulación del procedimiento, como tantas otras en el panorama comparado, no es representativa de la realidad actual (véase cuadros 1 y 2). La lectura de esta y otras leyes es similar a la de esas constituciones que seguían recogiendo el voto censitario pese a haber sido superado en la legislación ordinaria.

Poca información se ofrece sobre una realidad más compleja. Y ello por dos razones fundamentales: (i) porque no da cuenta de otras «vidas» o modos de ser de las administraciones actuales, y (ii) porque tampoco la da de otras formas de gobierno ni de regulación que no sean las tradicionales.

Otras vidas que importan a la institución del procedimiento y que encuentran escaso o nulo eco en las leyes tradicionales:

- La vida privada de la administración: ¿cómo ha de decidir y comportarse la administración cuando se viste de civil, deja su «uniforme» y actúa como una organización sujeta al Derecho privado? ¿Qué principios habrían de regir o inspirar esa actuación?
- La vida pública de entidades privadas que llevan a cabo actividades de interés general: ¿cómo han de decidir y comportarse los sujetos privados cuando realizan tareas o funciones que se consideran de interés general en relación con terceros?

87

TRES  
GENERACIONES  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
THREE  
GENERATIONS OF  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

- La vida exterior de la administración más allá del Estado: ¿cómo han de decidir y comportarse más allá de las fronteras del Estado cuando la administración cruza la frontera?
- La vida pública de la administración cuando no actúa con instrumentos formales, imperativos o vinculantes: adopta decisiones informales, aprueba normas de Derecho indicativo o blando (*soft law*) como guías o recomendaciones, negocia, busca el consenso, informa (estado de la salud pública o de la economía).

Otros modelos de gobierno que subyacen a las distintas generaciones de procedimiento:

- Tampoco reflejan la legislación tradicional o de primera generación las nuevas formas de gobierno y de regulación administrativas, que son distintas a las tradicionales. Esto hace referencia a los nuevos métodos de dirección, regulación y gobernanza sustentados, en esencia, sobre una intensa colaboración público-privada e interadministrativa. La legislación de procedimiento muestra una sola clase de administración —la imperativa o de policía— y un único modelo de gobierno, de arriba hacia abajo (véase el numeral III.1 y los cuadros 2 y 3).
- En suma, la institución del procedimiento administrativo, en el plano legislativo y doctrinal, se ha mantenido invariable pese a las profundas transformaciones del Derecho administrativo contemporáneo.
- ¿Cómo ha evolucionado el Derecho en esa encrucijada?
- Con una segunda generación de procedimientos, muy incompleta, marcada por la misma idea de una administración jerárquica, imperativa y autosuficiente.
- Con una incipiente tercera generación, basada en formas de colaboración, alejadas de toda autosuficiencia.

### III. SEGUNDA GENERACIÓN: NORMAS ADMINISTRATIVAS APROBADAS POR ADMINISTRACIÓN JERÁRQUICA

La segunda generación de procedimientos surge con fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX, y tiene por objeto la aprobación de normas administrativas infralegales —reglamentos ejecutivos o independientes, planes territoriales o urbanísticos, circulares de organismos reguladores o agencias independientes, ordenanzas locales, etcétera—. Teóricamente, el procedimiento reglamentario se habría de construir sobre la imagen del proceso legislativo. Ahora bien, como son pocas las reglas que disciplinan la elaboración de leyes, este procedimiento se acoge en

buena medida a la plantilla del proceso judicial<sup>9</sup>. Se trata, en todo caso, de un proceso decisorio.

Con alguna notable excepción<sup>10</sup>, la producción normativa que contemplan las leyes de procedimiento se canaliza a través de un proceso regulatorio que se desarrolla de arriba hacia abajo, en manos de una administración jerárquica e imperativa, y con una participación ciudadana que tiene lugar en una fase tardía, cuando la norma está ya por completo prefigurada.

Se trata en la mayor parte de los casos de procedimientos un tanto rudimentarios<sup>11</sup>. Esto no deja de ser paradójico si se tiene en cuenta la trascendencia que la actividad reglamentaria ha adquirido desde la segunda posguerra, tanto por el número de normas infralegales aprobadas en relación con las leyes, como por su calidad, y a la luz del impacto real que el reglamento cumple en la sociedad postindustrial, en ámbitos como el medio ambiente, la seguridad alimentaria, la seguridad pública, la salud pública, la regulación de los mercados financieros, el planeamiento, etcétera. De ordinario, además, la legislación general se ha concentrado en la aprobación de reglamentos ejecutivos —o de desarrollo de las leyes emanadas del parlamento—, con lo que ha dejado fuera de su consideración la gestación de otras muchas clases de normas administrativas. En ese sentido, sorprende que para la elaboración de una norma reglamentaria de un organismo regulador o de un banco central se puedan exigir los mismos —o menos— requisitos procedimentales que para la elaboración de un reglamento que se limita a desarrollar una ley previa.

Dentro de esta generación, pueden citarse dos tipos característicos: los procedimientos de elaboración de disposiciones reglamentarias y aquellos otros que tienen por objeto la gestación del planeamiento urbanístico y territorial.

La legislación tradicional tampoco ha prestado atención a cuestiones que hoy han adquirido una notable importancia, como pueden ser la elaboración de normas no vinculantes —Derecho indicativo, blando o *soft law*—, la producción normativa que emana de la autorregulación privada, o las normas —vinculantes o no— construidas más allá del Estado.

Esa tendencia comienza a ser corregida debido a los impulsos de las múltiples iniciativas tendentes a mejorar las políticas regulatorias en el plano interno, regional (europeo) e internacional —señaladamente,

9 Véase: RUBIN, E. «It's Time to Make the Administrative Procedure Administrative».

10 Como en el caso de la ley de procedimiento administrativo estadounidense de 1946. Véase: STRAUSS, Peter L. «Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.». En Javier Barnes (editor). *La transformación del procedimiento administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global – Global Law Press, 2008.

11 Por ejemplo, el artículo 24 de la ley española 50/1997 del gobierno.

#### IV. TERCERA GENERACIÓN: ACTOS, NORMAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS ELABORADOS EN EL ENTORNO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GOBERNANZA

Fuera de los procedimientos de primera y segunda generación, la administración no es autárquica, puesto que no lo sabe todo ni lo puede todo, por lo que, en consecuencia, necesita de las demás administraciones y del sector privado para realizar numerosas políticas públicas. Cuando la magnitud de los problemas excede la talla de una determinada administración o de la del Estado, y/o cuando las cuestiones que han de afrontarse están marcadas por la incertidumbre, es necesario colaborar y gobernar de un modo diferente al tradicional. Así surge lo que puede denominarse como «gobernanza» en ámbitos y sectores diversos, como los del medio ambiente, de la regulación de los mercados financieros, de la salud pública, de la energía, de la seguridad pública, etcétera.

##### IV.1. Las coordenadas de las nuevas formas de gobierno y administración: la gobernanza administrativa como presupuesto y entorno de los procedimientos administrativos de tercera generación

El sistema de producción normativa y de gobierno, heredados del Estado liberal del siglo XIX, se caracteriza por tres notas: primero, el Derecho emana de un único centro; segundo, el curso del proceso regulatorio desciende de arriba hacia abajo; y, tercero, la administración se concibe a sí misma como una organización destinada a ejecutar o a aplicar la ley, haciendo uso de técnicas coercitivas (cuadro 3).

Ese sistema se asienta en la premisa de que la ley formal todo lo contempla. A partir de ese postulado, se construye el edificio:

- El Estado es el único «productor» de normas, por lo que la regulación tiene, en consecuencia, carácter estado-céntrico.
- La administración se estructura jerárquicamente y actúa de modo imperativo para llevar a su debido efecto lo establecido en la norma.
- Las leyes se resuelven en órdenes o mandatos positivos y en prohibiciones.
- La regulación se articula en torno a dos fases netamente diferenciadas: la creación de la norma y su aplicación. Se fundamenta, por tanto, en el binomio «programación-ejecución».

La primera, reservada al parlamento, y la segunda a la administración. La discrecionalidad —en virtud de la cual el legislador difiere a la administración la respuesta o la decisión— tiende a concebirse en el plano teórico como algo excepcional, un privilegio a reducir y «combatir»<sup>12</sup>.

Esta forma de legislar y administrar ha perdido su monopolio como consecuencia de las profundas transformaciones del Estado y de la administración contemporáneos<sup>13</sup>, que viene a ser consecuencia inmediata, entre otros factores, de la apertura de tres fronteras celosamente guardadas durante largo tiempo<sup>14</sup>.

La primera es la caída del muro que divide el plano nacional y el supranacional. La administración y el Derecho administrativo ya no son solo, ni exclusivamente, «estado-céntricos». La acción exterior de las administraciones nacionales ha crecido exponencialmente, a ello se añade la existencia más allá del Estado de una variada gama de organismos reguladores, públicos, privados y mixtos, con efectos multiplicadores para las políticas públicas nacionales. Al fin y al cabo, las políticas relevantes ya no son solo «nacionales» o «domésticas»<sup>15</sup>.

La disolución de la segunda frontera —la que separaba lo público y lo privado— tampoco ha pasado desapercibida. La permeabilidad entre ambas esferas resulta no menos trascendente. El Estado y la sociedad, y la administración y el ciudadano no constituyen ámbitos aislados que nunca se tocan. A su vez, la administración no define en solitario en tantos sectores lo que al interés general conviene: si un medicamento es apto para el consumo humano, por ejemplo. También se refiere a temas de diversa índole; desde cuál sea la mejor tecnología disponible hasta la definición del plan de estudios más adecuado. Ni el sector privado puede vivir desinteresado de la regulación. Hoy día la administración y la sociedad tienden a actuar de consuno, como socios que se necesitan. La co-regulación y la autorregulación no son sino dos manifestaciones más de las nuevas estrategias regulatorias en las que se implica activamente al sector privado<sup>16</sup>.

La tercera frontera que parece relativizarse es la que distinguía la formulación de las políticas de su gestión posterior, así como la creación del

12 Para mayor abundamiento, me remito a mi trabajo «Reforma e innovación del procedimiento administrativo». En *La transformación del procedimiento administrativo*. Ob. cit., pp. 31 y siguientes.

13 Sobre el tema, véanse las dos primeras obras colectivas citadas en la nota 6.

14 Sobre este tema, y para mayor desarrollo de cuanto aquí se dice, me remito a mi trabajo «Towards a third generation of administrative procedure». En Rose-Ackerman y Peter L. Lindseth (editores). *Comparative Administrative Law*. Yale: Edward Elgar Publishing, 2010.

15 Véase: BARNES, Javier. «Un estatuto de autonomía y una constitución del Siglo XX». *Revista de Administración Pública*. Número 173, mayo-agosto (2007), pp. 293-315, especialmente pp. 303 y siguientes, Madrid.

16 Véase, por ejemplo, los artículos 18-23 de «Legislar mejor», acuerdo interinstitucional del parlamento, del consejo y de la comisión (Diario Oficial C 321 de 31.12.2003).

Derecho y de su aplicación. Las rígidas fases en que se escalonaba el proceso regulatorio —la creación de reglas sustantivas a cargo del legislador primero, y, más tarde, su aplicación confiada a la administración— parecen desdibujarse en numerosos sectores, como consecuencia de la incapacidad de la ley para anticiparse a la realidad y dirigir, en consecuencia, la acción administrativa en los términos en que tradicionalmente era concebida esa vinculación o sometimiento. En tantos casos, la administración ya no encuentra en la ley la receta a aplicar. Si la ley no puede definir cuáles sean las sustancias químicas peligrosas, el crecimiento sostenible en cada caso, los estándares técnicos que hayan de seguirse para la elaboración de un producto o la prestación de un servicio, por dónde, en qué forma y con qué usos constructivos ha de crecer la ciudad, o qué determinaciones se han de adoptar para asegurar la competitividad de un concreto mercado de las telecomunicaciones, por poner algunos ejemplos, habrá de idear, en compensación, mecanismos, foros y reglas para hallar la solución correcta, en términos de eficacia, de legitimidad democrática y de control. Entre otros mecanismos, el legislador establece procedimientos cualitativamente distintos a los tradicionales, a través de los cuales dirige a la administración y asegura la búsqueda de la solución más adecuada.

A través de ellos, y en un proceso continuo, se establece la regla o el criterio, se aplica y proyecta en la práctica, se vigilan y supervisan las consecuencias o efectos que generan, y se modifica o revisa la regla en función del resultado deseado —como si se tratara no de una foto fija, sino de una imagen en movimiento—. El proceso regulatorio se concibe como un ciclo en permanente movimiento.

La administración —los bancos centrales, la agencia europea del medicamento, el organismo regulador en materia de telecomunicaciones o energía, o la administración medioambientalmente responsable, por ejemplo— adquiere, en consecuencia, una mayor responsabilidad y protagonismo, puesto que su papel se aleja de la mera ejecución de una previa ley material que programe y predetermine su acción en términos condicionales —si concurre tal presupuesto de hecho, la acción a tomar o consecuencia habrá de ser la específicamente determinada—.

La apertura de esos nuevos espacios, como si de la liberación de un gas se tratara, expande el Derecho administrativo. La quiebra de esas fronteras o líneas divisorias abre, en efecto, nuevos territorios que son colonizados por nuevas formas de gobierno y regulación (cuadro 3). El modo tradicional de gobierno se había construido sobre la impermeabilidad de esas fronteras —global-nacional, público-privado, creación-aplicación—. El nuevo Derecho administrativo no es solo nacional o supranacional, sino global, no es solo Derecho público, sino también privado, no es ya solo el Derecho que controla la aplicación administrativa de las leyes y regula

los instrumentos de que esta se sirve, sino el que guía la creación de normas, reglas, soluciones y, más ampliamente, la realización de las amplias políticas públicas que a la administración contemporánea se le confían.

Si, en efecto, el Derecho administrativo deviene global, interactúa con el sector privado y se ocupa de la dirección de las nuevas políticas públicas a través de procesos regulatorios mucho más complejos, será necesario organizar las cosas de otro modo. Esa necesidad da lugar a nuevos modelos o modos de gobernanza para regular la salud pública, la seguridad aérea o alimentaria, los mercados financieros, las telecomunicaciones o los servicios en el marco de la Unión Europea. Y ahí el procedimiento tiene un protagonismo especial. De entrada, ha de abandonar su molde procesal para desempeñar nuevas y más altas funciones: la elaboración de normas públicas o privadas con relevancia pública —vinculantes o no—, la dirección, guía o asistencia en las nuevas políticas públicas en las que la ley no ha establecido la solución material, sino que difiere su hallazgo al procedimiento.

#### IV.2. La función del procedimiento en el marco de la gobernanza administrativa: el procedimiento como instrumento de dirección de la administración por parte del parlamento y de dirección del sector por parte de la administración

El procedimiento no opera aquí como una mera herramienta para la correcta aplicación del Derecho material, ni persigue preferentemente controlar la discrecionalidad administrativa en sentido defensivo o *ex post*, como acontece en la primera generación. En escenarios en los que la administración no cuenta con un conjunto de soluciones preparadas por el legislador, a modo de instrucción, hoja de ruta o receta, la institución del procedimiento cumple una finalidad de dirección, y no es ya un mecanismo de aplicación del Derecho, sino de creación e innovación jurídicas, de búsqueda de soluciones. Satisface así una función de guía y dirección de carácter positivo, previo y sistemático, puesto que es capaz de condicionar *ex ante* y predeterminar a través suyo la acción administrativa futura en un doble sentido:

Por un lado, porque el parlamento dirige la acción administrativa en la medida en que decide cómo ha de decidir la administración en aquellos ámbitos en los que la ley no puede anticiparse a la realidad, esto es, cuando el parlamento no puede diseñar un programa de actuación concreto y determinado. Así, por ejemplo, el legislador no sabe si se podrá autorizar un futuro medicamento para el consumo humano, pero sí puede decidir cómo habrá de tomarse esa decisión: mediante el consenso de una red de científicos, sin la presencia de los laboratorios farmacéuticos, entre otras. Es decir, mediante reglas de procedimiento.

93

TRES  
GENERACIONES  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
  
THREE  
GENERATIONS OF  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

Y, por el otro lado, porque la administración dirige el sector mediante la exigencia de normas de procedimiento aplicables a los restantes actores, públicos o privados, que participan en el proceso regulatorio. Así, por ejemplo, la administración puede supervisar si los códigos de conducta establecidos a través de la autorregulación sobre la prestación de cada servicio económico a escala europea —elementos estos con una clara dimensión procedimental— se han formulado con la suficiente representatividad, consenso y transparencia.

Pues bien, las reglas de procedimiento tienen mucho que decir en la elaboración y en el desarrollo de estas nuevas políticas públicas (cuadros 3 y 4). Al procedimiento le preocupa satisfacer muchas de las necesidades que aquellas demandan. Por ejemplo, una mayor responsabilidad del ciudadano en la gestión del procedimiento —instrucción del procedimiento en los supuestos de licencias medioambientales, comunicación de la actividad proyectada frente a la autorización en el ámbito de la prestación de servicios—, el constante intercambio de información entre administraciones a todos los niveles, la evaluación de las distintas opciones o alternativas, el análisis de impacto regulatorio o de coste-beneficio, la supervisión de las decisiones adoptadas y su modificación cuando se detecte la desviación de los objetivos propuestos, entre otras.

#### IV.3. Algunas notas de los procedimientos de tercera generación

Cuando hablamos de procedimientos administrativos de tercera generación no hacemos referencia necesariamente a un proceso lineal, secuencial y sucesivo que conduce a una decisión, como sucede tradicionalmente en la primera generación.

De entrada, puede tratarse de procedimientos completos, de procedimientos compuestos o escalonados en los que intervienen diversas administraciones nacionales y supranacionales, de componentes aislados, de un principio, de un derecho, y un larguísimo etcétera.

Además, esos elementos acompañan las distintas fases en que puede descomponerse el ciclo de la política pública de que se trate: la construcción de prioridades o fijación de agenda, así como también análisis, evaluación, debate y discusión sobre las diversas alternativas, su posterior aprobación, y la aplicación supervisión y modificación de estas. Mientras los procedimientos administrativos de primera generación se limitan a aplicar la ley y, en consecuencia, adquieren una estructura característica, propia de los procesos de aplicación del Derecho, en la tercera, por el contrario, se trata de hallar una solución no escrita, de establecer una nueva regla, estándar o criterio, y de hacerlo además en conjunto —pues todos son necesarios— y sin que tenga el producto final



un carácter definitivo, ya que se trata de ámbitos y sectores marcados por la incertidumbre y el constante cambio y aprendizaje. La luz verde para volar ante la erupción de un volcán y la expulsión de cenizas puede cambiar a cada instante, como también la autorización ambiental o la licencia para comercializar un producto farmacéutico. Nos movemos, en otras palabras, en escenarios mucho más complejos.

En ese proceso regulatorio participan no solo las administraciones territoriales y los organismos reguladores investidos de autoridad, sino también otros actores, como entidades y empresas del sector público —sociedades sujetas al Derecho privado, por ejemplo—, el sector privado en régimen de autorregulación —normalización de productos, por ejemplo—, el sector privado en el desempeño o prestación de servicios de interés general —sectores regulados—, las organizaciones privadas subvencionadas —organizaciones no gubernamentales, por ejemplo—, contratistas de la administración, el público, entre otros. Los procedimientos de tercera generación se extienden, con las necesarias adaptaciones, por esos territorios, en la medida en que cada actor contribuye de alguna manera al conjunto.

Ello significa, en síntesis, que el procedimiento se extiende no solo a (i) las administraciones públicas cuando actúan predominantemente en modo cooperativo, sino también (ii) al sector privado en cuanto se inscribe en el proceso regulatorio —autorregulación, sectores regulados, actividades subvencionadas, incluso actividades meramente privadas—, y (iii) al sector público. Así, y a mero título de ejemplo, el procedimiento se ocupará de resolver, en el primer caso (i), los problemas de intercambio de información entre las administraciones actuantes, y entre estas y el público o los interesados —procedimientos de evaluación estratégica ambiental, procedimientos de los organismos reguladores en materia de telecomunicaciones, etcétera—, así como la forma de hallar un consenso entre los expertos —procedimientos de aprobación para el consumo humano de un medicamento, por ejemplo—. En el segundo caso (ii), el procedimiento se proyecta para asegurar, por ejemplo, la transparencia del sector privado en la toma de decisiones que afectan a los interesados, consumidores o usuarios —mediante la publicidad, el acceso a la información, o la sujeción a los principios de la contratación administrativa—, o para garantizar la representatividad de todos los productores o prestadores de servicios en el ámbito de la autorregulación, entre otras cosas. En el tercer supuesto (iii), las exigencias procedimentales pueden referirse igualmente a la transparencia en la toma de decisiones, a la publicidad de sus actividades y del presupuesto, a la observancia y control de los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad, al respeto de los principios de la contratación pública, entre otros.

95

TRES  
GENERACIONES  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
THREE  
GENERATIONS OF  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

El procedimiento de tercera generación es, pues, público y privado. Sirve de correa de transmisión de los valores que encierran los principios constitucionales estructurales —principio democrático, Estado de Derecho, eficacia—, y cumple una función sustantiva: participa activamente en el proceso regulatorio en modo o clave de cooperación.

Los procedimientos de tercera generación, por otra parte, comprenden procesos decisorios —decisiones singulares, normas infralegales—, y no decisorios —análisis, obtención e intercambio de información, acciones de supervisión y vigilancia, por ejemplo—.

Entre los procedimientos decisorios de tercera generación que tienen por objeto resoluciones singulares se pueden citar los procedimientos simplificados de la directiva de servicios de 2006<sup>17</sup>, en la medida en que esta norma aboga por la mera comunicación de la actividad proyectada, lo que supone, primero, una transferencia al ciudadano de la responsabilidad de observancia de la legalidad —con los costes que ello implica—, y, en segundo lugar, una colaboración interadministrativa en el espacio europeo sumamente avanzada —entiéndase que la simplificación del procedimiento significa de ordinario un trabajo técnicamente más elaborado y sofisticado por parte de la administración—.

Pero el procedimiento de tercera generación se preocupa también por la elaboración de normas reglamentarias, tales como la elaboración del planeamiento territorial y urbanístico con una participación y diálogo entre administraciones y el público más intenso y efectivo, la elaboración de las circulares de un organismo regulador en materia de telecomunicaciones, en una forma más participada o con una iniciativa mayor en manos de los operadores para hacer propuestas, asimismo, la elaboración de documentos de Derecho indicativo o *soft law* —como manuales, recomendaciones, vademécum, revisión por pares, entre otros—, y reglas de representatividad de los sujetos privados dentro de la autorregulación cuando elaboran normas técnicas.

Son numerosas, y, en ocasiones, más que relevantes, las fórmulas, los criterios o los principios de procedimiento que, sin desembocar directamente en la toma de decisiones, tienen por objeto satisfacer las múltiples necesidades de las nuevas formas de trabajo y la elaboración de las políticas públicas: obtención e intercambio de información<sup>18</sup>, consultas para identificar las prioridades de una determinada política,

17 Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Diario Oficial L 376 del 27 de diciembre de 2006).

18 Por ejemplo, en lo que hace a la CMT, responden a esta idea del procedimiento como intercambio de información los requerimientos de información de carácter formal a que se refiere el artículo 9 LGT, los requerimientos informales de información por cualquier medio (correo electrónico, teléfono), el intercambio de información sin requerimiento (entre organismos reguladores, por ejemplo, a través del European Regulatory Group o cualquier otro foro) y las comunicaciones constantes de los operadores hacia el organismo regulador (sin requerimiento previo), etcétera.

colaboración entre organismos reguladores, evaluación periódica de las opciones políticas, análisis de los efectos, etcétera.

97

#### V. TRES GENERACIONES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: TRES «TEORÍAS GENERALES»

La manera en la que nosotros pensamos el procedimiento está muy lejos de corresponder con la manera en la que se llevan a cabo o se cursan los procedimientos en la realidad. Hay modelos muy diferentes —los que llamamos «generaciones»— que, sin embargo, se explican a la luz de una teoría que tan sólo da cuenta, y muy parcialmente, de uno de todos esos modelos.

Con la expresión, conscientemente exagerada, que encabeza el presente epígrafe, se quiere llamar la atención sobre la necesidad de distinguir y matizar, hasta donde sea necesario, cada uno de los pilares o elementos del procedimiento administrativo clásico. La instrucción del procedimiento, la participación, la motivación de las decisiones, los vicios del procedimiento —mucho más exigente en la última generación—, la estabilidad y conservación del producto final, y tantas otras cosas relacionadas a él no admiten una consideración unitaria y uniforme.

Veámoslo, a mero título de ejemplo, con la transparencia.

Aquí, como en otros elementos, no se puede hablar de «la» transparencia, sino de «las» diversas formas de transparencia, según el tipo de procedimiento del que se trate y, en última instancia, de acuerdo con las distintas formas o modos de regulación y administración en los cuales aquel se inscriba. La transparencia constituye, en ese sentido, un fenómeno transversal que recorre y atraviesa el terreno de las tres generaciones.

En lo que aquí interesa —la modulación o proyección de la transparencia en los procedimientos administrativos—, cabe apreciar una diversa fisiología y finalidad en cada generación, y, dentro de estas, en cada subtipo o especie. En otras palabras, el derecho de acceso a la información administrativa, cuando menos en el marco del procedimiento, no es reconducible a la unidad, a un régimen unitario, puesto que, según se inserte en una u otra generación y especie, responderá a funciones y estructuras diversas. Una cosa es, por ejemplo, el acceso a la información administrativa con fines de defensa de los propios derechos e intereses, y otra, muy distinta, el acceso a la información medioambiental del público como instrumento de supervisión y control de la legalidad medioambiental —y, más ampliamente, de la política en materia de medio ambiente o el derecho de acceso a la información para su reutilización—. Son magnitudes diferentes, sin perjuicio de que participen de raíces y fundamentos comunes.

TRES  
GENERACIONES  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
THREE  
GENERATIONS OF  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

Así, en buena parte de los procedimientos de aplicación del Derecho material o de primera generación, la transparencia se expresa, por ejemplo, en el derecho de acceso al expediente en que se articula el procedimiento, o en el acceso a otros expedientes análogos para su contraste o comparación, así como en una motivación adecuada de la decisión adoptada. Es decir, presenta una evidente vertiente defensiva. El acceso a la información, en efecto, permite diseñar una estrategia defensiva frente a actos administrativos potencialmente de gravamen o restrictivos de derechos. En otros casos, por el contrario, como acontece en los procedimientos de carácter o contenido prestacional, la transparencia asegura el ejercicio de otros derechos, como en materia de medio ambiente. La información facilita la elección. Así, por ejemplo, el procedimiento de solicitud de información ambiental, si desemboca en la entrega de la información requerida, podrá permitir el control y la supervisión de la acción administrativa y del sector privado, y actuar en consecuencia. El ciudadano se convierte en un eventual agente fiscalizador del respeto al medio ambiente. La transparencia aquí constituye un instrumento regulatorio: el público como sujeto activo, al que se le reconoce la acción popular<sup>19</sup>. Otro supuesto lo constituye el procedimiento de solicitudes de reutilización de documentos administrativos —información social, económica, geográfica, meteorológica o turística y sobre empresas, patentes y educación—, sea o no con fines comerciales, cuyo objetivo radica en asegurar un mercado interior en el acceso a materia prima tan esencial como la información administrativa —en condiciones equitativas, proporcionadas y no discriminatorias—. La transparencia en el procedimiento de autorización y de puesta a disposición del documento asegura esas condiciones, así como la observancia de las normas de la competencia<sup>20</sup>.

En suma, cuando se trata de un procedimiento que puede desembocar en un acto potencialmente limitativo acordado por una administración imperativa, la transparencia contribuye a la defensa individual. Cuando, por el contrario, estamos ante procedimientos con un cierto carácter prestacional —como el de acceso a la información medioambiental o el de reutilización de la información administrativa—, la transparencia cumple otras finalidades de naturaleza regulatoria. Es decir, funge como instrumento de control y supervisión, y de garantía de la competencia en el mercado único del bien en cuestión —como sucede en el caso europeo, por ejemplo—.

19 Véase los artículos 20 y siguientes de la ley 27/2006, del 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

20 Ley 37/2007, del 16 de noviembre, sobre la reutilización de la información del sector público (artículos 10 y siguientes), así como la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público.

En los procedimientos de segunda generación, y habida cuenta de que se trata de procesos que siguen un curso de arriba hacia abajo o de secuencia jerárquica en donde la administración sabe lo que quiere —por ejemplo, tiene clara la filosofía que ha de presidir un anteproyecto de ley, el desarrollo reglamentario que ha de darle a una concreta ley, o el contenido de un plan urbanístico—, la transparencia garantiza el conocimiento anticipado de lo perseguido y, por consiguiente, la defensa y participación del colectivo afectado y, si fuera el caso, la búsqueda del consenso. Sirve, además, en un sentido más amplio, como presupuesto o nutriente del derecho a ser informado.

En la tercera generación, la transparencia cumple funciones diversas y heterogéneas, como heterogéneos son los procedimientos o elementos procedimentales que conviven bajo su rúbrica. Si el entorno y hábitat en el que estos viven reside en la colaboración —sea entre administraciones y/o con el sector privado—, la transparencia representa aquí el aire que respira el entero proceso, el presupuesto inexcusable para que una tal colaboración pueda producirse, primero, cuando esta se extiende a todas las fases del ciclo de las diversas políticas públicas —fijación de prioridades y agenda, determinación de las líneas básicas, ponderación de las diversas opciones, aprobación definitiva, constante revisión sobre su efectividad, modificación, entre otras—, y segundo, y no menos importante, cuando intervienen una multiplicidad de sujetos o actores, públicos y privados, insertos en una red o proceso regulatorio. La transparencia se convierte, entonces, en la lengua franca que permite la participación de todos. A ello se añade que cada actor estatal o no estatal, todo agente público o privado, en cuanto participantes en el proceso regulatorio, ha de ser objeto de control y ha de rendir cuentas de modo continuado, para lo que la transparencia relativa a esa específica función regulatoria resulta ser un presupuesto inexcusable.

A partir de ahí la transparencia puede adoptar una multiplicidad de expresiones, en virtud de las especies o los subtipos de procedimientos de tercera generación. Se trata de deberes u obligaciones que se sustancian a través de reglas de procedimiento. A continuación, las describimos.

- Administraciones territoriales en modo cooperativo (colaboración interadministrativa y público-privado): nos referimos, por ejemplo, la transparencia en la evaluación estratégica ambiental hace viable la participación del público y de las administraciones interesadas, ya que representa la sangre que circula por el entero sistema. El acceso a la información en el marco del procedimiento de evaluación estratégica ambiental posibilita una decisiva participación del público en general y de otras administraciones. En ese sentido, entraña una forma de corresponsabilidad de los sujetos participantes

99

TRES  
GENERACIONES  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOTHREE  
GENERATIONS OF  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

en el proceso regulatorio. El acceso a la información responde aquí, de nuevo, a una estrategia regulatoria: el público y otras administraciones podrán impedir opciones políticas por parte de las administraciones responsables que sean contrarias a un crecimiento sostenible, en la forma en que este haya sido apreciado en el curso del procedimiento.

- Sector público sujeto al Derecho privado: pueden servir como instrumento de control, por ejemplo, la publicidad del gasto realizado, la motivación de las decisiones adoptadas, o la contratación de acuerdo con los principios de la contratación pública y su inherente transparencia, entre otros.
- Sector privado en régimen de autorregulación: en la medida en que ostenten un poder delegado —para establecer, por ejemplo, el código de conducta de una profesión o las normas técnicas de elaboración de un producto—, la transparencia asegura la fiabilidad y representatividad de los intervinientes, a fin de asegurar que ningún sector o empresa dominante imponga sus propios criterios.
- Sector privado en el desempeño de servicios públicos o actividades de interés general («sectores regulados»): la transparencia permite elegir al consumidor e invertir con conocimiento de causa. De ahí la necesidad del acceso de la información en manos de estas compañías, y la obligación de difundir e informar tanto al público como al organismo regulador, señaladamente de aquellos extremos que afecten a la esencia del servicio: universalidad, precio razonable y calidad. En la medida en que el sector privado participa en el proceso regulatorio —mediante la prestación de servicios de interés general— resulta exigible la aplicación de las normas de acceso a la información administrativa, aunque esta deba ya serlo por analógica y al estar ajustada a la flexibilidad propia del Derecho privado. Otro ejemplo lo constituye la transparencia en la contratación que realizan, se sujete o no a los principios de la contratación administrativa; etcétera.
- Actividades de entidades privadas, con o sin ánimo de lucro, que sean subvencionadas con fondos públicos (investigación, economía, cultura, educación, cooperación, asistencia, entre otras): la transparencia podrá manifestarse en la publicación de los beneficiarios y en los motivos de la adjudicación, en la cuantía de las subvenciones, en su destino y en la justificación final, etcétera.
- Contratistas de la administración: respecto de terceros, la transparencia puede servir para informar sobre el servicio,

así como también puede ejercer de control y de garantía, de respeto a los valores y a los derechos constitucionales, tales como la igualdad y la no discriminación, la proporcionalidad, y, según los casos, el respeto al medio ambiente y a la vida, la protección de la infancia, de la salud, entre otros.

El fundamento último que justifica la aplicación de los principios y valores del procedimiento administrativo —con las necesarias adaptaciones, desde luego— radica en que esas actividades, aunque sujetas al Derecho privado, en realidad se integran en un único y complejo proceso regulatorio. El Derecho privado opera aquí como un instrumento de colaboración e interacción con el Derecho público, no como un puerto franco ni como una zona exenta de los valores y principios que acompañan a la regulación, al gobierno y a la administración. En las últimas décadas, el sector privado ha comenzado a desempeñar relevantes funciones públicas, así como numerosas actividades económicas de interés general que antes correspondían a la administración. Es lógico esperar que las garantías y los deberes hacia los ciudadanos —que incumbían a la administración cuando realizaba por sí misma esas tareas— se desplacen ahora hacia los actores no estatales cuando se integran en este proceso regulatorio.

## 101

TRES  
GENERACIONES  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOTHREE  
GENERATIONS OF  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

## Cuadro 1 Características y déficits que el procedimiento administrativo tradicional presenta

### Introducción\*

	<b>Notas características del procedimiento administrativo tradicional</b>	<b>Algunos ejemplos de los déficits de la legislación de procedimiento administrativo tradicional</b>
<b>Ámbito de aplicación</b>	El ámbito subjetivo de la legislación se circunscribe a las administraciones públicas y a las entidades de Derecho público «cuando ejerzan potestades administrativas» (artículo 2.2).	La legislación tradicional de procedimiento no contempla, por ejemplo, la acción administrativa sujeta al Derecho privado.
<b>Concepto</b>	El procedimiento administrativo constituye un proceso decisorio: el procedimiento tiene por objeto la adopción de decisiones que habrán de desembocar en actos, contratos o normas. En otras palabras, el procedimiento clásico nace ligado a supuestos y situaciones específicas a las que pretende dar respuesta.	<p>Por tanto, quedan fuera de su consideración aquellos procedimientos que no están diseñados —al menos de modo directo— para concluir en la adopción de una concreta decisión, puesto que su objeto consiste, más bien, en la obtención y el tratamiento de la información. Algunos ejemplos serían los procedimientos de control de subvenciones, los procedimientos de elaboración de la cartografía medioambiental, etcétera.</p> <p>Tampoco caen dentro de la definición del procedimiento como proceso decisorio las actividades y prestaciones materiales que lleva a cabo la administración, como asistencia social, mediación, entre otras.</p>
<b>Estructura y morfología</b>	Es un proceso formal. La legislación regula la actividad administrativa que se sujeta a un procedimiento formalizado cuyo objeto final es, igualmente, una decisión formal (acto, contrato, reglamento). Asimismo, presenta una estructura lineal, secuencial y sucesiva.	<p>Ello excluye, por ejemplo, la acción administrativa no formalizada (negociaciones previas y tratos preliminares, consultas, asesoramiento, etcétera), la elaboración de los instrumentos de carácter no vinculante (mecanismos de Derecho indicativo o <i>soft law</i>, donde se incluyen las recomendaciones, interpretaciones, guías, etcétera).</p> <p>Puede presentar otras estructuras o representar elementos o componentes de procedimiento aislados.</p>
<b>Producto típico del procedimiento</b>	El producto característico de la legislación de procedimiento es el acto administrativo singular —en particular, de gravamen—.	El reglamento, por ejemplo, ocupa un lugar muy secundario —salvo excepciones, como en la ley federal estadounidense de procedimiento—.



## 103

TRES  
GENERACIONES  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOTHREE  
GENERATIONS OF  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

	<b>Notas características del procedimiento administrativo tradicional</b>	<b>Algunos ejemplos de los déficits de la legislación de procedimiento administrativo tradicional</b>
<b>Finalidad de aplicación normativa / creación del Derecho</b>	<p>El procedimiento constituye un instrumento para la correcta aplicación del Derecho material. El procedimiento administrativo posee una función secundaria respecto del Derecho sustantivo. Si la resolución final es conforme con la legalidad, la infracción de procedimiento carece de relevancia en muchos casos.</p> <p>El procedimiento, inserto en la clásica división entre la creación del Derecho y su aplicación, se concibe esencialmente como un instrumento al servicio de la segunda.</p>	<p>No tiene en cuenta, por ejemplo, el procedimiento como foro para la creación o búsqueda de la mejor solución no predeterminada por la ley.</p> <p>El procedimiento no acompaña el ciclo completo de las políticas públicas.</p> <p>En la legislación tradicional, no se contempla el procedimiento como un mecanismo que se extiende a todas las fases, preparación de la política pública, establecimiento de prioridades, toma de decisiones, desarrollo, aplicación, revisiones y modificación, control, etcétera.</p>
<b>Actividad de ejecución</b>	<p>La única actividad de ejecución o de aplicación del Derecho que se recoge es la ejecución forzosa. Se parte de la premisa de que las fases de creación y de aplicación se hallan rígidamente separadas.</p>	<p>No se hace referencia a la búsqueda del consenso o a la cooperación público-privado en la ejecución y en el desarrollo de la norma. A su vez, no se regula —ni parece formar parte del procedimiento— la supervisión o el control de las decisiones adoptadas. Nos referimos, por ejemplo, a las autorizaciones provisionales, a los efectos indeseados o no previstos de una evaluación medioambiental, entre otros.</p>
<b>Acción administrativa interior / exterior</b>	<p>La legislación de procedimiento mira «hacia adentro».</p>	<p>Descuida las relaciones interadministrativas en el plano europeo e internacional.</p>
<b>Canales de comunicación administración - ciudadano</b>	<p>La comunicación entre la administración y el ciudadano se encuentra definida en términos muy estrechos. La posición de los interesados y de sus derechos e intereses —amparada por la seguridad jurídica, de un lado, y la de la administración, defensora en exclusiva de los intereses generales, de otro— está definida de un modo rígido y distante.</p> <p>En consecuencia, la instrucción del procedimiento se realiza de oficio, con un carácter un tanto paternalista.</p>	<p>No se regula la instrucción practicada por el sujeto privado, como sucede, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente.</p>
<b>División de poderes</b>	<p>Comprensión del principio de separación de poderes como sinónimo de funciones rivales.</p> <p>Desde la estrecha comprensión tradicional del principio de división de poderes, el ejecutivo —un término que en tantos sistemas jurídicos sirve para designar al gobierno y a la administración— se limita a «ejecutar» y a «administrar», y, en consecuencia, no formula políticas públicas. Como se trata tan solo de eso, el procedimiento adquiere una estructura a imagen y semejanza del proceso, bien sea con la rúbrica estadounidense del <i>due process</i>, de la británica <i>natural justice</i> o de la francesa de los «derechos de defensa».</p>	<p>Las tres funciones son complementarias y aliadas: las nuevas formas de dirección y gobernanza se alejan de ese reduccionismo y reclaman una comprensión del procedimiento que no responda a una estructura procesal para abarcar el ciclo completo de la política pública.</p>

	<b>Notas características del procedimiento administrativo tradicional</b>	<b>Algunos ejemplos de los déficits de la legislación de procedimiento administrativo tradicional</b>
<b>Vertiente defensiva / activa</b>	<p>El procedimiento presenta un carácter negativo o defensivo frente a la arbitrariedad y al abuso de poder de la administración. Por ello, el procedimiento decisorio pretende garantizar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• que las decisiones sean imparciales;</li> <li>• que sean adoptadas por el órgano competente;</li> <li>• que se respeten los derechos de los ciudadanos.</li> </ul> <p>El procedimiento opera como un mecanismo de control del poder.</p>	<p>El procedimiento administrativo en positivo, como instrumento que garantice un correcto y eficaz ejercicio de la discrecionalidad:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• que las decisiones discrecionales sean razonables y eficaces;</li> <li>• que se condicionen y enmarquen dentro de una sólida participación y transparencia;</li> <li>• que ponderen todos los bienes, derechos e intereses en presencia.</li> </ul> <p>El procedimiento representa un instrumento de dirección del poder.</p>
<b>Rigidez / flexibilidad de los elementos del procedimiento</b>	<p>Los procedimientos son «duros» y rígidos.</p> <p>Se establecen requisitos muy poco flexibles sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• el alcance de la participación y el momento en que se produce;</li> <li>• los canales de participación y la forma de intercambio de información;</li> <li>• el modo y la forma en que ha de tomarse la decisión.</li> </ul>	<p>Resultan escasos los requisitos procedimentales de carácter «blando» y flexible.</p> <p>Esto ocurre cuando se busca una:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• comunicación abierta;</li> <li>• participación fluida;</li> <li>• deliberación basada en la búsqueda del consenso.</li> </ul>

\*Se toma como ejemplo la Ley Española de Procedimiento Administrativo (ley 30/1992 de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Cuadro 2  
Modelo de administración que subyace a la legislación  
de procedimiento administrativo tradicional

Introducción

	Modelo de administración de la legislación tradicional de procedimiento administrativo	Algunos ejemplos de modelos de administración ignoradas en la legislación tradicional de procedimiento administrativo
<b>Modelo básico de actuación administrativa</b>	La administración característica de la LPA es la propia de la actividad administrativa de policía (orden y seguridad públicas), o, más ampliamente, la de una administración que actúa con <i>imperium</i> .	Otras formas y modalidades de administración son ignoradas; por ejemplo, la administración que garantiza la prestación en el ámbito de la autorregulación regulada; la administración que coopera con los sujetos privados; la administración que trabaja en común con otras administraciones en el espacio europeo e internacional; la administración prestacional; la administración mediadora; etcétera.
<b>Estructura de la administración</b>	Es una administración jerárquica, cerrada y piramidal. Está diseñada para transmitir órdenes e información de arriba hacia abajo.	No contempla la administración en red, la cual coopera horizontal y verticalmente con otras Administraciones, ni tampoco los organismos reguladores de los sectores regulados, entre otros.
<b>Técnicas coercitivas</b>	La legislación de procedimiento concibe a la administración como una organización que dicta resoluciones unilaterales y obligatorias, acompañadas de técnicas coercitivas.	No tienen espacio en la legislación general del procedimiento: la administración que informa, la administración que elabora instrumentos de Derecho blando, la administración que realiza actividades materiales, entre otras.
<b>Organización administrativas e información</b>	El flujo de información dentro de la estructura interna de la administración carece de interés para la ley. Las técnicas de colaboración que se siguen en los procedimientos que se utilizan en el marco del método tradicional —por ejemplo, la evacuación de informes de una administración a otra en los procedimientos de elaboración del planeamiento territorial— resultan pobres e insuficientes en muchos casos.	Por ejemplo, la obtención, el procesamiento y el intercambio de información que requiere la administración en el marco de la autorregulación regulada —y, más aún, de las administraciones del espacio comunitario— no es objeto de atención.
<b>Participación y colaboración inter-administrativas</b>	La participación de otros órganos u administraciones en el curso del procedimiento clásico ocupa un lugar secundario. El procedimiento no está concebido como un instrumento de colaboración interadministrativa: se trata de una administración encerrada en sí misma.	En consecuencia, quedan fuera de la legislación tradicional, por ejemplo, la administración «compuesta» o conjunto de administraciones que actúan en conjunto dentro del espacio europeo, y, más ampliamente, todos los supuestos en los que la colaboración no se basa en un encuentro puntual ni en una relación jerárquica, o en aquellos donde no se asienta sobre las premisas de una posición fragmentada o sectorial.
<b>Administración interna / exterior</b>	Es una administración «estado-céntrica», que no opera más allá de las fronteras nacionales.	No contempla a la administración nacional en su condición de administración comunitaria, menos aún en la acción administrativa internacional.

Fuente: elaboración propia

105

TRES  
GENERACIONES  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO

THREE  
GENERATIONS OF  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

Cuadro 3  
De la regulación tradicional a la gobernanza

	Modelo clásico de regulación	Nuevas formas de dirección y gobernanza
<b>Naturaleza del Derecho</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Predominio de normas de carácter material o sustantivo.</li> <li>• Derecho emanado desde un único centro.</li> <li>• Derecho imperativo (prohibiciones y mandatos).</li> <li>• Normas abstractas, generales y rígidas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Elevado número de normas de procedimiento.</li> <li>• Derecho emanado de forma descentralizada.</li> <li>• Pluralidad de centros de producción normativa.</li> <li>• Normas flexibles y adaptadas al contexto y a las variables.</li> <li>• Coordinación descentralizada y en red.</li> <li>• Autorregulación (Derecho reflexivo).</li> </ul>
<b>Organización institucional</b>	Organización jerárquica, piramidal y formal (estructurada de arriba hacia abajo)	Organización horizontal estructurada en forma de red.
<b>Actores fundamentales</b>	Estado centralizado, como sujeto protagonista.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cooperación entre los múltiples niveles de gobierno (local, regional, transnacional, internacional).</li> <li>• Participación de múltiples agentes públicos y privados.</li> <li>• Descentralización y principio de subsidiariedad.</li> </ul>
<b>Proceso de creación del Derecho</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El Derecho es estático y estable, permanece «petrificado» hasta su derogación.</li> <li>• Regulación es dictar órdenes, mandatos y prohibiciones.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El Derecho es un proceso abierto, dinámico, y en constante adaptación.</li> <li>• Gobernar es un proceso de aprendizaje y de innovación.</li> <li>• Los nuevos modelos están mejor posicionados para aceptar la incertidumbre y la diversidad, para ensayar y avanzar de forma repetitiva a la búsqueda de soluciones eficaces.</li> <li>• El Derecho tiene por objeto promover prácticas que permitan la revisión y la mejora constantes.</li> </ul>
<b>Modos de acción</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Canales formales de actuación</li> <li>• Actividad administrativa de policía.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pluralidad de canales de actuación.</li> </ul>
<b>Función de los agentes privados</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El individuo es objeto de la regulación.</li> <li>• El individuo es un sujeto que puede o no cumplir la norma</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El individuo participa activamente en la producción normativa.</li> <li>• Ciudadano activo</li> </ul>
<b>Coactividad del Derecho</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho «duro» o imperativo, acompañado de técnicas coercitivas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho indicativo o «blando».</li> <li>• Cooperación voluntaria</li> </ul>
<b>Uso del conocimiento y de la información</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La información que ofrece el ciudadano es selectiva por miedo a incurrir en responsabilidad.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La información es compartida y el flujo permanente.</li> </ul>
<b>Marco procedimental</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El procedimiento tiene carácter defensivo y se centra en el resultado final. El control se produce <i>ex post</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El procedimiento se centra en el proceso mismo. El control se produce <i>ex ante</i>.</li> </ul>

Fuente: Orly Lobel (2004) y elaboración propia

Cuadro 4  
Tres generaciones de procedimiento

Procedimiento administrativo	Modelo de procedimiento	Modelo de administración	Modelo de regulación
<b>Primera generación</b> <b>Procedimiento clásico dictado de actos administrativos</b>	Modelo «judicial»	Administración jerárquica y piramidal.	Tradicional: <i>command and control regulation</i> (actividad administrativa de policía).
<b>Segunda generación:</b> <b>Procedimiento clásico: elaboración de reglamentos</b>	Modelo «legislativo»	Administración jerárquica y piramidal. La administración se limita a ejecutar o «administrar», y no formula políticas públicas.	Tradicional: <i>command and control regulation</i> (actividad administrativa de policía). <ul style="list-style-type: none"> <li>• Normas basadas en el mandato y la prohibición.</li> <li>• Normas emanadas desde arriba.</li> <li>• Administración que actúa imperativamente y con técnicas coercitivas.</li> </ul>
<b>Tercera generación</b> <b>Procedimiento moderno: instrumento que acompaña el ciclo completo de la política pública</b>	Modelo «administrativo»	Administración cooperativa o en red. La administración no solo aplica o ejecuta, sino que formula políticas públicas.	Nuevas formas de dirección, regulación y gobernanza: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Cooperación público-privada.</li> <li>• Cooperación interadministrativa (horizontal y vertical).</li> </ul>

Fuente: elaboración propia

107

TRES  
GENERACIONES  
DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO

THREE  
GENERATIONS OF  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

Cuadro 5  
Características generales de las tres generaciones de procedimiento

<b>Primera generación de procedimientos administrativos</b> <b>Legislación tradicional de procedimiento administrativo</b> (Por ejemplo, Ley Española de Procedimiento Administrativo de 1889)	<b>Segunda generación de procedimientos administrativos</b> <b>Legislación tradicional de elaboración de disposiciones reglamentarias</b> (Legislación de las décadas de los cincuenta y sesenta)	<b>Tercera generación de procedimientos administrativos</b> <b>Normativa sectorial (por ejemplo, EE.UU., U.E.):</b> <b>Medio ambiente</b> <b>Política social</b> <b>Autoregulación</b> <b>Gobernanza internacional y colaboración público-privado</b>
<p>Modelo judicial (actos administrativos puramente aplicativos)</p> <p>El procedimiento es una secuencia de actos de autoridad orientada al dictado de una resolución singular.</p> <p>Rígida separación entre la creación del Derecho y la aplicación al caso.</p>	<p>Modelo legislativo (reglamentos ejecutivos tradicionales)</p> <p>El procedimiento tiene por objeto elaborar una norma infralegal.</p>	<p>Modelo administrativo (nuevas formas de regulación y gobernanza)</p> <p>El procedimiento acompaña el ciclo completo de la política pública. A su vez, se extiende a la formulación de las políticas públicas y sus prioridades, así como también al desarrollo y diseño, y su aplicación efectiva.</p> <p>Mayor integración entre las distintas fases del proceso legal: normación, desarrollo, aplicación, ejecución forzosa, resolución de conflictos, etcétera.</p>
<p>Procedimiento como control de la discrecionalidad administrativa</p>		<p>Procedimiento como dirección de la discrecionalidad administrativa</p>
<p>Procedimiento decisorio (actos administrativos)</p>	<p>Procedimiento decisorio (normas reglamentarias)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Procedimiento decisorio</li> <li>• Procedimiento no decisorio: cubre actuaciones que no están orientadas a una situación concreta (procedimientos de control, de intercambio de información y otros).</li> </ul>
<p>Aplicación de la Ley Material</p> <p>Instrumento para la correcta aplicación del Derecho material (acto administrativo singular)</p>	<p>Desarrollo normativo</p> <p>Instrumento para dictar una norma de desarrollo (reglamento ejecutivo) o para la aprobación de un plan territorial o urbanístico.</p>	<p>Creación y aplicación del Derecho</p> <p>Instrumento para hallar la mejor solución posible no predeterminada por la Ley Material</p> <p>(disolución de las fases «creación del Derecho – aplicación»)</p>
<p>El procedimiento no se preocupa de la aplicación más allá de la ejecución forzosa.</p>	<p>La aplicación de la norma queda fuera del procedimiento, más allá de las situaciones conflictivas.</p>	<p>La aplicación forma parte esencial del procedimiento y acompaña toda la vida de la resolución (incluye el control y la supervisión).</p>
<p>Obtención de la información: principio de instrucción de oficio</p>	<p>Obtención de la información: información pública</p>	<p>Obtención de la información: cooperación público-privada y cooperación interadministrativa</p>

Fuente: elaboración propia

Recibido: 05-07-11  
Aprobado: 08-08-11

# Avances a los diez años de vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Ten years in force of the General Administrative Procedure Law: progress

MILAGROS MARAVÍ SUMAR\*

**Resumen:** En el artículo, la autora analiza lo ocurrido en estos diez años con respecto a temas como los principios del procedimiento administrativo, la simplificación administrativa, los procedimientos sancionadores, el control difuso en sede administrativa y el silencio administrativo.

**Palabras clave:** Ley del Procedimiento Administrativo General – principios del procedimiento administrativo – simplificación administrativa – procedimiento sancionador – control difuso en sede administrativa – silencio administrativo

**Abstract:** In this article the author analyzes what happened in these ten years regarding issues such as administrative procedure principles, administrative simplification, sanctioning proceedings, administrative site diffuse control and administrative silence.

**Key words:** General Administrative Procedure Law – principles of the administrative procedure – administrative simplification – sanctioning proceeding – diffuse control in administrative site – administrative silence

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.- I. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- II. SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA.- III. LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES.- IV. EL CONTROL DIFUSO DE LA ADMINISTRACIÓN.- V. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO.- VI. CONCLUSIÓN.

## INTRODUCCIÓN

Se cumplen diez años de la vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General 27444 (LPAG) y, habida cuenta del tiempo transcurrido y de la experiencia desarrollada, es preciso destacar que el balance es positivo en términos de técnica legislativa, lo cual ha sido objeto de reflexión nacional y comparada en los congresos nacionales de Derecho

---

\* Es abogada graduada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y cuenta con título de maestría en Administración pública por el Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid. Como socia del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados lidera el área de Derecho administrativo. Es profesora de la maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Continental y del diplomado de Derecho Administrativo Económico de la UPC en Lima. Correo electrónico: mmaravi@rubio.pe.

administrativo organizados por la Pontificia Universidad Católica del Perú y por nuestra Asociación Peruana de Derecho Administrativo, las cuales han acompañado su vigencia y han sido recogidos en sendas publicaciones<sup>1</sup>. Nuestra ley es una buena norma que ha regido el desarrollo de los procedimientos administrativos en los ámbitos nacional, regional y municipal.

Más allá del aspecto técnico-jurídico, el enfoque y propósito de la LPAG ha sido lo fundamental para los avances en su aplicación. Como señala Juan Carlos Morón:

El nuevo Derecho Administrativo que se propugna, como forma superada del Derecho Administrativo permiso, ha adoptado asumir como suyo el conjunto de valores constitucionales de respeto a la persona humana a sus derechos e intereses, en balance con el ejercicio de las potestades públicas. El artículo III del Título Preliminar de la Ley es clave para entender esta orientación:

«La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

En tal sentido, algunas de las líneas matrices de la nueva ley, en aras de proyectarse como una base para el nuevo Derecho Administrativo democrático, son: delimitar la discrecionalidad administrativa, consagrar derechos sustantivos y previsibilidad a los actos de la Administración, incorporar reglas de modalidad administrativa, darle garantías a los administrados que las entidades respondan los perjuicios ocasionados, erradicar la cultura del secreto en la Administración, promover la eficiencia de las decisiones administrativas, propiciar el debido procedimiento previo a los administrados antes de la tutela judicial efectiva, entre otros»<sup>2</sup>.

Este objetivo fue clave desde un inicio y ya lo decía el año 2001 el mismo Jorge Danós, presidente de la comisión que elaboró la LPAG —la cual, dicho sea de paso, tuve el honor de integrar—:

En nuestra opinión, el impacto de esta nueva ley reguladora de las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos deberá evaluarse tomando en cuenta que modernizará una normativa que

1 *Derecho administrativo contemporáneo*. Ponencias del Segundo Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores, 2007; *El Derecho administrativo y la modernización del Estado peruano*. Ponencias del Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Grijley, 2008; *Modernizando el Estado para un país mejor*. Ponencias del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores, 2010.

2 MORÓN, Juan Carlos. «Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo general». *Gaceta Jurídica*. Octava edición. Lima 2009, p. 15.



data desde hace más de 30 años. La citada ley regula el procedimiento administrativo fiel a los principios democráticos propios de un estado de derecho, con una opción clara a favor de las garantías de los ciudadanos, orientación ésta, que requerirá ser internalizada por las prácticas anquilosadas, y asumida también por los propios ciudadanos para que su eficacia sea plena. En tal sentido, es responsabilidad de la doctrina de Derecho Administrativo nacional formular los desarrollos dogmáticos para el análisis y difusión de los alcances de la nueva ley, evitando la práctica lamentablemente tan extendida en las publicaciones nacionales de limitarse al simple comentario exegético de un texto legal, omitiendo la explicación del fundamento y la razón de ser de las instituciones elaboradas por el Derecho Administrativo que son indispensables para la correcta comprensión de una norma por parte de los operadores administrativos o privados<sup>3</sup>.

En ese sentido, en estos diez años de vigencia de la LPAG se ha desarrollado abundante doctrina nacional que apunta a sustentar su aplicación en beneficio de la ciudadanía, con vigencia de sus derechos y, particularmente, del debido proceso, así como también de lo referido a las entidades públicas, a fin de orientar y potenciar la eficiencia y eficacia de la administración pública.

Siempre una ley resulta perfectible, y eso se ha hecho evidente, por ejemplo, al modificarse las normas de notificaciones para generalizar la notificación por correo electrónico como medio de primera prelación<sup>4</sup>, o al reemplazar el Diario Oficial *El Peruano* la farragosa publicación —en el papel— del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) por su difusión en las páginas web institucionales y el portal del Estado<sup>5</sup>. En lo que se refiere al silencio administrativo, en cambio, se aprobó la Ley 29060 (Ley del Silencio Administrativo (LSA) y el decreto legislativo 1029, que, si bien han impulsado la simplificación administrativa, han errado en técnica legislativa al extraer parte del tratamiento del silencio administrativo de la LPAG. Se trata de un error a enmendar y que pasa por (i) devolver el tratamiento del silencio administrativo a la LPAG; (ii) mantener algunas disposiciones de la LSA, pero en el contexto de la LPAG; (iii) derogar la LSA; y (iv) aclarar en la LPAG los supuestos de

111

AVANCES A  
LOS DIEZ AÑOS  
DE VIGENCIA  
DE LA LEY DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
GENERALTEN YEARS  
IN FORCE OF  
THE GENERAL  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE LAW:  
PROGRESS

3 DANÓS, Jorge. «El proceso de elaboración y aprobación de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General». En *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444*. Lima: ARA Editores, 2001, pp. 32-33.

4 «20.4. El administrado interesado o afectado por el acto que hubiera consignado en su escrito alguna dirección electrónica que conste en el expediente podrá ser notificado a través de ese medio siempre que haya dado su autorización expresa para ello. Para este caso no es de aplicación el orden de prelación dispuesto en el numeral 20.1». (\*) Numeral incluido por el artículo 1 del decreto legislativo 1029, publicado el 24 de junio de 2008.

5 Párrafo modificado por el artículo 1 de la ley 29091, publicada el 26 septiembre 2007: «38.3. El TUPA es publicado en el Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas - PSCE, y en el Portal Institucional».

aprobación automática y de silencio administrativo positivo y negativo. Más adelante trataremos este tema con mayor extensión.

## I. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Uno de los avances más importantes de la LPAG ha sido la aplicación real de una serie de principios que guían la actuación de las entidades públicas y que buscan que los procedimientos administrativos o trámites que la ciudadanía en general y las empresas tienen que realizar sean lo más sencillos y simples posibles, y que se respete el debido proceso —o debido procedimiento administrativo—. Particularmente, este aspecto ha sido relevante.

El desarrollo práctico del principio del debido procedimiento administrativo se ha dado a partir de su reconocimiento en la LPAG. En su artículo 1.2 de su título preliminar, se establece lo siguiente:

Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

Por su parte, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial ha consolidado su exigencia y vigencia. En ese sentido, la doctrina especializada establece que:

[...] la dimensión más conocida del derecho al debido proceso comprende una serie de derechos que forman parte de un estándar mínimo de garantía para los administrados, que a grandes rasgos, *mutatis mutandi* implican la aplicación a la sede administrativa de los derechos concebidos originariamente en la sede de los procedimientos jurisdiccionales. Por lo general, se suelen desprender, los siguientes subprincipios esenciales: el contradictorio, el derecho de defensa, el derecho a ser notificado, el acceso al expediente, el derecho de audiencia, el derecho a probar, entre otros [...]<sup>6</sup>.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de expediente 01387-2009-PA/TC, Lima, CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C. señala lo siguiente:

El derecho al debido proceso administrativo puede ser entendido, en sentido positivo, como la regulación jurídica que de manera previa de-

6 MORÓN, Juan Carlos. «Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General». *Gaceta Jurídica*. Octava edición. Lima, 2009, p. 64.

limita la actuación de los órganos que conforman la Administración Pública para que ésta sea correcta y establece las garantías mínimas de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de los órganos que conforman la Administración Pública dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentran sujetas siempre a los procedimientos previamente establecidos en la ley.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional de expediente 003-2004-AI/T, LIMA, Mateo Eugenio Quispe —en representación del 1% de los ciudadanos del distrito de Ancón— establece lo siguiente:

Es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, «judicial», sino que se extiende también a sede «administrativa». En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

El derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: al juez natural —jurisdicción predeterminada por la ley—, de defensa, a la pluralidad de instancias, a los medios de prueba y a un proceso sin dilaciones. En el caso de autos, la lesión al debido proceso se constata por el uso de un mecanismo inapropiado e indebido para la sanción de nulidad de contratos, más precisamente mediante una ordenanza.

Por lo anterior, se puede verificar que, a los diez años de vigencia de la LPAG, ha habido un avance en la posición de la población ante las entidades públicas por el desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial del debido procedimiento administrativo.

## II. SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Sin embargo, como es obvio y aun pasados diez años, en muchas entidades públicas la LPAG no se cumple. Es cierto que existen muchos casos de buenas prácticas<sup>7</sup>, como también de mejoras en los procedimientos y servicios puntuales de entidades en todo el país<sup>8</sup>, pero

7 Como las veinte sistematizadas por la Presidencia del Consejo de Ministros entre las que se encuentran las experiencias del Servicio de Administración Tributaria (SAT), de la Municipalidad de San Borja, de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) y de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), o las que cada año premia «Ciudadanos al Día».

8 La Presidencia del Consejo de Ministros publica un consolidado de mejoras cada año. Para el 2010, la resolución ministerial 152-2011-PCM aprueba el «Consolidado de mejoras en los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad efectuadas por los entidades públicas de todos los niveles de gobierno durante todo el año 2010» en concordancia con la Política Nacional de

eso no es suficiente porque, en la generalidad de casos, la ciudadanía no percibe que en las entidades públicas no la atienden privilegiando su satisfacción y el cumplimiento de las leyes, sino privilegiando las formalidades y solicitando requisitos excesivos que las entidades bien podrían obviar si compartieran información entre ellas, de manera que no habría razón para cobrar de más ni para demorarse en resolver.

La solución a este problema no es propiamente normativa de la LPAG. La solución es legal en el sentido de que se trata de una actividad de las entidades públicas y servidores públicos, los cuales se rigen bajo el principio de legalidad —y no bajo su libre albedrío—, lo que hace que sus obligaciones estén normadas. Sin embargo, como parece obvio —pero a veces no se asume como tal—, la aprobación de normas no cambia la realidad. En ese sentido, postulamos que la mejora en los procedimientos administrativos se producirá cuando parte de la exigencia a la gestión pública sea la optimización de la atención al ciudadano y la simplificación de procedimientos administrativos.

En ese sentido, para la aplicación de la LPAG en la parte referida al procedimiento administrativo —nos referimos al marco de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo— la presidencia del consejo de ministros, como órgano rector, ha desarrollado el subsistema de simplificación administrativa como parte del sistema de la gestión pública.

El artículo 46 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo 29158 (LOPE) reconoce que entre los sistemas administrativos figura el de modernización de la gestión pública, del cual el Poder Ejecutivo es el órgano rector y, como tal, responsable de reglamentar y operar los sistemas administrativos que son aplicables a todas las entidades de la administración pública, independientemente de su nivel de gobierno.

La simplificación administrativa es un subsistema de la modernización de la gestión pública, el cual es competencia de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) a través de la Secretaría de Gestión Pública (PCM-SGP). La modernización —incluida la simplificación administrativa— es un proceso permanente caracterizado por una constante redefinición de sus objetivos y por su integración sistémica con las entidades públicas. Por eso, el proceso de modernización es considerado un sistema administrativo en el marco de las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE).

---

Simplificación Administrativa y el Plan Nacional de Simplificación Administrativa, donde contabilizan 4815 mejoras traducidas en la simplificación de 3424 procedimientos administrativos. Aquí el detalle de las mejoras realizadas: 1588 reducciones de costos en procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad; 1086 procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad eliminados; 1387 requisitos eliminados en 729 procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad; 534 procedimientos y servicios prestados en exclusividad con reducción en sus plazos de atención; y 220 procedimientos y servicios prestados en exclusividad con mejora en su calificación.

La Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>9</sup> y el Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros (ROF-PCM) permiten identificar que el ente rector del sistema administrativo de modernización de la gestión pública —dentro del cual se incluye la materia de simplificación administrativa— es la PCM-SGP.

De acuerdo al artículo 36 del decreto supremo 063-2007-PCM (ROF-PCM)<sup>10</sup>, la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM-SGP) es el órgano de línea encargado de coordinar y dirigir el proceso de modernización de la gestión pública, y es competente en materia de funcionamiento y organización del Estado, de simplificación administrativa, de ética y transparencia en concordancia con las normas de modernización, de racionalización, de descentralización del Estado, de control interno y del funcionamiento del código de ética de la función pública.

Desde el 2007, como órgano rector, la PCM-SGP ha desarrollado los siguientes instrumentos del sistema:

- La política nacional de simplificación administrativa, aprobada mediante el decreto supremo 025-2010-PCM, que contiene los principios, objetivos y estrategias que deben cumplir todas las entidades públicas para brindar trámites y servicios administrativos valiosos y oportunos a la ciudadanía, sin dejar de dar relevancia a la optimización de procesos.
- El plan nacional de simplificación administrativa, aprobado por la resolución ministerial 228-2010-PCM y que busca la implementación de la política nacional de simplificación administrativa al desarrollar lo siguiente:
  - Metodología de simplificación administrativa, aprobada por el decreto supremo 007-2011-PCM, el cual detalla los pasos, las herramientas y los métodos a utilizar por las entidades de la administración pública para desarrollar proyectos de reingeniería o simplificación administrativa en los procedimientos administrativos o servicios prestados en exclusividad.

9 Ley 27444, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de abril de 2001.

10 «Artículo 36°.- De la secretaría de gestión pública

La Secretaría de Gestión Pública es el órgano de línea que depende jerárquicamente de la Secretaría General, encargado de coordinar y dirigir el proceso de modernización de la gestión pública. La Secretaría de Gestión Pública es competente en materia de funcionamiento y organización del Estado, simplificación administrativa, ética y transparencia en concordancia con las normas de modernización, racionalización, descentralización del Estado, control interno, así como el código de ética de la función pública».

- Metodología de determinación de costos de los procedimientos y servicios administrativos, aprobada por el decreto supremo 064-2010-PCM en cumplimiento del artículo 44, inciso 6, de la LPAG, el cual contiene la nueva metodología para la determinación de costos de los procedimientos administrativos y de servicios prestados en exclusividad.
- Instructivo de equipos de mejora continua. La PCM-SGP viene implementando Equipos de Mejora Continua (EMC) en entidades del Poder Ejecutivo que son grupos multidisciplinarios de servidores públicos, y en virtud a una formación técnica y administrativa *ad hoc* —proceso, metodologías, estadísticas, costos, análisis, reingeniería, innovación y solución de problemas, etcétera— se reúne periódicamente para definir, analizar y resolver los problemas que atañen a la entidad respecto de los procesos y los procedimientos administrativos.
- TUPA Modelo Urbano de Procedimientos Administrativos. TUPA simplificado para Municipalidades Provinciales y Distritales de ciudades capitales urbanas en seis procedimientos claves que son demandados con mayor frecuencia por los empresarios de la localidad: (i) licencia de funcionamiento para establecimientos de hasta 100m<sup>2</sup>; (ii) licencia de habilitación urbana o de edificación; (iii) autorización de anuncio y paneles publicitarios; (iv) autorización para instalación de infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones; (v) autorización de rotura de pistas y calzadas; y (vi) autorización para ocupación eventual de vía pública con fines comerciales.

Además, se está preparando un TUPA modelo rural, una guía de TUPA universitario, el sistema único de trámites y el sistema de trámite documentario.

Sin embargo, todos estos instrumentos solo serán eficaces si van unidos a un presupuesto por resultados de cada entidad pública que contenga indicadores de logros de simplificación administrativa y satisfacción ciudadana.

Asimismo, sería muy importante que las entidades públicas, por encima de esas metas, aprueben cartas de compromiso con la ciudadanía, las cuales estén publicadas en su portal al mismo tiempo que reportes periódicos sobre sus avances de cumplimiento.

### III. LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES

Un avance fundamental se ha producido en los procedimientos sancionadores que tienen principios propios aplicables a ellos, previstos en un capítulo de procedimientos especiales en la misma LPAG. Estos principios son particularmente garantistas por tratarse, justamente, de escenarios en los que se evalúa la comisión de infracciones y la aplicación de sanciones. Las diversas entidades públicas han ido adaptando la fisonomía de sus procedimientos sancionadores conforme a los principios y características de la LPAG, por lo que el Tribunal Constitucional ha desarrollado una importante jurisprudencia para orientar su debida aplicación. Asimismo, la doctrina nacional ha contribuido a precisar la interpretación de la LPAG y a analizar su vigencia<sup>11</sup>.

Recientemente, se ha modificado esta parte de la LPAG mediante el decreto legislativo 1029<sup>12</sup>. Los cambios o modificaciones introducidas por dicha norma son importantes para asegurar que la administración pública ejerza adecuadamente su función sancionadora, tal y como lo señala la doctora Liliana Tamayo: «[...] la modificación introducida por el DL 1029 al artículo 229 de la LPAG constituye un paso imprescindible para el correcto ejercicio de la actividad sancionadora de la Administración Pública en el Perú»<sup>13</sup>.

Dicha norma introduce modificaciones importantes, entre las que destacan las siguientes: (a) en los procedimientos establecidos en leyes especiales se deberán observar los principios de la potestad sancionadora prevista en el artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General; y (b) se dispone que los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en el capítulo sobre el Procedimiento Sancionador de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Sin embargo, queda pendiente perfeccionar algunos aspectos relevantes, tales como son: (i) la incorporación del principio de oportunidad entre los aplicables al procedimiento sancionador; y (ii) regular de manera expresa requisitos para la aplicación de medidas correctivas complementarias a las sanciones, que muchas veces son excesivas y sin oportunidad del afectado de defenderse ante su aplicación.

11 Dos textos muy útiles son (i) el de Juan Carlos Morón en su ya clásico y varias veces reeditado libro sobre la LPAG: MORÓN URBINA, Juan Carlos. «Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General». *Gaceta Jurídica*. Octava edición, título IV capítulo 2, 2009.; y (ii) los capítulos 8 y 9 sobre potestad sancionadora y procedimiento administrativo sancionador de MARAVÍ, Milagros (coordinadora). *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. Lima: UPC, 2009.

12 Decreto legislativo que modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General 27444 y la Ley del Silencio Administrativo 29060 y que fue aprobado mediante el decreto legislativo 1029, publicado en el diario oficial El Peruano el martes 24 de junio de 2008.

13 TAMAYO, Liliana. «El procedimiento administrativo sancionador». En Milagros Maraví (coordinadora). *Sobre La Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. Lima: UPC, 2009 p. 463.

Particularmente necesario nos parece el primer aspecto, ya que la función sancionadora es una más de las que cuentan las entidades públicas para gobernar —entre otras como la normativa, reguladora, supervisora de fiscalización, etcétera— y debe ser un instrumento para ese fin. Una característica de la función sancionadora que no está expresamente recogida en nuestra LPAG es su ejercicio facultativo. En efecto, la potestad sancionadora de la administración pública tiene por finalidad reprimir ciertas conductas en los administrados y desincentivar el incumplimiento del ordenamiento legal. Por eso, como señala Alejandro Nieto:

Frente a principio de legalidad, que implica el deber de perseguir y sancionar las infracciones, el principio de oportunidad establece la posibilidad o permisividad de poner en marcha tales consecuencias jurídicas. O lo que es lo mismo: la Administración no está obligada por ley a castigar sino que simplemente se le autoriza a hacerlo. En los Derechos europeos el principio de oportunidad está absolutamente generalizado: en España por práctica indiscutida, lo mismo que en Francia (Mourgeon, 1967, 303 ss), y en Alemania por imperativo expreso del artículo 47.1 de la Ley Reguladora de las infracciones (OWING): La persecución de las infracciones depende de la discrecionalidad vinculada (pflicht Ermessen) de la Administración sancionadora, quien puede ordenar el archivo del expediente mientras el procedimiento sea de su competencia»<sup>14</sup>.

Como señala el mismo autor, la excepción «la no persecución» debe ser justificada, esto al iniciar o no expediente o decidir archivarlo en cualquier momento antes de la resolución. Por ejemplo, para no cambiar bruscamente de criterio y castigar infracciones que venían siendo toleradas o en situaciones en que medie culpabilidad leve y no estén en juego intereses públicos importantes.

#### IV. EL CONTROL DIFUSO DE LA ADMINISTRACIÓN

En estos diez años se produjo un debate respecto de la facultad de las autoridades administrativas en lo relativo a no aplicar normas inconstitucionales o ilegales, respecto de lo cual el Tribunal Constitucional definió criterios relevantes en el precedente vinculante contenido en la sentencia 3741-2004-AA/TC del caso Salazar Yarlenque. El TC estableció que todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública que imparte «justicia administrativa» con carácter nacional, adscrito al Poder Ejecutivo, tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución y no aplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo.

<sup>14</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2008, p. 132.



Esto de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (i) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; y (ii) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

En la resolución aclaratoria precisa (puntos 7 y 8) que:

7. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

8. Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten «justicia administrativa» con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En sugestivo artículo a este respecto titulado «Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por autoridades administrativas», publicado en la revista *Themis*<sup>15</sup>, Alfredo Bullard hace un análisis del dilema de enfrentar el principio de jerarquía con el de legalidad, y postula que tres elementos pueden ser considerandos para aplicar el control difuso en sede administrativa:

a) El carácter autárquico del órgano o Tribunal administrativo. Cuanto más independiente y autónomo sea, y cuanto más esté vinculada su actividad a la solución de conflictos intersubjetivos, más servirá el control difuso como una herramienta de garantía de los derechos ciudadanos y de límite al ejercicio del poder. b) La protección de derechos ciudadanos. Si el control difuso se usa para reforzar derechos ciudadanos (y no para debilitarlos) sus fines estarán plenamente alineados con los perseguidos por el principio de legalidad, es decir, de poner límites al gobernante. Un control difuso usa el principio de jerarquía para limitar

15 BULLARD, Alfredo. «Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por autoridades administrativas». *Themis. Revista de Derecho*, número 51, pp. 79-96, Lima.

al gobernante es consistente con el principio de legalidad. c) Carácter manifiestamente inconstitucional de la norma inaplicada. Cuando más evidente sea la violación, más evidente será que el emisor de la norma se excedió, por tanto los riesgos de excesos por parte de la autoridad que controla y protege la jerarquía de las normas serán menores<sup>16</sup>.

Es relevante haber definido estos criterios jurisprudenciales y doctrinarios para que las entidades públicas —justamente respetando la jerarquía de las normas— actúen conforme al principio de legalidad que manda:

#### Artículo IV.– Principios del procedimiento administrativo

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

1.1 Principio de legalidad.– Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Es decir que la sujeción de los funcionarios públicos es no sólo a la ley sino primordialmente a la Constitución.

## V. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Al inicio de este escrito hemos citado las publicaciones de los congresos nacionales de Derecho administrativo que se han ocupado de reflexionar sobre el devenir del procedimiento administrativo general. Pues no es casual que en todas ellas se haya presentado ponencias vinculadas al silencio administrativo.

En el primer congreso analizamos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano respecto del silencio administrativo negativo y cómo se había definido jurisprudencialmente el concepto que corresponde al mismo, al entenderse como habilitador de impugnación si el administrado así lo decide y sin cómputo de plazos. Sin embargo, mucho más se ha discutido esta década sobre el silencio administrativo positivo. En el segundo congreso, Analía Calmell del Solar<sup>17</sup> se refería a un tema debatido en doctrina y que representa un problema central: ¿qué ocurre si al aplicar el silencio administrativo positivo nos encontramos con un acto nulo? Citando a García Trevijano y Morell Ocaña indica que, mediante el silencio positivo, el particular no debería adquirir más —derechos e intereses— que los que la ley le permite o reconoce. La petición que da

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 96.

<sup>17</sup> CALMELL DEL SOLAR, Analía. «El silencio administrativo. Aspectos generales». En *Derecho administrativo contemporáneo*. Ponencias del Segundo Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 221.

origen al procedimiento podrá entenderse estimada solo dentro de los límites que la ley establece. Por ejemplo, si el particular solicita una licencia para la construcción de una fábrica en una zona con zonificación residencial baja, no compatible con industria, no podrá entenderse —en ningún caso— que se ha obtenido una licencia. Sin embargo, advierte que en el caso peruano esta no es la opción, pues se presume la validez del acto presunto. Es decir, se sigue lo establecido por García de Enterría y T. Ramón Fernández, quienes señalan que si la administración considera que el acto administrativo generado adolece de vicio de nulidad deberá revisarlo de oficio declarando su nulidad.

El tercer congreso estuvo plagado de ponencias respecto del silencio administrativo positivo propiciadas por la aprobación de la ley 29060: Ley del Silencio Administrativo (LSA). Entre esas ponencias estaba la de Antonio Abruña y Víctor Baca, «El silencio administrativo en el Derecho peruano»<sup>18</sup> que, vinculado con lo antes anotado por Analía Calmell, incide en la inseguridad que genera la técnica del silencio administrativo positivo por una diversidad de razones, entre las que destacan «a) la configuración amplísima de la invalidez, por la que los actos que resulten aprobados como consecuencia del silencio positivo son nulos de pleno derecho (artículo 10.3 LPAG)» y «b) el régimen extremadamente sencillo de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho (artículo 188.2 y 202 LPAG)». Definitivamente, para la ciudadanía es muy riesgoso actuar sobre la base de actos administrativos obtenidos por silencio positivo, dado que no solo es difícil que sea reconocido por otras autoridades o incluso privados, sino porque sobre ellos pende una nulidad inminente pero incierta. Por eso, es importante difundir la práctica de entidades públicas de emitir actos confirmatorios de los producidos por silencio administrativo en beneficio de los solicitantes.

Entre otros autores, Abruña y Baca también cuestionaban el uso generalizado de la declaración jurada —que puede terminar siendo de exigencia obligatoria—. Esto mismo es señalado por Hugo Gómez y Ramón Huapaya<sup>19</sup>, quienes indican que se ha generado «una carga adicional para el administrado».

En «Lo bueno lo malo y lo feo de la Ley del Silencio Administrativo»<sup>20</sup> también Gómez y Huapaya cuestionan que se haya sumado al plazo para resolver el de notificación, a efectos de que opere el silencio positivo. Esto abre un espacio para que —y se ha convertido en práctica

18 ABRUÑA, Antonio y Víctor BACA. «El silencio administrativo en el Derecho peruano». En *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano*. Ponencias del Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Grijley, 2008, p. 69.

19 GÓMEZ, Hugo y Ramón HUAPAYA. «Lo bueno, lo malo y lo feo de la Ley del Silencio Administrativo». En *El Derecho administrativo y la modernización del Estado Peruano*. Ponencias del Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Grijley, 2008, p. 98.

20 Ob. cit., p. 97.

común— las entidades resuelvan fuera del plazo, cuando en realidad este espacio debiera estar reservado para notificar. Los ciudadanos, del otro lado del problema, no pueden probar que esto ha ocurrido así.

Finalmente, en el cuarto y último congreso, Juan Carlos Cassagne en «Las vicisitudes del silencio administrativo»<sup>21</sup>, con la sabiduría que lo caracteriza y sin el apasionamiento que generaba la reciente aprobación de la LSA, indicaba que la técnica del Silencio Administrativo Positivo (SAP) no debía generalizarse por los inconvenientes para la seguridad jurídica que plantea desde la obtención del certificado que acredita el acto presunto hasta la revisión de oficio de un acto administrativo sin los elementos que aseguren la vigencia del principio de legalidad —verbigracia, «falta de motivación en el objeto, causa y finalidad del acto»—. Asimismo, indicaba que no debería extenderse el SAP a los procedimientos recursivos<sup>22</sup> «que se circunscriban a los supuestos excepcionales que se justifican frente a la inactividad material de la Administración, en los que hay un interés privado que puede satisfacerse a través de un acto administrativo presunto, sin afectar el orden público administrativo».

El mismo actor concluye que:

La pretensión de superar el problema de la inactividad material a través de la figura del acto presunto o silencio administrativo positivo resulta ilusoria y que los problemas que trae consigo su generalización implica serios riesgos a la seguridad jurídica. Lo que hay que hacer es mejorar los medios humanos y materiales con que cuenta la Administración. Sin funcionarios que acrediten idoneidad técnica y moral, con una adecuada vocación de servicio, la introducción del SAP será un estímulo para no hacer y eludir las responsabilidades consiguientes, dejando en una suerte de limbo jurídico la obligación de resolver que constituye la esencia de una buena y eficaz administración, la cual, como cualquier otra obligación, es siempre correlativa<sup>23</sup>.

Esto está vinculado con nuestras reflexiones en torno a la simplificación administrativa en este mismo artículo.

El devenir del silencio administrativo no ha sido auspicioso, entonces, para esta institución misma, sino fuese por el efecto colateral de promover procesos de simplificación administrativa en todas las entidades públicas.

21 CASSAGNE, Juan Carlos. «Las vicisitudes del silencio administrativo». En *Modernizando el Estado para un país mejor*. Ponencias del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 25.

22 Ob. cit., p. 27.

23 Ob. cit., p. 28.

## VI. CONCLUSIÓN

El recuento y análisis anterior, además de los avances o problemas de la LPAG, nos revela la presencia creciente de doctrina y jurisprudencia de Derecho administrativo —cada vez más especializada— y es que esta década también ha significado el crecimiento y la consolidación de la especialidad de Derecho administrativo en el país, cosa que debe ser celebrada por todos los que trabajamos en ella, pero, más aún, por el impacto positivo que esto trae en el desempeño de las entidades públicas en resguardo del interés público y para beneficio de la ciudadanía en general.

Recibido: 14-07-2011  
Aprobado: 08-08-2011

123

AVANCES A  
LOS DIEZ AÑOS  
DE VIGENCIA  
DE LA LEY DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
GENERAL

TEN YEARS  
IN FORCE OF  
THE GENERAL  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE LAW:  
PROGRESS



# Proyecto de ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común

Bill of Legal System from Public Administration and the common administrative procedure

KARLOS NAVARRO\*

**Resumen:** Este artículo pretende mostrar cuál ha sido el proceso de elaboración del proyecto de ley de régimen jurídico de las administraciones públicas, quiénes participaron de él, cómo quedó estructurado y cuáles serán los retos que traerá su aprobación.

**Palabras clave:** Constitución – procedimiento administrativo – acto administrativo

**Abstract:** This article aims to present the process of drafting the Bill of Legal System from Public Administration, who were the participants, how it was organized and which are the challenges to face in the future to pass the bill.

**Key words:** Constitution – Administrative Procedure – Administrative Action

CONTENIDO: I. LA CONSTITUCIÓN Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.– II. SURGIMIENTO DE LA PROPUESTA DE LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.– III. ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE LEY.– IV. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE LEY.

## I. LA CONSTITUCIÓN Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO<sup>1</sup>

En la Constitución nicaragüense de 1987 y en las sucesivas reformas, no aparece de forma explícita un artículo sobre la administración pública. Este fenómeno es un tanto extraño. La explicación es, sin embargo, bien sencilla: en Nicaragua ha existido desde siempre una muy difusa

---

\* Doctor en Derecho administrativo, Universidad de Salamanca, España. Coordinador de Postgrado de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua.

1 Durante los años que estudié y elaboré la tesis de doctorado en Derecho administrativo en la Universidad de Salamanca, el doctor Jaime Rodríguez Arana y Miguel Ángel Sendin influyeron notablemente en mí a fin de hacerme notar la importancia de lo que significaba la elaboración de un proyecto de ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común para la gobernabilidad, la defensa de los derechos de los ciudadanos y la modernidad del Estado de Nicaragua. Años después, se dio la oportunidad de elaborar este proyecto de ley, y Jaime y Miguel lo apoyaron desde el inicio, involucrándose activa y entusiastamente en su redacción. A ellos le doy mi agradecimiento.

—y en muchos casos, inexistente— separación entre gobierno y administración.

Esta situación es fruto y causa de la inestabilidad política y social que ha acusado el Estado nicaragüense a lo largo de su historia. Por lo que se refiere a lo primero, la rápida y traumática sucesión de regímenes políticos contradictorios ha dado al traste con toda posible tentativa de formar un aparato administrativo estable y neutral.

Este fracaso en la construcción de un substrato burocrático no politizado ha sido, por otro lado, una pesada losa a la hora de buscar soluciones a la delicada coyuntura político-social de este país. La utilización de los puestos públicos como una vía de recompensa para los acólitos en el poder —en la más pura tradición del *spoils system*, a la que ha dado lugar el clientelismo vigente durante décadas— ha contribuido a radicalizar una vida política ya de por sí agitada en grado extremo, y ha dificultado notablemente que los cambios en el poder político discurriesen de forma serena y calmada.

Sabido es que una administración pública sólida y estable minimiza notablemente los problemas políticos, ya que otorga protección mínima a los ciudadanos —aunque sea a nivel administrativo—, y permite un funcionamiento continuado de los servicios públicos, que, como cuestión eminentemente técnica, no se ve afectada —al menos en parte importante— por las disputas ideológicas y partidistas.

De ninguna de estas ventajas ha disfrutado, por desgracia, una Nicaragua que se ha visto envuelta en un trágico círculo vicioso, en la que los vaivenes políticos han destrozado todos los intentos por conseguir una mínima estabilidad social y económica.

En los últimos tiempos, estamos asistiendo a nivel de derecho ordinario a una esperanzadora introducción de un régimen administrativo avanzado, equiparable en sus aspectos esenciales al que rige en las naciones más desarrolladas del planeta. Aunque su instauración práctica va a encontrar —está de hecho encontrando— grandes y múltiples dificultades —falta de capacitación del personal administrativo, ausencia de una doctrina y tradición administrativa, falta de medios materiales, excesiva politización de las instancias administrativas, etcétera—, constituye un paso gigante para la normalización política y social de este país.

Sin embargo, el funcionamiento del sistema administrativo integrado en sus elementos principales por la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa (ley 350), por la Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa (ley 370), y por la Ley de Contrataciones del Sector Público (ley 737), estaba ya seriamente perturbado sin que se le adicionara este elemento central, y se mostraba como un edificio



majestuoso, pero débil, por faltarle justamente su viga maestra: la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

127

## II. SURGIMIENTO DE LA PROPUESTA DE LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

La idea de elaborar una Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común surgió, en primer lugar, como producto de una necesidad de dar a los administrados un trato similar y no discriminatorio, similar al que reciben en la actualidad producto de la utilización de una multiplicidad de normas dispersas y carentes de coherencia y unidad. Esto también ocurre debido a la intención de garantizar los derechos de los ciudadanos y la eficacia de la actividad administrativa.

Además, es evidente que una ley de este tipo brinda una mayor confianza de la ciudadanía en el funcionamiento de la administración, ya que permite a aquella conocer que esta no actúa de forma arbitraria y según sus deseos, sino siguiendo un discurso prefijado y adecuado a las necesidades que tiene que resolver, lo que provoca que vea en ella un ente encargado de la aplicación del ordenamiento jurídico, y no un arbitrario poder que decide según su propia voluntad.

Esta propuesta surgió también para garantizar el mayor acierto de las decisiones administrativas y encauzar el funcionamiento de la administración pública, al obligarla a seguir una línea de actuación ordenada y sistemática, además de para fomentar la participación de los ciudadanos en el desarrollo de las tareas administrativas y para garantizar la transparencia en el desarrollo de estas. Una ley de este tipo tiene entre sus principales contenidos la regulación de los procedimientos, trámites y derechos de los administrados, a través de los que se les permite tomar conocimiento de la actuación desarrollada por la administración y hacer llegar su voz a los administrados de forma efectiva.

A lo largo de la historia del Derecho administrativo nicaragüense se ha carecido de una ley única que regule el procedimiento administrativo, razón por la que, tradicionalmente, dicha materia ha sido regulada por una normativa dispersa e incoherente, lo que ha provocado que rijan en la actualidad una multiplicidad inmensa de procedimientos administrativos carentes de la más mínima uniformidad e, incluso, contradictorios entre sí.

Por ello, es urgente dotar a Nicaragua de una Ley de Procedimiento Administrativo que dé uniformidad y orden al sistema, y que establezca

PROYECTO DE  
LEY DE RÉGIMEN  
JURÍDICO DE LAS  
ADMINISTRACIONES  
PÚBLICAS Y  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
COMÚN

BILL OF LEGAL  
SYSTEM  
FROM PUBLIC  
ADMINISTRATION  
AND THE COMMON  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

un procedimiento general que sirva de cauce legal a la actuación de los órganos de la administración que quedarían compelidos a seguirlo para la realización y cumplimiento de sus tareas dentro del ámbito de su respectiva competencia.

Este vacío legal ha tratado de ser suplido a través de mecanismos diversos que, como ya dijimos, han provocado que rija toda una serie de procedimientos administrativos diseminados en un gran número de leyes especiales, en las que se han fijado procedimientos propios y diferentes entre sí, lo cual genera una enorme confusión e inseguridad jurídica para los administrados que carecen de una vía única y coherente desde la cual sustanciar sus pretensiones y peticiones frente al Estado desde su calidad de administrador.

La necesidad impostergable de una ley que regule esta área de actividad de la administración quedó plasmada en la Ley de Organización Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo (ley 290), la cual en su artículo 46 establece que «lo no previsto sobre procedimiento administrativo [...] se regulará de conformidad con lo que establezca la ley de la materia».

Para el estado nicaragüense y para sus ciudadanos, sigue siendo una necesidad imperante contar con una norma jurídica que establezca el procedimiento administrativo común a toda la administración pública, que regule las formalidades para la formación, ejecución y revisión —dentro de la esfera administrativa— de los actos de la misma administración, que sirva de garantía jurídica a los administrados, y que evite el riesgo de que se adopten decisiones apresuradas, mal estudiadas y vejatorias a sus derechos.

El 22 de octubre de 1997, la Corte Suprema de Justicia presentó ante la Asamblea Nacional un proyecto de ley de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, cuyo primer capítulo estaba dedicado al procedimiento administrativo. En este proyecto de ley, por razones de técnica legislativa, se terminó por obviar el título primero. Dicha decisión, sin duda acertada, quiso que una materia tan relevante, como lo es el procedimiento administrativo, fuera objeto de regulación en un texto legislativo diferente, que diese una mayor entidad a la materia, como ocurre en los países más avanzados —el caso de España es paradigmático al respecto: dicha materia está regulada en la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ley 30/92)—.

En el año 2001, la bancada sandinista retomó este título y lo presentó como iniciativa de ley en la Asamblea Nacional. El referido proyecto contemplaba: (a) la finalidad de la ley como la eficaz satisfacción del interés público en el quehacer de la administración, debido a que su

ámbito de aplicación es toda la actuación pública sujeta al Derecho administrativo; (b) la iniciación del procedimiento administrativo, que se puede producir de oficio o a petición de parte interesada; (c) la ordenación e instrucción del procedimiento administrativo, a fin de que se ocupe de que impulsen de oficio las normas de actuación administrativa, los medios de prueba y la audiencia del interesado; (d) la terminación del procedimiento administrativo por medio de resolución motivada, la notificación y la ejecutoriedad del acto administrativo y el silencio administrativo; (e) los recursos en la vía administrativa, incluyendo el de revisión y el de apelación; (f) las normas comunes al acto administrativo, la nulidad y anulabilidad de los actos; (g) el agotamiento de la vía administrativa; y (h) la irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos en la vía administrativa.

A pesar del notable esfuerzo de los redactores de este proyecto de ley, era evidente que presentaba notables carencias. Para examinarlas, podemos distinguir dos grandes grupos de cuestiones. Por un lado, tenemos toda una serie de materias relativas al procedimiento administrativo propiamente dicho que fueron omitidas a pesar de su relevancia. Entre ellas, debemos destacar especialmente las siguientes: en los términos generales del mismo, se regulaba el procedimiento de manera muy breve; y, en términos particulares, no se encuentra referencia alguna a los reglamentos —muy extrañamente olvidados—. Asimismo, no se contempla la revisión de oficio, ya que solo se regulan los recursos administrativos ordinarios, sin hacer referencia a los cauces y al régimen jurídico que debe seguir la administración para revisar —de propia iniciativa— las resoluciones que ella misma dicta.

Por otro lado, hay otra serie importante de carencias que tienen su origen en que el proyecto trata de enfrentarse tan solo a la regulación del procedimiento administrativo, sin contemplar el régimen jurídico básico de la administración. En países como España, se integra en un mismo texto legal la normativa reguladora del procedimiento administrativo y el régimen jurídico básico de la administración, con lo que se enfrenta a cuestiones como las reglas para la actuación de los órganos colegiados de la administración, la potestad sancionadora o la responsabilidad patrimonial de la administración, entre otras muchas materias.

La bondad de esta solución es difícilmente cuestionable, pues permite que la norma reguladora del régimen jurídico básico de la administración y del procedimiento administrativo se erija en una suerte de código administrativo básico, que facilita notablemente la aplicación del Derecho administrativo. Cuestión de gran relevancia, dado que las normas administrativas van a ser aplicadas primariamente por un número muy elevado de personas: los funcionarios públicos, la mayoría de los cuales no son en puridad expertos en Derecho administrativo.

PROYECTO DE  
LEY DE RÉGIMEN  
JURÍDICO DE LAS  
ADMINISTRACIONES  
PÚBLICAS Y  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
COMÚN

BILL OF LEGAL  
SYSTEM  
FROM PUBLIC  
ADMINISTRATION  
AND THE COMMON  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

Si lo dicho anteriormente es válido para un país como España, con mayor razón aún lo es para un país como Nicaragua, carente de la tradición en el estudio y la aplicación del Derecho administrativo que tiene el país europeo antes citado. La reunión en un mismo texto legal de esa normativa básica facilitará notablemente el proceso de capacitación de los empleados públicos, y supondrá un factor inestimable a la hora de simplificar las tareas de estos, ya que contarán con una referencia básica cuando tengan dudas acerca del modo en el que puedan desarrollar sus tareas.

Por todo ello, los proyectos de ley presentados en los años 1997 y 2001, aunque constituyan un valioso aporte, consistieron solamente en un importante punto de partida para la elaboración del proyecto de ley que nos ocupa. Era preciso, entonces, elaborar —partiendo del mismo— un texto de mayor entidad, que fuese consultado y consensuado con los diferentes sectores de la sociedad civil y el Poder Ejecutivo, y co-redactado por los mejores técnicos internacionales en la materia.

Al establecer un sistema uniforme y armónico mediante una ley del procedimiento administrativo, se le proporciona al Estado administrador y al ciudadano administrado una relación directa con reglas claras, con lo cual se fortalece el Estado de Derecho, la gobernabilidad, la transparencia en el manejo de la cosa pública, así como también el cumplimiento del principio de legalidad y el de la seguridad jurídica.

### III. ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY

La aprobación de una ley en la que se recoja el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común en Nicaragua viene a dar respuesta a muchas y muy variadas necesidades, todas ellas de singular importancia para este país.

Para empezar, esta ley es el complemento imprescindible para completar el ordenamiento jurídico-administrativo de Nicaragua, que lenta, pero firme y laboriosamente se ha ido forjando durante los últimos años.

El funcionamiento del sistema administrativo —integrado en sus elementos principales por la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa (ley 350), la Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa (ley 370), y la Ley de Contrataciones del Sector Público (ley 737)— quedaría seriamente perturbado si no se le adiciona este elemento central. Como se dijo, la estructura majestuosa sería, en realidad, una construcción excesivamente débil.

El propio legislador nicaragüense ha sido ya consciente de esta carencia al recoger en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa un conjunto de definiciones básicas y varios de los principales y más

perentorios elementos usualmente regulados por la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo. Esta insuficiente solución de urgencia supone un claro reconocimiento de la imposibilidad de que el ordenamiento jurídico administrativo pueda ponerse en marcha sin la aprobación del texto legal que nos ocupa. No puede prolongarse, sin embargo, el tiempo de esta situación interina e insólita en el Derecho comparado, pues la materia requiere de una regulación adecuada y suficiente.

El parlamento de Nicaragua prefirió limitarse a dar unos criterios mínimos, que permitieran poner en marcha la ley y su rápida ejecución y generó, con la reflexión y extensión debida, un texto legal independiente, como requiere la buena práctica legislativa: una Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo a la altura de las necesidades de este país. Todo indica, pues, que ha llegado el momento de emprender esa importante tarea.

La ley cuya elaboración se propugna viene a constituir una suerte de código básico para la regulación de las administraciones públicas en el que se recoge el régimen esencial de esta importante parte del sector público. Su aprobación conlleva, por ello, una importante labor uniformadora de su funcionamiento, que trae consigo una serie de ventajas relevantes.

En primer lugar, garantiza un trato similar, y, por lo tanto, no discriminatorio para los administrados, en la medida de que entra a definir un conjunto de garantías básicas de las que disfrutarán los ciudadanos en sus relaciones con cualquier administración pública, más allá de la distancia concreta ente el administrativo y la parte del territorio de Nicaragua en donde la persona se encuentre.

En segundo lugar, permite adoptar políticas, coherentes y unitarias, de reforma y modernización administrativa que, al actuar sobre una realidad en esencia unitaria, alcanzaran más que probablemente un mejor resultado.

Por último, una cuestión especialmente importante para Nicaragua es que se van a facilitar notablemente los procesos de capacitación y de actualización de conocimientos del personal al servicio de la administración.

Todo esto es consecuencia lógica de la importante simplificación que supone para el aprendizaje del Derecho administrativo la existencia de un marco básico común, cuyo conocimiento supone ya la adquisición de unas competencias notables para el ejercicio de las funciones administrativas. En cuanto a la normativa sectorial, el texto no contiene más que simples especificaciones de ese marco general que la adecúen a las características y necesidades específicas de cada sector.

131

PROYECTO DE  
LEY DE RÉGIMEN  
JURÍDICO DE LAS  
ADMINISTRACIONES  
PÚBLICAS Y  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
COMÚNBILL OF LEGAL  
SYSTEM  
FROM PUBLIC  
ADMINISTRATION  
AND THE COMMON  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

Las ventajas frente al sistema actual, que comporta la utilización de una multiplicidad de normas dispersas y carentes —en muchos casos de la mínima coherencia y unidad que requiere un sistema jurídico—, son evidentes.

Asimismo, las ventajas que supone para la implementación del nuevo régimen profesional que se ha fijado para los empleados públicos nicaragüenses son enormes. El proyecto va a poner a disposición del personal ya existente, así como de los candidatos a acceder al mismo, un acervo normativo esencial, que servirá de base para enjuiciar las capacidades de estos. De este modo, las tareas de selección de ese personal por parte de los órganos correspondientes de la función pública se facilitarán.

Por otra parte, la iniciativa constituye una importante garantía tanto para el mayor acierto de las decisiones administrativas, como para una correcta tutela de los derechos de los administrados. La normativa que nos ocupa encauza el funcionamiento de la administración pública y la obliga a seguir una línea de actuación ordenada y sistemática.

Frente a la arbitrariedad que se manifiesta en su acción en el momento presente, la propuesta de una ley como esta supone la articulación de un procedimiento adecuado y ordenado, que asegure una valoración suficiente de los intereses públicos y privados que están presentes en la toma de cada decisión. Lo que amplía notablemente la garantía de acierto de la decisión.

Esto provoca, además, una mayor confianza de la ciudadanía en el funcionamiento de la administración, en cuanto—como ya se dijo— permite a aquella conocer que esta no actúa de forma caprichosa y según sus deseos, sino siguiendo un discurrir prefijado y adecuado a las necesidades que tiene que resolver.

El proyecto de esta ley fomenta la participación de los ciudadanos en el desarrollo de las tareas administrativas y la transparencia en el desarrollo de estas. La ley que nos ocupa tiene entre sus principales contenidos la regulación de los procedimientos, trámites y derechos de los administrados a través de los cuales se les permite tomar conocimiento de la actuación desarrollada por la administración y hacer llegar, de forma efectiva, su voz a los administrados.

Con ello se diseña una acción administrativa más coherente y adecuada a los derechos de los administrados, ya que se han tenido en cuenta sus inquietudes y opiniones al diseñarla. A la par, se democratiza el funcionamiento de las instituciones públicas —para las cuales, de por sí, el ciudadano ya es un sujeto sometido a su poder de mando—, dotando al ciudadano de los derechos necesarios para que participe en la toma de decisiones que lo afectan.

## 133

Como se dice, una iniciativa de este tipo favorece una correcta tutela del ciudadano frente a las decisiones que le perjudican. Al fijar un sistema de reclamaciones administrativas único, aplicable a todas las decisiones administrativas, se facilita el conocimiento por parte del ciudadano de los procedimientos y trámites a través de los cuales puede hacer valer sus intereses. La administración deja de ser así una realidad inaccesible, refugiada en una compleja y oscura normativa que lleva al ciudadano a desistir de la defensa de sus derechos, y pasa a convertirse en una realidad sujeta a controles claros y uniformes, a través de los que el administrado puede actuar fácilmente.

Es muy importante para el contexto jurídico nicaragüense, marcado por la existencia de importantes carencias normativas en muchos ámbitos, el carácter genérico del procedimiento administrativo que debe diseñar la ley. Es decir, no viene a fijar un procedimiento apto para una determinada materia o materias, sino un conjunto de trámites con los que se pueda armar un procedimiento adecuado a cada necesidad.

Esto permite que siempre que se cumplan las exigencias procedimentales mínimas que la ley impone para la toma de cualquier decisión administrativa, la normativa sectorial podrá establecer las especialidades que requiera cada concreto campo de acción administrativa. De esta manera, la aprobación de la ley uniforme, al establecer unas garantías mínimas para todo procedimiento, pero sin introducir ningún tipo de rigidez para el funcionamiento de la administración.

Sin embargo, ese diseño básico es suficiente para contar con un cauce de actuación coherente para la resolución de cualquier cuestión administrativa, aunque se carezca totalmente de una regulación específica sobre la materia.

#### IV. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE LEY

A mediados del año 2010, la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, que preside el diputado José Pallés, formó una comisión técnica, presidida por quien escribe estas líneas, para redactar el proyecto de ley.

La Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional nombró, de manera oficial, una comisión de asesores internacionales que estuvo conformada por destacados juristas, entre los que destacan Jesús González Pérez, José Luis Melián Gil, Jaime Rodríguez Arana, José Antonio Moreno Molina, Javier Barnes, Miguel Ángel Sendin García (España), Ernesto Jinesta Lovo (Costa Rica), Jorge Danós (Perú), Sven Muller-Grune (Alemania), Pedro Aberastury (Argentina) y Juan Pablo Cajarville (Uruguay). Todos ellos ayudaron de manera generosa y fueron guiados únicamente

PROYECTO DE  
LEY DE RÉGIMEN  
JURÍDICO DE LAS  
ADMINISTRACIONES  
PÚBLICAS Y  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
COMÚN

BILL OF LEGAL  
SYSTEM  
FROM PUBLIC  
ADMINISTRATION  
AND THE COMMON  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

por el afán de que Nicaragua tuviera una legislación moderna en esta materia. A todos, les agradezco su colaboración.

El proyecto de ley fue consultado ampliamente con la Procuraduría General de la República de Nicaragua, la Fiscalía de la República de Nicaragua, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Empresa Privada, el Ejército de Nicaragua, la Policía de Nicaragua, los catedráticos universitarios, varios abogados de prestigio, la red de consumidores y la sociedad civil.

Asimismo, se realizó un seminario en la sede de la Asamblea Nacional, en donde se recibió observaciones al proyecto. La Corte Suprema de Justicia, por medio de su vicepresidente, el doctor Marvin Aguilar, y la Procuraduría General de la República, por medio del procurador Hernán Estrada, realizaron acertadas observaciones al proyecto y contribuyeron a mejorar el proyecto de ley. Del mismo modo, el presidente de la Comisión de Justicia pidió un dictamen a la Escuela Gallega de Administración Pública.

En la actualidad, el proyecto de ley ha sido presentado a la primera secretaria de la Asamblea Nacional y, en los próximos meses, pasará al plenario para su discusión y posterior aprobación.

El título primero aborda el objeto, el ámbito de aplicación y las excepciones a la norma. Ahí, destacan por su novedad en los primeros preceptos de la ley las definiciones de los principales conceptos que utiliza la norma, así como el sometimiento a los principios generales de transparencia, participación, servicio con objetividad de los intereses generales, sometimiento pleno al Derecho y a la ley, autotutela, verdad material, buena fe, justicia e imparcialidad, legalidad y presunción de legitimidad, jerarquía normativa, control judicial, eficacia, economía, simplicidad y celeridad, informalismo, publicidad, impulso de oficio, gratuidad, proporcionalidad, consecución del interés público y protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, igualdad, colaboración de la administración pública con los ciudadanos, participación y resolución, entre otros.

A continuación, la ley contiene la regulación de los órganos administrativos que constituye una completa ordenación de los mismos. También se establece el régimen de implicancia y abstención.

Las normas relativas a los interesados recogen las reglas sobre la capacidad de obrar, en especial los supuestos en que el Derecho administrativo se aparta del Derecho civil al regular la capacidad de obrar de las personas que se relacionan con la administración pública. La legitimación para intervenir en un procedimiento administrativo se reconoce no solo a los que ostentan derechos que resultaran directamente afectados por



la decisión que en el mismo hubiere de dictarse, sino también a los titulares de intereses legítimos, personales y directos.

La Procuraduría de Derechos Humanos podrá actuar desde la iniciación del procedimiento administrativo —cuando así lo pida el interesado— para la defensa y tutela de las garantías constitucionales, del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica de las personas y de la protección de los derechos humanos, incorporados en el artículo 46 de la Constitución Política. La Procuraduría General de la República podrá también participar en defensa de los intereses del Estado y velar por ellos.

Por lo que respecta a la posibilidad de que los interesados comparezcan en el procedimiento a través de representantes, el proyecto de ley la consagra en los términos más amplios, y otorga las máximas facilidades para acreditar la representación —que puede conferirse ante el órgano administrativo que instruye el procedimiento—.

En sus diversos capítulos, el proyecto de ley se refiere al estatus jurídico del ciudadano, lo que constituye uno de los aspectos fundamentales de la ley, y, a la vez, recoge un novedoso catálogo de derechos. Sin embargo, el proyecto tampoco se olvida de los derechos de los funcionarios y de los empleados públicos a ser tratados con respeto y deferencia.

En relación con las normas generales que deben presidir la actuación administrativa, se incide en las garantías jurídicas del Estado hacia los ciudadanos, al habilitar a la administración para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía y favorezcan la celeridad y eficacia de los servicios. En cuanto al régimen de los actos administrativos, se determinan sus requisitos, y su eficacia y su invalidez —de forma completa y detallada—, con lo que se dota a la administración y a los interesados de una regla clara y concreta. Por lo que se refiere a términos y plazos, la ley resuelve con claridad todos los supuestos posibles, al dotar a los particulares de un completo instrumento de seguridad en sus relaciones con la administración.

El título segundo del proyecto de ley se dedica al procedimiento administrativo como cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin.

El proyecto de ley regula la iniciación, instrucción y terminación como fases del procedimiento, ya que lo dota de la agilidad y eficacia que demanda la administración moderna.

El procedimiento podrá incoarse de oficio o a instancia de los interesados. En este último caso, cuando el escrito de iniciación no reuniera los requisitos exigidos, la ley impone al órgano competente la obligación de requerir al que lo hubiere firmado para que subsane la falta en el plazo

PROYECTO DE  
LEY DE RÉGIMEN  
JURÍDICO DE LAS  
ADMINISTRACIONES  
PÚBLICAS Y  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
COMÚN

BILL OF LEGAL  
SYSTEM  
FROM PUBLIC  
ADMINISTRATION  
AND THE COMMON  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

de cinco días. Esto no es sino consecuencia del principio antiformalista que inspira el texto legal.

Iniciado un procedimiento, se faculta a la administración para adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para la mejor defensa de los derechos de los particulares y de la propia administración, siempre que estas no causen perjuicios irreparables a los interesados ni violación de derechos amparados por las leyes.

En orden a la tramitación, el proyecto ha procurado por todos los medios la rapidez, pues la notificación viene a regularse sin caer en formalismos y teniendo en cuenta las nuevas técnicas electrónicas.

Los actos de instrucción constituyen, sin duda alguna, los más importantes del procedimiento, en cuanto tienden a proporcionar al órgano decisorio los elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución. Ello no implica que en todo procedimiento se den todos los actos de instrucción regulados en la ley, pues —en muchos casos— bastarán las alegaciones aducidas por el interesado en su escrito inicial para que la administración, sin más trámites, dicte la resolución procedente.

Los interesados podrán aducir alegaciones en cualquier momento del procedimiento. Pero, aparte de este precepto general, la ley es la que finalmente regula el decisivo trámite de audiencia y vista.

La prueba se regula con gran amplitud y, además —a fin de garantizar debidamente los derechos de los interesados—, impone un período de prueba cuando la administración no tenga por ciertos los hechos aducidos por ellos o lo exija la naturaleza del procedimiento.

La terminación normal del procedimiento tiene lugar por resolución expresa del órgano administrativo competente, la cual decidirá todas las cuestiones que hayan planteado los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento.

El silencio de la administración será considerado como una decisión positiva exclusivamente en aquellos trámites en que la norma reguladora del específico procedimiento lo establezca. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho constitucional de petición establecido en el artículo 52 de la Constitución Política de Nicaragua, también aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio.

Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la administración como ante cualquier

persona física o jurídica, pública o privada. Estos producen efecto desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente. Una vez solicitado el certificado, este deberá emitirse en un plazo máximo de quince días.

Como modos especiales de terminación del procedimiento, la iniciativa de ley regula el desistimiento, la renuncia del derecho, la caducidad y el acuerdo, pacto o convenio.

La iniciativa de ley ordena también los medios de ejecución forzosa. Con carácter fundamental, consagra el principio del régimen administrativo que exige la decisión previa para que la administración pueda emprender cualquier actuación material. Dictada la decisión jurídica, la administración podrá proceder a la ejecución forzosa, a través de los medios idóneos para ello: apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva y compulsión sobre las personas.

La iniciativa de ley se ocupa por primera vez en el ordenamiento jurídico de Nicaragua de las potestades de la administración respecto de sus propios actos de un modo completo, al distinguir los supuestos de revisión de oficio y rectificación de errores materiales y de hecho.

Tras unas normas generales, la ley regula los distintos tipos de recursos: de revisión y de apelación. Esta ley unifica y simplifica los recursos administrativos existentes, los cuales son reducidos a estos dos recursos.

El título tercero regula el procedimiento para la elaboración de los reglamentos. El título cuarto regula el procedimiento para la elaboración de los planes territoriales y urbanísticos. El título quinto regula los principios básicos a los que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos. Entre tales principios destaca el de legalidad, en virtud del cual el poder legislativo es el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la administración; y el de tipicidad, manifestación, en este ámbito, del de seguridad jurídica —junto a los de presunción de inocencia y proporcionalidad—. La ley también detalla las diferentes fases del procedimiento sancionador.

El título sexto se ocupa de la responsabilidad de la administración pública e incorpora, de forma novedosa, la regulación de una materia estrechamente unida a la actuación administrativa y que constituye, junto al principio de legalidad, uno de los grandes soportes del Estado de Derecho y una garantía fundamental para los ciudadanos.

Se consagra la regla general de indemnización de todas las lesiones que los ciudadanos sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de mal funcionamiento de los servicios públicos, y, asimismo, se establece el régimen de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas.

El texto legal concluye con unas disposiciones finales en las que se establece una prudente *vacatio legis*, a fin de que tanto los funcionarios como los ciudadanos puedan adquirir un perfecto conocimiento de la misma, y también con vistas a que, en el seno de la administración, puedan adoptarse las medidas indispensables que su aplicación requiere.

Recibido: 07-07-2011  
Aprobado: 22-08-2011

# El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo

Principle of proportionality in administrative procedure

PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO\*

**Resumen:** El principio de proporcionalidad es considerado en el presente trabajo como sinónimo del principio de razonabilidad. Ello resulta de la jurisprudencia argentina, donde se prefirió hacer referencia al principio de razonabilidad y no al de proporcionalidad. En el Derecho peruano, donde la ley de procedimiento administrativo menciona la razonabilidad, ocurre lo mismo. El principio de razonabilidad o proporcionalidad es relevante en el momento de decidir, como consecuencia del procedimiento previo. Se exponen, hacia el final, algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina donde se aplicó el criterio de la razonabilidad en relación a normas procesales.

**Palabras clave:** Razonabilidad – proporcionalidad – proporcionalidad y contenido de la decisión

**Abstract:** In this paper, principle of proportionality is considered as synonym of principle of reasonability. It comes from Argentinean Case Law where reference to principle of rationality rather than of proportionality is preferred. The same applies to Peruvian Law, which administrative procedure law mentions reasonability. Principle of reasonability or proportionality is relevant at the time of decisions as a consequence of previous procedure. At the bottom of the paper, some case precedent from Argentinean Supreme Court of Justice in which the criteria of reasonability related to procedural rules applied are explained.

**Key words:** Reasonability – proportionality – proportionality and content of decision

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN. – I. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.- II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. – III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PROPORCIONALIDAD (RAZONABILIDAD). – IV. CONCLUSIÓN.

---

\* Es doctor en Ciencias Jurídicas. Se desempeña como profesor titular ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina «Santa María de los Buenos Aires». Asimismo, es director de la carrera de especialización en Derecho administrativo económico que se dicta en dicha casa de estudios. Fue juez federal de cámara y juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la ciudad de Buenos Aires (actualmente retirado). Correo electrónico: pjjc17@hotmail.com.

¿Qué son el derecho y la ley si han de aportar una ayuda en vez de erigir un obstáculo?

Romano Guardini<sup>1</sup>

Es un honor la invitación que los hermanos peruanos me han hecho para participar en esta prestigiosa publicación, y, en especial, en el presente número, destinado a recordar una ley que muestra la intervención de verdaderos juristas en su redacción, y en la que aparecen plasmados principios que fraternalmente compartimos. Solo puedo decir, de todo corazón, gracias, hermanos, por permitirme hacer un aporte —bien modesto, por cierto—.

El principio de proporcionalidad ha tenido una expansión notable en el Derecho público europeo, tanto en el orden nacional como en el marco comunitario, cuya influencia —quizás por seguimiento de la doctrina española— recaló en las playas iberoamericanas, al punto tal que puede decirse que aparece en nuestros derechos una puja entre la aplicación de dicho principio y el tradicional de razonabilidad.

Lo que ocurre es que la simple extrapolación de modelos foráneos —en la medida en que así se pueda decir, puesto que prácticamente todos nuestros modelos jurídicos *ius* administrativos parten de raíces hispanas, primero, y francesas, italianas o alemanas después, sin perjuicio de desembarcos estadounidenses— no significa que las figuras importadas sean distintas a otras que sí existen en nuestros ordenamientos iberoamericanos.

En el caso del principio del que aquí hablamos —sin indagar mayormente en otros ordenamientos de países hermanos de Iberoamérica— lo que aparece históricamente es el clásico y vétéro principio de razonabilidad.

Para muestra de ello, me remito a la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú 27444, cuyo artículo 4 menciona, entre los principios del procedimiento administrativo, el principio de razonabilidad (punto 1.4) en estos términos:

[...] 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.

<sup>1</sup> GUARDINI, Romano. *El Poder. Ensayo sobre el reino del hombre*. Buenos Aires: Editorial Troquel, 1959, p. 105.

Ese concepto, sabiamente incluido en una ley igualmente notable, muestra el encaje conceptual de la ley dentro de una tradición jurídica que fue anterior en nuestros países a la elaboración europea del principio de proporcionalidad.

Pues bien, en atención al tema que me fue gentilmente solicitado por la dirección de la revista —que, en cierto modo, considero un desafío académico, y ya se verá por qué— esto me lleva, necesariamente, a reiterar consideraciones que formulé en otros momentos sobre el principio de razonabilidad en su confronte con el de proporcionalidad, para luego indagar dónde penetra este o aquel principio —según será el concepto que se adopte sobre ellos— dentro del procedimiento administrativo.

## I. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

En la República Argentina el principio de razonabilidad fue la punta de lanza que esgrimieron nuestros tribunales para controlar de manera más eficaz los actos de los poderes públicos, desde la constitucionalidad de las leyes, hasta en el contenido del resto de los actos de aquellas<sup>2</sup>.

El control de razonabilidad en nuestro país ha partido fundamentalmente de dos normas plasmadas en la Constitución: los artículos 28<sup>3</sup> —que no tiene parangón con el modelo de la Constitución americana y que fue tomado del proyecto de Juan Bautista Alberdi— y el 33<sup>4</sup> —tomado de la Enmienda IX (1791) de dicha Constitución<sup>5</sup>, y que guarda analogía con el artículo 3 de la Constitución Política del Perú de 1993<sup>6</sup>—.

2 Entre los distintos estudios que sobre el principio fueron escritos en nuestro país, pueden citarse: LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes*. Primera reimpresión de la segunda edición. Buenos Aires: Depalma, 1989; y CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: EUNSA, 2000 (en lo sucesivo, las citas que haré de Cianciardo se referirán a esta obra. Destaco que fue reeditada y ampliada en nuestro país bajo el título *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2007; CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Segunda edición. Buenos Aires: Ábaco, 2009; SERNA, Pedro y Fernando TOLLER. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Fernando. «Algunas reflexiones en torno al principio de razonabilidad en la actuación de la administración pública». *Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina*, 5 de enero, 2005. Asimismo, el principio lo expuse en «La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado». *Lexis Nexis*. Buenos Aires, 2004, pp. 417 y siguientes; y, más recientemente, en mi trabajo «El principio de razonabilidad (¿o proporcionalidad?) en el derecho público argentino». *Revista de Administración Pública*, número 75 (edición especial), enero-marzo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

3 «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio».

4 «Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

5 «The enumeration in the Constitution, of certain Rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people».

6 «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».

A partir de dichas normas, y otras que en su momento se consideraron aplicables a los casos concretos, como la garantía de la propiedad (artículo 17) o la de la igualdad ante la ley (artículo 16), se estructuró el control de constitucionalidad de las leyes y del resto de los actos estatales desde principios del siglo XX<sup>7</sup> sin que, no obstante, se haya precisado qué se entiende por razonabilidad<sup>8</sup>.

Sagüés ha distinguido tres tipos de *test* de razonabilidad —término caro a los constitucionalistas—: (i) la razonabilidad normativa, en cuanto las normas legales deben mantener coherencia con las constitucionales; (ii) la razonabilidad técnica, que postula una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios para lograrlos; y (iii) la razonabilidad axiológica, que apunta a la cuota básica de justicia intrínseca de las normas<sup>9</sup>.

La Corte Suprema argentina hizo uso del criterio de la razonabilidad de las leyes, a fin de determinar una interpretación que conciliara sus disposiciones, que permita adoptar como verdadero el sentido que las concilie y que deje a todas con valor y efecto<sup>10</sup>. Por ello, ha dicho que la interpretación debe ser armónica y conectada con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico<sup>11</sup>, con lo que se busca aquella que lleve a resguardo el bien común<sup>12</sup>. Adicionalmente, de surgir dificultades interpretativas en la ponderación de los intereses reconocidos como lícitos y que resulten contrapuestos, se acordará preeminencia al que reviste carácter público<sup>13</sup>.

Es en ese marco que se encontró en el principio de razonabilidad una forma de controlar y hasta invalidar las leyes. Así, por ejemplo, en una oportunidad sostuvo nuestro Alto Tribunal que:

Las grandes metas de la política del Estado están fijadas en el Preámbulo de la Constitución. La acción del poder político estatal para lograr esas metas no es revisable judicialmente en cuanto decisión política. Pero como ésta, necesariamente, debe instrumentarse mediante normas jurídicas —*ubi societas ibi ius*—. Y bajo este aspecto, cabe la valoración judicial de los medios empleados. Esto no es otra cosa que constatar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado. Ese medio será

7 LINARES, Juan Francisco. Ob. cit., pp. 159 y siguientes.

8 Ibid., *passim*. (aunque se llevó a cabo un útil esfuerzo para sistematizar algunas pautas a partir de distintos pronunciamientos); CIANCARDO, Juan. Ob. cit., p. 300; BIANCHI, A. *Dinámica del Estado de Derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*. Buenos Aires: Ábaco, 1996, pp. 99 y siguientes.

9 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho constitucional*. Segunda edición, tomo II. Buenos Aires: Astrea, 1997, pp. 700-701.

10 Fallos: 289:185 (1974) y 296:372 (1976).

11 Fallos: 288:416 (1974).

12 Fallos: 313:1232 (1990).

13 Fallos: 253:133 (1962) y 258:271 (1964).



admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional<sup>14</sup>.

Uno de los puntos centrales del control de razonabilidad de las leyes —y, en su momento, del ejercicio de las potestades del Ejecutivo durante el estado de sitio<sup>15</sup>— fue el de las medidas adoptadas en el marco de las situaciones de emergencia que restringían los derechos. Así, se consideró que las leyes que suspendían temporaria y «razonablemente» los efectos de los contratos y de las sentencias firmes eran constitucionales «siempre que no se altere la sustancia de uno y otras», con lo que se exigía que la restricción al ejercicio normal de los derechos patrimoniales fuera razonable, limitada en el tiempo y no tan solo una mutación en la sustancia o esencia del derecho<sup>16</sup>.

En el Derecho administrativo, el principio de razonabilidad constituye el paradigma en materia de control de la discrecionalidad, como se pudo apreciar en el caso basilar «Industria Maderera Lanín»<sup>17</sup>, en donde, a través de una fórmula que se ha repetido en todas las instancias y fueros, la Corte acuñó el estándar que también conviene recordar:

[L]a circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede aquí constituir un justificativo de su conducta arbitraria; puesto que es precisamente la *razonabilidad* con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia (énfasis añadido).

La idea de la razonabilidad fue recibida en el artículo 7, inciso f, de la LNPA, en donde, en relación al elemento «finalidad» del acto, precisa que «las medidas que el acto involucre deben ser *proporcionalmente* adecuadas a aquella finalidad» (el énfasis me pertenece).

Más adelante, retornaré sobre el estudio específico de la aplicación del principio de razonabilidad en nuestro Derecho administrativo y, en especial, en el procedimiento administrativo. Empero, no dejo de lado la necesidad de advertir que, en nuestro país, la mera mención del adverbio «proporcionalmente» en dicho inciso en nada preocupó

143

EL PRINCIPIO DE  
PROPORCIONALIDAD  
EN EL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOPRINCIPLE OF  
PROPORTIONALITY  
IN ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

14 Fallos: 307:323 (1985), del dictamen del procurador fiscal ante la Corte Suprema al que se remitió el Alto Tribunal.

15 Me remito a la exposición de Bianchi en *Dinámica del Estado de Derecho* (pp. 99 y siguientes).

16 Ver «Russo» en fallos: 243:467 (1959). Esta doctrina ha sido constantemente reiterada en materia de emergencia. Ver también las causas «Avico c/ de la Pesa» en fallos: 172:29 (1934), y «Peralta» en fallos: 313:1513 (1990), así como el voto del juez Carlos S. Fayt en la causa «Smith» en fallos: 325:28 (2002), considerando 10, donde se recordó la jurisprudencia del Alto Tribunal en el sentido de que, en materia de emergencia, la moratoria dispuesta debía sea razonable, a lo que se acordó un alivio justificado por las circunstancias.

17 Fallos: 298:223 (1977). Me abstengo de enumerar los distintos casos y cuestiones en que se hizo uso de este precedente, porque sería interminable.

a la doctrina sobre si «razonabilidad» y «proporcionalidad» eran dos principios distintos. Siempre se utilizó el primero<sup>18</sup>.

## II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD<sup>19</sup>

Se encuentran antecedentes del principio tanto en los griegos y romanos, como en el *ius naturalismo*<sup>20</sup>, en el Derecho inglés, en el Derecho estadounidense —con su control por la «razonabilidad»<sup>21</sup>—, en los tribunales prusianos del siglo XVIII que buscaron limitar la potestad discrecional de la administración, o en los juristas alemanes del siglo XIX y principios del XX<sup>22</sup>, quienes forjaron el Derecho público de su país como una forma de proteger los derechos públicos subjetivos<sup>23</sup>. Incluso en Gény encontramos referencias a la idea del «balance» de intereses<sup>24</sup>.

Hay coincidencia sobre el hecho de que fueron los tribunales alemanes, luego de la Segunda Guerra Mundial, los que le dieron forma al principio<sup>25</sup>

18 Ver en este sentido: CASSAGNE, Juan Carlos: *Derecho administrativo*. Quinta edición. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, pp. 28-29 y n. 57; CASSAGNE, Juan Carlos. «La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial». En *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1995, pp. 159 y siguientes; COMADIRA, Julio Rodolfo. *Acto administrativo municipal*. Buenos Aires: Depalma, 1992, pp. 36-37; COMADIRA, Julio Rodolfo. «El exceso de punición como vicio del acto administrativo y su incidencia sobre la validez del acto administrativo». En *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, pp. 73 y siguientes; COMADIRA, Julio Rodolfo. «La actividad discrecional de la administración pública. Justa medida del control judicial». *El Derecho*, 29 de marzo de 2000; COMADIRA, Julio Rodolfo y Laura MONTI. *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (anotada y comentada)*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2002, pp. 204 y siguientes.

19 Sobre el principio de proporcionalidad pueden citarse entre otros trabajos: GRECCO, Carlos Manuel y Ana Patricia GUGLIEMINETTI: «El principio de proporcionalidad en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (glosas preliminares)». En Documentación Administrativa. Tomos 267 y 268, septiembre 2003 - abril 2004; *El Derecho administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales*. Madrid: INAP, 2004, pp. 121 y siguientes; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 1988; SANDULLI, Aldo. *La proporzionalità dell'azione amministrativa*. Milán: Giuffè, 1998; XYNOPOULOS, Georges. *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité, en France, Allemagne et Angleterre*. París: L.G.D.J., 1995; THOMAS, Robert. *Legitimate expectations and proportionality in Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; y BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2005.

20 XYNOPOULOS, Georges. Ob. cit., pp. 1-2.

21 THOMAS, Robert. Ob. cit., pp. 85 y siguientes; y CIANCIARDO. Ob. cit., pp. 289 y siguientes.

22 LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. Ob. cit., p. 17.

23 SANDULLI, Aldo. Ob. cit., pp. 5 y siguientes; y XYNOPOULOS, Georges. Ob. cit., pp. 118 y siguientes.

24 GÉNY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Segunda edición. Madrid: Reus, 1925. La idea del «balance» de intereses, expresada en otros términos, se puede apreciar en este texto del autor: «nosotros tendemos siempre a establecer el equilibrio entre los intereses que se combaten o parecen contradecirse. Y este resultado no se obtiene más que penetrando a fondo los elementos de toda organización jurídica positiva, que consiste [...] no en entidades lógicas, sino en realidades, de naturaleza moral o económica, las únicas que pueden hacernos percibir los resortes efectivos de la vida social» (pp. 630-631). En las notas al pie, se aprecia que el sustento de su afirmación es la doctrina alemana.

25 CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confinsse légitime en droits allemand, communautere et français*. París: Dalloz, 2001, pp. 249 y siguientes; y AUTEXIER, Christian. *Introduction au droit public allemand*. París: Presses Universitaires de France (PUF), 1997, pp. 107-108.

—que luego fue trasladado al derecho comunitario<sup>26</sup>, donde se constituiría en el más importante de sus principios jurídicos<sup>27</sup>—. En este sentido, se lo ha referido como una forma de «límite armonizante» al ejercicio del Poder Legislativo o Ejecutivo<sup>28</sup>, sin tener en cuenta las relaciones de naturaleza civil, como lo sostuvo el Tribunal Constitucional<sup>29</sup>.

Para él, la aplicación del principio implica determinar si «la medida sancionada por el legislador sea apropiada y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido. El medio es apropiado, cuando por su naturaleza favorece el resultado deseado; es necesario cuando el legislador no tiene la posibilidad de elegir otro medio así de eficaz, pero que no conlleve un daño al derecho fundamental o que signifique un daño menor». Esto, a su vez, lleva a que la afectación «no debe tener una intensidad que no guarde relación con la importancia del objeto y los inconvenientes que se imponen al ciudadano»<sup>30</sup>. Como decía Walter Jellinek, el problema de la proporcionalidad es saber «si no se va a tirar sobre los gorriones con un cañón»<sup>31</sup>. Cabe señalar que otros conceptos utilizados por dicho Tribunal fueron «prohibición de medidas excesivas», «irracionalidad», o la «exigencia de la menor afectación posible a los derechos de los interesados»<sup>32</sup>.

La aplicación del principio se ha ceñido a la determinación de estos tópicos: (i) que la medida sea adecuada —o apropiada— para el resultado buscado, lo que quiere decir que el medio sea legal y que sirva para el fin buscado, por lo que algunos autores alemanes hablan de un «principio de pertinencia»<sup>33</sup>; (ii) que la medida adecuada sea necesaria, en el sentido de que la autoridad no tiene otro mecanismo a su disposición que sea menos lesivo a la persona afectada; y (iii) que la medida no sea desproporcionada con las restricciones que impone<sup>34</sup>, a lo cual también se denomina proporcionalidad en sentido estricto y en donde importa un balance de valores o intereses en juego<sup>35</sup>.

26 USHER, John A. «The influence of national concepts on decisions of the European Court». *European Law Review*, 1976, pp. 359-374, especialmente pp. 362-363.

27 SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1992, p. 708.

28 SANDULLI, Aldo. Ob. cit., p. 4; THOMAS, Robert. Ob. cit., p. 78; y SCHWARZE, Jürgen. Ob. cit., pp. 679 y 685 y siguientes. Aunque Calmes sostiene que el principio se aplica a todo el orden jurídico y a toda disciplina del Derecho (p. 246), en su desarrollo posterior solo lo refiere a la relación con los poderes públicos y no a otras ramas jurídicas. La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional mencionada por Autexier apoyaría el criterio contrario.

29 AUTEXIER, Christian. Ob. cit., pp. 107-108.

30 Ibíd. Se puede hallar una cita similar de otro pronunciamiento del Tribunal Constitucional en SCHWARZE, Jürgen. Ob. cit., p. 687.

31 CALMES, Sylvia. Ob. cit., p. 253.

32 MAURER, Harmut. *Droit administratif allemande*. París: Dalloz, 1995, p. 248; y SCHWARZE, Jürgen. Ob. cit., pp. 686-687.

33 CALMES, Sylvia. Ob. cit., p. 254.

34 MAURER, Harmut. Ob. cit., p. 248; y SCHWARZE, Jürgen. Ob. cit., p. 687. Para un detalle de cada una: SANDULLI, Aldo. Ob. cit., pp. 367 y siguientes.

35 CALMES, Sylvia. Ob. cit., p. 255. Para el detalle del funcionamiento de las tres etapas del mecanismo de la razonabilidad, ver la tesis de Cianciardo (Ob. cit., pp. 322 y siguientes) y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Ob. cit., pp. 105 y siguientes.

La trascendencia que el principio tuvo fuera de las fronteras alemanas está demostrada en el hecho de que, en el ámbito comunitario, se lo considera uno de sus principios basilares. Esa influencia alemana se aprecia en el hecho de que los tres pasos secuenciales del juicio de proporcionalidad desarrollados en el Derecho alemán fueron tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas<sup>36</sup>.

Otros países donde se ha hecho referencia al principio aquí anotado es España, donde, si bien no ha recibido tratamiento legislativo generalizado<sup>37</sup>, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina han seguido los mismos pasos que en el marco del Derecho alemán y del comunitario<sup>38</sup>. Merece señalarse, empero, que Fernández y García de Enterría, cuando tratan el control del ejercicio de la discrecionalidad administrativa, hacen referencia concreta al juicio de razonabilidad del modelo anglosajón y no al de proporcionalidad de los alemanes<sup>39</sup>.

En Francia, la doctrina y algunos pronunciamientos del consejo constitucional y del consejo de Estado han hablado de «proporcionalidad» y de «principio de proporcionalidad», así como igualmente del criterio del balance de costos-ventajas<sup>40</sup>. De su lado, en Italia, pese a que alguna

36 SANDULLI, Aldo. Ob. cit., p. 111, y doctrina citada en las notas 187 y 188, así como el detalle de la jurisprudencia mencionado en la nota 189. Ver también PAPADOPOULOU, Rébecca-Emmanuèla. *Principes généraux du Droit et Droit Communautaire*. Bruselas: Sakkoulas-Bruylant, 1996, pp. 248-249; SCHWARZE, Jürgen. Ob. cit., pp. 708-709. Además, las conclusiones del abogado general Dutheillet de Lamothe en el caso 11/70 «Internationale Handelsgesellschaft». Papadopoulou expresa que, en el mismo día que se dictó la sentencia, en otro pronunciamiento del 17 de diciembre de 1970, «Köster», admitió que el principio de proporcionalidad se encuentra entre «los derechos de carácter fundamental cuyo respeto debe ser asegurado en el orden jurídico comunitario» (PAPADOPOULOU, Rébecca-Emmanuèla. Ob. cit., p. 250 y nota 363).

37 No obstante, Rodríguez de Santiago señala que el principio está virtualmente contenido en distintas disposiciones de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y aprobado por la ley 30/1992 con el texto modificado por la ley 4/1999, como son los artículos 53.2 —el contenido de los actos será «adecuado» a sus fines—, 96.4 y 96.5 —cuando se trata de varios los medios de ejecución se elige «el menos restrictivo a la libertad individual»—. En el artículo 131 de dicha ley, por el contrario, se lee el siguiente epígrafe respecto a la regulación de la potestad sancionadora: «Principio de proporcionalidad», donde se exige, entre otros recaudos, «la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada».

38 LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. Ob. cit., *passim*, especialmente pp. 19 y siguientes; y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Ob. cit., pp. 105 y siguientes.

39 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Novena edición, tomo I. Madrid: Civitas, 2004, pp. 472-475. En este punto creo conveniente mencionar un importante trabajo en la materia de Manuel Aienza: «Sobre lo razonable en el Derecho». *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 27, septiembre-diciembre de 1989, pp. 93 y siguientes. Allí distingue el autor entre lo racional y lo razonable, en el sentido de que, mientras lo primero constituiría la expresión lógica de un proceso de decisión, el juicio de razonabilidad tendría carácter subsidiario ante la insuficiencia de los criterios de racionalidad. El criterio de razonabilidad lo sitúa en el consenso, ello es, que «[L]a decisión a tomar en cada caso sería aquella que pueda verse como aceptable por una comunidad de seres o por un ser que la represente o, si hubiera varias decisiones que pudieran serlo en principio, la que pudiera lograr una mayor aceptabilidad, un mayor consenso» (p. 104). Advierto que no abro juicio sobre esta posición del destacado autor.

40 CALMES, Sylvia. Ob. cit., p. 250. Ver también la bibliografía citada en RIVERO-WALINE. *Droit administratif*. Décimo octava edición. París: Dalloz, 2000, p. 252, nota 1. Para un detalle del panorama francés, leer: SANDULLI, Aldo. Ob. cit., pp. 68 y siguientes; y, muy especialmente, la tesis de XYNOPOULOS, Georges. Ob. cit., pp. 13 y siguientes. En ese texto, el autor llega a referirse a una «proporcionalidad implícita». Asimismo, CHAPUS, René. *Droit administratif*. Décimo cuarta edición, tomo I. París: Montchrestien, 2000, p. 1039; y DE LAUBADÈRE, André, Jean C. VENEZIA e Yves GAUDEMET. *Traité de droit administratif*. Décimo cuarta edición, tomo I. París: L.G.D.J., 1996, pp. 549-550 y 648-649.

posición doctrinaria postula su aplicación<sup>41</sup>, la tendencia se orienta a sustentar el control de los poderes públicos a través del concepto de razonabilidad, como un parámetro de la lógica de actuación de aquellos<sup>42</sup>.

En una situación que aún sigo observando como curiosa, Gran Bretaña ha visto el principio de proporcionalidad como una forma de superar el criterio del control por vía de la razonabilidad, en la inteligencia de que aquel es más amplio que este otro —caracterizado por un *self restraint*—<sup>43</sup>.

### III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PROPORCIONALIDAD (O RAZONABILIDAD)

Aquí corresponde ponderar si, por un lado, tiene sentido hablar de proporcionalidad en vez de razonabilidad —si es que se trata de distintos principios, o, en todo caso, si se pueden utilizar como términos sinónimos—, y, en segundo lugar, cuál es el alcance de su aplicación al procedimiento administrativo.

En el Derecho argentino, la distinción entre el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad no ha sido relevante —más allá de algún intento aislado— en la medida que se los utilizó como sinónimos, lo que sirvió en definitiva para obtener los mismos fines a los que apunta la construcción continental europea<sup>44</sup>.

En esa inteligencia, no debemos importar los problemas para los que en otros derechos se instituyeron soluciones o remedios jurídicos, si es que, de por sí, ya se cuenta con soluciones propias para los mismos problemas en el propio país. Con la importación del principio de proporcionalidad estamos en un cierto nominalismo jurídico que pierde la visión de la

EL PRINCIPIO DE  
PROPORCIONALIDAD  
EN EL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO

PRINCIPLE OF  
PROPORTIONALITY  
IN ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

41 SANDULLI, Aldo. Ob. cit., p. 287.

42 BERTI, Giorgio. *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*. Cuarta edición. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 324 y siguientes; CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Corso di Diritto Amministrativo*. Turin: G. Giappichelli, 2000, pp. 421 y siguientes; y SORACE, Domenico. *Diritto delle amministrazioni pubbliche*. Boloña: Il Mulino, 2000, pp. 51 y siguientes, especialmente pp. 55-56.

43 THOMAS, Robert. Ob. cit., p. 77; y CRAIG, Paul P. *Administrative Law*. Cuarta edición. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, pp. 598 y siguientes. Por otra parte, Shønberg sostiene que «la adopción del principio de proporcionalidad agregaría realismo y honestidad al derecho inglés» (SHONBERG, Søren. *Legitimate expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 152; BAILEY, S. H., B. JONES y A. R. MOWBRAY. *Cases and materials on Administrative Law*. Tercera edición. Londres: Sweet & Maxwell, 1997, pp. 349-352.

44 Vale la pena señalar que, en igual sentido, para Neuman el principio de proporcionalidad no tiene en el Derecho estadounidense la misma relevancia que en el europeo —sobre todo el alemán—, porque si bien la doctrina del *balancing* podría constituir un paralelo entre ambos sistemas, lo cierto es que no se lo ha considerado parte del *rule of law*. Antes bien, el criterio es que las autoridades públicas no deben observar el principio de proporcionalidad en sus decisiones, sino que, por el contrario, «[e]vitar la arbitrariedad, antes que la adhesión a la proporcionalidad, ha sido considerada como como el mandato del *rule of law* en este campo.» (NEUMAN, Gerald. «The U.S. constitutional conception of the rule of law and the Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz». *Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group*, número 5. De la crítica formulada a quienes sostienen diferencias entre ambos principios, así como a la exposición de la doctrina del *balancing test*, me remito a mis trabajos antes citados: «La protección de la confianza...» y «El principio de razonabilidad (¿o proporcionalidad?) en el derecho público argentino».

esencia de las cosas, porque la razonabilidad hace referencia al resultado de un proceso de valoración de los distintos componentes a tener en cuenta en una decisión, que va más allá del mero ajuste formal a la ley, y que apunta, por el contrario, al contenido de la decisión —el control de razonabilidad no deja de ser una especie del control de legitimidad—.

Por lo tanto, la diferencia entre uno y otro principio es, a mi juicio, inexistente, intrascendente e innecesaria en nuestro ordenamiento. De esta manera, es preferible seguir hablando de «razonabilidad» sin perjuicio de que se los considere sinónimos. Creo —y espero no equivocarme— que en el Derecho administrativo peruano ocurre algo similar, habida cuenta de que allí se habla de razonabilidad y no de proporcionalidad —como expuse al principio—. Se trata de un lugar en donde, con buen criterio, la ley 27444 otorga, en su artículo 4, la idea de que la razonabilidad es proporcionalidad, de medio a fin. En otros términos, se entiende que la proporcionalidad es uno de los componentes del concepto de razonabilidad. Dejo constancia de que ambos términos se utilizarán, en lo que resta de la monografía, como sinónimos.

En lo referente a la aplicación al procedimiento administrativo, entiendo que es necesario precisar qué se entiende por aquel, ya que su comprensión permitirá elucidar si se aplica o no el principio de proporcionalidad.

En tal contexto, de la lectura de las distintas obras en la que se expuso el tema se aprecia que ambos principios se han aplicado al contenido de la decisión. Ello es, en otros términos —y perdonando la expresión— que se han aplicado al «producto terminado» o al resultado del procedimiento. Lo que ocurre es que el procedimiento está sustancialmente vinculado a la razonabilidad de lo que decida. En efecto, en el procedimiento administrativo lo que importa es arribar a la verdad material, mas para llegar a ella es indispensable observar los procedimientos. Las formas son, entonces, los caminos necesarios para arribar a ese resultado. Como tiene dicho el profesor Cassagne, las formas en el Derecho administrativo cumplen tanto la función de garantía de los derechos de los administrados, como la del orden, del acierto, de la justicia y de la legalidad que deben existir en la actividad administrativa<sup>45</sup>. Precisamente, nuestra corte tiene reiteradamente dicho que «en las formas se realizan las esencias»<sup>46</sup>.

Como sabiamente escribió Comadira, «el procedimiento administrativo [...] posee un doble rol tuitivo, por un lado, de los derechos individuales y de la debida participación particular en la gestión administrativa, y, por

45 CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978, p. 205.

46 Fallos: 315:106 y 317:1333.

otro, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa»<sup>47</sup>. Es más, dicho recordado y siempre presente maestro, dijo que «precisamente el propio dispositivo de la LPA configura el derecho al debido proceso adjetivo como un requisito basilar del procedimiento administrativo»<sup>48</sup>. De consuno con ello, puede acercarse el concepto —nada desacertado dogmáticamente— señalado por Bielsa, al conceptualizar al Derecho administrativo como el momento dinámico de la Constitución, o, también, el procedimiento o derecho procesal de la Constitución<sup>49</sup>.

Lógicamente, ese resultado en modo alguno puede estar desligado de todo lo que lo antecedió. El consecuente, que es la decisión o acto administrativo, debe guardar vinculación sustancial con el antecedente. Justamente, el resultado es producto de haberse observado las formas previas, entre ellas el debido proceso adjetivo —cabe resaltar que el debido proceso ha apuntado, durante su evolución, a algo más que el mero trámite administrativo o judicial previo, pues progresivamente apuntó al contenido mismo de la decisión<sup>50</sup>—.

En nuestra Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (19.549), el principio estaría aparentemente rotulado como «de proporcionalidad», conforme resulta del artículo 7 —el cual fija los requisitos esenciales del acto administrativo—, que, en su inciso f, bajo el epígrafe «finalidad», establece en su primer párrafo: «Habrà de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del òrgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, pùblicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. *Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquellas finalidad*» (el énfasis me pertenece).

Esta última frase del inciso ha sido tradicionalmente interpretada como inclusiva del principio de razonabilidad, y no del de proporcionalidad, como así lo entendió, en términos generales, la doctrina nacional<sup>51</sup>. Pero lo interesante del tema es que los autores citados en la nota precedente

47 COMADIRA, Julio Rodolfo. «Las bases constitucionales del procedimiento administrativo». En AAVV: *Las bases constitucionales del Derecho Administrativo. Revista Régimen de la Administración Pública*, número 309, p. 244.

48 COMADIRA, Julio Rodolfo. *La anulación de oficio del acto administrativo*. Segunda edición. Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 1998, p. 225.

49 BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Sexta edición, tomo I. Buenos Aires: La Ley, 1966, p. 144.

50 El profesor Linares trató con profundidad el tópicó en su clásica obra *Razonabilidad de las leyes*.

51 GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho administrativo*. Novena edición, tomo III. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007, pp. 8-22; COMADIRA, Julio Rodolfo y Laura MONTI. *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (anotada y comentada)*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2002, pp. 204 y siguientes. (se destaca que, por razón de espacio, no se enuncian todos los trabajos que el maestro Comadira había hecho referencia al mismo concepto de identificación de proporcionalidad con razonabilidad); HUTCHINSON, Tomás. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549 (comentada)*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1985, p. 163; CAMPOLIETI, Federico. «Los principios del procedimiento administrativo en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos». En Víctor Hernández-Mendible (coordinador). *Derecho administrativo iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. Tomo II. Caracas: Ediciones Paredes, 2007, pp. 949 y siguientes, especialmente pp. 962-964.

hicieron referencia no al procedimiento en sí, sino al contenido de la decisión, y, específicamente, al contenido discrecional de los actos<sup>52</sup>.

La razonabilidad fue situada normalmente entre el elemento finalidad y el objeto del acto, con lo que se marcó así una interrelación que da contenido a ese componente del acto —aunque en la ley no se lo cite como tal—. Esto debido a que la razonabilidad supone, por vía de principio, la existencia de los otros elementos esenciales del acto —competencia, causa, procedimientos, motivación y finalidad—. Sin embargo, falla en uno, que es el objeto o contenido.

Es decir, importa una falta de coherencia o proporción entre aquellos componentes preliminares que hasta podrían considerarse válidos y en el contenido, en relación con la finalidad del acto. Ejemplo típico de ello ha sido en nuestra jurisprudencia el exceso de punición, cuando, por ejemplo, en vez de aplicarse una suspensión al empleado público, se dispone su cesantía<sup>53</sup>. Pese a que no se discute la necesidad de reprimir faltas disciplinarias, la punición no es aceptable cuando no armoniza con la magnitud de ellas<sup>54</sup>.

Es por lo expuesto que no creo que pueda hacerse referencia al principio de razonabilidad en el marco del procedimiento administrativo, pues se lo entiende como inserido en las etapas netamente procedimentales. Estas, en todo caso, contienen vicios propios que no se vinculan con la razonabilidad o proporcionalidad. Como ejemplo, se podrá hablar de ausencia del elemento competencia, pero no de falta de razonabilidad, lo mismo que respecto a cualquiera de los otros elementos —entre ellos los que podríamos denominar críticos en materia de discrecionalidad, como la causa y la motivación, que, muchas veces, van aunados, como vicio específico, con el de irracionalidad—.

Lo que ocurre es que muchas veces se habla genéricamente de arbitrariedad o irracionalidad cuando en realidad existe el vicio de falta de causa o motivación. Al mismo tiempo —y lo señalo por experiencia— es común que los jueces se escabullan en el encuadre del vicio que pudiera encajar en una decisión y prefieran hablar genéricamente de arbitrariedad o irracionalidad, habida cuenta de que muchas veces no existe un solo vicio en la decisión, sino una confluencia que no permite escindir idealmente uno de otro.

52 Este es el contenido que se confronta en el trabajo de Albrecht Weber: «El procedimiento administrativo en el Derecho comunitario». En Javier Barnés Vázquez (coordinador). *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993, pp. 57 y siguientes. Al hablar ahí el autor del principio de proporcionalidad (pp. 79-80) como uno de los principios del procedimiento administrativo, está en realidad refiriéndose al contenido de la decisión.

53 Ver sobre el tema: COMADIRA, Julio Rodolfo. «El exceso de punición como vicio del acto administrativo...» y «La actividad discrecional de la administración pública...».

54 Entre otras, ver la causa «Sandez» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 6 de octubre de 1998.



En los precedentes jurisprudenciales de nuestra Corte Suprema encuentro vinculación con el tema en tres casos relacionados con el procedimiento y la razonabilidad. A continuación los señalo.

El primero de ellos es «Parra de Presto»<sup>55</sup>, donde la Corte consideró que la aplicación de una grave sanción disciplinaria —sanción expulsiva de cesantía impuesta a una empleada municipal— fuera aplicada «sobre la base del respeto a los principios del debido proceso, para lo cual es menester contar con una adecuada oportunidad de audiencia y prueba, extremos estos que no satisface el exiguo plazo de 24 horas concedido al recurrente, toda vez que no es dable pensar que este pueda preparar en ese término el descargo y ofrecimiento de pruebas de que se intentará valer». A esto, se agregó que:

[...] el actor debe contar con un plazo *razonable* que le permita fundar adecuadamente el recurso deducido contra esa medida separativa. En el caso, la exigencia de deducir el recurso de revocatoria del art. 89 de la ordenanza general 207 dentro del plazo de 24 horas, computadas a partir de la notificación del acto, torna ilusorio el derecho de defensa del agente municipal, toda vez que, sin duda alguna, en ese breve período no se puede *razonablemente* rebatir los fundamentos dados por la administración en oportunidad de disponer su baja. En consecuencia, la interposición inoportuna del recurso obedece a la imposibilidad de deducirlo con un margen de tiempo extremadamente breve (los resaltados me pertenecen).

También recordó un precedente suyo, donde se había sostenido que:

[...] el contenido de las normas rituales poseía su reconocida e indiscutible importancia; sin embargo, su desnaturalización, su sobredimensionamiento por encima de *su razón de ser* terminaba por convertir a esos imprescindibles preceptos en una suerte de trampas o valladares tendientes a frustrar el derecho constitucional del debido proceso, lesionando gravemente la garantía de la defensa<sup>56</sup> (el resaltado me pertenece).

Como puede apreciarse, lo que aquí campeó fue la razonabilidad de un plazo. No era irrazonable poner un plazo, mas sí lo era su exigüidad.

En el segundo caso, la razonabilidad va de la mano con su conceptualización como forma de interpretar las normas jurídicas. El caso es «Tidone»<sup>57</sup>, en donde, frente a una norma municipal de procedimiento —la cual, a su vez, establecía que frente a una norma de carácter general que afectara a los particulares, estos debían deducir recurso dentro del plazo de

55 Fallos: 316:2539 (1993).

56 El precedente era «Salvador Ludica» en fallos: 308:117 (1986), donde la Corte se había remitido al dictamen del procurador general de la Nación, Octavio Gauna.

57 Fallos: 316:3231 (1993).

treinta días a partir de la última publicación en el boletín oficial, o de su notificación—, la Corte consideró que la interpretación dada por la demandada afectaba el principio de seguridad jurídica. En efecto, la actora consideraba que una norma general afectaba su salario, por lo que impugnó las normas en cuestión luego de percibir sus haberes. Tanto el municipio demandado como la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires consideraron que, en virtud de que la actora no había impugnado la norma general dentro del señalado plazo, la norma estaba firme respecto a ella. La Corte Suprema Nacional revocó el fallo, sobre la base de que la norma procedimental solo se refería a la impugnación directa de la norma general y no a la aplicación individual de esa norma en cada acto de pago, tal como lo había hecho la actora. Finalmente, la Corte Nacional descalificó el fallo por vía de la arbitrariedad.

Aquí, aunque no se mencionó, se aplicó la razonabilidad en la interpretación de las normas.

El último es «Astorga Bracht»<sup>58</sup>, un caso que constituyó otro supuesto de irracionalidad —la Corte habló de «arbitrariedad»— vinculado a una norma general que, para participar en un concurso para la adjudicación de estaciones de radiodifusión,

[...] debía acompañar en su presentación un escrito dirigido al COMFER en el que se indicaría expresamente que desistían, de manera total e incondicional, de todos los recursos administrativos y judiciales que se hubieren interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión, como así también contra cualquier acto administrativo emitidos por el COMFER y la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC).

La Corte Suprema entendió que la norma resultaba violatoria «del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, las cuales cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva». Ello era así por cuanto:

[...] restringe en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares que pretendan participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión puedan impugnar cualquier resolución administrativa del COMFER y la CNC vinculada al servicio en cuestión, en contradicción de la garantía mencionada en el considerando anterior, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia —a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos: 310:276 y 937; 311:208) y que requiere,

58 Fallos: 327:4185 (2004).

por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada (Fallos: 310:1819).

Finalmente, y en lo que aquí interesa, puntualizó que:

[...] la referida disposición atenta, por otra parte, contra los principios básicos de los procedimientos públicos de selección como la licitación y el concurso, en especial, los de libre concurrencia e igualdad, que no solo tienden a resguardar el derecho de los oferentes o participantes en procedimientos de ese tipo, sino también el interés público comprometido en la debida elección de quienes resultarán adjudicatarios.

153

EL PRINCIPIO DE  
PROPORCIONALIDAD  
EN EL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOPRINCIPLE OF  
PROPORTIONALITY  
IN ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

#### IV. CONCLUSIÓN

Lo expuesto me lleva a reiterar lo que a lo largo de lo escrito dejé expresado: en primer lugar, que razonabilidad y proporcionalidad significan lo mismo, y que dicho juicio es solo aplicable al contenido del resultado del procedimiento previo, puesto que pudieron en él haberse cumplido con todos los requisitos rituales, pero el contenido de la solución resulta incoherente con las constancias del expediente.

Lo que expreso tiene su motivación en el hecho de que, en el Derecho, las construcciones dogmáticas deben llevar a soluciones justas y no a la construcción de alambicados edificios, los cuales pueden ser magníficos y despertar la admiración, pero no servir en su interior para el fin que fueron construidos. El Derecho no está para la creación de alambicadas formulaciones a las que solo pueden arrimarse quienes dominan o quienes fueron iniciados en el arcano.

Por ello, la frase de Guardini puesta al inicio confirma el criterio que siempre seguí en la magistratura y en la cátedra: el Derecho administrativo tiene sentido en tanto sirva para la defensa de los administrados y su acceso a la justicia, y en tanto asegure la vigencia del principio de legalidad y de los valores del Estado de Derecho. Precisamente, el juicio de razonabilidad es muchas veces el último remedio para purgar las decisiones arbitrarias de los poderes públicos que afectan a los administrados.

Recibido: 13-07-2011  
Aprobado: 22-08-2011



# El principio del informalismo en el procedimiento administrativo

The principle of informalism on administrative procedure

MIRIAM MABEL IVANEGA\*

**Resumen:** El principio del informalismo a favor del administrado es uno de los aspectos fundamentales del procedimiento. Consiste en la dispensa a los administrados de cumplir con las formas no esenciales, es decir, aquellas que no están exigidas por el orden público administrativo. Su aplicación impide que el particular pierda un derecho por el incumplimiento de un deber formal, con lo que obliga a la administración a optar por la solución más favorable para aquel. En definitiva, se propugna un equilibrio entre la acción administrativa que no puede ser entorpecida y el derecho de los administrados a no encontrarse sometidos a rigorismos que los perjudiquen, porque sería inconstitucional negar una solución al particular por causas meramente formales.

**Palabras clave:** Procedimiento administrativo – principio del informalismo – criterios jurisprudenciales

**Summary:** One of basic aspects of administrative procedure is the principle of informalism on behalf of the applicants. It consists in applicant's exemption to fulfill non essential formalities, that is to say those not required by public administrative policy. Application of this principle prevents the private to be deprived of a right due to a failure to comply a formal duty. In that case, the Administration must choose the best solution for applicants. In short, this advocates a balance between, on the one hand, administrative action which can not be hindered and, on the other hand, the right of applicants to be protected from harshness. To deny a solution for merely formal causes is unconstitutional.

**Key words:** Administrative procedure —principle of informalism— case law

---

\* Es doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral y, además, directora ejecutiva de dicha maestría. Asimismo, es abogada de la Universidad de Buenos Aires, profesora titular en la UNLAM, adjunta en la Facultad de Derecho de la UBA y profesora de postgrados en instituciones universitarias de su país e Iberoamérica. Correo electrónico: ivanega@arnet.com.ar.

CONTENIDO: I. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. DOCTRINA Y LEGISLACIÓN ARGENTINAS.– I.1. CONCEPTO Y ALCANCE.– I.2. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.– I.3. CLASIFICACIONES.– II. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.– II.1. NOTAS ACERCA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.– III. PRINCIPIO DEL INFORMALISMO.– III.1. REGULACIÓN NACIONAL.– III.2. ALCANCE DEL PRINCIPIO DEL INFORMALISMO.– III.3. BREVES REFLEXIONES ACERCA DEL INFORMALISMO Y LOS PLAZOS PARA RECURRIR.– III.4. SU RELACIÓN CON LA OFICIALIDAD, LA VERDAD MATERIAL Y EL DERECHO DE DEFENSA.– III.5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN.

## I. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. DOCTRINA Y LEGISLACIÓN ARGENTINAS

### I.1. Concepto y alcance

El procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado<sup>1</sup>.

El sometimiento de la acción administrativa a un cauce formal se justifica como garantía desde dos perspectivas: como garantía del interés público y de los derechos de los particulares<sup>2</sup>.

Se trata, entonces, de un conjunto de formas jurídicamente reguladas que se cumplen por y ante los órganos que ejercen aquella función, con el objeto de preparar la emisión de actos administrativos. Por ello, es un instrumento de control, tanto de la legitimidad como del acierto de las decisiones en relación al interés público.

En este sentido, tiene un carácter instrumental en relación con el bien común, lo que no obsta a que se busque el aseguramiento de los derechos de los particulares. Las formas —y el procedimiento administrativo lo es— cumplen un doble rol tuitivo, pues aseguran la eficacia de la gestión de la administración y el respeto de los derechos individuales<sup>3</sup>.

El procedimiento encauza jurídica y racionalmente la actividad administrativa, y protege a los ciudadanos ante cualquier actuación y resolución anómala de los órganos de la administración<sup>4</sup>.

1 COMADIRA, Julio Rodolfo. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (anotada y comentada)*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 3.

2 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Comentario a la Ley de Procedimientos Administrativos*. Madrid: Civitas, 1977, p. 70.

3 COMADIRA, Julio Rodolfo. Ob. cit., p. 5.

4 LÓPEZ RODÓ, Laureano. *Procedimiento administrativo*. Colección «Xornadas e seminario 6», Xunta de Galicia, 1994, p. 17.

Ello es producto de una noción que, desde su génesis, concibe al procedimiento administrativo como un dispositivo instrumental llamado a racionalizar el desarrollo de la función administrativa, al ordenar jurídicamente la actividad práctica, concreta y permanente que es propia de ella. Ahora bien, su funcionalidad no se circunscribe a la satisfacción de pretensiones de particulares en situaciones de conflicto administrativo, ni agota su finalidad en la participación defensiva de los intereses individuales o colectivos que son afectados.

Existen relevantes razones de interés público comprometidas con el deber de una administración adecuada, eficaz y democrática que justifican a este instituto como herramienta para el logro de decisiones administrativas de calidad y como instrumento para el cumplimiento de los encargos básicos de carácter social que manda la Constitución Nacional<sup>5</sup>.

En cuanto a su alcance, se diferencian tres conceptos<sup>6</sup>: (i) amplio, que parte de la idea general de combinación de actos que conservan su individualidad y que se conectan entre ellos para alcanzar un fin. Se incardina con la definición del diccionario de la Real Academia Española, como «acción de proceder», «método de ejecutar algunas cosas», concepción que excede las funciones del Estado; (ii) intermedio, que lo limita a las tres funciones estatales, y del que se deriva un procedimiento para la formación de las leyes, otro para obtener el dictado de una sentencia y el que traduce la voluntad de la administración en el dictado de los actos administrativos; y (iii) restringido, que relaciona directamente el procedimiento administrativo y la actividad administrativa, y llega a identificarlo con la función de esta naturaleza.

Tal clasificación remite al debate sobre la distinción entre procedimiento y proceso. Desde el punto de vista procesal, se entiende que procedimiento administrativo y procedimiento judicial son cauces procesales externos de funciones diversas: el primero se dirige a garantizar la satisfacción con inmediatez del interés público, mientras que el segundo se encamina a lograr la resolución de conflictos entre partes con intereses contrapuestos<sup>7</sup>.

Ahora bien, si se adopta un sentido amplio, el proceso se identifica con una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el fin de llegar a un acto estatal, donde se destaca la unidad de actos que constituyen el proceso y su carácter teleológico. De esta forma habría proceso en cualquier función estatal, con lo que existiría un proceso

5 SAMMARTINO Patricio. «Procedimiento administrativo, juridicidad e interés público». En A.V. *Cuestiones de procedimiento administrativo*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2005.

6 CANOSA, Armando. *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, pp. 55-58.

7 COMADIRA, Julio Rodolfo. Ob. cit., p. 6.

judicial —civil, penal comercial, contencioso administrativo—, un proceso legislativo —conjunto de actos parlamentarios que tiene por objeto el dictado de una ley— y un proceso administrativo —conjunto de actos de la administración que tiene como fin la emanación de un acto—<sup>8</sup>.

Este enfoque no es considerado útil, pues aplicar esa noción a todo conjunto de actos dirigidos a la formación o aplicación de normas jurídicas implica quitar ese carácter tradicional y fundamental de técnica para la administración de justicia. Estas y otras razones habilitan a considerar la necesidad de establecer una unidad terminológica y mantener el término al proceso judicial. Negar al procedimiento administrativo el carácter de proceso no implica eludir la sujeción a los principios de derecho en su tramitación, ya que estos y las normas constitucionales en el marco del Estado de Derecho y del sistema republicano de gobierno no están destinadas a aplicarse solo en el proceso judicial: la administración también está sometida a aquellos. «De allí entonces que rechazar la calificación de ‘proceso’ no implica en absoluto desechar la aplicación analógica, en la medida delo compatible, de todos los principios procesales [...]»<sup>9</sup>.

Con sentido similar, se expresa que entre procedimiento y proceso hay una relación de género a especie, y se deja a este último para identificar el procedimiento que se desarrolla ante el órgano jurisdiccional<sup>10</sup>.

## 1.2. La participación ciudadana en el procedimiento administrativo

La concepción tradicional de que el particular actúa como colaborador de la administración —que ha tenido reconocimiento jurisprudencial—<sup>11</sup>, aún en el caso del recursivo y reclamatorio, encuentra un nuevo sustento en los principios vinculados a la transparencia pública. Es decir, a la participación y al acceso a la información que permiten adaptar al procedimiento administrativo las exigencias de la Constitución<sup>12</sup>.

La visión tuitiva de la acción administrativa se traduce en una mayor apertura hacia la participación de diferentes sectores, lo que a su vez permite la correlativa consolidación de un nuevo contenido del interés

8 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado*. Novena edición. Tomo II. Buenos Aires: FDA, 2009.

9 *Ibid.*, pp.10-13.

10 CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Séptima edición. Tomo II. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002, pp. 514 y siguientes.

11 Por ejemplo, en fallos 308:633, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que quien recurre actúa como colaborador en la elaboración de la decisión administrativa «aún cuando defiende sus derechos subjetivos, por lo que predominan las reglas de informalismos e impulsión de oficio [...]».

12 IVANEGA, Miriam. *Instituciones de Derecho administrativo*. Bogotá: UEC, 2010.



público, en especial a partir de los derechos de tercera generación consagrados en diversas cartas constitucionales<sup>13</sup>.

La participación es, entonces, un medio y un fin en el proceso de la toma de decisiones y con posterioridad a ellas.

Los derechos a participar<sup>14</sup> implican por necesidad de obligaciones positivas a cargo de la administración, lo que comprende la existencia de mecanismos institucionales para lograr una comunicación fluida entre administración y administrado<sup>15</sup>.

El particular puede tomar parte en el ejercicio de la función administrativa actuando de diversos modos: durante el procedimiento administrativo que conduce a la emisión del acto, pero sin incorporarse a la estructura administrativa, o bien puede hacerlo insertándose en esta de forma circunstancial o permanente. La primera es denominada participación procedimental; la segunda, orgánica<sup>16</sup>.

A su vez, si se considera la protección concedida por el ordenamiento jurídico, es posible distinguir otras dos especies de participación. La primera es la tutelada o participación propiamente dicha, que se configura cuando el ordenamiento jurídico «otorga al administrado el derecho, exigible en sede administrativa y judicial, de tomar parte como colaborador en el ejercicio de la función administrativa, sea en el procedimiento previo a la emisión del acto, sea a través de su inserción, ocasional o permanente, en dicha estructura».

La segunda o participación de otorgamiento discrecional se presenta cuando el ordenamiento posibilita al particular que colabore en el ejercicio de la función administrativa a través de cualquiera de los dos modos indicados, pero solamente como una alternativa de decisión discrecional para la autoridad administrativa. Esta solo tiene el deber de fundar su negativa cuando mediere una petición del particular<sup>17</sup>.

Los mecanismos pueden revestir diversas modalidades en el marco de procedimientos de defensa o de simple colaboración. En los ámbitos de

EL PRINCIPIO DEL  
INFORMALISMO  
EN EL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO

THE PRINCIPLE OF  
INFORMALISM ON  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

13 GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo. *La administración pública, juridicidad y derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 266.

14 «La participación administrativa tiene un alcance restringido; se refiere al vínculo entre Administración y administrado, aunque siempre la idea primaria de participación está unida al concepto de Estado democrático» (MEILAN GIL, José Luis. «El principio de participación en la Constitución Española». *Revista Iberoamericana de Derecho público y administrativo*. Año 5, número 5, 2005, pp. 29 y siguientes, Madrid). La Constitución española dice, en su artículo 9.2, que corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, cultural y social. Se trata, entonces, de un principio rector que debe informar la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

15 RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública*. Segunda edición. Bogotá: UEC, 2004, p. 295.

16 COMADIRA, Julio Rodolfo. «Procedimiento administrativo y participación ciudadana». En: [www.eldial.com/DC697](http://www.eldial.com/DC697).

17 *Ibid.*

la contratación pública, de la gestión de los servicios públicos y de determinadas modalidades de control, el administrado puede colaborar con la administración participando en el procedimiento administrativo, sin necesidad de defenderse<sup>18</sup>.

La audiencia pública es una instancia dentro del procedimiento en el cual los ciudadanos pueden expresar sus opiniones y recomendaciones, un mecanismo de participación de raigambre constitucional cuya efectividad obliga a que sean admitidos los que tienen derecho o interés legítimo y también los titulares de derechos de incidencia colectiva<sup>19</sup>.

Es considerada también un medio de defensa del particular, de autocontrol administrativo e instrumento de colaboración y participación en el marco del «debido procedimiento adjetivo»<sup>20</sup>, y constituye, entre otros, una garantía objetiva de transparencia de los procedimientos estatales, un mecanismo idóneo de formación de consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad y de la conveniencia del obrar estatal, y un elemento de democratización del poder<sup>21</sup>.

El concepto de esta institución tiene un doble carácter público. Por un lado, por la publicidad y transparencia del procedimiento, por su oralidad, inmediación y registro gráfico y fílmico de los medios de comunicación, por publicación de las reuniones, etcétera, y, por otro, por la participación procesal y el acceso del público en general a tales procedimientos, como sujeto activo y parte en sentido procesal de ellos.

En el primer caso, se concretan la transparencia y el acceso al conocimiento público de todos los actos estatales. En el segundo, se cualifica de modo especial a las «audiencias públicas», dándole prioridad a «la activa participación del público como parte en el procedimiento, en sentido jurídico y no ya como mero «espectador»<sup>22</sup>.

### 1.3. Clasificaciones

Existen diversas clasificaciones de procedimiento. A título de ejemplo cabe citar la división entre general y especiales, y entre formación e impugnación.

El procedimiento general es el que se encuentra instituido por las normas legales generales, aplicable a todos los órganos de la administración pública, con principios e institutos jurídicos comunes. Es el previsto en el decreto ley 19.549 (LPA), norma federal<sup>23</sup> cuyo ámbito de aplicación,

18 *Ibíd.*

19 GORDILLO, Agustín. *Ob. cit.*

20 COMADIRA, Julio Rodolfo. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003, p. 249.

21 GORDILLO, Agustín. *Ob. cit.*

22 *Ibíd.*

23 CSJN, fallos: 312:1188, 312:2050, 315:1605, 321:336, entre otros.

conforme a su artículo 1, comprende la administración nacional centralizada y descentralizada, entes autárquicos, con excepción de los organismos militares, de defensa y de seguridad.

Se excluyen de la ley a los poderes Judicial y Legislativo —aunque se admite su aplicación en forma subsidiaria cuando estos ejercen función administrativa—, y las fuerzas armadas y de defensa y seguridad<sup>24</sup>.

Dentro de los procedimientos especiales —aquellos que presentan modulaciones específicas— el artículo 2 encomendó al Poder Ejecutivo a determinar los procedimientos que quedarían subsistentes luego de su sanción, lo que dio origen decreto 9.101/72. Ello no fue óbice para que, posteriormente, se institucionalizaran otros procedimientos<sup>25</sup>.

La proliferación de normas que crean procedimientos específicos conspira con la finalidad misma del procedimiento administrativo, esto es, brindar seguridad jurídica y garantizar la defensa de los particulares. La dicotomía entre la pluralidad de procedimientos necesarios para encausar la actividad administrativa y la unidad procedimental que asegure las garantías individuales provoca tensión e incertidumbre<sup>26</sup>.

Los procedimientos especiales tuvieron origen en el quehacer propio de organismos o ámbitos específicos de actuación —por ejemplo, el militar— o en la naturaleza de la actividad —por ejemplo, la materia tributaria—.

Paradójicamente, el procedimiento común surgió como reacción ante la diversidad de esos procedimientos especiales, a efecto de fijar pautas uniformes para la actividad administrativa. Si bien la diversidad material de la actuación de la administración impide que exista un solo procedimiento que contemple todos los supuestos, lo acertado sería que el procedimiento especial constituyera una excepción con un contenido enmarcado en el general. La regulación de pautas constantes y comunes involucraría los principios, los pasos para manifestar la voluntad, las vías recursivas, los plazos, el acceso a la justicia<sup>27</sup>.

24 Véase el caso «Resch» (CSJN, fallos: 327 P. 4681). El dictamen sostiene que la corte se pronunció negativamente sobre la posibilidad de aplicar la LNPA al ámbito de los organismos militares, de defensa y seguridad, y, por lo tanto, no es exigible el agotamiento de la vía previsto en aquella. En cuanto a la aplicación del plazo de caducidad para iniciar la acción judicial, también confirma que no resulta aplicable el artículo 25 (ARIAS, Verónica Lorena. *Caso «Resch»: continúan las controversias en torno a la habilitación de la instancia judicial y la aplicación de las disposiciones de la ley 19-549 a los organismos militares, de defensa y seguridad*. Serie especial de Derecho administrativo del 30-9-05; y COMADIRA Julio Pablo y Fabián CANDA. «Cuestiones relativas a la habilitación de la instancia judicial en un fallo de la CSJN (el caso «Resch» y la aplicación de la LNPA a las Fuerzas Armadas y de Seguridad, la inhabilitación de oficio de la instancia judicial y la necesidad imperiosa de un Código Contencioso-administrativo)». En: [www.eldia.com-DC93B](http://www.eldia.com-DC93B)).

25 CANOSA, Armando. Ob. cit., pp. 83-84.

26 ZUBIAUR, Carlos. Ob. cit., pp. 29-44.

27 *Ibid.*, 33-34.

En cuanto al procedimiento de formación cabe mencionar que se trata del conjunto de actos necesarios para arribar al dictado del acto administrativo definitivo, es decir, su necesidad se justifica en la formación de la voluntad administrativa —tanto de actos unilaterales o bilaterales—.

Por su parte, el de impugnación es instado por el particular y tiene inicio una vez concluido por el procedimiento de formación. Cuando el particular impugna el acto administrativo se activa un procedimiento que genera un control de legalidad o de oportunidad, mérito o conveniencia por parte de la administración<sup>28</sup>.

## II. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### II.1. Notas acerca de los principios generales del derecho

El ordenamiento jurídico está formado por principios generales y normas específicas, no obstante la viva y abierta polémica científica acerca del origen, el alcance, la estructura y la función que los primeros desempeñan en el ordenamiento. Se trata de un debate en el que toman protagonismo la doctrina científica y la jurisprudencia<sup>29</sup>.

En la actualidad, los principios generales del derecho de validez universal comprenden, entre otros, al debido proceso legal, su parte sustantiva o garantía de razonabilidad, la proporcionalidad, la eficacia, la eficiencia, la equidad, la imparcialidad, la audiencia previa, la desviación de poder, la seguridad jurídica, la cláusula *rebus sic stantibus*, la buena fe, la confianza legítima, el deber de actuar con diligencia y la prudencia<sup>30</sup>.

En ese contexto, y como lo sostiene Gordillo, los grandes principios del procedimiento administrativo son de carácter constitucional, de justicia natural y de derecho supranacional, dado que garantizan la defensa de los derechos civiles y humanos en general del individuo y de las asociaciones en el procedimiento singular, como también la indispensable participación de la sociedad y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en la previa elaboración y debate de las normas generales y los grandes proyectos que afectan a la sociedad, al medio ambiente, a las grandes contrataciones, licencias, concesiones, etcétera. A ello se agrega el principio del informalismo a favor del administrado tanto en su actuación individual como en la colectiva<sup>31</sup>.

28 CANOSA, Armando. Ob. cit., p. 83.

29 LEGUINA VILLA, Jesús. «Principios generales del derecho y Constitución». *Revista de Administración Pública*, número 114, septiembre-diciembre 1987, p. 170, Madrid.

30 GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2007, pp. 9-10.

31 GORDILLO, Agustín. Ob. cit.

Tal es el caso de la legalidad (juridicidad), del debido proceso adjetivo, de la verdad material, de la oficialidad o impulsión de oficio, de la celeridad gratuita y de la eficiencia, todos previstos en la legislación nacional<sup>32</sup>.

Ahora bien, tanto la definición de la juridicidad, que no limita la sujeción del procedimiento a la ley, sino que incluye los principios generales del derecho, como las consecuencias de la internacionalización del derecho, han afectado, por ejemplo, el debido proceso legal o la eficiencia en cuanto al mayor alcance y a los efectos que se producen en la actividad estatal.

En dicho contexto, se insertan la razonabilidad, la transparencia, el acceso a la información, la participación, la buena fe, la seguridad jurídica. Todos ellos informan el procedimiento, deben ser respetados en su desarrollo, y su omisión puede aparejar la nulidad de la actuación administrativa<sup>33</sup>.

La vaguedad y ambigüedad que presentan ha llevado a diferenciar los principios en un sentido fuerte y en un sentido débil. En el primer supuesto, forman parte del derecho por sí mismos, «son aquellos de donde se hace o se constituye algo como derecho, o se identifica algo como derecho. De este modo, pensamos que el derecho en última instancia remite a los bienes humanos básicos [...] a los que intenta proteger con los instrumentos propios del derecho, o sea el *arché* del derecho lo constituye lo que en la terminología contemporánea se llaman 'derechos humanos fundamentales', o 'derechos naturales primarios' [...]». En ese sentido, los principios jurídicos fuertes serían principios de derecho o en sentido estricto<sup>34</sup>. Por ejemplo, el debido proceso legal.

Los principios jurídicos débiles o «principios en sentido amplio» se identifican con características formales y estructurales, que cumplen el rol de principios respecto de otras normas o frente a otros principios débiles, en virtud de haberlo dispuesto así una decisión autoritativa. Son principios constituidos como tales a consecuencia de un acto humano con capacidad para ello<sup>35</sup>.

32 Entre otros, véase: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984; RIVERO, Jean. «Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo». *Revista de Administración Pública*. Número 6, septiembre-diciembre 1951, Madrid; PRIETO SANCHOS, Luis. *Sobre principios y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad». *Revista de Administración Pública*, número 20, mayo-agosto 1956, Madrid; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983; CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. «La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo». *Revista de Administración Pública*. Número 7, enero-abril 1952, Madrid; VIGO, Rodolfo. *Los principios jurídicos*. Buenos Aires: Depalma, 2000; CASSAGNE, Juan Carlos. *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.

33 IVANEGA, Miriam. «La administración pública del siglo XXI». *Revista Jurídica La Ley*, 2 de marzo de 2011.

34 VIGO, Rodolfo. *De la ley al derecho*. México D.F.: Porrúa, p. 82.

35 *Ibid.*, pp. 82-83.

Tanto los principios como las normas operan en el derecho como reglas o medias jurídicas, en tanto pueden emplearse a los fines de determinar si una cierta conducta es jurídicamente obligatoria, prohibida o permitida. En esa terminología, el género está constituido por las «reglas jurídicas» que se componen por las especies de los principios —fuertes y débiles— y de las normas. Es así como Vigo concluye —a partir de su posición centrada en vincular el contenido de los principios del derecho o principios fuertes con los derechos humanos fundamentales o derechos naturales primarios— que «más que un problema de oportunidad o de moda, estamos convencidos de que la cuestión de los principios constituye un excelente *test* para medir la aptitud al cambio de los juristas y su disposición a que el derecho no se aparte de su sentido último»<sup>36</sup>.

La trascendencia de los principios generales en el Derecho administrativo permite describir a este partiendo de una cadena conformada por los principios que se encuentran en la base del sistema jurídico, que inspiran sus normas y, a su vez, informan su contenido, con lo que permiten que se concrete la obra legislativa, en caso de lagunas. Sin embargo, no existe una dualidad entre derecho natural y derecho positivo, pues el primero sufre la conversión jurídica por su incorporación a fórmulas técnicas que se configuran en función de los problemas. «[...] Esta conversión de los preceptos absolutos del derecho natural en criterios técnicos y tecnicizables es lo que se expresa en el concepto de ‘principios generales del Derecho’»<sup>37</sup>.

Disposiciones constitucionales y supraconstitucionales contemplan o desarrollan —incluso implícitamente— principios rectores de todo el ordenamiento, con un contenido tan fuerte y profundo como para que su aplicación se extienda y desborde lo que se denomina como:

[...] el simple marco de su interpretación literal. El principio determina en forma integral cuál ha de ser la orientación del acto de creación o aplicación del derecho. Un intérprete o ejecutor del derecho no puede ser un mero lector del texto de cada norma, sino que debe fundamentalmente buscar la interpretación que la hace justa en el caso: allí es donde son de aplicación los principios jurídicos por ser ‘principios’ son la base de una sociedad libre y democrática, son los elementos fundamentales y necesarios de la sociedad y de todos los actos de sus componentes<sup>38</sup>.

36 *Ibíd.*, pp. 103-104.

37 CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad. El control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 23.

38 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo. Parte general*. Tomo I. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009, pp. 6-25.

### III. PRINCIPIO DEL INFORMALISMO

#### III.1. Regulación nacional

El artículo 1 de la LPA establece que «las normas del procedimiento que se aplicarán ante la Administración pública nacional [...] se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos: [...] c) excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente».

El reglamento de la ley (decreto 1759/72) dispone, en su artículo 5 inciso d, que «el órgano competente dirigirá el procedimiento procurando [...] d) señalar antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos de que adolezca ordenando que se subsanen de oficio o por el interesado dentro del plazo razonable que fije, disponiendo de la misma manera las diligencias que fueren necesarias para evitar nulidades». En materia recurso, el artículo 77 indica que «advertida alguna deficiencia formal, el recurrente será intimado a subsanarla dentro del término perentorio que se le fije, bajo apercibimiento de desestimarse el recurso».

Asimismo, el artículo 81 del reglamento establece que «los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les dé, cuando resulte indudable la impugnación del acto administrativo».

#### III.2. Alcance del principio del informalismo

El informalismo es uno de los aspectos fundamentales del procedimiento<sup>39</sup>.

También denominado formalismo moderado y debilitamiento de la preclusión, consiste básicamente en la dispensa a los administrados de cumplir con las formas no esenciales, es decir aquellas que no están ligadas o exigidas por el orden público administrativo.

Se orienta a proteger al particular a efectos de que no se vea perjudicado por cuestiones meramente procesales, relativizándose las exigencias adjetivas. Cualquier duda que se plantee en el curso del procedimiento, referida a las exigencias formales debe interpretarse a favor del administrativo y favoreciendo la viabilidad del acto procesal de aquel<sup>40</sup>.

Esta última aseveración sin embargo, se pondría en tela de juicio respecto del cumplimiento de los plazos, según se considerará en párrafos posteriores.

En el Derecho argentino, por impulso de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) se establecieron las particularidades de este principio,

39 DIEZ, Manuel. *Manual de Derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Plus Ultra, 1980, p.486.

40 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2003, p. 34.

el que es reconocido solo para los administrados y usuarios de servicios públicos, consumidores, vecinos, en particular a aquellos que se encuentran en menor condición económica, social o cultural.

El informalismo debe estar consustanciado con el principio de contradicción de intereses contrapuestos y con la imparcialidad que debe guiar el procedimiento. Estos últimos principios protegen al particular contra la administración y a esta de sus propios funcionarios, concurriendo el interés público, los derechos de incidencia colectiva y el derecho individual del que recurre<sup>41</sup>.

Aun cuando el significado y trascendencia de las formas en el Derecho administrativo es muy superior al que asume en el derecho privado, la aplicación del principio no implica un procedimiento sin formas, pues ello no sería posible dentro del principio de juridicidad que informa toda la actividad administrativa. En consecuencia, no hay obstáculo alguno para que se pueda entender «en el sentido de que en el procedimiento administrativo no se utilizan las formas sacramentales que son de rigor en la actuación ante los órganos judiciales»<sup>42</sup>. Este principio encuentra amplia recepción en el régimen de defensa al consumidor.

La ley 24.240 —modificada por la 26.361— recepta el criterio de la interpretación más favorable al consumidor como protección a la parte más débil de la relación. Con esa base, todo el procedimiento instituido reviste el carácter de informal. Así, el consumidor está habilitado para hacer la denuncia por escrito o verbalmente, con o sin patrocinio letrado, y ofreciendo o no pruebas. Similar regulación rige en la ciudad de Buenos Aires (ley 757) y en la provincia de Buenos Aires (ley 13.133 y decreto 1610/96)<sup>43</sup>.

El principio del informalismo responde a la regla jurídica *in dubio pro actione*, y se vincula estrechamente con la tutela administrativa efectiva, por eso se admite la aplicación del principio aquí comentado al cómputo de plazos, a la legitimación, a la decisión de si el acto es definitivo o de mero trámite, a la calificación de los recursos, entre otros<sup>44</sup>.

Como se sostuvo, no puede ser invocado por la administración para eludir sus facultades regladas, pues es ilegítimo que aquella se ampare en la dispensa de formas para dejar de cumplir con las exigencias que el orden jurídico le impone a toda su actuación, o para dejar de cumplir con las reglas del procedimiento.

41 GORDILLO, Agustín. Ob. cit., pp. 9-27 y siguientes.

42 CANOSA, Armando. *Los recursos administrativos*. Buenos Aires: Ábaco, 1996, p. 130.

43 Véase: PERRIAUX, Enrique. «El derecho procesal del consumidor y el principio del informalismo administrativo» (decreto judicial 2005-2, 229).

44 CASSAGNE, Juan Carlos. «Los principios generales del procedimiento administrativo». En *Procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 1998, pp. 19 y siguientes.



El informalismo es ajeno a la discrecionalidad administrativa o a una excesiva generosidad para el particular, ya que «[...] el beneficio para el particular solo aparecerá precisamente con la existencia de un estricto procedimiento que fije reglamentamente y cumpla las obligaciones de la administración»<sup>45</sup>.

Tampoco puede ser invocado por los concesionarios o licenciatarios de poderes económicos monopólicos otorgados por el Estado como si fuera un usuario. De ello pareciera deducirse que es superior el principio del informalismo así planteado respecto del formalismo para todos<sup>46</sup>.

La PTN ha sostenido en esa línea argumental que «el administrado pueda lograr, superados los inconvenientes formales que se presenten, el dictado de un acto que decida las cuestiones planteadas ante la Administración»<sup>47</sup>. Su aplicación impide que el particular pierda un derecho por el incumplimiento de un deber formal, debiendo la administración optar por la solución más favorable para aquel en dicho sentido<sup>48</sup>.

Coincide con la doctrina en que esta cuestión es significativamente importante, al verificarse que una gran proporción de recurrentes y reclamantes son personas de escasos recursos y conocimiento jurídicos, que actúan sin patrocinio y sin técnica alguna, con lo que se considera que este principio es una «suerte de discriminación positiva» respecto de ellos<sup>49</sup>. Se trata, en definitiva, de proteger al más débil.

Por eso, deben superarse los meros formalismos. No es posible ajustarse simplemente a lo peticionado por los particulares si con ello se les niega el acceso a los derechos que por ley les corresponden, aun cuando estos, por omisión o ignorancia inculpable, no los invocaran en forma expresa o clara<sup>50</sup>.

Además, este principio reafirma el aludido rol de colaborador que asume el particular en el procedimiento administrativo, al contribuir en la gestión de los fines públicos<sup>51</sup>.

Por otra parte, también se admitió el carácter de «administrado» a los entes públicos no estatales, como el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, que interpuso un reclamo administrativo previo contra la Superintendencia de Servicios de Salud, con lo

45 GORDILLO, Agustín. *Op.cit.*, pp. 10-30 y notas 133-134.

46 *Ibíd.*

47 PTN, dictámenes: 133:240.

48 ABERASTURY, Pedro y Miguel DANIELIAN. *Procedimientos administrativos (nación y provincias)*. Buenos Aires: La Ley, 1996, p. 26.

49 GORDILLO, Agustín. *Op.cit.*, pp. 9-30 y siguientes.

50 CNACAF, sala I: «López Juan José c/ Ministerio del Interior» (artículo 3, ley 24.043), del 11 de julio de 2000.

51 CSJN, fallos: 300:1292.

que se aplicó el principio del informalismo para encauzar la impugnación como recurso de reconsideración atento que pretendía cuestionar un acto administrativo de esta última<sup>52</sup>.

En definitiva, se propugna un equilibrio entre la acción administrativa —que no puede ser entorpecida— y el derecho de los administrados a no encontrarse sometidos a rigorismos que los perjudiquen. Ello porque sería inconstitucional negar una solución al particular por causas meramente formales.

Sin embargo, cabe reconocer la dificultad de determinar qué formas son esenciales, y cuáles no. Más allá del casuismo que ello implica, es posible considerar como formalidades no esenciales a las irregularidades intras-cendentes que no provocan vicio alguno, defectos formales vinculados a las nulidades relativas, o aquellas que no vulneran el orden público ni comportan una nulidad absoluta<sup>53</sup>.

Lo «no esencial» es comprensivo de las meras o simples inobservancias administrativas que pueden ser subsanadas, sin agravio a terceros, al interés público o a la esencialidad de la juridicidad. Por el contrario, las formas esenciales se vinculan al orden público, a los requisitos fundamentales del acto administrativo, a los derechos humanos y al debido proceso administrativo<sup>54</sup>.

La indeterminación de las formas esenciales merece una especial atención respecto de los plazos para recurrir y sus efectos en el acceso al control judicial de la administración.

### III.3. Breves reflexiones acerca del informalismo y los plazos para recurrir

Si bien excede al presente trabajo analizar las causas y efectos de los enfoques doctrinarios y jurisprudenciales formulados, cabe reconocer que se está frente a uno de los principales temas del Derecho administrativo argentino, que origina permanentes reflexiones y debates: el agotamiento de la vía administrativa<sup>55</sup> y la tutela judicial efectiva.

Esta tutela comprende no solo el acceso a la jurisdicción a quien invoque una situación jurídica subjetiva, sino también la sustanciación del

52 PTN, dictámenes: 261:397.

53 CASSAGNE Juan Carlos. Ob. cit., p. 529.

54 SESIN, Domingo. «El principio del informalismo atenuado y sus consecuencias prácticas». En *Cuestiones de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: RAP, 2006, p. 71.

55 Sobre el tema, véase: MAIRAL, Héctor. *Control judicial de la administración pública*. Tomo VI. Buenos Aires: Depalma, 1984; FIORINI, Bartolomé. *¿Qué es el contencioso?* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965, p. 216; CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009; COMADIRA, Julio Rodolfo. Ob. cit.; y GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo*. Décima edición. Tomo IV. Buenos Aires: FDA, 2010.

proceso, su tramitación en tiempo razonable y le cumplimiento de la sentencia. La idea central es que ninguna decisión administrativa quede fuera del control judicial.

Las legislaciones suelen exigir, en el caso de pretensiones impugnatorias de actos administrativos de alcance particular o general o frente a ciertas reclamaciones a la administración, el cumplimiento de presupuestos procesales, como el denominado agotamiento de la vía administrativa, considerado no como una exigencia meramente formal y carente de significación sustantiva, sino como instrumento de protección de los derechos particulares y, a su vez, como autocontrol administrativo de la legalidad y de la eficacia de su accionar<sup>56</sup>.

La LPA prevé tal requisito, pero ello no significa que se hubieran presentado todos los recursos administrativos previstos en la norma legal, sino solo la interposición del jerárquico (artículo 90 del decreto 1759/72, T.O. 1991)<sup>57</sup>. Es decir que el acto susceptible de revisión judicial debe ser aquel contra el cual no cabe interponer otro recurso obligatorio, ya sea porque no están previstos o porque los previstos ya se han ejercido. Constituye, entonces, «la ‘última palabra’ de la Administración»<sup>58</sup>.

En el caso de los actos administrativos de alcance individual emanados de entidades autárquicas, el interesado puede optar por interponer el recurso administrativo de alzada o la acción judicial pertinente. La elección de esta hará perder la administrativa, pero la interposición del recurso de alzada no impide desistirlo en cualquier estado con el objeto de promover la acción judicial, ni obsta a que se articule esta acción una vez resuelto el recurso administrativo.

A su vez, el artículo 24 de la ley prevé que los actos administrativos de alcance general podrán ser impugnados judicialmente si el interesado a quien el acto afecte —o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos— hubiese formulado reclamo —denominado «impropio»— ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere configurase silencio de la administración. También pueden impugnarlos por vía judicial si la autoridad de ejecución del acto de alcance general le dio aplicación mediante actos definitivos, y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas.

56 COMADIRA, Julio Rodolfo. Ob. cit., p. 442.

57 Artículo 90: «El recurso jerárquico deberá interponerse ante la autoridad que dictó el acto impugnado dentro de los quince (15) días de notificado y será elevado dentro del término de cinco (5) días y de oficio al Ministerio o Secretaría de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto. Los Ministros y Secretarios de la Presidencia de la Nación resolverán definitivamente el recurso; cuando el acto impugnado emanare de un Ministro o Secretario de la Presidencia de la Nación, el recurso será resuelto por el Poder Ejecutivo Nacional, agotándose en ambos casos la instancia administrativa».

58 AGUILAR VALDEZ, Oscar. «El agotamiento de la vía administrativa». En *Tratado de derecho procesal administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 605.

La exigencia del cumplimiento de los plazos para recurrir justifica la regulación de la «denuncia de ilegitimidad». El artículo 1, inciso e, apartado 6, de la LPA prevé:

Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que este dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho.

Esta figura ha sido entendida como un tipo especial de denuncia para recurso informal o para recurso presentado extemporáneamente, un medio autónomo de impugnación de actos administrativos. Pero en sentido estricto no es un recurso, ya que la decisión que sobre él recae —en cuanto al fondo— no es recurrible en sede administrativa ni judicial y, por ende, no constituye un medio apto para habilitar la vía judicial<sup>59</sup>.

Así lo confirmó la CSJN en el caso «Gorordo» al fijar que contra la decisión de fondo que resuelve la denuncia de ilegitimidad no resulta posible deducir acción judicial posterior. En esta decisión, se consolida la interpretación de que la decisión administrativa que desestima en cuanto al fondo un recurso extemporáneo tramitado como denuncia de ilegitimidad no resulta susceptible de ser impugnada en sede judicial, porque el interesado dejó vencer el término para deducir los recursos administrativos, y, por lo tanto, había quedado clausurada la vía administrativa, requisito insoslayable para la habilitación de la instancia judicial (artículo 23, inciso a, de la ley 19.549)<sup>60</sup>. También señaló que no resulta violatorio del derecho de defensa el pronunciamiento que declaró inhabilitada la instancia judicial si el particular, no obstante haber tenido la oportunidad para ejercerlo adecuadamente, omitió articular dentro del término perentorio fijado en el régimen legal el recurso administrativo pertinente (decreto 1759/72, T.O.199).

Con similar razonamiento, confirmó la sentencia que rechazó la demanda de una empresa distribuidora de electricidad, por considerar que no se había agotado la vía administrativa, al resultar evidente que no se había cumplido con el procedimiento que exigía el artículo 31

59 COMADIRA, Julio Rodolfo. Ob. cit., pp. 71-73.

60 CSJN, fallos 322:73. En dicha sentencia, puntualiza: «además de las condiciones de admisibilidad establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el proceso contencioso administrativo debe cumplir con aquellos requisitos específicos de este tipo de proceso previstos en el título IV de la ley 19.549, cuyo cumplimiento en cada caso concreto el juez está facultado a verificar [...] Dada la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19.549, el juez de primera instancia está facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario *in limine* la pretensión (artículo 337 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pues su falta no requiere la expresa denuncia por parte del demandado».

de la ley 19549, requisito previo al inicio de una demanda contra el Estado Nacional. Dice el texto que «la posición asumida por este en el juicio no evidencia la inutilidad de retrotraer la cuestión a la etapa administrativa, por lo que no permite concluir que el agotamiento de la vía administrativa constituyera un ritualismo inútil» (artículo 32, inciso e, de la ley 19549 vigente en ese momento)<sup>61</sup>.

Otro dato a considerar es el ritualismo inútil aceptado como excepción al agotamiento de la vía administrativa<sup>62</sup>. Ejemplo de ello es el fallo en el cual el citado tribunal dejó sin efecto la decisión que declaró improcedente la demanda contencioso administrativa tendiente a declarar la nulidad de un decreto del presidente del concejo deliberante de un municipio de la provincia de Buenos Aires, por no haberse cumplido el recaudo de interponer un recurso administrativo contra el acto impugnado, con lo que se incurría en un injustificado rigor formal que violaba la garantía de la defensa en juicio, «pues no cabe aceptar que la misma autoridad que concretó los actos impugnados, fuese a modificar lo decidido ante un recurso, por lo que pretender un nuevo recurso ante la misma autoridad superior significaría someter a la actora a un ritualismo estéril, con inútil dispendio de actividad de la propia Administración»<sup>63</sup>.

Este somero abordaje del tema refleja la existencia de un sistema complejo, con diversos supuestos, plazos y efectos, lo que ha originado la crítica de la doctrina, que ve en dicho régimen un retroceso garantístico, y al que se suma el establecimiento de plazos de caducidad para promover el proceso judicial.

Sin desconocer que la acción de amparo (artículo 43 de la Constitución Nacional) ha morigerado sus efectos —dado su objetivo de acción para restablecer los derechos y garantías constitucionales cuando la administración los violó por acción u omisión—, el requisito de los plazos para impugnar e interponer la acción judicial sigue siendo objeto de críticas por resultar opuesto al principio de la tutela judicial efectiva<sup>64</sup>.

Por el contrario, la defensa del sistema legal vigente se basa en diversas razones: (i) permitir una etapa conciliatoria anterior al litigio; (ii) que la administración tenga la posibilidad de corregir sus errores; (iii) impedir que ella sea llevada a juicio sin aviso previo; (iv) posibilitar el control jerárquico de la legitimidad y la oportunidad de las decisiones administrativas, para evitar que la justicia interfiera prematuramente; (v) evitar al Estado el escándalo de verse judicialmente demandado en causas que

61 CSJN, fallos: 332:1629. Se alude a la LPA previa a la reforma de la ley 25.344.

62 Antes de la modificación de la LPA (ley 25.344), esta excepción se encontraba prevista expresamente en el artículo 32. Si bien dicha reforma la eliminó, la jurisprudencia la receptó.

63 CSJN, fallos: 328:4277, remitiendo al precedente «SACOAR SAIC c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario».

64 CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. cit., pp.106-109.

son indefendibles; y (vi) facilitar la función judicial al someter a su sede las cuestiones que están delimitadas en forma previa, con intervención de organismos administrativos especializados<sup>65</sup>.

Asimismo, se alude a que los plazos recursivos se vinculan con la ejecutoriedad del acto, con el conocimiento de la administración de la firmeza de sus actos y con el interés público en juego, con el orden, con la imparcialidad, con la seguridad y con la juridicidad<sup>66</sup>.

Esta interpretación también se verifica en decisiones de la justicia provincial, desde donde se entiende, por ejemplo, que el principio del informalismo no justifica el incumplimiento de las cargas y de los plazos procesales, los que constituyen normas de orden y sistematización; *máxime* si el régimen local solo prevé su aplicación durante el procedimiento o mientras se desenvuelva el trámite de las actuaciones y no cuando se trata de plazos para iniciar o interponer recursos. En razón de ello, se confirmó el rechazo a un recurso que había sido presentado dentro de las dos primeras horas del día siguiente al vencimiento, por aplicación del Código Procesal Civil<sup>67</sup>.

#### III.4. Su relación con la oficialidad, la verdad material y el derecho de defensa

A diferencia del proceso judicial, el procedimiento administrativo persigue la verdad material, de ahí la confluencia de ambos principios, pues, en aras de conocer la realidad de los hechos, la administración debe dispensar al particular de formalidades que puedan obstaculizar aquella búsqueda. Asimismo, la verdad material encuentra también su sustento en los principios supraconstitucionales de transparencia pública, participación y acceso a la información. Adviértase que la aplicación del rigorismo formal es pernicioso también para la administración, justamente porque puede afectar la búsqueda de la verdad material. En definitiva, las formalidades que se impongan en el procedimiento administrativo deben ser moderadas, procurando salvar la juridicidad de la actuación<sup>68</sup>.

Respecto de la oficialidad, —principio por el cual la autoridad administrativa es la que debe instar las actuaciones hasta su conclusión— esta cumple también el objeto de determinar la verdad material y ejecutarla, y para ello necesita que la administración dispense al particular de las formas no esenciales.

65 COMADIRA, Julio Rodolfo. Ob. cit., pp. 420-422.

66 SESIN, Domingo. Ob. cit., p.72.

67 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Causa: «Ottaviani Ernesto c/Provincia de Mendoza» del 13 de octubre de 2004.

68 IVANECA, Miriam. «Procedimiento administrativo: las dimensiones del principio de verdad material». *Revista Jurídica La Ley*, 14 diciembre de 2010.

Todo ello satisface con eficacia los intereses públicos, a la par que se respetan las situaciones de los particulares, verdaderos colaboradores<sup>69</sup>.

A su vez, el formalismo moderado es una instrumentación legal del principio de defensa. Por eso, uno de los debates doctrinarios sigue siendo si es posible la subsanación del incumplimiento de los plazos para recurrir —en los casos de agotamiento de vía administrativa—, por aplicación del principio del informalismo y si ello favorece la defensa del particular, con lo que se le permite el acceso a la justicia, un aspecto que fue considerado en el punto anterior.

### III.5. Criterios jurisprudenciales y de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN)

La utilización de ciertos vocablos en el ámbito del procedimiento administrativo no tiene una equivalencia estricta con determinados conceptos o categorías jurídicas, por lo que pretender sujetar la petición del particular a los términos literales bajo los cuales fue escrito puede frustrar el pleno ejercicio de los derechos por causa de un óbice formal<sup>70</sup>.

Ese criterio se mantiene respecto al trámite del reclamo administrativo previo regulado por el artículo 30 de la ley 19.549 —modificado por el artículo 12 de la ley 25.344—, tras haber entendido la PTN<sup>71</sup> que esta vía administrativa no se encuentra sujeta a la observancia de requisitos formales, salvo al que hacer referencia a su obligación a versar sobre los mismos hechos y derechos que serán invocados en la eventual demanda judicial<sup>72</sup>.

En similar sentido, no es necesario calificar las peticiones, y debe prescindirse del título de las presentaciones si surge claramente de estas la pretensión del particular<sup>73</sup>.

Se consideró viable una acción de amparo por mora, aun cuando el escrito presentado por el particular —y sobre el cual no diera respuesta alguna la administración— adoleció de defectos formales, dado que de él surgía, en forma clara y fundada, la pretensión del acto<sup>74</sup>.

69 Véase: FIORINI, Bartolomé. *Procedimiento recursivo y recurso jerárquico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971, p. 58.

70 CNACAF, sala V: «Autolatina Argentina S.A. c/ ANA», del 2 de octubre de 1996. PTN: dictámenes 67:95, 83:72 y 68:210.

71 Dictamen 64 de enero de 2003.

72 PTN, dictámenes: 244:287. Véase: CNACAF, sala IV, causa «Distribuidora de Gas Pampeana», del 12 de abril de 1996.

73 CNACAF, sala II: «Ramírez de Machado Nelly Amalia c/ Administración Nacional de Aduana», del 17 de septiembre de 1998; y CCAT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II: «Comastri Raúl A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Acción meramente Declarativa», del 12 de diciembre de 2001.

74 CNACAF, sala II: «Rodríguez Fuchs, Carlos A. c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios».

Lo que debe evitarse, entonces, son aquellas formas que impidan desentrañar el verdadero meollo del caso, la verdad y, en última instancia, hacer justicia. En las presentaciones del administrado deben atenderse su contenido y finalidad, dejando de lado el modo en que fueron tituladas. La sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires interpretó que, en las impugnaciones, hay que superar los errores que pudieran contener acerca de su calificación jurídica o de la individualización del destinatario del recurso<sup>75</sup>.

La PTN ha sostenido que cuando la petición de un administrado es clara, precisa y concreta, no es posible soslayarla invocando cuestiones formales, resultando a su vez obligatorio para la Administración expresarse sobre tal petición<sup>76</sup>.

Como se dice en la causa «Negocios y Participaciones S.A.», si bien:

[...] en el procedimiento administrativo reina el informalismo, este no puede llegar a tal extremo que las peticiones de los administrados se formulen con tal laxitud y vaguedad que la Administración no tenga elementos de juicio suficientes para acceder o denegar lo solicitado. Pero por el mismo principio ha de aceptarse que el cumplimiento de las formalidades deban valorarse con una laxitud mayor de la exigida en el proceso judicial, de modo que las presentaciones realizadas por el particular sean valoradas con un criterio amplio para considerar cumplidos los requisitos exigidos en la ley y las reglamentaciones administrativas<sup>77</sup>.

En definitiva, no puede constituirse en una pauta desnaturalizadora y sin restricciones que, contrariando su finalidad, autorice a los administrados a desconocer las formas esenciales<sup>78</sup>.

Las normas dispersas que el administrado debe ensamblar para guiar los actos del procedimiento también pueden derivar en un menoscabo del derecho de defensa del particular, si se lo interpreta con un criterio formalmente riguroso y ello imposibilita el acceso a la justicia<sup>79</sup>.

El erróneo incumplimiento o interpretación de las normas administrativas, en tanto ello no encubra la desidia y la mala fe del particular, no

75 CCAT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, causa «Comastri», citada en la nota 16.

76 PTN, dictámenes: 207:212.

77 En la causa «Negocios y Participaciones S.A.» del año 1998, la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal analizó el archivo de actuaciones administrativas iniciadas por la actora, a fin de obtener el crédito fiscal previsto en la ley 24.073 por una omisión en la nota de solicitud de dicho beneficio (CNACAF, sala IV, causa «Construcciones Lumen de Carlos de Assam c/ Estado Nacional (sección de agricultura y ganadería SENASA) s/ Nulidad de resolución», del 23 de mayo de 1989).

78 SCJBA, causa «Distribuidora Química S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo) s/ Demanda contencioso administrativa», del 8 de septiembre de 1998.

79 CSJN, fallos: 317:1765.



puede causar frustración de las expectativas de justicia<sup>80</sup>. Incluso, aunque el trámite del recurso interpuesto adolezca de fallas formales, ellas no son suficientes para declarar improcedente la impugnación, si se cumplieron las etapas sustanciales, «máxime cuanto en la materia existe un criterio de amplitud a favor del recurrente en los casos que han sido objeto de dictámenes por parte de esta Procuración»<sup>81</sup>.

En un caso de reconocimiento de servicios para el cálculo previsional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que, si de las constancias del expediente se desprende que la administración contaba con los elementos de prueba necesarios para acreditar la totalidad del período laboral reclamado, la circunstancia de no haberse invocado en la solicitud de jubilación los referidos servicios no pudo obstar a su consideración al resolverse el otorgamiento de la prestación, «en virtud de los principios establecidos para los procedimientos administrativos por el art. 1, incs. a, b y c de la ley 19.549 que son: impulso e instrucción de oficio, celeridad, economía, sencillez, eficacia e informalismo a favor del administrado»<sup>82</sup>.

Además, dado que la acción de los particulares contribuye al control administrativo, no existe causa valedera que justifique eliminar esa intervención por meras deficiencias formales cuando pueden ser salvadas, ya que esa actitud podría significar reducir las posibilidades del control sobre la actividad administrativa<sup>83</sup>.

Por otro lado, rige también en materia de contrataciones. Así, por ejemplo, en el procedimiento administrativo de licitación pública se ha admitido el informalismo o formalismo moderado para corregir la denominación o el encuadre erróneo dado por un oferente a su presentación, cuyo objeto era recurrir a una resolución que había denegado un pedido de prórroga para impugnar el informe de precalificación y ampliación del término de vista de las actuaciones, así como la suspensión del procedimiento<sup>84</sup>.

En síntesis, el procedimiento administrativo no puede constituir un camino de exigencias que obstaculicen el ejercicio de los derechos por parte de los administrados. Las formas conforman la juridicidad de la actuación administrativa, coadyuvan a la transparencia y permiten el control de la actuación administrativa. Por ello, el formalismo moderado no puede ser sinónimo de caos procedimental, sino de equilibrio entre el ejercicio de una función administrativa transparente y el derecho de defensa del particular.

80 CNACAF, sala I, causa «Gramajo Raúl c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios», del 8 de octubre de 1998.

81 PTN, dictámenes 74:302 y 64:176.

82 CSJN, fallos 324:2742.

83 CSJN, causa «Soto, Juan Gilberto c/ ANSeS s/ jubilación por invalidez», del 11 de septiembre de 2001.

84 PTN, dictámenes 224:119.

# 176

En ese marco, tanto el excesivo formalismo como la carencia de formas son propios de una administración pública prescindente del individuo y de sus necesidades, lo que deriva en la frustración de los derechos y afecta directamente el interés público.

Recibido: 14-07-11  
Aprobado: 08-08-11

# El debido procedimiento administrativo

## Administrative due process

ENRIQUE ROJAS FRANCO\*

**Resumen:** El presente artículo analiza la manifestación y aplicación del debido proceso como derecho y garantía de protección, y como principio esencial en el procedimiento administrativo, el cual está basado fundamentalmente en las resoluciones de la Sala Constitucional costarricense y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Palabras clave:** Procedimiento administrativo – justicia administrativa – debido proceso

**Summary:** This article analyzes appearance and application of due process as a right and protection guarantee, also as an essential principle in administrative procedure mainly based on resolutions of Inter-American Human Rights Court and the Supreme Court of Justice from Costa Rica (Constitutional Court Room).

**Key words:** Administrative procedure – administrative justice – due process

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA: SU CONCEPTO Y EVOLUCIÓN. – II. EL CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. – III. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN SEDE ADMINISTRATIVA: DERIVACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. – IV. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA: SU CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

La justicia administrativa es un concepto sustantivo y procesal, el cual establece que la actividad de la administración pública debe orientarse a la realización o satisfacción de intereses públicos concretos, con el pleno respeto a los derechos e intereses públicos. Ahora bien, esta busca la solución de las controversias que surjan entre aquella y los administrados (particulares), entre dos entes públicos, o entre el Estado

---

\* Es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Asimismo, es doctor en Derecho público por la Universidad de Burdeos y especialista en Ciencia administrativa por la Universidad de Roma. Se desempeña como presidente de la Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo Profesor Jesús González Pérez. Correo electrónico: jerojas@racsa.co.cr, info@rojasfranco.com.

y un ente público menor<sup>1</sup>. Como bien señala Fix Zamudio, la justicia administrativa se compone de un conjunto amplio de instrumentos jurídicos para la defensa de los administrados, dentro de los que se incluyen la existencia de una jurisdicción especializada y ejercida por los tribunales en sede administrativa y por los entes y órganos de la administración pública.

Históricamente, se han ideado distintas fórmulas para la resolución de controversias entre la administración pública y los administrados. Durante el absolutismo, la justicia administrativa se confirió y concentró en órganos eminentemente administrativos, no jurisdiccionales. Este modelo fue abandonado con las revoluciones liberales del siglo XVIII, en donde se comienzan a diseñar fórmulas que incluían la participación de tribunales administrativos en la solución de controversias entre administración y los administrados. Todo ello con motivo de la clásica división de poderes propuesta por Montesquieu.

La justicia administrativa tuvo sus orígenes en la Revolución Francesa, ya que pretendía instituir una forma de gobierno que pusiera a la ley por encima del hombre (poder soberano), idea concentrada en los escritos de Rousseau<sup>2</sup>: «un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes, pero no dueños; obedece a las leyes, pero nada más que a las leyes y es por fuerza de las leyes por lo que no obedece a los hombres».

El control de la actividad de la administración había sido inexistente, pues este era un instrumento personal del poder del monarca. La revolución de 1789 cambia radicalmente el paradigma absolutista, en donde esta organización —denominada la administración— daría el paso hacia la regulación o la limitación legal: tanto su organización como su actividad se ajustarían y limitarían a las disposiciones de las leyes<sup>3</sup>.

En Francia se consagra la primera constitución revolucionaria en 1791, en la cual se señala, entre otras cosas, el sometimiento de la actividad administrativa a la ley, y surge el principio de legalidad como piedra angular o norte del Derecho público en general y, en especial, del Derecho administrativo. De una forma visionaria, la misma Constitución estableció los mecanismos de control interno para hacer efectivo este principio. De esta forma, se le otorgó la función controladora al consejo de Estado —denominado también Consejo de Ministros—. Esta fórmula excluyó por completo el control judicial de la actividad administrativa en virtud del principio estricto de separación de poderes planteado por Montesquieu. En Francia, la Revolución mantuvo una gran desconfianza hacia

1 ROJAS FRANCO, Enrique. *Derecho administrativo y Derecho procesal administrativo*. Guayaquil: Edilex S.A. Editores, 2007.

2 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La justicia administrativa en el cambio de siglo». *Revista de Estudios de Derecho Público: Justicia Administrativa en México e Iberoamérica*. México D.F.: FUNDAP, 2002.

3 *Ibid.*

la jurisdicción ordinaria<sup>4</sup>. No obstante, el modelo adoptado por Francia supuso mantener en vigencia la separación de poderes —ejecutivo, legislativo y judicial—, de modo tal que solo la administración podía controlar la legalidad de sus propias actuaciones formales y materiales por medio del consejo de Estado. A pesar de lo anterior, dicho consejo se estableció, inicialmente, como un órgano asesor de la administración, en donde esta última era la que tenía la palabra sobre la valoración de legalidad de sus actos.

Posteriormente, ya en el siglo XIX, se lograría —en palabras de García de Enterría— la transición de una justicia retenida a una justicia delegada. Se recurrió a la solución de elevar el consejo de Estado, un órgano administrativo, al rango de órgano jurisdiccional. Este órgano vendría a tener los poderes y la autoridad necesaria para resolver los asuntos que fueran sometidos a su conocimiento. Se produce, pues, una independencia de la justicia administrativa de la justicia judicial<sup>5</sup>.

A pesar de que se estableció el denominado sistema francés, muchos otros estados asumían un modelo en donde el control se realiza en sede jurisdiccional, con lo que le conferían a estos órganos no administrativos la posibilidad de dirimir los conflictos no revisables por la jurisdicción judicial entre la administración y el particular. Esta jurisdicción mantuvo en lo judicial el control sobre propiedad y libertad. Entre los países que no siguieron la práctica francesa y adoptaron el modelo judicial se encuentran Alemania, Inglaterra, Bélgica, España, Costa Rica, entre otros.

Diferentes soluciones y modelos se han estructurado para la resolución de controversias entre particulares y la administración. A continuación expondremos algunos tipos.

- Sistema de jurisdicción única o judicialista: está inspirado en la concepción anglosajona del control público. Este modelo establece que los jueces que resuelven conflictos entre particulares son competentes para resolver las diferencias suscitadas con la administración pública. Por ende, no existe una diferenciación entre el derecho aplicable ni entre los órganos que lo aplican. Este esquema es empleado en el sistema de *common law*. Por ejemplo, en Inglaterra, Estados Unidos y Australia.
- Contencioso administrativo o doble jurisdicción: en este modelo, se crean órganos jurisdiccionales especializados que pertenecen a la propia administración —o que bien están separados de esta— y que decidirán las controversias administrativas.

4 ROJAS FRANCO, Enrique. *Derecho administrativo de Costa Rica*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2006. Al respecto, ver la frase de Cannada Bartoli: «el espíritu de las corporaciones judiciales era considerado contrario a la regeneración del pueblo francés».

5 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La justicia administrativa en el cambio de siglo». *Revista de Estudios de Derecho Público: Justicia Administrativa en México e Iberoamérica*. México D.F.: FUNDAP, 2002.

- Sistema de «justicia repartida»: esta fórmula reparte la competencia jurisdiccional administrativa entre jueces comunes y los administrativos. Rigió en Italia desde 1889 hasta 1965, cuando comenzó a imperar el sistema de la jurisdicción única. En México D.F. se sigue este sistema.
- En Latinoamérica, ha predominado —en su mayoría— la aplicación del modelo de los tribunales especializados y la doble jurisdicción, con algunas particularidades. Resulta inédito el caso de Colombia, en donde se aplica el modelo francés del consejo de Estado.
- Siguiendo la línea de análisis de Fix Zamudio —y su concepto de justicia administrativa como aquel conjunto de instrumentos jurídicos para la tutela de los derechos subjetivos de los administrados—, los tribunales administrativos y las leyes de procedimientos administrativos se han convertido en mecanismos efectivos, así como en una fuente fundamental de la justicia administrativa. En este sentido, las últimas décadas han evidenciado un crecimiento importante de las leyes de procedimiento administrativo en el continente<sup>6</sup>.

## II. EL CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Posterior a la contextualización histórica, continuaremos a analizar el concepto de procedimiento administrativo en la teoría general del Derecho administrativo.

Don Eduardo Ortiz, jurista costarricense, otorgó la siguiente definición sobre el procedimiento administrativo:

[...] es el conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir<sup>7</sup>.

Por su parte, Agustín Gordillo define al procedimiento administrativo como «la parte del Derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa»<sup>8</sup>.

6 Sobre este tema puede consultarse el artículo de BREWER-CARÍAS, A. «Principios generales del procedimiento administrativo: hacia un estándar continental». En *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

7 ORTIZ ORTIZ, Eduardo. «Nulidades del acto administrativo en la ley general de administración pública». *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*. San José: Colegio de Abogados, 1981.

8 GORDILLO, A. *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

Ambas definiciones sitúan al procedimiento administrativo como una actividad de carácter instrumental en la satisfacción adecuada del interés público. Asimismo, resulta interesante que los planteamientos apuntados señalan la intervención del administrado como parte integral del concepto del procedimiento administrativo. Al respecto el Tribunal Constitucional costarricense —la denominada Sala Constitucional— ha recalcado este carácter de participación del administrado en la formación de la voluntad administrativa en su jurisprudencia, cuando señala que,

[...] en efecto, toda actuación administrativa que pueda derivar de un acto capaz de afectar negativamente la esfera de derechos subjetivos de la persona, debe estar precedida de un procedimiento que se constituya en un instrumento apto para conocer y tomar en consideración la posición del administrado, de frente a la decisión del Estado que habrá de proyectarse directamente sobre sus derechos<sup>9</sup>.

La definición otorgada por Gordillo nos introduce en la naturaleza y tipología de los procedimientos administrativos, que pueden distinguirse claramente entre los de naturaleza constitutiva y los de impugnación.

El procedimiento administrativo de naturaleza constitutiva tiene como principal propósito el dictado de un acto administrativo final que resuelva la petición del gestionante o de la parte interesada, ya sea en un sentido favorable o en uno desfavorable.

En cuanto al procedimiento administrativo de naturaleza impugnativa, este refiere a la posibilidad de recurrar o impugnar el acto final que fue dictado en el marco del procedimiento constitutivo. Para ello, el administrado tiene a su disposición una serie de recursos establecidos en la ley.

La doctrina en repetidas oportunidades ha reconocido esta tipología o también las ha señalado como dos etapas constitutivas del procedimiento: una primera etapa conformada por la formación de la voluntad administrativa, y otra etapa de fiscalización, control e impugnación que comienza cuando la primera concluye<sup>10</sup>. En esta misma línea, el profesor González Pérez menciona: «y a la hora de verificar la adecuación al Derecho de aquellos actos, es el propio ente de que emanan el que asume tal función, bien porque de oficio inste su revisión, o porque ha de conocer los recursos que, como requisito previo a la incoación del proceso, han de interponer ante él los afectados por el acto»<sup>11</sup>.

9 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José, a las 15:15 horas del 20 de diciembre de 2000.

10 MORA ESPINOZA, Álvaro. «El procedimiento administrativo». En *Apuntes de Derecho administrativo*. San José: Universidad de Costa Rica, 2008.

11 GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Manual de Derecho procesal administrativo*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Civitas, 1992.

La esencia del procedimiento administrativo en general es la de asegurar el cumplimiento posible de los fines de la administración con respeto a los derechos subjetivos y a los intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Podemos señalar dos objetivos básicos que el procedimiento administrativo y su normativa buscan —al menos en el caso de Costa Rica—: el primero de ellos es resolver la contraposición entre autoridad y libertad, y prerrogativa y garantía, de tal manera que se equilibre la necesidad de un procedimiento rápido, celer, ágil y flexible que, a su vez, permita un funcionamiento eficiente y económico por parte de la administración. Hay que mencionar que también se busca el respeto de las garantías del administrado. En segundo lugar, el procedimiento busca garantizar la vigencia efectiva de los principios de derecho sobre los que se asienta todo el régimen institucional y que valen no solo para garantizar intereses legítimos de los particulares, sino el interés público. En este sentido, la ley general de la administración pública costarricense, en su artículo 214, nos orienta sobre los objetivos del procedimiento administrativo:

Artículo 214.

1. El procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la administración, con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.
2. Su objeto más importante es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final.

El procedimiento administrativo se nutre, informa y estructura a partir de una serie determinada de principios, que en la mayoría de los casos tienen un sustento supralegal. Los principios son pilares para orientar los procedimientos. La inobservancia puede acarrear la nulidad de lo actuado. Al respecto, Roberto Dromi refiere un concepto de los principios dentro del procedimiento administrativo cuando dice que «los principios jurídicos fundamentales del procedimiento administrativo son pautas directrices que definen su esencia y justifican su existencia, permitiendo explicar, más allá de las regulaciones procesales dogmáticas, el porqué y el para qué del mismo. Son especies de ideas pétreas inmodificables por la regulación formal, que explicitan el contenido del procedimiento»<sup>12</sup>.

Dentro de los principios generales del procedimiento administrativo que recoge nuestra Ley General de la Administración Pública que norma los procedimientos administrativos en Costa Rica, se destacan los siguientes —reconocidos por la jurisprudencia de nuestros tribunales—: legalidad,

12 DROMI, Roberto. *El procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.



debido proceso, gratuidad, informalismo, oralidad, eficacia y celeridad, motivación de los actos y comunicación de los actos, entre otros.

Para efectos de este trabajo, procederemos a enfocarnos en el denominado principio del debido proceso o debido procedimiento, que se desarrollará a continuación.

### III. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN SEDE ADMINISTRATIVA: DERIVACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En nuestro país, la Constitución Política establece el debido proceso en la aplicación e interpretación de los artículos 39 y 41, los cuales señalan, de forma literal, que:

A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, al apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.

Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

*Prima facie*, y en una interpretación estricta del contenido del artículo 39 de la Constitución costarricense, podría decirse que el debido proceso se instaura como una garantía en los procesos penales. No obstante, tomando en cuenta la naturaleza de las normas constitucionales, cuyo contenido debe interpretarse *pro libertatis* y *pro homine*, la garantía del debido proceso se ha extendido a diferentes materias, entre ellas la administrativa y la contenciosa administrativa.

Pero antes de proseguir, merece que realicemos una breve referencia a lo que han entendido nuestros Tribunales de Justicia como «debido proceso». En Costa Rica, existe una sentencia fundamental, emitida por el Tribunal Constitucional en el año 1992 y redactada por el entonces magistrado, don Rodolfo Piza Escalante, que, con gran tino, definió la noción del debido proceso:

El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los

183

EL DEBIDO  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOADMINISTRATIVE  
DUE PROCESS

derechos de goce —cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano—, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia.

[...] De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

Desde luego que el debido proceso genera exigencias fundamentales respecto de todo proceso o procedimiento, especialmente tratándose de los de condena, de los sancionadores en general, y aun de aquellos que desembocan en una denegación, restricción o supresión de derechos o libertades de personas privadas, o aún de las públicas en cuanto que terceros frente a la que actúa [...] <sup>13</sup>.

El debido proceso es, así, una garantía formal para el administrado en el sentido de que deben cumplirse todos los actos y/o fases procedimentales que la ley exige para que una decisión o resolución (acto final) pueda calificarse con validez a la luz del ordenamiento jurídico. En un plano material, el debido proceso otorga al administrado la garantía de que podrá hacer valer sus derechos en el ámbito y escenario de la administración. Con ello, el debido proceso no solo va más allá de una garantía formal del desarrollo del procedimiento, sino que, de acuerdo con la sentencia apuntada anteriormente, requiere de un control material que verifique el contenido de una decisión que se apegue a los valores y principios sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico.

Cabe resaltar que la sentencia 1739-92 —mencionada *ut supra*— concuerda con lo señalado en párrafos precedentes sobre la aplicabilidad

<sup>13</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José a las 11:45 horas del 1 de julio de 1992.

efectiva del concepto derivado de los artículos 39 y 41 constitucionales a cualquier tipo de proceso, incluido el procedimiento en sede administrativa. Esta interpretación ha sido acogida, además, por los tribunales internacionales de derechos humanos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —precisamente, en el caso «Baena y otros vs. Panamá»—, en aplicación del artículo 8 del Pacto de San José, estableció las reglas y garantías mínimas que deben respetarse para la consecución de un debido procedimiento administrativo. Estas obligaciones también han sido reconocidas en otros casos tramitados en la jurisdicción internacional<sup>14</sup>. Se los menciona a continuación:

- Una audiencia para la determinación de los hechos y derechos que se realice previa al comienzo de las actuaciones administrativas, a fin de que el administrado conozca el marco del debate, ofrezca la prueba del caso y formule los alegatos que correspondan. Se debe tener derecho a la representación legal libremente escogida, a fin de preparar idóneamente la defensa del caso. La infracción a esta regla importa violar el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Una notificación previa sobre la existencia de un procedimiento administrativo, lo que implica, además, información sobre los cargos, derecho a comparecer, derecho a presentar pruebas y derecho de acceder al expediente.
- Es fundamental el derecho a una decisión fundada, en la cual se atienda los planteos del administrado y se exponga los argumentos esgrimidos por la administración para resolver la controversia.
- Es obligatoria la publicidad de las actuaciones administrativas, en aras del acceso a la información y la transparencia.
- Se debe tener en cuenta el cumplimiento de plazos razonables para tramitar y resolver por parte de la administración y en función de tres parámetros de valoración: comportamiento del administrado, complejidad del caso y diligencia de la conducta de la administración.
- Se debe contar con una revisión judicial de las actuaciones administrativas —dicho parámetro ha sido garantizado además en algunas constituciones. Por ejemplo, en el artículo 49 de la de Costa Rica, el cual releva a máximo rango normativo la jurisdicción contencioso administrativa—.

Los parámetros que se muestran a continuación —recalcados por Néstor Sagüés— se encuentran también señalados en la jurisprudencia de

14 SAGÜÉS, Néstor. *El procedimiento administrativo. Perspectivas constitucionales en procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos y son adicionados en nuestro medio por la jurisprudencia constitucional, de modo que agreguen mayores garantías al proceso administrativo:

- Principio de razonabilidad: al respecto, Roberto Dromi refiere que la razonabilidad del acto responde al debido proceso de verificación de los hechos que lo justifiquen y a la apreciación objetiva al valorarlos. Es por ello que, en el marco de un procedimiento correcto y con apego a las garantías del administrado, podremos verificar un acto proporcionado, ajustado y concordado a los preceptos constitucionales.
- Derecho general a la justicia: se construye a partir del derecho fundamental de justicia pronta y cumplida, que viene a garantizar al administrado los mecanismos para la solución de sus controversias y diferencias. Es lo que se conoce como el derecho de acceso a la justicia, que deberá entenderse también aplicado a la justicia administrativa.
- Derecho general a la legalidad: se define como una manifestación del principio de legalidad administrativa dentro del procedimiento administrativo. La actuación de la administración dentro del procedimiento siempre deberá tener como sustento la legalidad.
- Principio de inocencia: tiene una mayor aplicación en los procedimientos administrativos sancionadores y disciplinarios. La administración tiene la carga de probar lo que haya planteado como premisa en el procedimiento.
- Derecho al procedimiento: se refiere a una construcción teórica que recoge los actos que constituyen el procedimiento, así como otros subprincipios aplicables. Por ejemplo, amplitud de la prueba —recuérdese que el fin del procedimiento es verificar la denominada verdad real de los hechos—, legitimidad y legalidad de la prueba, intermediación y oralidad en el procedimiento, comunidad de la prueba, publicidad de las actuaciones, impulso procesal de oficio —la administración está llamada a buscar la verdad real de los hechos, por lo que tiene la obligación de impulsar el procedimiento de forma oficiosa—, entre otros.

A continuación, repasaremos un extracto jurisprudencial de la Sala Constitucional costarricense, en el cual se recoge el contenido del debido proceso administrativo en la interpretación judicial. Como se verá, se reafirma lo anteriormente mencionado:

Es así, como la jurisprudencia constitucional ha reconocido esenciales e indispensables a todo procedimiento los siguientes requisitos, que

necesariamente deben cumplirse, a fin de garantizarle a las partes que intervienen, el efectivo derecho de defensa, cuya ausencia constituye una grave afectación a estos derechos (debido proceso y derecho de defensa): (a) la notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento, más conocido como el derecho a la debida intimación e imputación, de donde se hace necesario no sólo la instrucción de los cargos, sino también la posible imputación de los hechos, lo que significa la indicación de la posible sanción ha aplicar; (b) el derecho de audiencia, que comprende el derecho del intervenir en el proceso, a ser oído y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; (c) como derivado del anterior, el estado de inocencia, que implica que no está obligado a demostrar su inocencia, de donde, la administración está obligada a demostrar su culpabilidad; (d) la oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; (e) el derecho del administrado a una defensa técnica, que comprende su derecho a hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas, como peritos; (f) la notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde; (g) el derecho del interesado de recurrir la decisión dictada, que conlleva el principio de la congruencia de la resolución; que en el caso de los procedimientos administrativos, comprende no sólo el derecho de recurrir el acto final, sino también aquellos actos del procedimiento que tengan efecto propio y puedan incidir en el derecho de defensa —el auto de apertura del procedimiento, la denegatoria de la celebración de la audiencia oral y privada, la denegatoria de recepción de prueba, la aplicación de medidas cautelares, la denegación del acceso al expediente, la reducción de los plazos del procedimiento, y la resolución que resuelva la recusación—; (h) el principio pro-sentencia, de donde, las normas procesales deben aplicarse e interpretarse en el sentido de facilitar la administración de justicia, tanto jurisdiccional como administrativa; y por último, y no menos importante, (i) la eficacia formal y material de la sentencia o fallo. También integran este derecho, el acceso a la justicia en igualdad y sin discriminación; la gratuidad e informalismo de la justicia; la justicia pronta y cumplida, es decir, sin retardo injustificado; el principio de la intervención mínima en la esfera de los derechos de los ciudadanos; el principio de reserva legal para la regulación de los derechos fundamentales (artículo 28 de la Constitución Política), para la regulación de la materia procesal (al tenor de los artículos 11 y 28 de la Constitución Política, 5 y 7 —relativos a la jerarquía normativa—, 19.1 —reserva legal en la regulación de los derechos fundamentales—, 59.1 —reserva legal para el establecimiento de potestades de imperio—, y 367 inciso h) —excepción de

la aplicación de los procedimientos de la Ley General de la administración pública—, estos últimos, de la Ley General de la administración pública), así como para el establecimiento de sanciones (artículo 124 de la Ley General de la administración pública); y el principio del juez regular (artículo 35 de la Constitución Política). Asimismo, se recuerda al accionante que los principios que rigen los procedimientos administrativos son fundamentales en tanto orientan la actividad procesal de los mismos, y que se enuncian como sigue; búsqueda de la verdad real, antiformalismo, celeridad y oficiosidad, imparcialidad, y el cumplimiento del debido proceso<sup>15</sup>.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

El debido proceso se edifica como un estándar o una garantía para los administrados. Como analizamos en los párrafos precedentes de este artículo, el debido proceso es una compleja —pero muy positivizada— construcción teórica en lo referido a algunos ordenamientos jurídicos. En el caso de Costa Rica, la Ley General de la Administración Pública se divide en dos libros: el primero que trata sobre el régimen jurídico y el segundo que se concentra en el procedimiento administrativo, y que incluye elementos que garanticen la debida defensa y participación del administrado en la formación de las decisiones administrativas que pueden afectar sus derechos subjetivos.

La jurisprudencia constitucional costarricense ha sido enfática y categórica en reconocer estos niveles mínimos a respetarse en aras de garantizar un procedimiento equilibrado y apegado al espíritu de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. A nivel del sistema interamericano, la Corte Interamericana ha desarrollado con gran tino —e interpretación progresiva y *favor libertatis*— la garantía del debido proceso contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, con lo que se establecen parámetros específicos para los procedimientos administrativos. De esta manera, los países integrantes del sistema interamericano tienen importantes precedentes para adecuar y ajustar su actividad a los lineamientos fundamentales establecidos por la corte.

Es, pues, labor ineludible de los operadores jurídicos y, en especial, de los funcionarios públicos, conocer el alcance de esta garantía a fin de mantener una actividad administrativa apegada y sujeta al imperio del Derecho.

Recibido: 05-07-11  
Aprobado: 15-08-11

<sup>15</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José, a las 15:03 horas del 4 de mayo de 2005.

# Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo

Principles of official initiative (*sua sponte*) and material truth in administrative procedure

ROBERTO JIMÉNEZ MURILLO\*

**Resumen:** El artículo aborda el tema de los principios de impulso de oficio y de verdad material en el marco de los fines y objetivos que cumplen los principios del procedimiento administrativo contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Asimismo, presenta las características y elementos constitutivos más significativos de cada principio, así como la vinculación que cada uno tiene para con el personal de la administración pública como encargada de instruir y resolver cada procedimiento administrativo con celeridad, certeza y veracidad.

**Palabras clave:** Principios del procedimiento administrativo – principios generales del Derecho – principio de impulso de oficio – inicio del procedimiento – conclusión del procedimiento – principio de verdad material – autoridad administrativa – deber probatorio – resolución administrativa

**Summary:** This article addresses the principles of official initiative and material truth under goals and purposes framework that complies with principles of administrative procedure, contained in General Administrative Procedure Law. Furthermore features and most significant constituent elements of each principle are presented in this article, as well as the connection of each one of them with Public Administration employees since they are in charge of instructing and resolve each administrative procedure with speed, certainty and truthfulness.

**Key words:** Principles of administrative procedure – General Principles of Law – Principle of Official Initiative – Initiation of proceeding – Conclusion of procedure – Principle of material truth – Administrative Authority – Probative duty – Administrative decision

CONTENIDO: I. PRESENTACIÓN DEL TEMA. – II. EL PRINCIPIO DE IMPULSO DE OFICIO. – II.1. ALCANCES DEL PRINCIPIO DE IMPULSO DE OFICIO. – II.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. – II.3. CONEXIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPULSO DE OFICIO EN LA LPAG. – III. EL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL. – III.1. ALCANCES DEL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL. – III.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. – III.3. CONEXIÓN DEL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL EN LA LPAG.

---

\* Es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Hizo estudios de maestría en Derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asimismo, es integrante de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Se desempeña como profesor contratado de la Facultad de Derecho de la PUCP (2010-2011), es consultor externo del *staff* de expertos de SERVIR para los gerentes públicos, y es asesor y consultor en gestión pública y patrimonio estatal. Correo electrónico: roberto.jimenez@pucp.edu.pe.

## I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La Ley del Procedimiento Administrativo General (ley 27444), —en adelante la LPAG—, tiene una denominación que felizmente no es gratuita, ni casual. En efecto, tanto como que se trata de una norma «general»<sup>1</sup>, entendida por su carácter de genérica en su ámbito de aplicación para la administración pública y los administrados, advertimos que es «general» —con mayor énfasis— por la importante influencia que empieza a marcar en el ordenamiento jurídico administrativo a partir de su vigencia. De esta manera, las leyes aprobadas por el Congreso de la República, así como los decretos legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo —previa delegación de facultades<sup>2</sup>— se han adicionado a dicho ordenamiento, sin dejar de tener en cuenta los contenidos y alcances de una importante norma legal como es la LPAG, publicada el 11 de abril de 2001 y que se encuentra vigente a partir del 11 de octubre del mismo año.

Los contenidos y alcances de la LPAG, ciertamente, presentan aspectos e instituciones jurídico-administrativas de gran avanzada e interés para el Derecho administrativo, entre las que destaca, sin lugar a dudas, el tema de los principios del procedimiento administrativo. En primer lugar, corresponde señalar que los principios del procedimiento administrativo general son aplicables a todos los procedimientos administrativos que son de cargo de las entidades públicas en su aplicación cotidiana con los administrados, con lo que se instrumentalizan las garantías que establece el ordenamiento constitucional<sup>3</sup>. En segundo lugar, es menester indicar que los mismos principios no solo tienen una aplicación intrasistémica, sino que, más bien, se irradian a todo el ordenamiento jurídico administrativo que rige —inclusive— el funcionamiento de la administración pública en términos de estructura organizacional<sup>4</sup>.

1 El proyecto inicial de la norma que comentamos tuvo como denominación «Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos» sobre la base del antecedente inmediato del texto único ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo, aprobado por el decreto supremo 02-94-JUS.

2 Nos referimos, principalmente, a los diversos decretos legislativos que se dictaron al amparo de la ley 29157, la cual delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de promoción comercial entre Perú y Estados Unidos, y contó con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento —entre los cuales se encuentra el decreto legislativo 1029, norma que introduce diversas modificaciones a la LPAG—.

3 «En realidad, el juego de relaciones entre el Derecho Constitucional [...] y el Derecho Administrativo se ha traducido en un reforzamiento de todos ellos. El Derecho Administrativo prestó inicialmente al Derecho Constitucional su propio acervo técnico y principal, colmando con él las lagunas de las que este adolecía en razón de su precario desarrollo anterior y el Derecho Constitucional le ha devuelto el préstamo reforzando cada una de sus *têtes de chapitre* e inyectando en sus instituciones la fuerza y el espíritu de los derechos fundamentales, un nuevo aliento que ha contribuido a reforzarlas y a compensar su tradicional componente autoritario» (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. «El Derecho administrativo a comienzo de su tercera centuria». En *Panorama del Derecho administrativo al comienzo de su tercera centuria*. Buenos Aires: La Ley, 2002, pp. 101-102.

4 La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (ley 29158), regula en su título preliminar un conjunto de principios, entre los cuales podemos identificar el principio de legalidad (artículo 1), el principio de servicio al ciudadano (artículo 2), y el principio de participación y transparencia (artículo 4). Por su parte, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (la ley 27867) desarrolla un conjunto de principios



En esa línea de razonamiento, los principios del procedimiento administrativo general coadyuvan a explorar soluciones y mecanismos de actuación administrativos totalmente compatibles con los fines legales y estatutarios de las entidades públicas, lo cual se configura a favor de la defensa de los derechos constitucionales y legales de los ciudadanos que recurren a los servicios y prestaciones que realiza la administración pública. En materia de procedimientos, resulta imposible que el legislador lo prevea todo, por lo que los principios, por ser tales, generarán insumos jurídicos de interpretación, que, a su vez, se reflejarán en las mejores prácticas administrativas, y en la jurisprudencia administrativa, judicial y constitucional<sup>5</sup>.

Asimismo, de los principios del procedimiento administrativo se ha escrito que los procedimientos administrativos son una proyección de los principios generales del Derecho<sup>6</sup>. En efecto:

Los Principios Generales del Derecho no son máximas empíricas o fórmulas rituales, sino principios ontológicos que surgen de la praxis jurídica y que han sido codificados o incorporados a las leyes. Como se ha indicado, expresan y articulan técnicamente los valores centrales, las representaciones jurídicas generales o las opciones básicas de cada sistema jurídico. Así pues, como señala José Suay Rincón («La doctrina de los principios generales del Derecho y su contribución al Derecho administrativo»). En: *La protección jurídica del ciudadano*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, p. 383), «en el Derecho Administrativo los principios generales del Derecho han conocido un desarrollo espectacular: están directamente vinculados al origen de esta disciplina desde la antigua

rectores de las políticas y de la gestión municipal, entre los cuales podemos destacar los principios de participación (artículo 8, numeral 1), de transparencia (numeral 2), y de imparcialidad y neutralidad (numeral 3). La Ley Orgánica de Municipalidades (ley 27972) no regula expresamente principios administrativos aplicables a la función municipal, pero, en cambio, desarrolla una norma vinculante con el ordenamiento administrativo en general, por la cual establece que los «gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público [...]» (artículo 8). En líneas generales, advertimos la influencia de los principios del procedimiento administrativo, los que, en cada contexto funcional, han sido adaptados y proyectados en las leyes glosadas, cosa que también ocurre con otras normas legales vinculadas con el ordenamiento jurídico administrativo.

5 «Para todo ordenamiento jurídico, la existencia de principios jurídicos entraña la aparición de unos postulados medulares y rectores emanados lógicamente de su propia esencia, con el objetivo de servir de guías para toda acción administrativa. Tienen dos características que les son inmodificables: a) preeminencia sobre el resto del ordenamiento jurídico al cual se refiere; y, b) poseer un dinamismo potencial, sobre la base de las cualidades de elasticidad, expansión y proyección, que le hacen aplicable a cualquier realidad presente o futura para la cual el legislador no ha previsto una regla expresa a la que sea necesario dar un sentido afirmativo» (MORÓN URBINA, Juan Carlos. «Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General». *Gaceta Jurídica*, 2001, p. 24, Lima).

6 Cuando García de Enterría aborda el tema de los principios generales del Derecho, señala —invocando sentencias del Tribunal Supremo de España— que estos son «la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas», por lo que su interpretación —como su propia aplicación— penetra tanto que las normas han de ajustarse necesariamente a ellos, lo cual explica que «tales principios informen las normas y que la Administración está sometida no solo a la Ley, sino también al Derecho y si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esa potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho administrativo*. Undécima edición. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 2002, pp. 89-90).

jurisprudencia del Consejo de Estado francés que los va desarrollando como la más importante fuente de legalidad<sup>7</sup>.

## II. EL PRINCIPIO DE IMPULSO DE OFICIO

En la administración pública confluyen un conjunto de recursos humanos, de diversas profesiones y distintas especialidades. Algunos profesionales se encuentran vinculados más que otros en instruir procedimientos administrativos, generar documentos o proyectar normas legales internas, así como en realizar actividades de atención al público usuario. Más allá de matices de funciones y los cargos que cada uno ostente al interior de la administración pública, lo cierto es que todos ellos deben tener un conocimiento más que básico de los principios que rigen la función pública y consiguientemente de los que sustentan el Derecho administrativo<sup>8</sup>.

Resulta en muchas ocasiones que quienes prestan servicios en una entidad pública provienen del sector privado, por lo que una vez que ingresan a la dinámica de la función pública deben conocer los parámetros básicos de dicha función —entre otros, los que provienen de los principios del Derecho administrativo—. Así, pues, es pertinente indicar que el Derecho administrativo posee principios propios que, en la mayoría de los casos, no resultan aplicables a otras ramas del Derecho, dado su carácter de derecho público. De otra parte, el defecto o la deficiencia de la ley debe ser cubierto inicialmente a través del empleo de los principios generales de esta disciplina y, únicamente si este mecanismo no resulta efectivo, debe procederse al empleo de la supletoriedad, según corresponde. En síntesis, ninguna situación, por más atípica que resulte, debe quedarse sin resolver<sup>9</sup>. Pero para que ello ocurra, es decir, para buscar

7 OCHOA CARDICH, César. «Los principios generales del procedimiento administrativo». En AA.VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Segunda parte. Lima: Ara Editores, 2003.

8 «En términos generales, se señala la LPAG, en su proceso de propuesta legislativa, estableció un elenco de principios del procedimiento administrativo, contenido en el artículo IV del Título Preliminar, con el objeto de acentuar el carácter servicial de la Administración Pública a favor de los ciudadanos, proporcionando la definición de cada uno de los principios para facilitar al intérprete su observancia y procurar que dichos principios formen parte del modo natural de proceder de las entidades administrativas. Asimismo, la Ley ha cuidado de establecer con precisión las tres funciones que cumplen los principios: constituyen pautas directrices que ayudan al momento de dotar de sentido a los preceptos de la nueva ley, al estar consagrados en una norma con rango de ley constituyen parámetros legales a tomar en cuenta para el dictado de disposiciones reglamentarias sobre procedimiento administrativo, sirven para suplir los vacíos o algunas lagunas del ordenamiento administrativo porque operan como virtuales normas subsidiarias para integrar el derecho» (DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «El proceso de elaboración y aprobación de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General». En AA.VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Ara Editores, 2001, pp. 28-29).

9 Artículo VIII del título preliminar de la LPAG: «1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y solo subsidiariamente a estas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad. 2. Cuando la deficiencia de la normativa lo haga aconsejable, complementariamente a la resolución del caso, la autoridad elaborará

una solución jurídica ante un hecho planteado por el administrado o simplemente ante el hecho jurídico que es de conocimiento, es necesario que un integrante de la administración pública actúe debida y adecuadamente. Es allí, entonces, cuando el principio de impulso de oficio se activa. Pero no solamente en los casos de atipicidad —que, en realidad, constituirían la excepción—, sino, más bien, en los procedimientos administrativos ordinarios, lo que constituye una regla de actuación del funcionario a cargo del conocimiento y una tramitación del respectivo procedimiento.

El principio de impulso de oficio determina, precisamente, que el procedimiento continúe hasta que la solicitud del administrado se resuelva correcta y oportunamente. Los procedimientos administrativos especiales presentan etapas en las que se realizan actos preparatorios, informes prerresolutivos, entre otros, por lo que es posible que el caso concreto presente algunas situaciones que no puedan ser resueltas por el funcionario a cargo del procedimiento en cuya instancia discurre el procedimiento. ¿Qué hacer en estos casos? El hecho concreto puede determinar que se recurra a una instancia interna de la cual se obtenga un informe o una opinión especializada y relacionada siempre con el tema o el hecho en cuestión. También podría ocurrir que sea necesario recibir la opinión especializada de otra entidad pública, la cual determine el encausamiento del procedimiento inicial. Como se podrá advertir, lo que menos se puede admitir en sede administrativa es la inacción. De por medio está el interés del administrado, la obligación de actuación de la administración pública y, en la mayoría de casos, el interés público. En tal contexto, los casos menos comunes que se presenten, aún cuando no tengan regulación legal —entiéndase la identificación de una norma expresa—, con seguridad sí tendrán una regulación jurídico-administrativa basada, entre otros, en la aplicación contextual de los principios del procedimiento administrativo<sup>10</sup>.

y propondrá a quien competa, la emisión de la norma que supere con carácter general esta situación, en el mismo sentido de la resolución dada al asunto sometido a su conocimiento».

10 «El numeral 2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG refiere que los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo. Además señala que la relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo. Al respecto, Morón apunta que este precepto, en el contexto de los principios del procedimiento administrativo general, cumple una función postnormativa, entre otras, pues los principios sirven a las autoridades administrativas, administrados y demás agentes que deben interpretar la norma para que en función de ellos puedan resolver los problemas hermenéuticos en la aplicación de los preceptos del procedimiento administrativo, no solo en lo que concierne al procedimiento administrativo general, sino cualquier duda interpretativa en lo que respecta a los procedimientos especiales. Respecto de las autoridades, esta función se refuerza con el deber de desempeñar todas sus funciones siguiendo los procedimientos del procedimiento administrativo, como lo establece el artículo 75° inciso 2 de la LPAG, el cual indica que son deberes de las autoridades desempeñar sus funciones siguiendo los principios del procedimiento administrativo previstos en el Título Preliminar de la Ley» (MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 47).

## II.1. Alcances del principio de impulso de oficio

### Artículo IV. – Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: [...]

Principio de impulso de oficio. – Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

El interés en concluir un procedimiento administrativo no solamente alcanza al administrado, sino también a la administración pública. Algunos procedimientos serán más complejos que otros, o algunos serán más sencillos, sobre todo cuando tengan un alto componente de operatividad en el otorgamiento o reconocimiento del derecho del administrado. No resolver un procedimiento administrativo —o resolverlo tardíamente— genera un pasivo en la gestión pública administrativa de la entidad. Pero también puede generar responsabilidad o efectos procesales diferentes a los que por su propio contenido podría tener<sup>11</sup>. Si la entidad concluye con la resolución de los procedimientos a su cargo, tendrá menos carga procesal pendiente, menos reclamos y mayor tiempo para atender otras actividades. Claro está que no todas las entidades públicas tienen igual carga procesal, ni en número ni en complejidad. Es por ello que el principio de impulso de oficio constituye, además de un principio jurídico, un «insumo» para que la administración pública en general implemente todos los mecanismos de organización y simplificación administrativa que se encuentren a su disposición. De esta forma, las autoridades administrativas impulsarán de oficio el procedimiento y ordenarán la realización o la práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y la resolución de las cuestiones planteadas. Por lo tanto, la continuidad del procedimiento administrativo no dependerá del administrado, sino, esencialmente, de la autoridad administrativa.

11 Nos referimos a la responsabilidad funcional por parte del empleado público que tiene a su cargo el procedimiento, en el caso de no resolverlo en los plazos que establece la ley. De otra parte, nos referimos también a los alcances del artículo 30 de la LPAG, el cual establece que «los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones del presente capítulo, en: procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo [...]». Como se puede apreciar, el silencio positivo constituye una consecuencia procesal de la falta de resolución del procedimiento en el plazo legal previamente establecido. Asimismo, en el tema de responsabilidad, es de tener en cuenta los alcances del artículo 143 de la LPAG sobre responsabilidad por incumplimiento de plazos, el cual señala: «143.1. El incumplimiento injustificado de los plazos previstos para las actuaciones de las entidades genera responsabilidad disciplinaria para la autoridad obligada, sin perjuicio de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que pudiera haber ocasionado. 143.2. También alcanza solidariamente la responsabilidad al superior jerárquico, por omisión en la supervisión, si el incumplimiento fuera reiterativo o sistemático». Los funcionarios públicos deben resolver los procedimientos dentro de los plazos que establecen las leyes y los reglamentos. No cumplirlos supone asunción de responsabilidad.

## II.2. Elementos constitutivos

### a. Aplicación obligatoria

Los principios del procedimiento administrativo vinculan a las entidades públicas no solamente por estar contenidos en la LPAG, sino también —y sobre todo, en nuestra opinión— por constituir el fundamento rector de la actuación administrativa, por el cual la administración pública tiene la obligación de atender los petitorios y reclamos que son planteados por los administrados. Como bien señala Morón cuando comenta el artículo 75, inciso 2, de la LPAG, se trata de un refuerzo del carácter vinculante de los principios del procedimiento administrativo consagrados en el artículo 4 del título preliminar, con el objetivo de establecer nítidamente que no solo constituyen elementos integradores en caso de vacíos, de referentes interpretativos, de defectos normativos o en lo relacionado al desarrollo ulterior de la normativa, sino que son verdaderas obligaciones —de ineludible cumplimiento— para las autoridades administrativas. El autor nacional agrega que, como tal, el principio de impulso de oficio —entre otros— se convierte en deber de actuación permanente para las autoridades, con lo cual estas quedan sujetas a la responsabilidad consiguiente<sup>12</sup>.

LOS PRINCIPIOS  
DE IMPULSO DE  
OFICIO Y VERDAD  
MATERIAL EN EL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO

PRINCIPLES OF  
OFFICIAL INITIATIVE  
(*SUA SPONTE*) AND  
MATERIAL TRUTH  
IN ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

### b. Deber de impulso y dirección del procedimiento por la administración

La LPAG señala también que la autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, así como superar cualquier obstáculo que se oponga a la regular tramitación del procedimiento<sup>13</sup>. Un aliado material de este principio —entre otros— debe ser el uso frecuente de las tecnologías de la información a nivel institucional, así como también a nivel inter-institucional; es decir, la interconexión que debe tener toda entidad con otras bases de datos públicas, con lo cual se puede recabar la información correspondiente para impulsar el procedimiento, al mismo tiempo que se genera certeza en las decisiones<sup>14</sup>. El principio de impulso de oficio no

12 MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 218.

13 Artículo 145 de la LPAG: «La autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida». «Al respecto, se señala que el deber de impulso de oficio surge como inmediata consecuencia de la necesidad y obligación de la Administración de cautelar el interés general. Asimismo, es un componente esencial del debido proceso en sede administrativa, al permitir la tramitación adecuada y eficiente de los procedimientos, en beneficio de los administrados. Además, permite generar celeridad en la tramitación de los procedimientos, formando parte de la necesaria racionalización de la Administración Pública» (GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Tratado de la administración pública y del procedimiento administrativo*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011, p. 633.

14 El decreto legislativo 1029, el cual fue modificado por la LPAG, estableció una pauta para que todas las entidades públicas desarrollen mecanismos de colaboración en el intercambio de información, la cual, en la mayoría de casos, puede ser de utilidad para que las autoridades resuelvan determinados casos sometidos a su conocimiento. En efecto, la primera disposición complementaria y final de la

solo debe proyectar programáticas buenas intenciones para el debido procedimiento, sino que debe contar con un soporte material que haga más viable y eficaz el desarrollo de los procedimientos administrativos a cargo del personal de la administración pública.

De otra parte, le corresponde a la entidad pública asumir el correcto y cabal conocimiento de la «ley» aplicable al caso concreto, así no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal hecha por el recurrente. No se trata de justificar el error o desconocimiento normativo por parte del administrado, sino, más bien, de oponer y determinar cuál es la norma correcta a aplicar en el procedimiento concreto. El principio de impulso de oficio, por tanto, no solamente debe limitarse a proyectar un «hacer» o «informar», sino, ante todo, un «hacer e informar conforme a Derecho». Para el administrado tendrá mínima o nula utilidad que el procedimiento administrativo concluya en tiempos abreviados —aun sin mayor actuación de su parte— si es que el acto resolutorio no se ajusta a los alcances de su petitorio o si este es resuelto contrario a ley.

Ahora bien, el principio que comentamos refiere que quienes deben impulsar el procedimiento son las autoridades. En el contexto del inicio y de la conclusión del procedimiento administrativo: ¿quién califica como autoridad administrativa? Al respecto, el artículo 50 de la LPAG establece lo siguiente:

Artículo 50. – Sujetos del procedimiento

Para los efectos del cumplimiento de las disposiciones del Derecho Administrativo, se entiende por sujetos del procedimiento a:

1. Administrados: la persona natural o jurídica que, cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo. Cuando una entidad interviene en un procedimiento como administrado, se somete a las normas que lo disciplinan en igualdad de facultades y deberes que los demás administrados
2. Autoridad administrativa: *el agente de las entidades que bajo cualquier régimen jurídico, y ejerciendo potestades públicas conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos* (las cursivas son nuestras).

---

norma acotada estableció que «en un plazo no mayor de 30 días hábiles, contados a partir de la vigencia de la presente norma, la Presidencia del Consejo de Ministros establecerá los lineamientos y mecanismos para implementar la interconexión de equipos de procesamiento electrónico de información entre las entidades del Estado, a que se refiere el numeral 76.2.2 del artículo 76 de la Ley N° 27444, con el fin de hacer efectivo el deber de colaboración entre las entidades del Estado». Lamentablemente, hasta lo que se conoce, esta disposición no se ha implementado transversal e integralmente en la administración pública, por lo que, en la práctica, las entidades suscriben convenios con aquellas entidades públicas que cuentan con data pública —RENIEC, SUNARP, entre otros—, a fin de obtener a título oneroso dicha información.

En nuestra opinión, por «autoridad administrativa» debe entenderse a todo empleado público que ejerza una determinada cuota de potestades públicas<sup>15</sup> en la administración; concretamente, en la actuación y resolución de procedimientos administrativos. Por ello, en el presente caso «autoridad administrativa» no debe entenderse únicamente a la máxima autoridad —quien, por lo demás, pudiera ser la competente para dictar el respectivo acto resolutivo—, sino, más bien, a todos aquellos funcionarios de la entidad que conocen del correspondiente procedimiento. La jerarquía se advierte más bien en el mandato o en las directivas que dichos funcionarios públicos imparten al personal de la unidad orgánica correspondiente que coadyuva en el procedimiento concreto. En este sentido material y de gestión, el principio de impulso de oficio es transversal a todos quienes conforman la administración pública. Todos, ya sea que intervengan en menor o mayor grado en el procedimiento, deben impulsar el procedimiento. Así pues, el personal de la Unidad de Trámite Documentario —desde la oficina o gerencia de línea que instruye el procedimiento administrativo, hasta llegar al órgano resolutivo— debe actuar superando cualquier obstáculo que se oponga en el desarrollo del mismo, así como evitar el entorpecimiento o la demora a causa de cualquier diligencia innecesaria. Respecto de esto último, es propicio decir que lo que realmente exige y reclama el debido procedimiento son las «diligencias necesarias», y estas son solo aquellas que resultan vinculadas a la naturaleza del caso concreto.

### c. Conclusión del procedimiento administrativo

El principio de impulso de oficio no solamente debe conllevar a la realización de actuaciones tipo —las que, por lo demás, son necesarias y útiles—, sino que es su labor que todas ellas se conduzcan, eficientemente, a la etapa resolutive. El procedimiento administrativo debe concluir —por regla general— mediante resolución o manifestación expresa de la administración. Con ello, se atiende el interés del particular, al mismo tiempo que la entidad cumple con sus funciones legales y estatutarias. La excepción será que el procedimiento sea resuelto mediante la aplicación procesal del silencio administrativo positivo por acción de la parte interesada. Esta será una manifestación de cómo el principio de impulso de oficio no ha sido activado debida y oportunamente. Pero lo anotado también debe constituir un momento de reflexión y de análisis sobre la razón por la cual el procedimiento no fue resuelto por los órganos competentes de la administración en los plazos establecidos por la normatividad correspondiente.

15 «Las potestades administrativas pertenecen en su inmensa mayoría a la especie llamada potestad-función, esto es, aquellas potestades que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular. Concretamente, las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino del interés de la comunidad, que no es el interés de la comunidad [...]» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 447).

#### d. Procedimientos excluidos del principio de impulso de oficio

Si bien es cierto que la realización del interés público constituye el componente esencial de la administración pública, no lo es menos que existen diversos procedimientos cuyos resultados interesan significativamente a la parte solicitante. Así pues, por ejemplo, la LPAG regula la figura de las peticiones graciabiles, entendidas como aquellas que pretenden satisfacer un interés individual o el de varias personas con nexo común<sup>16</sup>, como puede ser el caso de las solicitudes de donación que se formulan ante una entidad pública. La petición, en este caso, interesa esencialmente a la parte que formula el pedido. Otros casos pueden ser el procedimiento registral —inscripción a petición de la parte interesada de obtener un determinado título—, el procedimiento de solicitud de duplicado de documento nacional de identidad, o el procedimiento de venta directa de un predio estatal que se tramita ante una entidad pública.

### II.3. Conexión del principio de impulso de oficio en la LPAG

Señalamos desde el inicio que los principios del procedimiento administrativo se irradian en la LPAG. Como no podía ser de otra manera, el texto de la norma presenta un conjunto de concordancias del principio de impulso de oficio, de acuerdo al siguiente detalle:

Artículo 146. – Medidas cautelares: Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción (146.2).

Artículo 148. – Reglas para la celeridad: Para asegurar el cumplimiento del principio de celeridad de los procedimientos, se observan las siguientes reglas: 1. En el impulso y tramitación de casos de una misma naturaleza, se sigue rigurosamente el orden de ingreso, y se resuelven conforme lo vaya permitiendo su estado, dando cuenta al superior de los motivos de demora en el cumplimiento de los plazos de ley, que no puedan ser removidos de oficio.

Artículo 159. – Actos de instrucción: Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, serán realizados de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias (159.1).

Artículo 162. – Carga de la prueba: La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley (162.1).

<sup>16</sup> «Artículo 112. – Facultad de formular peticiones de gracia. 112.1 Por la facultad de formular peticiones de gracia, el administrado puede solicitar al titular de la entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición en interés particular [...]».



## 199

LOS PRINCIPIOS  
DE IMPULSO DE  
OFICIO Y VERDAD  
MATERIAL EN EL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOPRINCIPLES OF  
OFFICIAL INITIATIVE  
(*SUA SPONTE*) AND  
MATERIAL TRUTH  
IN ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

Artículo 187. – Contenido de la resolución: En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por este, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede (187.2).

Artículo 189. – Desistimiento del procedimiento o de la pretensión: La autoridad podrá continuar de oficio el procedimiento si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento extrañase interés general. En ese caso, la autoridad podrá limitar los efectos del desistimiento al interesado y continuará el procedimiento (189.7).

Artículo 191. – Abandono en los procedimientos iniciados a solicitud del administrado: En los procedimientos iniciados a solicitud de parte, cuando el administrado incumpla algún trámite que le hubiera sido requerido que produzca su paralización por treinta días, la autoridad de oficio o a solicitud del administrado declarará el abandono del procedimiento. Dicha resolución deberá ser notificada y contra ella procederán los recursos administrativos pertinentes.

Artículo 201. – Rectificación de errores: Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión (201.1).

Artículo 203. – Revocación: Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (203.1).

Artículo 216. – Suspensión de la ejecución: La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado (216.1). No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias (216.2): [...]

Artículo 221. – Inicio del procedimiento: El procedimiento trilateral se inicia mediante la presentación de una reclamación o de oficio (221.1).

Artículo 226. – Medidas cautelares: En cualquier etapa del procedimiento trilateral, de oficio o a pedido de parte, podrán dictarse medidas cautelares conforme al artículo 146 (226.1).

Artículo 228. – Conciliación o transacción extrajudicial: Al aprobar los acuerdos a que se refiere el numeral 228.1, la autoridad podrá continuar el procedimiento de oficio si del análisis de los hechos considera que

podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento extrañase interés general (228.3).

Artículo 235. – Procedimiento sancionador: Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.

Artículo 233. – Prescripción: Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa (233.3).

### III. EL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL

La administración pública actúa todos los días—y de manera constante— a través de actos de administración interna, aprobación de resoluciones, autorizaciones, permisos, concesiones, otorgamiento de documentos, entre otras formas adicionales. Cada expresión de actuación estatal implica la previa tramitación de un procedimiento administrativo. Así pues, el principio de verdad material establece que la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias y autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. El interesado debe ser el indicado, los documentos presentados por él deben ser auténticos, las invocaciones de hechos deben responder a la realidad, etcétera. En buena cuenta, todo lo que obre en el expediente administrativo o que sirva de fundamento para una actuación o resolución administrativa debe responder únicamente a la verdad.

Pero ¿la administración debe asumir como cierto y verdadero todo lo que el administrado afirma, argumenta o acredita documentalmente? Si en términos esquemáticos se puede afirmar que lo contrario al interés público es el interés particular, lo correcto en Derecho es que tal interés particular o individual sea atendido conforme al ordenamiento jurídico administrativo, pero, ante todo, que el sustento de tal interés sea verdadero. Por tanto, la administración no puede ni debe asumir como cierto y verdadero todo lo que deriva de un procedimiento administrativo. Ahora bien, tampoco es que se trate de implementar una cultura de desconfianza ante todo, sino, más bien, se busca establecer la frontera más clara entre el interés particular y el interés público.

De esta manera, corresponde que el empleado público encargado de la instrucción del procedimiento advierta la naturaleza jurídica y los

finés de cada uno. Así, por ejemplo, en los procedimientos de contratación pública debe primar la «verdad material» de la condición de postor —que su registro de proveedor sea verdadero y, además, cumpla las condiciones y términos de las bases—. Por otro lado, en los procedimientos disciplinarios debe primar la «verdad material» de la infracción administrativa, así como en los procedimientos de concesión corresponderá verificar si el concesionario acredita la real capacidad financiera y operativa como para realizar la concesión. Por tal razón, la administración no debe limitarse a exteriorizar un comportamiento de «mesa de partes», sino que debe actuar —aun de oficio— para obtener otras pruebas que plasmen la verdad material u objetiva cuando la situación y el caso concreto determinen indicios racionales para una actuación pro activa de la entidad pública.

En el procedimiento administrativo la verdad material prima sobre la verdad formal<sup>17</sup>. Ello adopta especial importancia en los procedimientos en los que hay una alta dosis de actividad probatoria —que es la oficialidad de la prueba<sup>18</sup>—, por medio de la cual la administración posee la carga de la prueba de los hechos alegados o que son materia de controversia, salvo que la razonabilidad se imponga con la suficiencia de las pruebas aportadas u ofrecidas por el administrado y estas, a su vez, cumplan su finalidad en el procedimiento administrativo específico.

### III.1. Alcances del principio de verdad material

1.11 Principio de verdad material. – En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas.

17 «A diferencia de lo que acontece en el proceso judicial, donde el juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, siendo ellas el único fundamento de la sentencia, en el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige e impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado. De esta manera, el acto administrativo resulta independiente de la voluntad de las partes, a la inversa de lo que acontece en el proceso judicial, donde el acuerdo de los litigantes obliga al juez» (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Séptima edición actualizada. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 527).

18 «Del principio de oficialidad emergen una serie de consecuencias que se proyectan en una ampliación de facultades del órgano administrativo que lleva a cabo la instrucción. Así, el órgano administrativo instructor puede revocar un acto después de dictado y notificado, de oficio o a pedido de parte, cuando existiera una nulidad absoluta y el acto no hubiere tenido principio de ejecución y ordenar la producción de toda clase de medidas de prueba, aún cuando no fueran peticionadas por el administrado» (CASSAGNE, Juan Carlos. *Ob. cit.*, p. 528).

Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

Como todo principio jurídico, el que comentamos conlleva un valor intrínseco con el cual la administración pública no puede transar: la verdad como sustento de sus decisiones. Todas las decisiones de las entidades públicas se relacionan con recursos públicos o bienes estatales. No hay decisión administrativa que esté vacía de contenido presupuestal, financiero o patrimonial. Así entonces, cuando la administración concede una pensión de gracia (recursos públicos) es porque el beneficiario ha cumplido con todos los requisitos de ley para su otorgamiento y, por ende, merece tal reconocimiento. También hay impacto en el erario o patrimonio estatal cuando se ha declarado adjudicatario de la buena a un consorcio, a fin de que provea a la entidad de los bienes que necesita —los que, finalmente, puedan no ser entregados (recursos públicos)—, o cuando una entidad vende mediante subasta pública un activo estatal o privatiza una empresa pública (bien estatal), o incluso cuando aprueba la concesión minera a favor de un inversionista nacional. En todos estos casos, y muchos otros que se pueden configurar, importa que la administración pública emita actos administrativos destinados a producir efectos jurídicos sobre los intereses, las obligaciones o los derechos de los administrados, conforme a ley y a la verdad.

### III.2. Elementos constitutivos

#### a. Autoridad administrativa

El principio de verdad material hace referencia a la «autoridad administrativa competente» como el responsable de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus decisiones. Así entonces, el concepto de «autoridad administrativa» es más restrictivo en el presente caso, pues solamente responde a aquellos funcionarios que tienen potestades decisorias —esto es, de dictar actos resolutivos—. Ello no disminuye las capacidades para que dicho funcionario imparta instrucciones a su personal, a efectos de que, en cada etapa del procedimiento administrativo, se proceda internamente a verificar los hechos y documentos presentados en la etapa probatoria.

#### b. Primacía de la verdad de los hechos

Los hechos son los que priman ante las simples argumentaciones. Los hechos deben ser materia de probanza y, en dicha etapa, ellos deben ser verificados antes que la autoridad administrativa tome una decisión en el caso concreto. Caso contrario, si los hechos no responden a los términos de la solicitud, pues simplemente se concluye que esta no acredita la

veracidad necesaria que acredite el pronunciamiento favorable por parte de la entidad pública.

De otra parte, podrá advertirse que los alcances de este principio no colisionan con los del «principio de presunción de veracidad». En realidad, ambos principios se complementan. El principio de verdad material conlleva de manera implícita un deber de actuación del administrado durante todo el procedimiento. La intensidad se aprecia en la etapa previa a la decisión administrativa. En cambio, la intensidad de la presunción de veracidad se advierte más en la etapa de la solicitud y en la etapa probatoria —todo ello, en el contexto de la simplificación administrativa—. Sin embargo, lo que confirma la conexión de ambos principios es que el de «presunción de veracidad» admite prueba en contrario. Esto no podría ser de otra manera, pues la ley no puede eliminar una potestad inmanente de la administración como es la de actuar conforme a Derecho, que es lo mismo que vigilar durante todo el procedimiento que las actuaciones y los contenidos esenciales de sus etapas sean conformes a la verdad material.

La puesta en práctica del principio en comentario no requiere de autorización previa de los administrados cuando se inicia a instancia de parte, así como tampoco lo necesita por parte de otra entidad pública cuando se inicia de oficio por parte de la entidad competente. Aun cuando una prueba no haya sido propuesta por las partes del procedimiento (procedimiento ordinario bilateral) o cuando hayan acordado eximirse de ellas (procedimiento trilateral), la autoridad administrativa puede realizar todas las actuaciones necesarias para acreditar la verdad material. Así entonces, la autoridad administrativa podrá verificar fehacientemente si una persona natural o jurídica es realmente proveedora oficial de bienes o servicios, como también deberá verificar si la servidumbre que proyecta otorgar al titular de una concesión eléctrica o de hidrocarburos recae en un terreno de propiedad privada o de propiedad estatal. Entre otras funciones, su labor también pasa por la verificación de aquellos poderes que otorgan representación para el cobro de pensiones de personas que sufren de algún impedimento físico o situación similar.

### c. Verdad de los hechos e interés público

El principio de verdad material no impone un deber de actuación que haga más complicada la actividad administrativa estatal. Este principio no hace sino preponderar los alcances del interés público respecto de los intereses privados o individuales. Cuando los contenidos de estos últimos coinciden realmente con el primero, se concluirá que los actos resolutivos estatales no agravarán la situación de otros potenciales receptores de similares beneficios o reconocimientos, pues, en todo caso,

203

LOS PRINCIPIOS  
DE IMPULSO DE  
OFICIO Y VERDAD  
MATERIAL EN EL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOPRINCIPLES OF  
OFFICIAL INITIATIVE  
(*SUA SPONTE*) AND  
MATERIAL TRUTH  
IN ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

la respectiva resolución administrativa se habrá ajustado a la verdad y al Derecho. Así de simple.

#### d. Deber probatorio en los procedimientos trilaterales

Así como existen procedimientos administrativos lineales o no contenciosos en los que la administración es a la vez juez y parte del interés público al cual representa, de otra parte se encuentran los procedimientos en los que la administración aparece decidiendo un conflicto de intereses de un conflicto jurídico-procesal de Derecho administrativo entre dos o más sujetos. No solo se trata de advertir que esta vez, en lugar de tener un solo administrado, se tienen dos o más frente al Estado, sino que hay que tener en cuenta que entre ellos preexista un conflicto de intereses, pretensiones recíprocas y una entidad pública con competencia para dirimirlos, sin convertirse en sujeto procesal<sup>19</sup>. Estos últimos son los procedimientos trilaterales.

La LPAG implementa la aplicación del principio de verdad material en los casos de los procedimientos trilaterales de manera atenuada<sup>20</sup>, pero siempre diferente que en el caso de los procedimientos administrativos lineales o no contenciosos. Es que en estos últimos no hay un conflicto entre administrados, sino uno con la administración, en cuyo caso no hay un deber probatorio más allá de las alegaciones hechas, cosa que no ocurre en el procedimiento trilateral, en el que el deber probatorio es mandatorio y perentorio para las partes —en cuyo caso, a la vez, la ley le confiere a la administración la «facultad» de verificar la verdad de los hechos; claro está, después de que estos hayan sido alegados o probados por las partes—. Por supuesto que, ante el eventual conflicto del interés público con el interés privado, ello determina una actuación ineludible de la administración para ejercer la facultad de verificar, por todos los medios disponibles, la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes.

### III.3. Conexión del principio de verdad material en la LPAG

El principio de verdad material constituye un componente del deber de actuación de las autoridades administrativas durante el desarrollo del procedimiento administrativo. Es por ello que también dicho principio tiene una singular importancia en los contenidos de la LPAG, conforme al siguiente repertorio que se presenta:

<sup>19</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 490.

<sup>20</sup> «Se observa una importante atenuación del principio de verdad material y en consecuencia, el de oficialidad de la prueba, puesto que la Administración se conforma, en principio, con las pruebas aportadas por las partes, las mismas que poseen la obligación de probar los hechos que alegan. Sin embargo, la asignación de la carga de la prueba pasa por determinar quién se encuentra en mejor capacidad para probar algo, con lo cual la carga de la prueba no necesariamente corresponde a quien afirma un hecho» (GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Ob. cit., p. 769).

Artículo 56. – Deberes generales de los administrados en el procedimiento: Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él, tienen los siguientes deberes generales: 1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental.

Artículo 57. – Suministro de información a las entidades: En los procedimientos investigatorios, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material, conforme a lo dispuesto en el capítulo sobre la instrucción (57.2).

Artículo 58. – Comparecencia personal: Los administrados pueden comparecer asistidos por asesores cuando sea necesario para la mejor exposición de la verdad de los hechos (58.2).

Artículo 32. – Fiscalización posterior: Por la fiscalización posterior, la entidad ante la que es realizado un procedimiento de aprobación automática o evaluación previa, queda obligada a verificar de oficio mediante el sistema del muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado (32.1).

Artículo 40. – Documentación prohibida de solicitar: Para el inicio, prosecución o conclusión de un procedimiento, las entidades quedan prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de la siguiente información o la documentación que la contenga (40.1): Constancia de pago realizado ante la propia entidad por algún trámite, en cuyo caso el administrado solo queda obligado a informar en su escrito el día de pago y el número de constancia de pago, correspondiendo a la administración la verificación inmediata (40.1.8).

Artículo 42. – Presunción de veracidad: Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario (42.1).

Artículo 127. – Régimen de fedatarios: Cuando se establezcan requisitos de autenticación de documentos el administrado podrá acudir al régimen de fedatarios que se describe a continuación: El fedatario tiene como labor personalísima, comprobar y autenticar, previo cotejo entre el original que exhibe el administrado y la copia presentada, la fidelidad del contenido de esta última para su empleo en los procedimientos de la entidad, cuando en la actuación administrativa sea exigida la agregación de los documentos o el administrado desee agregados como prueba. [...]

Artículo 182. – Audiencia pública: En la audiencia pública cualquier tercero, sin necesidad de acreditar legitimación especial está habilitado para presentar información verificada, para requerir el análisis de nuevas pruebas, así como expresar su opinión sobre las cuestiones que constituyan el objeto del procedimiento o sobre la evidencia actuada. No procede formular interpelaciones a la autoridad en la audiencia (182.2).

Recibido: 20-07-11  
Aprobado: 15-08-11



# Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo

Discretionality and motivation of administrative act on Administrative Procedure in Spanish Law

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ\*

**Resumen:** El artículo nos presenta una aproximación doctrinal al concepto de discrecionalidad y nos describe sus presupuestos técnicos. Seguidamente, el artículo hace hincapié en que resulta necesario que se incorpore, en todos los actos administrativos, alguna referencia racional que permita colegir con facilidad los argumentos lógicos de los que trae causa dicha resolución administrativa. Se constituye así, en la otra cara de la moneda, la motivación de la discrecionalidad, pues de lo contrario estaríamos entrando en el mundo de la arbitrariedad.

**Palabras clave:** Discrecionalidad – procedimiento administrativo – conceptos jurídicos indeterminados – administraciones públicas

**Summary:** This article offers a doctrinal approach to discretionality as a concept, and describes its technical assumptions. Then, emphasizes the need to incorporate in all the administrative actions some rational reference allowing to easily deduce logical arguments which derive from the administrative resolution. Thus, motivation represents the other side of the coin of discretionality; otherwise, we would be in an arbitrary world.

**Key words:** Discretionality – administrative procedure – undetermined legal concepts – public administrations

CONTENIDO: I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL. – II. ESQUEMA JURÍDICO-FORMAL DE LOS PRESUPUESTOS TÉCNICOS DE LA DISCRECIONALIDAD: LÍNEAS EVOLUTIVAS. – II.1. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: NOTAS GENÉRICAS. – II.2. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: ELEMENTOS DE INTERPRETACIÓN. – II.3. DISCRECIONALIDAD: DESCUBRIMIENTO DEL ELEMENTO DE UNIÓN DE LA NORMA PARA LA APLICACIÓN O INAPLICACIÓN DE ACTOS DISCRECIONALES. – II.4. ANÁLISIS DE LOS COMPONENTES VALORATIVOS PARA LA FORMACIÓN Y EJECUCIÓN DEL ACTO DISCRECIONAL: PRESUPUESTOS TÉCNICOS PARA SU APLICACIÓN E INAPLICACIÓN. – III. MOTIVACIÓN Y DISCRECIONALIDAD EN EL ARTÍCULO 54 DE LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. – IV. REFLEXIÓN FINAL.

\* Catedrático de Derecho Administrativo y Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de la Coruña Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El autor agradece al abogado Javier Sanmiguel su colaboración para la elaboración de este trabajo.

## I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Como es sabido, García-Trevijano define la discrecionalidad como una unidad de medida prefabricada por la propia administración —actuante o no, en el caso en cuestión— para actualizar y aplicar los conceptos estándares que se encierran en las normas. En este sentido, este autor entiende que el concepto clave para acceder a la naturaleza y articulación jurídicas de los actos discrecionales es el «interés público», cuyo substrato de análisis es preciso investigar en el contenido y objeto del acto administrativo de «actualización-aplicación» de la discrecionalidad. Es interesante, pues, dejar constancia —aunque solo sea de pasada— de la incidencia del «interés público» como concepto central de una institución típica del Derecho administrativo. Se trata del concepto central —probablemente más acertadamente bajo la fórmula de interés general—, el cual es más amplio que el de interés público.

Villar Palasi, por su parte, señala que el meollo de la discrecionalidad se encuentra en la «actividad autónoma» de la administración, la cual viene marcada por el modo de determinación y el ejercicio de una actuación discrecional. En concreto, para Villar Palasi, «la discrecionalidad no supone una actuación según lo que subjetivamente estime apropiado y justo la Administración —que sí ocurre en Derecho Privado con el principio de libre autonomía de la voluntad—, sino la integración de la norma impresa, según los valores inminentes y los objetivos del ordenamiento». En esta línea de argumentación, el profesor Villar distingue cuatro ajustes en el binomio de adecuación «potestad discrecional y principio de legalidad», los cuales explicitan la determinación o indeterminación de las condiciones del ejercicio de la discrecionalidad:

- ajuste a la ley (no pueden contradecir a la ley)
- ajuste a la finalidad de la potestad
- ajuste a los criterios explícitos o implícitos de la ley
- ajuste a los principios generales

Para García Oviedo y Martínez Useros, obrar discrecionalmente equivale a obrar libremente, con la salvedad de acomodar la conducta a un fin público específico, de forma que la diferencia entre el acto discrecional y el acto arbitrario se percibe claramente: es una diferencia teleológica. Esta aproximación, cuyas raíces se entierran en las conocidas tesis del consejo de estado francés, se refiere al fin de la potestad discrecional, elemento que, en definitiva, asegura el ajuste de la actualidad administrativa a la realidad. Por eso, García Oviedo y Martínez Useros señalaron en su día que la virtualidad del acto discrecional consiste en el cumplimiento de una función acomodadora de la relación causal entre las decisiones del poder y los fines institucionales del mismo, dado que el valor

de generalidad de los mandatos de las normas no se establecieron por ella las directrices de concreción de dicha realidad causal. En parecidos términos —siguen diciendo los autores citados—, allí donde el Derecho recae sobre elementos constantes en lo esencial, pueden construirse sistemas técnico-jurídicos que señalen límites estrechos a una apelación directa a los valores. Este es el caso del Derecho civil, en el que, como las relaciones y situaciones son, en lo fundamental, permanentes, es posible estructurarlo en instituciones en que puede ser operante el estricto instrumento lógico. La norma jurídica determina que dado un hecho concreto debe producirse una determinada consecuencia. En cambio, en términos generales, al Derecho administrativo le es fundamentalmente extraña semejante conformación técnico-jurídica. Esta ausencia explica la amplitud y frecuencia de la potestad discrecional.

Mozo Seoane, uno de los mejores especialistas del tema, señala que la discrecionalidad es una cualidad de los actos administrativos de simple valor relativo que se contrae a la apreciación de la idoneidad del resultado de un acto, y, por consiguiente, a la determinación de su objeto o contenido que no afecta ni a la competencia del órgano productor ni al fin de su generación. Por eso, se dice que no hay actos discrecionales puros, y que todo acto discrecional lo es solo en parte, ya que, en otra parte, es reglado (competencia y fin), o puede serlo o no, mas sin necesaria correlación en ambas indeterminaciones (oportunidad y forma). Con esto, volvemos a encontrar los inevitables momentos de la discrecionalidad.

## II. ESQUEMA JURÍDICO-FORMAL DE LOS PRESUPUESTOS TÉCNICOS DE LA DISCRECIONALIDAD: LÍNEAS EVOLUTIVAS

### II.1. Los conceptos jurídicos indeterminados: notas genéricas

La incorporación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados se importó y trajo de Alemania al acervo jurídico español, como nos ha enseñado el profesor García de Enterría. Ciertos sectores doctrinales prefieren, sin embargo, la expresión «concepto normativo indeterminado», de más precisión y exactitud, pues trata de conceptos que, procedentes de cualquier campo del conocimiento, se incorporan a una norma y adquieren una función y un sentido propios de esta.

Esta doctrina se une inseparablemente al tema de la discrecionalidad administrativa, aunque en la actualidad es necesario diferenciar como distintos los elementos valorativos —dentro del campo de lo volitivo, lo que la jurisprudencia española enmarca como discrecionalidad de juicio—. Estos últimos son los que se unen de una manera intensa a la teoría de los conceptos normativos indeterminados.

209

DISCRECIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ESPAÑOLA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

DISCRETIONALITY AND MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACT ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN SPANISH LAW

En opinión de Mozo Seoane, no debe ocultarse que la cuestión de los conceptos indeterminados y su utilización por el lenguaje legal tiene, cuando menos, dos serios peligros. Por una parte, su empleo abusivo introduce un elemento adicional a la tarea —ya de por sí difícil— de interpretación y aplicación del Derecho, especialmente la tarea judicial. Y, por otra, en el ámbito de la ejecución administrativa de la ley, late siempre la amenaza de que se utilicen como fuente legitimadora de la arbitrariedad. Precisamente, para evitarlo se construyó la teoría de los conceptos normativos indeterminados.

Para Mozo Seoane, en el sector del ordenamiento administrativo abundan las proposiciones normativas cuyo supuesto de hecho aparece formulado con elementos imprecisos. Expresiones como interés público —y sus múltiples variantes—, urgencia, edificio ruinoso, justo precio, idoneidad, probidad, competencia profesional, necesidades del servicio, orden público (riesgo de alteraciones o peligro de perturbación), conveniencias de la economía nacional y tantas otras son moneda corriente.

Para García de Enterría, lo peculiar del concepto jurídico (normativo) indeterminado es la unidad de solución justa frente a lo característico de las potestades discrecionales: la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Así, la calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público o no se da; o el precio que se señala es justo, o no lo es. En cambio, la discrecionalidad consiste esencialmente en una cierta libertad de elección, según García de Enterría.

## II.2. Los conceptos jurídicos indeterminados: elementos de interpretación

En este punto se produce una evolución de la doctrina de los conceptos normativos (jurídicos) indeterminados. El punto de inflexión gira en torno a la diferencia de estructura interna de dos procesos: el concepto normativo indeterminado pertenece al orden de lo cognoscitivo o intelectualivo (juicio), en tanto que la discrecionalidad se mueve en el terreno de lo volitivo (elección). En este sentido, García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan que la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos —de oportunidad, económicos, etcétera— no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración. Ahora bien, ¿pueden existir dos soluciones justas? ¿no será la capacidad de seleccionar la solución justa —de las legalmente posibles— que mejor se adecúa al interés público?

Villar Palasi, siguiendo esta misma dirección, dice que, a priori, se caracteriza como una valoración querida y dependiente de la ley que aboca, por ello, una cuestión de teoría general de interpretación legal. Por tanto, el proceso de integración de un concepto jurídico indeterminado — el precisar si se da o no— no puede ser un proceso volitivo de discrecionalidad, sino un proceso de juicio o estimación, de comprobación. Solo la estructura externa del concepto jurídico indeterminado es similar a la discrecionalidad en tanto ambos suponen una conducta optativa de la administración.

García-Trevijano, en la misma dirección, se pregunta si «¿quiere decirse que cuando existan conceptos indeterminados tendremos discrecionalidad?». No exactamente. La discrecionalidad se purifica a través de su separación de otro concepto: la interpretación. Para García-Trevijano no puede haber discrecionalidad más que cuando se puede valorar, no cuando hay simple comprobación. Y en esta dicotomía entre «estructura interpretativa-comprobación empírica» radica la naturaleza conflictiva de la evolución del concepto de la discrecionalidad y sus soluciones de aplicación e inaplicación; en definitiva, su control ante la jurisdicción. Precisamente, en este contexto parece que se encuentran los nuevos enfoques de la legalidad de las múltiples soluciones que puede comportar una actuación discrecional: el análisis de los componentes valorativos del acto discrecional.

El profesor Nieto, siguiendo la tesis mayoritariamente aceptada, señala que, mediante la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, se ha conseguido diferenciar dentro de la masa equívoca de la interpretación de los hechos dos grupos de contornos muy claros para respetar solamente aquellas como propias de la discrecionalidad —una vez supuesta, claro está, la autorización legal—: voliciones y juicios.

En este sentido, García de Enterría dice que los efectos de esta construcción teórica respecto a la reducción y control de la discrecionalidad resultan, así, evidentemente decisivos: la integración de un concepto normativo indeterminado es, sencillamente, un proceso reglado como cualquier otro de aplicación e interpretación legal, plenamente controlable —y sustituible— en sede de fiscalización judicial, en virtud del principio de «unidad de solución justa» buscado por la norma que incorpora el concepto impreciso.

Este itinerario del camino de lo discrecional se bifurca y cobra nueva dimensión, contrapunto de la tesis anterior de la «unidad de solución justa». Para Sainz Moreno, una decisión discrecional implica «pluralidad de soluciones» legalmente permitidas, lo que convierte en justa cualquiera de las opciones que la administración ejercite. En realidad, la solución que adopte la administración en el marco de un poder discrecional es la que mejor se integra en el interés general desde la legalidad.

211

DISCRECIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ESPAÑOLA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

DISCRETIONALITY AND MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACT ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN SPANISH LAW

Y ojalá que desde una perspectiva de la justicia, porque la administración está sometida a la ley, pero también a la razón. En consecuencia, sigue diciendo Sainz Moreno, estamos ante una diferencia sustancial, cualitativa, entre las dos formas de atribución legal de potestades: la potestad reglada y la potestad discrecional. Este nuevo sentido también lo encontramos cuando el autor afirma que los conceptos normativos indeterminados, aun cuando presentan un contenido que ha de ser precisado ante las circunstancias del caso concreto, también en abstracto son susceptibles de una definición objetiva —aunque ello resulte una operación más o menos difícil—. Teóricamente, la objetivación de su contenido es tan posible como la de un concepto normativo indeterminado, pues también el mandato contenido en este es, con frecuencia, solo relativo y necesitado de interpretación, de adecuación a la situación de hecho: la diferencia entre un concepto normativo determinado y otro indeterminado es simplemente cuantitativa, de grado, lo que se traducirá en una mayor dificultad de apreciación, pero en ambos casos posible y preconfigurada en la norma respectiva. En cambio, nada de esto puede predicarse de los supuestos de atribución de discrecionalidad, en los cuales la ley otorga al órgano administrativo una libertad de actuación dentro de cuyos márgenes este puede decidir en favor de una de las varias soluciones posibles —todas admisibles—. En este «reducto de libertad» no hay contenido objetivo previo, por lo que discrecionalidad y concepto normativo indeterminado obedecen a una ratio esencialmente distinta: su diferencia no es de grado, sino cualitativa. En mi opinión, sin embargo, al estar sometida la administración a la ley y al Derecho, tal y como establece el artículo 103 de la Constitución, en el ejercicio de la discrecionalidad debe haber una vinculación además de a la legalidad y al interés general, a la justicia.

El profesor Parejo Alfonso, en su obra sobre las funciones administrativas y jurisdiccionales, se aproxima a la discrecionalidad a partir de los principios constitucionales que deben reglamentar las condiciones mínimas de su aplicabilidad práctica ante la carencia de instrumentaciones jurídicas perfectamente delimitadas o delimitables de la acción y de las actividades administrativas. Estos principios son los de la interdicción de la arbitrariedad, la motivación de las resoluciones, la imparcialidad y objetividad, así como también el de la igualdad. Este autor se apunta a la tesis de la pluralidad de soluciones legítimas en materia de resoluciones discrecionales. Sus argumentaciones jurídicas descansan sobre los cimientos del voluntarismo o discrecionalidad de actuación, fundamentos que parecen coincidir con la teoría mixta americana del *fact and law*, una especie de interrelación e integración del supuesto de hecho normativo —insisto— en su consecuencia jurídica natural, siempre en apreciación subjetiva de la administración. Así, los hechos determinantes de la decisión no son posibles de fiscalizar por parte de los tribunales

de justicia, salvo vulneración clara de reglas jurídicas básicas. Por consiguiente, tales acciones, cuando conllevan decisiones de tinte discrecional, deben pasar el tamiz de determinadas medidas jurídicas correlativas: el deber de determinación exhaustiva de los hechos y su selección informativa, el deber de ponderación de los propios hechos-base, o el deber de ponderación de los posibles efectos jurídicos y su interconexión hacia una pluralidad de soluciones legítimas en consonancia con el punto de partida prioritario en toda actuación administrativa: la interdicción de la arbitrariedad.

### II.3. Discrecionalidad: descubrimiento del elemento de unión de la norma para la aplicación o inaplicación de los actos discrecionales

La discrecionalidad administrativa como concepto jurídico autónomo necesita acudir a la estructura lógica de la norma jurídica en su dimensión de conjunto de elementos que conforman una proposición normativa integradora de un mandato jurídico. La descripción de esta estructura es explicada de forma magistral por Larenz, al decir que la regla imaginada válida de «modo general» —es decir, no para un supuesto concreto determinado— tiene la forma lingüística de una proposición declarativa. En una proposición declarativa simple podemos diferenciar tres elementos: el sujeto de la proposición, el predicado de la proposición y la unión entre ambos (cópula), es decir, la coordinación predicado-sujeto. El sentido de esta coordinación acostumbra ser el de constatar un hecho dado a una conexión de sentido: «así es esto». Al sujeto de la proposición corresponde en la proposición jurídica (completa) el supuesto de hecho; al predicado, la consecuencia jurídica; finalmente, la consecuencia jurídica determinada en la proposición jurídica se coordina al supuesto de hecho determinado.

El profesor Gallego Anabitarte indagó en el método utilizado por la doctrina alemana dominante para señalar, en relación con lo expresado anteriormente, que la discrecionalidad radica en el elemento de unión o cópula de la norma jurídica. Desde este elemento se averiguará la naturaleza de la facultad discrecional o no del órgano administrativo llamado a aplicar la decisión. En diferentes doctrinas encontramos expresiones como la pretensión de delimitar y conceptualizar técnicamente el enlace hecho-consecuencia jurídica: sentido de una orden de validez, forma potestativa u optativa, problema aparente provocado por la teoría del imperativo, otorgamiento de ámbito de libertad para su destinatario, sentido de habilitación discrecional, entre otros son enunciados del elemento de unión o cópula ya indicado. Forsthoff, por su parte, concibe el «elemento cópula» como la manifestación típica y primaria de atribución de discrecionalidad. Por ello, la elección de la consecuencia jurídica

213

DISCRECIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ESPAÑOLA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

DISCRETIONALITY AND MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACT ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN SPANISH LAW

entre los términos potestativos u optativos posibles es discrecional para la administración, pues todos gozan de igual validez jurídica.

Mozo Seoane propugna, en esta dirección, que tanto la atribución legal de la discrecionalidad como la medida exacta de la misma —esto es, los dos elementos del concepto: ámbito volitivo de la administración y límites de su ejercicio— constituyen un único problema de estricta interpretación jurídica. Concretamente, un fenómeno de la complejidad con que se manifiesta el poder discrecional solo puede ser aprehendido con un riguroso criterio de interpretación teleológica de la norma que descubra el sentido y la finalidad de las potestades administrativas, y, eventualmente, su contenido discrecional. Este mismo autor reconoce la abundancia de los fenómenos discrecionales y entiende que sus limitaciones aparecen en un doble sentido: no siempre la habilitación de la norma a un órgano administrativo determina un actuar libre del mismo, ya que sus condiciones vienen regladas y los ámbitos de la libertad administrativa comprenden otro tipo de análisis y de razonamiento jurídico.

#### II.4. Análisis de los componentes valorativos para la formación y ejecución del acto discrecional: presupuestos técnicos para su aplicación e inaplicación

La moderna doctrina francesa trata de encontrar el concepto jurídico autónomo —la discrecionalidad— en la investigación de las directrices y de los objetivos de determinadas actuaciones sectoriales o generales de la «acción administrativa», la cual es dirigida, y pretendidamente coordinada, por el Poder Ejecutivo, así como su plasmación en la fotografía real, modulada por el principio de proporcionalidad. La jurisprudencia actual del Tribunal Supremo fija los senderos de la discrecionalidad en el mismo principio de proporcionalidad y en el principio de buena fe. Es famosa la sentencia sobre un caso de exportaciones-importaciones en materia de comercio exterior. El Tribunal Supremo obligó a rectificar una decisión discrecional de la administración por apartarse de su actuación precedente sin haber sido comunicado ni consultado tal cambio de parecer con los empresarios interesados en aras de la garantía de la buena fe.

Hoy, parece que entre los nuevos modos de enfoque de la legalidad multiforme de soluciones legales que comporta la discrecionalidad —desde un análisis de los componentes valorativos del actuar jurisdiccional— se encuentra la solución. Tales componentes deben venir presididos por la libertad, la justicia y la participación de los ciudadanos en las tareas político-administrativas, y su concreción natural se extendería en dos fases —siguiendo el concepto de García-Trevijano— perfectamente diferenciadas: la fase de actualización y la fase de aplicación. La primera fase conlleva el análisis de dos momentos: el momento referido a los puntos



de conexión de las materias que centran el fondo del asunto y el momento innovador o no del análisis de la realidad del tiempo en que se aplica la norma y su dinámica operativa. La segunda fase vendría determinada por el análisis del contenido inherente —o por la razón interna del actuar administrativo— y por la adjetivación aplicativa de la materia-función objeto de la competencia que se desarrolla en el acto discrecional. Todo ello, es claro, implica un análisis exhaustivo de la relación que se produce entre el ámbito organizativo-administrativo y el ámbito personal del ciudadano: la dimensión del obrar hacia el ciudadano y su futuro. Como ejemplo, la materia de comercio se ha asociado, desde el punto de vista de las estructuras orgánicas administrativas, a otras varias de diferente naturaleza interna y externa por muy diversos imperativos —tanto en la administración central como en las administraciones autonómicas—: economía, trabajo, industria, turismo, consumo, etcétera. Su explicación puede adentrarnos todavía más en los terrenos a veces indescifrables de la discrecionalidad, y su descubrimiento en la construcción de realidades más favorables para todos los ciudadanos, así como en los tiempos que tocan vivir. De nuevo, pues, los derechos fundamentales y la sensibilidad del poder público hacia el hombre se convierten en piedras de toque de la actividad administrativa.

215

DISCRECIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ESPAÑOLA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

DISCRETIONALITY AND MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACT ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN SPANISH LAW

### III. MOTIVACIÓN Y DISCRECIONALIDAD EN EL ARTÍCULO 54 DE LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

En relación con la motivación, aunque solo sea exigible legalmente en los casos del artículo 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC) del 26 noviembre de 1992, no está de más que se incorpore en todos los actos administrativos alguna referencia racional que permita colegir con facilidad los argumentos lógicos de los que trae causa dicha resolución administrativa. La motivación es el correlato, la otra cara de la moneda de la discrecionalidad. Si la discrecionalidad no se motiva, entramos en el proceloso mundo de la arbitrariedad.

En un Estado de Derecho, la exigencia de objetividad que la propia Constitución española impone a la actuación de la administración debe plasmarse en todas sus manifestaciones de voluntad. Como los actos administrativos son la principal expresión de la voluntad administrativa, en ellos deberá aparecer de alguna manera el sello de la objetividad, cuya forma más sencilla es incorporar en su exteriorización los argumentos en los que se ha basado la administración para dictar el acto administrativo en cuestión. Como ha precisado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de junio de 1982, la motivación es necesaria para el

debido conocimiento de los interesados y para la posible defensa de sus derechos, y debe darse con la amplitud necesaria para tal fin, pues solo expresando las razones que justifiquen la decisión es como el interesado puede después alegar cuanto le convenga para su defensa, sin subsumirse en la manifiesta indefensión que proscribe el artículo 24.1 de la Constitución —también extensivo a las resoluciones administrativas—. Más adelante, el propio Tribunal Constitucional, en sentencia 14/1991, dispuso que la motivación de los actos discrecionales garantiza que se ha actuado racional y no arbitrariamente, y permite un adecuado control de los actos discrecionales, además de exigir una motivación que, al menos, exprese apoyo en razones que faciliten conocer los criterios fundamentales de la decisión.

En efecto, aunque podría dedicarse un epígrafe especial, me parece que es pertinente analizar en este punto la motivación del acto administrativo. Esto porque, obviamente, es una cuestión relativa a los requisitos del acto administrativo y, sobre todo, porque es una cuestión central de la teoría del acto administrativo. La motivación, lo acabamos de señalar, es una manifestación —como pocas— de la objetividad a la que está condicionada la acción administrativa, precisamente, por el sentido racional del servicio al interés general que debe expresar toda manifestación de la actuación administrativa. Desde una perspectiva amplia, el artículo 103 de la Constitución, al mandar que la actividad administrativa refleje siempre el servicio objetivo al interés general, está obligando —insisto— a que todos los actos administrativos sean un exponente de ese servicio objetivo al interés general. Y si así debe ser —como todos estamos de acuerdo—, entonces resulta que la motivación, así considerada, ha de ser una característica propia que distinga a los actos administrativos de otras categorías jurídicas.

En Alemania, como es sabido, la exigencia de la motivación no conoce excepciones. Ahora bien, en el Derecho español, si nos situamos en una aproximación más concreta, resulta que las exigencias de motivación, que han de ser generales para todos los actos administrativos, son imprescindibles en una serie de actos administrativos en los que —por razones de discrecionalidad o de restricción o limitación de las posiciones jurídicas de los particulares— la objetividad o racionalidad ha de ser expresada siempre y en todo caso. Además, junto a esta perspectiva, no puede olvidarse, como recuerda nuestro Tribunal Constitucional tempranamente, que en la propia motivación de los actos administrativos hay una razón de orden procesal: la defensa de los derechos e intereses legítimos del destinatario de un acto administrativo.

La motivación no es pura formalidad, no es fórmula de estilo ni cubrir el expediente. La motivación es, en mi opinión, una obra de artesanía jurídica que expresa el compromiso de una administración pública y de sus

agentes por elaborar y confeccionar actos administrativos en el marco del Estado de Derecho. Con razón se ha dicho que la temperatura democrática de una administración pública se mide, entre otros factores, por el grado de calidad de la motivación de los actos administrativos. En efecto, cuando se cuida la motivación —cuando los funcionarios encargados de tal tarea han asumido la relevancia y trascendencia de su labor— se puede decir que nos encontramos ante una administración que intenta servir objetivamente el interés general. La objetividad, característica constitucional de la actuación administrativa, se satisface a partir de la racionalidad. Por eso, el Tribunal Supremo, en una sentencia del 10 de marzo de 2004 dice que la motivación, como ingrediente formal del acto administrativo, se cumple si del contenido del acto se deducen las razones determinantes de lo resuelto en el mismo.

Desde una perspectiva más general, la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de febrero de 2005 señala que la motivación refuerza los principios de objetividad y transparencia de la actuación administrativa, y posibilita una plena tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. La motivación implica, pues, objetividad y efectividad de la tutela judicial. En el mismo sentido se pronunció el propio Tribunal Supremo a través de una sentencia del 29 de noviembre de 2006, al establecer que la motivación tiene por finalidad que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. La motivación, pues, continua esta sentencia, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados en el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución española y, también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no solo por el artículo 24.2 de la Constitución española, sino también por el artículo 103, en el que se trata del principio de legalidad en la actuación administrativa. Además, esta resolución judicial, con buen criterio, recuerda que la obligación de motivar es consecuencia también del derecho a una buena administración proclamado en el artículo 41 del Tratado de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuando dispone que la obligación de la administración de motivar sus decisiones forma parte de tal derecho fundamental de la persona.

En efecto, la motivación es también una garantía de los derechos de los particulares, que así podrán conocer las razones que han impulsado a la administración pública a resolver en una determinada dirección y no en otra. La ausencia de motivación, cuando es preceptiva legalmente, puede entenderse como un vicio merecedor de nulidad de pleno derecho, pues provoca indefensión y se conculca así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, en aplicación del artículo 62.1, inciso a, de la LRJAPPAC. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la falta de motivación es determinante de

217

DISCRECIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ESPAÑOLA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

DISCRETIONALITY AND MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACT ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN SPANISH LAW

anulabilidad, sobre todo porque la jurisprudencia en la que la posibilidad de que la ausencia de motivación lesione un derecho fundamental no sigue ordinariamente este camino —probablemente— por razones históricas. Como ejemplo, tenemos a la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1992. Sin embargo, la ausencia de motivación nos parece que puede lesionar gravemente —Constitución en mano— el derecho a la tutela judicial efectiva, al quedarse el particular sin los argumentos para impetrar la tutela judicial a que siempre tiene derecho.

Si se considera que la motivación no es más que un requisito formal de los actos administrativos en los que legalmente sea procedente, entonces su ausencia o deficiente formulación es merecedora de la sanción de la anulabilidad, de la nulidad relativa o, en todo caso, constitutiva de irregularidad no invalidante. El deslinde de ambos conceptos, como señala una sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1988, se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado. Ahora bien, si admitimos que estamos ante una cuestión material, de fondo, y se produce una lesión de derechos fundamentales con su omisión —tal y como señalaba antes—, entonces, como también admiten González Pérez y González Navarro, podríamos estar ante un supuesto de nulidad absoluta del artículo 62.1, inciso a, de la LRJAPPAC. Esta doctrina, sin embargo, cuenta con el no pequeño obstáculo de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue considerando, en general, que la motivación es un requisito formal, según la sentencia del 26 de noviembre de 1987. En sentido contrario, encontramos una progresiva sentencia del 20 de noviembre de 1998 que entiende, con toda lógica jurídica, que la omisión de la motivación «puede generar la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución». Para esta sentencia, la motivación no es un requisito formal, sino «que lo es de fondo [...] porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, necesarios para que la jurisdicción contencioso administrativa pueda controlar la actividad de la Administración». El argumento fundamental para considerar que la motivación no es solo un requisito formal reside en que la principal nota que la Constitución atribuye a la administración es la del servicio objetivo al interés general. Y en esta tarea, la motivación de los actos es sencillamente esencial para tal servicio objetivo al interés general.

¿Ha de constar la motivación en el cuerpo del acto? ¿puede encontrarse en el expediente administrativo? La jurisprudencia ha entendido que aunque lo normal es que la motivación se encuentre en la redacción material del acto es posible que sea fácilmente deducible del conjunto del expediente. Es más, puede que la motivación se encuentre en las memorias del expediente en cuestión, algo que quien conozca el funcio-

namiento ordinario y real de la administración sabe que ocurre muchas veces. El propio Tribunal Supremo, en su sentencia del 21 de enero de 2003, entiende que la motivación «puede hacerse bien directamente bien por referencia a informes o dictámenes obrantes en el expediente». En el mismo sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo del 24 de junio de 2008 recuerda que la motivación de los actos administrativos debe integrarse con los documentos obrantes en el expediente, de manera que la obligación de motivación de los actos discrecionales queda cumplida si con tal documentación los afectados conocen las razones que han llevado a la administración a adoptar una determinada resolución, y si ello les permite adoptar una adecuada defensa de sus intereses.

En estos casos, el particular habrá de tener acceso al expediente, porque si el interesado no tiene posibilidad de acceso estamos en un caso de indefensión material. En cualquier caso, lo mejor siempre es que la motivación se encuentre en el texto final del acto administrativo, pues, de esta manera, en el cuerpo del acto estaría todo lo relevante desde el punto de vista jurídico.

Si la motivación se hace directamente habrá de realizarse «con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho», según dispone el primer párrafo del artículo 54 de la LRJAPPAC. El Tribunal Supremo, por sentencia del 10 de marzo de 2003, entiende que «la motivación no significa un reconocimiento exhaustivo y detallado, pero tampoco una fórmula convencional ni meramente ritual, sino la especificación de la causa, esto es, la adecuación del acto al fin perseguido; por ello, para cumplir este requisito formal se precisa la fijación de los hechos determinantes, su subsunción en la norma y una especificación sucinta de las razones por las que este se deduce y resulte adecuada la resolución». Es decir, en la motivación, de manera sucinta, hay que desvelar las razones que en virtud de los hechos concretos han aconsejado al órgano administrativo a resolver en determinado sentido. La comunicación de la causa del acto, esa explicación de las razones en relación con los hechos, es la principal tarea que ha de ocupar al autor de la motivación que, insisto, debe ser una obra de artesanía, pues en la motivación de los actos nos jugamos valores —como señalamos anteriormente— esenciales del Estado de Derecho.

La expresión «sucinta referencia a los hechos y supuestos de derecho» —dice el Tribunal Supremo en una sentencia del 5 de mayo de 1999— no permite a la administración reducir el alcance de la motivación a «una genérica remisión al contenido de preceptos legales, porque esa circunstancia no evita la indefensión del solicitante, el cual no puede llegar a conocer la razón cabal de la negativa, ni, consiguientemente, argumentar con eficacia la impugnación de esa denegación». Lo que es pertinente para cumplir con el sentido del párrafo primero del

219

DISCRECIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ESPAÑOLA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

DISCRETIONALITY AND MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACT ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN SPANISH LAW

artículo 54 de la LRJAPPAC es, como también ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia del 15 de febrero de 1991, «dar razón plena del proceso lógico y jurídico que determina la decisión». Y para ello no es menester una extensión amplia, sino la adecuada para cumplir con el fin de la motivación. En este sentido, como también ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo en sentencia del 12 de enero de 1998, «la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen».

La motivación de los actos es, más que una cuestión de orden cuantitativo, una materia que debe resolverse desde la perspectiva cualitativa. La motivación, pues, no se acredita con una prolija y larga explicación necesariamente, sino con los argumentos apropiados al caso concreto, que en muchos casos podrán realizarse en breves líneas. Será la naturaleza de cada caso la que determine la extensión de la motivación. Como regla, la clave reside en explicitar convincentemente —y desde el punto de vista racional— las causas que han determinado que, por ejemplo, un poder discrecional se concrete en un sentido específico.

La motivación, como señala Bocanegra, consiste en una operación jurídica dirigida a que la administración autora del acto revele al interés público que lo justifica las razones de la adecuación del acto al fin de servicio objetivo. En los casos de poderes discrecionales, la motivación es fundamental, puesto que en estos supuestos se produce un juicio o una ponderación administrativa que lleva a la opción por una determinada solución de entre varias legalmente posibles, por lo que las exigencias generales de objetividad —que siempre acompañan a la actividad administrativa— son particularmente intensas.

Realmente, si la fuerza jurídica del acto administrativo procede de su presunción de legitimidad, de su adecuación al interés general, parece lógico que la motivación esté conectada no solo a las razones del caso concreto, sino también, de forma más general, a las razones de interés público que justifican la confección del acto administrativo.

Aunque —como veremos a continuación— la motivación es exigible legalmente en determinados casos, pienso que el legislador lo que hace es obligar en ciertos supuestos a una motivación específica, dada la naturaleza del acto de que se trate. Con carácter general, el artículo 103 de la Constitución, en cuanto dispone que la administración actúa al servicio objetivo del interés general, parece reclamar que todas las actuaciones de la administración sean objetivas, lo que necesariamente habrá de traducirse en actuaciones racionales, en actuaciones motivadas en argumentos de interés público concretos.

Analicemos, a continuación, el precepto que el legislador dedica a la motivación, que es el 54 de la LRJAPPAC, y que se encuentra ubicado en el capítulo segundo del título quinto, bajo la rúbrica de requisitos del acto administrativo:

1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:
  - (i) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
  - (ii) Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.
  - (iii) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
  - (iv) Los acuerdos de suspensión de actos, cualesquiera que sea el motivo de esta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de esta Ley.
  - (v) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.
  - (vi) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.
2. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

La motivación, como ha señalado atinadamente el Tribunal Supremo, es una exigencia constitucional que trae causa del artículo 9, el cual sanciona el principio de sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, así como prohíbe la arbitrariedad y reclama el servicio objetivo al interés general, a la vez que también se concentra en el sometimiento pleno de la administración a la ley y al derecho; y del artículo 23.2, el cual dispone el principio de acceso en condiciones de igualdad a la función administrativa. Así, la sentencia del 29 de septiembre de 1988 señala que:

[...] cuando se dice que la discrecionalidad no es arbitrariedad se está diciendo precisamente, entre otras cosas, que incluso las llamadas decisiones discrecionales —y ninguna decisión lo es de manera total— han de ser motivadas. Lo contrario chocaría con preceptos de rango constitucional como los siguientes: artículo 9.1 —sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico;

DISCRECIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ESPAÑOLA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO  
DISCRETIONALITY AND MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACT ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN SPANISH LAW

artículo 9.3 –interdicción de la arbitrariedad–; artículo 103 –sujeción plena a la ley, y, además, al derecho que es previa a aquélla.

Efectivamente, si convenimos —como decía Locke— que la arbitrariedad es la ausencia de racionalidad, todos los actos del poder ejecutivo y de la administración han de ser racionales. Por ello, también desde esta perspectiva más abstracta, puede afirmarse que la exigencia de motivación es inherente a la propia esencia y razón de ser de la administración pública.

El marco constitucional de la motivación de los actos administrativos —que es claro y contundente— refleja hasta qué punto nos hallamos ante una obligación constitucional, conectada a su propia esencia y justificación institucional por parte de la administración. El citado artículo 103.1, al exigir la actuación de la administración pública al servicio objetivo del interés general, dispone claramente que la objetividad —esto es, la racionalidad— debe ser nota distintiva de la actuación administrativa, sea esta por acto o por contrato. La administración, sea cual sea su forma de expresión, siempre y en todo caso, ha de atender a la objetividad. De lo contrario, si nos situamos en esquemas de subjetividad y de arbitrariedad, estaríamos violando nada menos que uno de los principios fundacionales del Estado de Derecho. Desde otro punto de vista, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990 llega a la misma conclusión, al señalar que «las exigencias efectivas del Estado de Derecho ha determinado el alumbramiento de técnicas que permiten el control judicial de la Administración». Como los fines que la justifican son fines de interés público, y el interés público ha de gestionarse de forma objetiva, resulta que el Estado de Derecho reclama de la función administrativa una acción racional, objetiva y congruente con los fines de interés público que debe servir.

En parecidos términos se expresa la sentencia del Tribunal Supremo del 14 de septiembre de 1994 —así como la sentencia del 11 de diciembre de 1998—, cuando señala, en los artículos 9.1 y 103.1, que «el sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y el control que corresponde a los tribunales de la legalidad de la actividad administrativa y de ese sometimiento a la ley demandan la motivación de los actos administrativos en garantía de la seguridad jurídica, de la igual aplicación de la ley y del derecho a la igual protección jurídica». Esta jurisprudencia, pues, parece inclinarse por la existencia de una exigencia constitucional general de motivación, la cual se desprende del contexto constitucional, y especialmente de los artículos 9, 103 y 106.

El alcance de la motivación, como dispone la sentencia anterior, «debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa, con lo que la motivación del acto se conecta con el



derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa». Es decir, la motivación, en cuanto exteriorización de los argumentos racionales del acto, permite una mejor defensa del destinatario del acto, la cual está encaminada —si es que el acto lesiona su posición jurídica— a recurrirlo sea en vía administrativa o en vía judicial. De esta manera, si es que se impide el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa, se está lesionando un derecho fundamental de los que dan lugar, por mandato del artículo 62.1, inciso a, a la nulidad absoluta, la nulidad de pleno derecho. La perspectiva de la tutela judicial efectiva es tan importante debido a que afecta a un derecho fundamental de la persona. Sin embargo, la razón constitucional de la motivación reside en la exigencia de objetividad que ha de tener cualquier manifestación de voluntad de la administración. Lógicamente, si tal objetividad acompaña a las actuaciones administrativas, entonces será más fácil —de darse el caso— impugnar o recurrir dicho acto, puesto que las razones de su confección permiten la reacción jurídica en su contra.

La sentencia del 24 de marzo de 2000 del Tribunal Supremo ofrece una buena definición de motivación:

El Ordenamiento jurídico viene exigiendo la motivación con relación a ciertos actos haciendo consistir aquélla en la necesidad de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que los justifican y fundamentan con las finalidades de permitir el control indirecto de la opinión pública, para que no aparezca el acto como manifestación voluntarista de un órgano sin otro apoyo que el ilegítimo de una simple decisión autoritaria e injustificada, de permitir el control jurisdiccional de dichos actos en los que la motivación es valiosísimo elemento para determinar si se ajusta o no a derecho, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia de su impugnación y sobre los fundamentos de esta, al margen de constituir, la motivación, el ejercicio de una elegante cortesía siempre deseable.

En términos generales, toda la actuación administrativa, en la medida en que debe ser servicio objetivo al interés general, ha de ser razonada y mínimamente motivada. Ahora bien, aun siendo esto así en general, el legislador ha querido ofrecer un régimen especial de motivación para una serie de actos en los que la necesidad de exteriorizar la racionalidad es siempre necesaria, dada su conexión con la esfera jurídica del particular destinatario del acto administrativo. Tal régimen se encuentra, como sabemos, en el artículo 54 de la LRJAPPAC anteriormente transcrito.

De acuerdo con el artículo 54.1, la motivación consiste en una operación de comunicación de los argumentos de hecho y de derecho en que

223

DISCRECIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ESPAÑOLA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

DISCRETIONALITY AND MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACT ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN SPANISH LAW

se funda un determinado acto administrativo. Es decir, como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia del 30 de noviembre de 1999, la motivación consiste en:

La necesidad de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que los justifican y los fundamentan con las finalidades de permitir el control indirecto de la opinión pública, para que no aparezca el acto como manifestación voluntarista de un órgano sin otro apoyo que el ilegítimo de una simple decisión autoritaria e injustificada, de permitir el control jurisdiccional de dichos actos en los que la motivación es valiosísimo elemento para determinar si se ajusta o no a Derecho, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o impertinencia de de su impugnación y sobre los fundamentos de esta, al margen de constituir, la motivación, el ejercicio de una elegante cortesía siempre deseable.

La exteriorización de esas razones de hecho y de derecho ha de tener una adecuada armonía y congruencia, pues, de no haberla, de constituir un conjunto de argumentaciones inconexas y sin relación de causalidad, no se podrían colegir las razones reales de la producción del acto y, por lo tanto, no estaríamos en una motivación adecuada a los postulados de un Estado de Derecho.

Es verdad que el artículo 54 solo exige la motivación para una serie de actos. Sin embargo, como ya señalamos con anterioridad, la motivación general es exigible a todos los actos administrativos en el Estado de Derecho, sin perjuicio de que, en determinados casos, debido a su especial relevancia, trascendencia o relación con los ciudadanos, esta deba ser especialmente cuidadosa. En cualquier caso, la propia jurisprudencia, dados los términos tan amplios en que está redactado el artículo 54, no ha tenido empacho alguno en admitir que, efectivamente, la motivación es la regla general tal y como así ha manifestado la sentencia del Tribunal Supremo del 11 de diciembre de 2002.

En primer lugar, según el precepto que comentamos, han de ser motivados «los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos». La razón es obvia, puesto que estamos ante actos administrativos desfavorables para los ciudadanos. Como han señalado González Pérez y González Navarro, la motivación se exige, en este supuesto, a todo acto administrativo que suponga una limitación a la actividad del administrado que no estuviera prohibida o que estuviera condicionada a la adopción del acto. Se trata de motivación de actos —no de normas—, y de actos que limiten derechos subjetivos, no de actos delimitadores, tal y como ha entendido la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de junio de 1999.

En segundo lugar, el artículo 54 se refiere a los «actos administrativos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio, recursos administrativos,

reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje». Es decir, se trata de actos que tienen especial trascendencia por estar llamados a resolver procedimientos de revisión de oficio, procedimientos en los que es la propia administración quien ha decidido someter un acto perfecto a revisión por entender que podría incurrir en nulidad de pleno derecho o en anulabilidad. Igualmente, es ejercicio de poder discrecional la resolución de un recurso administrativo, como también lo son los actos que resuelven las reclamaciones previas. En todos estos casos, nos encontramos ante una función de naturaleza judicial de la administración y, por ello, parece razonable exigir la motivación a un acto administrativo que dirima controversias o resuelve conflictos jurídicos. En efecto, en estos casos, la forma de redactar el acto tiene un gran parecido con una sentencia. Los supuestos de hecho y los fundamentos de derecho conducen, a través de la razón y la lógica, a un determinado pronunciamiento, que, en caso de desestimación de la pretensión del recurrente, debe ser convenientemente argumentado.

En tercer lugar, nos encontramos con los actos que se separan del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. La exigencia legal de motivación en estos casos no reclama demasiados comentarios, ya que, en los supuestos en los que la decisión administrativa se aparta del precedente o desconoce los informes de órganos consultivos, el esfuerzo de racionalidad debe ser mayor para explicar el sentido de dicho acto administrativo. El Tribunal Supremo ha dejado bien claro que en los casos de renovación de concesiones de dominio público, como señalan González Pérez y González Navarro, concurre tal obligación legal. Así, por ejemplo, la sentencia del 24 de febrero de 1999 dice que «los actos originarios impugnados debieron ser motivados, porque esa quiebra de anteriores renovaciones significaba dar al traste con el criterio seguido en actuaciones precedentes». La jurisprudencia —en su sentencia del 5 de octubre de 1988— también ha exigido que se motiven los actos de trámite que integran el procedimiento y que se separan del mantenido en otros actos anteriores o de órganos consultivos, así como —según sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988— en el caso del acto que se aparta de la propuesta de resolución. El valor jurídico del precedente administrativo es extraordinariamente importante porque la tarea administrativa es una tarea reiterada, conocida por los ciudadanos y, desde este punto de vista, previsible. En determinados casos, si concurren ciertas circunstancias, se actúa siempre en el mismo sentido. Si, repentinamente, en estos supuestos, se quiebra la confianza legítima —la buena fe de los ciudadanos en la racionalidad de la administración sin explicación—, entramos de lleno en el proceloso mundo de la arbitrariedad y la subjetividad, los cuales, como sabemos, se encuentran en la antípoda del Estado de Derecho.

225

DISCRECIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ESPAÑOLA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

DISCRETIONALITY AND MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACT ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN SPANISH LAW

En cuarto lugar, la LRJAPPAC extiende la motivación a los acuerdos de suspensión, cualquiera que sea el motivo de esta. También es lógico que un acuerdo administrativo que resuelve un incidente de paralización provisional de los efectos de un acto administrativo sea objeto de una motivación esmerada. Efectivamente, en estos casos, se ventila nada menos que la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo, la detención provisional de los efectos de un acto que se presume ha sido dictado de acuerdo con la presunción de legitimidad y legalidad, ya que se tiene la presunción de que está inspirado en razones de interés general —de ahí su fuerza de obligar—. Y si la ejecutividad, como expresión de la autotutela administrativa, se funda sobre la presunción de congruencia con el interés general que acompaña a los actos administrativos —cuando estos van a ser retrasados en su ejecutividad— es lógico que tal decisión se motive suficientemente en razones de interés general.

En quinto lugar, también han de motivarse los actos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos. Es fácil colegir que el acto por el que se declara una expropiación forzosa urgente deba ser especialmente motivado. En el mismo sentido, cuando de ampliar un plazo se trata, igualmente hay que explicar el porqué del acto. En estos supuestos en los que la administración ejerce poderes especiales, la motivación es más relevante. Podría argumentarse que tales supuestos lo son, por su especial naturaleza, de discrecionalidad. Y como el precepto que analizamos exige la motivación en todas las manifestaciones de las potestades discrecionales administrativas, según la letra f del artículo 54.1 de la LRJAPPAC, se podría concluir que este supuesto, como otros del precepto, no hace falta por redundante. Es cierto, y siendo la mayor parte de los actos discrecionales, que se haga una mención a los más importantes no afecta al régimen general del artículo 54.1 de la LRJAPPAC. En estos supuestos, la motivación —dado que nos encontramos ante poderes discrecionales— habrá de venir fundada, como señalan González Pérez y González Navarro, en razones de interés público. Es lógico puesto que, por ejemplo, la declaración de emergencia de una contratación administrativa vendrá aconsejada por razones concretas, detalladas de interés público. Igualmente, la ampliación de un plazo en un determinado procedimiento habrá de atender a exigencias de interés general, pues, de lo contrario, pareciera que tal medida no tendría sentido.

En sexto lugar, el artículo 54.1 de la LRJAPPAC se refiere genéricamente a la motivación de todos los actos que se dicten en el ejercicio de poderes discrecionales. Si la motivación ha de ser la regla general de acuerdo con la exigencia constitucional de servicio objetivo al interés general cuando se trata de actos en los que la administración dispone de un ámbito de libre apreciación, tal obligación es mayor, así como de un alcance más concreto y específico. La motivación se expresa en el acto

administrativo a través de la exteriorización de los criterios en los que basa su confección, de acuerdo con las exigencias —concretas y específicas— del interés general.

Pues bien, si resulta que los actos discrecionales no estuvieran suficientemente motivados, estaríamos en el reino de la arbitrariedad. Como ya se dijo, este concepto está prohibido por nuestra Constitución, pues en el Estado de Derecho se sustituye, con carácter general, la subjetividad en el ejercicio del poder por la objetividad, así como la irracionalidad por la racionalidad.

En sentido amplio, la sentencia del Tribunal Supremo del 1 de junio de 1999 es bien clara cuando sostiene que:

La discrecionalidad, en cualquiera de sus variantes, parte de la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones o, si se prefiere, resulta que su ejercicio permite una pluralidad de soluciones justas, o de optar entre alternativas que, en general, sean igualmente justas desde el punto de vista del Derecho o, tal vez mejor, razonables, desde el mismo punto de vista, por lo que el ejercicio de la potestad discrecional presupone una opción entre varias posibles, y una razonabilidad en un marco socio-cultural determinado, pero precisamente por ello, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es lo que garantiza que se ha actuado racionalmente y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose así una motivación suficiente, que al menos exprese apoyo en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión (STC 14/1991), fórmula un tanto vaga si se quiere, pero que tiene la ventaja de poder medirse caso por caso si se cumple o no con la suficiencia.

La discrecionalidad del acto nunca es absoluta o total, pues siempre habrá algún elemento del acto de naturaleza reglada, procedimental o formal. En estos casos, la motivación habrá de circunscribirse a esa zona de discrecionalidad, de manera que la luz se proyecte sobre las razones internas en cuya virtud la administración ha operado dentro del área de libre disposición del que disfruta en algunos casos con el fin de servir objetivamente el interés general. Como ha señalado también el Tribunal Supremo en su sentencia del 3 de febrero de 1998, cuando procede en el marco de la discrecionalidad, la administración pública «ha de apreciar y considerar, con adecuada ponderación y supuesto por supuesto, los intereses públicos y privados puestos en juego y los demás elementos de juicio requeridos por la norma, reflejando consecuentemente en la resolución, mediante una motivación suficiente y congruente [...] las causas que determinen circunstancialmente, la concesión o no (sobre todo en caso de denegación) de la licencia o autorización». He aquí

227

DISCRECIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ESPAÑOLA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

DISCRETIONALITY AND MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACT ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN SPANISH LAW

algunos elementos que son relevantes para comprender mejor el alcance de la motivación.

En efecto, debe hacerse caso por caso. No hay fórmulas de estilo para motivar los actos porque, salvo que estemos en presencia de los actos en masa, cada acto es individual, y ha dictado con arreglo a unas determinadas circunstancias. Además, es menester que la operación jurídica de motivación se haga con ponderación y de forma congruente con las exigencias normativas y de interés general que siempre han de estar presentes en todas las cuestiones que se refieren al acto administrativo en general.

La motivación, según el artículo 54 de la LRJAPPAC y la jurisprudencia, ha de ser —como ya hemos indicado— suficiente y congruente. Suficiente para que los particulares puedan conocer fácilmente las razones en las que se apoyó la administración para resolver, y congruente con el interés general que la administración ha de servir siempre de manera objetiva. Además, la jurisprudencia reclama de la operación de motivación un ejercicio jurídico de ponderación de intereses y, por supuesto, un contraste adecuado con el caso concreto del que se trate. Es decir, cuando nos encontramos ante motivaciones genéricas, abstractas, que no hacen referencia alguna —o insuficiente— al caso concreto, nos encontramos ante motivaciones que no dan los mínimos exigibles. A veces, la administración recurre a fórmulas de estilo previamente elaboradas, que se pretende sean motivaciones de actos administrativos. Sin embargo, salvo que se trate de casos idénticos, lo lógico es que cada caso se trate individualmente, y que, también individualmente, se proceda a la motivación correspondiente.

En séptimo lugar, el legislador dispone que habrá de motivarse los actos que deban serlo, en virtud de las correspondientes disposiciones legales o reglamentarias. En el párrafo segundo del artículo 54, encontramos una referencia expresa a la motivación en los tipos de actos que resultan de procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, en cuyo caso «han de quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte». En estos supuestos, es evidente que el alcance y la extensión de la motivación será diferente de los casos normales u ordinarios. Por ejemplo, en un tribunal de selección de personal al servicio de la administración pública, la motivación se realiza en virtud de los criterios previamente establecidos y proyectados sobre los ejercicios de cada opositor. Así, la motivación resultará de las notas o los comentarios de los miembros del tribunal que se recogerán en las actas de las sesiones, y también de las anotaciones que realizan los citados miembros del tribunal de selección en relación con las diferentes intervenciones de los candidatos. Si no se acreditaran las razones de las decisiones del tribunal, aunque hayan sido expresadas oralmente en las

deliberaciones ante los terceros o interesados en el procedimiento, se estaría procediendo en un marco de oscuridad, misterio o enigma que choca frontalmente con los postulados del Estado de Derecho, que es lo que, precisamente, la motivación de los actos administrativos pretende combatir.

#### IV. REFLEXIÓN FINAL

El Tribunal Supremo español ha entendido, por sentencia del 29 de mayo de 2001, que «la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos». Además, «la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones [...], con tal exigencia no se trata de sustituir el criterio técnico de la Administración, sino de conocer en qué ha consistido este y cuáles han sido los datos determinantes de la decisión». En el supuesto de que la fundamentación de la decisión se hace en función de puntuaciones o calificaciones, tales puntuaciones o calificaciones han de realizarse a partir de los criterios previamente determinados, los cuales son aplicados sobre cada uno de los concursantes sin que sea suficiente la mera exposición de las notas correspondientes sin soporte motivador. Más bien, es menester que tales calificaciones o puntuaciones estén fundadas sobre determinadas anotaciones o glosas de los miembros del tribunal de selección, las cuales normalmente constarán en las actas de las reuniones deliberativas, y estarán contenidas en el expediente del correspondiente concurso u oposición.

Recibido: 04-07-11  
Aprobado: 08-08-11

229

DISCRECIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ESPAÑOLA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

DISCRETIONALITY AND MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACT ON ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN SPANISH LAW





## ¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también, una naturaleza jurisdiccional?

Are there administrative procedures that also have a jurisdictional nature in Chile?

CLAUDIO MORAGA KLENNER\*

**Resumen:** Las funciones administrativas y jurisdiccionales no son identificables en modo alguno. Los órganos de la administración actúan por regulaciones administrativas que no tienen, al mismo tiempo, una naturaleza jurisdiccional. Ello, sin embargo, no excluye la posibilidad de que, en casos muy excepcionales, ciertos órganos administrativos ejerzan jurisdicción, pero entonces la función es ejercida conforme a reglas jurisdiccionales que no son administrativas.

**Palabras clave:** Órganos administrativos – función jurisdiccional

**Summary:** Administrative and jurisdictional functions can not be identifiable (equivalent) in any way. Administration bodies act by administrative regulations and do not have, at the same time, a jurisdictional nature. However, in exceptional cases, the possibility for some administrative bodies to exercise jurisdiction can not be excluded; but in that case, this function is exercised according to jurisdictional rules, not administrative ones.

**Key words:** Administrative bodies – jurisdictional function

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN. – I. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO. – II. FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. – III. FUNCIÓN JURISDICCIONAL. – IV. LA CUESTIÓN ADJETIVA: EL NÚCLEO MATERIAL Y PROCEDIMENTAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. – V. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE PRIMER GRADO: DE TIPO SANCIONATORIOS, EL DEBIDO PROCESO Y LA NEGACIÓN DE LAS POTESTADES RESOLUTIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN. – VI. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SEGUNDO GRADO: LA CONFUSIÓN RESPECTO DE SI LA VÍA RECURSIVA ANTE LA PROPIA ADMINISTRACIÓN TIENE O NO NATURALEZA JURISDICCIONAL. – VII. CASOS PACÍFICOS DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS QUE EJERCEN JURISDICCIÓN. – VII.1. ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS QUE PUEDEN ACTUAR COMO ÁRBITROS ARBITRADORES. – VII.2. LA CGR Y EL JUICIO DE CUENTAS. – VIII. CONCLUSIONES.

---

\* Es abogado *magister rerum publicarum* y profesor asociado de Derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: cmoraga@eml.cl.

La interrogante del título debe ser respondida con una negativa: sea por la función, por las reglas que someten el ejercicio del poder público o por organización, no es posible identificar un procedimiento administrativo que, a un mismo tiempo, sea de tipo jurisdiccional.

Con todo, el tema es complejo. En primer lugar, porque no es posible negar de modo absoluto que los órganos administrativos no puedan ejercer jurisdicción en casos muy especiales —verbigracia, el juicio de cuentas y la Contraloría General de la República (CGR)—. En segundo lugar, porque cuando aquel órgano ejerce función jurisdiccional expresamente reconocida por el orden jurídico, en realidad actúa como órgano jurisdiccional y no como administrativo. En tercer lugar, porque existen procedimientos administrativos que, sin embargo, han sido calificados por los propios tribunales de justicia como de naturaleza jurisdiccional —sin verdaderamente serlos—.

Por todo lo anterior, pareciera ser necesario comenzar por revisar la organización del Estado en Chile y explicar las diferencias entre la función administrativa y la jurisdiccional.

## I. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

Todas las funciones estatales, independiente de su denominación y naturaleza, se justifican en cuanto permiten al Estado servir a la persona humana, y en tanto promueven el bien común —entendido este como el deber que pesa en él de «crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece»<sup>1</sup>.

En el cumplimiento de tan grande tarea constitucional, se ha confiado el gobierno y la administración del Estado al Poder Ejecutivo, a lo que la Constitución Política de la República (CPR) designa como «gobierno» en su artículo 24. A su vez, la función legislativa ha sido otorgada concurrentemente tanto al presidente de la república como a las ramas del congreso nacional —senado y cámara de diputados—, según los artículos 32, numeral 1 y 46. Finalmente, el ejercicio de la función jurisdiccional se ha confiado a los tribunales establecidos por la ley, de acuerdo al artículo 76, independientemente de si ellos se insertan dentro del Poder Judicial o no —verbigracia: la justicia electoral—.

Más en detalle, cuando se trata de precisar quién ejerce la función administrativa, el artículo 24 de la CPR responde que esta está radicada en el presidente de la república, quien la ejerce con la colaboración de

1 Artículo 1.4 de la Constitución Política de la República.

233

los órganos que establece la Constitución y de acuerdo a las leyes. Esto conforma lo que se conoce como la administración del Estado, la cual está integrada por los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, en donde destacan la CGR, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los gobiernos regionales, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley. Todo esto de acuerdo al artículo 1 (18575) o también llamado Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE).

La CPR encomienda, por su parte, el ejercicio de la función jurisdiccional a órganos que toman el nombre de tribunales, sean ellos unipersonales o colegiados. Dichos tribunales son órganos del Estado, creados por la Constitución o las leyes. Solamente en el capítulo VI de la Constitución se utiliza la denominación «poder» y lo hacen para referirse a la organización de los tribunales ordinarios que ejercen la función jurisdiccional —el Poder Judicial—. Ello hace significar, precisamente, la importancia de esta organización estatal y de la función que desempeña: se trata del *imperium* que permite disponer de una situación jurídica subjetiva, que es objeto de un litigio, al hacer vinculante para esas partes la decisión unilateral e imperativa que adopte el órgano jurisdiccional<sup>2</sup>, de un modo definitivo e inmodificable.

La función jurisdiccional se distribuye en Chile en cuatro grandes órdenes: (i) los tribunales del Poder Judicial, ya sean ordinarios (tribunales de letras) o especiales (tribunales de familia, del crimen, del trabajo, de contratación pública, etcétera), y cuya competencia se extiende al conocimiento de las causas civiles y criminales, sin dejar de incluir las controversias de las que es parte la administración; (ii) la justicia electoral, integrada por un tribunal calificador de elecciones y por tribunales electorales regionales, con competencia en materia de escrutinio general y calificaciones de elecciones del presidente de la república, de los diputados y de los senadores; (iii) la justicia político-constitucional, a cargo del senado, en cuanto es el tribunal que conoce de las acusaciones constitucionales de la cámara de diputados en contra de las más altas autoridades del país por las infracciones y delitos constitucionales tipificados en el artículo 52, numeral 2, de la CPR; y (iv) el Tribunal Constitucional.

El artículo 76.1 de la CPR prescribe que en los tribunales establecidos por la ley descansa exclusivamente la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado. A renglón seguido, y como natural corolario del principio de separación de

¿EXISTEN EN CHILE  
PROCEDIMIENTOS  
ADMINISTRATIVOS  
QUE PRESENTAN,  
TAMBIÉN, UNA  
NATURALEZA  
JURISDICCIONAL?

ARE THERE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURES  
THAT ALSO HAVE  
A JURISDICTIONAL  
NATURE IN CHILE?

2 DIEZ-PICAZO, Luis María. *Régimen constitucional del Poder Judicial*. Madrid: 1991, p. 29.

poderes, preceptúa que ni el presidente de la república ni el congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

La redacción de las normas constitucionales permite colegir que en ellas subyace el principio de división de poderes o de separación de funciones de manera más estricta que en lo que respecta a las vinculaciones funcionales entre el presidente de la república y el congreso nacional en materia de dictación de leyes: a ninguno de estos dos últimos les está permitido ejercer la función de los tribunales de justicia o revisar sus resoluciones.

Precisamente, debido a que solo los tribunales pueden ejercer jurisdicción, pesa en ellos un deber inherente, que se plasma en el principio de inexcusabilidad. El artículo 76.2 de la CPR dispone que «reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.» De la disposición transcrita, resulta una cuestión de importancia que la ausencia de ley *decisoria litis* no permite excusar al juez de ejercer sus funciones.

## II. FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Es necesario precisar el contenido esencial de las funciones que está llamado a cumplir el gobierno y, en particular, la administración del Estado. La respuesta se encuentra en disposiciones del orden constitucional —Constitución y leyes orgánicas constitucionales propiamente como tales—.

En una visión decimonónica y propia de un Estado liberal, el artículo 24.2 de la CPR confiere al presidente de la república competencia en todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la república, de acuerdo con la Constitución y las leyes. Pero, el ámbito de acción del Presidente se extiende mucho más allá de estos límites: los artículos 111.2 y 115.1 de la CPR refieren que, a nivel de las regiones en que se divide el territorio del país, la función administrativa tiene por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región, y que debe observarse, como principio básico, la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. También, en el nivel local, constan señales precisas que permiten comprender la función administrativa. El artículo 118.4 de la CPR prescribe que la finalidad de las municipalidades es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

Luego, sobresale el artículo 3 (LOCBGAE), que impone a la administración el deber de atender las necesidades públicas en forma continua y permanente, así como fomentar el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y otras labores más como son las de aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal. A estos precisos efectos, la misma disposición legal indica que la administración del Estado debe observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y participación ciudadana en la gestión pública, a la vez que garantiza la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, sin dejar de respetar el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes.

¿Qué se puede sacar en limpio de las normas jurídicas transcritas? Que la función administrativa está radicada en el presidente de la república, quien la ejerce básicamente con la colaboración de una administración del Estado, y que dicha función comprende, sin querer ser exhaustivos, la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la república, la atención de las necesidades públicas en forma continua y permanente, la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas, acciones y medidas que fomenten el desarrollo social, cultural y económico a nivel nacional, regional y local, que estén sujetas a criterios de equidad y armonía, y que permitan a las personas tener una efectiva participación en dicho progreso económico, social y cultural.

Es evidente, entonces, que el ámbito natural donde actúa la administración es el de los intereses generales, cosa que no sucede con los órganos jurisdiccionales.

### III. FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional es el poder-deber de conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de interés de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal dentro del territorio de la república<sup>3</sup>, a fin de, con ello, favorecer la paz social. En cuanto los tribunales ejercen unas potestades públicas de tipo jurisdiccional, ellas son parte necesaria del dominio de la ley<sup>4</sup> o de los tratados internacionales<sup>5</sup>.

3 COLOMBO, Juan. *La jurisdicción en el Derecho chileno*. Santiago: 1991, p. 41.

4 Artículo 77.1 de la Constitución Política de la República.

5 Artículo 6, numeral 8, del Código Orgánico de Tribunales.

235

¿EXISTEN EN CHILE  
PROCEDIMIENTOS  
ADMINISTRATIVOS  
QUE PRESENTAN,  
TAMBIÉN, UNA  
NATURALEZA  
JURISDICCIONAL?

ARE THERE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURES  
THAT ALSO HAVE  
A JURISDICTIONAL  
NATURE IN CHILE?

Es innegable que los tribunales de la república, donde se incluye a los del Poder Judicial, deben ser independientes, y que dicha independencia debe extrapolarse tanto al juez mismo como al órgano jurisdiccional en su integridad. Dicha independencia, a su turno, se difumina respecto de toda persona que ocurra ante un tribunal, así como respecto de cualquier otro órgano público, sea de rango constitucional o legal. Porque la legitimidad de las decisiones de los jueces no proviene ni de su forma de integración ni de los procesos de toma de decisión. En realidad, todo pasa por el apego que muestran al Derecho positivo. Esto es, a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (artículo 6 de la CPR). La imposición de este deber supremo constituye también un elemento de garantía de la independencia e imparcialidad de los jueces: ellos no deben resolver los casos que conocen poniendo atención a las opiniones del Ejecutivo o del parlamento, ni tampoco buscar hacerse «populares» frente a la población. Los tribunales son, como dice Philippe Jestaz, un puro instrumento del Derecho, así como los partidos políticos son un puro instrumento de la acción política<sup>6</sup>, y la administración del Estado sería un puro instrumento de los intereses generales.

El vínculo que existe entre los tribunales y los órganos legislativos se halla en la principalísima función de dirección que cumple la ley para la creación jurisprudencial de los jueces, y no en el sentido de poder «corregir» las decisiones judiciales —para eso están los procedimientos recursivos e impugnativos de tipo jurisdiccional, ya que, de otro modo, se infringe el principio de distribución de competencias—, sino para legitimarlas y encaminarlas conforme al sentido de la voluntad legislativa expresada en la ley, la cual obligatoriamente debe aplicar en la sentencia. Todo lo contrario ocurre al vincular tribunales con el Poder Ejecutivo: aquí prima la idea de que el juez debe ejercer una función de protección jurídica frente a lo actuado o dejado de actuar por la administración y, específicamente, en lo que respecta a la ejecución de la ley —por vía del reglamento— y su aplicación a un caso concreto —por vía del acto administrativo—. El juez se vale, entonces, de la voluntad del legislador para tomar partido, y aceptar o rechazar lo que el gobierno y la administración deciden.

Con todo, y a diferencia de lo que sucede con el parlamento, con el presidente de la república y con la administración del Estado, los tribunales no tienen la capacidad de ejercer sus funciones mediante la formulación de una voluntad propia que no sea la del Derecho<sup>7</sup> y que no esté directamente motivada por la acción de una parte legitimada —el actor—. Si se trata, por tanto, de buscar la fuente de legitimidad del ejercicio de poder público que detenta el juez, esta no es sino la voluntad

6 JESTAZ, Philippe. *El Derecho*. Santiago: 1996, p. 33.

7 MÖLLERS, Christoph. *Die drei Gewalten*. Göttingen: 2008, p. 101.

que manifiesta el actor en su demanda y la del demandado en su contestación<sup>8</sup>. Es decir, para que la decisión de un juez no pueda ser politizada, debe exigirse del actor que su demanda presente un caso concreto, que constituya un problema personal del demandante, y que no sea generalizable hacia toda la comunidad<sup>9</sup>.

El ámbito de acción de la función jurisdiccional no está puesto, por tanto, en los intereses generales, sino en los derechos subjetivos, intereses legítimos y posiciones jurídicas que manifiestan los litigantes en el proceso.

#### IV. LA CUESTIÓN ADJETIVA: EL NÚCLEO MATERIAL Y PROCEDIMENTAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Las reglas del proceso judicial y las reglas del procedimiento administrativo son esencialmente diversas, puesto que la finalidad de uno y otro es también distinta. Bastará lo que comentaremos en las líneas siguientes acerca del procedimiento administrativo en Chile para que el lector pueda concluir que su estructura y regulación distan de ser de naturaleza jurisdiccional.

Desde el año 2003, nos rige la ley 19.880, la cual establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado (LBPA). Esta ley provocó en el país un terremoto de magnitud. Se pasó, de un día a otro —pero con más de sesenta años de retraso— desde un proto-administrativismo a la modernidad. De haber conocido solamente el «procedimiento administrativo de primera generación», se abrió de par en par el portalón de una nueva estructura legal que consagraría un «procedimiento administrativo de segunda generación» y, además, asentaría ideas básicas para la formulación de «procedimientos administrativos de tercera generación»<sup>10</sup>.

Si pudiéramos resumir el contenido de la LBPA, comenzaríamos por señalar que en ella se plasman los «principios del procedimiento administrativo»: escrituración, celeridad, economía procedimental, no formalización, gratuidad, conclusividad, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, inexcusabilidad, impugnabilidad, y transparencia y publicidad. Se trata de verdaderas propiedades normativas destinadas a integrar regulativamente —es decir, no de manera simplemente explicativa ni supletoria— las actuaciones que se llevarán a cabo en cada procedimiento y para la sustentación de estos.

<sup>8</sup> *Ibíd.*

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 103.

<sup>10</sup> En detalle, sobre una evolución de procedimientos administrativos, véase: BARNES, Javier. «Procedimientos administrativos de tercera generación». En *Aída, ópera prima del Derecho administrativo*, número 7, p. 11-54, México D.F.

237

¿EXISTEN EN CHILE  
PROCEDIMIENTOS  
ADMINISTRATIVOS  
QUE PRESENTAN,  
TAMBIÉN, UNA  
NATURALEZA  
JURISDICCIONAL?

ARE THERE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURES  
THAT ALSO HAVE  
A JURISDICTIONAL  
NATURE IN CHILE?

La LBPA reconoce que en cualquier procedimiento administrativo actúan personas, las cuales toman la condición de «interesados» que se agrupan en alguna de las tres siguientes categorías: (i) las personas que promuevan el procedimiento administrativo como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos; (ii) las personas que sin haber iniciado el procedimiento administrativo tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y (iii) las personas que no invocan un derecho, sino solamente intereses de carácter individual o colectivo, y que pueden resultar afectados por la resolución o el acto administrativo terminal y, por lo tanto, se apersonan en el procedimiento en tanto no haya recaído en él resolución definitiva.

La capacidad administrativa es algo más amplia que la civil, ya que para la LBPA también constan de suficiente capacidad como para actuar como «interesados» los menores de edad —en tanto se trate del ejercicio y la defensa de sus derechos e intereses, cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela—. Asimismo, los interesados pueden actuar ante la administración personalmente o representados por medio de un tercero, que viene a llamarse apoderado, y que tiene todas las facultades necesarias para la consecución del acto administrativo, salvo manifestación expresa en contrario, según el artículo 22. De igual forma, el interesado puede ser asistido por un asesor en defensa de sus intereses cuando lo considere conveniente, según el artículo 11. Este asesor, letrado o no, puede identificarse con la misma persona a quien se ha designado como apoderado.

Los interesados tienen derechos que están expresamente reconocidos por la ley: (i) conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que, por mandato legal o reglamentario, estos deban ser acompañados a los autos a su costa (artículo 17, a); (ii) identificar a las autoridades y al personal al servicio de la administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos (artículo 17, b); (iii) eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento o que ya se encuentren en poder de la administración (artículo 17, c); (iv) acceder a los actos administrativos y a sus documentos en los términos previstos en la ley (artículo 17, d); (v) ser tratado con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, quienes habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones —vale recalcar que los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales (artículo 17, e)—; (vi) formular alegaciones y aportar



documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, los cuales deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución (artículo 17, f); (vii) exigir las responsabilidades de la administración pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente (artículo 17, g); (viii) obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, y de las actuaciones o solicitudes que se propongan realizar (artículo 17, h); y (ix) cualesquiera otros que les reconozcan la constitución y las leyes (artículo 17, i). Los interesados tienen, por último, el derecho de provocar la sustanciación de un procedimiento administrativo, cosa que realizarán a través de una «solicitud» (artículo 30, 10).

La LBPA se encarga luego de regular pormenorizadamente el íter del procedimiento general. Para esto, hay algunas fases: (i) una etapa de iniciación, que puede ser de oficio o a solicitud de interesado (artículo 28); (ii) una fase de instrucción, en la que la administración debe determinar, conocer y comprobar los hechos sobre los cuales se pronunciará en definitiva, dándole oportunidad al interesado para allegar sus propias defensas y pruebas, y para proponer otras actuaciones o diligencias a ese efecto; (iii) una última etapa de finalización que, como su nombre lo indica, es el momento en que, por regla general, se manifiesta la voluntad orgánica administrativa constitutiva de un acto administrativo terminal, o, como lo señaló el mensaje del presidente de la república, esta etapa «corresponde al período en que se manifiestan los actos pedidos o requeridos, que ya han sido debidamente analizados en sus antecedentes y efectos».

La LBPA dispone que la decisión administrativa terminal debe cumplir ciertos estándares mínimos. Estos son: (i) decidir las cuestiones de fondo que fueron objeto del procedimiento, así como las cuestiones conexas al mismo; (ii) la decisión debe ser congruente y mesurada; (iii) la decisión administrativa debe ser fundada; (iv) la decisión debe expresar los recursos que procedan en su contra, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos; y (v) la decisión no debe agravar la situación inicial del interesado cuya solicitud ha dado motivo o iniciado el procedimiento de que se trata.

No obstante que la dictación del acto administrativo terminal pone fin al procedimiento administrativo, la ley establece que siempre será necesario, antes de ejecutar válidamente un acto administrativo, ponerlo en conocimiento de su destinatario. En el capítulo III de la LBPA (artículos 45 a 49) se regula acerca de la comunicación y ejecutividad del acto administrativo al unísono, con lo que se da a entender que no ha nacido a la vida del Derecho aquel acto administrativo que, no obstante, haber

¿EXISTEN EN CHILE  
PROCEDIMIENTOS  
ADMINISTRATIVOS  
QUE PRESENTAN,  
TAMBIÉN, UNA  
NATURALEZA  
JURISDICCIONAL?

ARE THERE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURES  
THAT ALSO HAVE  
A JURISDICTIONAL  
NATURE IN CHILE?

pasado por todas las etapas gestacionales del procedimiento administrativo, no es comunicado de la forma como establece la ley.

Por último, la LBPA se ocupa con algún detalle acerca de la extinción y revisión de los actos administrativos, de una manera que se distancia de la revisión jurisdiccional propiamente tal. Se regulan las formas de extinguir o modificar un acto administrativo por razón de ilegalidad o mérito, a través de la dictación de un nuevo acto de la administración —invalidación y revocación, respectivamente—, y de los recursos administrativos ordinarios —reposición y jerárquico— y extraordinarios —recurso de revisión—. Es decir, si bien los actos administrativos buscan ser funcionales a una necesaria estabilidad que pueda otorgar certeza jurídica a los destinatarios, lo cierto es que no alcanzan a gozar de una verdadera fuerza de cosa juzgada.

Adicionalmente, se sanciona el derecho de toda persona de pedir la revisión de lo actuado y decidido por la administración, conforme al principio de dualidad de vías impugnativas del ciudadano —sede administrativa y sede jurisdiccional—. Salvo casos especiales contemplados en la ley, en los que se exige, necesariamente, que se agote previamente la vía recursiva administrativa antes de que quede el interesado procesalmente habilitado para ocurrir o reclamar ante los tribunales (verbigracia, reclamos de ilegalidad municipal y de los gobiernos regionales)<sup>11</sup>, a los ciudadanos siempre les queda abierta la posibilidad de utilizar indistintamente la vía judicial o la administrativa.

Si el interesado prefiere la vía impugnativa administrativa, el recurrente debe primeramente esperar la resolución de su recurso por parte de la administración o el transcurso del plazo —para deba entenderlo desestimado— antes de deducir igual pretensión ante los tribunales (artículo 54.1 de la LBPA). Por su parte, si el interesado utiliza derechamente la vía jurisdiccional, entonces cualquiera reclamación administrativa que luego él haga respecto del mismo acto, inhabilita a la administración de conocerla (artículo 54.3 de la LBPA). En todo caso, con el objeto de no desmejorar los derechos y las acciones de ese interesado, el artículo 54.2 dispone que, planteada la reclamación en sede administrativa, se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional, y este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo.

<sup>11</sup> Artículo 140 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, y 108 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

## V. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE PRIMER GRADO: DE TIPO SANCIONATORIOS, EL DEBIDO PROCESO Y LA NEGACIÓN DE LAS POTESTADES RESOLUTIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Desde hace ya largos años, y basado en la labor desplegada por el Tribunal Constitucional, se ha consolidado en nuestro medio la idea de que a los procedimientos sancionatorios de la administración —si bien quedan sujetos en forma estricta a las regulaciones legales administrativas pertinentes, al tratarse del ejercicio del mismo *ius puniendi* del Estado— les es exigible el respeto a los principios inspiradores del orden penal contemplados en el artículo 19, numeral 3, de la CPR<sup>12</sup>.

Las reglas del debido proceso aplicadas a los procedimientos administrativos sancionadores han infiltrado a estos últimos con ideas normativas básicas y garantistas. Estas son las siguientes: (i) las sanciones dispuestas por la administración no pueden cumplirse mientras no se encuentren ejecutoriadas (STC 1518-09-INA); (ii) los apremios que importen una privación de la libertad deben llevarse a cabo con plena observancia de las garantías establecidas en el artículo 19, numeral 7 de la CPR —el arresto solo puede ser decretado cuando una ley lo prescriba, mediante una orden expedida por un funcionario público facultado para hacerlo y previa intimación legal de la misma (STC 519, 576 y 1006)—; (iii) el legislador siempre debe establecer las garantías de un proceso racional y justo; (iv) oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento; (v) bilateralidad de la audiencia; (vi) aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal imparcial e idóneo, y establecido con anterioridad por el legislador (STC 481); (vii) garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en virtud de un procedimiento sancionador (STC 1518-09-INA); (viii) asimismo, la persona debe recibir el trato de quien se presume que es inocente, porque ello es concreción de la dignidad de la persona humana y del derecho a la defensa efectiva<sup>13</sup>; entre otros más.

Las sentencias del Tribunal Constitucional no trasuntan la idea de que los procedimientos administrativos sancionadores sean de tipo jurisdiccional. Antes bien, acudiendo a la CPR, el tribunal trata de dotarlos de un estándar de garantía mínima para la persona que es objeto de ellos.

Al mismo tiempo, la justicia constitucional ha ratificado la idea de una «reserva judicial», lo que viene a significar que, en estas materias, siempre tendrán los tribunales —y no la administración— la última palabra. A este efecto, el tribunal ha declarado inaplicables por inconstitucionales antiguas disposiciones legales que restringían el acceso a la jurisdicción

241

¿EXISTEN EN CHILE  
PROCEDIMIENTOS  
ADMINISTRATIVOS  
QUE PRESENTAN,  
TAMBIÉN, UNA  
NATURALEZA  
JURISDICCIONAL?

ARE THERE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURES  
THAT ALSO HAVE  
A JURISDICCIONAL  
NATURE IN CHILE?

12 Véase: STC 244, 479, 480, 725, 766, 1183, 1184, 1203, 1205, 1221 y 1229.

13 Véase: STC 825, 519, 1351, 1584.

a través del ajeño *solve et repete*, puesto que eran barreras injustificadas y carentes de razonabilidad al derecho a la justicia<sup>14</sup>. Citamos:

Que cabe tener especialmente presente que el objeto del reclamo judicial es la multa cursada, reclamo que persigue eximir al administrado del pago de la misma, por entenderla contraria a derecho, y que el requisito establecido por el legislador para hacer valer dicha pretensión ante el órgano jurisdiccional es el cumplimiento íntegro de dicha sanción. La identificación entre objeto reclamado y *condictio sine qua non* para la admisibilidad del reclamo, lleva, en los hechos, a que el acto administrativo por el cual se cursa la multa sea inimpugnable, en términos que no obstante poder formalmente reclamarse en contra del mismo, este produce todos sus efectos, y aun en el caso de una ilegalidad flagrante, evidente y manifiesta, el administrado debe soportarla sin que la ley establezca mecanismo alguno que suspenda el cumplimiento de la sanción y a la vez habilite a reclamar de la misma. En esa perspectiva, la obligación de pagar toda la multa antes de impugnarla hace que la tutela judicial sea tardía e inoportuna, pues la lesión jurídica al interés del administrado por causa de una ilegalidad se produjo, ya generó sus efectos, y la sanción que de dicha lesión derivó fue cumplida, lo que transforma a la acción judicial de reclamo en un mero proceso de reembolso condicionado a la juridicidad de la multa ya pagada<sup>15</sup>.

En ligamen con lo anterior, la LBPA ha cumplido una función educadora en la doctrina y jurisprudencia judicial al poner orden en cuestiones que hasta hace pocos años eran tremendamente debatidas en el medio nacional. En efecto, por largo tiempo, las cortes de apelaciones y la misma Corte Suprema calificaron como un «indebido ejercicio de función jurisdiccional» algo que era y es de la esencia de la administración; a saber, decidir sobre el interés general aplicado a casos concretos, e incidir en posiciones jurídicas de los administrados. Esas cortes, conociendo de acciones de amparo de derecho fundamentales («recurso de protección», artículo 20 de la CPR), resolvieron que la administración no tenía facultad para adoptar decisiones declarativas de derechos de las personas ni para interpretar normas jurídicas ni, tampoco, para calificar actos entre privados aun cuando ellos estuvieren sujetos al control de la administración. Básicamente, las resoluciones judiciales se dictaron en contra de la Dirección del Trabajo y de otros servicios públicos fiscalizadores (verbigracia: superintendencias), cuando ejercían sus funciones legales de control, supervisión y sanción<sup>16</sup>.

14 Véase: 946, 968, 1161, 1332, 1345, 1356, 1382, 1391, 1418, 1470.

15 Véase: STC 792 (2008), c. 14.

16 Véase: Corte Suprema, ingreso 554-2004; Corte de La Serena, ingreso 25171/25175; Corte de Concepción, ingreso 4002-97; Corte de Puerto Montt, ingreso 624-2005; y, en detalle, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ. *Estudio de justicia administrativa*. Santiago: 2009, pp. 119 y siguientes.

## 243

¿EXISTEN EN CHILE  
PROCEDIMIENTOS  
ADMINISTRATIVOS  
QUE PRESENTAN,  
TAMBIÉN, UNA  
NATURALEZA  
JURISDICCIONAL?

ARE THERE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURES  
THAT ALSO HAVE  
A JURISDICTIONAL  
NATURE IN CHILE?

En lo medular, los más altos tribunales del país, entendieron que en todas esas oportunidades, la administración terminaba sustituyendo a los tribunales, únicos llamados a declarar el derecho y a interpretar la ley. Las altas cortes de justicia razonaron que, en la especie, el ciudadano afectado era objeto de un juzgamiento por una «comisión especial» no por el tribunal que señalaba la ley, lo que infringía el artículo 19, numeral 3, inciso 4 de la CPR. De este modo, las sentencias judiciales terminaron dejando sin efecto lo decidido por la administración.

Pues bien, afortunadamente la LBPA materializó una verdadera sistematización teórica y sustantiva del acto administrativo. A partir de su artículo 3, se lo puede definir como «una decisión formal que emite un órgano de la Administración del Estado, en el que se contienen declaraciones de voluntad, de dictamen o de juicio, constancia o conocimiento, y que se realiza en el ejercicio de una potestad pública o dentro de la competencia que le ha atribuido la Constitución Política de la República (CPR) o la ley».

Por lo mismo, y en cuanto se trata de una declaración de voluntad, el acto administrativo contiene una decisión orgánica administrativa. En otras palabras, la declaración expresa una decisión administrativa que puede contener una orden o un mandato, o una opinión o un informe y, por lo mismo, es del todo evidente que la administración puede, del mismo modo, decidir la cuestión que es objeto del procedimiento administrativo, al declarar derechos, reconocer posiciones jurídicas, enjuiciar eventos o al poner la información que obra en su poder a disposición del solicitante. En estos supuestos, la administración no está sustituyendo a los jueces ni tampoco está ejerciendo función jurisdiccional, toda vez que lo que ella decida jamás será la última palabra, al no gozar el acto administrativo de la fuerza de la cosa juzgada.

## VI. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SEGUNDO GRADO: LA CONFUSIÓN RESPECTO DE SI LA VÍA RECURSIVA ANTE LA PROPIA ADMINISTRACIÓN TIENE O NO NATURALEZA JURISDICCIONAL

- a. Diversas leyes administrativas consagran vías impugnativas especiales en contra de decisiones de órganos administrativos, cuya regulación procedimental consagra primero una vía recursiva ante la propia autoridad administrativa y, luego, ante los tribunales de justicia. Estas son las siguientes:
  - Debido a una deficiente terminología utilizada por el legislador —muchacha de ella importada indiscriminadamente del derecho anglosajón, donde es habitual que órganos administrativos (*agencies*) actúen de modo cuasi-jurisdiccional— ha resultado

para una parte de la doctrina chilena que algunas reclamaciones que se inician en sede administrativa constituirían el ejercicio de funciones jurisdiccionales para los órganos administrativos que conocen de ellas «en primera instancia». Los ejemplos más paradigmáticos son el director regional del Servicios de Impuestos Internos (SII), el director de aduanas y el ministro de transportes y telecomunicaciones.

- En el primer caso, dentro del libro III del Código Tributario, intitulado «De los tribunales, de los procedimientos y de la prescripción», los artículos 115.1, 119 y 120 establecían que los directores regionales del SII conocerían, en primera o en única instancia —según fuese el caso— las reclamaciones de los contribuyentes, mientras que las cortes de apelaciones conocerían, en segunda instancia, los recursos de apelación que se dedujeran contra las resoluciones de dichos directores regionales. A lo anterior se sumaba la circunstancia de que los artículos 134, 136 y siguientes del mismo código referían acerca de la «sentencia de primera instancia», del «fallo de primera instancia» o de la «sentencia que falle el reclamo», todas ellas dictadas por el mismo director regional o «juez tributario» y en posición de ser objeto de «apelaciones» o «recursos de apelación» ante la corte respectiva. Con esta terminología, no podía extrañar que la Corte de Santiago entendiera que «[...] una liquidación del SII en la que se determinan diferencias de tributos a un contribuyente, hace las veces de demanda», así como que:

[...] atento al carácter de demanda que importa una liquidación como la anteriormente descrita, su notificación no envuelve, de consiguiente, un acto meramente administrativo sino que de connotación jurisdiccional, como quiera que permitirá al notificado, dentro del plazo legal, deducir reclamación o invocar otros derechos en contra de la liquidación que se ha puesto legalmente en su conocimiento, es decir, «dar contestación a la demanda» que le afecta a su patrimonio, iniciándose de esa manera el juicio contencioso administrativo» (Corte de Santiago, 15 de diciembre de 1980, *nahum* con SII).

- Es evidente que a los órganos administrativos —como es el caso de los directores regionales del SII— aun cuando la ley orgánica respectiva les otorgase la función de actuar como «tribunal tributario», realmente no los convertía en tales ni a sus titulares en verdaderos jueces. A ellos les faltó siempre la debida independencia e imparcialidad, la cual es propia del sentenciador en un verdadero Estado de Derecho, ya que su estabilidad en el empleo siempre estaba condicionada a tener la confianza del director nacional del SII, cargo que, a su

turno, era de confianza exclusiva del presidente de la república. Es decir que no solamente estaban obligados por el Derecho cuando decidían reclamos, sino que también les obligaban los dictámenes del mismo director nacional, quien era su jefe.

- Afortunadamente, el caso del «tribunal tributario» —y lo mismo ocurrió respecto del «tribunal aduanero»— fue resuelto con la ley 20.322 de 2009 (Ley Orgánica de Tribunales Tributarios y Aduaneros), en la que estas funciones fueron entregadas a verdaderos jueces especiales, designados por el presidente de la república a propuesta de las ternas que preparan las cortes de apelaciones, aquellas que permanecen en sus cargos durante su buen comportamiento y que solamente están obligadas en sus funciones por la ley.
- El tercer ejemplo, sin embargo, todavía presenta problemas. Nos referimos al ministro de transportes y telecomunicaciones; específicamente, cuando le toca informarse de la reclamación del artículo 36a de la Ley General de Telecomunicaciones (18.168). Por el artículo 36 de este cuerpo legal, se dispone que las infracciones serán sancionadas por el ministro. Por su parte, el artículo 36a establece que el procedimiento debe sustanciarse al efecto, y que se contempla una formulación de cargos al infractor que hace la subsecretaría de telecomunicaciones, así como un término de prueba si existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, y, finalmente, existe una etapa de resolución. Si en dicha resolución se aplica una sanción, la disposición legal prescribe que ella es apelable para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, a menos que se decrete la caducidad de una concesión de telecomunicación, en cuyo caso la apelación se hará para ante la Corte Suprema. Esta apelación debe ser fundada e interponerse dentro de los diez días siguientes a la fecha de notificación de la resolución.
- Ante la pregunta sobre si el artículo 36a de la ley 18.168 regula un procedimiento administrativo o uno de carácter jurisdiccional, existe uniformidad en el medio nacional de que se trataría de un procedimiento jurisdiccional en sede administrativa. Primeramente, debe comentarse que, durante la tramitación legislativa de esta norma, en el senado se presentó una indicación tendente a reemplazar las expresiones «apelable» y «apelación» por «reclamable» y «reclamación», respectivamente, con la finalidad de evitar una probable confusión de parte del ministro de transportes y telecomunicaciones en un tribunal. Estas indicaciones fueron rechazadas, lo que facilitó, entonces, que se considere que el proceso del artículo 36a es jurisdiccional y que el ministro es verdaderamente un juez.

¿EXISTEN EN CHILE  
PROCEDIMIENTOS  
ADMINISTRATIVOS  
QUE PRESENTAN,  
TAMBIÉN, UNA  
NATURALEZA  
JURISDICCIONAL?

ARE THERE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURES  
THAT ALSO HAVE  
A JURISDICCIONAL  
NATURE IN CHILE?

- A lo anterior se sumaron ciertos pronunciamientos administrativos y jurisdiccionales que reforzaron la errada tesis. Por ejemplo, en el dictamen 3.068 de 2003, la CGR reconoció aquella singularidad, y consideró que el ministro de transportes y telecomunicaciones es el tribunal de primera instancia, y los tribunales superiores de justicia eran la segunda instancia, por lo cual la misma CGR se declaró incompetente para revisar la legalidad de dicho proceso —aplica artículo 6.3 ley 10.336 de CGR: «la contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia, que son de la competencia del consejo de defensa del estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al contralor»—. También, la Corte de Santiago ha afirmado el carácter jurisdiccional del proceso sancionatorio del artículo 36a. En octubre de 2010, declaró que «[...] el negocio sub lite incide en un procedimiento jurisdiccional en sede administrativa [...]» (rol 4703). Y, en otra sentencia de agosto del mismo año, había señalado que «[...] tratándose en la especie de una instancia jurisdiccional en sede administrativa [...]» no resultaban aplicables las normas de carácter administrativo en su procedimiento (rol 7960).
- En nuestra opinión, los pronunciamientos de la CGR y la Corte de Santiago afectan el Estado de Derecho chileno, puesto que nos están diciendo que puede fungir de «juez» una autoridad administrativa, colaboradora directa del presidente de la república en las funciones de gobierno y administración, y que no goza de independencia —ni orgánica, ni funcional ni personal— ni de inamovilidad en su cargo, además de que, por último, tampoco tiene mínimas garantías de actuar imparcialmente, pues obedece las órdenes e instrucciones del presidente y porque, cuando sanciona por virtud del artículo 36a, está juzgando en causa propia, debido a que es un órgano dependiente del mismo que se inserta dentro del organismo que dirige el ministro, el que hace la formulación de cargos en contra del particular afectado —la subsecretaría de telecomunicaciones—.
- Como bien afirman Ferrada y Bordalí, «se viola el derecho a la tutela judicial cuando, por ejemplo, la ley le exige al ciudadano que concurra ante un órgano de la propia administración para que dirima un contencioso con ella misma»<sup>17</sup>. Este es, precisamente, el caso del ministro de transportes y telecomunicaciones.

17 BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ. Ob. cit., p. 147.



## VII. CASOS PACÍFICOS DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS QUE EJERCEN JURISDICCIÓN

Debemos dar cuenta, por último, de ejemplos excepcionales en los que es posible visualizar actividad jurisdiccional de parte de órganos administrativos. Nos referimos, por un lado, a los casos de la Superintendencia de Valores y Seguros y de la Superintendencia de Salud y, por el otro, a la CGR. En el primer caso, se trata de órganos administrativos a los que la ley les otorga especialmente la atribución, bajo ciertas circunstancias, de actuar como árbitros, mientras que en el caso de la CGR, se trata de una atribución que recibe directamente de la Constitución en materia de conocimiento y juzgamiento de las cuentas que deben dar las personas que manejan o administran los recursos públicos.

### VII.1. Órganos administrativos que pueden actuar como árbitros arbitradores

El artículo 3, letra i, del decreto con fuerza de ley 251 de 1931, sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio otorga a la Superintendencia de Valores y Seguros atribuciones especiales para:

[...] resolver, en casos a su juicio calificados, en el carácter de árbitro arbitrador sin ulterior recurso, las dificultades que se susciten entre compañía y compañía, entre estas y sus intermediarios o entre estas o el asegurado o beneficiario en su caso, cuando los interesados de común acuerdo lo soliciten. Sin embargo, el asegurado o el beneficiario podrán por sí solos solicitar al árbitro arbitrador la resolución de las dificultades que se produzcan, cuando el monto de la indemnización reclamada, no sea superior a 120 unidades de fomento.

De igual manera, el artículo 117 del decreto con fuerza de ley 1, de 2005, otorga a la Superintendencia de Salud —actuando a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud— la calidad de árbitro arbitrador resolviendo las controversias que surjan entre las instituciones de salud previsual o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios, siempre que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia de Salud, y sin perjuicio de que el afiliado pueda optar por recurrir a la justicia ordinaria.

En los casos reseñados, como bien se advertirá, la autoridad administrativa que hace de árbitro arbitrador no resuelve sobre «negocio propio», sino que se pronuncia acerca de una controversias entre dos personas independientes y ajenas del todo a la entidad administrativa actuando en función jurisdiccional. Por ello, estos casos no provocan crítica de parte de la doctrina nacional.

Las normas procesales a que se sujetan los juicios arbitrales que sustancian las Superintendencia de Valores y Seguros y de Salud tampoco se

247

¿EXISTEN EN CHILE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE PRESENTAN, TAMBIÉN, UNA NATURALEZA JURISDICCIONAL?

ARE THERE ADMINISTRATIVE PROCEDURES THAT ALSO HAVE A JURISDICTIONAL NATURE IN CHILE?

identifican con normas procedimentales administrativas, por lo que la LBPA no se aplica en forma directa ni indirecta. Por el contrario, esos procesos se regulan por normas de tipo jurisdiccional, sea de aquellas que se dan o aquellas en las que convienen las mismas partes litigantes<sup>18</sup> o son establecidas por la ley o el árbitro<sup>19</sup>.

## VII.2. La CGR y el juicio de cuentas

El artículo 98.1 de la CPR confiere a la CGR una especial función de tipo jurisdiccional. A saber, la de «juzgar» las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes del fisco, de las municipalidades y de los organismos y servicios que determinen las leyes. La persona obligada a rendir cuenta puede ser un funcionario público o, también, una persona o entidad privada que tiene —o ha tenido— a su cargo la percepción o la recaudación, la custodia, la administración, el pago y la inversión de fondos del fisco, de las municipalidades, de la beneficencia pública y de otros servicios que determinen las leyes.

El examen de las cuentas tiene como objetivos: (i) fiscalizar la percepción de las rentas del fisco o de las demás entidades sometidas a la fiscalización de la Contraloría General de la República; (ii) fiscalizar la inversión de los fondos de esas corporaciones, y comprobar si en ambos casos se ha dado cumplimiento a las normas legales y reglamentarias que rigen su ingreso y su aplicación o gasto; (iii) y comprobar la veracidad y fidelidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación respectiva y la exactitud de las operaciones aritméticas y de contabilidad. Por su parte, en el caso del examen de las cuentas que deben otorgar personas y entidades de carácter privado, la fiscalización de la inversión de los fondos públicos o fiscales que perciban aquellos por leyes permanentes —a título de subvención o aporte del Estado, para una finalidad específica y determinada— se limitará a establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad.

Si la cuenta no es encontrada conforme, se iniciará el «juicio de cuentas», cuya demanda estará integrada por el reparo de la cuenta. El reparo es la omisión de cualquiera de los requisitos señalados en los artículos 98 y 99 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (LOCCGR) y, en general, conforma la omisión o el incumplimiento de cualquier disposición legal o reglamentaria —de fondo o de forma— que esté relacionada con la rendición de cuentas<sup>20</sup>.

En el juicio de cuentas se ejerce, en consecuencia, una acción contencioso-administrativa de defensa de recursos públicos, la cual es dirigida

18 Véase: «Del juicio arbitral», título VIII del Código de Procedimiento Civil.

19 Véase: artículo 117 del decreto con fuerza de ley 1 de 2005.

20 Artículo 101.1 de la LOCCGR.

## 249

¿EXISTEN EN CHILE  
PROCEDIMIENTOS  
ADMINISTRATIVOS  
QUE PRESENTAN,  
TAMBIÉN, UNA  
NATURALEZA  
JURISDICCIONAL?

ARE THERE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURES  
THAT ALSO HAVE  
A JURISDICTIONAL  
NATURE IN CHILE?

en contra de las personas que, habiendo manejado y tenido a su cargo dichos recursos, no hayan presentado la cuenta exigida por ley, o aquellas cuya cuenta presentada a revisión hubiere sido reparada por la Contraloría con la finalidad de declarar su responsabilidad civil en los hechos, de manera de obligarlas a la reparación del perjuicio que se hubiere irrogado al fisco, a las municipalidades o a otros organismos y servicios públicos personificados.

La LOCCGR radica esa función jurisdiccional en un tribunal de primera instancia, integrado por el subcontralor general y por un tribunal de segunda instancia, el cual conoce de los recursos de apelación y de revisión, y que, a su vez, está integrado por el contralor general —quien lo presidirá— y por dos abogados designados por el presidente de la república —a propuesta en terna del contralor general—. El tribunal de cuentas es, entonces, un órgano jurisdiccional que se encuentra incorporado dentro de la propia CGR, la cual, en su esencia, es un órgano administrativo llamado primeramente a ejercer funciones de control preventivo de legalidad en sede administrativa sobre los actos de la administración<sup>21</sup>. El juicio de cuentas es, de esta manera, la excepción de lo anterior: la revisión de legalidad se hace en sede jurisdiccional.

A consecuencia de lo recién afirmado, las reglas por las que se sustancia el juicio de cuentas no son administrativas, sino que consisten en regulaciones procesales. Es decir, de naturaleza jurisdiccional, y contempladas en los artículos 107 a 119 de la LOCCGR.

En lo medular, el juicio se inicia con una demanda que contiene el reparo de una cuenta, el cual es formulado por un jefe de la división o por el contralor regional, y del que se otorga traslado al cuentadante. Producida la contestación o, en su defecto, la rebeldía del cuentadante, el jefe del departamento informará el expediente dentro de treinta días. En seguida, el expediente será remitido al fiscal de la CGR, la cual será parte en este juicio como representante de los intereses del fisco o de las instituciones públicas afectadas, y deberá contestar dentro de un plazo de quince días al juzgado de cuentas. Simultáneamente, el juez de primera instancia abre un término de prueba de quince días, el cual es prorrogable si las circunstancias lo exigen. Luego de ello, el proceso queda en estado de sentencia, la que deberá ser dictada en un plazo de treinta días. Contra la sentencia de primera instancia las partes podrán entablar un recurso de apelación en el término fatal de quince días —contado desde su notificación—. El recurso será presentado al juez de cuentas ante el tribunal de segunda instancia, el cual se pronunciará en el plazo de treinta días, contados desde la concesión del recuso —después

21 El Tribunal de Cuentas, de primera y segunda instancia, en su calidad de órgano jurisdiccional, se encuentra sujeto a la Superintendencia Directiva, Correccional y Económica de la Corte Suprema (artículo 79.1 de la CPR).

de oír al recurrente y al fiscal en la misma forma y plazos establecidos para la primera instancia—. Si el apelante no agregase a su presentación nuevos antecedentes, el tribunal de segunda instancia podrá resolver sin más trámite. Pero si en la apelación se ofreciere rendir pruebas que no hubieren podido rendirse en primera instancia, o se alegaren hechos nuevos, el tribunal de segunda instancia podrá —de oficio o a petición de parte— abrir un término especial de prueba que no podrá exceder de diez días.

### VIII. CONCLUSIONES

La función administrativa está radicada en el presidente de la república y es ejercida con la colaboración de la administración del Estado. Al mismo tiempo, la función jurisdiccional está radicada en los jueces que integran cuatro distintos órdenes jurisdiccionales.

La diferenciación material de ambas funciones podría resumirse en que la administrativa es una actividad encausada hacia el futuro. Se trata de una actividad que es de tipo garantista, prestacional, conformadora, planificadora y fomentadora, y a cuyo efecto la administración debe mantener una persistente atención sobre los intereses generales y las condiciones fácticas sobre las cuales actúan las personas en busca del bien común y de su propia satisfacción personal. De este modo, casi siempre se puede volver sobre sus pasos adoptando decisiones y contradecisiones que insten del modo más perfecto por la creación de aquellas condiciones sociales que permitan a todos los integrantes de la comunidad nacional la mayor realización espiritual y material posible, como lo indica el artículo 1.4 de la CPR.

Los tribunales, por su parte, ejercen una función reactiva tendente a solucionar una controversia jurídica, de orden temporal, con lo que declaran el derecho de cada parte litigante. Esa decisión está sujeta a un sistema de control posterior más o menos reducido, que se expresa en recursos procesales ordinarios (verbigracia, apelación) o extraordinarios (verbigracia, casación), a resultas del cual, en determinado momento, lo decidido por la judicatura adquiere una cualidad que jamás adoptan las decisiones administrativas. Esta es la fuerza de la cosa juzgada, que protege, antes que al juez, lo que él ha decidido.

Se debe destacar, también, como diferenciación de funciones administrativas y jurisdiccionales, la circunstancia de que un juez, cuando ejerce jurisdicción, puede controlar desde un punto de vista estrictamente jurídico la manera como se ha ejercido la función administrativa<sup>22</sup>, pero los órganos de la administración del Estado jamás pueden juzgar a las

<sup>22</sup> Artículos 6, 7, 19.3, 38.2 y 76 de la CPR.

decisiones de los jueces<sup>23</sup>. Esta es la directa consecuencia del principio de distribución de funciones.

Los órganos administrativos, por regla general, no están organizados de tal forma que les permita cumplir con funciones jurisdiccionales —conforme a un estándar mínimo propio de un Estado de Derecho—, pues les falta independencia, imparcialidad y ser inamovibles. Por lo mismo, gran parte de la función administrativa —aquella que se dedica a fiscalizar o controlar actividades de particulares y, si es del caso, sancionar las prácticas ilegales o constitutivas de infracciones administrativas— se rige por regulaciones administrativas, en las que el LBPA actúa como ley supletoria e integradora, y donde, a un mismo tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado uniformemente que deben cumplirse estándares básicos del debido proceso penal<sup>24</sup>.

Únicamente en casos muy excepcionales es posible visualizar órganos que ejercen jurisdicción y que, al mismo tiempo, integran el complejo orgánico que conocemos como administración del Estado<sup>25</sup>. Su aceptación por el medio nacional está dada porque, cuando la Constitución o la ley les atribuyen dicha función, ella se ejerce sobre conflictos que no son «propios» al respectivo organismo administrativo. En estos casos, esa función jurisdiccional se rige por reglas procesales, que no por regulaciones del procedimiento administrativo, y la LBPA no está llamada a cumplir un papel al respecto.

Recibido: 12-07-11  
Aprobado: 22-08-11

251

¿EXISTEN EN CHILE  
PROCEDIMIENTOS  
ADMINISTRATIVOS  
QUE PRESENTAN,  
TAMBIÉN, UNA  
NATURALEZA  
JURISDICCIONAL?

ARE THERE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURES  
THAT ALSO HAVE  
A JURISDICTIONAL  
NATURE IN CHILE?

23 Artículo 76 de la CPR.

24 Artículo 19.3 de la CPR.

25 Artículo 1 de la LOCBGAE.



# Notificaciones en el procedimiento administrativo. Análisis de las modificatorias vinculadas al decreto legislativo 1029

Administrative Procedure Notifications. Amendment analysis related to Legislative Decree 1029

JORGE PANDO VÍLCHEZ\*

**Resumen:** La notificación, institución de singular importancia en el procedimiento administrativo, ha sido objeto de modificaciones introducidas por el decreto legislativo 1029. Estas modificaciones, si bien son un avance en la regulación, presentan deficiencias que podrían perjudicar la propia institución de la notificación, ya que mantienen aspectos no regulados y que debieran ser tema de la agenda inmediata.

**Palabras clave:** Procedimiento administrativo – notificación

**Summary:** Notification, a singularly institution on administrative procedure, has been amended by Legislative Decree N° 1029 (executive order). Although amendments represent progress on regulation, they still have deficiencies that could harm notification institution since non regulated aspects yet held should be incorporated soon.

**Key words:** Administrative procedure – notification

CONTENIDO: I. ASPECTOS GENERALES. – II. MODIFICACIONES DEL DECRETO LEGISLATIVO 1029. – II.1. LA NOTIFICACIÓN PERSONAL. – II.2. LA NOTIFICACIÓN POR CORREO ELECTRÓNICO.

## I. ASPECTOS GENERALES

Antes de entrar en el tema específico de este ensayo, resulta necesario comentar algunos aspectos previos. Si se revisa en su integridad el articulado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se puede apreciar que contiene muchas regulaciones de índole garantista del derecho de los administrados. Dicha ley buscaría con ello nivelar la defectuosa relación actual que existe entre administración y administrado: entidades con diversas potestades —incluso coactivas— y un administrado que no necesariamente conoce la ley ni los procedimientos.

---

\* Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se desempeña como profesor de Derecho administrativo y consultor en Gestión pública. Asimismo, es candidato a magister en Derecho constitucional. Correo electrónico: jmpando@pucp.pe, jorgepandov@gmail.com

Por poner un ejemplo, debido a esta razón es que se obliga a la entidad a cargo del procedimiento específico a que, cuando notifique un acto administrativo, informe al administrado qué opciones de defensa tiene frente a dicho acto. Debe tenerse presente que estas son entidades del Estado que tratan temas diversos, en los cuales un ciudadano cualquiera no está en posibilidad real de conocer todos los procedimientos que le puedan interesar.

Para ilustrar mejor lo que se dice, utilizaré un ejemplo concreto. Un comerciante de juguetes —en el menor de los casos— está vinculado o tiene que lidiar potencialmente con las siguientes entidades del Estado: la municipalidad distrital de turno —esto involucra licencias, arbitrios, temas de zonificación, anuncios, etcétera—, Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) —a fin de obtener la certificación de juguetes no tóxicos—, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) —todo lo relacionado a las denuncias de los consumidores y a la propiedad intelectual—, Sedapal, empresa de energía eléctrica y empresa de telefonía, el Ministerio de Trabajo —asuntos relacionados a sus trabajadores y a las inspecciones—, SUNAT —RUC, tributos y declaraciones—, ESSALUD —seguros para los trabajadores—, Oficina de Normalización Previsional (ONP) o Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) —aportes de pensiones—, el Banco Central de Reserva —por los billetes o monedas de dudosa legitimidad o los que hayan sido deteriorados en el curso de su negocio—, Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) —como cliente de una entidad bancaria donde deposita ingresos por su negocio—, Registros públicos —para los actos registrales de la empresa, registro vehicular de la camioneta del negocio, etcétera—, Policía Nacional —multas, licencias, denuncias y más—, entre otras.

Lo que busca el legislador es que el administrado tenga derechos y algunos candados de protección que le permitan hacer frente al poder de la administración. Sin embargo, también es necesario tener presente que la Ley del Procedimiento Administrativo General no convierte a las normas garantistas en normas de sinvergüencería. No son normas para el incumplido o el aprovechado. Son normas para evitar el abuso.

Si algunos casos de la realidad intentan mostrar que la Ley del Procedimiento Administrativo General estaría amparando a algún administrado sinvergüenza, ello es por responsabilidad de la propia administración pública que no ha sabido realizar procedimientos adecuados y —amparándose en el efectismo de la inmediatez y la prerrogativa de poder— ha obviado asegurar un debido procedimiento administrativo. Algo así convierte la actuación de esa entidad en ineficiente e ineficaz.

Por ejemplo, algunas sanciones aplicadas sin un proceso previo terminan dejando sin sanción al administrado responsable. Por otro lado, si el



proceso se hace legalmente, un administrado que no quiso recibir la notificación no podrá alegar que no le notificaron bien.

Las modificaciones que se realicen a la Ley del Procedimiento Administrativo General deben buscar perfeccionar los instrumentos garantistas y no eliminarlos.

Entrando al tema que nos convoca, el concepto de «notificación» consiste en un sentido lato en «hacer conocido algo». Lo que se busca con la notificación es, precisamente, que una decisión de la administración pública, que afecta un derecho o el interés de un administrado, sea conocido por este a fin de que pueda defenderse o cumplir el mandato. Juan Carlos Cassagne señala que la notificación traduce un efectivo y cierto conocimiento del acto por parte del particular<sup>1</sup>.

Así, la notificación es una forma de comunicarle al administrado que la entidad administrativa correspondiente ha tomado una decisión respecto de sus derechos o intereses, para que este pueda decidir apelar, aceptar, cumplir o presentar sus descargos si se trata de un procedimiento sancionador. Nos adelantamos a afirmar que la mayor importancia de las notificaciones está precisamente en el ámbito de los procedimientos de oficio, toda vez que en los procedimientos iniciados a solicitud del propio interesado existen medios alternativos para tomar conocimiento, ya que al menos se conoce que hay un procedimiento en trámite. En el caso de los procedimientos de oficio, el administrado desconoce por completo la existencia de un procedimiento administrativo.

Otro aspecto importante de la notificación es que permite que el acto administrativo sea eficaz, que surta efectos jurídicos en la esfera del administrado<sup>2</sup>. Si un acto administrativo es emitido pero no es notificado, no es un acto administrativo eficaz, por más que sea un acto administrativo válido. Que el acto administrativo sea eficaz significa que logre la finalidad para la cual fue emitido: sancionar, cobrar la multa, otorgar el derecho, suspender un derecho, denegar un pedido.

Nuestra Ley del Procedimiento Administrativo General ha establecido como regla general que el acto administrativo es eficaz a partir de la notificación legalmente realizada. Ello implica que no lo es a partir de cualquier comunicación —notificación—, sino a partir de la notificación realizada conforme a las disposiciones especiales contenidas en la ley, en la cual se deben cumplir todos los requisitos. Por ende, un acto administrativo con una notificación deficiente va a tener problemas de eficacia.

1 CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Palestra Editores SAC, 2010, p. 214.

2 Se diferencia de la validez del acto, que se encuentra referido a si el acto administrativo cumple con todos los requisitos para su emisión como tal —competencia, finalidad pública, motivación, entre otros—.

Una regla de excepción es que en aquellos casos en los cuales el acto administrativo otorga un beneficio o reconoce un derecho al administrado, el acto es eficaz desde su emisión. ¿Por qué? Porque en este caso el acto administrativo no afecta al administrado en sentido negativo, sino, por el contrario, lo beneficia. Ello, sin embargo, no quiere decir que si el derecho ha sido otorgado en menor medida que lo solicitado el administrado vea recortado su plazo para impugnar la decisión, ya que los plazos se computan siempre a partir de la notificación respectiva.

Queda, además, un pequeño inconveniente no solucionado en la legislación —como ya ha sido advertido por algunos autores nacionales— en el sentido de que puede haber algunos actos administrativos favorables al administrado que afectan derechos de terceros que no han participado en el procedimiento administrativo. Dichos terceros pueden encontrarse en una situación de relativa indefensión que sería bueno tener en cuenta para futuras modificaciones sobre el particular.

Ahora bien, la notificación tiene varias funciones. En primer lugar y como ya se ha indicado, la notificación se requiere para que el acto administrativo pueda ser eficaz. En segundo lugar, busca que el acto administrativo pueda ser cumplido en los términos en él expresados. Es decir, en la medida de que el administrado se entere del contenido del acto administrativo, podrá cumplir con lo dispuesto por este. En tercer lugar y algo que a veces no se advierte con facilidad, se concentra en otorgarle certeza al acto administrativo, pues mientras este se mantenga en la esfera de la entidad, nadie sabe que existe. Es recién con la notificación que se evidencia su existencia y que hay una decisión de la administración.

La notificación de un acto administrativo está sujeta a un plazo para su realización, el cual muchas veces es ignorado por parte de la administración. No es infrecuente recibir notificaciones de actos administrativos con más de 15 días de antigüedad a su emisión. El plazo legal, sin embargo, es de cinco días hábiles posteriores a su emisión.

Una reflexión se origina sobre este particular. Si existe un plazo determinado legalmente y se lo incumple, esa notificación es contraria a la ley y podría afirmarse, a priori, que sería nula. Sin embargo, la propia Ley del Procedimiento Administrativo General, en el artículo 140.3, afirma que los actos que la administración realice fuera del plazo previsto legalmente, no están afectos a nulidad salvo que la propia ley, de manera expresa, a así lo establezca. En tal sentido, si la administración notifica fuera de plazo, esa notificación es válida, no es nula y, por ende, el acto administrativo sería eficaz. Similar situación se produce cuando la administración resuelve fuera del plazo en un procedimiento sujeto a silencio negativo. El acto administrativo que se emita fuera de plazo será igualmente válido.

Otro aspecto relacionado a la notificación es que, actualmente, para efecto de que se produzca el silencio administrativo, se ha adicionado al plazo máximo del procedimiento el plazo de la notificación. Es decir, el silencio administrativo recién se puede entender producido luego de vencido el plazo máximo del procedimiento administrativo, al que se le ha adicionado el plazo de notificación de cinco días.

Dentro de la regulación proteccionista de la Ley del Procedimiento Administrativo General en cuanto a la notificación —y que, debo confesar, siempre me llamó la atención—, está el artículo 24 sobre el contenido de la notificación. Dicho artículo contiene un detalle que debe ser tenido en cuenta en la notificación. Nos referimos al texto íntegro del acto administrativo notificado —su motivación incluida—. Este aspecto, que parece obvio, la mayoría de las veces no lo es para ciertas entidades públicas. Estas consideran que la parte resolutive es suficiente, sin embargo, el administrado nunca entendería el sentido de la parte resolutive sin conocer las razones que han llevado a ella. Hablamos de la motivación. Puede ser que la motivación, incluso, no sea parte de la resolución que contiene el acto administrativo, sino que esté contenida en un documento diferente, como un informe. En ese caso, deberá notificarse también el informe correspondiente. Solo así el administrado tendrá pleno conocimiento de los argumentos que sustentan la decisión administrativa y, si no está de acuerdo, podrá defenderse argumentando contra ellos.

También se debe tener en cuenta la identificación del procedimiento dentro del cual es dictado el acto administrativo. Ello permite que el administrado pueda identificar adecuadamente de qué procedimiento se trata. Recordemos que un administrado cualquiera es potencialmente objeto de varias entidades con las cuales interactúa, así como de diversos procedimientos administrativos.

Otro aspecto a tener en cuenta es la autoridad e institución de la cual procede el acto y su dirección. Aquí lo que llama la atención es que se exija que la entidad que emite el acto consigne su dirección. Hace unos treinta años o más, eso realmente resultaría innecesario, mas la realidad actual demuestra que las entidades públicas ya no están concentradas en un solo local, sino en diferentes direcciones, por lo que es importante que el administrado conozca a donde tiene que recurrir para presentar su recurso administrativo en caso de no estar de acuerdo con el acto notificado.

Finalmente, es básico conocer la fecha de vigencia del acto —con la mención de si agota o no la vía administrativa y la expresión de los recursos que proceden—, el órgano ante el cual deben presentarse los recursos y el plazo para su interposición. Ello permite que el administrado pueda saber realmente qué hacer cuando le notifican un acto administrativo,

257

NOTIFICACIONES  
EN EL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO.  
ANÁLISIS DE LAS  
MODIFICATORIAS  
VINCULADAS  
AL DECRETO  
LEGISLATIVO 1029ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
NOTIFICATIONS.  
AMENDMENT  
ANALYSIS RELATED  
TO LEGISLATIVE  
DECREE 1029

y si corresponde que reclame en la vía administrativa o en la vía judicial. La mayor de las veces, el ciudadano común tiene la percepción de que siempre tiene que reclamar ante la administración y ello no es siempre así.

## II. MODIFICACIONES DEL DECRETO LEGISLATIVO 1029

El régimen de notificación de la Ley del Procedimiento Administrativo General considera diversas modalidades de notificación, sin embargo, una modalidad de notificación es la que recibe la preferencia regulatoria como la más importante: la notificación personal. Las demás son modalidades complementarias, supletorias.

Las modalidades de notificación reguladas son: la personal, las que son mediante telegrama u otros medios, las que se emiten por publicación y las de correo electrónico.

Las modificaciones del decreto legislativo 1029 a la Ley del Procedimiento Administrativo General inciden, en materia de notificación, en las modalidades de notificación personal y por correo electrónico.

Como ya hemos mencionado, la notificación personal es la modalidad de notificación de mayor importancia, porque a través de ella se garantiza que el administrado llegue a conocer el contenido de la decisión de la administración. Las demás modalidades son básicamente complementarias o para dar por cumplida la formalidad de notificar —como es el caso de la notificación por publicación—.

### II.1. La notificación personal

La Ley del Procedimiento Administrativo General define como notificación personal aquella que se realiza en el domicilio del administrado. Para estos efectos se entiende como domicilio el señalado por el administrado en el respectivo procedimiento administrativo. Pero ¿qué sucede en aquellos procedimientos de oficio en los que el administrado aún no ha señalado domicilio porque desconoce la existencia del procedimiento? En estos casos, se prevé tomar como domicilio el señalado por el administrado en un procedimiento «análogo», siempre que este no tenga una antigüedad mayor a un año<sup>3</sup>.

Si no hay domicilio señalado por el administrado o si dicho domicilio no existe, se ha previsto considerar como domicilio del administrado el que

3 Al respecto, la Ley del Procedimiento Administrativo General no define qué se entiende por procedimiento «análogo» ni desde qué momento se cuenta el plazo del año.

aparece consignado en el documento nacional de identidad del administrado. Esta modificación merece varios comentarios.

En primer lugar, no tiene en consideración a los administrados personas jurídicas, toda vez que el documento nacional de identidad solamente lo tienen las personas naturales. A su vez, pudo haber considerado el domicilio del registro único de contribuyente para las personas jurídicas, pero no lo hizo y tampoco podría aplicarse por analogía<sup>4</sup>.

En segundo lugar, y considerando que esta regla de notificación se usa por ausencia de domicilio señalado por el administrado —situación que se produce en la totalidad de los procedimientos iniciados de oficio—, el que un alto porcentaje de la población<sup>5</sup> no tenga actualizados su domicilios en su documento nacional de identidad pone en riesgo el objetivo de la notificación personal, no por el hecho mismo de no haber actualizado su domicilio, sino por las fórmulas que se aplican para realizar la notificación personal que detallamos a continuación.

La notificación personal, según la Ley del Procedimiento Administrativo General, se entenderá con la persona que deba ser notificada o con su representante, pero, de no hallarse presente ninguno de ellos, podrá entenderse con la persona que se encuentre en dicho domicilio, tras dejarse constancia de su nombre, documento de identidad, relación con el administrado y firma. La modificación que se introduce en este aspecto es que, en caso de que la persona se negase a firmar, se deja constancia de ello en el acta, así como de las características del lugar donde se notificó.

Este agregado no es una novedad. En procedimientos especiales sobre servicios públicos ya se consideraba desde años atrás algunas opciones similares y que, con la modificación, se extienden a todos los demás procedimientos. En nuestra opinión, este es un aspecto positivo, ya que las notificaciones, en su mayoría, se realizan haciendo uso de empresas privadas. Esta precisión permite dar mayor certeza sobre la realización de la notificación en el domicilio indicado. Sin embargo, pudo haberse generalizado como regla general para todos los casos, incluyéndose aquellos en los que también se recibe y se firma la constancia de notificación.

No obstante, el aspecto que nos preocupa de las modificaciones sobre la notificación está relacionado al caso de que no se encuentre a nadie en el domicilio a notificar. En este supuesto, el decreto legislativo ha introducido una modificación interesante pero deficiente a la Ley del Procedimiento Administrativo General.

4 El Código Tributario define dicho domicilio como domicilio fiscal y, como tal, funciona únicamente para efectos tributarios. Una variación en esto solo sería posible si, expresamente, hubiera sido atribuido como domicilio de las personas jurídicas.

5 Por una indagación empírica estimamos el porcentaje en más del 45%.

La nueva solución implica considerar una doble visita para notificar. Si no se encuentra nadie en el domicilio la primera vez, se deja una constancia de visita con copia al expediente, en la cual se indique la nueva fecha en que se regresará a notificar. Si en esa nueva fecha tampoco se encuentra a nadie, se dejará la notificación por debajo de la puerta con un acta cuya copia se adjuntará al expediente.

Decíamos que era una solución interesante pero deficiente, por varias razones. La primera de ellas es que, si consideramos que la segunda vez de la visita solo se deja la notificación bajo la puerta, sin detallarse las características del domicilio en el que se está notificando, se origina inseguridad para el administrado y para la administración sobre la certeza de la notificación<sup>6</sup>.

La segunda visita no cumple con el principio de razonabilidad y afecta los derechos del administrado a que las actuaciones de la administración se realicen de la forma menos gravosa posible<sup>7</sup>. El hecho de que solamente se exija que se señale una nueva fecha para la segunda visita, sin establecerse un plazo mínimo entre la primera y la segunda visita, y sin la obligación de indicar un rango horario en el cual se notificará, obligará a que el administrado interesado en recibir la notificación tenga que esperar durante todo el día de la fecha indicada para recibir la notificación en cuestión. Esta situación implicará que dicho administrado pierda un día entero de trabajo o de sus actividades.

Este es, en nuestra opinión, el supuesto que mayoritariamente se presentará en el caso de administrados personas naturales. El horario de notificación de los actos administrativos coincide con el horario de trabajo de cualquier administrado, por lo cual no será infrecuente que, cuando lleguen a notificarlo a su domicilio, el administrado no se encuentra allí. Si a ello le agregamos el factor de falta de actualización de domicilio en el documento nacional de identidad, y una ausencia de exigencias para notificar que otorguen mayor seguridad a la notificación, la combinación resultará perjudicial para el administrado, para la administración y para el objetivo de la notificación personal.

## II.2. La notificación por correo electrónico

Un segundo rubro de modificaciones en cuanto a la notificación está en el ámbito de la notificación por correo electrónico. Originalmente, se encontraba considerada dentro de la modalidad de notificación por correo certificado, facsímil y otros. Solamente que en ese supuesto se

6 El uso de empresas privadas para notificar ha originado situaciones de corruptela en las personas que ejercen la labor de notificación. Esto solamente puede controlarse si se establecen mecanismos de supervisión adecuados sobre los requisitos que deben contener las constancias de notificación, en especial aquellas que son dejadas bajo la puerta.

7 Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo 55, inciso 10.

exigían varios requisitos, entre los que destacan el hecho de que el administrado la solicite y que exista constancia de recepción por parte de quien la recibe.

Este último requisito difícilmente podía cumplirse con el correo electrónico generalizado (*Gmail, Hotmail, Yahoo* y otros), por ello la modificación lo independiza como una modalidad diferente de notificación y ya no le exige constancia de recepción, mas sí continua exigiendo que solo se efectúe cuando el administrado lo autorice expresamente.

Sin embargo, advertimos un riesgo para el administrado. Actualmente, muchas de las solicitudes que se tramitan ante las entidades incluyen, como parte de la información a consignar, el dato de correo electrónico. Debido a esto, su consignación puede ser malinterpretada por parte de la entidad como una autorización del administrado para reemplazar por esa vía la notificación personal, ya que la propia modificación excluye a esta modalidad de la exigencia de prelación que requieren las otras modalidades para dejar de lado la notificación personal.

Finalmente, debemos indicar que un tema no resuelto en materia de notificación de actos administrativos es el relacionado a lugares como edificios o condominios con seguridad, en donde el acceso al domicilio propiamente dicho no llega a ser tal, sino que se convierte en «domicilio» a la puerta de entrada del mismo condominio o edificio. Estas situaciones pueden originar inseguridad en la notificación tanto para administrados como para la administración, lo que hace necesario que se incorpore en el futuro una regulación particular al respecto, que garantice el objetivo de la notificación personal.

Recibido: 20-07-11  
Aprobado: 22-08-11

261

NOTIFICACIONES  
EN EL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO.  
ANÁLISIS DE LAS  
MODIFICATORIAS  
VINCULADAS  
AL DECRETO  
LEGISLATIVO 1029  
  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
NOTIFICATIONS.  
AMENDMENT  
ANALYSIS RELATED  
TO LEGISLATIVE  
DECREE 1029





# El acto de incoación y las esferas jurídicas de los sujetos intervinientes en el procedimiento administrativo

The action of initiating a proceeding and legal areas of the participants who are involved in the administrative procedure

ORLANDO VIGNOLO CUEVA\*

**Resumen:** El análisis del inicio del procedimiento administrativo plantea una serie de interrogantes que no solo deben responder a las implicancias adjetivas que tiene esta etapa procedimental, sino a sus dos modos de plasmación —o, en un sentido más extenso, a su impacto directo sobre diversos términos y actuaciones posteriores que pueden surgir alrededor de la tramitación de este cauce formal—. Los argumentos y las respectivas conclusiones deben tratar de ubicarse más allá de la figura como una mera fase, a fin de presentarla como un acto que abre la puerta a un entramado de relaciones jurídico-administrativas entre dos sujetos de naturaleza distinta y que se encuentran en medio de un camino de diligencias y actuaciones normativamente predeterminadas. Por lo dicho, resulta claro que este acto permite revisar —de manera meridianamente clara— los estatutos conformados alrededor de los intervinientes en un procedimiento, quienes empezarían a desarrollarse con una serie de particularidades con la necesidad de ser resaltadas.

El presente trabajo pretende reconocer algunos de los componentes estatutarios de la organización administrativa y de los administrados, sin perder de vista los necesarios aspectos propios de la incoación como un paso de apertura dentro de la macrofigura llamada procedimiento administrativo.

**Palabras clave:** Incoación – procedimiento administrativo – administración pública – administrado – interesado – estatuto

**Abstract:** Analysis of initiating a proceeding of the administrative procedure raises many questions which have to be answered not only regarding to secondary implications of this procedure stage, or its two ways of expression or in a broad sense; but , to its direct impact over several terms and later proceedings that could arise around the processing of this formal path. Arguments and its conclusions must reach a position beyond the legal concept as a mere stage in order to present it as an action that opens the door to a framework of legal-administrative relations between two different nature subjects in a path of diligences and predetermined regulatory proceedings. Therefore, it is obvious that this action allows to verify —in a crystal clear way— the statutes

---

\* Es doctorando por la Universidad de Zaragoza de España, así como abogado por la Universidad de Piura de Perú. Se desempeña como abogado asociado del Estudio Echecopar de Perú y como profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asimismo, es miembro de la Unión Iberoamericana Municipalista.

formed around the participants in a procedure, developing special features which is necessary to be highlighted.

It is the intention of the author to recognize some of these administrative organization statutory components and the applicants without losing sight of necessary inherent aspects of initiating a proceeding as a first step within the macro concept called «administrative procedure».

**Key words:** Initiating a proceeding – administrative procedure – public administration – applicant – interested party – statute

CONTENIDO: I. FUNDAMENTOS SOBRE EL ENFOQUE DEL TRABAJO. – II. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONECTADO CON SU TRAMITACIÓN. – III. LOS ESTATUTOS DE LOS ADMINISTRADOS Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

## I. FUNDAMENTOS SOBRE EL ENFOQUE DEL TRABAJO

¿Qué razones pueden justificar el estudio del inicio del procedimiento administrativo común regulado en un puñado de artículos de nuestra Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG)? Más allá de los didácticos apuntes que intentan mostrar las diferencias entre estas actuaciones jurídicas por los modos de incoación, o de poner relevancia en las cuestiones adjetivas típicas del cómputo de plazos, en la interrupción de los plazos de prescripción o en el punto de inicio para desarrollar el resto de fases o en las diligencias que conforman este cauce ordenado —todas reflejadas o generadas por esta única actuación—<sup>1</sup>, considero —y aquí sin dejar de reconocer la importancia de los anteriores temas, los cuales se centran, finalmente, en el régimen de producción de los actos administrativos<sup>2</sup>, su ejecución y operaciones materiales correspondientes<sup>3</sup>— que existe la posibilidad real de mostrar un par de enfoques diferentes, relativos a las posiciones jurídicas de los dos tipos de sujetos participantes en estos caminos instaurados por el ordenamiento jurídico

1 Sobre estas primeras cuestiones, de las cuales daremos cuenta en la segunda parte de este artículo, puede revisarse en nuestra doctrina los siguientes trabajos: MORÓN URBINA, Juan Carlos. «Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General». *Gaceta jurídica*, 2011, pp. 373-392, Lima; y ABRUÑA PUYOL, Antonio y Víctor BACA ONETO. *Notas al curso de Derecho administrativo*, pro manuscrito, pp. 296-298.

2 Ciertas tesis de inicios de la década pasada empezaron a cuestionar esta manera estática de mirar y analizar el procedimiento administrativo que se sustentaba en la influencia dominante que ha tenido «la figura del acto administrativo definitivo [...] Así, el procedimiento es presentado como una sucesión de actos administrativos de trámite, presentados generalmente de forma deslavazada». Esto, junto con otros componentes tradicionalmente estudiados en esta parte general del Derecho administrativo, habría ocasionado un descuido doctrinal clamoroso acerca de «la calidad de la actividad administrativa en el ejercicio de las potestades [...] el procedimiento administrativo puede y debe ser una institución jurídica que, además de constituir una defensa para los interesados, ayude a que la Administración administre bien y, en consecuencia, a que aumente las posibilidades de obtención de decisiones acertadas en su servicio a los intereses generales» (PONCE SOLÉ, Julio. *Deber de una buena administración y derecho al procedimiento debido*. Valladolid: Lex Nova, 2001, pp. 31-35.

3 BERMEJO VERA, José. *Derecho administrativo básico*. Navarra: Thomson-Cívitas, 2008, p. 276.

—me refiero tanto a la organización administrativa como a los propios administrados—.

El propósito expuesto encuentra sostén dentro de un contexto innegable: por un lado, el equilibrio que salta a borbotones cuando se afronta el estudio de esta figura jurídica-administrativa —demostrado en diversos tramos de las actuales relaciones entre la administración pública instructora o encargada de decidir la tramitación de un procedimiento y los privados incluidos en este—, y, por el otro, mediante la delgada y a veces imperceptible línea que une a los principios de legalidad y de eficacia como dos pilares esenciales del llamado deber de buena administración.

Sobre el primer punto, el destacado profesor venezolano Brewer-Carías ha señalado en varios trabajos que el progresivo proceso de codificación del procedimiento administrativo en distintos países latinoamericanos —fenómeno del cual no escapó el nuestro, que celebra una década de su nacimiento— ha llevado a:

[liquidar] el desbalance de los dos extremos de la relación de la relación de derecho administrativo [...] las leyes de procedimiento administrativo han contribuido a generar en todos los países un cambio de actitud y de forma y método de actuar de la Administración pública, procurando que dejara de ser la Administración preponde que solo concedía dádivas o favores al administrado [...] Con las nuevas leyes se sentaron las bases para que ello cambiara, de manera que el administrado que la Administración iba a enfrentar ya no fuera un sujeto indefenso, sino uno bien armado con muchos derechos frente a la Administración y con muchos mecanismos jurídicos para garantizarlos<sup>4</sup>.

Acerca de la segunda consideración, debe tomarse en cuenta que si uno revisa el articulado de la LPAG —en específico, aquellas reglas recogidas en el título II de esta norma legal que conformarían la columna vertebral de la regulación del procedimiento común— se puede observar dos finalidades esenciales legadas por el legislador a los operadores. Por un lado, la garantía de la juridicidad de las actuaciones administrativas racionalizadas<sup>5</sup> mediante la ordenación procedimental —surgida desde el despliegue real y forzoso del principio de legalidad—,

4 BREWER-CARIAS, Allan. «Los principios generales del procedimiento administrativo en la Ley 1437 de 2011 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia. En *Visión actual de los procedimientos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011, p. 16.

5 Para el profesor Sánchez Morón, la racionalización de la función administrativa promovida por el procedimiento administrativo permite «garantizar el acierto de la decisión, es decir, que se trate de la decisión procedente y correcta en términos jurídicos y, si se trata de una decisión discrecional, también la más apropiada al interés general, ya sea en términos políticos, técnicos o económicos [...] Ello no obstante [...] tiene efectos menos elogiables, ya que impone un itinerario que resulta con frecuencia demasiado rígido y formal, sobre todo cuando se regula con excesiva minuciosidad, lo que es frecuente». (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos, 2010, p. 480).

y, por el otro, la necesidad de que la forma no atosigue al fondo, sino, más bien, se muestre como su indispensable complemento. Es decir, que el procedimiento permita mostrar prácticas administrativas basadas en «eficacia, eficiencia y economía [...] conectadas a una legitimidad por rendimiento»<sup>6</sup>, y destinadas a alcanzar decisiones correctas y oportunas de cara al interés público.

Asimismo, la idea de tratamiento ordenado de los hechos de la vida social que se mueven en la esencia de este instituto también puede abonar en la propuesta de estudiar el inicio del procedimiento administrativo conjuntamente con el contenido de las esferas jurídicas de los partícipes en este. Es justamente sobre los primeros que deben recaer —de manera simultánea— las tres perspectivas sobre las cuales se despliega el procedimiento administrativo: personas, tiempo y materias. Es decir, son indispensables los específicos estudios sobre los «sujetos del procedimiento, el objeto del procedimiento y el desarrollo del procedimiento, cada uno de ellos con sus correspondientes problemas que reclaman una regulación, constituyendo así los núcleos sobre los que se debe reflexionar a fin de establecer las consecuencias jurídicas apropiadas»<sup>7</sup>.

Claro, si uno mira estas cuestiones en la doctrina nacional, encontrará que la mayoría de los trabajos sobre el procedimiento administrativo han centrado su atención en el objeto y en la tramitación del «conjunto de actos y diligencias» que reza el artículo 29 de la LPAG, con lo que se mira al acto de incoación como una fase más, sin que exista el detenimiento para revisar la conexión de este con el conjunto de capacidades, condiciones, garantías o ejercicios de poderes de los intervinientes, y se relega cada uno de los últimos a análisis individualizados, sin asumir que son partes de un solo rompecabezas, pues la activación de un procedimiento —ergo, de la relación jurídico-procedimental— genera inmediatamente un estatuto peculiar en cada participante, lo cual no es otra cosa que un haz de relaciones jurídicas compuestas por «derechos, potestades, deberes y cargas, cuyo fundamento inicial tiene que estar en la Ley [...] la idea de la relación jurídica puede dar lugar a obligaciones accesorias en el marco del procedimiento, que también afectan, como cargas, a los particulares interesados, sin necesidad de una previsión legal expresa»<sup>8</sup>.

Pues bien, entender integralmente el estatus de la administración —como poder público encargado de impulsar el procedimiento y de velar por la aplicación del equilibrio en su trámite— o del administrado-ciudadano —como persona que defiende una pretensión de interés

6 PONCE SOLÉ, Julio. Ob. cit., pp. 121-122.

7 SCHMIDT-ASSMANN, Ederhard. *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*. Madrid: INAP-Marcial Pons, 2003, p. 372.

8 *Ibid.*, p. 375.

particular con precisas facultades y garantías— podría darnos una visión más cercana de la figura. Esto no solo como una mera sucesión de actos concatenados mediante el hilo conductor de la actividad administrativa, sino como una cabal obligación de medios —de seguimiento<sup>9</sup>— que impacta en realidades jurídicas a veces enfrentadas, otras tantas relativamente emparejadas, pero, en todos los casos, sometidas —o camino a ser sometidas— a la obtención de una decisión final, la cual debe gozar de características de diversa índole —muchas de ellas son deudoras de rasgos o contenidos jurídicos, además de otras peculiares características—. Si se quiere, el planteamiento en bloque busca resaltar la noción del camino institucional del procedimiento, que previamente fue diseñado por el legislador y la propia organización administrativa para materializar la legalidad en un grueso porcentaje de actuaciones de esta última. A la par, no debe olvidar su otro primordial fin: la consecución —en iguales términos, y a favor de los respectivos destinatarios— de «un comportamiento racional, objetivo, eficaz, eficiente y económico en el ejercicio de las funciones públicas»<sup>10</sup>.

Ahora bien, conseguir los objetivos descritos sin violentar las esferas jurídicas de la organización administrativa —y, por ende, del interés público— o del administrado no es tarea nada sencilla. Peor aún, si en el inicio de un determinado procedimiento participa, como un administrado más, una administración pública del otro lado de la orilla o varias privadas, o si esta tiene una estructura compleja y que viene necesitado de distintas intervenciones administrativas no aparecidas desde un solo órgano instructor. En todas estas situaciones se dificulta sobremanera la consecución del sello finalista explicado. Por eso, y encima de cualquier diagramación, cabe entender que, tras nuestro objeto de estudio, siempre debe aparecer el concepto de «justicia procedimental» como elemento del cual procede todo el engranaje de principios y subproductos que lo componen y definen<sup>11</sup>.

Luego, la administración pública también deberá tener presente que la tramitación procedimental supone —casi siempre— enfrentamientos e incertidumbres entre interesados concretos, así como complejas fórmulas de entrega de datos a terceros, fomentos para estimular y lograr la participación ciudadana, la constante obligación de simplificar pasos para eliminar el burocratismo y la rutina de actuación<sup>12</sup>, etcétera. Todos estos son problemas comunes, de los cuales debe intentar salir bien librada únicamente mediante el ejercicio de las potestades administrativas habilitadas por el ordenamiento. Por tanto, nuestra figura no

267

EL ACTO DE  
INCOACIÓN Y LAS  
ESFERAS JURÍDICAS  
DE LOS SUJETOS  
INTERVINIENTES EN  
EL PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOTHE ACTION OF  
INITIATING A  
PROCEEDING AND  
LEGAL AREAS OF  
THE PARTICIPANTS  
WHO ARE  
INVOLVED IN THE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

---

9 PONCE SOLÉ, Julio. Ob. cit., p. 201.

10 *Ibid.*, p. 193.

11 SCHMIDT-ASSMANN, Ederhard. Ob. cit., p. 373.

12 *Ibid.*, p. 373.

solo comporta la elaboración de las decisiones administrativas<sup>13</sup>, sino que se convierte en un medio para demostrar el papel de árbitro entre fuerzas sociales<sup>14</sup>, un rol que no puede ser rehuido por las organizaciones administrativas. Esta labor supone la composición de intereses sin dejar de tener en cuenta «no solo el interés público primario —definido por el Poder Legislativo y representado por la Administración—, sino también los restantes intereses secundarios, ya sean públicos o privados, presentes en el ámbito de intervención de que se trate. Nótese por tanto [...] que el interés público deja de identificarse con el interés propio de la Administración y pasa a conceptuarse, en cambio, como el resultado final de una integración entre los diversos intereses concurrentes, entre ellos, claro es, los intereses legítimos de los particulares afectados»<sup>15</sup>.

## II. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONECTADO CON SU TRAMITACIÓN

El inicio del procedimiento administrativo común ha sido previsto por los artículos 103, 104 y en ciertas reglas dispersas en los artículos siguientes de la LPAG como una actuación dúctil, que puede ser promovida —como regla general— tanto por una organización administrativa como a «instancia del administrado». Claro está que esta cuestión inicial tiene límites, pues existen supuestos donde la doble posibilidad quedaría eliminada, ya que el objeto del mismo así lo impone o porque existe una expresa disposición normativa que fija la incoación procedimental en manos de uno de los intervinientes. Frente a esta primera impresión, los profesores Abruña y Baca han sabido reconocer, en particular referencia al señalado artículo 103 de la LPAG, que esta regla de flexibilidad ligada —finalmente— al tipo de procedimiento que se busca activar «proviene de los artículos 67 y 68 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo español que en su tenor literal señalaban que el procedimiento *podrá iniciarse de oficio o a instancia de persona interesada [...] se incoará de oficio por acuerdo de órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, moción razonada de los subordinados o denuncia*»<sup>16</sup> (las cursivas son nuestras).

En el mismo orden de ideas, es claro que el régimen de esta fase procedimental aparece reconocido por nuestro Poder Legislativo como una de las denominadas «reglas básicas de tramitación»<sup>17</sup>, imposibles de ser desconocidas por parte de la legislación nacional sectorial,

13 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Ob. cit., pp. 479-480.

14 MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. *El reto de una administración racionalizada*. Madrid: Civitas, 1983, pp. 12 y siguientes.

15 CIERCO SEIRA, César. La participación de los interesados en el procedimiento administrativo. Valladolid: Lex Nova-Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2002, p. 77.

16 *Ibid.*

17 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Ob. cit., p. 491.

y las prácticas reglamentarias que creen cauces especiales. Al menos, no cabe la posibilidad de que, irracionalmente, se excluya o aminore la pauta general expuesta. Sin embargo —y a reglón seguido—, debe dejarse la puerta abierta para la reducción a una sola opción de incoación, siempre y cuando la organización administrativa justifique su implantación por diversos motivos —principalmente centrados en la naturaleza y objeto del específico procedimiento tratado— y, a continuación, publicite la configuración aprobada ante los privados. Esto último debe entenderse como una de las obligaciones administrativas incardinadas en el deber de «calificación de procedimientos», los cuales deben estar reglados objetivamente por los principios, normas o criterios adjetivos pertinentes de la norma legal estudiada, cosa que deberá aparecer plasmada en el llamado Texto Único de Procedimientos Administrativos<sup>18</sup>.

Dicho esto, debe entenderse que cada una de las formas de iniciación tiene sus propias peculiaridades, desde donde se las puede considerar —a modo explicativo y no matemáticamente riguroso— como una bipartición nacida de «los efectos favorables o adversos que puede provocar la actuación administrativa en los patrimonios jurídicos de los sujetos destinatarios de la resolución»<sup>19</sup>. Sin embargo, sea como sea, la incoación quedará siempre en el ámbito decisorio del órgano administrativo competente<sup>20</sup>. Asimismo, es necesario asumir que, tras la configuración de estas fórmulas y el propio presupuesto formal de la legitimación —por encima de la mera capacidad jurídica—, siempre existe un administrado en una «particular relación con el objeto del procedimiento que, finalmente, se expresará en un acto administrativo», como dirían Acuña y Baca<sup>21</sup>.

Por un lado, el inicio de oficio ha sido reconocido por el artículo 104 de la LPAG como la fórmula en la que el procedimiento queda instruido —por decisión administrativa reglada o discrecional— de que en ningún caso depende de la solicitud o petición presentada por administrado alguno<sup>22</sup>. Es decir, «es un órgano el que decide comenzar, sin que nadie se lo pida, la tramitación de un expediente»<sup>23</sup>, con lo que se impone su práctica por expreso acto del órgano con competencia para su emisión —llamado por el Poder Legislativo «autoridad superior»—. Este acto

269

EL ACTO DE  
INCOACIÓN Y LAS  
ESFERAS JURÍDICAS  
DE LOS SUJETOS  
INTERVINIENTES EN  
EL PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOTHE ACTION OF  
INITIATING A  
PROCEEDING AND  
LEGAL AREAS OF  
THE PARTICIPANTS  
WHO ARE  
INVOLVED IN THE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

18 Ver el artículo 30 de la LPAG. El profesor Morón Urbina señala que la implantación de esta obligación administrativa se debió a la necesidad de superar «el error de la Ley de Simplificación Administrativa de haber implantado algunas directrices y dejar librado al criterio de cada entidad optar entre uno y otro procedimiento al momento de formular sus TUPA. Por ello, las normas siguientes contienen algunas directrices que retiran a los funcionarios la facultad de autocalificar procedimientos y se opta por que la ley califique algunos procedimientos para su reproducción por las entidades» (MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 226).

19 CIERCO SEIRA, César. Ob. cit., p. 159.

20 BERMEJO VERA, José. Ob. cit., p. 285.

21 ABRUÑA PUYOL Antonio y Víctor BACA ONETO. Ob. cit., p. 243.

22 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Ob. cit., p. 491.

23 BERMEJO VERA, José. Ob. cit., p. 285.

podría venir revestido de diversos nombres<sup>24</sup> tales como «acuerdo» o una «aparente resolución», sin que la nomenclatura usada pueda generar mayores efectos prácticos o diferenciados sobre terceros.

Los numerales 104.1 y 104.2 de la LPAG imponen un par de deberes formales que deberán ser cumplidos por el órgano encargado de esta actuación. Estos pueden resumirse en lo siguiente: el acto de inicio deberá contener razones de justificación basadas «en el cumplimiento de un deber legal o el mérito de una denuncia»<sup>25</sup> —existe una densidad mínima de los motivos—, y, en segundo lugar, debe concretarse la notificación del mismo con unos determinados datos imprescindibles —el señalamiento de la naturaleza jurídica del procedimiento, el plazo máximo para culminar su tramitación, y los derechos y obligaciones del privado involucrado en su desarrollo—, luego de lo que la notificación debe ser dirigida no solo al interesado, sino a los «administrados [...] cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar». Este último presupuesto formal puede ser completamente exonerado en su cumplimiento cuando exista fiscalización administrativa *a posteriori* «sobre solicitudes [...] documentación, acogidos a la presunción de veracidad», o también aplazado para una fecha posterior al verdadero inicio, cuando sea necesario por la «naturaleza confidencial basada en el interés público» del procedimiento, y exista expresa autorización normativa<sup>26</sup>.

En el mismo sentido, debe tenerse presente el relativo papel protagónico que tiene la denuncia en la gestión de los procedimientos comenzados por la voluntad administrativa, al permitirle a un sujeto —privado o público— la comunicación «a la autoridad competente de aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento»<sup>27</sup>. Si se quiere, esta actuación —reconocida en el artículo 105 de la LPAG— es «un acto de voluntad de una persona que se limita a poner en conocimiento de la Administración pública unos hechos, que podrían dar lugar a la incoación de un procedimiento. Pero tal conducta no confiere al denunciante la condición de interesado, esto es, no le otorga

24 MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 375.

25 Estas dos opciones permitirían la posibilidad de que un órgano administrativo distinto al instructor pueda interponer una denuncia en la que se indique la falta de ejecución de una disposición legal en las actuaciones realizadas por un tercero. Con esto, debe entenderse que en «ningún caso la denuncia vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento [...] tampoco esta circunstancia transforma al procedimiento iniciado de oficio en otro iniciado a instancia de parte» (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Ob. cit., p. 491). Dicho esto, queda claro que el supuesto explicado aparece recogido implícitamente en el numeral 104.1 de la LPAG, con lo que se acerca su contenido —casi completamente— a su antecedente (el numeral 69.1. de la Ley española 301/1992).

26 Ver el numeral 104.3 de la LPAG.

27 SEDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. «Derechos de los ciudadanos relativos a la documentación en los procedimientos administrativos». En *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2009, pp. 374-379.



un derecho específico a intervenir en el procedimiento iniciado»<sup>28</sup>. En otras palabras, este tipo de administrado no goza del llamado «derecho al procedimiento», ya que de ninguna manera puede iniciar su tramitación mediante el despliegue de su iniciativa, pues esta facultad le queda reservada a la administración pública, la cual deberá ponderar los datos aportados y decidir la iniciación del respectivo expediente<sup>29</sup>. Sin embargo, a pesar de estos fundamentos, esta construcción general —de completa disociación entre la calidad de denunciante e interesado— deberá matizarse para ciertos casos —como sucedería con la condición de «denunciante interesado» creada por mandato de la Ley 29542<sup>30</sup>—.

Lo indicado presupone que la denuncia —sin dejar de ser un medio de colaboración desinteresada y de ofrecimiento de datos para la administración pública (según frase de la jurisprudencia española: «un acto de excitación»<sup>31</sup>), que, a priori, no inviste al sujeto específico de la cualidad de interesado— puede, en ciertas ocasiones, —esencialmente, en la preparación de procedimientos sancionadores— asumir la categoría de una actuación que no «enerve y liquide cualquier rasgo de interés legítimo en la posición del denunciante [...] la denuncia, si bien no atribuye *per se* la condición de interesado, tampoco constituye, desde luego, un impedimento para a la adquisición de la misma»<sup>32</sup>. Por tanto, como bien señaló Rebollo Puig, nada imposibilita en abstracto que el denunciante de una infracción administrativa pueda ser titular de un interés legítimo<sup>33</sup>.

La segunda forma de iniciación de un procedimiento se concretiza mediante la presentación de un pedido o de una solicitud de parte de una persona interesada. Este documento obligaría a la organización administrativa a comenzar los trámites correspondientes dentro de los términos normativamente impuestos<sup>34</sup>. Ergo, la solicitud de inicio aparece planteada como el derecho genérico del interesado de indudables efectos propulsivos «que va permitirle situar la primera pieza de un íter procedimental que en lo sucesivo habrá de progresar bajo el impulso del órgano

EL ACTO DE  
INCOACIÓN Y LAS  
ESFERAS JURÍDICAS  
DE LOS SUJETOS  
INTERVINIENTES EN  
EL PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO

THE ACTION OF  
INITIATING A  
PROCEEDING AND  
LEGAL AREAS OF  
THE PARTICIPANTS  
WHO ARE  
INVOLVED IN THE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

28 BERMEJO VERA, José. Ob. cit., p. 285. Además, en la doctrina peruana también se ha aceptado esta concepción sobre la denuncia, al considerarla simplemente como la manifestación de «alguna situación administrativa no ajustada a derecho, con el objeto de comunicar un conocimiento personal, a diferencia de la petición que es la expresión de pretensión con interés personal, legítimo, directo e inmediato en obtener un comportamiento y resultado concretado de la autoridad, condiciones que no son exigibles a los denunciantes e investigadores» (MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 378).

29 CIERCO SEIRA, César. *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*. Valladolid: Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 165-166.

30 Sobre este nuevo régimen y sus criticables alcances daba cuenta en mi trabajo «El Poder Legislativo y el nuevo régimen de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal aprobado por la Ley 29542». *Revista Electrónica Ita Ius Esto*, año 3, número 6, pp. 153-172. ([www.itaiusesto.com](http://www.itaiusesto.com)).

31 Al respecto puede revisarse las sentencias del Tribunal Supremo español del 18 de noviembre de 1967, f.j. 7; la del 28 de noviembre de 1983, f.j. 5; y la del 23 de enero de 1986, f.j. 6.

32 CIERCO SEIRA, César. Ob. cit., pp. 167-168.

33 REBOLLO PUIG, Manuel. «Interesados y denunciantes en el procedimiento sancionador». En *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993, p. 227 y siguientes. De la misma manera se pronuncia Sánchez Morón en *Derecho administrativo. Parte general* (p. 491).

34 BERMEJO VERA, José. *Derecho administrativo básico*, p. 285.

responsable de la tramitación»<sup>35</sup>. Pero, a continuación, esta idea original debe ser rápidamente complementada, pues a nuestro Poder Legislativo no le ha bastado con regular el mero «poder de iniciación»<sup>36</sup>, más bien, el artículo 106 de la LPAG va más allá, y desarrolla legislativamente el derecho constitucional a la petición en ámbitos procedimentales<sup>37</sup>. Esta opción legislativa se presenta como un régimen especial compuesto por la citada norma y por los artículos sucesivos —que van del 107 al 112—, con lo que se entrega la concepción de una variante del instituto constitucional con una mediana sustantividad conceptual —tiene un contenido peculiar que incluye diversas facultades y situaciones activas puestas a disposición del titular— y un nombre particular —por petición administrativa—.

Tal como se desprende de lo explicado, a diferencia del molde normativo español, que separa legislativamente las peticiones graciabiles o de naturaleza estrictamente discrecional —tales como las «sugerencias, ruegos, informaciones, quejas o súplicas, que pueden dirigirse [...] no solo a los gobiernos y autoridades administrativas, sino también a otros poderes públicos»<sup>38</sup> reguladas en su Ley Orgánica 4/2001, y las solicitudes de interesados que inician un procedimiento administrativo preceptuadas en su Ley 30/1992, por las que el interesado «pretende una actuación administrativa sobre la base de un derecho o interés legítimo que entiende tutelado por el ordenamiento»<sup>39</sup>—, nuestro Poder Legislativo ha introducido toda la regulación de la petición en lo referido a ámbitos estrictamente procedimentales en un solo cuerpo normativo (la LPAG), mediante la instauración de una sola figura (petición administrativa) que despliega sus diversos efectos a través de subfórmulas de aplicación —de acuerdo al supuesto concreto se podrá utilizar la petición de gracia, las solicitudes de iniciación procedimental, la solicitud de acceso a datos informativos, las consultas, etcétera—. Aunque pueda discutirse este régimen unificado de la petición administrativa —considero que la oportunidad de mezclar la petición de gracia y las solicitudes individuales o colectivas de incoación de procedimientos no parecen las más adecuadas—, en esta temática se echa de menos la falta de regulación legal sobre peticiones de gracia dirigidas a poderes públicos distintos a la administración pública, lo cual es un descuido que deja a estas actuaciones libradas a su suerte y al libre albedrío de las instituciones receptoras.

Algunos apuntes extras sobre la petición lo muestran como un derecho reconocido inicialmente por el inciso 20 del artículo 2 de la Constitución, el cual permitiría la posibilidad libre de que un privado —sea persona

35 CIERCO SEIRA, César. Ob. cit., p. 160.

36 SANDULLI, Aldo. *Il procedimento amministrativo*. Milán: Giuffrè, 1959, p. 137.

37 Ver el numeral 106.1 de la LPAG.

38 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Ob. cit., p. 494.

39 *Ibid.*, p. 494.

natural o jurídica— pueda activar ejercicios de diversas potestades administrativas en cualquier situación imaginable, incluso en contextos extremos de completa orfandad de mecanismos impugnativos<sup>40</sup>. Se trata, por lo tanto, de un derecho que permitiría movilizar la respuesta del aparato administrativo cuando se han cerrado todas las opciones, cuando no exista ninguna otra posibilidad jurídica para presentar argumentos y cuando se busca que estos sean valorados por una organización administrativa —derecho a ser oído<sup>41</sup>—, pero teniendo en claro que esta última, en virtud de sus amplias competencias discrecionales, no queda conectada o forzada a un determinado contenido o densidad de respuesta —en los motivos—. Más concretamente, se ha pronunciado Hurtado Yelo indicado que este derecho «autoriza para dirigirse a los Poderes Públicos que se determinen legalmente y en los asuntos de su competencia, en *solicitud de actos y decisiones* [...] existiendo por parte de los órganos receptores de la petición la obligación de acusar recibo de la solicitud, contestarla de manera fundamentada y notificar la respuesta»<sup>42</sup> (las cursivas son nuestras). De la misma manera, Fernández Sarasola indica que la petición es un «mecanismo a través del cual los ciudadanos pueden solicitar que se active una competencia cuyo ejercicio no resulta impuesto por el ordenamiento jurídico»<sup>43</sup>.

Ahora bien, los presupuestos formales para el despliegue de la petición administrativa, en cualquiera de sus versiones —solicitudes de todo tipo, peticiones graciabiles, comunicaciones, algo menos en las impugnaciones—, vienen acompañados del carácter antiformalista que rige al procedimiento común peruano, pues el artículo 113 de la LPAG solo recoge ciertas obligaciones que deben ser asumidas por el contenido de estos escritos, las cuales, a su vez, se centran en la identificación y demostración de voluntad del interesado, «una exposición de los hechos y razones que fundamenten el concreto *petitum*»<sup>44</sup> —incluso con clara tendencia a considerar los argumentos de derecho como residuales, pues su inclusión depende de la pertinencia y posibilidades casuísticas de los mismos—, en la indicación del órgano (autoridad) competente para conocer y resolver el expediente —aunque siempre ante error del privado cabe su tramitación de oficio merced a la aplicación de los principios de

40 GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Colex, 2007, p. 195.

41 *Ibid.*, p. 195.

42 HURTADO YELO, Juan José. *El derecho de petición en el ordenamiento jurídico español. El artículo 29 de la Constitución Española y su proyección sobre la Ley 92/60* (tesis doctoral), pro manuscrito, p. 48.

43 FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. «Comentario a la Ley 4/2001 reguladora del derecho de petición». *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, número 65, p. 204. Resultaría interesante analizar, aunque no es la esencia de este trabajo, cuáles son los límites de este derecho constitucional. Esto a partir de situaciones cotidianas y problemáticas aparecidas en el procedimiento administrativo, tales como: ¿resultaría válida la mutación de esta figura en otro instituto como el recurso administrativo?, ¿es regular la presentación de peticiones con objetos y fines idénticos? O, incluso: ¿la administración queda obligada a responder todas y cada una de estas solicitudes?

44 CIERCO SEIRA, César. Ob. cit., p. 162.

oficialidad e *indubio pro actione*<sup>45</sup>—, en el posible señalamiento del domicilio procedimental —distinto al domicilio real, si es que así lo considera pertinente el administrado—, en la lista de anexos documentarios y en el número de expediente —si es que el procedimiento ya se inició con anterioridad—. Inclusive, como bien reconocen Abruña y Baca, aunque los escritos presentados «no reúnan todos los requisitos señalados, el interesado siempre tendrá el plazo de 2 días para subsanar cualquier omisión»<sup>46</sup>, con lo cual siempre existirán, sin ninguna causal de exención para su cumplimiento, los deberes administrativos de recibir toda documentación presentada y que trate del señalamiento de defectos o descuidos formales<sup>47</sup>, y de actuaciones realizadas en ambos casos por la unidad de trámite documentario o el órgano que haga sus veces.

Puntualmente, acerca de las solicitudes de iniciación procedimental, estas aparecen configuradas mediante dos formas de legitimación activa reconocidas en los artículos 107 y 108 de la LPAG, las cuales nacen desde la extensión y la maleabilidad de la condición de interesado. En ambos casos, el Poder Legislativo ha permitido que un administrado —por sí mismo o mediante un representante— pueda señalar derechos o intereses individuales, colectivos (difusos) o de titularidad de un número indeterminado de individuales, de cara a presentar y a sostener pretensiones en un específico procedimiento. Por lo tanto, el inicio de este íter puede estar ligado a situaciones propias de la esfera jurídica de un ciudadano, o a la salvaguarda del puro y duro interés público —el bien común juridificado—. Sobre esto último, el numeral 108.2 ha puesto especial énfasis en la conexión de este tipo de solicitud con diversos supuestos problemáticos ligados a la gestión y al cumplimiento de objetivos públicos de nuestras administraciones, desde el señalamiento de deficiencias normativas de toda índole —en los que quedarían incluidos «el cumplimiento de los principios procedimentales»—, hasta de las relaciones jurídicas, de las prestaciones y de los servicios heterogéneos surgidos o entregados a los ciudadanos mediante la práctica de potestades administrativas —muchos de ellos referidos a la «calidad» e incremento de su «rendimiento»—. Todo esto a fin de llegar al cajón de sastre, el cual consiste en la presentación de sugerencias o iniciativas para obtener «un mejor nivel de satisfacción de la sociedad respecto a los servicios públicos». Aunque varias de estas opciones pudieran ser verdaderas disposiciones para incoar procedimientos nominados, formalizados y con un objeto normativamente reconocido, queda claro que varias de ellas —sobre todo las últimas referidas a las sugerencias para la mejora institucional— quedan más ligadas al régimen jurídico de las peticiones gratificables.

45 En la doctrina nacional, también Morón Urbina (*Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, p. 396) ha opinado igual.

46 ABRUÑA PUYOL, Antonio y VÍCTOR BACA ONETO. Ob. cit., p. 297.

47 Ver los numerales 125.1 y 125.2 de la LPAG.

Por otro lado, y saliendo ya de las dos formas de inicio del procedimiento común, un tema que merece ser resaltado es que la LPAG no ha establecido ninguna actuación preliminar obligatoria antes de la emisión de cualquier acto de incoación<sup>48</sup>. De manera excepcional, y previa habilitación legal sustentada en la naturaleza de un específico procedimiento, se podrían permitir labores de fiscalización, de inspección, de aportación de datos por parte del futuro interesado o de remisiones de un informe preceptivo a un órgano administrativo distinto al encargado de la instrucción, entre otras actividades. No tenemos reconocido, como sí sucede en el ordenamiento español<sup>49</sup>, un posible «periodo de información previa o reservada para decidir al respecto con conocimiento de causa»<sup>50</sup>.

Finalmente, merece un comentario aparte el efecto de interrupción de los plazos de prescripción que produce el inicio procedimental y el despliegue del término general de treinta días que tiene el o los órganos administrativos encargados de instruir, impulsar y dictar la resolución correspondiente<sup>51</sup>. Sobre lo primero, resulta claro que cualquier consolidación de la pérdida de acción procedimental en contra de un particular —si es que así estuviera establecida en una norma positiva— se vería inmediatamente suspendida apenas comience a desplegarse el procedimiento, merced a la iniciativa planteada por el posible interesado o mediante el ejercicio de las respectivas competencias administrativas de incoación. Lo segundo refiere al no perjuicio de ampliaciones en la estación probatoria solicitada por el órgano competente, o de plazos diferentes establecidos en la legislación especial, pues el término para culminar un procedimiento viene preceptuado en el artículo 35 de la LPAG, en donde se indica, de manera clara, que el tiempo «que transcurra desde el inicio de un procedimiento administrativo [...] hasta que sea dictada la resolución respectiva, no puede exceder de treinta (30) días hábiles».

### III. LOS ESTATUTOS DE LOS ADMINISTRADOS Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Este apartado del trabajo presenta los estatutos de los intervinientes en el procedimiento común surgidos a partir de que este se ha iniciado regularmente. Aunque aparezcan dispersas en la LPAG, debe indicarse que se tomarán en cuenta todas aquellas cuestiones que podrían resultar relevantes para comentar estas posiciones jurídicas, pero sin detenerse a revisar —para el caso de los privados— cuestiones más cercanas

48 ABRUÑA PUYOL, Antonio y Víctor BACA ONETO. Ob. cit., p. 297.

49 Ver el numeral 69.2 de la Ley 30/1992.

50 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Ob. cit., p. 491.

51 ABRUÑA PUYOL, Antonio y Víctor BACA ONETO. Ob. cit., p. 297.

a situaciones formales de habilitación, tales como la capacidad, la legitimación o la representación<sup>52</sup>.

El acercamiento al estatuto que tiene el administrado interesado pivota alrededor de un instituto poco profundizado en nuestros lares —aunque con cierto arraigo normativo y jurisprudencial por su alegación para fundamentar pronunciamientos—: el derecho al procedimiento administrativo o debido procedimiento, reconocido como principio fundamental del accionar jurídico-administrativo por el numeral 1.2 del artículo 4 del título preliminar de la LPAG. Al respecto, su intangibilidad —la cual determina el surgimiento de un auténtico derecho al trámite y a la exigencia procedimental<sup>53</sup>—, la posibilidad de permitir el complemento entre lo público y privado mediante una «equilibrada síntesis de intereses individuales e intereses institucionales»<sup>54</sup>, y la adaptación de ciertas cuestiones de los procesos judiciales han permitido crear una figura de protección y garantía de la esfera de los individuales, la que, a su vez, permite vincular a las organizaciones administrativas con ciertos preceptos legales predeterminados.

De igual manera, se ha reconocido que esta figura comporta un deber de la administración de no prescindir del cauce procedimental y de respetar sus fases para la práctica de sus potestades, así como, al mismo nivel, de respetar una serie de facultades puestas a disposición de los interesados. Estas son, por ejemplo, la transparencia administrativa, la posibilidad de exigir el impulso de la tramitación, la responsabilidad por la mala praxis del órgano competente —las responsabilidades del instructor y decisor—, la puesta en marcha de un adecuado régimen de prueba —que permita al administrado «exponer sus argumentos [...] ofrecer y producir pruebas»—, la motivación —y sus dificultades de materialización en las actuaciones diversas—, la objetividad de las personas físicas encargadas —la cual evite «funcionarios o autoridades contaminados o en situación de conflictos de intereses que puedan repercutir en la tramitación o resolución final»<sup>55</sup>—, entre otras cuestiones activas que bien pueden ser revisadas en la lista preceptuada por el artículo 55 de la LPAG.

De todo lo expuesto, existen dos derechos sobre los cuales me gustaría detenerme, ya que, aunque podrían ser objeto de un estudio individualizado, se conectan de manera más adecuada con el título del presente

52 Para una mayor profundización de estos aspectos que pertenecen al denominado «estatuto común de los interesados» pueden revisarse las relevantes aportaciones de Abuña Puyol y Baca Oneto en la obra constantemente mencionada en este estudio.

53 RIVERO YSERN, Enrique y Ricardo RIVERO ORTEGA. «El derecho al procedimiento administrativo». En *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor doctor Lorenzo Martín-Retortillo*. Volumen I. Zaragoza: Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y otros, 2008, p. 563.

54 SÁNCHEZ BLANCO, Ángel. «Sujetos, actores y factores del procedimiento administrativo». *Revista de Administración Pública*, número 11, 1986, p. 108.

55 RIVERO YSERN, Enrique y Ricardo RIVERO ORTEGA. Ob. cit., p. 568.

trabajo. Por un lado, revisaré los llamados «administrativos» que estén vinculados —al inicio de cualquier procedimiento— a todos los titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos. Mientras que, en segundo término, me gustaría plantear algunas líneas sobre el poco valorado derecho a la audiencia, algo retraído por el Poder Legislativo a partir de la enflaquecida regulación planteada sobre la comparecencia personal y, a reglón seguido, me gustaría otorgarle relevancia por su configuración como un medio probatorio más, capaz de ser actuado solo y a partir de la aquiescencia administrativa.

Sobre la primera de las facultades, más allá del típico análisis acerca del carácter extenso de la noción de interesado —esto según mandato del artículo 51 de la LPAG, que parte de su involucramiento con las nociones de derecho subjetivo o interés legítimo «para poder justificar la titularidad [...] la relación inmediata entre el objeto de la pretensión y quien la ejerce, perjuicio o beneficio que reporte no debe ser hipotético sino algún daño o beneficio presente o futuramente previsible»<sup>56</sup>—, resultaría interesante recalcar algunas alusiones acerca de las obligaciones que tendría la organización administrativa —con la contraparte del derecho surgido a favor de un específico administrado— de cara a la correcta conformación del inicio, del conjunto de la relación jurídico-procedimental y de las posibilidades —siempre abiertas— de nuevas intervenciones de privados en un procedimiento administrativo. Todo esto se resume en la idea de que los interesados no solo son los promotores del procedimiento —lo que viene a ser el supuesto contenido en el numeral 51.1 de la LPAG— sino, por el contrario, que en esta categoría «deberán integrarse todos aquellos [...] que a través de su solicitud den lugar a la apertura de la secuencia procedimental»<sup>57</sup> —supuesto que quedaría normativamente contenido en los interesados no iniciadores del numeral 51.2 y en el concepto genérico de tercero interesado del artículo 60—.

Ahora bien, desde el citado numeral 51.2 de la LPAG, la conformación de la condición de interesado plantea una exigencia clara puesta sobre los hombros de nuestras administraciones públicas: la práctica pertinente de los «llamados administrativos al procedimiento o a la causa» —sea al inicio o durante la tramitación del mismo— recaídos sobre aquellos administrados que pudieran resultar afectados jurídicamente por las actuaciones intermedias —por ejemplo, medidas provisionales— o definitivas —los efectos de la resolución— a adoptarse por los órganos competentes. Sobre la base de una correcta interpretación de la norma

56 ABRUÑA PUYOL, Antonio y Víctor BACA ONETO. Ob. cit., p. 245. El profesor Morón también reconoce estos postulados cuando indica que parte, interesado o administrado es «la persona física o jurídica, pública o privada, concurrentes en un procedimiento [...] en ejercicio de un interés legítimo o un derecho propio, que se relaciona con la Administración con la finalidad de ser destinatarias de la declaración de voluntad final del procedimiento, y a cuyo favor o cargo, por lo general, se ejecuta el acto administrativo» (MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 282).

57 CIERCO SEIRA, César. Ob. cit., p. 165.

señalada, y bajo los criterios *pro homine* y *pro libertate*, las afectaciones planteadas surgen como un nexo causal entre el sujeto involucrado y el objeto del procedimiento, y deben entenderse como posibles efectos jurídicos favorables o desfavorables surgidos desde cualquier actuación procedimental —no solamente un acto administrativo final—, y capaces de impactar directa e inmediatamente sobre la esfera jurídica de un privado —ya sea sobre sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos—, el cual, para ser llamado, no necesariamente debe ser el propulsor del procedimiento. Esta posibilidad, que amplía el número de interesados en un procedimiento —incluso sobre administrados «no determinados»—, puede practicarse en cualquier estado de tramitación de este, bajo la condición de que debe comunicarse lo «actuado [...] mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento»<sup>58</sup>. Entonces, esta obligación administrativa, en palabras de Cierco Seira, constituye el medio para dar «a conocer la tramitación de un procedimiento administrativo a aquellos sujetos, que, en principio, pueden presentar un interés en el asunto que se está ventilando, aunque no hayan participado todavía del mismo. Tomando como parangón cuando acontece en el ámbito procesal con respecto a la *vocatio in ius*, cabe hablar aquí de una intervención *rogada* o *provocada* por la propia Administración»<sup>59</sup> (las cursivas son nuestras).

El espíritu que está detrás de esta figura no es otro que el de evitar la indefensión de los administrados, a fin de que no se vean perjudicados por una actuación procedimental no notificada. Además, claro, de permitir identificar —no necesariamente individualizar— a todos aquellos nuevos sujetos ligados con el objeto del procedimiento, incluso —y de ser el caso— con la colaboración de los propios interesados que ya se encuentran participando en la tramitación del expediente<sup>60</sup>. Estas normas de la LPAG plantean un afán por parte de nuestro Poder Legislativo por mostrar una «voluntad garantista de extender la virtud del contradictorio administrativo a eventuales terceros interesados [...] Pero también confluyen razones de otra índole, vinculadas esta vez a la completud de la instrucción, esto es, a la obtención de nuevos elementos de juicio —y nuevos intereses— que permitan representar de modo objetivo la situación subyacente»<sup>61</sup>.

Un instituto del estatuto del administrado bastante amenguado en el procedimiento común preceptuado por nuestro Poder Legislativo es la audiencia —el fundamental derecho a ser escuchado por la autoridad competente—. Esto, a mi modo de ver, proviene de un excesivo celo en

58 Ver el numeral 60.1 de la LPAG.

59 CIERCO SEIRA, César. Ob. cit., p. 175.

60 Este deber de todo administrado, recogido en el numeral 3 del artículo 56 de la LPAG, tiene como finalidad la entrega de datos «a la autoridad [...] dirigida a identificar a otros administrados no comparecientes con interés legítimo en el procedimiento».

61 CIERCO SEIRA, César. Ob. cit., pp. 177-178.



contrario, a fin de ganar una aparente fluidez en la tramitación, y por la consecuente relativización del principio *audi alteram partem* («escucha a la otra parte»)<sup>62</sup>, puesto en evidencia en el articulado correspondiente de la norma legal analizada. Al menos, ambas cuestiones se desprenden de la configuración normativa bifronte de la figura, las cuales terminarían por mostrarla no como una situación activa o un derecho subjetivo<sup>63</sup> surgido del debido procedimiento, sino como un deber administrativo —de contenido reglado o discrecional— dependiente de la materia revisada en un concreto procedimiento para su activación.

Por una lado, este aparece conformado como una fase obligatoria para procedimientos cuyo objeto contengan intereses difusos o colectivos de diverso estilo, tales como «medio ambiental, ahorro público, valores culturales, históricos, derechos del consumidor, planeamiento urbano y zonificación; o cuando el pronunciamiento sobre autorizaciones, licencias o permisos que el acto habilite incida directamente sobre servicios públicos»<sup>64</sup>. Además, debe entenderse que la audiencia se vuelve forzosa en este tipo de actuaciones, pues es el medio necesario para lograr el correcto desenvolvimiento de la estación probatoria<sup>65</sup> y la adopción regular de la decisión final regular<sup>66</sup> —a partir de la aportación de datos de terceros no determinados o especificados, los cuales no son necesariamente participantes<sup>67</sup>—.

Una segunda fórmula de configuración de la audiencia sería el llamado discrecional que el órgano instructor puede hacer a los administrados —basado en diversos criterios jurídicos y extrajurídicos conectados al objeto procedimental— para que comparezcan personalmente «solo cuando así le haya sido facultado expresamente por ley»<sup>68</sup>. Este supuesto residual, necesitado de previa habilitación legal y de la expresa voluntad administrativa, y que de ninguna manera implica un derecho procedimental para el interesado, se conecta con la posibilidad de que los datos obtenidos en la audiencia previamente concedida por el órgano competente se transformen en un medio de prueba más para lograr la comprobación de hechos alegados en el curso de un procedimiento<sup>69</sup>.

Como quiera que la participación personal de los administrados es un hecho no querido —o al menos no fomentado desde la LPAG, debido a distintas razones tan valederas como discutibles—, considero que va

62 RIVERO YSERN, Enrique y Ricardo RIVERO ORTEGA. Ob. cit., p. 570.

63 El derecho subjetivo sería «la situación de poder concreto concedido a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa» (BAÑO LEÓN, José María. «La igualdad como derecho público subjetivo». *Revista de Administración Pública*, número 114, 1987, p. 141).

64 Ver esta lista, no necesariamente cerrada, contenida en el numeral 182.1 de la LPAG.

65 Ver el numeral 182.2 de la LPAG.

66 Ver el numeral 184.4 de la LPAG.

67 Ver el numeral 184.1 de la LPAG.

68 Ver el numeral 58.1 de la LPAG.

69 Ver el numeral 3 del artículo 166 de la LPAG.

siendo hora de una reconfiguración de esta figura, a fin de que se la acerque más al carácter contradictorio del procedimiento, a las garantías procesales mínimas —las dotaciones favorables del proceso «judicial» no deben ser abandonadas tras la búsqueda de la autonomía conceptual— y al contenido del citado principio *audi alteram partem*<sup>70</sup>. Creo que se ganaría muchísimo en constitucionalizar aún más nuestro procedimiento común si la audiencia se convierte en una fase procedimental más, capaz de ser exigida en cualquier caso por el participante, ya fuese cuando exista olvido, negligencia o contrariedad para su convocatoria, y sin importar cuál sea el objeto o la calidad del interés discutido. Esto, principalmente, cuando se apliquen sus reglas y principios transversales en procedimientos sancionadores, complejos —que involucren la intervención de más de una administración— o de limitación de derechos.

Por lo dicho, considero que es necesario revalorizar este viejo instituto adjetivo, no tanto para retroceder su acentuado proceso de trivialización en el ámbito del procedimiento —es decir, para detener su descomposición—, sino en pos de ganar una batalla a favor de los derechos de los privados, ya que exponer y presentar todas las formas de argumentos verbales —y confrontar así a los de la autoridad administrativa— siempre será un aliciente de eficaz consecución del propio interés público para la defensa de las posiciones jurídicas esgrimidas por los primeros —en la versión más actual presentada en el primer acápite de este trabajo—. Claro, esta «nueva» audiencia debe estar enmarcada bajo los límites correctos, que impidan la arbitrariedad de los empleados públicos con «citaciones a comparecer [...] sin mayor necesidad ni justificación, lo cual no solo es arbitrario sino agravante del derecho fundamental a la libertad personal, sin temores injustos, desordenes de actividades personales, hostigamientos de funcionarios»<sup>71</sup>. Dichas restricciones ya tendrían algún correlato positivo en el actual artículo 58 de la LPAG, tales como la notificación previa y razonablemente antelada, la pertinencia jurídica de lo discutido en la audiencia con la materia tratada en el procedimiento, el acompañamiento del interesado por asesores —no necesariamente letrados—, la entrega de una «constancia de su comparecencia y copia del acta elaborada», la creación de auténticos métodos de realización de audiencias administrativas basados en el molde del debate oral y reglado<sup>72</sup>, entre otras cuestiones que restringirían su uso incorrecto y disfuncional.

70 RIVERO YSERN, Enrique y Ricardo RIVERO ORTEGA. Ob. cit., p. 570.

71 MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 300.

72 La experiencia peruana más cercana para crear métodos de audiencia se encuentra en las reglas de juzgamiento oral preceptuadas por el nuevo Código Procesal Penal aprobado por el decreto legislativo 957. En particular, resultan rescatables y posibles de ser adaptadas al procedimiento administrativo algunas modalidades contenidas en los artículos 367 y siguientes de este dispositivo legal.

Por lo expuesto, y como piedra de toque final, debe quedar claro que la audiencia tiene un valor muy extendido, ya que:

resulta una exigencia elemental según todos los manuales de Derecho administrativo [...] Especialmente en los procedimientos competitivos, nos parece necesario reforzar la exigencia de cumplimiento del derecho de audiencia, para aquellos interesados a los que la resolución no les vaya a favorecer. Porque una explicación previa de las razones por las que la adjudicación final de un contrato, de un empleo público, una subvención o una licencia no se va a otorgar a los aspirantes, puede favorecer la aceptabilidad de la decisión a la vez que permitir una mejor defensa de los derechos afectados antes de la consumación de los hechos<sup>73</sup>.

En último término, nos hace falta responder una pregunta: ¿cuál sería el estatuto básico que tendría la administración pública encargada de resolver un procedimiento? Es difícil hablar de un estatuto administrativo en el mismo sentido que en el de los privados —con derechos, cargas y deberes—, pues la organización administrativa, en tanto organización del poder público sometida de suyo y por naturaleza al régimen jurídico-administrativo, no tiene más que potestades<sup>74</sup> para manifestarse ante los sujetos destinatarios de estas. Por tanto, no tendría derechos ni libertades en titularidad. No al menos ontológicamente, cuando actúe regularmente con la «capacidad de crear, modificar o extinguir unilateralmente derechos y obligaciones y la posibilidad de imponerlos, incluso, cuando fuera necesario, coactivamente. Este poder [...] se manifiesta en una multiplicidad de aptitudes funcionales denominadas potestades, cada una de ellas conveniente a cada tipo de poder en que se diversifica el Estado»<sup>75</sup>.

Lo explicado con anterioridad nos lleva hacia una de las polémicas más extensas e interesantes aparecidas en la doctrina administrativista. Esta está referida a la posibilidad de que las personas jurídico-públicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales, con lo que igualarían la condición de las personas naturales y de las personas jurídico-privadas. Esta es una discusión que, aunque pueda tener defensores en ambos lados de la orilla, lentamente se ha ido decantado por la negación de que todo poder público pueda disfrutar de derechos. Por el contrario, sobre ciertos ámbitos de ellos que pudieran ser susceptibles de protección —como las autonomías y algunas realidades procesales— deben aparecer los efectos tuitivos de la técnica de las garantías institucionales<sup>76</sup>.

73 RIVERO YSERN, Enrique y Ricardo Rivero Ortega. Ob. cit., p. 571.

74 ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la administración pública*. Lima: Palestra, 2010, pp. 67-68.

75 *Ibid.*, p. 74.

76 ABRUÑA PUYOL, Antonio y otros autores. «Algunas ideas para el estudio de la autonomía universitaria en el ordenamiento peruano». *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, volumen 1, año 2000, p. 19.

Me inclino a pensar en dos argumentos de fondo para negar los derechos de los poderes públicos. Primero, en que estos son la proyección jurídica —en diferentes aspectos— de la dignidad humana. Es más, este valor supremo que preside, y es anterior al ordenamiento, es su presupuesto ontológico común, del que se entiende que solo las personas y sus formas creadas para colectivizar sus voluntades pueden ser partícipes<sup>77</sup>. Sin embargo, el origen posterior de los poderes públicos como organizaciones creadas por el ordenamiento para servir al ser humano —como es el caso de la administración pública mediante su objetivo no exclusivo de salvaguardar diferentes intereses ajenos— es la gran diferencia, ya que ellos tienen competencias, atribuciones y, si se quiere, el poder juridificado, puestos a su disposición como mecanismos necesarios para conseguir sus fines públicos. Por eso, bajo los lineamientos de esta división es que encajan las garantías institucionales como un medio de refuerzo para proteger las potestades que detenta un determinado poder público, puesto que impiden que otra institución le prive de estas atribuciones y, con ello, de su esencia y reconocimiento<sup>78</sup>.

Dicho esto, y asumiendo este contexto y el delicado equilibrio entre legalidad y eficacia —mencionado en el primer apartado de este trabajo— como las bases del estatuto procedimental al que quedaría sometida la administración pública, debe indicarse el conjunto de potestades administrativas involucradas en la consecución de un correcto procedimiento y de una mejor emisión de un acto definitivo o final. Al costado de ellas, o entremezcladas, se encontrarían las garantías y límites para la práctica de estas competencias —de las que ya hemos dado cuenta (en parte) en el estatuto del particular—. Pues bien, la lista de poderes incluye todas las referidas a la materia autoorganizativa, como son las estructuras de los procedimientos en cuanto a las fases, las diligencias, los trámites involucrados y los órganos competentes. En segundo término, las incluidas en el ordenamiento del personal puesto al servicio de las organizaciones administrativas, entre las cuales se encontrarían las de consecución de transparencia, el fomento de la participación ciudadana y la ética del empleado público<sup>79</sup>. Estos dos grupos van destinados a lograr el «fin primordial de una buena administración»<sup>80</sup>. Finalmente, las específicamente adjetivas referidas al inicio, a la tramitación y al término del procedimiento, se hallan muchas veces desperdigadas en varios órganos. Entre ellas se encuentran los poderes de recepción documental, el ordenación e impulso, lo referido a la actuación probatoria, a las consultivas,

77 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Lima: Palestra, 2006, pp. 32-33.

78 ABRUÑA PUYOL, Antonio y otros autores. Ob. cit., p. 24.

79 TORNOS MÁS, Joaquín. «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la administración pública». En *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor doctor Lorenzo Martín-Retortillo*. Volumen I. Zaragoza: Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y otros, 2008, pp. 634-635.

80 TORNOS MÁS, Joaquín. Ob. cit., p. 633.

a las decisorias<sup>81</sup>, a las parajudiciales, a las de imposición de medidas provisionales, a las de terminación convencional y anormal, etcétera.

Quiero terminar este trabajo —en el que el inicio del procedimiento ha sido la excusa para explayarme un poco en algunas situaciones que podrían resultar de interés— planteando una idea definitiva que ha guiado por diez años los efectos jurídicos preceptuados por la LPAG. Esta no es otra que una nueva forma de ver a la administración pública. Mi idea es verla como una organización netamente vicarial puesta al servicio efectivo del ciudadano, que actúa mediante relaciones jurídicas sometidas a cauces formales y entremezcladas con la necesidad de eficacia. Hasta ahora hemos avanzado en esa ruta —¡qué duda cabe si observamos con mirada crítica los años que nos anteceden!—, sin embargo, si la juridicidad ha sido puesta en relieve con nuestro objeto de estudio, no se puede decir lo mismo del segundo elemento que compone el procedimiento. Por eso, en la actualidad, cuando la virtualidad jurídica y social de la LPAG es innegable es cuando más debemos acercarnos a un reto superior para este dispositivo y los que lo emplean, un reto centrado en que sus «reglas organizativas y procedimentales deben tener como guía la satisfacción de los ciudadanos. Su correcta aplicación debe llevarse a cabo con una sensibilidad especial que atienda este fin último»<sup>82</sup>.

Recibido: 06-07-2011  
Aprobado: 15-08-2011

283

EL ACTO DE  
INCOACIÓN Y LAS  
ESFERAS JURÍDICAS  
DE LOS SUJETOS  
INTERVINIENTES EN  
EL PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO

THE ACTION OF  
INITIATING A  
PROCEEDING AND  
LEGAL AREAS OF  
THE PARTICIPANTS  
WHO ARE  
INVOLVED IN THE  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE

81 Las potestades decisorias son fundamentales para cumplir con el deber administrativo de resolver un procedimiento mediante resolución expresa. Al respecto, puede revisarse las apreciaciones de Miguel Sánchez Morón en *Derecho administrativo. Parte general*, p. 505.

82 TORNOS MÁS, Joaquín. Ob. cit., p. 641.



# Los particulares como sujetos del procedimiento administrativo

Private as administrative procedure subject

GLADYS CAMACHO CÉPEDA \*

«La persona no es algo, es alguien. La lengua lo distingue de un modo absoluto y clarísimo. La lengua no confunde nunca algo y alguien, nada y nadie, que y quien»

Julián Marías

**Resumen:** El enfoque en la persona, que es contraparte de la administración del Estado dentro de un procedimiento administrativo, nos lleva a ajustar el lenguaje, a fin de usar una terminología que facilite el énfasis en las garantías que las personas deben gozar frente a este poder público. Seguidamente, se examina quiénes pueden actuar frente a la administración, los modos que se emplean y la extensión de los derechos y deberes de las personas.

**Palabras clave:** Administrado – particular – grupo de personas – capacidad del particular – derechos de las personas – deberes de las personas

**Abstract:** Approach on individual who is the counterpart of Public Administration within an administrative procedure leads us to adjust the language using some terminology emphasizing on the guarantees that people should have, facing public power. Also, the author studies who can act in front of the Administration, modalities used, people's rights and duties scope.

**Key words:** Applicant – private – group of people – private's capacity – people's rights – people's duties

---

\* Es profesora asociada de Derecho Administrativo y de la Cátedra OCDE-Ministerio de Relaciones Exteriores «Probidad y Transparencia Públicas», además de coordinadora del área de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Asimismo, es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y magíster en Administración Pública por la Universidad de Alcalá (Madrid).

CONTENIDO: I. DEL ABANDONO DE LA NOCIÓN «ADMINISTRADO». – II. QUIÉNES SON LOS PARTICULARES. – III. EL GRUPO DE PERSONAS COMO SUJETO PARTICULAR. – IV. ALGUNAS SITUACIONES QUE INCIDEN EN LA CAPACIDAD DE LOS PARTICULARES. – V. FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LOS PARTICULARES ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. – VI. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. – VI.1. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN. – VI.1.1. DERECHO A CONOCER EL ESTADO DE LA TRAMITACIÓN. – VI.1.2. DERECHO A IDENTIFICAR A LAS AUTORIDADES Y AL PERSONAL RESPONSABLES DE LA TRAMITACIÓN. – VI.1.3. DERECHO A ACCEDER A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y A SUS DOCUMENTOS. – VI.1.4. DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN SOBRE LOS REQUISITOS JURÍDICOS O TÉCNICOS. – VI.2. LOS DERECHOS DE TRAMITACIÓN Y DOCUMENTACIÓN. – VI.2.1. LA FACULTAD DE EXIMIRSE DE PRESENTAR DOCUMENTOS QUE NO CORRESPONDEN. – VI.2.2. DERECHO A OBTENER COPIA AUTORIZADA. – VI.2.3. DERECHO A OBTENER LA DEVOLUCIÓN DE LOS ORIGINALES. – VI.2.4. FORMULAR ALEGACIONES Y APORTAR DOCUMENTOS. – VI.3. BUEN TRATO POR PARTE DEL PERSONAL FUNCIONARIO. – VI.3.1. SER TRATADO CON RESPETO Y DEFERENCIA. – VI.3.2. ACTOS DE INSTRUCCIÓN EN LA FORMA MÁS BENEFICIOSA PARA EL PARTICULAR. – VII. LOS DEBERES DE LAS PERSONAS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.

## I. DEL ABANDONO DE LA NOCIÓN «ADMINISTRADO»

Siguiendo a Julián Marías, hay que resistirse a tratar a la persona como cosa, pues si nos acostumbramos todo el tiempo a manejar cosas, a utilizar cosas o a tratar con ellas, se irá deslizándose la cosificación de la persona, situación que resultará del todo pernicioso<sup>1</sup>. La cosificación de la persona en las relaciones jurídico-administrativas propende a que la administración pública se aleje de ser una organización que, en el marco de nuestro Estado constitucional de Derecho, debe estar al servicio de la persona humana. Con ello, se enfatizan las potestades o los privilegios que a esta se le reconocen para el cumplimiento de su función, y se relega a un segundo plano la justificación que tienen estos privilegios, por lo que se construyen como poderes-deberes finalizados<sup>2</sup>. En consecuencia, enfatizando la calidad de persona se acentúa la necesidad de garantizarle sus derechos y la seguridad de que no será avasallado por el poder público.

La noción «administrado» en el Derecho administrativo es de larga data, así como de gran tradición conflictiva en el ámbito conceptual. Esta rama especializada es resultado de la afirmación de los derechos subjetivos de las personas y de la necesidad de garantizarlos frente al

1 *La persona*. Conferencia dictada en Madrid en 2000 y disponible en: <http://www.hottopos.com/mp2/mariaspers.htm> (fecha de consulta: 22.07.2011).

2 FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. «Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno». *Revista Derecho* (versión online), volumen 20, número 2, pp. 69-94, 2007, Valdivia.



poder público, tensión que siempre problematiza la aplicación del Derecho administrativo. La palabra «administrado» ha sido calificada como no afortunada por parte de la mejor doctrina<sup>3</sup>.

La razón de esta descalificación es que la palabra «administrado» alude siempre a una posición de subordinación y de deber de soportar las cargas, obligaciones u órdenes del poder público. Es ahí donde la situación actual de consolidación de las posiciones subjetivas que pueden contraerse al poder público hace que sea incorrecta la nomenclatura.

Ciertamente, hoy en día, el ciudadano es sujeto de derechos e intereses que puede reclamar y proteger frente a la administración porque el Derecho así se lo reconoce<sup>4</sup>. La afirmación, pues, del principio de legalidad que ha conllevado la conquista de la administración por parte del Derecho es la causa directa de esta nueva situación.

Tradicionalmente, se ha sostenido que la administración, por ser la representante del interés general, posee un poder general de sujeción que podría ejercer sobre el conjunto de los ciudadanos. Este poder, en algunos casos, era más intenso por las singulares condiciones que regulaban la relación entre la administración y algunos administrados. En estos casos, se reconocía la existencia de un poder especial de sujeción de la administración. Los ejemplos claros sobre los que opera este poder estaban referidos a los presos en los penales, a los internos en los hospitales públicos y a los funcionarios públicos, entre otros.

Ahora bien, la acentuación del principio de servicialidad de la administración en el marco de un Estado democrático de Derecho hace insuficiente esta explicación justificadora del poder público y de su ejercicio frente a los particulares. Hoy en día, el ordenamiento constitucional sobre el que se sustenta nuestra sociedad democrática determina que el poder público solo puede ejercerse sobre los particulares en los términos en que está previamente definido y enmarcado por la ley, lo que no permite aceptar que este cuenta con un poder implícito

LOS PARTICULARES  
COMO  
SUJETOS DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO

PRIVATE AS  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
SUBJECT

3 En este sentido se expresa Eduardo García de Enterría: «este término de 'administrado' es, realmente, poco feliz; como participio pasivo del verbo administrar, parece argüir una posición simplemente pasiva de un sujeto, que vendría a sufrir o soportar la acción de administrar que sobre él ejerce otro sujeto eminente y activo, la potentior persona a que llamamos Administración Pública. Sin embargo, esta connotación pasiva que el nombre de administrado evoca inevitablemente es inexacta hoy, tanto política como jurídicamente» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho administrativo*. Cuarta edición. Tomo II. Madrid: Editorial Civitas, 1996, pp. 17-18). En el mismo sentido, el profesor Santamaría Pastor señala que el concepto no deja de ser ambiguo y discutido, así: «La Administración aparece [...] como un sujeto poderoso y activo, armado de potestades con las que incide en la esfera jurídica del particular; es el ente que administra, de donde resulta que el sujeto privado es un ente que ostenta una posición pasiva, que es 'administrado' [...] Es sorprendente comprobar, sin embargo, que la práctica totalidad de los autores, una vez expuesto el concepto en estos o parecidos términos, manifiestan su disconformidad con el mismo» (*Fundamentos de Derecho administrativo*. Tomo I. Madrid: Editorial CEURA, 1991, pp. 864-865).

4 No en vano el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República dispone que «el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana».

o inherente que se expresa en un poder de sujeción general o especial, según se trate.

Las potestades públicas que pueden ejercerse frente a los particulares son potestades finalizadas, rayadas por el ordenamiento y conectadas con los principios constitucionales.

Por todas las razones esbozadas es que la terminología empleada en este trabajo es la de «particular».

Se entiende, entonces, por particular en una relación jurídico-administrativa a la contraparte de la administración. Sin embargo, aún hay matices que se necesitan precisar, y a ello se abocarán los numerales siguientes.

## II. QUIÉNES SON LOS PARTICULARES

Al definir la noción de particular como la contraparte de la relación jurídico-administrativa surge la necesidad de precisar quiénes son los que encajan en esta definición.

En lo que aquí nos interesa comprendemos indudablemente a las personas físicas o naturales y a las personas-jurídicas del ámbito privado. Sin embargo, desde la perspectiva de quienes pueden ser la contraparte en un procedimiento administrativo, a los ya señalados habría que añadir dos supuestos complejos que ahora solo enunciamos: los grupos de personas, y los órganos administrativos y las personas jurídico-públicas.

En primer lugar, respecto de las personas naturales es claro que el concepto de particular —y su antecesor «administrado»— tuvo como principal referente a los sujetos individuales por cuanto son los que mayormente soportan la actividad administrativa. Así, es obvio que este rubro constituye el más numeroso de quienes entablan relaciones con la administración, por lo cual no merece mayor explicación.

En cuanto a las personas jurídicas<sup>5</sup>, es preciso anotar que el uso de la técnica de la personificación ha permitido extender y diversificar las relaciones jurídico administrativas tanto del lado de la administración como desde el lado opuesto a esta.

Por un lado, la personificación jurídica de las personas morales permite la diferenciación de patrimonios de la corporación y de los individuos que la integran o la fundan<sup>6</sup>, así como la atribución a esta unidad orgánica de

5 Artículo 545 de la Constitución Civil (C.C.): Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

6 Esto es lo que pretende el artículo 549 de la C.C. cuando dispone que «lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación, no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo

facultades semejantes a las que gozan las personas físicas. Por lo general, las personas jurídicas son expresión del derecho de asociación, calificado como un derecho natural y esencial de la persona humana, pero también puede ser producto de la voluntad singular de un fundador, con lo que se da lugar a diferentes tipos de personas jurídicas<sup>7</sup>.

Las personas morales, una vez reconocidas por el Estado, quedan estatuidas en la categoría de personas jurídicas capaces de ser sujetos de derechos y obligaciones, lo que, salvo algunas limitaciones, es equivalente a la capacidad de la persona física. Es decir, tienen una capacidad asimilable a la de la persona natural no solamente en el campo patrimonial, sino también en el de las relaciones personales y de Derecho público, que es el que estamos examinando. En consecuencia, el interés colectivo —lucrativo o no lucrativo— que estas normalmente impulsan es posible representarlo ante la administración con una subjetividad unitaria, sin que ello sea discutido en virtud de su formalización por el Derecho. Es más, esta es una de las ventajas que proporciona la técnica de la personificación.

Las excepciones o limitaciones a la capacidad de las personas jurídicas tienen más relación con la naturaleza de ciertas relaciones jurídicas, como es el caso de las relaciones matrimoniales o de la capacidad para testar que, obviamente, están en imposibilidad de establecer. Mientras que, por otro lado, sí tienen ampliamente reconocida la capacidad para heredar o ejercer derechos patrimoniales como los derechos reales, derechos industriales, etcétera. Igualmente, se les reconoce capacidad para ejercitar y defender sus derechos mediante acciones constitucionales, civiles o criminales. Como contrapartida, a las personas jurídicas se las reconoce como sujetos de responsabilidad civil, administrativa e, incluso, más recientemente, criminal<sup>8</sup>. En el ámbito no patrimonial, tienen derecho a la protección de su reputación, a su existencia, al nombre, entre otros derechos ejercitables ante la administración.

Por otro lado, la técnica de la personificación aplicada en el ámbito de la administración del Estado ha servido para crear y multiplicar los entes públicos, lo que ha propiciado que, en muchos casos, la contraparte de la relación jurídico-administrativa también constituya otra administración pública, pero su estudio lo excluirémos en esta oportunidad para enfocarnos netamente en la problemática del particular privado.

o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación».

7 Estamos refiriéndonos a la clásica diferenciación entre *universitas personarum* y *universitas bonorum*, acuñada por los romanistas influenciados por el Derecho canónico.

8 La decisión de incorporar a Chile a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) hizo posible el consenso político para introducir la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante la ley 20.293 de 2009, aplicable solo a los delitos de lavado de activos, financiación de terrorismo y cohecho a funcionario público nacional o extranjero.

### III. EL GRUPO DE PERSONAS COMO SUJETO PARTICULAR

Tradicionalmente, el Derecho moderno, de raíces francesas, ha rehuído la aceptación del grupo de personas como un interlocutor semejante —en su actuación— a la de una persona jurídica. Ello parece consecuencia de la desconfianza y el forzoso control al que se sometieron el otorgamiento de la personalidad jurídica<sup>9</sup> y el derecho de reunión de agrupaciones de personas<sup>10</sup>.

Más aún, por nuestra tradición, que conecta con la francesa, le son de aplicación las palabras del comisario Romieu en sus conclusiones sobre el caso Mogambury (1892): «Francia es un país de Derecho escrito, en el que a los recién llegados se les exige un acto acreditativo del estado civil y en el que no se admitiría que pudiera decirse: existo, luego soy». El Código Civil de Bello, de clara influencia napoleónica, recogía esta filosofía en su artículo 546, en el cual sujetaba el reconocimiento de la personalidad jurídica bien a ser otorgada por ley o bien a la aprobación por el presidente de la república<sup>11</sup>, por lo que las agrupaciones que no contaban con alguno de estos requisitos no constituían personas jurídicas y, por consiguiente, no existían para el Derecho. Esta situación ha cambiado de forma radical recientemente, debido a la ley 20.500, del 16 de febrero de 2011, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, la cual, en consonancia con la afirmación del derecho de asociación, contempla modalidades diversas para la constitución de asociaciones o fundaciones.

9 La desconfianza y aversión sobre las corporaciones, gremios y sindicatos en Francia viene de antaño, ya que fueron estas organizaciones las que resistían más efectivamente las órdenes del absolutismo, especialmente las reformas fiscales urgidas por el agotamiento de las arcas reales. No en vano Turgot, célebre jefe de finanzas del absolutismo, llegaba a calificar que los «gremios constituían la peor desgracia». De este modo, el absolutismo ilustrado incluyó dentro de sus objetivos de policía controlar las agrupaciones de personas, y exigió —a través del Edicto de Turgot de 1776— contar con el permiso real para su establecimiento y celebración de asambleas.

10 Así, se define que «las comunidades son asambleas de varias personas unidas en un cuerpo formado con la autorización del príncipe», además, «la primera regla de policía de las comunidades es que estas hayan sido establecidas para el bien público y por orden o con autorización del príncipe porque toda asamblea de varias personas es ilícita si no cuenta con esa orden o dicho consentimiento», así como que «las asambleas de varias personas sean consideradas ilícitas por causa del peligro que representan aquellas que pudiesen tener por finalidad cualquier atentado contra lo público; incluso aquellas que no tienen más objetivos que una causa justa, no se pueden formar sin aprobación expresa del soberano, una vez conocida la utilidad que de ellas puede derivarse». Posteriormente, también en la Francia revolucionaria, los gremios y sindicatos fueron vistos como fuentes de debilitamiento del poder razón por la cual fueron reprimidos y finalmente prohibidos por la Ley Le Chapelier (1791), que en sus artículos 2 y 3 disponía que «los ciudadanos de una misma profesión o estado, los empresarios, quienes tengan tienda abierta, los obreros y oficiales de cualquier oficio, no podrán cuando se reúnan nombrar a nadie que los dirija o presida, ni a secretario, ni llevar registros, ni adoptar decisiones, ni deliberar, ni dictar reglamentos acerca de sus pretendidos intereses comunes», y para garantizar dicho cumplimiento prohibía «a los cuerpos administrativos o municipales recibir cualquiera comunicación o petición que le envíe algún estado o profesión, y contestarlas, debiendo declarar nulas las deliberaciones que hubieren podido ser adoptadas y evitar por todos los medios a su alcance que puedan ser puestas en práctica esas resoluciones» (textos tomados de Domat en *Droit Public* y citados en SOTO KLOSS, E. *El recurso de protección*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 77-78).

11 El artículo 546 del Código Civil preceptúa: «No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República».

La reticencia inicial para permitir actuar a agrupaciones que sean expresión de la diversidad de intereses sociales y culturales —sin que hayan obtenido previamente la personificación— se logra mitigar un tiempo después en la etapa republicana, producto de la mayor tolerancia que se otorga a quienes desarrollan actividades económicas. Así, el Código de Comercio al regular las sociedades mercantiles se refiere a «sociedades de hecho» o comunidades, que no son otra cosa que personas jurídicas irregulares por cuanto en subsidio se les aplica lo establecido para las sociedades<sup>12</sup>.

Como se ve, la actuación de agrupaciones o comunidades sin personalidad jurídica es primero tolerada en el ámbito económico. Sin embargo, en donde con mayor importancia surge la necesidad de legitimar su acción es en el ámbito del ejercicio de derechos que son calificados como consubstanciales a la naturaleza humana, esto es, el derecho de reunión y el de asociación.

Con el afianzamiento del sistema servicial, democrático de derecho como definición básica del Estado, se reconocen los derechos calificados como fundamentales por la Constitución Política y garantizados por ella. Lo que hace posible que reaparezcan los grupos como sujetos de derechos, cuya actuación es legitimada y reconocida por el propio texto constitucional.

La recepción de la idea de que estamos en una sociedad organizacional por el constituyente<sup>13</sup> la encontramos en el capítulo I de las bases de la institucionalidad, un capítulo que, evidentemente, nace en el contexto de la demanda revitalizada de participación que surge en los países democráticos desde la década de los sesenta<sup>14</sup>, lo que comportó el reconocimiento de los grupos de personas como interlocutores del Estado al lado del individuo. En nuestro caso, esta demanda se ha actualizado, en

12 El artículo 356, inciso 2, del Código de Comercio (de 1865) preceptúa: «No obstante lo anterior, si existiere de hecho dará lugar a una comunidad. Las ganancias y pérdidas se repartirán y soportarán y la restitución de los aportes se efectuará entre los comuneros con arreglo a lo pactado y, en subsidio, de conformidad a lo establecido para la sociedad». Una disposición semejante, por ejemplo, la repite la Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 6, inciso a.

13 Utilizo el término en el sentido que el profesor Manuel García Pelayo se expresa en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1982. En esa obra se afirma que las sociedades modernas capitalistas han sufrido un proceso de complejización, dando lugar a la sociedad organizacional, cuya característica es estar compuesta por múltiples organizaciones sociales, a partir de las cuales, y solo a través de ellas, la intervención de los individuos en los asuntos sociales y públicos puede ser eficaz. Ello conlleva a la superación de la noción liberal del ciudadano que de manera individual constituye el interlocutor central y objetivo básico de la acción del Estado, mediante una readecuación de los mecanismos e instituciones democráticas para poder responder, adecuadamente, a los nuevos interlocutores del Estado, que no son sino las organizaciones a través de las cuales los individuos «toman parte activa en la generación de la voluntad general del Estado, como en la formulación de las políticas distributivas y de otras prestaciones estatales».

14 Según Ariño Ortiz, la demanda de participación ciudadana surge como respuesta a una sociedad y a un Estado que se postulan democráticos, pero que, en la práctica, «esclavizan» al individuo e ignoran su libertad, su vida y su dignidad, y lo transforman de «soberano» a un simple «súbdito» frente a la maquinaria implacable del Estado (ARIÑO ORTÍZ, G. «Una reforma pendiente: participación». *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, número 3, 1978, p. 259).

especial, en los últimos lustros. En conformidad con ello, recientemente, la ley 20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, ha regulado este derecho en concordancia con el principio participativo y el respeto a la libertad y autonomía de asociación.

En el capítulo primero se reconocen a los grupos intermedios y se les garantiza protección por parte del Estado (Constitución Política de la República de Chile [CPR], artículo 1, inciso 3), sin embargo, hay que anotar que esta protección es diseñada paternalísticamente, pues, una vez definidos sus intereses y objetivos, estas organizaciones están impedidas de desviarse de ellos bajo pena de sanción (artículo 23 de la CPR<sup>15</sup>).

En esta línea, el artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) consagra que la administración del Estado garantizará la autonomía de los grupos intermedios para cumplir sus propios fines específicos, y hace alusión al artículo 8 cuando se refiere a «la petición de parte» como una forma de entender que la actuación de la administración también debe comprender la posibilidad de que tanto los grupos como los sujetos tienen reconocida la capacidad para actuar frente a la administración, lo que les faculta para formular peticiones o reclamaciones sin la previa obtención de la personalidad jurídica. En este mismo sentido, la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo 19.880 (LBPA), en su artículo 21, numeral 3, reconoce como una tercera categoría de interesado a: «aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución».

Lo señalado nos hace evidente la necesidad de reformular el concepto de particular. Tradicionalmente, esta categoría estaba inicialmente construida para describir a las personas naturales o jurídicas que se relacionaban con la administración. Sin embargo, el texto constitucional nos pone en una nueva disyuntiva, que es la de reconocer a los grupos de personas como sujetos que pueden relacionarse con la administración sin exigir previamente la constitución de una persona jurídica.

Abundan en este sentido las diversas alusiones a los grupos de personas que la Constitución realiza. Así, la Constitución, en su artículo 1, menciona que el Estado reconoce y protege a los «grupos intermedios». Seguidamente, el artículo 6 impone que los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como

15 En el sentido indicado el artículo 23 de la Constitución, se dispone que «los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos serán sancionados en conformidad a la ley. Son incompatibles los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos. La ley establecerá las sanciones que corresponda aplicar a los dirigentes que intervengan en actividades político partidistas y a los dirigentes de los partidos políticos que interfieran en el funcionamiento de las organizaciones gremiales y demás grupos intermedios que la propia ley señale».

a toda persona, institución o grupo. Igualmente, el artículo 7 prohíbe que toda magistratura, persona o grupo puede atribuirse otra autoridad o derechos que previamente no le hayan sido conferidos de conformidad con la Constitución o las leyes. Esta reiterada alusión al grupo ha permitido interpretar en sentido favorable al reconocimiento de la capacidad activa de los grupos de personas en relación con la importantísima acción constitucional de protección de garantías, como es el recurso de protección<sup>16</sup>.

En consonancia con los preceptos constitucionales aludidos, la LOCBGAE en su artículo 3, impone a la Administración del Estado garantizar la autonomía de los grupos intermedios para la realización de sus fines. El artículo 7 de la ley 20.500 lo ha establecido expresamente, y en ese sentido reconoce que «podrán constituirse libremente agrupaciones que no gocen de personalidad jurídica». Ejemplos concretos de que grupos de personas organizadas se expresan y se relacionan de manera semejante a una persona jurídica, por lo que negocian y se les reconoce como interlocutores por las autoridades, se aprecian claramente en las federaciones de estudiantes universitarios y en las de centros de alumnos de estudios medios —cuyas organizaciones se han reglamentado—, las que no suelen estar constituidas con personalidad jurídica y que, sin embargo, negocian y suscriben acuerdos corporativamente<sup>17</sup>.

16 En la sesión 215 de la comisión constituyente se da cuenta de las expresiones de los comisionados coincidentes con la inclusión de los grupos intermedios como sujetos activos de la acción de protección. Ilustrativa en este aspecto es la opinión del señor Guzmán, quien «opina que el derecho, por ejemplo que se ha reconocido a la autonomía de los grupos intermedios se extiende no solo a las personas jurídicas, sino también a las personas morales, a los grupos en general, y destaca hebreo de que en otras partes de la Constitución se ha hablado de 'grupos', sin que esto suponga necesariamente la personalidad jurídica, la que da titularidad a ciertos derechos en el orden, principalmente civil, pero derechos más genéricamente entendidos en el campo del orden constitucional o del derecho público, los tienen todos los grupos intermedios, y por ese motivo hacía solo la salvedad». Este es un parecer que es compartido por el señor Ortúzar (presidente), quien «cree que, en los términos indicados por el Sr. Guzmán, no hay inconveniente alguno en dejar constancia en el Acta de su alcance o interpretación, porque es evidente que el precepto favorece o resguarda los derechos no solo de una persona natural, sino también de un grupo de personas naturales, y si es de un grupo de personas naturales, es de una persona moral» (ERRÁZURIZ GATICA, J. A. Y J. M. OTERO ALVARADO. *Aspectos procesales del recurso de protección*, pp. 16-17).

17 Importante antecedente en esta materia es el relativo a la controversia judicial que diera lugar a la opinión que el profesor Alejandro Silva Bascuñán expresara en su informe en derecho presentado a la Corte Suprema en los autos sobre recurso de protección interpuesto por Pablo Espinoza Espinoza y otros (de la federación de estudiantes) en contra de la Universidad Federico Santa María. En lo que concierne al tema tratado importa destacar que este informe permite afirmar que todas las referencias constitucionales a los grupos de personas se efectúan otorgándole una significación lata al término que no conlleva ni presupone el dato de la personificación. En este sentido, son elocuentes las afirmaciones que expresa el profesor Silva Bascuñán en orden a fundamentar la admisión de la capacidad activa de una entidad no personificada: «La expresión 'El que', empleada en el art. 2 del Acta Constitucional N°3, es clara para establecer, a mi juicio, que puede interponer el recurso de protección todo individuo o cuerpo que sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías a que el precepto se refiere. No compartimos, por lo tanto, la interpretación según la cual el recurso en cuestión no puede deducirse por una asociación o a nombre de una asociación que carezca de personalidad jurídica [...] En resumen, sería inconsecuente con lo que sostiene, decidida y reiteradamente a lo largo de tres años y medio de participación en los debates de la Comisión Ortúzar, si no confirmara la conclusión sostenida en el comienzo, en cuanto a que el derecho de protección puede ser interpuesto por o a nombre no solo de personas naturales o jurídicas, sino de todo grupo organizado formado en ejercicio del derecho de asociación, aunque

#### IV. ALGUNAS SITUACIONES QUE INCIDEN EN LA CAPACIDAD DE LOS PARTICULARES

De manera general, hay que hablar de una serie de situaciones especiales que inciden positivamente, es decir, que amplían la capacidad, y de otras que inciden negativamente en la capacidad de los particulares.

Por un lado está la nacionalidad. Nuestro ordenamiento califica a las personas en nacionales y extranjeras. En algunos casos, se exige el requisito de nacionalidad para gozar de un derecho —capacidad para ser nombrado funcionario de planta de un servicio, por ejemplo—, o en otros para poder ser beneficiario de alguna concesión en terrenos limítrofes o concesionario de una actividad calificada como servicio público.

Asimismo, otra cosa que complica es la edad. Si bien el ordenamiento administrativo reconoce la capacidad para actuar conforme a las normas generales establecidas en el código civil, establece también excepciones, con lo que se reconoce la capacidad para actuar a los menores de edad sin la asistencia de la persona que ejerce su patria, tutela o curatela, para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo (artículo 20 de la LBPA), como es el caso, entre otros, de los menores y adolescentes que integren las directivas de centros de alumnos, los cuales pueden ejercer la representación de sus compañeros<sup>18</sup>. En otra circunstancia, es necesario ser adulto mayor para poder obtener algunas vacunas —como la de la influenza— en forma gratuita.

#### V. FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LOS PARTICULARES ANTE LA ADMINISTRACIÓN

Si bien la intervención de los órganos de la administración del Estado es la que permite caracterizar las relaciones jurídico-administrativas, los particulares en ejercicio de los derechos y potestades que el ordenamiento les reconoce pueden incidir mediante sus actos jurídicos en el nacimiento, desarrollo y extinción de relaciones jurídico-administrativas. Ahora bien, aunque estos actos son de naturaleza privada, al producirse en el seno de relaciones jurídico-administrativas, se regulan por el Derecho público y no por el Derecho civil, en cuanto a sus presupuestos, perfección, eficacia, etcétera.

Categorizando los actos de los particulares se puede reconocer, según el profesor Santamaría Pastor, las siguientes formas principales: peticiones

carezca de personalidad jurídica» (ERRÁZURIZ GÁTICA, J.A. y J.M. OTERO ALVARADO. *Aspectos procesales del recurso de protección*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 18).

<sup>18</sup> Por decreto supremo 524, del 20 de abril de 1990, del Ministerio de Educación Pública, se aprobó el Reglamento General de Organización y Funcionamiento de los Centros de Alumnos de los Establecimientos Educativos de Educación Media, reconocidos oficialmente por el Ministerio de Educación.



y solicitudes, aceptaciones, reclamaciones o recursos administrativos, denuncias, y declaraciones.

Las peticiones constituyen el rótulo genérico que se aplica a los pedidos de un «acto graciable» por parte de la administración, que se sustentan en el derecho constitucional de petición del artículo 19 numeral 14, y que no tienen más limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes, así como el principio participativo que en él subyace y que ya hemos afirmado constituye un principio estructurador del nuevo Estado que se funda en la CPR<sup>19</sup>. La obligación que surge en la administración respecto de estas actuaciones es muy simple, solo debe admitirlas acusando recibo de ellas.

La solicitud es una denominación que se reserva, especialmente, a aquellas peticiones que se fundan en una norma concreta, y cuya aplicación se invoca por el solicitante, ya sea a su favor o al de otra persona. Por esta razón, la solicitud obliga a la administración a dar una respuesta más calificada, y se constituye en la forma por excelencia para iniciar un procedimiento administrativo a instancia de parte. En estos casos, la obligación de la administración comprende, como se ha señalado, la iniciación de un procedimiento administrativo que desemboque en una decisión final sobre la pretensión del particular.

Si bien la forma de la solicitud no está normalizada el artículo 30 de la LBPA, impone un contenido mínimo a las solicitudes: encabezamiento —nombre y apellidos del interesado y/o su apoderado, así como el medio preferente y el lugar para los efectos de las notificaciones del procedimiento—, cuerpo del escrito —hechos, razones y peticiones que se invocan—, lugar y fecha, firma del solicitante o acreditación de autenticidad de su voluntad por cualquier medio admitido, y, finalmente, órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige. Por lo que respecta a las formalidades de la presentación de la solicitud, hay que tener en cuenta que esta debe realizarse, por lo regular, en las unidades destinadas a la recepción de los escritos de la respectiva organización administrativa denominadas comúnmente oficinas de partes, las cuales, a tono con la sociedad de la información, incluso pueden ser virtuales. En cualquier caso, tienen obligación de dejar constancia escrita o electrónica de los documentos que entran y salen de la misma. Asimismo, los interesados pueden solicitar y obtener una copia sellada del escrito en la que el registro estampa la fecha de presentación.

Volviendo a las formas principales de los actos a realizar por los particulares, tenemos a las aceptaciones, las cuales constituyen actos jurídicos

295

LOS PARTICULARES  
COMO  
SUJETOS DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
PRIVATE AS  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
SUBJECT

19 CAMACHO CEPEDA, G. «Participación ciudadana en la administración pública». En *Participación local y desarrollo de las organizaciones públicas y privadas*. Santiago: Instituto de Ciencia Política, Universidad de Chile, 1997, pp. 13-27.

que expresan una sumisión por parte del administrado y pueden funcionar como condición de validez —en el caso de las concesiones y autorizaciones administrativas el solicitante tiene que aceptar previamente los deberes que estas imponen, lo que se realiza con la reducción a escritura pública del contrato— o como condición de eficacia, en la que el acto no surte efecto sino hasta que el particular haya expresado su conformidad —este es el caso del nombramiento de un funcionario, el cual no se hace efectivo hasta que este no toma posesión del cargo—<sup>20</sup>.

También tenemos a los recursos administrativos, los cuales son actos jurídicos del particular fundados en el derecho de reclamo y constituyen el principio de impugnabilidad de los actos administrativos que persiguen objetar los actos administrativos. En estos casos, lo que se pretende es que la administración, a petición de parte, revise su acto y lo modifique, revoque o invalide. Los recursos que la LOCBGAE establece son dos: el de reposición, que se interpone ante la misma autoridad, y el jerárquico, el cual supone el traslado de la competencia resolutoria a la autoridad superior en la línea jerárquica. A estos debe sumarse, a partir de la LBPA, la petición de invalidación y el recurso extraordinario de revisión.

Otro de los recursos son las renunciaciones. Por este término se comprenden a los actos jurídicos de los particulares por los cuales estos dimiten de una titularidad jurídica que les corresponde. Por lo general, en aras de cautelar el interés público que este acto pueda afectar, la renuncia solo tiene efectos desde que su aceptación se formaliza mediante un acto administrativo. Estas pueden ir desde un simple desistimiento de una solicitud dirigida a la administración hasta la renuncia a un permiso, a una autorización o a una concesión administrativa.

Otro recurso son las denuncias. Se trata de actos jurídicos por los cuales los particulares ponen en conocimiento de la autoridad las anomalías observadas en el funcionamiento de ciertos servicios. En estos casos es muy importante la identificación del denunciante, a fin de reforzar la veracidad de los hechos denunciados que pudieran involucrar el establecimiento de responsabilidad civil, penal o administrativa.

Finalmente, tenemos a las declaraciones. Estas no inciden en la creación o extinción de las relaciones jurídico-administrativas, pero sí en el contenido y desarrollo de las mismas. Este es el caso de las declaraciones que se refieren a hechos relevantes para la resolución de un procedimiento administrativo —como es el caso de la declaración de impacto ambiental de una empresa para que pueda iniciar sus actividades— o simplemente de interés para la administración. Las declaraciones pueden ser obligatorias —como es el caso de la declaración jurada de rentas o las

<sup>20</sup> Recuérdese que, de acuerdo al artículo 7 de la Constitución, uno de los requisitos de validez de la actuación de los órganos del Estado es la investidura regular.

declaraciones de intereses o de patrimonio para las autoridades obligadas— o simplemente facultativas. Pero en ninguno de los dos casos, la administración está obligada a aceptarlas sin que previamente las haya sometido a un procedimiento de validación o de valoración. Por otro lado, la inexactitud de una declaración o la ocultación de hechos pueden ser sancionados por la administración y, además, pueden acarrear la invalidación de los actos administrativos que se hayan dictado fundadas en estas.

## VI. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Como ya se ha señalado, el nuevo sistema fundado en el principio democrático ha cambiado la configuración de la posición del particular frente a la administración, con lo que esta pasa de ser mero objeto del poder a ser sujeto del mismo, al igual que destinatario directo de sus beneficios y finalidad a la que el poder debe ordenarse, por lo que el particular resulta ser titular de importantes y diversas posiciones jurídicas activas frente a la administración. Si bien no es de mucho interés enunciar y clasificar todas las situaciones activas que tienen los particulares frente a la administración, bastará con señalar que todos los derechos subjetivos que tienen los particulares forman técnicamente parte de esta categoría por esa sencilla razón, y por la peculiar importancia que tienen los derechos de los particulares dentro del procedimiento administrativo.

Dentro de la tónica arquitectural de las instituciones administrativas, con especial insistencia garantizadora de los principios de transparencia y publicidad —al que últimamente se han visto enfrentados y tal vez forzados nuestros legisladores—, la LBPA estatuye de forma acertada una relación de nueve derechos que se reconocen a las personas en el marco del procedimiento administrativo. Estas son las garantías mínimas que la ley reconoce a las personas para hacerlas efectivos ante la administración, y es una tendencia que viene teniendo diversas expresiones, como señala Moraga, pues los introduce derechamente en la legislación sectorial —la ley 20.420 establece los derechos de los contribuyentes— o bien a través de cartas de derechos ciudadanos que han elaborado algunos servicios públicos<sup>21</sup>.

La virtud del legislador es por primera vez convertir en esgrimible un catálogo de derechos subjetivos de los particulares que pueden ser esgrimidos frente a la administración pública en las relaciones que traben con ellas. Esta tabla de derechos, situada en el capítulo primero de las disposiciones generales de la LBPA, queda consignada en el artículo 17

21 MORAGA KLENNER, C. «La actividad formal de la administración del Estado». En Rolando Pantoja (coordinador). *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo VII. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010, pp. 195 y siguientes.

y podría vertebrarse en tres bloques que nos permitirán una exposición más metódica siguiendo el siguiente orden conceptual: (i) los derechos de información de los particulares, (ii) los derechos de tramitación y documentación; y (iii) los derechos a un buen trato por parte de los funcionarios.

## VI.1. Los derechos de información

La relación de derechos referidos a la información están contenidos en las letras a, b, d y h del artículo 17 de la LBPA, donde se sanciona los derechos que desarrollamos a continuación.

### VI.1.1. Derecho a conocer el estado de la tramitación

Es un derecho fundamental durante toda la tramitación de cualquier procedimiento. En este caso, hay que reparar que la ley reconoce este derecho solo a los que tienen la calificación de interesados, en el sentido estricto del concepto que estatuye el artículo 21 de la LBPA. En este sentido, son exclusivamente estos los que tienen el derecho de «conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente», según letra a del mencionado artículo 17.

Por obvio que parezca, es bueno destacar que el derecho que se estatuye conlleva, primariamente, el derecho de examinar físicamente el documento, así como el expediente a que pertenece, a fin de descartar toda opción hermenéutica orientada a limitar el derecho reconocido a la simple exigencia de ser informado de la etapa de la tramitación y que se basa en que el precepto solo indica «conocer el estado de la tramitación», e, igualmente, a fin de rechazar la interpretación de que el derecho de conocer se ejerce solo a través de la obtención de copias. Esto ocurre por dos razones. En primer lugar, el derecho a examinar es un derecho menos intenso que el de obtener copias y, además, constituye un verdadero presupuesto del segundo por cuanto es la vía mediante la cual el interesado va a determinar qué copias son las que le interesan. En segundo lugar, la facultad de obtener copias resulta claramente complementaria de la que es principal y previa, la cual es la consulta directa del documento y en general del expediente.

Otro elemento a tener en cuenta es que el precepto se orienta a garantizar un derecho que se ejercerá por los interesados dentro de los procedimientos en trámite. El conocimiento que se garantiza es «del estado de la tramitación», por lo que hay que referir que todas las demás situaciones —procedimientos finalizados o solicitudes de información de personas que no tienen categoría de interesados— se habrán de regular por las disposiciones contenidas en la ley 20.285 de transparencia.

### VI.1.2. Derecho a identificar a las autoridades y al personal responsables de la tramitación

El artículo 17 de la LBPA, en su letra b, instituye el derecho a «identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos». Esta norma se encuentra conectada con la disposición contenida en el artículo 11 de la LOCBGAE, la cual faculta a las autoridades y jefaturas a ejercer «un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia», el cual se extiende tanto a la «eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones», todo esto supone un comportamiento diligente por parte de los órganos administrativos que también se expresa en una tramitación correcta, expedita y oportuna de los expedientes.

Igualmente, esta disposición se conecta con la obligación de todo funcionario de contenida en la letra b del artículo 55 de la ley 18.884 sobre el estatuto administrativo, en orden a que debe «orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a esta correspondan», y, a su vez, con la prohibición contenida en la letra e del artículo 78 del mismo estatuto, el cual impide «someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución o exigir para estos efectos documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes», y alude a una necesaria tramitación diligente y expedita de los expedientes. Como fuere, este derecho de identificación está fundado en la necesidad de facilitar al particular la información que le permita exigir responsabilidad por comportamiento negligente o ilegal por parte de los funcionarios que tienen a su cargo el expediente. A esto es lo que refiere la norma con la frase «bajo cuya responsabilidad se tramiten los expedientes».

Este derecho de identificación puede tener diversas manifestaciones. Consiste, especialmente, en habilitar el conocimiento de los cargos públicos —posición jerárquica que ocupa— y los nombres respectivos de las autoridades y demás funcionarios que tienen bajo su responsabilidad la tramitación y resolución de su expediente. Esta es una información que tendrá especial valor en el caso de incumplimiento de sus deberes legales. Por lo que, efectivamente, el derecho se extiende más allá del simple conocimiento de los nombres y apellidos del funcionario que está tras la ventanilla.

Este derecho a identificar es amplio en el sentido de que comprende el conocimiento de las autoridades y demás funcionarios que tuvieren a su cargo cualquier tipo de actuación, sea documental —por ejemplo, un informe o constancia— o material —por ejemplo, inspecciones

299

LOS PARTICULARES  
COMO  
SUJETOS DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOPRIVATE AS  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
SUBJECT

o fiscalizaciones— en el procedimiento. Así, será menester que estos funcionarios se identifiquen frente a los particulares interesados o destinatarios de la actuación administrativa, aun cuando esta se realice en un contexto que haga presumir su corrección. Este es el caso, por ejemplo, de que se realice dentro de la sede administrativa o que el funcionario —verbigracia, el carabinero— porte el uniforme correspondiente a su función. La forma como se cumple esta exigencia por parte del personal de la administración no involucra datos más personales como domicilio o teléfono particulares, pudiendo razonablemente admitirse que se cumple el requerimiento mediante el identificativo institucional u otro medio de identificación abstracta —por ejemplo, un carné—, especialmente si este acredita su vinculación con la institución.

#### VI.1.3. Derecho a acceder a los actos administrativos y a sus documentos

Este derecho, reconocido en la letra d del artículo 17 de la ley 19.880, es concordante con el principio del procedimiento administrativo que establece la transparencia y publicidad de los actos administrativos que, a su vez, recoge del artículo 13 de la LOCBGAE y que hoy está constitucionalizado en el artículo 8 de la CPR introducido por la reforma a la Carta Política de 2005. El objetivo es permitir el conocimiento de los contenidos y fundamentos de las decisiones administrativas, por lo que no solamente son públicos los actos formalizados, sino también los documentos que le sirven de sustento o complemento directo y esencial. En este sentido, son de destacar algunos ámbitos en los que se ha logrado un gran avance en este objetivo de mano del uso de las herramientas proporcionadas por las nuevas tecnologías.

Este es el caso del portal web [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl), en donde se centralizan todos las adquisiciones de suministros del Estado y donde, por determinación de la ley, se deben publicar los requerimientos y también las adjudicaciones dando cuenta de las condiciones de las mismas, de modo que los proveedores potenciales puedan informarse de las razones y los criterios de adjudicación seguidos por los organismos del Estado.

Ahora bien, este derecho de acceso a los actos administrativos se ejercerá conforme a lo que establece la ley de transparencia, con las únicas limitaciones que la Constitución Política admite y que esta ley desarrolla instituyendo además al consejo para la transparencia como la institucionalidad que está facultada para revisar las denegaciones de información.

#### VI.1.4. Derecho a obtener información sobre los requisitos jurídicos o técnicos

Constituye un verdadero desafío en la orientación correcta de hacer realidad la tan proclamada servicialidad de la administración.

## 301

LOS PARTICULARES  
COMO  
SUJETOS DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOPRIVATE AS  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
SUBJECT

La amplitud de este derecho rebasa la simple configuración de la obligación tradicional limitada a informar sobre los fines, competencias y funcionamiento de la respectiva entidad administrativa. Y se orienta, más bien, a constituir una verdadera exigencia de asesoramiento por parte de la administración hacia los particulares que quieran desarrollar proyectos, realizar actuaciones o materializar presentaciones ante la administración. Lo que se impulsa es una administración servicial que coopera activamente con el ciudadano en el cumplimiento de las obligaciones legales de este.

Bastante tiene ya el ciudadano con la carga del cumplimiento de ciento de miles de normas que pesan, así como con la permanente supervisión que sobre él se ejerce, como para sancionarlo. Lo que exige la norma, por tanto, es la superación del modelo de administración de policías y la realización efectiva de la administración servicial.

Ahora bien, también en esta materia el proyecto de gobierno electrónico —traducción del término anglosajón *e-government*— ha permitido importantes avances. Es de destacar que, en consonancia con la política de desarrollo económico, el gobierno ha tenido particular interés en poner a disposición de los agentes productivos toda la información que requieren para llevar a cabo su actividad. En este sentido, existen numerosos portales relativos a esta materia y, en su caso, casi todas las páginas principales de los servicios públicos tienen eficaces enlaces que permiten remitir a la información buscada, lo que se ha reforzado con las obligaciones de transparencia activa que instauró la ley 20.285 de transparencia.

En la mayoría de los portales públicos es posible enviar una consulta, luego de lo cual se logra obtener la información necesaria que, en algunos casos, incluye remisión de impresos u formularios en forma electrónica —verbi-gracia, el portal de trámite fácil—, situación que favorece enormemente al cumplimiento de las obligaciones por parte de los particulares.

## VI.2. Los derechos de tramitación y documentación

La LBPA ha instituido nuevas situaciones activas de los particulares en un procedimiento administrativo que se traduce en los siguientes derechos.

### VI.2.1. La facultad de eximirse de presentar documentos que no corresponden

Contenida en la letra c del artículo 17 LBPA, este derecho tiene dos supuestos. El primero de ellos está referido a una prescripción obvia, pero lo suficientemente oportuna como para merecer su explicitación en aras a reconocer el derecho que habilita al particular a negarse a

suministrar documentos que no sean atingentes al procedimiento. Con ello, se contrarresta la proclividad de la administración de exigir y agobiar a los ciudadanos con peticiones de documentos e informaciones que no estén previstos ni legal ni reglamentariamente.

La otra hipótesis, que también está contenida en el precepto que se comenta, se orienta, especialmente, a permitir que el particular se exima de la presentación de documentos que ya se encuentren en poder de la administración, con lo que surge un deber de la propia organización administrativa para suministrárselos, sea porque ya se le hubiera entregado con anterioridad o porque ella misma lo puede generar u obtener. El término «documento» ha de entenderse en sentido amplio, extensivo a cualquier información que la administración detente y que sea pertinente a la tramitación.

Si bien constituye una innovación en gran beneficio del particular no está exenta de dificultades prácticas. Un problema es determinar los límites del derecho si es que se comprende, exclusivamente, a la unidad administrativa actuante —lo que sería demasiado estrecho—, o si se debiera entender, extensivamente, a cualquier organización administrativa integrante del entramado administrativo —lo que pareciera demasiado extensivo, por cuanto estarían comprendidas las municipalidades y los gobiernos regionales—, o incluso si se tratase de que la obligación solo sea comprendida al interior de un ámbito organizativo o sector administrativo —como un ministerio o algún servicio público centralizado o descentralizado—.

Lo que sí está claro es que con esta disposición surge el deber de la administración de obtener, de oficio, los documentos que obren en los órganos administrativos —descentralizados o desconcentrados— que integren su sector administrativo.

El dato de la personalidad, por más que constituya una diferenciación jurídica, podría perfectamente dejarse de lado en beneficio del ciudadano. Ahora bien, el problema práctico se puede presentar por la ineficacia de las propias organizaciones administrativas en recuperar, de los órganos que están a ellas vinculados, los documentos que el ciudadano no aporte. Si bien como elemento tranquilizador hay que tener en cuenta el progreso del proyecto *e-government*, al que desde hace algunos años el gobierno ha apostado fuertemente, también es necesario observar que el cumplimiento estricto de esta norma puede causar gravísimos trastornos en la organización administrativa en la actualidad.

La eficacia de esta innovadora regla depende de los márgenes de apreciación y decisión que las administraciones poseen, las cuales les permite determinar en el procedimiento cuáles son los documentos que esta puede pedir a los particulares —aunque no deja de comportar un buen



argumento para que un ciudadano se permita cuestionar estas determinaciones administrativas—.

Un último problema que queremos aludir es el relativo al que la norma exime a los particulares de la presentación de documentos porque estos «ya se encuentran en poder de la Administración», lo que evidencia la dificultad de determinar en qué tiempo estamos hablando y si con esta expresión se comprenden situaciones pretéritas y no solo el estado de cosas actual. En nuestra opinión, siendo que la norma configura un derecho, la opción hermenéutica debe estar orientada lo más favorable a la amplitud del mismo y, por ello, la eficacia de la norma no puede ser debilitada por el órgano administrativo que tramite el procedimiento al alegar que, por la razón que sea —destrucción, extravío, etcétera— el documento en cuestión no se halla, de hecho, en su poder o a su disposición, siempre que le hubiere sido entregado con anterioridad, y más aún si pesa sobre la organización el deber de haberlo obtenido.

LOS PARTICULARES  
COMO  
SUJETOS DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO  
PRIVATE AS  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
SUBJECT

#### VI.2.2. Derecho a obtener copia autorizada

Consagrado en la letra a del artículo 17 de la LBPA, con esta previsión se reconoce a los interesados un derecho que se puede ejercer en los procedimientos en trámite y que consiste en la posibilidad de obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente. En particular, el artículo 30 de la LBPA regula el derecho a exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha de presentación de las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados admitiéndose en su sustitución una copia en la que figure la fecha de presentación por la citada oficina.

Un aspecto importante en la delimitación de los contornos del derecho que se crea es que este se conforma abarcando la exigencia de que las copias que se obtengan tendrán el carácter de autorizadas. Esto implícitamente supone que deberá haber un funcionario calificado para expedir la certificación de autenticación de los documentos que se soliciten. Esta función, en la administración centralizada, está radicada en el subsecretario, quien obra como ministro de fe —según el artículo 24 de la LOCBGAE—, pero, es de suponer, que si la demanda por esta certificación documental cobra gran volumen dicha función habrá de delegarse o desconcentrarse en otro funcionario.

Ahora bien, un detalle importante de esta certificación no es solo que acredite la exactitud del documento, sino la fecha en que esta se realiza —por las implicancias que ello puede tener en el cumplimiento de plazos—.

El derecho que se comenta es uno diferente al que se reconoce por el artículo 8 de la CPR, que establece la publicidad de los actos y de

las resoluciones de los órganos del Estado, y de los documentos que le sirvan de fundamento o complemento directo y esencial, disposición que, según el Tribunal Constitucional, contiene el derecho de acceso a la información pública. Este derecho de acceso es de carácter más general y no está circunscrito a poseer la calificación de interesado en los términos que define la ley, pero, por eso, está sujeto —mientras dure el procedimiento administrativo— a ciertas restricciones a las que no está el particular calificado como interesado en el procedimiento.

Para los efectos del derecho que se comenta, este se estatuye de una manera general y ejercitable de forma amplia para los interesados, con lo que se garantiza a los mismos el conocimiento de cualquier documento que obre en el expediente.

Un defecto de la norma, aunque parece obvio, es el de no aludir a que este derecho se sujeta al pago de las tasas correspondientes.

#### VI.2.3. Derecho a obtener la devolución de los originales

Este derecho está establecido en la letra a del artículo 17 de la LBPA *in fine* y, efectivamente, puede constituir un ahorro significativo para los particulares en la medida que la mayor parte de documentos que tienen algún nivel de oficialidad y/o formalización especial —como son las escrituras públicas, los documentos legalizados notarialmente, etcétera— son onerosos y, por otra parte, los documentos originales —contratos, certificaciones, constancias, etcétera— pueden ser de utilidad a los interesados, más allá del procedimiento administrativo específico, por lo que su no acompañamiento, salvo excepciones, constituye una ventaja para el particular.

*Contrario sensu*, lo que se estatuye es el derecho a presentar copias en los procedimientos administrativos, lo que va a tono con el principio y la práctica de no formalización (artículo 13 LBPA), que caracteriza y diferencia este tipo de procedimientos. Así, la presentación de originales solo procede cuando lo exija expresamente una norma legal o reglamentaria y, en este caso, el costo de acompañarlos correrá a cuenta del interesado.

Por último, hay que destacar que el deber de presentación de un original no es equivalente al de permanecer dicho documento en los autos, por cuanto lo que reconoce la norma es el derecho a recuperar los originales, lo que supone el derecho a que, por lo general, estos sean sustituidos por una copia simple —una fotocopia— que puede, según sea el caso, exigirse que sea legalizada o no.

Finalmente, si la norma quería ser del todo revolucionaria podría haber admitido la facultad del funcionario que recibe los documentos de efectuar una diligencia de cotejo que confiera a la copia la misma validez

y autenticidad que posea el original para efectos del procedimiento en cuestión. Esta facultad sería de gran ayuda para los particulares y mejoraría la eficiencia de la tramitación.

#### VI.2.4. Formular alegaciones y aportar documentos

Establecido en la letra f del artículo 17 de la LBPA, se configura como el derecho «a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución».

Igualmente, esta disposición está en consonancia con el principio de no formalización del procedimiento administrativo, constituyéndolo como un proceso abierto, en el que si bien el legislador señala etapas —iniciación, instrucción y finalización— estas se configuran como etapas no pre-clusivas, en las que se señala específicamente lo que es posible hacer en cada una, sino que simplemente describen de forma general los distintos momentos del procedimiento. Por esta razón es que se permite que el particular interesado se dirija a la administración en cualquier fase del proceso, a fin de que aporte elementos de juicio para su correcta resolución.

Dos son los elementos, en una lógica que recoge el principio interpretativo *a maiore ad minus*, a los que faculta este derecho: de una parte, comprende la facultad de formular alegaciones y, de otra, a aportar documentos que evidentemente respalden dichas alegaciones. El primero de ellos da el fundamento sin el cual este último carecería de sentido.

Finalmente, la norma preceptúa un deber jurídico para la administración con la fórmula «deberán ser tenidos en cuenta», el cual es de suponer tiene que reflejarse en la motivación de la resolución configurándose esta como una nueva exigencia para la validez de los actos administrativos que vienen impuestos por el principio de transparencia y publicidad de las decisiones administrativas, consagrado en el artículo 16 de la LBPA. Esto último es relevante, ya que la motivación de las resoluciones administrativas, con anterioridad a la LBPA, solo constituía una obligación de la administración cuando una norma legal prescribía que el decreto o la resolución debían ser fundados en consonancia con el objetivo de despejar cualquier intento de interpretación en contrario el artículo 41 de la citada ley, que señala los contenidos de la resolución final, ha hecho expreso este requisito en el inciso 4, al disponer que «las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada».

305

LOS PARTICULARES  
COMO  
SUJETOS DEL  
PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVOPRIVATE AS  
ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE  
SUBJECT

### VI.3. Buen trato por parte del personal funcionario

Los derechos que estatuyen en la línea de garantizar el buen trato por parte del personal funcionario están contenidos en la letra e del artículo 17 de la LBPA, en donde se consignan en realidad las obligaciones de cortesía. A continuación su descripción.

#### VI.3.1. Ser tratado con respeto y deferencia

Es una obligación obvia y que no requeriría de una consagración para ser exigible, ya que se deriva de las normas más elementales de convivencia reforzadas con la finalidad servicial de la administración, con la cual la actuación de los funcionarios debe ser concordante.

La norma tiene una estructura de derechos y deberes que conllevan las reglas de cortesía, y que se completa con una prescripción vinculante para los funcionarios públicos, en orden a tener una actitud colaboradora con los ciudadanos en las relaciones que estos traben con las administraciones. De ahí que estos deben «facilitarles (a toda persona) el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones». Este deber se conecta con la letra c del artículo 61 del estatuto administrativo, ley 18.8834, que consigna la obligación de todo funcionario de «realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución», con lo que se refuerza la obligación de carácter personal que pesa sobre los servidores públicos.

Por cierto, la dualidad de términos utilizados por el legislador carece de corrección semántica, puesto que deferencia significa, según el diccionario de la RAE, «muestra de respeto o cortesía», con lo cual sería redundante con el primer término (respeto). Es de suponer que el legislador pretendía referirse al modo o a la forma de trato personal con el que se expresa el respeto y que es designado como «cortesía» o «amabilidad», sin embargo, terminó refiriéndose a la manifestación que se produce como resultado de un trato respetuoso y amable.

#### VI.3.2. Actos de instrucción en la forma más beneficiosa para el particular

Este derecho constituye una innovación que apunta a que la actuación frente a la administración no debe menoscabar la debida atención de los asuntos particulares del interesado, en especial si se trata del respeto al derecho del trabajo, lo que refleja la frase «los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales».

Este derecho, reconocido a favor del particular interesado, supone un esfuerzo en la planificación de las actuaciones administrativas a las que este debe concurrir. La norma refiere a que las diligencias deben realizarse «en la forma más cómoda» para los interesados, acepción

que debemos entender se utiliza en el significado de «conveniente y oportuno». Así, queda comprendido, por ejemplo, el esfuerzo por realizar los actos de instrucción dentro de horarios que sean compatibles con los compromisos laborales o profesionales de los interesados.

Ahora bien, la eficacia de esta innovadora regla depende directamente de los márgenes de apreciación y decisión que las administraciones poseen, en virtud de que la norma deja en sus manos la determinación de cuál es la forma más conveniente para realizar los actos de instrucción. La norma refiere más que todo a una actitud o proclividad en la actuación de la administración más que a un verdadero deber, ya que la sujeta a la factibilidad de que ello sea materialmente posible.

Finalmente, es claro que este derecho está orientado a evitar las dificultades para la materialización de las actuaciones que permitirán resolver adecuadamente un procedimiento administrativo, así como al abandono de las pretensiones del ciudadano por efecto de su imposibilidad material para cumplir determinadas diligencias ordenadas por la administración. Asimismo, constituye una garantía asociada al derecho constitucional a tener acceso a un «procedimiento y una investigación racionales y justos» (artículo 19, numeral 3, último inciso *in fine* de la Constitución). Todo ello está dirigido a evitar el renunciamento de derechos o intereses por efecto de una mala praxis administrativa.

## VII. LOS DEBERES DE LAS PERSONAS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Los deberes de los particulares surgen, mayormente, del ejercicio de que la administración haga de sus potestades, que es lo que le permite imponerlos o vigilarlos en el caso concreto, a pesar de que el legislador básico haya omitido hacer una referencia concreta a estos<sup>22</sup>. Estos deberes constituyen una gama bastante amplia y que han dado lugar a numerosas clasificaciones que han tratado de sistematizar las diferentes situaciones pasivas en las que puede hallarse el particular, y que son características de la relación jurídico-pública.

Por esta razón, este apartado se limitará a una exposición general de las situaciones pasivas que conllevan un comportamiento consistente en hacer o no hacer o en padecer por parte del particular, tales como son las siguientes.

El deber de obediencia y sus límites es una de estas. Se trata de la típica expresión del poder de imperio del que las administraciones están premunidas. Su particularidad es que hace surgir en sus destinatarios un

<sup>22</sup> Moraga advierte que «la LBPA omitió imponer explícitamente a los interesados las cargas o deberes que pesan sobre ellos en cuanto participan del procedimiento administrativo» (Ob. cit., p. 206).

deber de obediencia inmediato, de conformar su actuación a la directiva expresada por la administración. Asimismo, refuerza el cumplimiento de la orden la potestad de autotutela en sus dos vertientes (declarativa y ejecutiva). La efectividad de la orden viene dada por la propia naturaleza de este tipo de acto administrativo, que enfatiza el carácter de ejecutividad que posee el acto, reconocido en el inciso segundo del artículo 51 de la LBPA, por lo que conlleva a que, frente al incumplimiento de la misma, sean actuables tanto los medios de ejecución forzosa como las técnicas sancionatorias.

Dada la especial fuerza de la que van impregnadas las órdenes, es de interés mencionar algunos límites que el ordenamiento permite. Por ejemplo, en el ámbito funcional donde las relaciones se desarrollan en un contexto impregnado por la jerarquía, el estatuto administrativo (ley 18.834) establece el principio de obediencia reflexiva. Por otro lado, la tantas veces citada ley 19.880, en su artículo 50, también impone la obligación de la administración de no realizar actuaciones materiales de ejecución de resoluciones que limiten derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico.

Otro de los deberes es el del cumplimiento de las prestaciones forzosas. Estas pueden ser reales —verbigracia, las prestaciones tributarias— o personales —verbigracia, la realización de un servicio—. A su vez, el deber de soportar limitaciones o incluso el sacrificio de derechos —verbigracia, el sacrificio de ganado enfermo, o la erradicación de cultivos, ya sea por ser ilegales o por estar infectados— y el deber en el marco del procedimiento administrativo —verbigracia, la obligación de cumplir los plazos establecidos en la ley para la tramitación de los asuntos— son parte del principio de legalidad al que hacemos mención.

En todos estos casos es obvio que se tratan de deberes que son expresión del principio de legalidad, por lo que su establecimiento debe estar previsto en una norma constitucional o legal, o por lo menos la norma legal debe indicar los elementos esenciales, a fin de habilitar a la administración para que determine el deber concreto que ha de cumplir la persona.

Estos deberes «nacidos de la ley y no del acto administrativo», como diría Duguit, siguen todas las modificaciones de la ley, lo que comporta su libre modificación en cualquier momento con el consiguiente alivio o agravamiento de los deberes iniciales.

Recibido: 20-07-2011  
Aprobado: 22-08-2011

# Reformas a los mecanismos de colaboración administrativa a propósito de los diez años de vigencia de la ley 27444

Reforms of administrative cooperation mechanisms with regard to the ten year life of the Law 27444

RICHARD J. MARTIN TIRADO\*

**Resumen:** Desde la entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPGA,) y en correspondencia con el principio de unidad de la actuación de la administración pública en su conjunto, existe una regla general de colaboración y cooperación entre las entidades que la conforman, con lo que se deja de lado la idea de que solo era posible una interrelación conflictual entre ellas. La colaboración administrativa debe ser apreciada como una noción general en el Derecho administrativo, que trasciende a la cooperación entre entidades públicas, por lo que se torna ineludible dejar atrás el criterio de aplicación restrictivo contenido en la actual normativa. De este modo, el presente artículo —tras analizar aquellas disposiciones de la LPAG que regulan el tema planteado y tomando en cuenta el nuevo rol que vienen asumiendo las entidades públicas en sus relaciones con terceros— pone de relieve la necesidad de un nuevo enfoque de la colaboración administrativa, lo que precisa las modalidades, características y técnicas requeridas para poner en práctica eficientemente esta figura.

**Palabras clave:** Colaboración administrativa – entidades públicas – Ley del Procedimiento Administrativo General – principio de unidad de la actuación de la administración pública

**Abstract:** Since the General Administrative Procedure Law (hereinafter LPGA) entry into force, and according to Public Administration Performance Principle of Unity as a whole, there is a collaboration and cooperation general rule between entities involved, setting aside the idea that only a confrontational interrelationship between them is possible. Administrative collaboration must be appreciated as a general concept on Administrative Law, this goes beyond cooperation among public entities, becoming essential to leave behind restrictive application criteria contained in current regulations. Thus, after analyzing those LPAG regulation provisions on this issue, and considering public entities new role on their relationships with third parties, this article emphasizes the need of a new administrative collaboration approach, specifying types, characteristics and techniques required to efficiently implement this concept.

**Key words:** Administrative collaboration – Public entities – General Administrative Procedure Law – Public Administration Performance Principle of Unity

---

\* Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en Administración Pública por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Realizó una maestría en Derecho internacional económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se desempeña como profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad de Lima, en la Universidad ESAN y en la Universidad San Ignacio de Loyola.

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN. – I. LA COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. – I.1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 76 DE LA LPAG. – I.2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 77 DE LA LPAG. – I.3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 78 DE LA LPAG. – I.4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 79 DE LA LPAG. – II. LA NECESIDAD DE UN NUEVO ENFOQUE DE LA COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA. – II.1. UN FENÓMENO GENERAL. – II.2. MODALIDADES DE COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA. – II.2.1. ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS. – II.2.2. ENTRE PARTICULARES. – II.3. CARACTERÍSTICAS. – II.3.1. SUSTANCIAL. – II.3.2. PROCESAL. – III. LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LAS REGLAS VIGENTES. – IV. CONCLUSIONES.

## INTRODUCCIÓN

La Ley del Procedimiento Administrativo General (ley 27444) regula un aspecto de la colaboración administrativa en las disposiciones del subcapítulo III del capítulo II del título II, denominando «Colaboración entre entidades».

Este marco legal inspiró hace algunos años un trabajo del autor que fue materia de una ponencia en el Segundo Congreso de Derecho Administrativo organizado por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. En dicho trabajo, se estudió el tema de las técnicas administrativas de descentralización y desconcentración, y las ventajas que ofrece a estos procesos la celebración de convenios de colaboración administrativa.

En dicha oportunidad —hace poco más de cinco años— era necesario evaluar desde una perspectiva general qué era la descentralización y cómo se descentralizaba, para posteriormente analizar un aspecto de la colaboración administrativa, definido por la LPAG como «colaboración entre entidades» y la «celebración de convenios de colaboración administrativa».

Sin embargo, hoy en día y a casi diez años de vigencia de la LPAG, es importante tener en cuenta que el campo de la colaboración administrativa no solo se reduce a la celebración de convenios de colaboración o que estos solo se podrían celebrar para coadyuvar a los procesos de descentralización. Es decir, resulta imprescindible ampliar el panorama de la colaboración administrativa y comprender esta figura jurídica como una noción general en el Derecho administrativo, que trasciende a la colaboración entre entidades y a la celebración de convenios de colaboración, tal como se explicará en el presente artículo.



## I. LA COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

311

En términos generales, los artículos 76 al 79 de la LPAG, modificados por el decreto legislativo 1029 del pasado 24 de junio de 2008, regulan en el marco del procedimiento administrativo, el deber de colaboración administrativa que deben brindarse entre sí las entidades que forman parte de la administración pública.

Tal como se ha señalado en un trabajo anterior<sup>1</sup>, los preceptos normativos señalados, más allá de establecer el principio de colaboración institucional entre las entidades de la administración pública, ofrecen nuevas perspectivas para la interrelación entre entidades, distintas a la conflictual<sup>2</sup> o de la contienda de competencias que usualmente caracteriza a la relación entre entidades públicas.

En este sentido, la LPAG, que buscaba unificar la dispersión normativa existente hasta antes de su dación, aporta a nuestro ordenamiento jurídico el principio de la unidad de la actuación de la administración pública en su conjunto. Por ello, las entidades descritas en el artículo I del título preliminar de la LPAG y que conforman la administración pública<sup>3</sup> se encuentran obligadas a coordinar, cooperar y colaborar entre sí, a fin de evitar la duplicidad de funciones, la dispersión normativa y de cumplir adecuadamente sus funciones.

De este modo, se puede afirmar que el principio de colaboración entre entidades y de unidad de la actuación de la administración pública en su conjunto tienen como finalidad lograr la coherencia de la actuación del conjunto de las entidades integrantes de la administración pública y evitar así que luego de la distribución funcional entre estas entidades se produzca lo que Santamaría Pastor<sup>4</sup> denomina una descoordinada actuación:

REFORMAS A LOS MECANISMOS DE COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA A PROPÓSITO DE LOS DIEZ AÑOS DE VIGENCIA DE LA LEY 27444

REFORMS OF ADMINISTRATIVE COOPERATION MECHANISMS WITH REGARD TO THE TEN YEAR LIFE OF THE LAW 27444

1 MARTIN TIRADO, Richard. «Tutela sectorial, desconcentración administrativa de los ministerios y celebración de convenios de colaboración entre los ministerios y las empresas del Estado». En *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 798.

2 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2001, p. 222.

3 «Artículo 1.- Ámbito de aplicación de la ley. La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública: el Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; el Poder Legislativo; el Poder Judicial; los Gobiernos Regionales; los Gobiernos Locales; los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía; las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia [...]».

4 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho administrativo*. Volumen I. Tercera edición. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 441.

[...] con la distribución de funciones y potestades entre las administraciones públicas y los órganos que las componen se cubre una primera y muy importante etapa en el proceso de estructuración del sistema administrativo. Pero esta distribución funcional origina problemas característicos, como es la tendencia a la actuación independiente y descoordinada de cada una de las unidades, consecuencia de la hipervaloración del propio trabajo y de los intereses cuya satisfacción se les encomienda.

En la búsqueda de otorgarle coherencia a la actuación administrativa, un principio adicional que se desprende de la colaboración administrativa es el principio de coordinación, el cual, según López Olvera<sup>5</sup>, busca evitar la duplicidad de funciones estableciendo reglas y vínculos de coordinación entre las entidades, a fin de alcanzar la coherencia en la actuación de la administración pública.

Los principios antes enunciados, según Ivanega<sup>6</sup>, buscan corregir las disfunciones del modelo burocrático centralizado que perjudican las funciones del Estado. Asimismo, de acuerdo con dicha autora, se afirma que estos persiguen la coherencia en la actuación de las entidades administrativas, con lo que evitan contradicciones y disfunciones que entorpecerían la actuación administrativa.

### 1.1. Análisis del artículo 76 de la LPAG

Ahora bien, es oportuno analizar el artículo 76 de la LPAG<sup>7</sup>, el cual, en términos generales, reconoce el principio de colaboración, al señalar que se trata de un criterio mediante el que todas las entidades de la administración pública deben cooperar entre sí para el adecuado cumplimiento de sus funciones, sin mayor limitación que lo establecido por la Constitución o por la ley.

5 LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. *Los principios del procedimiento administrativo*. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1594/12.pdf>, revisado el 20 de agosto de 2011, p. 197.

6 IVANEGA, Miriam. *Los principios de la organización administrativa*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 175-177.

7 «Artículo 76.- Colaboración entre entidades. 76.1. Las relaciones entre las entidades se rigen por el criterio de colaboración, sin que ello importe renuncia a la competencia propia señalada por ley. 76.2. En atención al criterio de colaboración las entidades deben: 76.2.1. Respetar el ejercicio de competencia de otras entidades, sin cuestionamientos fuera de los niveles institucionales. 76.2.2. Proporcionar directamente los datos e información que posean, sea cual fuere su naturaleza jurídica o posición institucional, a través de cualquier medio, sin más limitación que la establecida por la Constitución o la ley, para lo cual se propenderá a la interconexión de equipos de procesamiento electrónico de información, u otros medios similares. 76.2.3. Prestar en el ámbito propio la cooperación y asistencia activa que otras entidades puedan necesitar para el cumplimiento de sus propias funciones, salvo que les ocasione gastos elevados o ponga en peligro el cumplimiento de sus propias funciones. 76.2.4. Facilitar a las entidades los medios de prueba que se encuentren en su poder, cuando les sean solicitados para el mejor cumplimiento de sus deberes, salvo disposición legal en contrario. 76.3. En los procedimientos sujetos a silencio administrativo positivo el plazo para resolver quedará suspendido cuando una entidad requiera la colaboración de otra para que le proporcione la información prevista en los numerales 76.2.3 y 76.2.4, siempre que esta sea indispensable para la resolución del procedimiento administrativo. El plazo de suspensión no podrá exceder el plazo dispuesto en el numeral 3 del artículo 132 de la presente Ley. 76.4. Cuando una entidad solicite la colaboración de otra entidad deberá notificar al administrado dentro de los 3 días siguientes de requerida la información [...]».

Cabe señalar que este principio cuenta con respaldo constitucional, pues el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente 004-2004-CC/TC<sup>8</sup>, ha establecido que el principio de colaboración se encuentra implícito en nuestro ordenamiento jurídico como una derivación del equilibrio de poderes reconocido en el modelo constitucional en los siguientes términos:

[...] 24. Sin embargo, la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104.º de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

En este sentido, el artículo 76 regula dos aspectos de la colaboración administrativa. El primero, correspondiente a los numerales 76.1 y 76.2 de la LPAG, los cuales presentan el principio o criterio de colaboración entre entidades. Y el segundo, correspondiente a los numerales 76.3 y 76.4 de la misma LPAG, los cuales enfocan este principio como una herramienta en el marco del procedimiento administrativo que servirá para resolver de una manera más ágil el procedimiento o para llegar a la verdad material antes de tomar una decisión.

Con relación al artículo 76.2 y sus incisos, cabe preguntarse por el límite para que las entidades del Estado puedan facilitar información, bienes y/o servicios, al amparo de los numerales 76.2.1, 76.2.2 y 76.2.3 de la LPAG. Sobre esto, citamos:

[...] Artículo 76. – Colaboración entre entidades [...]

76.2 En atención al criterio de colaboración las entidades deben:

76.2.1 Respetar el ejercicio de competencia de otras entidades, sin cuestionamientos fuera de los niveles institucionales.

76.2.2 Proporcionar directamente los datos e información que posean, sea cual fuere su naturaleza jurídica o posición institucional, a través de cualquier medio, sin más limitación que la establecida por la Constitución o la ley, para lo cual se propenderá a la interconexión de equipos de procesamiento electrónico de información, u otros medios similares.

76.2.3 Prestar en el ámbito propio la cooperación y asistencia activa que otras entidades puedan necesitar para el cumplimiento de sus propias

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 004-2004-CC, de fecha 31 de diciembre de 2004, sobre el proceso de conflicto de competencia seguido por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo. En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>, revisado el 20 de agosto de 2011.

funciones, salvo que les ocasione gastos elevados o ponga en peligro el cumplimiento de sus propias funciones.

76.2.4 Facilitar a las entidades los medios de prueba que se encuentren en su poder, cuando les sean solicitados para el mejor cumplimiento de sus deberes, salvo disposición legal en contrario [...]

Los citados preceptos legales regulan los deberes que deben asumir las entidades que forman parte de la administración en el marco de la colaboración administrativa. En tal sentido, y tal como se puede apreciar del tenor de los referidos numerales, el deber de colaboración solo podría ejercerse en función de «las competencias de otras entidades» o del «cumplimiento de sus propias funciones».

Es importante tener en cuenta que las solicitudes e incluso aquellos acuerdos de colaboración deben tener algunos límites, derivados de los alcances del artículo 76 de la LPAG, por lo que deben ser sometidos a las condiciones que explicamos a continuación<sup>9</sup>.

Debe tratarse de un pedido fundado en el ejercicio de las legítimas competencias de la autoridad solicitante. Esto es claro, y debería constituir la primera condición para el ejercicio de la colaboración administrativa, dado que, por el principio de legalidad, ninguna entidad de la administración pública puede actuar fuera del marco establecido por la ley.

Es así que el artículo 78.1 de la LPAG establece que «la procedencia de la colaboración solicitada es regulada conforme a las normas propias de la autoridad solicitante [...]», en clara referencia al margen de las competencias que una entidad está obligada a respetar.

En tal sentido, para la procedencia de un pedido de parte de una entidad a otra, la autoridad solicitante debe motivar su pedido en la necesidad que tiene de la información solicitada para poder cumplir con el ejercicio de sus funciones asignadas, y debe observar estrictamente las funciones y competencias de la entidad solicitada.

Por ello, no son admisibles aquellos pedidos que se motiven en razones personales de las autoridades o funcionarios de las entidades, sino que deben aceptarse únicamente las solicitudes institucionales que detallen exactamente la información requerida para el cumplimiento o para la ejecución de las funciones institucionales de cada entidad. Ahora bien, ello no supone que el cumplimiento del pedido sea discrecional, puesto que siempre será reglado, tal como se indica en el artículo 78.1 de la LPAG, cuando se precisa que el cumplimiento de la colaboración solicitada es regido por las normas propias de la autoridad solicitada.

<sup>9</sup> MARTIN TIRADO, Richard. Ob. cit., pp. 803-804.

En tal sentido, flexibilizando el marco jurídico de actuación de los pedidos, estos deben ser motivados en el cumplimiento de las funciones de las entidades, pero sometidos a ciertas reglas.

El pedido debe encontrarse en la posibilidad de ser satisfecho mediante el ejercicio de las funciones ordinarias de la entidad requerida. El pedido de colaboración debe estar orientado a la satisfacción de las tareas o funciones que la entidad requerida tiene asignada y no debe incluir operaciones o actividades ajenas a la misma. No cabe efectuar habilitaciones genéricas o realizar pedidos de tipo general. Se trata de tareas que no excedan de sobremanera las funciones ordinarias de la entidad requerida y que no afecten el contenido del deber general de actuación.

La solicitud de la entidad requirente no debe causar perjuicio al servicio de los intereses que tiene la entidad o al cumplimiento normal de sus funciones. Esto es claro, los pedidos de colaboración, no pueden causar perjuicio al servicio de los intereses generales que tiene la entidad para el normal cumplimiento de sus funciones.

A partir de las premisas expuestas, no puede considerarse que las partes involucradas en la ejecución las actividades o acciones de colaboración puedan descuidar el ejercicio de sus funciones por tratar de cumplir con las solicitudes requeridas por las entidades públicas.

En este sentido, se deben implementar a nivel interno de cada entidad las medidas necesarias para que el deber de colaboración entre entidades públicas sea ejercido racionalmente y no termine por sobrecargar los costos y la actividad normal de las entidades.

## 1.2. Análisis del artículo 77 de la LPAG

Una vez identificadas las reglas mediante las cuales se puede y se debe colaborar entre entidades, el artículo 77 de la LPAG<sup>10</sup> expone los medios que materializan el ejercicio de la colaboración administrativa.

De este modo, se entiende que las entidades pueden otorgar estabilidad a la colaboración interinstitucional mediante los mecanismos que explicamos a continuación.

10 «Artículo 77.- Medios de colaboración interinstitucional. 77.1. Las entidades están facultadas para dar estabilidad a la colaboración interinstitucional mediante conferencias entre entidades vinculadas, convenios de colaboración u otros medios legalmente admisibles. 77.2. Las conferencias entre entidades vinculadas permiten a aquellas entidades que correspondan a una misma problemática administrativa, reunirse para intercambiar mecanismos de solución, propiciar la colaboración institucional en aspectos comunes específicos y constituir instancias de cooperación bilateral. Los acuerdos serán formalizados cuando ello lo amerite, mediante acuerdos suscritos por los representantes autorizados. 77.3. Por los convenios de colaboración, las entidades a través de sus representantes autorizados, celebran dentro de la ley acuerdos en el ámbito de su respectiva competencia, de naturaleza obligatoria para las partes y con cláusula expresa de libre adhesión y separación [...]».

Por un lado, pueden ser conferencias utilizadas para reunir a dos o más entidades que busquen solucionar una misma problemática, mediante la colaboración institucional en aspectos específicos o a través de la constitución de instancias de cooperación bilateral. Asimismo, estas conferencias podrán dar lugar a acuerdos que deberán formalizarse mediante los denominados convenios de colaboración.

Luego están los convenios de colaboración, los cuales son la formalización de los acuerdos que, a su vez, son producto de las conferencias u otros medios suscritos por los representantes autorizados o con competencia para ello.

La utilización de una figura como la del convenio permite una activa interacción entre las entidades, lo que supone el intercambio de información, beneficios y trabajo conjunto para el mejor logro de sus fines. Ahora bien, el empleo de esta figura no puede ser lesivo a la igualdad existente entre las partes, puesto que la figura del convenio de colaboración puede considerarse como una suerte de acuerdo de trato preferente enmarcado en los alcances de los principios de lealtad institucional y de colaboración, pero no puede consagrar conductas o políticas discriminatorias.

Otros medios legalmente admisibles se refieren a aquellos medios que coadyuvan a la solución de problemas de dos o más entidades, y que no necesariamente coincidan con uno de los anteriormente mencionados.

### 1.3. Análisis del artículo 78 de la LPAG

El artículo 78 de la LPAG<sup>11</sup>, bajo la denominación de «ejecución de la colaboración entre autoridades», regula por el lado del numeral 78.1 un conjunto de reglas procedimentales que deben ser observadas y cumplidas por las entidades solicitantes y solicitadas para efectos de llevar a cabo una modalidad de colaboración administrativa.

En este sentido, se puede afirmar que los pedidos de colaboración deben encontrarse acorde, no solo al ordenamiento jurídico, sino también a las normas de organización y funciones, directivas y demás instrumentos de gestión internos de la entidad solicitada. Asimismo, la entidad solicitada o requerida deberá cumplir y ejecutar el pedido de colaboración dentro del margen de sus propias normas internas.

Por su parte, el numeral 78.2 de la LPAG establece reglas de responsabilidad para las autoridades administrativas en el marco de la colaboración

11 «Artículo 78.- Ejecución de la colaboración entre autoridades. 78.1. La procedencia de la colaboración solicitada es regulada conforme a las normas propias de la autoridad solicitante, pero su cumplimiento es regido por las normas propias de la autoridad solicitada. 78.2. La autoridad solicitante de la colaboración responde exclusivamente por la legalidad de lo solicitado y por el empleo de sus resultados. La autoridad solicitada responde de la ejecución de la colaboración efectuada [...]».

entre entidades, donde se puede apreciar que se deja de lado la alusión a «entidad» para atribuir responsabilidad a las «autoridades», las cuales, en rigor, son las que llevarán a cabo y ejecutarán el objeto del pedido de colaboración.

En este aspecto, se puede advertir un detalle que no puede ser pasado por alto. Por un lado, se establece que la autoridad solicitante responderá por la legalidad del pedido y por el empleo que otorgue al resultado de la colaboración. En rigor y a la luz de los alcances de la petición y de la naturaleza de los convenios de colaboración, ello no debería dar lugar, a entender que, ante un pedido ilegal, solo responde la autoridad solicitante, sino también la autoridad solicitada, dado que se encuentra en su potestad realizar o no algo ilegal, por tanto la regla de responsabilidad por ilegalidad del pedido se extiende tanto para la autoridad solicitante como para la autoridad solicitada.

#### 1.4. Análisis del artículo 79 de la LPAG

El artículo 79 de la LPAG<sup>12</sup> finalmente dispone que el deber de colaboración entre entidades, por regla general, no implica el pago de tasas, derechos o algún otro concepto que genere un pago entre entidades, puesto que el deber de colaboración se rige por un principio de gratuidad<sup>13</sup> y no tendría sentido admitir que el Estado se pague a sí mismo<sup>14</sup>.

Ello se sustenta, según Morón, «de un lado, que el presupuesto público es quien en verdad da sustento a los gastos de las actividades de colaboración y del otro que en cierta medida, la prestación gratuita solo opera como un mecanismo de redistribución del erario nacional, en aras del logro de la finalidad pública»<sup>15</sup>. En tal sentido, en la medida que la información solicitada sea producida por la entidad a quien se le solicita, en el ejercicio ordinario de sus funciones, no procede el pago de tasa administrativa alguna.

Sin embargo, el numeral 79.2 admite como excepción la posibilidad de que puedan existir supuestos específicos en los cuales sí se genere la obligación de pagar los gastos efectivos realizados, pero solo cuando la actividad requerida a la autoridad solicitada se encuentre fuera del ámbito de las actividades ordinarias de la entidad.

12 «Artículo 79.- Costas de la colaboración. 79.1. La solicitud de colaboración no genera el pago de tasas, derechos administrativos o de cualquier otro concepto que implique pago alguno, entre entidades de la administración pública. 79.2. A petición de la autoridad solicitada, la autoridad solicitante de otra entidad tendrá que pagar a esta los gastos efectivos realizados cuando las acciones se encuentren fuera del ámbito de actividad ordinaria de la entidad [...]».

13 MELGAREJO DÁVILA, Rafael. «Los sujetos del procedimiento administrativo». En *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: UPC, 2009, p. 283.

14 MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 225.

15 *Ibid.*, p. 225.

Ello quiere decir que corresponde el pago por parte de la autoridad solicitante de los gastos efectivos solo cuando el objeto de la colaboración «se encuentre fuera del ámbito de una actividad ordinaria» de la autoridad solicitada, es decir cuando se trate de una actividad extraordinaria.

Ahora bien, ¿qué se debe entender por el desarrollo de una actividad extraordinaria de parte de una entidad requirente? La respuesta no es sencilla y puede dar lugar, a una serie de alternativas en función de la naturaleza del pedido formulado por la entidad solicitante. En realidad, una serie de actividades podrían calificar como extraordinarias. Sin embargo, dependiendo del caso en concreto, se deberá realizar un análisis y balance de las actividades de una entidad para efectos de si estas califican como tales. Asimismo, bajo una rigurosa justificación de los gastos efectivamente realizados, se procederá a pagar a la autoridad solicitada los mayores gastos que el pedido ocasione, sin embargo, ello debe conducir a una actitud razonable de ambas partes, pues se entiende que ninguna de ellas, en el ejercicio del derecho-deber de colaboración, puede motivar su actuación por un interés lucrativo respecto de la actuación de la contraparte.

En el contexto descrito, la colaboración administrativa no puede ser desnaturalizada por la asunción unilateral de gastos. Para tal efecto, es clave determinar los límites y alcances del término «gastos efectivos».

En primer lugar, debe analizarse los alcances de los componentes del precio o de la tasa que resulte aplicable al caso. De un lado, para formar un precio debe establecerse los componentes del costo y los componentes de la utilidad esperada. En este sentido, el término «gastos efectivos» se traduce justamente en los costos efectivos en que ha incurrido la entidad a la que se le solicita la colaboración, y que esta no haya sido producida mediante el ejercicio de su actividad ordinaria.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 79.2 de la LPAG regula los supuestos del cumplimiento del deber de asistencia activa. Tal como se ha indicado, el deber de asistencia se refiere a los términos del artículo 76.2.3 de la LPAG, norma directamente vinculada a la actividad de relación de las entidades públicas consistente en «prestar en el ámbito propio la cooperación y asistencia activa que otras entidades puedan necesitar para el cumplimiento de sus propias funciones, salvo que les ocasione gastos elevados o ponga en peligro el cumplimiento de sus propias funciones».

En términos formales, el cumplimiento del deber de colaboración de acuerdo a los alcances del artículo 76.2.2 no debe generar mayores gastos. Ahora bien, si es que se solicita dicha colaboración, fuera del ámbito ordinario de las actividades a cargo de la entidad, ello puede implicar que dicha entidad requerida o solicitada se encuentre en la obligación



ineludible de colaborar, pero los gastos efectivos en los que se incurra para materializar dicha colaboración deben ser expresamente establecidos.

Finalmente, para concluir con este punto, cabe señalar que los sujetos que participan del principio de colaboración están compuesto por diversas entidades públicas y empresas que se encuentran adscritas a un sector de la actividad estatal. En base a ello se celebran convenios entre entidades públicas. En nuestra opinión, esto refleja una situación fáctica compleja, pues existen supuestos en los que las entidades públicas pueden, bajo pretexto de colaboración administrativa, prestar servicios complementarios o extraordinarios, distintos de su actividad ordinaria, y de los cuales obtener beneficios lucrativos.

## II. LA NECESIDAD DE UN NUEVO ENFOQUE DE LA COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA

Una vez analizado el marco legal de la colaboración administrativa en la LPAG se puede llegar preliminarmente a tres conclusiones:

- La LPAG solo se limita a regular los supuestos de colaboración entre entidades como la única forma de colaboración administrativa que pudiera existir en el ordenamiento jurídico, y obvia el deber de colaboración que trasciende únicamente a las entidades administrativas.
- La LPAG, de manera similar a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de España, crea un marco jurídico con reglas para la colaboración entre entidades. No obstante, no toma en cuenta que la ley española enfoca la colaboración administrativa, los convenios y las conferencias como reglas generales, que responden a diversas técnicas de cooperación ampliamente reconocidas por la doctrina administrativa<sup>16</sup> y clasificadas como orgánicas y funcionales.
- Si bien el marco legal establecido en la LPAG no señala que los convenios de colaboración administrativa sean los únicos medios por los cuales se formaliza la colaboración administrativa, se debe tener en cuenta que las conferencias u otros mecanismos de colaboración apuntan a la celebración de convenios. Esto restringe la posibilidad de que existan otras formas de colaboración que no se limitan a la celebración de convenios.

REFORMAS A LOS  
MECANISMOS DE  
COLABORACIÓN  
ADMINISTRATIVA  
A PROPÓSITO DE  
LOS DIEZ AÑOS  
DE VIGENCIA DE  
LA LEY 27444

REFORMS OF  
ADMINISTRATIVE  
COOPERATION  
MECHANISMS  
WITH REGARD TO  
THE TEN YEAR LIFE  
OF THE LAW 27444

<sup>16</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. cit., pp. 442-450; y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ob. cit., pp. 353-358.

En función de lo anteriormente descrito, el nuevo enfoque que se busca plantear para la colaboración administrativa en el Perú se podría explicar de una forma más proactiva, si se toma como referencia las técnicas de cooperación y de organización utilizadas en el ordenamiento español, y que son aplicadas de acuerdo a la realidad de nuestra administración pública en lo que sea pertinente, a fin de tener claro el panorama de la colaboración y de no restringir su ámbito de aplicación.

De este modo, según Santamaría Pastor, las técnicas de cooperación y coordinación responden a un solo objetivo, que es lograr la coherencia de la actuación de la administración pública, lo que vendría a ser, en nuestro ordenamiento, los principios de unidad en la actuación de la administrativa —coherencia y colaboración— establecidos en el artículo 76 de la LPAG.

En tal sentido, las técnicas de cooperación existentes entre las distintas entidades de la administración pública sirven para ilustrar e identificar las distintas formas de cooperación existente entre las entidades que forman parte de la administración pública. Estas son las siguientes:

- Técnicas orgánicas. Son aquellas empleadas para la gestión de la participación de los representantes de las distintas entidades administrativas en la toma de decisiones estatales, o bien aquellas empleadas a través de órganos de cooperación, consulta y colaboración. Un ejemplo de estas técnicas son las denominadas conferencias sectoriales, novedad introducida en el artículo 77 de la LPAG. El empleo de estas técnicas orgánicas se relaciona con la idea de la participación conjunta o la concertación de la actuación de las distintas unidades orgánicas de la administración pública en los procesos de gestión de los asuntos públicos. Otro ejemplo podría ser la constitución de comisiones multisectoriales cuya finalidad es solucionar un problema o atender un asunto de manera inmediata —por tanto de naturaleza temporal— y que requiere de la participación de uno o más representantes de los distintos ministerios que forman parte de la estructura del Estado.
- Técnicas funcionales. También denominadas técnicas de carácter procedimental<sup>17</sup>, nos remiten al ejercicio de funciones administrativas, toda vez que existe una entidad que solicita colaboración de otra para que esta, en el ejercicio de sus funciones o actividades ordinarias, le brinde el soporte y apoyo necesario para el cumplimiento de las suyas. Según Santamaría Pastor,

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p. 446.

se reconocen cinco formas de cooperación mediante técnicas funcionales<sup>18</sup>:

[...] a) El deber general de información. – Deber que señala a las entidades de la Administración Pública a facilitarse entre sí, la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias, con la finalidad, por ejemplo de recabar medios probatorios. Este deber, en la LPAG ha sido inspirado por los literales «c» y «e» del artículo 4º de la Ley 30/1992, Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España, que nos indica: Artículo 4º. – Principios de las relaciones entre las Administraciones Públicas. – Las Administraciones Públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán: [...] *facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias* [...] *A efectos de lo dispuesto en las letras c) y d) del apartado anterior, las Administraciones públicas podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición del ente al que se dirija la solicitud. Podrán también solicitar asistencia para la ejecución de sus competencias* [...]

De este modo, se entiende que la asistencia y cooperación requerida en lo que se refiere a entregar información, solo podrá negarse cuando el ente del que se solicita no esté facultado para prestarla, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones [...]

b) El deber de asistencia. – Este deber señala la obligación de las entidades administrativas de prestar, en el ámbito de sus propias competencias, la cooperación y asistencia activa que otras entidades administrativas pudieran requerir<sup>19</sup>. Esta técnica, según González Pérez, remite a la existencia del denominado auxilio administrativo<sup>20</sup>, esto es, el deber general de los órganos administrativos de prestarse mutua ayuda y colaboración. Esta figura encuentra su correlato en el denominado «deber de auxilio judicial», que existe entre los jueces y tribunales como la obligación de ayudarse y auxiliarse mutua y recíprocamente.

En este sentido, se debe entender que esta técnica constituye una expresión del principio por el cual «toda autoridad debe prestar auxilio complementario a otras autoridades a solicitud de estas».

c) Las técnicas de participación en procedimientos conjuntos. – Se trata de la participación de una entidad en procedimientos que tramita

18 *Ibíd.*, pp. 442-454.

19 *Ibíd.*, p. 447.

20 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Volumen I. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1999, p. 354.

y resuelve otro distinto. Esta intervención suele tener lugar por vía de aprobación, propuesta o informe previo a la toma de decisión. Esta técnica de colaboración funcional puede ser ejemplificada de distintas formas, dado que es muy común en la Administración Pública se requiera la opinión previa, informe previo u otras consideraciones previas a la toma de decisiones, en el marco de procedimientos administrativos. Por ejemplo, en INDECOPI se llevan a cabo procedimientos bilaterales sancionadores y no sancionadores. Un ejemplo de estos procedimientos bilaterales sancionadores es el «procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas»<sup>21</sup>, que en el marco del Decreto Legislativo N° 1034, se inicia siempre de oficio o por iniciativa de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia o por denuncia de parte. Este tipo de procedimiento administrativo sancionador requiere durante sus etapas, en numerosas oportunidades, que la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia realice actuaciones previas para recabar medios probatorios, los que a su vez, servirán para tomar una decisión sobre el caso en controversia. Estas actuaciones, según CIERCO SEIRA<sup>22</sup> forman parte de la facultad discrecional de la administración, dentro de los márgenes legales, de realizar las actuaciones procedimentales necesarias en cada caso para preparar la adopción de una decisión.

De este modo, tal como sucedió en el caso CIVA vs CIAL, recaído en el Expediente N° 024-2004/TDC-INDECOPI<sup>23</sup>, el INDECOPI tuvo que pedir cierta información relevante al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de lograr resolver el caso. En este sentido, resulta evidente que el MTC tuvo participación en el referido procedimiento bilateral sancionador para la resolución del caso, dado que de lo contrario, INDECOPI no habría podido recabar todas las pruebas. Por tanto, es importante indicar que el deber de colaboración en el procedimiento administrativo debe realizarse, no solo bajo el principio de colaboración, sino también bajo los principios de celeridad, verdad material y eficiencia.

Por otro lado, INDECOPI también lleva a cabo procedimientos bilaterales no sancionadores, como es el caso del procedimiento de autorización previa de operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico, el cual involucra a dichas empresas para poder fusionarse o reorganizarse. Este tipo de procedimientos, que no culmina con una sanción a las partes del mismo, termina con la emisión de una autorización. En este sentido, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

21 En [http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER\\_Interna.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=98](http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=98).

22 CIERCO SEIRA, César. *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*. Zaragoza: Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, 2002, p. 71.

23 Resolución 0493-2004/TDC-INDECOPI de INDECOPI, recaída en el expediente 024-2004/CCD, de fecha 22 de setiembre de 2004, sobre el procedimiento seguido por Turismo Civa S.A.C. contra Expreso Cial S.A.C. por la presunta comisión de actos de competencia desleal. En [http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER\\_Interna.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=99](http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=99).

de INDECOPI para poder motivar sus decisiones, podrá recabar los datos del Ministerio de Energía y Minas o, según sea el caso de OSINERGMIN. Por tanto, en este tipo de procedimientos, también corresponde hablar de colaboración administrativa en el procedimiento.

d) Las técnicas de planificación conjunta. – Supone la elaboración de planes o programas referidos a materias, obras o servicios de interés común, que se financian por todos o parte de los entes interesados en ellos, según los casos.

En el Perú, el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico – CEPLAN tiene como misión Impulsar la instauración de una cultura de planeamiento estratégico concertado en los diferentes niveles de gobierno, asegurando que las acciones del Estado alcancen los objetivos nacionales de desarrollo e integración a la economía global y la mejora de la gestión pública.

Al respecto, cabe señalar que la técnica de planificación requiere ineludiblemente de acciones de concertación y colaboración entre las entidades de la Administración Pública, dado que el cumplimiento de un plan estratégico requiere ineludiblemente de la participación de todas las entidades en conjunto.

e) Los convenios entre entidades públicas. – Tal como se señaló en párrafos anteriores, esta es la técnica por excelencia de la colaboración administrativa, dado que es más usual y es considerada por Santamaría Pastor como la más importante y frecuente.

Los convenios de colaboración pueden adoptar innumerables denominaciones, no obstante, en rigor son un mecanismo adicional de colaboración. Culminado el análisis de las técnicas de colaboración administrativa, es importante señalar que todas las técnicas de colaboración buscan que, de manera coordinada y coherente se logre la unidad de actuación de la misma. Asimismo, es importante destacar que las mencionadas técnicas no hacen más que abrir el panorama de la colaboración administrativa, incluso más allá del concebido y regulado en la LPAG, esto es se toma en consideración que la colaboración no se restringe a la celebración de convenios o conferencias, sino que esta tiene un campo mucho más amplio de acción.

De este modo, la colaboración administrativa debe ser vista como un fenómeno general cuyo ámbito de aplicación *no se agota en la colaboración entre entidades, sino también incluso entre entidades públicas y privadas; y, asimismo, entre entidades y personas naturales [...]* (las cursivas son nuestras).

## II.1. Un fenómeno general

La colaboración administrativa debe ser apreciada como un fenómeno general, pues se refiere a una visión mucho más amplia a la concebida

REFORMAS A LOS  
MECANISMOS DE  
COLABORACIÓN  
ADMINISTRATIVA  
A PROPÓSITO DE  
LOS DIEZ AÑOS  
DE VIGENCIA DE  
LA LEY 27444

REFORMS OF  
ADMINISTRATIVE  
COOPERATION  
MECHANISMS  
WITH REGARD TO  
THE TEN YEAR LIFE  
OF THE LAW 27444

por la LPAG. Sin embargo, en el esquema adoptado por la actual normativa recogida en la LPAG existe un criterio restrictivo de aplicación, que la extiende únicamente al caso de las entidades públicas señaladas en el propio ámbito de aplicación de la ley 27444.

En otras palabras, los principios de colaboración y de asistencia no solo deben vincularse a los mecanismos que activan entre sí las propias entidades públicas, sino también a entidades privadas e incluso personas naturales que tengan un rol en una determinada situación jurídica, como lo es, por ejemplo, el procedimiento administrativo.

## II.2. Modalidades de colaboración administrativa

De acuerdo a la nueva perspectiva planteada con respecto a la colaboración administrativa, se pueden distinguir dos modalidades de este tipo de actuación —las que, a su vez, deberían contar con un marco normativo—, a fin de poder contribuir con la coherencia y unidad de la actuación administrativa:

### II.2.1. Entre entidades públicas y privadas

El viejo concepto de colaboración entre entidades pierde de vista que el mayor aliado del Estado y de la administración pública, para que esta pueda cumplir las funciones de interés público que le encomienda la Constitución y las leyes, es la empresa privada. A diferencia de lo que ocurría en el pasado, hoy en día son frecuentes los casos en que se presenta una activa interacción entre las entidades particulares y los agentes privados, en los cuales no siempre se actúan por estrictos criterios de utilidad o lucro, sino también, con el propósito de colaborar entre sí, o en la mayoría de los casos, colaborar a favor del Estado.

Por ejemplo, uno de los más importantes ejemplos de colaboración administrativa —y de gran repercusión en la economía de un país— son las asociaciones público-privadas, las concesiones y demás formas asociativas entre el Estado y la empresa privada, que tienen como principal finalidad la ejecución de proyectos de obras e infraestructura, los que a su vez satisfacen intereses y necesidades públicas.

### II.2.2. Entre particulares

Otra modalidad de colaboración que no debe pasarse por alto es la de los particulares para con la administración pública, en la medida que estos son sujetos dentro del procedimiento administrativo y tienen el deber de actuar de buena fe, según el principio de conducta procedimental establecido en el numeral 1.8 del numeral I del título preliminar de la LPAG.

Un claro ejemplo de colaboración entre los particulares y las entidades públicas se presenta en materia tributaria, cuando los contribuyentes

están en la obligación de colaborar con la administración tributaria, a efectos de cumplir sus obligaciones tributarias en los montos y plazos establecidos por la ley.

### II.3. Características

En función de lo expuesto hasta este punto, el nuevo panorama de la colaboración administrativa requiere identificar que posee dos principales características.

#### II.3.1. Sustancial

En tanto la colaboración administrativa responde al deber general de colaboración en la administración pública y sobre todo a los principios de unidad y coherencia de su actuación.

De este modo, la perspectiva sustancial de la colaboración administrativa invoca a reconocerla como una herramienta útil para lograr la unidad y coherencia en la actuación administrativa, que tiene como principal fundamento el deber de colaboración, asistencia o «auxilio», a fin de que la administración pueda cumplir adecuadamente y oportunamente las funciones de interés público que le han sido encomendadas por el ordenamiento jurídico.

#### II.3.2. Procesal

La colaboración administrativa, como toda herramienta que busca lograr las finalidades antes indicadas, debe poseer reglas adecuadas que faciliten su empleo y regulen supuestos de incumplimiento y solución de conflictos, dado que las reglas vigentes en la LPAG se reducen a ciertas modalidades de colaboración que contemplan una visión más amplia de la misma.

En este sentido, según la LPAG, la única regla que daría curso a un supuesto de colaboración administrativa es la referida a las normas aplicables a los pedidos de colaboración.

## III. LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LAS REGLAS VIGENTES

Con relación al numeral 76.2 de la LPAG, que regula los deberes que deben cumplir las entidades en el marco del principio de colaboración, es importante tener en cuenta que los deberes que una entidad pueda asumir a partir de un compromiso de colaboración pueden desbordar a los estrictamente denominados en el referido numeral, por ello sería oportuno que en una eventual y futura revisión de la LPAG se añada un numeral que otorgue a las entidades un margen de discrecionalidad para establecer su actuación en el marco de la Constitución y la ley.

325

REFORMAS A LOS  
MECANISMOS DE  
COLABORACIÓN  
ADMINISTRATIVA  
A PROPÓSITO DE  
LOS DIEZ AÑOS  
DE VIGENCIA DE  
LA LEY 27444REFORMS OF  
ADMINISTRATIVE  
COOPERATION  
MECHANISMS  
WITH REGARD TO  
THE TEN YEAR LIFE  
OF THE LAW 27444

Otro aspecto que debería ser modificado de la LPAG es el referido a la propia colaboración administrativa, dado que sería oportuno ampliar aún más el panorama que fue plasmado en la referida ley hace casi diez años. En tal sentido, se debería introducir las técnicas de colaboración, orgánicas y funcionales, a fin de otorgar realmente coherencia a la actuación administrativa.

Una vez adoptada la sugerencia anteriormente planteada, sería oportuno invocar la creación de normas procedimentales que logren dar cabida a las distintas formas de colaboración administrativa, e inclusive que eviten la obtención de ganancia o lucro, por parte de una entidad pública con respecto de otras. No han sido pocos los casos que a la luz de la experiencia de colaboración administrativa han significado por el carácter exclusivo o casi monopólico de una actividad de parte del Estado —RENIEC, SUNAT, SAT, SUNARP, etcétera— la existencia de mayores costos o similares a los de cualquier administrado para otras entidades públicas.

#### IV. CONCLUSIONES

- A partir de la entrada en vigencia de la LPAG en el año 2001, ya no se concibe que las entidades de la administración pública se relacionan únicamente en la vía del conflicto, sino, más bien, se introduce una regla general de colaboración y cooperación entre las entidades.
- La aplicación de las reglas de colaboración administrativa, a la luz de los diez años de vigencia de la ley 27444, nos plantea la necesidad de efectuar algunos ajustes en función de las experiencias acumuladas en el marco de aplicación de la indicada ley, así como del nuevo rol que vienen asumiendo las entidades públicas en sus relaciones entre así, así con terceros.
- Las relaciones entre las entidades públicas deben ser eficaces y orientarse a la unidad y coherencia de la actuación del Estado. Siendo ello así, es necesario que se recurra las vías directas o internas de la administración pública antes que a formulas o soluciones externas que encarezcan la economía y la celeridad de la gestión pública. Por ello, las entidades deben recurrir a mecanismos de cooperación que les permitan intercambiar información y servicios mutuos.
- Las técnicas de cooperación orgánicas y funcionales no son técnicas propiamente aplicables al caso peruano, dado que estas responden, básicamente, a la realidad española. Sin embargo, de manera didáctica, se ilustró lo útil que puede ser comenzar



a ponerlas en práctica en nuestro ordenamiento, a través de los órganos jurisdiccionales y el propio Tribunal Constitucional.

- Las técnicas de cooperación orgánicas están referidas a la participación de las entidades o de sus representantes en el manejo de las decisiones estatales o con respecto a la creación de órganos sectoriales que estén destinadas a una gestión pública concertada a nivel de las diversas autoridades competentes.
- Por otro lado, las técnicas de cooperación funcionales se refieren al ejercicio del deber de colaboración de las diferentes entidades de la administración pública, cuyo contenido indica que toda entidad pública debe brindar soporte y apoyo necesario para el cumplimiento de los fines de las entidades que se lo soliciten, siempre y cuando lo solicitado no exceda el ámbito de las funciones ordinarias de la entidad solicitada.
- La colaboración administrativa como un principio que no solo abarca a todas las entidades de la administración pública parte de comprender que la unidad y coherencia de la actuación administrativa no solo es responsabilidad de esta, sino también de las demás entidades con las que se pueda relacionar e incluso con las personas a título particular.
- Es indudable que la fotografía de la colaboración administrativa tomada el año 2001 requiere un nuevo análisis y una actualización del panorama, toda vez que, hoy por hoy, no se puede restringir la colaboración administrativa al deber de asistencia solo entre entidades o para la celebración de convenios de colaboración.

327

REFORMAS A LOS  
MECANISMOS DE  
COLABORACIÓN  
ADMINISTRATIVA  
A PROPÓSITO DE  
LOS DIEZ AÑOS  
DE VIGENCIA DE  
LA LEY 27444

REFORMS OF  
ADMINISTRATIVE  
COOPERATION  
MECHANISMS  
WITH REGARD TO  
THE TEN YEAR LIFE  
OF THE LAW 27444

Recibido: 20-07-2011  
Aprobado: 15-08-2011



# Ética pública y deber de abstención en la actuación administrativa

Public ethics and duty of abstention in administrative action

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ\*

**Resumen:** La ética debe impulsar, sostener, inspirar y complementar al Derecho, aunque lo exigible al poder público, bajo el Estado social y democrático de Derecho, es su plena sumisión a este. El deber de abstención de los servidores públicos cuando se encuentran en las situaciones que la ley determine por comportar riesgo de parcialidad o de servicio a algún interés particular y no a los fines públicos es solo una medida precautoria, que busca la mejor garantía de la efectiva sumisión de toda actuación del poder público al Derecho, así como también favorecer la confianza del ciudadano en las autoridades y en los empleados públicos. Esto ha sido construido en el siglo XX, a partir de la figura de la recusación, de gran arraigo histórico en el ámbito judicial, la cual ha pasado a ser incluida en la configuración institucional. La comparación de su regulación en el ámbito administrativo en los derechos peruano y español favorece un análisis de las particularidades de su régimen jurídico.

**Palabras clave:** Ética pública – Estado de Derecho – administración pública – acto administrativo – procedimiento administrativo – recusación – abstención

**Abstract:** Ethics should promote, sustain, inspire and complement the Law, although, under social and democratic Rule of Law, it is required the entire submission of Public Administration to Law. Public employee's duty of abstention, when they find themselves in situations determined by law as under the risk of partiality or service to particular interests and not to public purposes, is only a precautionary measure that search for the best guarantee of effective submission to Law of all public power proceedings and promote citizen's trust in their authorities and public employees. Duty of abstention was built in XX century from the legal concept of recusation which is historically deep-rooted in legal field, and it is included in institutional setting. Comparison of regulations between Peruvian and Spanish Law in the administrative field promote an analysis of legal system particularities.

**Key words:** Public ethics – Rule of Law – Public Administration – Administrative action – Administrative Procedure – Recusation – Abstention

---

\* Es catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid (España). Correo electrónico: marlomu@der.uva.es.

SUMARIO: I. SOBRE LA LLAMADA ÉTICA PÚBLICA. – II. EL DEBER DE ABSTENCIÓN EN SU GESTACIÓN Y SUS PORQUÉS HISTÓRICOS. – III. CARÁCTER INCIDENTAL DEL PROCEDIMIENTO DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN. – IV. EL DEBER DE ABSTENCIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN LA LEY PERUANA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL DE 2001.

## I. SOBRE LA LLAMADA ÉTICA PÚBLICA

Si, a efectos de pulsar qué se está entendiendo hoy por ética pública, acudimos a uno de los conocidos buscadores de Internet, esta nos aparece de inmediato definida como «ética aplicada y puesta en práctica en los asuntos de gobierno» o «ética aplicada en los servidores públicos, entendiendo por éstos aquéllas personas que ocupan un cargo público ya sea por elección, oposición u otro medio, y que tienen una responsabilidad ante el Estado [...] que se traducen en actos concretos orientados hacia el interés común y/o de la ciudadanía. La ética pública se refiere entonces a los actos humanos en tanto que son realizados por gobernantes y funcionarios públicos en el cumplimiento del deber»<sup>1</sup>.

Se tiene también generalizada, por lo contrario, a la denominada corrupción en la actuación de los poderes públicos<sup>2</sup>.

En España, Jaime Rodríguez-Arana, que ha publicado varios libros al respecto en los últimos años, viene a identificar la ética pública con la ética de la función pública, como «ciencia de la actuación de los funcionarios orientados al servicio público, al servicio de los ciudadanos, al compromiso con el bienestar general de la gente», o «la ciencia del servicio público en orden a la consecución del bien común, del bien de todos haciendo, o facilitando el bien de cada uno de los miembros de la sociedad»<sup>3</sup>, y considera igualmente como «lugar común afirmar que las conductas antiéticas en el servicio público responden ordinariamente y con carácter general al nombre de corrupción», cuyo «fenómeno consiste en la desnaturalización del poder público que se opera, en lugar de al servicio de los demás, en provecho de quien lo ejerce», si bien inmediatamente, al ampliar y difuminar la significación de esta noción —que es ciertamente muy indeterminada y depende de contextos— dirá que, sin embargo, «la »corrupción» —que pone ahora así, entre comillas— más

1 DIEGO, Óscar. «Introducción a la ética pública». En <http://www.dilemata.net/index.php/Etica-publica-y-buen-gobierno/introducci-la-ica-pca.html> (27 de febrero de 2008). Óscar Diego Bautista es autor del libro *Ética pública y buen gobierno (fundamentos, estado de la cuestión y valores para el servicio público)*. Toluca: Instituto de Administración Pública del Estado de México, A.C., 2009, donde se encuentran más desarrollados esos mismos conceptos, y que se encuentra en la siguiente dirección electrónica: <http://eprints.ucm.es/9829/1/eticapublica.pdf>.

2 Véase: CANALES ALIENDE, José Manuel. «Algunas reflexiones sobre la ética pública». VII Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la administración pública. Lisboa, Portugal, 8-11 de octubre de 2002. El autor recuerda significativamente que «en algunos países como en U.S.A., con motivo del Watergate en 1978 va a tener un lugar prioritario desde entonces».

3 RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *La dimensión ética*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 30.

grave que acecha a la administración es el ambiente de incompetencia o mediocridad de quien no es consciente del elevado valor que tiene el servicio público, cualquiera que sea el puesto que se ocupe en la maquinaria administrativa»<sup>4</sup>. Fernando Sainz Moreno —como ha recordado José Luis Carro— ha llegado a condensar la ética positiva exigible a los servidores públicos en el trabajo bien hecho<sup>5</sup>.

La ética es, a nuestro entender, la dimensión normativa de la ontología antropológica propia del ser humano en su integridad<sup>6</sup>, con su inescindible doble dimensión personal como individuo y miembro solidario de la sociedad, como ser compuesto de materia y espíritu —de razón, por tanto—, determinado por una naturaleza común recibida y permanente, que incluye en todo caso determinados procesos y condicionamientos biológicos, psicológicos y ontológicos, pero, a la vez —y dentro de las limitaciones que todo esto comporta—, dueño y responsable de su conducta por la autodeterminación de su libertad, en orden a su desarrollo, a su perfeccionamiento personal y al de la sociedad actual y del futuro, mediante el ejercicio de sus potencialidades, y el uso y aprovechamiento racional del universo material que le rodea, dentro de la amplia gama de alternativas que la misma naturaleza hace posible.

Es la ética la que impera criterios de ordenación racional de la conducta de cada ser humano a sus fines, determinando así lo bueno, lo menos bueno y lo malo en el orden moral que abarca la vida interior y no solo la exterior de cada persona. La conciencia de cada uno debe impregnarse de correcto sentido ético y dirigir así toda la conducta —interior y exterior— certeramente al bien. De que así suceda dependerá el destino de cada cual y también el de la sociedad, que no tiene más entidad real que la relacional en cuanto formada por el conjunto de las personas humanas, y depende, por tanto, del comportamiento de estas, aunque el de algunas tenga más capacidad de incidencia, condicionamiento y arrastre que el de otras.

El Derecho no puede desvincularse de la ética, pero, en sentido estricto, es realidad relacional distinta: se refiere solo a relaciones interpersonales que comportan la exigibilidad de determinadas conductas activas o pasivas de unos con respecto a otros, por razón de determinadas «cosas» distribuidas entre ellos —entendidas estas en su más amplio sentido,

4 *Ibid.*, pp. 31-32.

5 CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis. «Ética pública y normativa administrativa». *Revista de Administración Pública*, número 181, 2010, p. 13.

6 La ética, por tanto, y también la pública, tiene una fundamentación metafísica. Sobre la base del relativismo imperante en algunos medios culturales, basado comúnmente en teorías del conocimiento que niegan la capacidad de este de acceder al ser de las cosas y en particular del ser humano, se ha tratado de construir una denominación ética pública surgida de supuestos consensos sociales generalizados, cuya fragilidad —llena de graves riesgos para el ser humano— deriva de la ausencia del firme asidero que solo las verdaderas exigencias de la realidad del ser puede procurar.

donde se incluyen la vida y los bienes también inmateriales del ser humano— que la sociedad debe garantizar.

El Derecho ha de basarse en la ética e incluirse en ella, pero contiene muchos elementos que solo son asumidos por la ética a partir de su legítima juridificación, por cuanto representan en sí mismos una opción entre otras muchas también éticamente legítimas, aunque pasen a ser concreción de deberes éticos una vez que pasan a convertirse en parte del Derecho. La ética, en su dimensión social, tiene así en el Derecho, debidamente establecido, un instrumento muy importante de concreción, aunque no se agote en él, ni deba pretenderse. Se ha dicho más de una vez que el Derecho debe asegurar un *mínimum* ético. Aunque sea muy amplio, no todo lo éticamente debido en las relaciones interpersonales debe ser conformado como Derecho, con la consiguiente exigibilidad coercible.

De lo que estamos hablando entonces cuando adjetivamos la ética como pública puede ser, en efecto, discutible, pues puede referirse a los criterios e imperativos de la ética sobre cualesquier conducta humana que trascienda el ámbito de la llamada privacidad —propio de las relaciones familiares y domésticas, de las relaciones de amistad, del ámbito interno incluso de organizaciones voluntarias y libres en cuanto no afecte a terceros— o, más restrictivamente, puede hacer referencia a las que tienen lugar en las relaciones que tienen en alguna de sus partes a algún poder público, o, incluso, y aún más limitadamente —como hemos visto anteriormente—, solo a aquellas conductas de quienes desempeñan cargos o empleos públicos.

En cualquier caso, indudablemente forma parte de la ética pública la que rige en el plano propio la actuación de personas humanas como administración pública o poder judicial, o, en fin, la que rige como legisladores y como cualquier otra manifestación del poder público, con el requisito, desde luego, de que comience en una democracia, y en los ciudadanos convocados para ejercer las supremas potestades.

Resulta, sin embargo, que, bajo los principios del Estado de Derecho hoy imperantes, el poder público —salvo el supremo y soberano, residenciado en el pueblo— está sometido positivamente al ordenamiento jurídico, de modo que solo puede llevar a cabo lo que este explícitamente —y, bajo ciertos límites, implícitamente— le permite, aquello que, en su aplicación, comporta una especial densidad de sumisión por parte de los poderes ejecutivo y judicial. Este último es el que más estrictamente está sometido al imperio de la ley, pero también la administración pública se encuentra plenamente sometida a la ley y al Derecho, como viene a decir el artículo 103 de la Constitución española. Podríamos decir que lo que importa es que jueces y administradores públicos o gobernantes —en tanto nivel superior de las correspondientes administraciones—

cumplan la ley, y se acomoden en su conducta como tales al ordenamiento jurídico y al Derecho. La ética tendrá para ellos —y para el impulso interior que facilite y sostenga eficazmente su buen hacer—, como personas, la mayor trascendencia, desde luego, pero lo que la sociedad puede exigirles es que actúen conforme a Derecho, lo que no quita que, como ha quedado apuntado, sea importantísimo que ese Derecho, a su vez, se base y refleje en una ética correcta, y respete y cumpla sus requerimientos, que están certeramente fundados en el ser del hombre, de la sociedad, del poder público y de las cosas en general<sup>7</sup>. Pero es claro que esta dimensión ética, con toda su trascendencia, se encuentra en un plano distinto del Derecho, que es de lo que se ocupan las leyes, por más que, ocasionalmente, alguna importante ley pueda remitir al límite que supone la moral o las buenas costumbres, tal y como ocurre en el Derecho español, en materia de contratos privados (artículos 1255 y 1275 del Código Civil) o de vigencia de las costumbres como fuente de Derecho (artículo 1.3 del Código Civil). La moral ha sido considerada tradicionalmente un límite general, al menos negativo —propriadamente jurídico—, en el alcance de los derechos y libertades y así se proclama en el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y se concreta, más específicamente, con respecto a algunos en los diversos textos normativos internacionales que de ella dependen<sup>8</sup>. Pero, en realidad, la dimensión jurídica que entonces alcanza la moral o la ética no deja de tener unos alcances limitados y no fáciles de determinar<sup>9</sup>.

En la actuación de la administración pública —y del Gobierno, que no es sino su escalón directivo— su vinculación positiva al ordenamiento jurídico comporta, sin embargo, las más de las veces, espacios más o menos amplios de discrecionalidad o márgenes de apreciación de los presupuestos de la necesidad o posibilidad de actuar, del momento de hacerlo y de cómo hacerlo. Solo en algunas manifestaciones de su obrar está todo completamente predeterminado por las normas aplicables, de modo que pueda hablarse de actos o actuaciones «reglados» y en términos tan claramente determinados que no dejen margen alguno para la interpretación. Están, con todo, los principios generales del Derecho que, como parte muy importante del Derecho mismo, no dejan de marcar límites y exigencias que reducen considerablemente los márgenes

7 CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis. Ob. cit., pp. 15 y siguientes. Se refiere a los diversos valores y principios de sustancia ética que estarían positivizados en la Constitución española y luego desarrollados en la legislación administrativa.

8 Como el artículo 18.3 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, que además se refiere a la moral pública como límite de la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias. Igualmente, véase el artículo 19.3b del mismo pacto, en cuanto a la libertad de expresión, o el 21, con respecto al derecho de reunión, y el 22, en cuanto a la libertad de asociación. También se refiere a su moral el artículo 10.3 del mismo Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, para proteger a los niños y adolescentes, frente a su empleo en trabajos nocivos, etcétera. Las legislaciones nacionales siguen conteniendo disposiciones o aplicando criterios similares.

9 Véase nuestro estudio «La moralidad pública como límite de las libertades públicas». *Revista de Derecho Administrativo*, año 6, volúmenes 15-16, enero-agosto 1994, pp. 109-125, Buenos Aires.

de la opción admisible, de modo que nunca puede hablarse de algo que tenga que ver propiamente con la libertad, la libre elección o la autonomía de la voluntad cuando de entidades y organismos públicos se trata<sup>10</sup>.

Los imperativos éticos podrían pasar, de todos modos, a desempeñar aquí —en esos márgenes de la discrecionalidad o de apreciación reconocidos al tratarse de la administración— un protagonismo más directo, precisamente por falta de la íntegra predeterminación propiamente jurídica de la acción. Todo lo mencionado es cierto, sin embargo, en el orden de las exigibilidades donde no llega el Derecho, en esos márgenes de opción del poder gubernativo y administrativo —como de modo aún más amplio ocurre en el ámbito del Poder Legislativo—, están estos sometidos a los imperativos sustantivos y de garantía de la política, que es algo muy relacionado con la ética y con el Derecho, pero distinto de una y de otro, y cuya efectividad sí que es garantizada por el Derecho. Será la responsabilidad política —requerida, encauzada y garantizada por el Derecho— la que juegue entonces donde no llegue la responsabilidad propiamente jurídica, por más que los supuestos de aquella, como los de esta, deban estar impregnados de ética.

En suma, y para no alargar ya más estas reflexiones, será muy conveniente —si es que no es imprescindible— que cuantas personas se ocupen de la cosa pública estén hondamente penetradas de una íntegra y acertada ética pública, que es quizás el principal bagaje para dar efectividad al Derecho y al Estado de Derecho, así como para orientar rectamente la política que este encauce y plasme. Pero la misma ética demanda un correcto y riguroso funcionamiento del Derecho, con todas sus consecuencias, incluido el que sirve a garantizar la responsabilidad política. Y en el orden de las exigibilidades relevantes socialmente, hay que atenerse, en suma, al Derecho, y también a la política que el propio Derecho hace posible y garantiza. Las responsabilidades éticas, además, son de muy difícil evaluación por implicar siempre —si se las comprende en su plenitud— a la interioridad de la conciencia. En el plano del Derecho —y más aún de la política—, aun cuando pueda tener relevancia a algunos efectos la intención y la voluntad interna —y siempre que sea susceptible si quiera de acreditación suficientemente indiciaria externa—, nos atenemos a lo externo y objetivo principalmente.

<sup>10</sup> Aunque algunas normas sigan hablando por inexplicable inercia y de modo contradictorio de una libertad de pactos de la administración pública en sus contratos (artículo 25 de la española Ley 30/2007, del 30 de octubre, sobre contratos del sector público). Véase: BACA ONETO, Víctor S. *La invalidez de los contratos públicos*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, pp. 117-118, nota 337.



## II. EL DEBER DE ABSTENCIÓN EN SU GESTACIÓN Y SUS PORQUÉS HISTÓRICOS

Pues bien, desde antiguos tiempos el Derecho ha detectado la relevancia de establecer previsiones que dificulten la injusticia en la toma de decisiones del poder público, por razones de parcialidad o de intereses particulares de quien las adopta, de quien las prepara o de quien puede contribuir de modo determinante a ellas desde las propias estructuras de tal poder público, con lo que se quiebra la legítima confianza de los súbditos, de los ciudadanos, de las partes de un proceso o de los administrados en el servicio de aquel frente la verdad objetiva, a la justicia y al Derecho.

Dada la usual mezcla y confusión que, en una u otra medida, se dio históricamente entre las funciones administrativas y judiciales —e incluso con las normativas que hoy encuadraríamos como legislativas— es fácil comprender que tales previsiones emergieran en el ámbito judicial, ya que fueron el Derecho penal y el Derecho procesal civil y penal los que establecieron progresivamente, a lo largo de los siglos, las garantías efectivas de las personas en cuanto a la actuación del poder público.

Lo que surgió primero en este orden fue probablemente la figura de la recusación, de la que habla como una de las posibles excepciones dilatorias De Dou y Bassols en su valiosa obra *Instituciones del Derecho público general de España (con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado)*, publicada en los años iniciales del siglo XIX, como auténtico albacea del antiguo régimen. Citamos de ella lo siguiente<sup>11</sup>:

Es cosa muy dura, y de temibles consecuencias el haber de ser el reo juzgado por un enemigo suyo, ó por personas interesadas en condenarle con las poderosas pasiones de interés, amor, odio, avaricia u otras semejantes: también es duro, aunque no tanto, el haber de ser juzgado por magistrado, de quien desconfíe o tenga rezelo la parte, aunque no pueda justificar causa particular y legal para recusarle [...]

En el día tenemos en esta parte [...] que por derecho de Castilla los magistrados ordinarios pueden ser recusados voluntaria y libremente sin justificación de causa, por no removerseles del todo del conocimiento, obligándoles solamente á acompañarse con otro [...]

Para recusar á los ministros de audiencias y consejos se necesita de causa (ley 1 y 2, tit. 10, li. 2, Rec.) [...] Constando [...] que con legítima causa no hay juez que no pueda ser recusado<sup>12</sup>.

No se habla en cambio, en una obra tan omnicompreensiva, de un deber de abstención que parece haberse ido construyendo precisamente

11 Tomo VI, oficina de don Benito García y Cía., 1802, pp. 84 y siguientes.

12 *Ibid.*, pp. 84-86. Sigue esta obra analizando las causas «aprobadas para recusar al juez».

a partir de la institución de la recusación, aunque la exceda con mucho. En España, las grandes leyes procesales adoptadas en 1881 (Ley de Enjuiciamiento Civil) y en 1882 (Ley de Enjuiciamiento Criminal), vigentes prácticamente hasta nuestros días<sup>13</sup>, establecerían ya unos deberes de abstención de jueces, magistrados y asesores (artículos 190 y 55, respectivamente), pero, precisamente, en el marco de regulación de la recusación.

Todavía a mediados del siglo XIX, aquella gran obra de incipiente Derecho administrativo que fue el *Derecho administrativo español*, de Manuel Colmeiro, también trata solo de recusación y, además, lo hace solo someramente a propósito de la actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa —establecida pocos años antes en España siguiendo de cerca el modelo francés de la época—, y no de la administración pública como tal<sup>14</sup>.

La traslación de la recusación al ámbito propio de la actuación de la administración pública y, por tanto, del procedimiento administrativo, no se producirá, según parece, hasta muy avanzado el siglo XX, dándose además el paso de configurar a la vez —sobre la base indudablemente de lo ya aplicado en el Derecho judicial— un deber de abstención superior e independiente con respecto a la recusación, que englobaría esta institución como una de sus implicaciones, de modo que lo principal y primario pasaría a ser, incluso en su presentación formal en la ley, el deber de abstención de la cual, justamente, una de sus secuelas sería la recusación, con lo que se cambiaba así el modelo que aún entonces ofrecía la legislación procesal<sup>15</sup>. Por lo que se refiere a España, no hay aún rastro de nada de esto en la obra doctrinal más difundida en la restauración, en las últimas décadas del siglo XIX y a principios del siglo XX<sup>16</sup>, ni en la primera ley sobre el procedimiento administrativo, ciertamente pionera en el panorama comparado, sancionada el 19 de octubre de 1889 y que contaba aún con las limitaciones propias de la época.

Sería la memorable Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 la que, por vez primera en España, y desde luego con su generalidad de aplicación a toda actuación de cualquier administración pública, dedicó una regulación específica a la abstención y a la recusación en este ámbito en sus artículos 20 y 21 respectivamente, que componían el capítulo IV del título primero, dedicado a los órganos administrativos.

13 *Ibíd.*, pp. 84-86. Sigue esta obra analizando las causas «aprobadas para recusar al juez».

14 Tomo II, librerías de don Ángel Calleja (Madrid y Santiago), y casa de los señores Calleja, Ojea y Cía. (Lima), 1850, pp. 258 y siguientes.

15 Sería a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, del 1 de julio (artículos 217 y siguientes), cuando se recibiría formalmente el modelo que se abrió camino primero en el ámbito administrativo, y ahora ya explícitamente incorporado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, artículos 99 y siguientes.

16 SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. *Curso de Derecho administrativo* (según sus principios generales y la legislación actual de España). Sexta edición. Madrid: Ricardo Fé, 1903.

Esos preceptos han tenido influencia en toda la América hispanohablante en donde se ha honrado la ley, y han pasado a ser, décadas más tarde, con idéntica estructura y pocos retoques, los artículos 28 y 29 de la vigente ley española 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en la que constituyen también un capítulo específico —el tercero del título segundo—, asimismo dedicado a los órganos de las administraciones públicas.

Una vez explicitado el deber de abstención en el ámbito administrativo, la legislación de funcionarios lo incorporaría de manera explícita al estatuto funcional, tras años en los que solo aparecía en la normativa reglamentaria de disciplina funcional que tipificó como falta grave su incumplimiento. Aún la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 no incluyó de manera expresa el deber de abstención entre los deberes de los funcionarios. Habilitado por esta ley en unos términos que ya no serían posibles bajo el más severo principio de legalidad sobre cualesquiera sanciones administrativas, establecido por el artículo 25 de la Constitución de 1978, fue el decreto 2088/1969, del 16 de agosto, el que, al establecer un nuevo reglamento disciplinario de los funcionarios civiles del Estado, tipificó por vez primera, bajo la letra m de su artículo 7, como falta grave «la intervención en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas»<sup>17</sup>. De ahí pasaría tal cual a la letra g también del artículo 7 del vigente reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la administración del Estado, aprobado por real decreto 33/1986 del 10 de enero, e igualmente sin la necesaria cobertura legislativa que, en punto a tipificación de infracciones y sanciones, ya requería entonces la Constitución, sin que hasta el día de hoy se haya aún satisfecho esta exigencia —lo que, naturalmente cuestiona su validez—<sup>18</sup>. Ha sido el Estatuto Básico del Empleado Público (ley 7/2007), del 12 de abril, el que, finalmente —aun sin resolver, sin embargo, el serio problema indicado de falta de cobertura legislativa de las faltas graves (y leves) del Reglamento disciplinario—, explicitó que los empleados públicos, y no solo los funcionarios propiamente dichos —mas sin inclusión de los cargos de designación política—, «se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal». En el apartado 5 del artículo 53 se hace un listado en el que aparecen hasta doce distintos tipos de deberes u obligaciones que responderían a lo que expresamente se denomina

17 Es significativo que una obra tan completa y de tan elevada talla intelectual como el tomo III, volumen II, del *Tratado de Derecho administrativo*, de José Antonio García-Trevijano Fos no dedique prácticamente atención al tema (pp. 711-725 y 989).

18 Así se deduce de lo afirmado, con toda razón, por la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, del 11 de junio, aunque este tribunal no haya tenido aún ocasión de pronunciarse sobre el real decreto 33/1986. Solo diversas leyes de comunidades autónomas para sus funcionarios, o algunas leyes estatales especiales para algunos funcionarios estatales, como las leyes orgánicas que regulan el régimen disciplinario de la policía, de la guardia civil o —ya en el ámbito judicial— de los jueces y magistrados han resuelto este problema. (Véase: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la función pública*. Sexta edición. Madrid: Tecnos, 2011, p. 312.

«principios éticos», distinguiéndolos —no hay manera de saber con qué criterio en realidad— de los englobados en el artículo 54, en los que esa ley decide llamar «principios de conducta», unos y otros constitutivos de lo que el artículo 52 denomina, con no escasa retórica, como puede observarse, Código de Conducta de los Empleados Públicos<sup>19</sup>. Pero, además, acogiendo una tendencia actual a un trato aún más exigente, que ofrezca mayor transparencia y garantías frente a posibles reales conflictos de intereses, el citado artículo 53.5 amplía expresamente el deber de abstención del empleado público a «toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público»<sup>20</sup>. El deber de abstención queda, en todo caso, altamente indeterminado, aunque la lógica jurídica obliga a entender que algún valor habrá que dar, a estos efectos, a las concreciones contenidas en la ley 30/1992 si no se quiere incurrir en una falta de seguridad jurídica poco o nada aceptable<sup>21</sup>.

En cualquier caso, la asunción del deber de abstención en los casos de interés personal de la autoridad o del empleado público que deba actuar como tal, y particularmente cuando concurren las causas que la ley determina, se fundamenta en una razón de precaución. Se trata de evitar que, en todo caso, quien tenga unas determinadas relaciones personales con los interesados, en asunto sometido a conocimiento y decisión de la administración, o con las implicaciones del asunto mismo que puedan comportar riesgo para la imparcialidad en su actuación, intervenga en él de cualquier modo relevante como órgano de la administración. No es descartable, desde luego, que, aun teniendo esas relaciones, se sirvan de hecho objetivamente y con la mayor imparcialidad y pulcritud los fines públicos, con pleno sometimiento al ordenamiento establecido y con toda justicia, como exigen en el Derecho español los artículos 103.1 y 103.3, y 106.1 de la Constitución. Y, si lo finalmente decidido o la actuación administrativa de que se trate incurren en desigualdad indebida de trato, en favoritismo o en desviación de poder, será ilegal y anulable o nulo en razón de esas infracciones del ordenamiento, con independencia del incumplimiento

19 CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis. Ob. cit., pp. 21. El autor plantea el problema de su eficacia jurídica en materia sancionatoria, con corolarios de no poca trascendencia sobre la eventual inconstitucionalidad de algunos aspectos de esa regulación.

20 Hace notar la evidente ampliación que esto comporta, y propone sucintamente reforzar la regulación (Véase: IRURZUN MONTERO, Fernando. «Ética y responsabilidad en la administración pública». En *Documentación Administrativa*, números 286-287, 2010, pp. 104-105.

21 Aunque no podremos ocuparnos de ello, en estos últimos años se han aprobado también en España la ley 5/2006, del 10 de abril, sobre regulación de los conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos de la administración general del Estado, así como el llamado «Código de buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado», del 18 de febrero de 2005, hecho público por orden del ministerio de administraciones públicas APU/516/2005, del 3 de marzo. Para más información, véase: GARCÍA MEXÍA, Pablo. «Ética, gobierno y administración en la España contemporánea». En Jaime Rodríguez Arana (director). *El derecho a una buena administración pública*. Salamanca: Junta de Castilla y León, 2008, pp. 113 y siguientes, particularmente p. 121. También véase: CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis. Ob. cit., pp. 18 y siguientes, especialmente pp. 26 y siguientes.

del deber de abstención, por más que, si se produjo verdaderamente, no deje de comportar indicios que pueden tener significativos efectos probatorios.

Pero el ordenamiento ha considerado preferible evitar el riesgo comprensible que entrañan las relaciones de presumible interés que causan el deber de abstención. Es lo mismo que ocurre con otras medidas solo precautorias análogas, como la imposición de un sistema de incompatibilidades en el ejercicio de cargos o empleos públicos<sup>22</sup> o en la contratación pública o dispensación de ayudas públicas, etcétera, las cuales, en algunas opiniones, habría aún que mejorar y completar<sup>23</sup>.

La institucionalización del deber de abstención implica, en todo caso, una exigencia bastante más amplia que la inherente a las eventuales consecuencias del ejercicio de un derecho de recusación. Lógicamente, este derecho solo se ejercerá en la práctica —y no eran otros los supuestos tradicionales en que podía fundarse— frente a situaciones de las que el recusante pueda temer un daño y no un beneficio, y, además, en cualquier caso, su activación dependerá de la apreciación concreta de personas y circunstancias que hagan los interesados para valorar si deciden recusar en aplicación de alguno de los supuestos que las leyes determinen, o si prefieren que el procedimiento siga adelante aunque pudiese existir alguna de las relaciones contempladas en estos supuestos.

El sentido cautelar, preventivo de la imposición del deber de abstención, refleja probablemente la creciente preocupación de nuestras sociedades por garantizar lo mejor posible el buen comportamiento de las autoridades y de los empleados públicos al servicio de todos, conforme a las exigencias del Estado social y democrático de Derecho, con lo que se busca dificultar la labor de la corrupción en las instituciones públicas, una práctica que tanto daña su eficacia y la confianza pública que sustenta y da solidez a una sociedad. Se trata, incluso, de exigir que los responsables públicos no solo sean buenos —cumplan bien su menester al servicio de todos—, sino que —como suele decirse— lo parezcan. Es decir, que no se encuentren en situaciones que puedan suscitar dudas razonables sobre la corrección de su comportamiento como autoridades o agentes públicos, ni sobre el cumplimiento del principio constitucional de que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, como proclama el artículo 39 de la Constitución peruana vigente, de 1993, con cuyos términos pareciera que se comprometen desde el propio presidente de la república hasta a los alcaldes.

22 Véase: SÁNCHEZ MORÓN, M. Ob. cit., p. 279; y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis. Ob. cit., pp. 23 y siguientes.

23 IRURZUN MONTERO, F. Ob. cit.

### III. CARÁCTER INCIDENTAL DEL PROCEDIMIENTO DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

Convendrá advertir que, en todas las regulaciones de la recusación y de la abstención, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo, una y otra requieren una decisión —respectivamente, judicial o administrativa— por parte de un órgano superior a aquel del que sea titular la persona en deber de abstención, o del que se fije como competente a tal efecto. Esto hará que el procedimiento correspondiente, aunque sea elemental, tenga siempre un carácter incidental respecto a otro principal, que será el relativo al asunto respecto del que se suscite la cuestión de la abstención o recusación, puesto que el planteamiento de la efectividad del deber de abstención o de una recusación carece de sentido alguno si no es en relación con un asunto concreto sobre el que debe intervenir o decidir la administración o un órgano judicial.

Es lógica la necesidad de este procedimiento incidental y de que su resolución corresponda de ordinario, como decimos, a un superior, pues, en cuanto sea posible, la concurrencia efectiva de la causa que obligue a la abstención —y justifique, en su caso, la recusación— debe ser apreciada lo más objetivamente posible por quien esté en situación enteramente libre de las relaciones de interés, y se encuentre obligado institucionalmente, por algún título organizativo, a velar por el ajuste a Derecho de la actuación de la autoridad o del empleado público del que se trate. Porque tampoco puede admitirse que alguien se acoja sin más o laxamente a un supuesto deber de abstención para soslayar responsabilidades<sup>24</sup>, ni que se utilice por alguno la recusación de forma abusiva o injustificada. Aunque a la vez algún mecanismo de garantía deberá poder impedir que quien sea llamado por el ordenamiento a resolver sobre la abstención de otros pueda utilizarlo para marginar sin causa justificada acreditada a quien, en virtud de la ley, deba intervenir en un procedimiento. Aun sin ser de aplicación al ámbito administrativo algo equivalente a un principio de tanta trascendencia constitucional como el del juez predeterminado por la ley, es claro también que las normas jurídicas de la organización y de la provisión de los diversos empleos públicos, con toda su relevancia en orden al deber —y al derecho— de intervenir o participar de determinada manera en los procedimientos administrativos son de obligado cumplimiento y no admiten manipulaciones interesadas. Más aún, naturalmente, si la autoridad competente para intervenir o decidir, unipersonal o colegiada,

<sup>24</sup> El deber de ejercer la función se traduce también en la prohibición de abstención en las votaciones como miembros de órganos colegiados que específicamente se impone a las autoridades y empleados de la administración pública, tanto en el Derecho español (artículo 24.1c de la ley 30/1992), como aún más ampliamente en el peruano (artículo 101 de la ley 27444). Véase: BACA ONETO, V. «Gobierno municipal o administración municipal: la distinción entre las funciones administrativas y las funciones de gobierno en la Ley Orgánica de Municipalidades». XXVIII Congreso Iberoamericano de Municipios, *pro manuscripto*, p.8.

debe su designación directa o indirectamente a un mandato confiado por vías democráticas<sup>25</sup>.

Ello nos coloca en definitiva ante determinados actos administrativos —o judiciales, si se trata de ese ámbito— resolutorios de estos incidentes procedimentales —o procesales, en el ámbito judicial—, de los que habrá que predicar el régimen común de los correspondientes actos jurídico-públicos, salvo en lo que la ley diga de específico para ellos<sup>26</sup>.

#### IV. EL DEBER DE ABSTENCIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN LA LEY PERUANA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL DE 2001

La Ley Peruana de Procedimiento Administrativo General de 2001 ha introducido una regulación del deber de abstención en el ámbito administrativo en sus artículos 88 a 94, cuyos rasgos pueden sintetizarse como veremos a continuación: «IV.1. No va acompañado de un tratamiento nominalmente diferenciado de la recusación, pero se reconoce el derecho de los interesados a ‘promover’ la abstención». Lo primero que llama la atención es la aparente levedad con que la ley de 2001 regula la recusación de la que venimos hablando. No hay referencias a ella con esta denominación ni con ninguna otra similar, y parece ponerse buen cuidado en evitar que pueda considerarse un derecho de los interesados. Se habla, en cambio, de «promoción de la abstención». El artículo 89.2 se limita a disponer en este sentido que «cuando la autoridad no se abstuviera a pesar de existir alguna de las causales expresadas, el administrado puede hacer conocer dicha situación al titular de la entidad, o al pleno, si fuere órgano colegiado, en cualquier momento». Estamos, pues, aparentemente, ante un puro derecho a informar o a denunciar ante el órgano que corresponda de la administración, pero no ante un derecho a exigir que se produzca en efecto la abstención si se verifica que la persona de que se trata está incurso en causal legal<sup>27</sup>, por más que, luego, el artículo 90.1 añada que la orden de abstención pueda producirse a pedido de los administrados, lo que comporta ya algo más que la mera denuncia, pues se contempla una petición.

El tono contrasta, no obstante —al menos a primera vista—, con la regulación de la recusación en el artículo 29 de la ley española 30/1992,

<sup>25</sup> Como se ha advertido en la doctrina española. Véase: DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. «La abstención en el procedimiento administrativo». En José María Baño León y Juan Climent Barberá (coordinadores). *Nuevas perspectivas del régimen local (estudios en homenaje al profesor José María Boquera Oliver)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 413-414.

<sup>26</sup> Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (ley 30/1992, del 26 de noviembre)*. Cuarta edición. Tomo I. Navarra: Thomson-Civitas, 2007, pp. 885 y siguientes.

<sup>27</sup> Así lo entiende expresamente, arguyendo que es algo distinto de la recusación, propia del orden judicial, Juan Carlos Morón Urbina en *Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General (comentarios)*. Reimpresión de la primera edición. Lima: *Gaceta Jurídica*, 2002, p. 238.

pero hay que reconocer que, sin embargo, no son tantas las diferencias reales. Empleando el mismo término, aun de modo un poco diferente, lo que dice ese precepto de la legislación española es que los interesados pueden promover la recusación en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, pero tampoco se reconoce allí, aparentemente, un auténtico derecho exigible mediante tal recusación, y que pudiese ser en consecuencia tutelado por los órganos judiciales. La ley podría dar incluso la impresión de no querer quepa la posibilidad de invocar un interés legítimo, que pudiese tratar de protegerse, al menos directamente, con el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24 de la Constitución. Frente a la resolución de quien deba conocer de la recusación —dice el artículo 29.5— no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento, lo que podrá servir, sin duda, de posible indicio probatorio relevante, también si el conflicto llega a la vía judicial. Lo mismo, por cierto, que se dispone en el artículo 93 de la ley peruana —aun precisando expresamente que la no impugnabilidad lo es en vía administrativa—. Se ha querido, en suma, excluir a la configuración de la recusación en el ámbito administrativo como un auténtico derecho, y hasta como interés legítimo y con derecho a tutela judicial efectiva específica y directa. Más allá, por tanto, de primeras impresiones, la situación de los interesados en un procedimiento, con respecto al cumplimiento del deber de abstención, no es distinta en Perú y en España<sup>28</sup>.

Otra cosa es la cuestión de si constitucionalmente el indudable interés de quien recusa puede ser sustraído a su tutela judicial efectiva. Aunque la ley española no precisa si el recurso que excluye es solo administrativo o también el contencioso-administrativo, toda actuación administrativa, según el artículo 106.1 de la Constitución española, está sujeta al control de los tribunales, y no parece fácil negar que ese interés no tenga, a pesar de todo, la consideración de legítimo, por lo que lo alcanzaría, en consecuencia, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 del mismo texto constitucional. Ocurre, sin embargo, que ese control judicial no resulta negado enteramente por la legislación, la cual no admite un recurso directo con la resolución sobre la abstención o la recusación, puesto que, en realidad, es posible —y es de hecho en cierto modo efectuado— con ocasión de la revisión de la legalidad del acto o de la actuación de quien fue objeto de un incidente de abstención o recusación. Bien miradas las cosas, sin embargo, lo que el órgano judicial examinará no es tanto si se incumplió o no el deber de abstención,

28 Lo que explica quizás, por ejemplo, que la directiva 002-2009/TRI-INDECOPI, sobre procedimiento de abstención y recusación, del 14 de mayo de 2009 —obligatoria para todos los funcionarios de los órganos resolutorios de INDECOPI comprendidos en el título V del decreto legislativo 1033, que rige su organización y funciones— asuma sin más y regule la figura de la recusación con su tradicional denominación, en aplicación de las previsiones de la ley 27444.



## 343

ÉTICA PÚBLICA  
Y DEBER DE  
ABSTENCIÓN EN  
LA ACTUACIÓN  
ADMINISTRATIVAPUBLIC ETHICS  
AND DUTY OF  
ABSTENTION IN  
ADMINISTRATIVE  
ACTION

sino si con ello se produjo una ilegalidad invalidante de aquel acto o actuación, que es lo que será el objeto del proceso y en lo que se concentrará la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos en juego. De esto resultará que solo podamos hablar de la posibilidad de intereses legítimos sobre la abstención —más que de un propio derecho a ella— en cuanto condicionados, en último extremo y sustantivamente, a la relevancia efectiva de tal abstención para la real acomodación plena del contenido sustantivo del acto o de la actuación administrativa del que se trate, y de su causa legalmente establecida al ordenamiento vigente.

El ordenamiento busca, además, evitar que los incidentes de abstención y recusación interrumpan en exceso los procedimientos —o los procesos, en el orden judicial—, lo que podría abrir la posibilidad de recursos contra las decisiones que los concluyen. Por eso y por el sentido solamente cautelar del deber de abstención, es por lo que se encauza el control de estas decisiones y se lo vincula al control que pueda ejercerse sobre los actos que se adopten en el asunto principal por quien fue objeto de ellas. Así ocurre también en el ámbito judicial<sup>29</sup>. Y es quizás por lo dicho que alguna jurisprudencia española apunte a la condición de acto de trámite de la resolución del incidente de abstención o recusación —que ni impediría la continuidad del procedimiento principal ni produciría por sí mismo indefensión ni perjuicio irreparable—, para justificar su no impugnabilidad<sup>30</sup>, aunque no nos parezca una explicación suficiente ni adecuada, dado que, entre otras cosas, en puridad no se trata en rigor de un trámite, sino de un acto definitivo, resolutorio, de un procedimiento incidental.

Cuestión distinta es que la autoridad o el «servidor público» que sea apartado por quien resuelva el incidente de recusación o de abstención no pueda tener un auténtico derecho al ejercicio de la función, como se ha dicho en la doctrina española, con lo que el caso puede defenderse, obviamente, ante los tribunales, aunque nada diga de específico al respecto la legislación<sup>31</sup>.

En cualquier caso, como se ha observado con razón, del derecho a la recusación —distinto, como hemos dicho, de un derecho a la abstención— se desprende la importancia del derecho a que se notifique a los interesados la identidad de las autoridades y del personal bajo cuya responsabilidad se tramiten y resuelvan los procedimientos que hoy se recogen en el artículo 55.9 de la ley peruana 27444 y en el 35b de la ley 30/1992 española.

29 Por lo que se refiere al Derecho español, Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, artículo 228.3.

30 DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Ob. cit., p. 450.

31 *Ibid.*, pp. 450-451.

#### IV.2. Se aplica específicamente a quien tenga la condición de autoridad administrativa, en el sentido con que la legislación administrativa peruana emplea esta expresión

El artículo 88 dirige el deber de abstención que impone a la autoridad que tenga facultad resolutoria o cuyas opiniones sobre el fondo del procedimiento puedan influir en el sentido de la resolución, en virtud, lógicamente, de una competencia que le esté atribuida.

El artículo 50.2 de la misma ley, para los efectos del cumplimiento de las disposiciones del Derecho administrativo como sujetos del procedimiento, además de los administrados, se considera «autoridad administrativa». Es decir, «el agente de las entidades que bajo cualquier régimen jurídico, y ejerciendo potestades públicas conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos».

En algunos preceptos de la ley se identifica autoridad administrativa con funcionario (artículo 202.2) o con órgano (218.2 y 227.1), y es frecuente hablar de autoridades superiores y jerárquicamente inferiores, o se habla de autoridades instructoras como distintas de las decisorias, aunque hay también preceptos en que se distingue entre autoridades y otro personal al servicio de las mismas entidades administrativas (artículo 238.6, por ejemplo), lo mismo que la rúbrica del capítulo segundo sobre responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la administración pública del que tratan los artículos 239 y siguientes. Y es, en fin, de notar que el mismo artículo 239 se refiere a unas y a otro —independientemente, dice, de su régimen laboral o contractual— como susceptibles de incurrir en falta administrativa en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo, lo que presupone cometidos administrativos de algún relieve que aún no llegan a tener la condición de autoridad.

Parece, en conclusión, que no todo empleado o funcionario público tiene la condición de autoridad administrativa y que, por tanto, el deber de abstención no se aplica a cualquier personal de esa condición. La definición de autoridad que se hace en el artículo 50.2 ofrece algunas dificultades para su interpretación precisa, por venir los verbos conducen y participan en una forma plural, que no permite concordarlos con un sujeto singular como sería la autoridad en cuanto agente, y que, por lo tanto, parece que se refieren a las entidades de que la autoridad es agente. Pero se intuye que lo que se ha querido decir no es lo que literalmente dice, porque si fuese esto, el problema se trasladaría a tratar de acotar lo que quiere decirse cuando se habla de tal agente, ya que todo empleado público podría ser comprendido como tal, lo que no es, sin duda, la idea de esta ley. En cualquier caso, los términos del propio artículo 88 inclinan a pensar que, para reconocerse como autoridad administrativa sujeta al

deber de abstención, la intervención que pueda tenerse, en virtud de la correspondiente competencia y en el procedimiento de que se trate, ha de comportar alguna capacidad de orientar, influir o determinar, cuando no la de fijar el carácter, momento y contenido del acto o la actuación administrativa de que se trate<sup>32</sup>.

De nuevo aparecen aquí diferencias a primera vista con respecto a la tradicional regulación española desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 hasta hoy. Se obligaba con aquella a la abstención (artículo 20) a la autoridad o funcionario que se encontrase en alguna de las causales. Ahora, el artículo 28 de la ley 30/1992 lo hace a las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes concurren las causales. Aparentemente, pues, aunque ni esas dos leyes ni ninguna otra ley administrativa en España defina el significado de autoridades<sup>33</sup>, el deber de abstención en el Derecho administrativo español tendría un ámbito de aplicación subjetivo más amplio que el peruano.

La realidad, sin embargo, no es tan distante, pues también lo decisivo bajo el Derecho español, en la aplicación del deber de abstención, es que el «servidor público» del que se trate —sea autoridad u otro personal— tenga una conexión con un procedimiento abierto «de tal índole» —como se ha, con razón, escrito— «que pueda influir positiva o negativamente en el acto que ponga fin a aquél»<sup>34</sup>.

Lo más probable es que cuando las leyes administrativas españolas hablan de autoridades administrativas quieren referirse a las personas físicas en cuanto titulares de órganos superiores y directivos de las administraciones públicas elegidos o designados por confianza política, comenzando, naturalmente, por los componentes del gobierno nacional o del Estado, los consejos de gobierno de las comunidades autónomas, los ayuntamientos, las diputaciones provinciales o juntas generales vascas y los cabildos insulares. Se contraponen así a todo el personal al servicio de las administraciones públicas, a todo funcionario, contratado

32 Así lo entiende también Juan Carlos Morón Urbina en Ob. cit., p. 233.

33 Sí lo hace el Código penal a sus propios efectos, el cual, actualmente en vigor y aprobado por Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, señala en su artículo 24 que: «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso [...] los miembros del Congreso de Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participa en el ejercicio de funciones públicas». Pero estas nociones no son trasladables sin más al Derecho administrativo, puesto que se refieren a los diversos poderes públicos y no solo a las administraciones públicas, y no tienen en cuenta los diversos factores relevantes para el diverso régimen de quienes detentan los gobiernos —incluidos los locales— y sirven a las administraciones por ellos dirigidas. Véase: Luis Rodríguez Ramos (director). *Código penal (concordado y comentado)*. Cuarta edición. Madrid: La Ley, 2011, pp. 290-291.

34 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO. Ob. cit., p. 871. Ahí, los autores citan como ejemplo de inaplicación del deber de abstención el caso de quien se limita a efectuar una notificación obligatoria (sentencia del 10 de octubre de 1997 de la sala tercera del Tribunal Supremo español). Sigue el mismo criterio Gabriel Doménech Pascual en Ob. cit., p. 414.

o incluso aquel con otro tipo de vínculos, como los derivados del cumplimiento de una prestación pública obligatoria —miembros de mesas electorales en elecciones generales, autonómicas o locales—. Pero lo que importa, a la postre, es la influencia que, en ejercicio de una propia función o competencia, vaya a poder tenerse en el asunto del que se trate un determinado procedimiento. Y, en este sentido, el resultado no parece que vaya a ser muy distinto del que se desprende de la ley peruana, aunque el alcance de los términos empleados en la legislación administrativa peruana y en la española para denominar los diversos tipos de personas que actúan en nombre de las entidades públicas en cuanto administraciones públicas puedan no coincidir en su alcance semántico, con lo que se daría la impresión al lector español del artículo 88 de la ley peruana que solo están obligados a abstenerse lo que quizás el entienda por autoridades.

#### IV.3. Se regula como procedimiento incidental sin suspensión del procedimiento principal.

En efecto, dice el artículo 92 de la Ley del Procedimiento de 2001 que la tramitación de una abstención —y ella, naturalmente, se aplica cuando la promueven los interesados— se realizará en vía incidental, lo que, como ya expusimos, es algo propio de la institución, pero, además, añade este breve precepto que esto se hará sin suspender los plazos para resolver o para que opere el silencio administrativo. En el Derecho español, en cambio, como se recoge ahora en el artículo 77 de la ley 30/1992, aunque «las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento [en general], incluso las que se refieran a nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo». Se exceptúa precisamente, y de modo explícito, la recusación, aunque solo esta y no la abstención, la cual también ha de resolverse, sin embargo, mediante un incidente. Quizás ha pesado en la diferencia de trato de un incidente del otro el diverso papel que juegan en su iniciación los interesados, en cuyo beneficio establecen las normas los plazos para la conclusión de los procedimientos y para el silencio. Con cautelas para evitar el abuso, quizás lo más razonable fuese, con todo, admitir una suspensión, aunque fuese limitada del procedimiento principal.

En cuanto a la tramitación y resolución del incidente, esta regula, ante todo, el artículo 89 de la ley 27444 y su planteamiento por la propia autoridad que se encuentre en alguna de las circunstancias que determinan el deber de abstenerse, dentro de los dos días hábiles siguientes a aquel en que comenzó a conocer del asunto, o en que conoció la causal sobrevenida. Deberá hacerlo en escrito razonado que ha de remitir —parece que con lo actuado, en su caso— al superior jerárquico inmediato, al presidente del órgano colegiado o al pleno,

según el caso, para que, sin más trámite, se pronuncie sobre la abstención dentro del tercer día.

Esta regulación peruana es más concreta, entra en más detalles —plazos, variedad de tipos de lo que podrían considerarse, o, en una acepción muy amplia, el «superior inmediato»— que la española contenida en el artículo 28 de la ley 30/1992, lo que puede ser plausible. Aunque algún autor ha apuntado una explicación ligada al hecho de que esta ley es lo que en el actual sistema «autonómico» español se conoce como una ley básica —en concreto, que está dirigida a establecer las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas que la Constitución reserva al Estado en su artículo 149.1.18—, por lo que no le correspondería entrar en más pormenores que en el caso de otras leyes estatales o autonómicas<sup>35</sup>, la verdad es que el texto procede de la ley de 1958, bajo un sistema estatal bien distinto, aunque también en ese entonces, por razones vinculada al modo de entender la separación de poderes, hubiese quien propugnase que las leyes debían mantenerse en lo básico, dejando el desarrollo al reglamento<sup>36</sup>. La identificación del «superior inmediato» en lo que no se puntualice por otras leyes o reglamentos dentro del Derecho español corresponde a la doctrina y, en último término, a los tribunales. Se ha entendido así, por ejemplo, que de la abstención de un ministro habría de decidir el consejo de ministros<sup>37</sup>, si bien del régimen de la suplencia de los ministros —establecido por el artículo 13 de la ley del gobierno 50/199— cabría deducir un criterio más bien favorable a que sea el presidente del gobierno el que decida.

Ocurre, con todo, que el artículo 90.1 de la ley peruana dice que el superior jerárquico inmediato ordena, de oficio, o a pedido de los administrados, la abstención del agente incurso en alguna de las causales. Enseguida diremos algo más sobre el supuesto en que actúe a pedido de los administrados —por recusación, en suma—, pero sobre lo que queremos llamar la atención ahora es que se contempla una actuación del superior de oficio. ¿Se está refiriendo solamente al supuesto en el que es la propia autoridad o el agente que se juzga incurso en causal de abstención quien la plantea conforme a lo dicho en el artículo 89.1? Los términos de oficio se aplicarían entonces, ya que, al fin y al cabo, todo se produce en el seno de la administración, y el acto de la autoridad o del agente que plantea su abstención no hace sino promover la actuación del superior —jerárquico o de otro tipo, aunque, desde luego, inmediato—, pero sin iniciar realmente el procedimiento incidental con una solicitud o instancia formalmente tal.

35 DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Ob. cit., pp. 416 y 443.

36 Como sostuvo con amplio despliegue argumental bastante persuasivo, Alfredo Gallego Anabitarte en *Ley y reglamento en el Derecho público occidental*. Madrid: IEA, 1971.

37 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO. Ob. cit., p. 886.

Pero cabe también entender que el hecho de que se ordene de oficio la abstención comprende también —aunque no se diga nada de esto en los otros preceptos de manera explícita— que el incidente pueda ser incoado directamente por el «superior inmediato», sin planteamiento previo del afectado por el deber de abstención, al que, lógicamente, deberá escucharse en todo caso antes de tomarse la decisión correspondiente. Los procedimientos de oficio incluyen tanto una modalidad como la otra, en principio, y solo suelen oponerse a los que están a instancia de interesado, entendiendo la instancia, en sentido estricto, como solicitud con derecho a resolución. En la ley española 30/1992 se dice, expresamente, queriendo, sin duda, incluir la posibilidad más propia de la actuación de oficio, que los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas a que se abstengan de toda intervención en el expediente. Esto es lo que dispone el apartado 4 del artículo 28, que se viene interpretando en el sentido de que tal orden puede adoptarse por propia iniciativa, incluso en el caso, por tanto, de que el incurso en deber de abstención no lo comunique, y, desde luego —puesto que es algo regulado en el artículo 29—, aunque no mediase recusación. Nos parece que es lo que también quiere decir el precepto peruano.

Por lo que se refiere, en fin, a lo que la tradición y la legislación española denominan recusación, el 89.2 de la ley peruana dispone que, cuando la autoridad no se abstuviera a pesar de existir alguna de las causales expresadas, el administrado puede hacer conocer dicha situación al titular de la entidad, o al pleno, si fuere órgano colegiado, en cualquier momento. Ya nos hemos referido a ello antes y hemos expresado que el artículo 90.1, por su parte, dice que es el superior jerárquico quien puede ordenar en tal caso, a pedido de los administrados, la abstención del agente incurso en algunas de las causales. Las diferencias terminológicas con que están redactados ambos preceptos pueden suscitar dudas respecto a quien puede darse a conocer la situación. Pero, en buena lógica, no podrá ser sino a quien sea competente para resolver el incidente, es decir, según venimos diciendo, el superior inmediato, tanto si lo es por razones propiamente de jerarquía como si lo es por razón de la superioridad que el propio artículo 89.1 parece asignar —al menos a estos efectos— al presidente del órgano colegiado o al pleno de este cuando se trate de miembros de tales órganos colegiados o, quizás, también de órganos dependientes de estos sin vínculo de jerarquía. Eso es lo que, por lo demás, parece desprenderse sin mayor problema del artículo 29 de la ley 30/1992 española, la cual habla de nuevo del «inmediato superior». Nada impediría, con todo, que pudiera expresarse ante la propia persona cuya abstención se promueve —el recusado—, de modo que resulte obligado a paralizar su actuación y a trasladar la recusación al superior inmediato para su resolución, al modo usual en la tradición judicial.

Lógicamente, cuando el incidente se suscite por recusación presentada por los interesados, será, en cualquier caso, esencial que el superior escuche al recusado. Se trata del principio general jurídico-público de la previa audiencia del interesado en cualquier resolución que pueda afectarle (artículo 105 de la Constitución española, para el ámbito administrativo), pero lo da a entender, además, el artículo 29 de la ley española 30/1992 cuando, en su apartado 3, dice que «en el día siguiente (al que se le comunique la recusación) el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior podrá acordar su sustitución acto seguido», y añade, en el apartado 4, que «si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos».

#### IV.4. Efectos de la orden de abstención

Dice el artículo 90.2 de la ley 27444 que en el mismo acto en que se ordene la abstención de la autoridad de que se trate se designa a quien continuará conociendo del asunto —preferentemente entre autoridades de igual jerarquía— y le remitirá el expediente.

La regulación española no dice nada explícitamente semejante al ocuparse de la abstención en el artículo 28 de la ley 30/1992, pero sí que se refiere de modo explícito a la sustitución del recusado al tratar de la recusación, en el artículo 29.3, dando a entender que esta sustitución es algo inherente a la resolución que ordene la abstención, dado que, obviamente, las funciones correspondientes no pueden dejar de cumplirse. Esa sustitución, lógicamente, deberá hacerse de conformidad con las reglas que en cada caso sean de aplicación, según el tipo de órgano y de puesto o cargo de que se trate, y se aplicarán de ordinario igualmente en caso de enfermedad, ausencia u otra causa de imposibilidad de actuación del titular del órgano del que se trate, o, incluso, en caso de vacante. Y habrá supuestos en que la sustitución no sea posible o procedente, como en la mayor parte de los órganos colegiados, cuando no se trate de miembros con suplentes o en representación de grupos o entidades que puedan enviar un sustituto para el caso sin incurrir en similar deber de abstención.

La ley peruana añade aún, sin embargo, en el apartado 3 de su artículo 90, que, cuando no hubiere otra autoridad pública apta para conocer del asunto, el superior optará por habilitar a una autoridad ad hoc, o disponer que el incurso en causal de abstención tramite y resuelva el asunto bajo su directa supervisión. Parece que se trata de soluciones que solo podrán aplicarse cuando falten reglas que puedan aplicarse para la sustitución, y que son opciones alternativas que el superior podrá elegir prudencialmente, según aconsejen las circunstancias del asunto. Bajo

el Derecho español actual, la regulación que hace el artículo 14 de la ley 30/1992 de la figura de la avocación —con laxitud no poco discutible<sup>38</sup>— permitiría al superior, en efecto, avocar en cualquier caso el conocimiento del asunto.

Nada tiene que ver el hecho de que, una vez debidamente notificada la orden de abstención y la correspondiente sustitución, la persona física de que se trate queda completamente inhabilitada para ejercer válidamente en el caso la función correspondiente, con las consecuencias que puntualizaremos enseguida. No obstante, como añade con buenas razones el artículo 94 de la ley 27444, la autoridad que por efecto de la abstención sea apartada del procedimiento coopera para contribuir a la celeridad de la atención del procedimiento, sin participar en reuniones posteriores ni en la deliberación de la decisión. De manera que, en efecto, su apartamiento del asunto no solo no impedirá que pueda llevar a cabo alguna actuación en relación con él ni que pueda tener influencia ni efecto condicionante alguno en el sentido de su tratamiento y resolución, sino que, incluso, vendrá obligado a realizarla cuando sea pertinente para la más rápida y segura tramitación del procedimiento.

#### IV.5. Efectos de la actuación de quien esté incurso en causales de abstención

La legislación peruana y la española se pronuncian en términos similares en cuanto a este importante extremo de la incidencia de la actuación del incurso en causales de abstención en la validez de lo actuado.

Dice el artículo 91.1 de la ley 27444 que «la participación de la autoridad en el (sic) que concurra cualquiera de las causales de abstención, no implicará necesariamente la invalidez de los actos administrativos en que haya intervenido, salvo en el caso en que resulte evidente la imparcialidad o arbitrariedad manifiesta o que hubiera ocasionado indefensión al administrado».

Por lo que se refiere a la ley española 30/1992, su artículo 28.3 dispone que «la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido». Todo lo demás lo da por sentado, puesto que, obviamente, a esos actos se les aplicarán todos los requisitos de validez que son comunes a los actos administrativos, incluidos, por descontado, los relativos a la igualdad de trato y a la no discriminación en la aplicación del ordenamiento, la interdicción de la arbitrariedad, el ajuste a su causa legal sin desviación de poder, etcétera.

<sup>38</sup> Véase: DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel. «La avocación: de la ley de 1958 a la ley 30/1992». *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 22, 1995.



En definitiva, lo que quiere decirse es que el mero hecho de actuar de manera determinante en un procedimiento administrativo estando incurso en causal de abstención no produce un efecto invalidante de la actuación correspondiente<sup>39</sup>. Es una confirmación de lo que hemos dicho en su momento: el deber de abstención es una medida precautoria, cautelar, pero no una exigencia imprescindible para la legalidad y la consiguiente validez de los actos administrativos o judiciales<sup>40</sup>. Ello no quita, sin embargo, que la actuación —no comunicada al superior— de aquel que está incurso en causal de abstención no comporte una presunción, pero sí un fuerte indicio que puede ser determinante en caso de dudas sobre la imparcialidad u objetividad de lo actuado y provocar así su anulación. No hay por qué, sin embargo, suponer algo así como una presunción de invalidez de lo actuado por el incursión en motivo de abstención, aunque sea *iuris tantum*, de modo que pueda demostrarse que el acto habría sido el mismo aunque hubiera habido abstención<sup>41</sup>. Siempre ampara al acto administrativo, por el contrario, la presunción de su validez, y siempre habrá que demostrar sus vicios de ilegalidad invalidante para que pueda destruirse tal presunción, declararse la invalidez y anularse, en consecuencia, lo actuado.

Debe advertirse, sin embargo, que los preceptos citados no serían de aplicación al caso de actuación del incursión en deber de abstención una vez le sea notificada debidamente la resolución del superior ordenándole esa abstención y sustituyéndole por otra persona para esa actuación. En ese caso, estaríamos ya ante una actuación claramente ilegal e inválida, e incluso probablemente nula de pleno derecho bajo el Derecho español por falta absoluta de competencia, al haber sido apartada esa persona de la posibilidad de su ejercicio en el caso, lo que, incluso, podría hacer entrar la conducta en alguno de los tipos delictivos relativos a la usurpación de funciones públicas, lo que haría aún más grave el ilícito. Aunque ese fuese el único vicio de ilegalidad de lo actuado, bastaría para su invalidez, sin duda alguna. Hay que entender, pues, que lo dispuesto en el artículo 91 de la ley peruana o en el 28.3 de la ley española 30/1992 solo se aplica a las actuaciones de quienes estén incursos en causal de abstención sin reconocimiento y declaración formal de ello con anterioridad a tales actuaciones. Lo que, por cierto, vendría a justificar el efecto suspensivo que vimos se reconoce a la recusación en Derecho español, porque así se impide que se produzca válidamente la actuación del recusado hasta que se resuelva el incidente.

39 Por excepción establecida expresamente por el artículo 76 de la ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local en España, la actuación de los miembros de las corporaciones locales (ayuntamientos, diputaciones provinciales, cabildos insulares) incursos en motivos de abstención, «implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido».

40 Contra lo afirmado por Doménech Pascual, no parece que estemos ante vicio alguno de forma, ni siquiera ante una mera irregularidad procedimental no invalidante. Se trata de otra cosa, y tiene por eso otro régimen.

41 Contra lo dicho por González Navarro en Ob. cit., p. 888.

#### IV.6. Responsabilidad de quien actúa estando incurso en causal de abstención

La ausencia de efecto de suyo invalidante de la actuación del incurso en causal de abstención no declarada formalmente no impide que de ella puedan derivarse responsabilidades para el que la lleva a cabo, que hay que entender podrán ser, obviamente, más graves, si tal actuación se llevase a cabo con incumplimiento además de la orden superior de abstención. También las legislaciones peruana y española se pronuncian sobre ello análogamente, aunque con más determinación la primera. Dice, en efecto, el artículo 91.2 de la ley peruana de procedimiento, que «el superior jerárquico [—habrá que entender que, en su caso, se refiere a cualquier otro superior al que le corresponda—] dispone el inicio de las acciones de responsabilidad administrativa, civil o penal contra la autoridad que no se hubiese abstenido de intervenir, conociendo la existencia de la causal». Más lacónicamente, el artículo 28.5 de la ley española tanta veces citada dirá que «la no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad», sin más concreciones y sin el tono tan concretamente imperativo de la ley peruana.

Por responsabilidad administrativa probablemente quiere indicar el texto peruano la disciplinaria que podrá, en su caso, exigirse al personal que, aun actuando como autoridad, en el sentido de la ley peruana, esté sometido a esta potestad como empleado público, en los términos del artículo 239.6 de la misma ley 27444. Así puede ocurrir también en el Derecho español con los funcionarios públicos, e incluso con otros empleados públicos bajo contrato, en cuanto que, como dijimos, actuar incurso en causa de abstención —hacerlo culpablemente, y, por lo tanto, con suficiente evidencia de que se era consciente de ello— constituye falta grave. No parece exigible, en cambio, a las autoridades propiamente políticas, sin perjuicio de las responsabilidades políticas que les puedan ser exigibles.

En el Derecho español no hay una penalización del simple hecho de actuar estando incurso en la administración en deber de abstención. No creo que tampoco exista en el Derecho peruano, sin perjuicio de que en uno y otro derechos pueda incurrirse en figuras delictivas si esa actuación, como ya hemos dicho, se produce tras ser apartado del procedimiento por el superior, con la consiguiente orden formal de abstención, o sin perjuicio también, naturalmente, de que, como consecuencia de la no abstención —aun sin haberse declarado el deber de abstenerse en el caso— se incurra en figuras delictivas como la prevaricación, etcétera.

En fin, por lo que se refiere a la responsabilidad civil o patrimonial por los daños que pueda producir a terceros la actuación de quien está incurso en abstención, habrá que hacer referencia a las reglas establecidas sobre la responsabilidad en este orden de las autoridades y personal al

servicio de la administración por razón de la actuación de esta, las cuales suelen exigir, además de la efectividad del daño, la concurrencia de dolo, culpa o negligencia graves en el incumplimiento del Derecho que lo haya generado, tal y como se desprende del artículo 145 de la Ley española 30/1992, y más sucintamente del artículo 238.6 de la ley peruana 27444, ya que esta ley parece contemplar otros supuestos o vías de exigibilidad de la llamada responsabilidad civil, cerrados hoy en el Derecho español —salvo en cuanto a la derivada de delito— para evitar duplicidades —en particular jurisdiccionales—, dada la existencia en España de distintas jurisdicciones ordinarias especializadas junto a la civil, a la laboral y a la contencioso-administrativa<sup>42</sup>.

353

ÉTICA PÚBLICA  
Y DEBER DE  
ABSTENCIÓN EN  
LA ACTUACIÓN  
ADMINISTRATIVAPUBLIC ETHICS  
AND DUTY OF  
ABSTENTION IN  
ADMINISTRATIVE  
ACTION

#### IV.7. Las causales de abstención y la cuestión de su *numerus clausus*

El artículo 88 de la ley 27444, bajo la denominación de causales de abstención, determina, aparentemente de modo taxativo, los casos o supuestos en los que la autoridad sobre la que ya hemos visto que recae este deber debe abstenerse de participar en los asuntos cuya competencia le esté atribuida:

1. Si es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con cualquiera de los administrados o con sus representantes, mandatarios, con los administradores de sus empresas, o con quienes les presten servicios.
2. Si ha tenido intervención como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto, salvo la rectificación de errores o la decisión del recurso de reconsideración.
3. Si personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuviere interés en el asunto de que se trate o en otro semejante, cuya resolución pueda influir en la situación de aquél.
4. Cuando tuviese amistad íntima, enemistad manifiesta o conflicto de intereses objetivo con cualquiera de los administrados intervinientes en el procedimiento, que se hagan patentes mediante actitudes o hechos evidentes en el procedimiento.
5. Cuando tuviere o hubiese tenido en los últimos dos años, relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los administrados o terceros directamente interesados en el asunto, o si tuviera en proyecto

<sup>42</sup> El artículo 2.e de la ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha reservado a esta todas las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la administración, cauce obligado para exigir esa responsabilidad a sus autoridades y personal, conforme al artículo 145 de la ley 30/1992.

una concertación de negocios con alguna de las partes, aun cuando no se concrete posteriormente.

Es notable la similitud con los motivos de abstención especificados en el artículo 28.2 de la ley española 30/1992, aunque son de destacar las diferencias que se explicarán a continuación.

Para comenzar, el texto español puntualiza algo más el alcance de la relación de parentesco relevante, y donde el texto peruano alude a quienes les presten servicios, el español detalla a «asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento» (letra b).

Por otro lado, el texto español ha añadido a la relación de parentesco otra particular causa de abstención que, aunque tratada en el mismo párrafo, nada tiene que ver con ella, pues se refiere a la circunstancia de «compartir con [los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento] despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato» (letra b), lo que más parece entrar en los supuestos de incompatibilidad que en los de deber de abstención.

Asimismo, la ley española es más parca en la circunstancia a que se refiere la causal 2 del listado peruano, pues la letra d de su artículo 28.2 se limita a la de «haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate» y no recoge ni la intervención como asesor ni lo relativo a que «como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto»<sup>43</sup>, lo que puede tener particular relevancia en cuanto a la necesidad de separar instrucción y decisión, que, por lo demás, es algo que la ley española tiene establecido ahora imperativamente con respecto en concreto a los procedimientos sancionadores (artículo 134.2), lo mismo que la ley peruana 27444 en su artículo 234.1, aunque este lo condicione a que la organización de la entidad lo permita.

Además, presenta particulares diferencias en una y otra legislación la causal de amistad íntima o enemistad manifiesta con los interesados o sus representantes, asesores mandatarios que intervengan en el procedimiento, porque la ley peruana añade el conflicto de intereses objetivo, y, sobre todo, porque requiere que tales circunstancias «se hagan

43 Por cierto que este motivo de abstención no debiera extenderse al hecho de que se hubieran expresado opiniones relacionadas genérica o específicamente con el asunto al margen del ejercicio de funciones públicas, en medios académicos, doctrinales o de comunicación pública, a título particular, y sin relación personal alguna con el asunto, su gestación o su gestión, que pudieran implicar la posibilidad de algún condicionamiento en su expresión de sentido favorable o adverso, con contrapartidas económicas, profesionales o de cualquier tipo de promoción personal evidenciable. No tendría sentido condicionar la libertad de expresión y científica con la imposición de deberes de abstención en actuaciones públicas en las que haya que aplicar criterios sostenidos o criticados personalmente al margen de ellas y desde otras posiciones desinteresadas en la sociedad.

355

ÉTICA PÚBLICA  
Y DEBER DE  
ABSTENCIÓN EN  
LA ACTUACIÓN  
ADMINISTRATIVAPUBLIC ETHICS  
AND DUTY OF  
ABSTENTION IN  
ADMINISTRATIVE  
ACTION

patentes mediante actitudes o hechos evidentes en el procedimiento», lo que constituye un interesante acotamiento de supuestos tan difíciles de apreciar. Es a esto último a lo que se ciñe en realidad la diferencia —ciertamente, no pequeña—, porque la letra a del artículo 28.2 de la ley española —lejos, pues, de la letra c en que se trata de la amistad íntima o enemistad manifiesta— ha incluido también expresamente la circunstancia de «tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado», que es algo parecido a lo del conflicto de intereses objetivo, aunque de alcance más reducido y verificable<sup>44</sup>. La ubicación, sin embargo, de este tipo de situaciones parece mejor hecha en la ley peruana.

En el número 5 del listado del precepto peruano de causales, aparece en primer lugar la circunstancia de relación de servicios en los dos últimos años, en términos que, aunque no exactamente los mismos, vienen a tener un alcance semejante a los usados por la letra e del listado de motivos de abstención de la ley española, pero, a la vez, se añade otro que no está en esta y que es interesante, y es «que se tuviera en proyecto una concertación de negocios con alguna de las partes, aun cuando no se concrete posteriormente».

Finalmente, las dos normativas contienen un supuesto de alcance más indeterminado y omnicompreensivo —de mucho más difícil determinación en lo concreto, por tanto—, que presenta también algunas diferencias en cuanto a su formulación textual. El artículo 88 de la ley peruana lo sitúa a mitad de su listado, con el número 3, y el artículo 28.2 de la ley española en el primer lugar del suyo, como letra a. La diferencia principal entre los dos textos es que la ley peruana equipara al «interés personal» en el asunto por parte de la autoridad o empleado público de que se trate, el que puedan tener su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. A pesar de la apariencia ampliatoria del supuesto, en realidad no habrá mucha diferencia, pues si se mencionan estos intereses de los parientes próximos en la ley peruana es porque se considera que esos intereses son compartidos por la autoridad o por el empleado público del que se trate, para el cual no dejarán de ser, por tanto, intereses personales, aunque indirectos.

La ley española se refiere, en cambio, por su parte, en este mismo supuesto y de manera específica, al hecho de «ser administrador de sociedad o entidad interesada», además de al ya comentado de «tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado». Lo primero es más bien propio de los supuestos de incompatibilidad, aunque, desde luego, entra también en el «interés personal». De lo segundo ya hemos dicho que encaja mejor junto a la enemistad manifiesta, pero su mención aquí permite

44 Aunque para los altos cargos a los que se aplique la ley de 2006 regirá, además, lo dispuesto en ella.

destacar que el «interés personal» puede tener, por supuesto, tanto un sentido favorable como adverso.

Se ha planteado en la doctrina si los motivos o causales de la abstención con tasados son *numerus clausus*, o, por el contrario, si se trata solo de una relación ejemplificativa de los supuestos que más fácilmente pueden presentarse, y que no excluyen a otros.

En realidad, al haberse introducido en los listados el supuesto general de «tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir aquel» (artículo 28.2a de la ley española) o de que «personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuviere interés en el asunto de que se trate o en otro semejante, cuya resolución pueda influir en la situación de aquél» (artículo 88.3 de la peruana), el alto grado de indeterminación de la noción de interés personal propio y directo, o propio e indirecto, a través del interés del pariente próximo, convierte en realidad al listado en algo muy abierto, en el que su carácter tasado puede parecer más aparente que real.

Sin embargo, debe tratarse de interpretar y aplicar esa tan indeterminada previsión del modo más estricto y aun restringido posible, limitándola a lo que pueda comportar una ventaja o desventaja particularizada, acreditable y medible para la autoridad o para el servidor público actuante como tal —o, en el caso peruano, para sus parientes en los grados que la ley indica—, individualmente considerado, o como parte de un grupo suficientemente especificado por causas distintas de una simple afinidad o proximidad por razón de la coincidencia en ideas religiosas, filosóficas, políticas, jurídicas, económicas, sociales, profesionales, etcétera, o de una común procedencia o situación local, profesional, escolar o de otros aspectos de la trayectoria vital o la que fuese<sup>45</sup>. No es realista pretender que los administradores públicos hayan de ser personas ajenas a cualquier tipo de interés personal en los asuntos que les corresponde resolver si es que tomamos la noción de interés personal en su significación literal, sin restricción alguna. Las propias directrices políticas que dirigen legítimamente las administraciones públicas comportan un tipo determinado de intereses, que podrán vivirse o interiorizarse como personales por quienes se identifiquen con ellos. Lo importante es que la actuación pública se someta en todo y de modo pleno al ordenamiento jurídico, sean cuales sean los intereses personales de quien actúa. En la

<sup>45</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo español excluye la aplicación del interés personal cuando hay una «difusión extraordinaria del interés», o en el caso de determinados «intereses colectivos» (DOMÉNECH PASCUAL, G. Ob. cit., p. 429). Morón Urbina ha advertido en el Perú que la legislación no ha aceptado causales «que permitan el apartamiento de la competencia por motivos tales como el decoro, la delicadeza, o cualquiera otra causal de autoestimación propias del fuero interno de la administración, del mismo modo que no se pueden admitir abstenciones indiscriminadas u orgánicas que involucren a todo un área o sector de una dependencia pública» (Ob. cit., p. 236).

medida en que, además, el nivel de la autoridad o del servidor público no sea propiamente directivo sino subordinado al nivel propiamente de gobierno, deberá marcarse aún más la profesionalidad que es propia de los niveles más estrictamente administrativos, a los que se debe preservar en su neutralidad respecto a las alternativas políticas que puedan instalarse en los gobiernos, sin perjuicio de su obligación de atenerse a las legítimas directrices que tales gobierno impartan.

Me parece que, tanto la ley peruana como la española, al fin y a la postre, no dejan de tener un planteamiento razonablemente restrictivo de las causas de abstención, que debe mantenerse, a pesar de la laxitud de este motivo del interés personal que quizás debiera llegar a acotarse de modo más preciso. Sí que se trata, por tanto, a pesar de todo, de un *numerus clausus* de causales, y no ilimitadamente abierto, sin perjuicio de que el listado general contenido en las leyes generales del procedimiento administrativo —tanto peruana como española— deba completarse con lo que además dispongan al efecto otras leyes complementariamente<sup>46</sup>. Impedir en casos concretos el ejercicio de sus funciones a quien el ordenamiento ha habilitado para ello debe ser algo excepcional. Su fundamento cautelar debe llevar a hacer una aplicación estricta y restringida de los supuestos que justifiquen esa excepción, los cuales deben estar lo más claramente dispuestos en las leyes y, en cualquier caso, deben ser aplicados prudencialmente por los órganos llamados a apreciarlos, ordenando en cada caso la abstención conveniente, evitando maniobras no menos interesadas, así como la paralización indebida de la acción administrativa, la lesión de derechos al cargo o a la participación o intervención en las funciones de la administración o de otros derechos fundamentales<sup>47</sup>.

Recibido: 19-07-2011  
Aprobado: 22-08-2011

46 Doménech Pascual sostuvo, en cambio, una posición marcadamente favorable a la tesis del carácter no tasado de los motivos de abstención, aun reconociendo la tendencia jurisprudencial general contraria. Por otro lado, Ochoa ostiene el *numerus clausus* y la imposibilidad de su interpretación extensiva (OCHOA I MONZÓ, Joseph. «Abstención y recusación». En José Garberí Llobregat (director). *El procedimiento administrativo común* (comentarios, jurisprudencia, formularios). Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 606. En similar sentido, en Perú, Juan Carlos Morón Urbina insiste en el carácter taxativo y de interpretación restrictivas de las causales en Ob. cit., pp. 233-236. Ocurre, por cierto, lo mismo en el Derecho de otros países, como, por ejemplo, en Argentina (Véase: MURATORIO, Jorge. «La administración pública como sujeto del procedimiento administrativo: la competencia del órgano». En Juan Carlos Cassagne (director). *Procedimiento y proceso administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 120.

47 Según cuenta Morón Urbina, estas consideraciones habrían sido tenidas en cuenta por la comisión que elaboró el proyecto de la ley 27444 de 2001, para «mantener como regla la estabilidad de la competencia administrativa, y evitar a la vez, que la figura de la abstención pueda ser empleada con otros fines que los perseguidos al contemplarla» (Ob. cit., p. 236).





# La ejecución de los actos administrativos

## Execution of administrative actions

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE\*

**Resumen:** La ejecución de los actos administrativos cuenta con una regulación parcial en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que recién cumple treinta años de vigencia, y con una regulación sectorial que ha venido desarrollándose durante las últimas dos décadas y que ha contribuido a ampliar las modalidades de ejecución contempladas en la ley, mediante la adopción de medidas administrativas cautelares o provisionales que adopta la administración pública en el marco de los procedimientos administrativos.

**Palabras clave:** Ejecución – actos administrativos – medidas cautelares – medidas provisionales

**Abstract:** Execution of administrative actions has a partial regulation on the Organic Law of Administrative Procedures. This law had just 30 years effect and a sector-specific regulation that has been developed over the past two decades; all this has been contributed to expand execution modalities provided in law by means of adopting precautionary or provisional administrative measures made by the Public Administration in the frame of administrative procedure.

**Key words:** Execution – administrative actions – precautionary measures – provisional measures

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN. – I. LA EJECUTIVIDAD Y EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. – II. LAS MODALIDADES DE EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. – II.1. LA EJECUCIÓN VIRTUAL. – II.2. LA EJECUCIÓN VOLUNTARIA.-II.3. LA EJECUCIÓN FORZOSA. – II.3.1. LA EJECUCIÓN FORZOSA POR LA MISMA ADMINISTRACIÓN. – II.3.2. LA EJECUCIÓN FORZOSA POR UN TERCERO. – II.3.3. LA EJECUCIÓN FORZOSA MEDIANTE MULTAS COERCITIVAS. – II.4. LA EJECUCIÓN IMPROPIA Y FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE CONTIENEN CRÉDITOS FISCALES NO TRIBUTARIOS. – III. LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS CAUTELARES O PROVISIONALES COMO MODALIDAD DE EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. – III.1. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS CAUTELARES O PROVISIONALES. – III.2. LOS PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS CAUTELARES O PROVISIONALES. – III.3. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD. – IV. CONSIDERACIONES FINALES.

---

\* Doctor en Derecho, se desempeña como profesor en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Monteávila de Venezuela, y es invitado en las Maestrías de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad ESAN de Perú. Página web: [www.hernandezmendible.com](http://www.hernandezmendible.com).

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 136.24 de la Constitución del 23 de enero de 1961, el congreso de la república expidió la primera Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela<sup>1</sup> —hoy en día vigente—, que fue promulgada por el ejecutivo nacional el día 1 de julio de 1981<sup>2</sup> y entró en vigor exactamente seis meses después<sup>3</sup>, es decir, el 1 de enero de 1982.

Este texto legislativo constituye un auténtico hito en el Derecho administrativo venezolano, porque más que uniformar los procedimientos, estableció con carácter general el conjunto de principios y disposiciones comunes aplicables a todos los procedimientos administrativos de naturaleza constitutiva o de primer grado, así como los revisorios o de segundo grado, sin perjuicio de las reglas especiales contempladas en otros textos jurídicos —por ejemplo, el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República—<sup>4</sup>, que se debe aplicar de manera preferente a las disposiciones contenidas en dicha Ley.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no tuvo como objeto eliminar la diversidad de procedimientos en sede administrativa, sino recoger el desarrollo jurisprudencial realizado por el máximo tribunal de la república y la doctrina científica existente para la época, así como otorgarle rango de Derecho positivo para regular la actividad formal de los órganos del poder público en ejercicio de la función administrativa y de los entes integrantes de la administración pública.

Este texto legal fue complementado por los reglamentos<sup>5</sup> que vinieron a garantizar su ejecución, así como por una abundante doctrina jurídica y un valioso desarrollo jurisprudencial, efectuado por la sala político-administrativa de la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo<sup>6</sup>.

Dado lo extenso que sería analizar la evolución que ha tenido la aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en estos

1 Véase: BREWER-CARÍAS, Allan. *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. principios del Procedimiento administrativo*. Séptima edición. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2008.

2 Gaceta oficial 2.818, del 1 de julio de 1981.

3 Artículo 108 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

4 Artículos 30 al 37 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. En: Gaceta oficial 22.921, del 22 de diciembre de 1965, reformada mediante decreto con fuerza de ley orgánica de la procuraduría general de la república 1.556.

5 Decreto 1.364 del reglamento de registro de presentación de documentos, del 30 de diciembre de 1981; resolución reglamentaria sobre recepción y remisión de documentos por correo 1.304, del 30 de diciembre de 1981; instructivo sobre simplificación e información de los procedimientos administrativos 7, del 23 de abril de 1986; decreto del reglamento parcial de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre servicios de información al público y recepción y entrega de documentos 1814, del 23 de abril de 1997.

6 Al respecto puede consultarse la *Revista de Derecho Público*, que apareció en 1980 y en estos treinta años ha recopilado en sus 124 números el desarrollo jurisprudencial elaborado por los tribunales del orden jurisdiccional administrativo y constitucional. Sobre la historia de esta publicación, véase: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. «La Revista de Derecho público: crónica de tres décadas de aventura editorial». *Revista de Derecho público*. Número 124. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2010, pp. 7-16.

treinta años, el presente análisis se va a circunscribir a estudiar la ejecución de los actos administrativos como expresión del principio de eficacia de la actividad administrativa formal y de la potestad de autotutela de la administración pública.

Ello así, en aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas se dividirá el presente trabajo en los siguientes aspectos: la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos (capítulo uno); las modalidades de ejecución de los actos administrativos (capítulo dos); las medidas administrativas cautelares o provisionales como modalidad de ejecución de los actos administrativos (capítulo tres); y, por último, las consideraciones finales (capítulo cuatro).

## I. LA EJECUTIVIDAD Y EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Históricamente ha existido coincidencia en la jurisprudencia y la doctrina científica acerca de que —en virtud de la potestad de autotutela de la administración pública y más específicamente de la autotutela ejecutiva— los actos administrativos nacen al mundo jurídico amparados de la presunción de legalidad y certeza, presumiéndose que son válidos y eficaces, por lo que gozan o se encuentran revestidos de los privilegios de ejecutividad y habilitan para el ejercicio de la potestad ejecutoria<sup>7</sup>.

Ello ha conducido a considerar que los actos administrativos tienen el atributo de constituir auténticos títulos jurídicos, con plena suficiencia y que tienen fuerza obligatoria, por lo que se bastan a sí mismos. Es decir, que no requieren de declaración confirmatoria o ratificatoria de otra autoridad pública distinta a la que los produce para tener plena validez jurídica —valga decir, para crear, modificar o extinguir derechos e imponer obligaciones a sus destinatarios (privilegio de ejecutividad)—.

Por otra parte, se reconoce que, en ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva, existe la posibilidad que la administración pública haga cumplir sus propias decisiones —materializar las consecuencias de las mismas, incluso de manera forzosa, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios, en principio—, sin necesidad de la colaboración de otra autoridad pública (potestad de ejecutoriedad). Esta ejecutoriedad es propia de los actos administrativos que imponen deberes u obligaciones positivas o negativas, cuyo cumplimiento puede no ser voluntariamente realizado o aceptado por el destinatario obligado<sup>8</sup>.

Lo señalado ha tenido plena aplicación en el Derecho administrativo nacional, en el cual se ha reconocido tanto el privilegio de la ejecutividad como la potestad de ejecutoriedad sobre los actos administrativos.

7 ARAUJO JUÁREZ, José. *Tratado de Derecho administrativo formal*. Tercera edición. Vadell Hermanos Editores, 2005, pp. 332-337.

8 *Ibid.*, p. 333.

En efecto, lo antes expuesto obtuvo pleno reconocimiento en el Derecho positivo, a través de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Es así como el artículo 8 de esta ley establece que «los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de término, se ejecutarán inmediatamente». Por su parte, el artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos expresa que «la ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial».

En interpretación y aplicación de estas normas, así como recogiendo la evolución jurisprudencial y doctrinal, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en la sala político-administrativa, en sentencia 332 del 9 de noviembre de 1989, y estableció lo siguiente:

Pero, observa la Sala, no ocurre lo mismo en la relación jurídico-administrativa regulada por nuestro Derecho positivo en forma, por lo demás, semejante a como lo hacen la mayoría de los ordenamientos extranjeros; el acto administrativo al dictarse se presume legítimo y, amparado por la presunción de legalidad que lo acompaña desde su nacimiento, se tiene por válido y productor de su natural eficacia jurídica. Puede afirmarse entonces que el acto administrativo desde que existe tiene fuerza obligatoria y debe cumplirse a partir del momento en que es definitivo, es decir, en tanto resuelva el fondo del asunto; característica general que la doctrina (Zanobini, Sayagués, González Pérez, Garrido) es coincidente en bautizar con el nombre de «ejecutividad. Pero además, la Administración, tal como se ha dejado expuesto, tiene —cuando los actos, de suyo ejecutivos, impongan deberes o limitaciones—, la posibilidad de actuar aun en contra de la voluntad de los administrados, y sin necesidad de obtener previamente una declaración judicial al respecto; atributo al que —distinguiendo del género ‘ejecutividad’— se ha dado la denominación específica de ‘ejecutoriedad’. En el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se reconoce esta posibilidad, atribuida a la Administración, de materializar ella misma, e inmediatamente, sus actuaciones. ‘Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de término, se ejecutarán inmediatamente’.

Este principio adicional, al que suele darse la denominación de ejecutoriedad —para distinguirlo del género «ejecutividad»— de los actos administrativos, ha sido fundamentado en la presunción *ius tantum* de legalidad que los acompaña y en la necesidad de que se cumplan sin dilación los intereses públicos que persigue la Administración, cuyo logro no puede ser entorpecido por la actuación de los particulares.

Tal como se puede observar, en virtud del principio de inmediatez, la eficacia de los actos administrativos debe materializarse una vez producida la notificación personal y solo podría ser diferida en el tiempo cuando el propio acto así lo dispusiese<sup>9</sup>, cuando la ley condicionase su ejecución a la producción de una actuación posterior que debería realizar el interesado<sup>10</sup> o a la ocurrencia de un hecho futuro que supusiese que el acto adquirió definitividad y firmeza<sup>11</sup>, cuando la ley reconociese que la mera interposición de los recursos en sede administrativa<sup>12</sup> o jurisdiccional<sup>13</sup> conlleva la suspensión<sup>14</sup>, o cuando, habiendo sido recurrido, la

9 Artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

10 El artículo 54 de la ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia establecía que «cuando se intente el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la Superintendencia, que determinan la existencia de prácticas prohibidas, los efectos de las mismas se suspenderán, si el recurrente presenta caución, cuyo monto se determinará, en cada caso, en la resolución definitiva, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 38», siendo esta última norma la que autorizaba a la superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia para determinar en su resolución «[...] el monto de la caución que deberán prestar los interesados para suspender los efectos del acto si apelasen la decisión, de conformidad con el artículo 54». Respecto a estas normas, el Tribunal Supremo de Justicia, en sala constitucional, sentencia 1260, del 11 de junio de 2002, señaló que estas disposiciones constituyen una modalidad de suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos en vía judicial, acorde al derecho a la tutela judicial efectiva, modalidad que no contraviene el principio de separación de poderes. (HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. «La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo». *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, número 4, 2004, pp. 163-168, San José).

11 El artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984 establecía que «una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que este, en el término de treinta (30) días aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual se informará por escrito a la Contraloría».

12 El Código Orgánico Tributario de 1994 establecía que la interposición del recurso en vía administrativa (artículo 173) o contenciosa (artículo 189) producía la suspensión de la ejecución del acto por mandato del legislador, lo que fue calificado por la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1260, del 11 de junio de 2002, como suspensión automática. Debe advertirse que el efecto suspensivo de la interposición de la pretensión de anulación en materia tributaria ha desaparecido a partir de la entrada en vigencia del artículo 263 del Código Orgánico Tributario vigente a partir del 1 de enero de 2002, que textualmente señala: «La interposición del recurso no suspende los efectos del acto impugnado; sin embargo, a instancia de parte, el tribunal podrá suspender parcial o totalmente los efectos del acto recurrido, en el caso que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho. Contra la decisión que acuerde o niegue la suspensión total o parcial de los efectos del acto, procederá recurso de apelación, el cual será oído en el solo efecto devolutivo».

13 El artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, que fue reformado parcialmente el 7 de febrero de 2011 y pasó a ser la disposición final décimo quinta, establece que «la interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderá su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso». La aplicación de esta norma fue reconocida por vez primera por el Tribunal Supremo de Justicia en sala político administrativa, sentencia 1895, del 3 de diciembre de 2003, no obstante, la misma sala cambió de criterio en sentencia 6161, del 9 de noviembre de 2005, en la cual desaplicó por vía de control difuso de la constitucionalidad el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones al considerar que contraviene los artículos 26 (tutela judicial efectiva) y 49 de la Constitución (debido proceso), y en su lugar dispuso que, en la pretensión cautelar, se deben cumplir los extremos establecidos para todas las medidas cautelares. Esta posición fue ratificada por la propia sala en la sentencia 6292, del 23 de noviembre de 2005, así como por la sentencia 6438, del 1 de diciembre de 2005, y, posteriormente, por la sentencia 1141, del 4 de mayo de 2006. Así las cosas, este asunto fue planteado a la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que ha considerado que la referida norma no es contraria a las mencionadas disposiciones constitucionales, en sentencias 1590 y 1596 —ambas del 10 de agosto de 2006, y posteriormente ratificadas por la sentencia 2412, del 18 de diciembre de 2006—.

14 El artículo 152, párrafo primero, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, establecía que «en los casos de imposición de multas se acompañará a la notificación la correspondiente planilla de liquidación para que el sancionado proceda a pagar el monto de la multa en una institución bancaria designada por el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del

autoridad administrativa hubiese dispuesto la suspensión<sup>15</sup> o el órgano jurisdiccional hubiese concedido una medida cautelar de suspensión de la ejecución<sup>16</sup>.

En consecuencia, la ejecución de los actos administrativos puede ser diferida en los casos previstos en la ley o cuando se produzca la tutela cautelar, que se concede a través de la suspensión de la ejecución en los casos establecidos en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así también lo reconoció la Corte Suprema de Justicia en sala político-administrativa en la sentencia 332 del 9 de noviembre de 1989, al señalar que:

La interposición de recursos contra los actos administrativos no suspende la ejecución de los mismos, así éstos no hayan alcanzado todavía firmeza. De ahí que su derogatoria por vía de suspensión de los efectos del acto venga legalmente establecida únicamente por circunstancias excepcionales. El particular puede, ciertamente, impugnar su validez ante el juez, pero el recurso, de ordinario, no tiene efectos suspensivos, e independientemente de su eventual anulación posterior, la decisión es ejecutable al estar amparada por la presunción de 'cosa decidida' —terminología del eminente administrativista George Vedel— en un todo semejante a la de 'cosa juzgada judicial'.

---

Usuario (INDECU), dentro de los quince días hábiles siguientes después de efectuada la respectiva notificación, salvo que el sancionado haya interpuesto recursos administrativos o judiciales que estén pendientes de decisión». Esta norma ha sido aplicada en los términos literales en ella redactados por el Tribunal Supremo de Justicia, en sala político administrativa, sentencia 368, del 18 de marzo de 2009. No obstante, debe señalarse que con la reforma de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en gaceta oficial 39.163, del 22 de abril de 2009, se modificó la redacción contemplada en la ley anterior y se volvió al régimen general de protección cautelar, en virtud del cual se debe solicitar y probar ante el órgano jurisdiccional, la necesidad y pertinencia de la concesión de la pretensión cautelar.

15 El artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos señala que «la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario. El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que consideren suficiente. El funcionario será responsable por la insuficiencia de la caución aceptada».

16 El artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, señala que este «a petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravidades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva. El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso. En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante».

Tal situación lleva a analizar cuáles son las modalidades de ejecución de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico nacional, cosa que se hará seguidamente.

365

## II. LAS MODALIDADES DE EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El acto administrativo *per se* contiene una declaración que produce consecuencias jurídicas, las cuales, en algunas ocasiones, se concretan con la simple expedición de tal acto, y que, en otras, requieren «ser cumplidas mediante actos de ejecución»<sup>17</sup>, es decir, a través de la realización de otros actos administrativos de ejecución o de actuaciones materiales, que se constituyen en la concreción de tales efectos jurídicos.

La ley exige, como condición de la actuación de ejecución, jurídica o material de la administración pública, la previa expedición del acto administrativo —como expresión de la culminación de un procedimiento administrativo anterior—, el cual sirve de título habilitante para producir efectos en la esfera de los derechos e intereses de las personas destinatarias.

Con esta fórmula se prohíbe cualquier actuación material no precedida de un procedimiento y de un acto administrativo —que pudiera ser constitutiva de una vía de hecho<sup>18</sup>—, lo que encuentra su justificación constitucional en la obligación de actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho<sup>19</sup>.

### II.1. La ejecución virtual

El acto administrativo, como todo acto jurídico expedido por los órganos del poder público en ejercicio de sus competencias, es de ejecución inmediata —salvo los supuestos de diferimiento mencionados en el subepígrafe anterior—, por lo que siempre deberá ser objeto de acatamiento voluntario por sus destinatarios, en el tiempo y la forma en él establecido, sin perjuicio de los recursos que puedan interponer los interesados en sede administrativa o jurisdiccional y de las medidas cautelares que se puedan adoptar para garantizar el cumplimiento de la decisión administrativa que resuelva el recurso o de la sentencia que resuelva la impugnación.

Hay que tener presente que no todo acto administrativo requiere ser cumplido mediante actos de ejecución, por lo que no se requiere de una actuación posterior dirigida a concretar la declaración jurídica en

17 Artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

18 Corte Suprema de Justicia en sala político administrativa, sentencia 189, del 8 de mayo de 1991 y sentencia 190, del 8 de mayo de 1991.

19 Artículos 137 y 141 de la Constitución, y 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

él contenida. Es decir, este constituye por sí mismo la materialización de tal declaración.

Al respecto, la doctrina científica menciona entre los actos administrativos que por su propia virtualidad no requieren de actos subsecuentes para materializar sus efectos a aquellos que son declarativos, de conocimiento o de juicio, conformadores, certificadores o registrales<sup>20</sup>.

## II.2. La ejecución voluntaria

La ejecución voluntaria es aquella que debe llevar a cabo el destinatario del acto administrativo, bien que la decisión lo beneficie o favorezca, bien que lo perjudique o desfavorezca. En cualquiera de los casos mencionados, el sujeto destinatario del acto administrativo tiene la obligación constitucional de cumplir y acatar los actos jurídicos que en ejercicio de la función administrativa dicten los órganos que ejercen el poder público<sup>21</sup>.

En caso de que el acto administrativo requiera una actuación material para el despliegue de sus efectos, esta puede llevarse a cabo por el destinatario de manera espontánea, sin necesidad de apercibimiento o coerción alguna de la autoridad administrativa, con el deber de parte del destinatario de, una vez efectuada la actuación indicada en la decisión administrativa, comunicarla a la administración pública, para que quede constancia del cumplimiento del acto administrativo en sus propios términos.

## II.3. La ejecución forzosa

El incumplimiento voluntario de las consecuencias derivadas de la declaración jurídica contenida en el acto administrativo, bien sea ello producto de una conducta expresa o de resistencia o impugnación, así como producto de una conducta omisiva, que simple y deliberadamente no cumple con lo resuelto, conduce a la activación de los mecanismos de ejecución forzosa contemplados en el ordenamiento jurídico, para llevar a fiel cumplimiento lo dispuesto en el acto administrativo.

No obstante, hay que mencionar que uno de los puntos donde la regulación presenta una notable deficiencia se encuentra relacionado con los modos de ejecución forzosa de los actos administrativos.

En el caso de que las personas obligadas se resistan a cumplir voluntariamente el acto administrativo, la ley, aparte de reconocer —aunque no la desarrolla— la ejecución impropia en vía jurisdiccional, solamente

<sup>20</sup> ARAUJO JUÁREZ, José. *Derecho administrativo general. Procedimiento y recurso administrativo*. Caracas: Ediciones Paredes, 2010, p. 307.

<sup>21</sup> Artículo 131 de la Constitución.



contempla dos posibilidades. Una es la ejecución indirecta por un sujeto distinto del obligado —ya sea la propia administración o un tercero— y la otra es la imposición de las sanciones de multas.

Sin embargo, la ley no reguló los mecanismos de ejecución forzosa de los actos administrativos que requieren la entrada al domicilio, recinto privado o al hogar doméstico, y al constituir esta una actividad de reserva judicial —en virtud de lo dispuesto en la Constitución<sup>22</sup>—, el legislador debió establecer las condiciones en las cuales la administración pública podía acudir ante el órgano jurisdiccional, para solicitarle la ejecución forzosa de tales actos administrativos. Sin embargo, al no hacerlo, privó a esta de la posibilidad de otorgarle eficacia material a tales actos, con lo que queda librada su ejecución únicamente a la buena voluntad de los destinatarios.

Lo anterior lleva a centrar este análisis en las modalidades de ejecución forzosa, contempladas expresamente en la ley.

### II.3.1. La ejecución forzosa por la misma administración

La ejecución forzosa puede ser realizada de oficio por la propia administración pública autora del acto, y deber tener en cuenta que, en los casos que fuese posible la ejecución indirecta respecto al destinatario obligado a cumplirlo, en principio, puede llevarla a cabo ella misma.

Así lo establece la ley al señalar que «cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la propia administración [...]»<sup>23</sup>.

Hay que tener presente que, al no existir el ejercicio de una potestad preeminentemente discrecional que autoriza a elegir entre ejecutar o no ejecutar el acto administrativo, la administración pública autora del acto administrativo se encuentra constitucional<sup>24</sup> y legalmente obligada a proceder a la ejecución del acto administrativo por ella dictado<sup>25</sup>, bien mediante la expedición de subsecuentes actos administrativos o mediante la realización de actuaciones físicas dirigidas a materializar la declaración contenida en el acto jurídico.

Lo que sí tiene la administración pública es la posibilidad de elegir el mecanismo de ejecución que considere más adecuado, idóneo y eficaz para llevar a efecto la ejecución del acto administrativo, sin perder de vista que debe ser el menos lesivo a la esfera jurídica del afectado.

22 Artículo 48 de la Constitución.

23 Artículo 80.1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

24 Artículo 141 de la Constitución.

25 Artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Este punto se ampliará posteriormente al analizar las medidas cautelares o provisionales en los procedimientos administrativos.

### II.3.2. La ejecución forzosa por un tercero

La ejecución forzosa puede ser realizada por un tercero designado por la propia administración pública autora del acto, siempre que la ejecución no exija una actuación personal, es decir, que no se trate de una obligación que únicamente pueda ser realizada por el destinatario del acto.

En este orden de ideas, dispone la ley que «cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución [...] por la persona que esta designe, a costa del obligado»<sup>26</sup>.

Tal como destaca la doctrina científica, el tercero no entra en relación jurídica con el obligado, y los derechos que adquiere por la ejecución los ejerce frente a la administración pública, quien luego tiene el derecho a repetir contra el obligado, cobrándole el costo de la ejecución que fue realizada en su nombre<sup>27</sup>.

### II.3.3. La ejecución forzosa mediante multas coercitivas

La ley estableció un mecanismo de ejecución forzosa respecto a los actos administrativos que requieren una ejecución personal, por lo que no pueden ser ejecutados por la propia administración pública ni por terceros que sigan sus instrucciones.

Es así como, cuando se trata de actos de cumplimiento personal y se produce la contumacia del obligado a realizarlos, se le impondrá las multas sucesivas mientras el destinatario se mantenga en su conducta de rebeldía. En otras palabras, en tanto persista esta conducta, puede ser sancionado con multas iguales o mayores a las que se le hayan impuesto inicialmente, con el agregado de que debe dársele un plazo razonable para que cumpla con lo ordenado<sup>28</sup>.

Aunque la norma se refiere al hecho de que la ejecución forzosa se puede llevar a cabo en las formas antes descritas, ello no constituye óbice para que las personas beneficiarias del acto administrativo insten a la administración pública para que proceda a ejercer su competencia de realizar la ejecución forzosa frente a quienes se resisten a cumplir la decisión administrativa.

26 Artículo 80.1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

27 ARAUJO JUÁREZ, José. Ob. cit., p. 309.

28 Artículo 80.2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

## II.4. La ejecución impropia y forzosa de los actos administrativos que contienen créditos fiscales no tributarios

369

Tal como se ha mencionado, en principio toda resolución administrativa constituye un título ejecutivo y, además, se encuentra revestida del carácter ejecutorio. Es decir que es un acto administrativo que se encuentra amparado por la presunción de legalidad y, en consecuencia, es válido y productor de su natural eficacia jurídica, pues tiene fuerza obligatoria y es ejecutable por la autoridad administrativa aun en contra de la voluntad de sus destinatarios.

LA EJECUCIÓN  
DE LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOSEXECUTION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS

De allí que cada vez que los destinatarios del acto administrativo son notificados de la sanción de multa, aunque procedan a recurrirla mediante el recurso administrativo o el recurso contencioso administrativo de anulación, no quedan liberados de pagarlas, salvo, claro está, que la autoridad administrativa o los tribunales contencioso administrativos concedan la suspensión de la ejecución de la multa, en cuyo caso se paraliza temporalmente la ejecución del pago.

Ahora bien, teniendo presente que la ley no le otorga competencia a la administración pública para ordenar medidas preventivas como el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes inmuebles o la prohibición de enajenar o gravar —así como tampoco le reconoce competencia para realizar medidas de ejecución sobre el patrimonio del destinatario del acto—, cuando la administración pública pretenda la ejecución forzosa de sus actos administrativos que imponen sanciones de multas debe realizarla acudiendo a los órganos jurisdiccionales<sup>29</sup>.

En virtud de ello, al igual que sucede con todos los créditos fiscales no tributarios, una vez notificada la sanción, la autoridad competente debe expedir la planilla de liquidación fiscal al infractor para que proceda al pago voluntario e inmediato de la multa —salvo los supuestos de diferimiento antes advertidos—. De no producirse este pago, deberá acudir con el referido título ejecutivo ante el tribunal civil competente de acuerdo al monto de la multa, a fin de formular la demanda de intimación de ejecución de créditos fiscales no tributarios, conforme a las previsiones del Código de Procedimiento Civil<sup>30</sup>.

Por constituir el acto administrativo —que contiene la sanción de multa— un título ejecutivo, que va acompañado de la planilla de liquidación para efectuar su ingreso al tesoro nacional, una vez que el tribunal civil admite la demanda, puede proceder al embargo de sumas de dinero o de los bienes propiedad del infractor intimado, medida que debe

29 Artículos 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 653 del Código de Procedimiento Civil.

30 Artículos 653 al 659 del Código Procedimiento Civil.

comprender, además, del monto de la sanción de multa, los intereses de mora que serán calculados a la tasa que fija mensualmente el Banco Central de Venezuela y los honorarios profesionales de los apoderados de la administración pública, en el supuesto que no sean funcionarios públicos.

Lo expuesto permite apreciar que la modalidad para la ejecución forzosa de las sanciones de multas en la vía judicial resulta más lenta para la administración pública, y mucho más onerosa para los infractores que no cumplan la obligación de pagar dichas sanciones voluntariamente.

### III. LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS CAUTELARES O PROVISIONALES COMO MODALIDAD DE EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Uno de los aspectos donde el legislador guardó un silencio casi absoluto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se encuentra relacionado con la expedición de los actos administrativos que tuviesen por objeto la adopción de medidas administrativas provisionales o cautelares, así como a la regulación de las condiciones para su procedencia en los casos previstos en la norma jurídica.

En efecto, la ley no atribuyó competencia general a las autoridades administrativas para la adopción en todo procedimiento administrativo de medidas administrativas provisionales o cautelares dirigidas a garantizar la resolución del mismo.

Este vacío en la regulación general en lo que respecta al procedimiento constitutivo ha tenido un desarrollo sectorial bastante casuístico en recientes textos legales en los distintos sectores económicos y sociales, lo que ha generado una dispersión de posibles actuaciones y medidas administrativas, según lo disponga cada norma legal. Esto en tanto que en el procedimiento recursivo la única medida provisional contemplada en la ley es la suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos en sede administrativa —que podía ser acordada de oficio o a solicitud del interesado—, cuando la ejecución pudiese causar grave perjuicio al interesado o la impugnación se fundamentase en la nulidad absoluta del acto recurrido<sup>31</sup>.

Dicho esto, corresponde analizar cuál ha sido el desarrollo posterior a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en materia de medidas administrativas cautelares.

31 Artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

### III.1. Los principios que rigen las medidas administrativas cautelares o provisionales

Como toda la actividad administrativa formal, la adopción de las medidas administrativas cautelares o provisionales en los procedimientos administrativos se debe regir por los siguientes principios:

- La sujeción a la legalidad y al Derecho. En principio, por mandato de la Constitución, la autoridad administrativa solo debería conceder las medidas administrativas cautelares o provisionales si existe una norma legal expresa que le atribuya competencia y lo autorice a ello<sup>32</sup>. Luego se verá que ello admite matices por imperio de la propia Constitución.
- La garantía del procedimiento previo. El procedimiento administrativo es una garantía de que la actuación de la administración pública, y se debe realizar sin lesionar los derechos constitucionales procesales de las personas. Es por ello que se hace necesaria la audiencia de los interesados durante su curso. Ahora bien, el procedimiento administrativo debe estar incoado para que la administración pública proceda a adoptar las medidas administrativas cautelares o provisionales<sup>33</sup>, y es necesario que este exista, porque constituye una garantía contra la arbitrariedad de la administración pública. Una medida administrativa cautelar o provisional, sin la instauración previa de un procedimiento administrativo y sin que exista una norma legal que la condicione a la inmediata apertura de un procedimiento, simplemente constituye una vía de hecho<sup>34</sup>.
- La naturaleza de las medidas administrativas. En virtud de su ubicación dentro del procedimiento administrativo, las medidas administrativas cautelares o provisionales tienen la naturaleza de un acto administrativo de trámite. En consecuencia, no pueden sustituir bajo ninguna circunstancia al acto que pone fin al procedimiento.
- El carácter temporal. Las medidas administrativas cautelares o provisionales tienen una vigencia temporal, limitada a durar el tiempo necesario para garantizar la protección del interés general y, más en concreto, la de los intereses en presencia que pudieran verse afectados por la resolución final, así como la ejecución de esta. En consecuencia, no pueden ser eternas o indefinidas en el tiempo<sup>35</sup>.

32 Artículos 137 y 141 de la Constitución, y 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

33 Tribunal Supremo de Justicia en sala constitucional, sentencia 4223, del 9 de diciembre de 2005.

34 Corte Suprema de Justicia en sala político administrativa, sentencias 189 y 190, del 8 de mayo de 1991.

35 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 4223, del 9 de diciembre de 2005.

- La eficacia. Para que las medidas administrativas cautelares o provisionales sean realmente eficaces respecto a las personas a quienes van dirigidas deben ser notificadas personalmente, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley<sup>36</sup>.
- La impugnación. Una vez realizada la notificación, las medidas administrativas cautelares o provisionales, como todo acto de trámite, pueden ser impugnadas, en sede administrativa o jurisdiccional, si imposibilitan la continuación del procedimiento administrativo, causan indefensión o prejuzgan como definitivo<sup>37</sup>.

Establecidos estos principios rectores, se debe analizar cómo se desarrollaron los presupuestos de procedencia de las medidas administrativas cautelares o provisionales en el procedimiento administrativo.

### III.2. Los presupuestos de procedencia de las medidas administrativas cautelares o provisionales

Una vez establecida la necesidad de que exista una norma jurídica que atribuya la competencia a la administración pública para expedir las medidas administrativas cautelares o provisionales, corresponde analizar cómo evolucionaron los presupuestos para su procedencia ante la carencia de una mención directa en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

La aplicación de estos presupuestos se puede apreciar por vez primera gracias a una curiosa e interesante resolución administrativa, a través de la cual la entonces Corte Suprema de Justicia en sala político administrativa, en ejercicio de su competencia administrativa disciplinaria, concedió una medida administrativa cautelar en el caso de un procedimiento administrativo disciplinario en el que se tramitaba una denuncia efectuada por el contralor general de la república contra algunos magistrados principales y suplentes de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por —supuestamente— haber incurrido en infracciones al sustanciar un expediente que cursaba ante ese órgano jurisdiccional y en el cual tenía interés directo el denunciante.

En virtud de la referida denuncia, la sala político administrativa de la Corte Suprema de Justicia, actuando como superior jerárquico de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, inició el procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura vigente en aquel momento.

<sup>36</sup> Artículos 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 7.10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

<sup>37</sup> Artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

373

LA EJECUCIÓN  
DE LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOSEXECUTION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS

En trámite de sustanciación del procedimiento administrativo disciplinario, la presidenta del órgano jurisdiccional cuyos magistrados estaban sometidos al aludido procedimiento administrativo presentó un escrito en el cual se efectuaban alegatos y se consignaba como prueba una nota de prensa, que, según sostenía, fue entregada por el contralor general de la república a los medios de comunicación y que fue publicada en la prensa, así como difundida por varios noticieros radiales, en virtud de lo cual finaliza solicitando se evalúe:

[...] la posibilidad de dictar una medida cautelar innominada a mi favor, de conformidad con lo previsto en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, ordenando al ciudadano Contralor General de la República o a cualquier funcionario de ese Organismo, abstenerse de divulgar por los medios de comunicación social, y a través del sistema de Internet, el contenido y estado de la averiguación que adelanta esa Sala Político Administrativa o de la indebida utilización de mi nombre o cualquier otra referencia a mi persona. Igualmente, solicito a la Corte se sirva ordenar a la Contraloría General de la República, retirar de inmediato de su página 'Web', el texto de la denuncia formulada ante la Sala Político-Administrativa.

Los representantes de la contraloría general de la república, seis días después, presentaron escrito de oposición a la solicitud de la medida administrativa cautelar.

La decisión adoptada para resolver la solicitud de medida cautelar no es de naturaleza judicial, sino administrativa, pues se trataba de la sustanciación de un procedimiento administrativo disciplinario. Ello así, debe señalarse que la resolución que proveyó sobre la solicitud cautelar tiene la naturaleza de un acto administrativo de trámite.

Dicho esto, se impone efectuar un análisis sobre la permisibilidad de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura vigente en ese momento o, en su defecto, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para la concesión de la medida administrativa cautelar en los términos solicitados por la denunciada.

En tal sentido, se tiene que la única norma que remitía a la aplicación del Código de Procedimiento Civil en el procedimiento administrativo disciplinario era el artículo 66 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, que textualmente establecía que «a los casos y situaciones no previstas en este procedimiento especial, les serán aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil en materia de lugar y tiempo de los actos procesales, nulidad de los mismos, citaciones y notificaciones. De la misma forma, serán aplicables las normas del Código de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto sean procedentes».

Por otra parte, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no establece una norma para la concesión de las medidas administrativas cautelares en el procedimiento administrativo constitutivo, en el sancionatorio o en el disciplinario, y tampoco remite en este aspecto a otra ley. Dicho esto, es preciso analizar la motivación de la resolución administrativa de naturaleza cautelar, en la cual se efectúan importantes consideraciones.

La sala, en resolución administrativa del 2 de diciembre de 1997, actuando en ejercicio de la potestad disciplinaria, comienza por invocar la analogía, y para ello acude al artículo 66 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, norma que —consideró— la autorizaba plenamente para aplicar las disposiciones que regulan las medidas cautelares judiciales previstas en el Código de Procedimiento Civil. Ello así, procedió la sala —dentro del marco del procedimiento administrativo disciplinario— a revisar los presupuestos de procedencia de la medida cautelar judicial contemplados en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

La sala comenzó por establecer que la contraloría general de la república había difundido el contenido del procedimiento administrativo disciplinario que se seguía contra los magistrados, con lo que infringió el carácter confidencial que le otorgaba el artículo 55 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura. Preciado esto, la Corte Suprema de Justicia pasó a analizar los presupuestos procesales de las medidas cautelares judiciales establecidos en los artículos citados del Código de Procedimiento Civil y, finalmente, procedió a conceder la medida administrativa cautelar, en los siguientes términos:

Primero: Se ordena a la Contraloría General de la República en cualquiera de sus funcionarios, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, abstenerse de divulgar en forma alguna el contenido del procedimiento disciplinario abierto por denuncia de esa Contraloría contra Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sujetos a este procedimiento.

Segundo: Se ordena retirar inmediatamente de la página Web que tiene ese organismo en el sistema Internet, el texto de la denuncia que encabeza las presentes actuaciones, así como cualquier otra mención a través de las cuales se revelen elementos relacionados con este procedimiento disciplinario [...]

Esta resolución administrativa emitida por la sala político administrativa de la Corte Suprema de Justicia permitió extraer los siguientes principios, que se deben aplicar en los procedimientos administrativos disciplinarios:



- Las medidas cautelares pueden ser concedidas con justificación en la aplicación analógica —no obstante que, rigurosamente, el principio de legalidad exige que toda actuación de la autoridad administrativa tenga como fundamento una norma legal expresa—, por lo que, en virtud, de la obligación de sujeción de la actividad administrativa al Derecho, la analogía permite acudir a ella para llenar el vacío legal.
- En consecuencia, las medidas administrativas cautelares pueden ser concedidas aplicando las normas del Código de Procedimiento Civil, en materia de medidas cautelares judiciales<sup>38</sup>.
- Para la concesión de las medidas administrativas cautelares, la sala —en ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria— exigió la existencia de solo dos requisitos: la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora. Esto suponía una diferencia notable con la tutela cautelar en el proceso administrativo, en cuyo caso, la sala —en ejercicio de la función jurisdiccional— exigía el cumplimiento de tres requisitos: la apariencia de buen derecho, el peligro en la mora y el temor fundado de que una de las partes pudiese causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra<sup>39</sup>.
- Ello llevó a considerar que los requisitos para la concesión de las medidas administrativas cautelares en el procedimiento administrativo eran menos rígidos que aquellos para la concesión de la tutela cautelar en el proceso administrativo.
- Las medidas administrativas cautelares pueden ser concedidas a todos los interesados que intervienen en el procedimiento administrativo —aun cuando solo uno de ellos la haya solicitado— lo que constituye otra diferencia fundamental con el proceso administrativo.
- Las medidas cautelares pueden consistir tanto una prohibición, una autorización como una orden de hacer o de entregar un bien.

La resolución administrativa de la sala político administrativa, al aceptar la aplicación analógica *in toto* del Código de Procedimiento Civil, pareciera dar cabida a la tramitación de la oposición misma ella, conforme a las normas de dicho Código. No obstante, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establece los principios generales en materia de procedimientos administrativos, dispone como vía de impugnación de los actos de trámite los recursos administrativos y, agotados

38 Artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

39 Corte Suprema de Justicia en sala político administrativa, sentencia del 14 de febrero de 1996.

estos, el recurso contencioso administrativo de anulación, lo que ahora ha sido flexibilizado, como se explicó en otra ocasión<sup>40</sup>.

Lo dicho planteaba una interrogante: si la resolución administrativa que concede la medida cautelar constituye un acto administrativo de trámite, ¿se puede realizar la oposición a esta a través del Código de Procedimiento Civil, conforme a las normas establecidas para la tramitación de las medidas cautelares judiciales o se debe impugnar a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales previstos en las respectivas leyes contra los actos de trámite?

El planteamiento anterior conduce a una respuesta algo más compleja que escoger entre la aplicación del código de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues, además de la escogencia entre esos textos normativos, se podría plantear otra posibilidad: la aplicación del procedimiento de oposición a las medidas administrativas cautelares, con la cual, resuelta la incidencia cautelar en vía administrativa, los interesados podrían proceder a la impugnación a través de los recursos administrativos o, de ser el caso, a través del recurso contencioso administrativo de anulación. Es decir, se podría llegar a una aplicación complementaria y sucedánea de dichos textos legales. En todo caso, la solución a esta situación debe brindarla la jurisprudencia, mientras no se produzca la reforma legal sobre la materia.

Se señaló al comienzo que la resolución administrativa era curiosa e interesante y hasta ahora solo se ha hecho referencia a este último aspecto, por lo que corresponde hacer un comentario en relación con lo primero. La resolución resulta curiosa, porque siendo el expediente administrativo disciplinario confidencial —al estar limitado su acceso solo a los interesados, conforme lo establecía el artículo 55 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura vigente en ese momento— no se debió publicar la resolución administrativa cautelar en la cuenta de sentencias —pues obviamente no es una sentencia— de la sala y, menos aún, permitir su acceso a terceros ajenos al procedimiento, pues con ello se permitió exactamente lo contrario a lo que se trataba de proteger: hacer del conocimiento público parte de la información que cursaba en el referido expediente administrativo disciplinario.

Se puede observar que la medida administrativa cautelar en el procedimiento administrativo había comenzado a transitar un nuevo camino, el cual se proyectaría en el futuro desarrollo legislativo de tales medidas.

Es así como, entre la última década del siglo XX y la primera década de siglo XXI, se efectúan importantes reformas jurídicas —en particular en los sectores económico y social— para incorporar las medidas

40 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. «Los procedimientos administrativos en Venezuela». *Visión actual de los procedimientos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana-CAJO, 2011, pp. 122-124.

377

LA EJECUCIÓN  
DE LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOSEXECUTION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS

administrativas cautelares o provisionales procedentes en los procedimientos administrativos, tal como se aprecia en materia económica con la ley para la promoción y protección del ejercicio de la libre competencia<sup>41</sup>, en el decreto con rango, valor y fuerza de ley de promoción a la inversión privada bajo el régimen de concesiones<sup>42</sup>, en la ley orgánica de telecomunicaciones<sup>43</sup>, la ley orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento<sup>44</sup>, en la ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios<sup>45</sup>, en la ley de contrataciones públicas<sup>46</sup>, en la ley de la actividad aseguradora<sup>47</sup>, en la ley de instituciones del sector bancario<sup>48</sup>, y, en lo que respecta a materia social, en la ley de estatuto de la función pública<sup>49</sup> y en el reglamento de la ley orgánica del trabajo<sup>50</sup>.

### III.3. La interpretación jurisprudencial de los principios de razonabilidad y proporcionalidad

En el Estado de Derecho constituye un axioma que emerge de la propia Constitución que la potestad discrecional de los órganos que ejercen el poder público debe ejercitarse con estricta sujeción a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Ello ha sido objeto de desarrollo legislativo en el ámbito del Derecho administrativo a través del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>51</sup>.

Esta potestad puede ser ejercitada por la administración pública en el procedimiento administrativo constitutivo, en el sancionatorio o en el disciplinario, tanto a los fines de imponer las sanciones tipificadas legalmente como para adoptar medidas administrativas cautelares dirigidas a garantizar la ejecución de la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo, siempre que esta tenga la competencia para realizar esto último en la respectiva norma jurídica, con sujeción plena a la ley y al Derecho, tal como lo dispone el artículo 141 de la Constitución.

En tal sentido, se debe destacar que, ante la posibilidad de afectar o limitar el ejercicio de los derechos y libertades, la administración pública, en su condición de vicaria del interés general, debe efectuar una ponderación

41 Gaceta oficial 34.880, del 13 de enero de 1992.

42 Gaceta oficial 5.394, del 25 de octubre de 1999.

43 Gaceta oficial 39.610, del 7 de febrero de 2011.

44 Gaceta oficial 38.763, del 6 de septiembre de 2007.

45 Gaceta oficial 39.358, del 1 de febrero de 2010.

46 Gaceta oficial 39.503, del 6 de septiembre de 2010.

47 Gaceta oficial 39.481, del 5 de agosto de 2010.

48 Gaceta oficial 6.015, del 28 de diciembre de 2010, parcialmente reformada según Gaceta oficial 39.627, del 2 de marzo de 2011.

49 Gaceta oficial 37.522, del 6 de septiembre de 2002.

50 Gaceta oficial 38.426, del 28 de abril de 2006.

51 Al respecto, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece: «Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o resolución a juicio de la autoridad competente, dicha medida o resolución deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia».

de los costos beneficios de la decisión que pretende adoptar, junto con el examen de la proporcionalidad de la restricción o gravamen que se irrogará, y que debe estar dentro de lo razonable para que sea admisible o tolerable dentro de una sociedad democrática.

En este orden de ideas, resulta valioso destacar los aportes provenientes de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo de Justicia respecto a lo que significa el ejercicio de la potestad cautelar de la administración pública dentro de un procedimiento administrativo constitutivo, sancionatorio o disciplinario, la cual está sujeta a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y urgencia. En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia en sala constitucional<sup>52</sup> confirmó la apelación interpuesta contra una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, señalando cuáles son los criterios relevantes respecto del ejercicio de la potestad cautelar por parte de las autoridades administrativas:

[...] el ente presuntamente agravante se encuentra legalmente facultado para dictar medidas cautelares tendentes a garantizar la efectividad del acto administrativo que pondrá fin al proceso que se está sustanciando. Sin embargo, la naturaleza de las medidas cautelares en sede administrativa, hacen que su empleo deba ser de carácter restrictivo, y que cumpla, no solo los elementos propios de las cautelares, a saber: el *fumus bonus iuris* y el *periculum in mora*, sino que además deben respetar los principios de adecuación, proporcionalidad y razonabilidad a fin de evitar graves perjuicios a los particulares.

La sala constitucional, luego de evaluar los alegatos formulados por el actor y el demandado —como juez en esa segunda instancia—, concluye que las medidas cautelares administrativas fueron excesivas y desproporcionadas por haber impuesto una carga exorbitante al infractor «al ordenarle retirar del mercado a su costo, cuenta y riesgo el producto Brahma Light que presentaban las etiquetas sobre las cuales recayó el procedimiento administrativo, lo cual sin lugar a dudas constituiría un perjuicio patrimonial, si se declarase la inexistencia de la práctica que se denuncia como prohibida».

A lo anterior se agrega que la autoridad administrativa no solicitó al denunciante en el procedimiento administrativo la caución prevista en la ley y tampoco le permitió al denunciado «suspender los efectos -previa caución- de las medidas cautelares acordadas, lo cual evidencia que el ente administrativo no garantizó el equilibrio de las partes en el procedimiento administrativo, pues debió considerar que los efectos de las medidas, deben ocasionar el menor costo al presunto infractor o por lo menos garantizarle el resarcimiento de los posibles daños que pudiera sufrir si su actuación no resulta anticompetitiva».

<sup>52</sup> Tribunal Supremo de Justicia en sala constitucional, sentencia 1140, del 15 de mayo de 2003.

En este mismo orden de ideas, el Tribunal Supremo de Justicia en sala político administrativa<sup>53</sup> ha reiterado que:

[...] la actividad cautelar de la Administración debe estar sujeta a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y urgencia, y además tiene que analizarse si ciertamente existe un derecho que proteger y si esa protección debe ser tan urgente que es necesario que se aplique una medida cautelar durante el curso del procedimiento administrativo sancionatorio. De lo expuesto, se desprende que si bien la Administración goza de un poder cautelar, este debe ser ejercido de una forma razonable, es decir, que la medida impuesta al interesado no se constituya en una sanción definitiva que pueda vulnerar sus derechos constitucionales.

Aplicando estos criterios exigidos a la administración pública al momento de expedir las medidas administrativas cautelares, esta deberá realizar el test de proporcionalidad y razonabilidad para conceder las medidas administrativas cautelares sin perder de vista lo siguiente:

- Si la medida administrativa cautelar puede tener carácter restrictivo, impositivo o de gravamen, únicamente deberá adoptarse cuando se encuentren plenamente demostrados los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, pues, en caso contrario, se incurriría en el ejercicio de una potestad administrativa arbitraria. Con respecto a este primer supuesto, debe ratificarse, tal como se ha expresado anteriormente, que los presupuestos procesales de apariencia de buen derecho y peligro en la mora deben cumplirse de manera concurrente, pero, al no estar presente la apariencia de buen derecho, no existe jurídicamente riesgo alguno de que la adopción de una decisión final declare la comisión de una infracción que presuntamente no existe y, menos aún, que conlleve a la imposición de una sanción como la que se pretende garantizar a través de la medida cautelar. Además, en el supuesto de que existiese alguna sanción que implicase el pago de sumas de dinero, ello, en ningún caso, sería urgente como para justificar una medida cautelar, salvo que exista una prueba fehaciente del riesgo que el destinatario de la eventual sanción pudiese caer en atraso o de que se encuentra en estado de quiebra o cese de operaciones comerciales.
- El principio de proporcionalidad exige el cumplimiento de la obligación negativa de interdicción de exceso. Es decir, la medida administrativa cautelar se debe dictar con estricta sujeción a

LA EJECUCIÓN  
DE LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS

EXECUTION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS

53 Tribunal Supremo de Justicia en la sala político administrativa, sentencia 481, del 20 de marzo de 2007.

la norma jurídica y a las exigencias de la situación, con el objeto de alcanzar la finalidad en ella prevista. Esto conduce a verificar si la medida administrativa cautelar es realmente la idónea, adecuada y eficaz, es decir, que no sea excesiva, exagerada, desproporcionada y, en consecuencia, inconstitucional.

- El principio de razonabilidad, asociado al anterior, conduce a causar o infligir el menor costo o gravamen al presunto infractor, lo que implica que la medida cautelar se dicte únicamente si es necesaria y que no exista una medida alterna que resulte menos gravosa para los derechos o libertades de los presuntos infractores, siempre y cuando tal medida alterna permita lograr la finalidad prevista en el ordenamiento jurídico.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Durante los treinta años de vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se han experimentado cambios económicos, culturales, sociales y tecnológicos que han sido recogidos parcialmente en la legislación, analizados por la doctrina científica y, en algunos casos, asumidos por la jurisprudencia de vanguardia.

Todo ello ha conducido a que la doctrina científica haya venido planteando las reformas de tercera generación, lo que impone una revisión cualitativa y serena de la legislación en materia de procedimientos administrativos que contemple tanto la transformación institucional del Estado constitucional y democrático de Derecho —del modelo prestacional al modelo de garantía de prestaciones<sup>54</sup>— como del nivel de progreso tecnológico y la complejidad de las relaciones e informaciones que se generan entre distintas administraciones públicas —internacionales, supranacionales, nacionales, estatales y locales— y las personas que exigen una manera de actuación distinta a la imposición y a la coerción, mediante el diálogo, la comunicación, la cooperación, el encuentro, el consenso y todo aquello que demande una nueva filosofía en la regulación del procedimiento administrativo, a fin de que se brinde mayor calidad democrática, idea que se desea sea asumida en la próxima reforma del procedimiento administrativo de Venezuela.

Recibido: 22-07-2011  
Aprobado: 08-08-2011

54 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. «La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el estado de garantía de prestaciones». *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum en honor a Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011.

# Recursos administrativos: conceptos, elementos y presupuestos. Un estudio comparativo de los regímenes peruano y uruguayo

Administrative Appeal: Concept, elements and assumptions. Peruvian and Uruguayan systems. A comparative study

JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO\*

**Resumen:** El artículo presenta una comparación de las principales características del recurso administrativo en el Derecho peruano y uruguayo. Teniendo como contexto la comparación de ambos marcos constitucionales y legales, se desarrolla la definición del recurso administrativo como ejercicio del derecho de petición para, posteriormente, realizar el análisis de los elementos esenciales y de los elementos no esenciales del recurso administrativo. Finalmente, el trabajo ofrece una visión cuestionadora de la regulación constitucional uruguayo y permite arribar a algunas conclusiones sobre ambos ordenamientos.

**Palabras clave:** Recurso administrativo – derecho de petición – elementos de los recursos administrativos

**Summary:** This article compares principal features of administrative appeal system in Peruvian and Uruguayan Law. Also, develops a definition of administrative appeal as an exercise of the right of petition, then performs an analysis of essential and nonessential elements involved, having as a context the comparison of both, legal and constitutional frameworks. Finally, the article provides a critical vision of Uruguayan constitutional regulation arriving to conclusions related with both systems.

**Key words:** Administrative appeal – right to petition – elements of administrative appeal

---

\* Fue catedrático de Derecho Administrativo y ex director del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay.

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.— II. CONCEPTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO.— II.1. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS SON UNA ESPECIE DE PETICIÓN.— II.2. CARACTERES ESPECÍFICOS DE LOS RECURSOS DENTRO DEL GÉNERO PETICIÓN.— II.3. DEFINICIÓN, ENUMERACIÓN Y EFECTOS DE SU INTERPOSICIÓN.— III. ELEMENTOS DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.— III.1. CONCEPTO, RELEVANCIA Y ENUMERACIÓN.— III.2. LA VOLUNTAD DE RECURRIR Y SU EXPRESIÓN.— III.3. FORMA INSTRUMENTAL DE INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS.— III.4. IDENTIFICACIÓN DEL RECURRENTE.— III.5. ELEMENTOS NO ESENCIALES: CONSTITUCIÓN DE DOMICILIO, FUNDAMENTACIÓN Y OFRECIMIENTO DE PRUEBA.— III.6. FIRMA LETRADA.— III.7. DESTINATARIO DE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DE RECURRIR.— III.8. COMUNICACIÓN EN TIEMPO OPORTUNO DE LA VOLUNTAD DE RECURRIR. PLAZO PARA RECURRIR.— IV. PRESUPUESTOS DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.— IV.1. CONCEPTO, RELEVANCIA Y ENUMERACIÓN.— IV.2. PRESUPUESTO SUBJETIVO DE VALIDEZ: CAPACIDAD DEL RECURRENTE.— IV.3. PRESUPUESTO OBJETIVO DE VALIDEZ: EXISTENCIA DE UN ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO.— IV.4. PRESUPUESTO DE UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO: LEGITIMACIÓN DEL RECURRENTE.— IV.5. PRESUPUESTOS DE UNA RESOLUCIÓN FAVORABLE.— V. CONCLUSIONES.

## I. PRESENTACIÓN

La contribución que se me ha pedido —y que tanto me honra— a la conmemoración de la primera década de vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo General (ley 27444) —en lo sucesivo LPAG— consistirá en una comparación de los regímenes de los recursos administrativos en los derechos peruano y uruguayo, con particular referencia al propio concepto, a los elementos y a los presupuestos de dichos recursos.

El punto de partida de la comparación radica necesariamente en el señalamiento inicial del diverso nivel normativo de la regulación del tema en uno y en otro país.

Desde la Constitución de 1952, en Uruguay los recursos administrativos están minuciosamente regulados por normas constitucionales, que subsisten prácticamente incambiables en la vigente de 1967. La carta consagra expresamente —y está bien que lo haga— el derecho a recurrir a cualquier acto administrativo de cualquier órgano del Estado. Pero, además, establece el plazo dentro del cual debe recurrirse —so pena de caducidad del derecho a hacerlo— los recursos que corresponden en cada caso según el órgano que dictó el acto lesivo, los plazos de que dispone la administración para resolver, el efecto de su silencio y la vinculación entre el agotamiento de la vía administrativa y la acción de nulidad. Semejante exceso ha llevado a que subsistan cristalizadas, desde hace casi sesenta años, soluciones que también hace muchos años han probado su inconveniencia. Sobre semejante cimiento constitucional,



las normas que lo han reglamentado se han atendido solamente a cuestiones procedimentales y de detalle<sup>1</sup>.

En cambio, en el Perú el régimen legal de los recursos se sustenta en una sucinta base constitucional: el precepto que reconoce a los habitantes el derecho de petición ante las autoridades<sup>2</sup>. Sobre ese pilar, la LPAG ha edificado el régimen de los recursos administrativos, al incluirlos como una forma de ejercicio del derecho de petición, según se verá de inmediato.

## II. CONCEPTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

### II.1. Los recursos administrativos son una especie de petición

La doctrina define habitualmente los recursos administrativos como los medios de impugnación<sup>3</sup> de un acto administrativo del que pueden valerse los administrados para obtener su revisión en la propia vía administrativa.

Diciendo que son «medios de impugnación» se subraya el carácter instrumental de los recursos administrativos y su utilidad, pero no se atiende a su sustancia o naturaleza. Desde este punto de vista, se percibe de inmediato que, en sustancia, un recurso administrativo es una

RECURSOS  
ADMINISTRATIVOS:  
CONCEPTOS,  
ELEMENTOS Y  
PRESUPUESTOS.  
UN ESTUDIO  
COMPARATIVO DE  
LOS RÉGIMENES  
PERUANO Y  
URUGUAYO

ADMINISTRATIVE  
APPEAL: CONCEPT,  
ELEMENTS AND  
ASSUMPTIONS.  
PERUVIAN AND  
URUGUAYAN  
SYSTEMS. A  
COMPARATIVE  
STUDY

1 Entre otras, se trata del decreto ley 15.524, del 9 de enero de 1984, conocido como «Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo», dictado durante el gobierno de facto que padeció nuestro país; de las leyes 15.869, del 22 de junio de 1987, y su modificativa 17.292, del 25 de enero de 2001, que sustituyeron la regulación de los recursos administrativos del decreto ley 15.524 para adecuarla a la Constitución; y del decreto 500/991, del 27 de setiembre de 1991, verdadero código de procedimiento administrativo, reglamentario de las normas constitucionales y legales en la materia. Sobre este régimen, véase: CAJARVILLE PELUFFO, Juan. *Recursos administrativos*. Cuarta edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

2 «Artículo 2°. Toda persona tiene derecho: [...] 20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. [...] Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional solo pueden ejercer individualmente el derecho de petición». Esa disposición tiene su paralelo en el artículo 30 de la Constitución uruguaya, el cual dice que «todo habitante tiene derecho de petición para ante todas y cualesquiera autoridades de la República».

3 Con leves variantes, la locución aparece en: ACOSTA ROMERO, Miguel. *Teoría general del Derecho administrativo*. México: Porrúa, 1979, p. 70; ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. Tomo II. Barcelona: Bosch, 1970, p. 621; BREWER-CARIAS, Allan. *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 329; CARBAJAL VICTORICA, Juan. «Consultas administrativas». *L.J.U.* Tomo 27, número 3789, p. 242, Montevideo; CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, pp. 315 y 383; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Los recursos administrativos y económico-administrativos*. Madrid: Civitas, 1975, p. 109; GORDILLO, Agustín. *Procedimiento y recursos administrativos*. Buenos Aires: Macchi, 1971, p. 159; GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo 4.1. Buenos Aires: Macchi, 1980, p. 3; HUTCHINSON, Tomás. *Ley nacional de procedimientos administrativos*. Tomo II. Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 259; MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965, p. 640; RAGNISCO, Leonida y Michele ROSSANO. *I ricorsi amministrativi*. Roma: Foro Italiano, 1954, p. 1; REAL, Alberto. *Estudios sobre Derecho administrativo*. Tomo II. Montevideo: FCU, 1967, p. 70; y SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de Derecho administrativo*. Séptima edición. Tomo I. Montevideo: Depalma, 1998, p. 391. Asimismo, véase también la doctrina procesal: COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1964, p. 339; y DELPIAZZO, Carlos y Carlos GUARIGLIA. *Los recursos administrativos y el acto institucional*. Montevideo: FCU, 1979, p. 11.

petición<sup>4</sup> del sujeto recurrente a la administración. Se trata de una petición de dictado de un acto administrativo mediante el cual se revoque, modifique o sustituya otro acto anterior de la misma naturaleza que ha lesionado al recurrente.

Por lo tanto, la interposición de recursos administrativos constituye ejercicio del derecho de petición<sup>5</sup> reconocido por el artículo 2 inciso 20 de la Constitución peruana, en el artículo 106.1 de la LPAG y por el artículo 30 de la Constitución uruguaya. La inclusión de los recursos administrativos dentro de la categoría «derecho de petición» está explícitamente consagrada en los artículos 106.1, 106.2 y 109.1 de la ley peruana<sup>6</sup>.

## II.2. Caracteres específicos de los recursos dentro del género petición

Dentro del género de las peticiones amparadas constitucionalmente, los recursos administrativos presentan dos caracteres específicos: su contenido<sup>7</sup> y el momento de su presentación.

El contenido de un recurso administrativo se vincula necesariamente con la existencia de un acto administrativo previo cuya revocación, anulación<sup>8</sup>, modificación o sustitución se solicita. Este contenido aparece englobado en el verbo «contradecir» en el artículo 106.2 de la LPAG, y expresamente enumerado en el artículo 109.1 de ella, que agrega como

4 Define el recurso administrativo como «petición» (*istanza*) Zanobini en: ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Tomo II. Milán: Giuffrè, 1946, p. 42. Asimismo, señalan su contenido petitorio y su finalidad como medio de impugnación: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho administrativo*. Tomo II. Madrid: Civitas, 2002, p. 506; y HUTCHINSON, T. Ob. cit., p. 259.

5 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 73-74; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. San Pablo: Max Limonad, 1998, pp. 283-286; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito administrativo*. Décimo séptima edición. San Pablo: Malheiros, 2004, pp. 462 y 467; BREWER-CARIAS, Allan. Ob. cit., p. 329; CASSAGNE, J. Ob. cit., pp. 313 y 385; CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Tomo I. París: Montchrestien, 1988, p. 58; DURAN MARTÍNEZ, Augusto. «Peticiónes y recursos». *Revista de Administración Pública Uruguaya*. Año II, número 5, 1987, pp. 40-41, Montevideo; FERRIER, Jean-Pierre. «El procedimiento administrativo en Francia». En Javier Barnés Vázquez (coordinador). *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993, p. 375; y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Los recursos administrativos*. Madrid: Abella, 1969, p. 35.

6 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Comentarios a la nueva Ley de Procedimiento Administrativo General». En *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Ley 27444, Lima: ARA, 2001, p. 65; y ROJAS LEO, Juan Francisco. «¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo Derecho administrativo en el Perú? Reflexiones en torno a la próxima entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General». En *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Ley 27444, Lima: ARA, 2001, pp. 157-158.

7 GONZÁLEZ PÉREZ, J. Ob. cit., p. 111.

8 La palabra «revocación», y también «anulación» como reflejo, son utilizadas con diversos sentidos en la doctrina. En la LPAG, «revocación» es la extinción por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (artículo 203) y «anulación» es la extinción por invalidez, vale decir por no conformidad al ordenamiento jurídico (artículos 8, 10 a 13 y 202). En cambio, en la terminología del decreto ley 15.524 uruguayo, la denominación adecuada de las distintas formas de extinción de un acto administrativo es la siguiente: (i) «revocación» es la extinción por el mismo órgano que lo dictó o por su jerarca (artículos 32 inciso 1, 36 y 95), por razones del mérito o de legitimidad (artículo 95); y (ii) anulación es la extinción por un órgano ajeno al sistema orgánico, en ejercicio de función administrativa (artículo 32, inciso 3) o jurisdiccional (artículos 28 y 29, entre otros), con efecto retroactivo al momento de emisión (CAJARVILLE PELUFFO, Juan. «Sobre actos administrativos». En *Sobre Derecho administrativo*. Segunda edición. Tomo II. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 16).

contenido posible la petición de que «sean suspendidos sus efectos»<sup>9</sup>. Cualquier petición con otro contenido queda excluida de la especie.

Con un concepto muy amplio, toda petición con ese contenido dirigida a la administración por otro sujeto sería un recurso administrativo. En este concepto amplio cabrían los llamados «recursos gratuitos»<sup>10</sup>, así como todo otro recurso ajeno al agotamiento de la vía administrativa, específicamente legislado o implícitamente admitido conforme a principios generales. Cabría también la «petición de gracia» que solicitara la revocación, modificación, anulación o suspensión de los efectos de un acto administrativo formulado conforme al artículo 112 de la LPAG.

En cambio, en el concepto más restringido de los artículos 206 y siguientes de la LPAG, y de los artículos 317 a 319 de la Constitución uruguaya, no toda petición con tal contenido es un recurso administrativo. Para que lo sea, es menester que la petición del interesado se presente ante la autoridad de la cual proviene el acto previo dentro del plazo establecido: quince días hábiles, consecutivos y perentorios siguientes de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto, conforme a los artículos 207.2, 133.1 y 134.1 de la LPAG, y diez días corridos y sin interrupción siguientes al de la notificación personal o publicación en el Diario Oficial del acto cuestionado, conforme al artículo 317 inciso 1 de la Constitución uruguaya.

En el Derecho uruguayo, una petición que cumpla con ambos requisitos constituye un recurso administrativo y, como tal, produce efectos singulares: crea a cargo de la administración la obligación de resolver y, necesariamente, ha de sobrevenir a su respecto una decisión que será expresa o, en su defecto, *ficta*, necesariamente negativa por imperio constitucional (artículo 318)<sup>11</sup>. Recaída esa decisión, el sujeto afectado quedará habilitado para ejercitar la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo —en lo sucesivo, TCA—.

En el régimen de la LPAG, para la configuración de un recurso administrativo es necesario, además, un requisito de legitimación que suponga la titularidad de un derecho o un interés legítimo, personal, actual y probado, material o moral, violado, afectado, desconocido o

RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTOS, ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS. UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS RÉGIMENES PERUANO Y URUGUAYO

ADMINISTRATIVE APPEAL: CONCEPT, ELEMENTS AND ASSUMPTIONS. PERUVIAN AND URUGUAYAN SYSTEMS. A COMPARATIVE STUDY

9 En el Derecho uruguayo, es posible solicitar la suspensión de los efectos del acto como petición anexa a un recurso (decreto 500/991, artículo 150), pero por sí misma esa petición no lo configuraría, aunque por supuesto podría formularse en cualquier momento.

10 Por ejemplo, en la doctrina: MÉNDEZ, Aparicio. *Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo*. Montevideo: Revista de Derecho Público y Privado, 1952, p. 133; y MÉNDEZ, Aparicio. *Sistemas orgánicos*. Montevideo: A.M.F., 1973, p. 208.

11 Constitución uruguaya: «Artículo 318.— Toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previos los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto, dentro del término de ciento veinte días, a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable [...] Se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera dentro del término indicado».

lesionado por el acto administrativo previo —artículos 109.1 y 109.2 y 206.1—. Sin la invocación de tal legitimación y el ofrecimiento de prueba al respecto, la comparecencia del administrado no podría ser admitida como un recurso —*infra*, párrafo 15a—. Cumplidos todos los requisitos, la petición perfeccionará un recurso y producirá los efectos de tal: la administración estará obligada a dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal (artículo 106.3), y su omisión producirá el silencio administrativo positivo<sup>12</sup> y solo excepcionalmente negativo<sup>13</sup>, con lo que habilitará en este último caso la interposición de las acciones judiciales pertinentes por el lesionado (artículos 188.3 y 218).

El primero de los efectos referidos —la creación a cargo de la administración de la obligación de decidir— la produce en el Perú la petición de cualquier interesado, sin requerimiento de legitimación calificada alguna (Constitución, artículo 2, número 20, y LPAG, artículo 106). No ocurre así en el Derecho uruguayo, porque el artículo 30 reconoce el derecho a formular peticiones a cualquier habitante, pero el artículo 318 pone a cargo de la administración la obligación de decidir solamente si el peticionante es titular de un interés legítimo.

En ambos derechos, la necesaria existencia sobreviniente de una decisión, expresa o por silencio administrativo, no es exclusiva de los recursos administrativos. También la produce toda petición formulada por una persona con determinada legitimación: la titularidad de «un derecho» o de «un interés legítimo» (LPAG, artículos 106.3 y 107, Constitución uruguayo, artículo 318, y ley reglamentaria 15.869, artículo 8). Puesto que, amparado en el derecho de petición reconocido constitucionalmente, en ambos derechos un sujeto con esa legitimación puede pedir a la administración, en cualquier momento, el dictado de un acto cuyo contenido sea modificar, revocar, anular o sustituir un acto anterior. La diferencia entre tal petición y un recurso administrativo es exclusivamente cronológica, está dada tan solo por el momento de presentación. El mismo escrito, presentado dentro de los plazos establecidos en cada Derecho para recurrir, constituirá un recurso administrativo, pero, presentado fuera de ese lapso, no lo será<sup>14</sup>. Esa petición de dictado de un acto modificatorio, revocatorio, anulatorio o sustitutivo de otro anterior, formulada por el titular de un derecho o interés legítimo, conducirá

12 Ley del Silencio Administrativo 29060, promulgada el 6 de julio de 2007, artículo 1b (en el decreto legislativo 1029, del 23 de junio de 2008, artículo 2). La ley 29060 es derogatoria y sustitutiva de los artículos 33 y 34 de la LPAG, los cuales son reguladores de los efectos del silencio administrativo.

13 Ley del Silencio Administrativo 29060. El decreto legislativo 1029, artículo 2, al sustituir el artículo 1 b de la ley 29060 (véase nota anterior) explicitó la solución que en mi opinión ya resultaba de la redacción original de la ley 29060: los recursos administrativos están sujetos a silencio positivo «siempre que no se encuentren contemplados en la primera disposición transitoria, complementaria y final (véase *infra*, texto y nota 23).

14 También González Pérez y González Salinas señalan que la diferencia entre los recursos administrativos y otros procedimientos de revisión de actos administrativos incoados por un interesado radica en que los primeros están sujetos a plazos (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Pedro GONZÁLEZ SALINAS. *Procedimiento administrativo local*. Tomo II. Madrid: 1993, pp. 413-414.

necesariamente —como un recurso administrativo— a una decisión de la administración<sup>15</sup>, pero tal decisión no producirá el otro efecto típico de los recursos administrativos, aquel llamado «agotamiento de la vía administrativa», y no habilitará, por ende, el posterior ejercicio de la acción jurisdiccional de impugnación respecto del acto cuya revocación se ha pedido.

Resultan así teóricamente deslindadas cuatro especies dentro del género común de las peticiones, todas ellas amparadas en cuanto a su presentación por el derecho de petición reconocido constitucionalmente en ambos derechos, pero produciendo distintos efectos según sus características y consecuente naturaleza:

- (a) la petición formulada, en Uruguay, por el titular de un interés simple, al amparo del artículo 30 de la carta, que no creará la obligación administrativa de instruir y decidir, ni conducirá necesariamente a una decisión de la administración<sup>16</sup>. En el Derecho peruano esta es una categoría vacía, a la luz del artículo 2 inciso 20 de la Constitución y del artículo 106.3 LPAG;
- (b) la petición formulada, en el Perú, por el titular de un interés simple, al amparo de los artículos 2 inciso 20 de la Constitución y 106 de la LPAG, que creará a cargo de la administración la obligación de darle una respuesta, pero sin que el silencio durante el plazo legal configure una decisión imputable a la entidad, con lo que se genera, en cambio, responsabilidad del destinatario de la solicitud. Esta es una categoría vacía en el derecho uruguayo;
- (c) la petición formulada por el titular de un derecho o de un interés legítimo, que crea la obligación de resolverla a cargo de la administración y sobre la cual necesariamente ha de recaer una decisión administrativa (artículo 107 de la LPAG; artículo 318 de la Constitución y artículo 8 de la ley 15.869 uruguayana). En el Derecho peruano, la forma y el contenido de esa decisión necesaria dependerá de la categorización del procedimiento iniciado como de aprobación automática, de evaluación previa con silencio positivo o de evaluación previa con silencio negativo (artículos 30 y 31 de la LPAG, artículo 1 de la ley 29060, y D.T.C.F. primera)<sup>17</sup>. En el Derecho uruguayo, la decisión *ficta* por silencio será necesariamente denegatoria (Constitución,

RECURSOS  
ADMINISTRATIVOS:  
CONCEPTOS,  
ELEMENTOS Y  
PRESUPUESTOS.  
UN ESTUDIO  
COMPARATIVO DE  
LOS REGÍMENES  
PERUANO Y  
URUGUAYO

ADMINISTRATIVE  
APPEAL: CONCEPT,  
ELEMENTS AND  
ASSUMPTIONS.  
PERUVIAN AND  
URUGUAYAN  
SYSTEMS. A  
COMPARATIVE  
STUDY

15 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 76. En contra, Justino Jiménez de Aréchaga atribuyó un significado más restringido al artículo 318 de la carta y limitó a la petición de ejecución de un acto administrativo ya dictado (*La Constitución de 1952*. Segunda edición. Montevideo: Cámara de Senadores, 1995, pp. 647-648).

16 *Ibid.*, p. 77.

17 En su artículo 30, la LPAG clasifica los procedimientos administrativos iniciados por los administrados en aquellos de aprobación automática que no requieren pronunciamiento expreso del administración (artículo 31), y en aquellos que requieren una evaluación previa por la administración —y que, a su vez, según el artículo 188 igual se dividen (DANÓS ORDÓÑEZ, J. Ob. cit., pp. 57-58 y 72-73).

artículo 318). Si el contenido de esta petición se refiere a la modificación, revocación o sustitución de un acto anterior, pero ha sido presentada fuera del plazo para recurrir, la decisión que necesariamente recaerá, aunque sea denegatoria, no habilitará el ejercicio de la acción de impugnación jurisdiccional; y

- (d) el recurso administrativo interpuesto por un sujeto debidamente legitimado, con contenido típico y la presentación en plazo, que provoca necesariamente una decisión agotadora de la vía administrativa y habilitante, cuando denegatoria, del amparo jurisdiccional anulatorio.

### II.3. Definición, enumeración y efectos de su interposición

Como manifestación de voluntad (de pedir) del recurrente que produce ciertos efectos jurídicos, el recurso es en sí mismo un acto jurídico<sup>18</sup> que, en cuanto se perfecciona y cuando se comunica a un destinatario determinado, entra en la clase de los recepticios<sup>19</sup>.

Con todos estos elementos, el recurso administrativo puede definirse como la manifestación de voluntad unilateral y recepticia, emanada de un sujeto debidamente legitimado que se considera lesionado por un acto administrativo cuyo contenido consiste en la petición, dirigida a la administración en tiempo oportuno, de que se dicte un nuevo acto administrativo revocatorio, anulatorio, modificatorio o sustitutivo, y en el Derecho peruano también suspensivo de los efectos, de aquel anterior que se entiende lesivo.

La presentación de una petición ajustada a la definición precedente perfecciona un recurso administrativo y produce los efectos anunciados en el párrafo precedente. Los dos derechos ahora comparados contienen enumeraciones taxativas de los recursos admitidos, así como la determinación de la pertinencia de cada uno y de los efectos que se imputan a su perfeccionamiento, todo lo cual se describe a continuación sucintamente, tan solo en la medida imprescindible para la comprensión del tema en estudio.

El artículo 207 de la LPAG prevé tres recursos: el de reconsideración, el de apelación y el de revisión. El recurso de reconsideración es opcional, y su interposición requiere sustentarse en nueva prueba, salvo que el acto haya sido emitido por un órgano que constituye instancia única, lo que no integra, necesariamente, el agotamiento de la vía administrativa y de su no interposición, la cual no impide el ejercicio del recurso de

18 CANOSA, Armando. «El concepto de recurso administrativo». En Juan Cassagne (director). *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 591; CASSAGNE, J. Ob. cit., p. 385; GONZÁLEZ PÉREZ, J. Ob. cit., p. 34; y GORDILLO, Agustín. Ob. cit., p. 165.

19 BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, p. 105.

apelación (artículo 208). El recurso de apelación, que corresponde cuando el órgano que dictó el acto está sometido a jerarquía, debe sustentarse en diferente interpretación de las pruebas producidas, o en cuestiones de puro derecho, y su resolución compete al «superior jerárquico» (artículo 209 de la LPAG). El recurso de revisión de carácter excepcional corresponde cuando «las dos instancias anteriores fueron resueltas por autoridades que no son de competencia nacional»<sup>20</sup>, y su resolución compete «al superior jerárquico», de manera que configure «una tercera instancia de competencia nacional» (artículo 210 de la LPAG). Cada recurso se ejercerá «por una sola vez en cada procedimiento administrativo y nunca simultáneamente» (artículo 214 de la LPAG), y los tres se interponen ante el órgano que emitió el acto impugnado dentro de quince días perentorios.

La interposición de un recurso producirá los efectos señalados en el párrafo precedente como propios de la categoría: la administración estará obligada a dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal de treinta días (artículos 106.3 y 207.2 de la LPAG), y su omisión producirá, en principio, el silencio administrativo positivo<sup>21</sup>, al tenerse por estimada la pretensión del recurrente (artículos 217.1 y 188.1<sup>22</sup>). Solo excepcionalmente el silencio será negativo<sup>23</sup>, con lo que habilitará en este caso la interposición de las acciones judiciales pertinentes por el lesionado (artículos 188.3 y 218 de la LPAG).

Conforme al artículo 317 de la Constitución uruguaya, todo acto administrativo se impugnará administrativamente con el recurso de revocación, que resolverá el mismo órgano que lo dictó. Si dicho órgano estuviera sometido a jerarquía, se impugnará además con el recurso jerárquico —que resolverá el jerarca máximo del sistema—, y si el órgano que lo dictó formara parte de un servicio descentralizado —una de las modalidades de la descentralización, además de los entes autónomos—, se impugnará además con el recurso de anulación que resolverá el Poder Ejecutivo. En materia departamental, los recursos se denominan

RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTOS, ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS. UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS REGÍMENES PERUANO Y URUGUAYO

ADMINISTRATIVE APPEAL: CONCEPT, ELEMENTS AND ASSUMPTIONS. PERUVIAN AND URUGUAYAN SYSTEMS. A COMPARATIVE STUDY

20 Puede tratarse de entidades de carácter descentralizado sujetas a la tutela de la administración estatal central o nacional, o eventualmente de carácter desconcentrado. En ambos casos, hay asignación de competencia no nacional atendiendo al criterio territorial de delimitación (ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. «Recursos administrativos: algunas consideraciones básicas y el análisis del tratamiento que les ha sido otorgado en la ley 27444». En: <http://blog.pucp.edu.pe/item/23825>). El análisis en profundidad de este tema escapa, por cierto, a la materia que se aborda en este estudio comparativo de los sistemas de recursos administrativos peruano y uruguayo.

21 Ley del Silencio Administrativo 29060, artículo 1b.

22 Este último en el decreto legislativo 1029 publicado el 24 de junio de 2008.

23 Ley del Silencio Administrativo 29060: «[...] casos excepcionales en los que se afecte significativamente el interés público en las materias que se enumeran, o en que se transfieran facultades de la administración pública, y en los procedimientos de inscripción registral. Las materias tributaria y aduanera se rigen por leyes y normas especiales. También están sujetos a silencio administrativo negativo los recursos contra la imposición de una sanción, pero si en un recurso anterior el administrado hubiera optado por el silencio negativo, en las siguientes instancias resolutorias se aplicará el silencio positivo» (artículo 188.6 de la LPAG, incorporado por el artículo 1 del decreto legislativo 1029). En tales condiciones, no alcanzo a ver cómo el sancionado podría omitir la opción por el silencio negativo en el primer recurso, cuando, en todo caso, esa sería la solución legal.

de reposición y apelación, idénticos a los de revocación y jerárquico en materia nacional. Todos esos recursos se interpondrán, cuando correspondan los subsidiarios —jerárquico, anulación y apelación—, conjuntamente en el mismo escrito y dentro de los diez días corridos siguientes a la notificación o publicación, según corresponda del acto lesivo<sup>24</sup>.

La interposición del o de los recursos que correspondan crea a cargo de la administración la obligación de resolverlos previo los trámites que correspondan para la debida instrucción y dentro de los siguientes plazos: ciento cincuenta días, si solo se interpuso un recurso —el de revocación—, porque el acto fue dictado por un órgano no sometido a jerarquía ni a tutela administrativa; doscientos días, si se interpusieron dos recursos —revocación y jerárquico— y si el órgano autor está sometido a jerarquía, o a revocación y anulación si el acto lo dictó el órgano jerarca de un servicio descentralizado, como tal sujeto a tutela administrativa, o a reposición y a apelación en materia departamental; y doscientos cincuenta días, si se interpusieron tres recursos —revocación, jerárquico y anulación—, porque el acto emanó de un órgano sometido a jerarquía de un servicio descentralizado<sup>25</sup>. Vencido esos plazos sin que hubiera sido resuelto expresamente el último recurso interpuesto, se produce la denegatoria *ficta*, y si los recursos interpuestos fueron todos los que correspondían, se tiene por agotada la vía administrativa y franqueada la impugnación ante el TCA<sup>26</sup>.

### III. ELEMENTOS DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

#### III.1. Concepto, relevancia y enumeración

Por elementos del recurso, como de todo acto jurídico, se entenderán aquí sus componentes, aquello de lo cual el acto está formado, lo que lo integra o constituye. Son, por lo tanto, intrínsecos y forman parte del acto<sup>27</sup>.

Los elementos pueden ser esenciales o eventuales. Los esenciales se vinculan al perfeccionamiento del recurso, de lo que se entiende su nacimiento a la vida jurídica y su acceso a la existencia en el mundo del derecho. Si alguno de tales elementos no existe, tampoco existe recurso. Si los elementos existen pero adolecen de algún vicio, y si este tiene

24 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 163-201.

25 Esos plazos resultan de adicionar a los ciento veinte días previstos en el artículo 318 de la Constitución para resolver los plazos legales para la debida instrucción del asunto. Los plazos actuales están consagrados en la ley 17.292, del 25 de enero de 2001, artículos 40 y 41. Los plazos anteriores eran de 150, 300 y 450 días, y más atrás en el tiempo, durante veinticinco años, entre 1952 y 1977, aunque parezca increíble los márgenes fueron de 210 y 840 días.

26 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 209-244.

27 Sobre el concepto de elementos de un acto, véase: BANDEIRA DE MELLO, C. Ob. cit., pp. 356 y siguientes; BETTI, E. Ob. cit., pp. 97-98; GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho civil uruguayo*. Tomo X. Montevideo: Amalio M. Fernández, 1968, p. 9; MORETTI, Raúl. *Estudios de Derecho procesal*. Tomo I. Montevideo: 1967, p. 363; y CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 23.



suficiente relevancia, el recurso perfeccionado será inválido<sup>28</sup> o nulo<sup>29</sup>. Elementos esenciales son una materia —determinación de la voluntad jurídica del recurrente— y una forma —manifestación exteriorizada, perceptible y comprensible por terceros, de esa determinación de la voluntad y comunicada a su destinatario en tiempo oportuno—.

En el recurso administrativo pueden encontrarse también otros elementos componentes o partes integrantes cuya existencia no es necesaria para su perfeccionamiento ni para su validez, y que, por tanto, pueden existir o no. Por eso se califican de eventuales. Ejemplos claros de este tipo de elementos son la fundamentación y el ofrecimiento de prueba.

### III.2. La voluntad de recurrir y su expresión

La determinación de la voluntad jurídica de pedir —que está en la sustancia del recurso— no puede analizarse sin referir al mismo tiempo a la forma en que se manifiesta. La voluntad, mientras permanece en puro fenómeno psíquico y no se exterioriza mediante alguna forma perceptible e inteligible por terceros, carece de trascendencia jurídica<sup>30</sup>. Desde este punto de vista, materia y forma —conceptualmente separables— son inescindibles.

Si bien no existen términos sacramentales, la expresión clara de la voluntad de recurrir, traducida en el pedido de que un acto anterior sea revocado o anulado total o parcialmente<sup>31</sup>, modificado<sup>32</sup> o sustituido —o, en el régimen peruano, también que sean suspendidos sus efectos— es requisito de existencia del recurso. Ningún otro contenido de la manifestación de voluntad puede perfeccionarlo<sup>33</sup>.

RECURSOS  
ADMINISTRATIVOS:  
CONCEPTOS,  
ELEMENTOS Y  
PRESUPUESTOS.  
UN ESTUDIO  
COMPARATIVO DE  
LOS RÉGIMENES  
PERUANO Y  
URUGUAYO

ADMINISTRATIVE  
APPEAL: CONCEPT,  
ELEMENTS AND  
ASSUMPTIONS.  
PERUVIAN AND  
URUGUAYAN  
SYSTEMS. A  
COMPARATIVE  
STUDY

28 Los términos «validez» y su correlativo «invalidéz» son anfibológicos, y por eso es necesario en cada caso aclarar el sentido con que se utilizan. Habitualmente denomino legitimidad a la adecuación de un acto a todas las reglas de derecho que le son aplicables. Su antónimo, naturalmente, es la ilegitimidad. La sanción de la ilegitimidad puede afectar la eficacia formal del acto y, entonces, será inválido, en grado —entre otros— de nulidad o de anulabilidad. En cambio, si la sanción no afecta esa eficacia formal —siendo, por ejemplo, penal o disciplinaria, etcétera— o si la irrelevancia del vicio excluye toda sanción, el acto será ilegítimo pero válido (CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 12-14). Esta terminología es de frecuente recepción en la doctrina uruguaya y también en la comparada. Véase, por ejemplo: NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2007, p. 50.

29 En la terminología de la LPAG, artículo 8, validez significa conformidad al ordenamiento jurídico —vale decir, «legitimidad» en la nota anterior—, pero aquí no se emplea como antónimo «invalidéz», sino «nulidad» (artículos 10 y siguientes). Así como en la nota anterior, no toda ilegitimidad se traduce en invalidez, pues se trata de la relevancia del vicio de que se trate. También en la LPAG no toda disconformidad con el ordenamiento jurídico produce nulidad, en virtud de la conservación del acto, prevista en el artículo 14 (DANÓS ORDÓÑEZ, J. Ob. cit., pp. 53-54). Por todo esto, en el texto aparecen como equivalentes los términos «inválido» y «nulo», utilizando una y otra notación.

30 BETTI, E. Ob. cit., p. 98.

31 La impugnación puede referir solo a algunos puntos o aspectos del acto administrativo, en lo demás, el acto quedará consentido. La posterior acción de nulidad solo podrá referir a esos puntos o aspectos recurridos, porque en los demás no se habrá agotado la vía administrativa (CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 79).

32 En la LPAG, la impugnación parcial cabe en la petición de modificación del acto prevista expresamente en el artículo 109.1.

33 GORDILLO, A. Ob. cit., p. 179. Además, «el pedido de aclaraciones o planteamiento de interrogantes sobre la situación creada por el acto no puede considerarse interposición de recurso» (CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 79).

También debe resultar con suficiente claridad la voluntad de interponer el o los recursos de que se trate. La administración no puede obviar la omisión del recurrente resolviendo recursos no interpuestos<sup>34</sup>. El error en su denominación no invalida la interposición, ni obstaculiza o altera la tramitación si del escrito se deduce su verdadero carácter, los recursos que se interponen o los órganos que se pretende revisen el acto<sup>35</sup>.

En la interposición del o de los recursos, el recurrente deberá hacer constar claramente la designación del acto administrativo que impugna<sup>36</sup>. Sin embargo, la designación precisa del acto impugnado mediante la mención de todos los caracteres que lo individualizan —número, fecha, órgano actuante, incluso su contenido preciso— no siempre es posible en la práctica para los interesados. En tal caso, será suficiente que el recurrente proporcione los datos que obren en su poder y, sobre esa base, en la subsiguiente tramitación la administración —que es quien cuenta con los elementos necesarios para ello— deberá individualizar con precisión el acto cuestionado. Eventualmente, se requerirá al compareciente la ratificación del objeto de su recurrencia en vista de la información recabada por la administración, si subsistieran dudas al respecto<sup>37</sup>. Esta solución encuentra su respaldo en el «principio de informalismo» reconocido en el artículo IV.1.6 de la LPAG y en el artículo 2f y 9 del decreto 500/991<sup>38</sup>.

### III.3. Forma instrumental de interposición de los recursos

La determinación de la voluntad de recurrir en principio se exteriorizará por escrito<sup>39</sup>, porque así lo impone la necesidad de certeza en cuanto al hecho mismo de la interposición del recurso y su fecha. En este punto difieren los derechos objeto de esta comparación. El punto es de singular importancia y merece consideración detenida, porque, como se ha dicho, el recurso solo se perfeccionará como tal si se presenta en fecha dentro del plazo establecido.

34 Véase doctrina y jurisprudencia constante uruguayas en este sentido: CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 80.

35 LPAG, artículo 213. «La misma solución consagran expresamente la LOPA venezolana, artículo 86 inciso 3 y la LRJPA española 30/1992, artículo 110.2» (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Justicia administrativa. Legislación y jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1999, p. 210). Asimismo, la jurisprudencia española hace una «generosa aplicación» de esa solución. Véase: SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso y Luciano PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Ceura, 1992, p. 769. En el Derecho uruguayo, véase: decreto 500/991, artículo 154 inciso 1. La doctrina y jurisprudencia constantes uruguayas respaldan la misma solución: CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 80. Véase, por último, la doctrina argentina: GORDILLO, A. Ob. cit., p. 67; y MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965, p. 642.

36 Decreto 500/991, artículo 154 inciso 1. El mismo requisito resulta de la LPAG, artículo 211 y del artículo 113.2 en cuanto exige «la expresión concreta de lo pedido».

37 GORDILLO, A. Ob. cit., p. 180; y CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 81.

38 DANÓS ORDÓÑEZ, J. Ob. cit., pp. 45-46; y CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Procedimiento administrativo en el decreto 500/991*. Montevideo: 1992.

39 LPAG, artículo 211; decreto 500/991, artículo 154; GORDILLO, A. Ob. cit., p. 174; y MARIENHOFF, M. Ob. cit., p. 643.

En el Derecho peruano, la interposición por escrito está impuesta legalmente (LPAG, artículo 211). El artículo 120 admite la presentación de los escritos ante la administración mediante correo certificado con acuse de recibo —cuyas formalidades establece—, pero el artículo 120.4 excluye expresamente esta modalidad de presentación para los recursos administrativos. En cuanto a la sustitución de la presentación de un escrito por otros medios de transmisión de datos a distancia —admitidos, como se verá, de inmediato en el Derecho uruguayo—, el artículo 123.2 de la LPAG impone a las entidades de la administración pública que cuenten con tales sistemas de transmisión, a fin de facilitar su empleo «para la recepción de documentos o solicitudes». La interposición de un recurso administrativo cabe en el concepto de «recepción de solicitudes» (véase los artículos 106 y 109), circunstancia que, conjuntamente con el «principio de informalismo» (artículo IV.1.6), aboga por la inclusión del caso en esa solución. De ninguna manera parece sustentable la aplicación analógica a estas formas de transmisión a distancia de la exclusión de la presentación por correo certificado consagrada en el artículo 120.4.

El decreto 500/991 admite la interposición mediante escrito en papel simple, formulario o impreso, pero también por telegrama, colacionado o certificado con aviso de entrega, télex, fax o cualquier otro medio idóneo similar (artículos 154 y 157)<sup>40</sup>. La idoneidad de otros medios que sin duda el progreso técnico seguirá proporcionando, y su similitud con los enumerados, debe referir a su aptitud para hacer conocer al destinatario el contenido de la voluntad del remitente y para proporcionar análoga certeza en cuanto a la fecha de interposición de los recursos<sup>41</sup>. Cuando se utilice uno de los medios de comunicación a distancia para la interposición de recursos administrativos, la administración procederá de inmediato a su reproducción «a través de los medios pertinentes» y formará el correspondiente expediente, y se certificará por el jefe o encargado de la unidad de administración documental la reproducción realizada (decreto 500/991, artículo 157 inciso 1; y decreto 65/998, artículo 7 inciso 3).

Los requisitos documentales expuestos no constituyen solemnidades que condicionen la existencia jurídica de la voluntad del recurrente. Ninguna norma constitucional ni legal les confiere tal carácter, y no

RECURSOS  
ADMINISTRATIVOS:  
CONCEPTOS,  
ELEMENTOS Y  
PRESUPUESTOS.  
UN ESTUDIO  
COMPARATIVO DE  
LOS REGÍMENES  
PERUANO Y  
URUGUAYO

ADMINISTRATIVE  
APPEAL: CONCEPT,  
ELEMENTS AND  
ASSUMPTIONS.  
PERUVIAN AND  
URUGUAYAN  
SYSTEMS. A  
COMPARATIVE  
STUDY

40 DELPIAZZO, Carlos. «El procedimiento administrativo y las nuevas tecnologías de la información». *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, número 48, 1992, pp. 430-431, Montevideo. Véase también GORDILLO, A. Ob. cit., p. 177.

41 En el Derecho uruguayo, el artículo 695 de la ley 16.736 del 5 de enero de 1996 dispone que los trámites y las actuaciones que conforman el procedimiento administrativo, así como los actos administrativos, podrán realizarse por medios informáticos, los cuales tendrán idéntica validez jurídica y valor probatorio que las actuaciones administrativas tramitadas por medios convencionales. El decreto reglamentario 65/998 del 10 de marzo de 1998 faculta la presentación de los recursos administrativos por medio de documentos electrónicos (CORREA FREITAS, Rubén. «Principios del procedimiento administrativo electrónico». En Rubén Correa Freitas (compilador). *Procedimiento administrativo electrónico*. Montevideo: ONSC, 1998, pp. 110-160; y DELPIAZZO, Carlos. *Derecho administrativo uruguayo*. Colección internacional de Derecho administrativo. México D.F.: UNAM-Porrúa, 2005, pp. 193-194.

podría hacerlo tampoco un reglamento<sup>42</sup>. En tanto se trata de una cuestión de prueba y no de solemnidad, deben admitirse otras formas de interposición —además de los otros medios técnicos similares antes aludidos— que proporcionen igual certidumbre. Por ejemplo, la constancia estampada en el expediente por parte de un funcionario debe ser, por supuesto, una manifestación de voluntad actual y no el anuncio de una manifestación futura.

Sin embargo, en realidad ni en uno ni en otro derecho la utilización de esos medios alternativos de comunicación parecería ser, en principio, realmente sustitutiva de la comparecencia por escrito, aunque la diferencia de jerarquía de la fuente en uno y otro caso conducirá, en definitiva, a conclusiones diferentes.

En el Derecho uruguayo, el inciso 2 del artículo 157 del decreto 500/991 otorga al recurrente o a su representante un plazo de diez días hábiles —a contar desde el siguiente a la recepción por parte de la administración del recurso interpuesto mediante telegrama colacionado, télex, fax u otro procedimiento similar— para comparecer en la oficina a efectos de ratificar por escrito su voluntad de recurrir, de cumplir con la exigencia legal de la firma letrada, para la agregación del mandato y, en general, para cumplir con todo otro requisito que para el caso sea exigible, al disponer que «si no lo hiciera dentro del plazo señalado, sin justa causa, la Administración tendrá el recurso por no presentado».

La ratificación por escrito del recurso interpuesto en el tiempo que parece exigir esta disposición no puede interpretarse como un requisito de solemnidad que no puede establecerse reglamentariamente. Admitida por el decreto, la interposición de los recursos por esos medios técnicos —no podría ser de otra manera, porque un reglamento no puede imponer límites a las formas de manifestar la voluntad que no surgen de la Constitución ni de la ley—, la administración no puede tener por no existente un acontecimiento —la interposición del recurso— que real y probadamente haya existido en los hechos. Por supuesto, no podrá tenerlo por inexistente la jurisdicción, no solo porque la disposición literalmente alude a «la administración», sino, sobre todo, porque un reglamento tampoco puede imponer al órgano jurisdiccional una apreciación de los hechos contraria a la realidad. Ni siquiera puede interpretarse esa última frase del inciso 2 del artículo 157 como disponiendo que la administración no dará trámite al recurso —lo tendría por no presentado a los efectos de su instrucción—, porque entonces estaría incumpliendo su deber de instruir debidamente los recursos que se interpongan contra sus decisiones, algo que fue impuesto constitucionalmente por el artículo 318 de la carta. En cuanto al resto de los requisitos a los que alude el

<sup>42</sup> Sobre el reglamento como fuente del procedimiento administrativo y sus límites, véase: CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 26-27.

inciso en cuestión —firma letrada, comprobación de la representación y «todo otro requisito que para el caso sea exigible»—, deberá estarse a las consecuencias que para su omisión dispongan las normas pertinentes. En cuanto al incumplimiento de «todo otro requisito que para el caso sea exigible», deberá estarse a las consecuencias que al respecto establezcan las normas aplicables, sin dejar de valorar su legitimidad según el valor y fuerza de las mismas. Si no existiera norma legal que sancione el incumplimiento con la inexistencia del recurso, deberá desaplicarse por ilegal la frase final del artículo 157 del decreto 500/991.

En este último punto radica precisamente la diferencia del régimen uruguayo con el peruano. Es aquí una norma legal (el artículo 123.3 de la LPAG) la que impone que cuando se empleen medios de transmisión de datos a distancia, el recurrente deba presentar «físicamente dentro del tercer día el escrito [...] respectiv[o], con cuyo cumplimiento se le entenderá recibido en la fecha de envío del correo electrónico o facsímil». De manera que, en este régimen, efectivamente el medio de comunicación electrónico no sustituye al escrito de interposición del recurso, sino que servirá para conferirle una fecha de presentación anterior a su «presentación física».

#### III.4. Identificación del recurrente

La voluntad de recurrir, como toda manifestación jurídicamente relevante, debe ser imputable a un sujeto, y esa imputación debe resultar con suficiente claridad. Por lo tanto, la identificación del compareciente es requisito necesario para la atribución subjetiva de los efectos del recurso. Se realiza habitualmente mediante la expresión del nombre en la comparecencia y la firma usual al pie del escrito (artículos 113.1 y 113.3 de la LPAG; artículos 154 y 21 del decreto 500/991).

Pero no cabe requerir al respecto formas rígidas. Cualquiera es admisible, con tal de que no exista duda alguna sobre los sujetos, de manera que no haya «ningún vicio de oscuridad, omisión o imperfección en este aspecto»<sup>43</sup>. Ni el nombre en la comparecencia ni la firma son requisitos de solemnidad. La omisión de la firma no invalida el recurso si existe certeza sobre la imputación de la voluntad de recurrir al interesado

<sup>43</sup> Esta solución fue consagrada por el TCA en cuanto al escrito de demanda que instaura la acción de nulidad (sentencia 181 del 15 de octubre de 1969), y por similares fundamentos debe admitirse en relación con el escrito interponiendo recursos administrativos. Por eso, no puede compararse la solución de la sentencia 135 del 30 de junio de 1976 del mismo tribunal, que, en un caso de discordancia entre el compareciente y el firmante del escrito (comparecía una persona que no firmaba y firmaba otra que no comparecía), falló que ninguno de ellos había recurrido (TCA, p. 160). La realidad de la voluntad de recurrir de quien omitió firmar pudo comprobarse por otros medios, pese a que la firma sea el habitual (GORDILLO, A. Ob. cit., p. 176), y en cuanto al firmante, cuyo nombre no figuraba en el exordio, la sentencia incurrió en un rigorismo formal que choca frontalmente con el principio de «adecuación de la forma al fin» (VIERA, L. Ob. cit., p. 273), y con el principio de «informalismo en favor del administrado» propio del procedimiento administrativo.

compareciente<sup>44</sup>. La expresión del nombre podría sustituirse por la invocación de una calidad o de un atributo que permita, sin duda alguna, la identificación del recurrente —por ejemplo, el propietario del bien, el funcionario número tal, el concesionario de tal servicio—.

Si existiera alguna omisión en el escrito en este punto, es deber de la administración requerir a quien lo presente —si pese a la omisión fuera individualizable— que la salve en el plazo dos días hábiles en el Perú (artículo 125.1 de la LPAG) o de diez días hábiles en Uruguay (decreto 500/991, artículo 119, inciso final). Si no se salvara la omisión dentro de los plazos establecidos, las consecuencias difieren en uno y otro derecho, y serían manifiestamente más graves en el peruano.

Conforme a la LPAG, artículo 125.4, transcurrido el plazo sin que se subsane la omisión, «la entidad considera como no presentada la solicitud», en el caso el recurso. Si el plazo de quince días perentorios para recurrir (artículo 207.2) estuviera pendiente, el interesado podrá presentar un nuevo escrito con ese contenido sin incurrir en la misma omisión, y no le será oponible el artículo 214, puesto que la primera solicitud se tiene por no presentada. Pero si el plazo hubiera vencido, habría perdido el derecho a recurrir y el acto sería firme (artículo 212). La gravedad de la consecuencia induce a aplicar en el caso el «principio de informalismo» conjuntamente con el «principio *pro actione*»<sup>45</sup>, siempre que la imputación subjetiva de la voluntad de recurrir sea inequívoca pese a la omisión no subsanada, con lo que se reconoce, entonces, la validez y eficacia del recurso<sup>46</sup>.

En cambio, en el Derecho uruguayo, el requerimiento de que se salve la omisión se realiza bajo apercibimiento de archivar el escrito (artículo 119, inciso final, del decreto 500/991). Si la omisión no se salvara en plazo, el archivo del escrito no significa inexistencia ni invalidez de los recursos en él contenidos<sup>47</sup>, sino solamente que aquel no será tramitado. Por lo tanto, los recursos deben tenerse por interpuestos en la fecha en que el escrito fue presentado, siempre que en cualquier momento, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, se salve la omisión en que se hubiera incurrido, o la imputación subjetiva del recurso sea inequívoca<sup>48</sup>.

44 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 90.

45 LPAG, artículo IV.1; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ. Ob. cit., pp. 467-469.

46 Según el caso, podría ser aplicable el artículo 125.5 de la LPAG incorporado por el decreto legislativo 1029 y publicado el 24 junio de 2008, que se refiere a defectos que por su naturaleza no pudieron ser advertidos al momento de la presentación, o a casos en que resultara necesaria una actuación del administrado para continuar con el procedimiento —todas ellas hipótesis en que la administración, por única vez, deberá emplazar inmediatamente al administrado, a fin de que realice la subsanación correspondiente, con la consecuencia de que de no hacerlo se tendrá por abandonado el procedimiento (artículo 191)—.

47 Al considerar normas similares del derecho positivo argentino: GORDILLO, A. Ob. cit., pp. 3-37.

48 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 86-87 y 90.

### III.5. Elementos no esenciales: constitución de domicilio, fundamentación y ofrecimiento de prueba

Además del contenido antes enunciado, la LPAG y el decreto 500/991 prevén otros elementos que puede contener el escrito de impugnación. Se trata de elementos eventuales y no esenciales, de manera que su defecto no obsta al perfeccionamiento ni afecta la validez del recurso interpuesto.

Tanto el artículo 211 de la LPAG, mediante remisión al artículo 113, como el decreto 500/991, artículo 154, disponen que en la interposición de recursos administrativos deberá constar el domicilio del recurrente. La ley peruana prevé que, además, se proporcione otra dirección, distinta al domicilio y que sea donde se desea recibir las notificaciones (artículo 113, numeral 5). El decreto uruguayo no exige que el domicilio constituido sea dentro del radio de la ciudad, villa o pueblo de la autoridad que dictó el acto recurrido, como sí lo hace el artículo 119 para las peticiones en general. Pero dispone que, luego de franqueado el recurso subsidiario —es decir, si no se hace lugar total o parcialmente al recurso de revocación—, el recurrente deberá establecer domicilio en el radio de la capital de la república donde tiene su asiento el Poder Ejecutivo y los órganos jefes de las administraciones descentralizadas.

En el régimen de la LPAG, la omisión de constitución de domicilio puede ser observada en el acto de recepción del escrito, con lo que se invita al administrado a subsanarla dentro del plazo máximo de dos días hábiles (artículo 125.1). En tal caso, la falta de subsanación en plazo conduciría, en aplicación estricta del artículo 125.4, a que la entidad considerara como no presentada la solicitud del recurrente. Pero ha de tenerse presente que la propia LPAG prevé, en términos muy generales, la hipótesis de que el administrado no haya señalado su domicilio, e impone en tal caso a la autoridad el deber de emplear el domicilio señalado en el documento nacional de identidad del administrado. Si ello no fuera posible, se deberá proceder a la notificación mediante publicación (artículos 21.2<sup>49</sup> y 23.1.2). Entonces, ante tal diversidad de soluciones aplicables a la hipótesis considerada, otra vez los principios de informalismo y *pro actione* imponen aceptar la validez y eficacia del recurso interpuesto, pese a la existencia de vicio formal en la indicación del domicilio.

En el régimen uruguayo, no está previsto en el artículo 154 —que regula la interposición de recursos administrativos— el archivo por omisión de constitución de domicilio, como sí se dispone para las peticiones en general (artículo 119, inciso final). Asimismo, el principio de informalismo en favor del administrado (artículos 2 y 9) se opone a su aplicación analógica. Por lo tanto, los recursos administrativos deberán ser

397

RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTOS, ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS. UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS RÉGIMENES PERUANO Y URUGUAYO

ADMINISTRATIVE APPEAL: CONCEPT, ELEMENTS AND ASSUMPTIONS. PERUVIAN AND URUGUAYAN SYSTEMS. A COMPARATIVE STUDY

49 Redacción dispuesta por el decreto legislativo 1029 publicado el 24 de junio de 2008.

tramitados y resueltos sin tener en cuenta esta omisión del recurrente. Si fuera necesario, se aplicará para las notificaciones el procedimiento del decreto 500/991, artículo 94 (en la red del decreto 420/007, del 7 de septiembre de 2007), que prevé en tal caso la notificación por publicación en el Diario Oficial, de manera que la constitución de domicilio aparece como una carga (imperativo del propio interés) para el recurrente, que evita con ello la notificación por ese medio. En todo caso, cualquiera fuera la actitud asumida por la administración ante la no constitución de domicilio, ella no impedirá el perfeccionamiento del recurso<sup>50</sup> ni la configuración de la denegatoria *ficta*. El incumplimiento de un requisito de exclusiva fuente reglamentaria no puede impedir un efecto que, como la denegatoria *ficta* y el consiguiente agotamiento de la vía administrativa, está impuesto constitucional y legalmente sin exigencia de solemnidad alguna.

El recurrente tiene derecho a expresar los fundamentos de hecho o de derecho de su impugnación que entienda pertinentes, tanto en el escrito en que interpone los recursos como posteriormente, en cualquier momento, mientras el asunto esté pendiente de resolución<sup>51</sup>, así lo consignan expresamente el artículo 161.1 de la LPAG y los artículos 151 inciso 3 y 155 del decreto 500/991. Pero, en verdad, el derecho del recurrente a fundamentar su pretensión en cualquier momento mientras el asunto esté pendiente de resolución no emana de las fuentes legales y reglamentarias antes señaladas, sino de la propia Constitución de ambos países. En cualquier momento, ejerciendo el derecho de petición reconocido con la mayor amplitud por el artículo 2, inciso 20, de la Carta peruana y por artículo 30 de la uruguayana, el recurrente puede comparecer en el expediente solicitando a la administración que se tenga por fundamentación de su impugnación la que viene a expresar.

El artículo 211 de la LPAG prevé que el escrito del recurso deberá cumplir los demás requisitos previstos en el artículo 113. Entre ellos se dice en el 2 que «los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho». Esta es una previsión que habilitaría a la unidad de recepción a observar el incumplimiento de un requisito que, obviamente, «no puede ser salvado de oficio», y a requerir su subsanación al administrado en el plazo de dos días hábiles, así como impondría a la entidad considerar como no presentada la solicitud si se omitiera la subsanación (artículos 125.1 y 125.4). Sin embargo, este es otro caso de palmaria aplicación del principio de informalismo y del de *in dubio pro actione*, atento a que la falta de fundamentación puede ser subsanada en

50 GORDILLO, A. Ob. cit., p. 3-33 y 36-38.

51 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 91-93; ESCOLA, Héctor J. *Tratado general de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 278; GONZÁLEZ PÉREZ, J. Ob. cit., pp. 105-109; GORDILLO, A. Ob. cit., p. 226; y CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. «Recurso administrativo sin expresión de fundamentos». *Revista D.J.A.* Tomo 67, 1969, p. 300, Montevideo.



cualquier otro momento del procedimiento conforme al artículo 161.1. A la misma conclusión de admisión de la validez y eficacia del recurso sin fundamentación conducen los artículos 4, 1.2 y 1.12, y los artículos 54, 58.2 y 144. Si la omisión subsiste hasta la resolución de fondo del asunto, el perjudicado será el propio recurrente, cuyas razones no serán oídas, con lo cual la fundamentación adquiere la naturaleza de carga procesal que naturalmente le corresponde.

En el Derecho uruguayo, aunque el recurrente no fundamente su petición, la administración no queda eximida de su obligación, de fuente constitucional y legal, de decidir los recursos interpuestos «previos los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto» (Constitución, artículo 318 y ley 17.292, artículo 40), y para instruirlos debidamente debe considerar todas las circunstancias de hecho o de derecho que puedan llevar a la revocación, modificación o sustitución del acto impugnado, hayan sido o no alegadas por el impugnante. Este criterio vale aun para el recurso de anulación, pese a que el inciso 2 del artículo 151 del decreto 500/991 expresa que «el recurso de anulación deberá fundarse en que dicho acto es contrario a una regla de derecho o implica desviación, abuso o exceso de poder», porque el incumplimiento de esta exigencia reglamentaria por omisión de tal expresión en el escrito tampoco exime al Poder Ejecutivo de su obligación de decidir, y no obstará a la configuración de la denegatoria *ficta*. La solución arreglada a derecho es la que resulta del inciso 3 del mismo artículo, en relación con el mismo recurso de anulación: la fundamentación del recurso es siempre una facultad del recurrente, «que podrá fundar su impugnación en cualquier momento, mientras el asunto esté pendiente de resolución».

En conclusión en cuanto a este punto, el recurrente no está obligado a fundamentar su impugnación, ni la fundamentación es requisito de existencia ni de validez del recurso, tanto en el régimen peruano como en el uruguayo<sup>52</sup>.

El recurrente puede también ofrecer prueba en el mismo escrito en que interpone los recursos, así como acompañar los documentos que se encuentren en su poder (artículo 162.2 de la LPAG y artículo 119.2 del decreto 500/991). También podrá solicitar la apertura de un período de prueba, con lo que designa desde ya lo que se propone producir, o reservándose el derecho a hacerlo posteriormente (artículos 163 y 54 de la LPAG y artículos 71 inciso 2 y 163 del decreto 500/991).

Tampoco este es un elemento esencial ni es esta la única oportunidad para ofrecer prueba. Durante el procedimiento promovido por el recurso se podrá solicitar la apertura de un período de prueba que la

399

RECURSOS  
ADMINISTRATIVOS:  
CONCEPTOS,  
ELEMENTOS Y  
PRESUPUESTOS.  
UN ESTUDIO  
COMPARATIVO DE  
LOS RÉGIMENES  
PERUANO Y  
URUGUAYO

ADMINISTRATIVE  
APPEAL: CONCEPT,  
ELEMENTS AND  
ASSUMPTIONS.  
PERUVIAN AND  
URUGUAYAN  
SYSTEMS. A  
COMPARATIVE  
STUDY

52 GORDILLO, A. Ob. cit., pp. 179-180; CASSINELLI MUÑOZ, H. Ob. cit., p. 300; DELPIAZZO, Carlos y C. GUARIGLIA. Ob. cit., pp. 45-46; y CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 91-92.

administración deberá disponer, y, lo haya hecho o no, al evacuar la vista que deberá otorgársele el recurrente, podrá también pedir el diligenciamiento de pruebas complementarias (artículos 161, 163.3 y 54 de la LPAG y artículos 163, 71 inciso 2 y 75 del decreto 500/991).

Otro elemento requerido por ambos derechos es la firma de letrado en el escrito que interpone los recursos, y, en definitiva, deberá considerarse como no esencial, pues requiere un desarrollo más detenido.

### III.6. Firma letrada

El artículo 211 de la LPAG establece que el escrito de recurso «[d]ebe ser autorizado por letrado». En el Uruguay, el decreto-ley 15.524, artículo 37, incorporó un requisito que solo existía con anterioridad en materia tributaria (Código Tributario, artículo 53): deben llevar firma de letrado los escritos en que se interpongan recursos administrativos y los que se presenten durante su tramitación. El artículo 156 inciso 1 del decreto 500/991 recogió la exigencia legal. Ninguna de esas normas establece las consecuencias de la omisión de firma letrada.

El artículo 211 de la LPAG califica literalmente la firma letrada como un acto de autorización. Sin embargo, difícilmente puede aceptarse que la asistencia técnico-jurídica que supone o hace presumir la firma del letrado en un escrito que interpone recursos pueda considerarse como un acto que habilita el ejercicio de un derecho, en cuyo caso el acto de impugnar los actos administrativos al ejercer el derecho de petición reconocido constitucionalmente —con seguridad, el concepto más recibido por la doctrina de los actos de esa categoría— tampoco puede admitirse que lo sea en ninguno de los demás conceptos recibidos o sostenidos en la doctrina especializada<sup>53</sup>.

Sobre esa base, parece claro que un escrito recurriendo sin la firma de letrado cabe en las hipótesis de observación por incumplimiento de requisitos establecidos en la LPAG, y, por ende, de invitación a subsanarlas en el plazo de dos días hábiles. Con ello, la no subsanación en ese plazo conduciría a que la entidad debiera considerar la recurrencia como no presentada. Pero, sin duda, otra vez, es ostensible la colisión con el principio de informalismo, el cual impide que la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento obste a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados (artículo IV.1.6 de la LPAG). Podría argüirse que la asistencia letrada no es meramente un aspecto formal, pero difícilmente puede admitirse que se trate de un requisito sustancial del ejercicio del derecho de petición que condicione su validez, a tal punto que las

<sup>53</sup> Véase al respecto: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. «Sobre la tipificación por su contenido de los actos administrativos». En *Sobre Derecho administrativo*. Ob. cit., pp. 79-116.

peticiones con otro contenido en ejercicio de ese mismo derecho no lo requieren. Excluyendo la consideración del escrito como no presentado, en flagrante conflicto con el principio de informalismo, debería al menos admitirse la subsanación de la omisión durante la tramitación administrativa del asunto. Pero si la omisión subsiste hasta el momento en que la administración debe resolver, la hipótesis no encuentra una solución clara en el resto de las normas aplicables al procedimiento, como ocurre en cambio con la falta de constitución de domicilio o de fundamentación de la impugnación. Tal vez la solución sea que, en tal caso, la resolución a recaer no se pronuncie sobre el fondo, sino sobre la inadmisibilidad del recurso por omisión de firma letrada.

En el Derecho uruguayo, el decreto 500/991, artículo 12, dispone que las distintas dependencias o reparticiones de la administración central no podrán rechazar escritos presentados por los interesados, por lo que el funcionario receptor no puede negarse a recibir el escrito en razón de la omisión de firma letrada. El artículo 156 inciso 2 del mismo decreto dispone que, en tal caso, «se requerirá a quien lo presente que en el plazo de diez días hábiles salve la omisión de la firma letrada, bajo apercibimiento de mandarlo archivar», y se dejará constancia en el escrito con la firma de quien lo presente<sup>54</sup>.

Debe distinguirse, en cuanto al archivo, si la omisión ocurrió en el escrito de interposición de los recursos o en otro presentado durante su tramitación. En este último caso, transcurrido el plazo de diez días hábiles sin que se subsane la omisión, se archivará el escrito, pero continuará el debido diligenciamiento de los recursos interpuestos, sin perjuicio de que, si en cualquier momento se subsanara la omisión, se incorpore el escrito a las actuaciones, en aplicación del principio de informalismo en favor del administrado (decreto 500/991, artículo 9).

Si, en cambio, la omisión ocurrió en el escrito de interposición de los recursos y se salva dentro de los diez días hábiles del requerimiento, los recursos se tendrán por interpuestos en la fecha de presentación del escrito<sup>55</sup>. Si venciera el plazo sin que se estampe la firma letrada, conforme al artículo 156 del decreto 500/991, el escrito debería ser archivado y los recursos por ende no serían tramitados. Pero sería ir contra la realidad tener los recursos por no presentados, ya que la jurisprudencia del TCA<sup>56</sup> y el decreto 500/991 han admitido que la firma

54 Este tema de la omisión de firma letrada es uno de los que ha suscitado jurisprudencia más numerosa y variada del TCA en materia de agotamiento de la vía administrativa y que, a su vez, es uno de los que suscita más rechazos de la posterior acción de nulidad, por incumplimiento de ese requisito de admisibilidad.

55 En muchos casos, el TCA sostuvo la solución postulada en el texto, pero en algunos otros admitió con más amplitud la subsanación durante la tramitación de los recursos (CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 95).

56 En algún caso, el TCA declaró la invalidez de un recurso administrativo y la consiguiente falta de agotamiento de la vía administrativa, por omisión de la firma letrada requerida por el Código Tributario.

## 401

RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTOS, ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS. UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS REGÍMENES PERUANO Y URUGUAYO

ADMINISTRATIVE APPEAL: CONCEPT, ELEMENTS AND ASSUMPTIONS. PERUVIAN AND URUGUAYAN SYSTEMS. A COMPARATIVE STUDY

letrada no es un requisito de existencia ni su omisión causal de nulidad absoluta desde que se acepta la subsanación posterior<sup>57</sup>. Si se tratara de un requisito de existencia, los recursos deberían tenerse por presentados en la fecha en que se cumpla con la firma letrada. Si los recursos existen y no son absolutamente nulos, entonces su archivo configura, incuestionablemente, el incumplimiento del deber de instruir y el de la obligación de decidir impuestos a la administración (artículo 318 de la Constitución). Por su palmaria inconstitucionalidad, esa solución reglamentaria debe desaplicarse.

Se dirá que, entonces, el requerimiento legal de firma letrada es un deber sin sanción, o una carga cuyo incumplimiento no acarrea consecuencias desfavorables para el omiso. Efectivamente, así lo ha establecido el legislador y, a falta de ley, la sanción no puede ser creación reglamentaria ni jurisprudencial<sup>58</sup>.

### III.7. Destinatario de la manifestación de voluntad de recurrir

El recurso administrativo no se perfecciona con la mera exteriorización de la voluntad del recurrente traducida en la redacción y suscripción del escrito pertinente, pues se requiere que esa manifestación sea comunicada a su destinatario determinado, mediante su presentación. La de recurrir es una típica declaración de voluntad *recepticia*<sup>59</sup>. En este punto relativo al destinatario del recurso, deben distinguirse tres aspectos de diversa significación: el órgano al cual se dirige inmediatamente la manifestación de voluntad, aquel que debe resolver el recurso, y el órgano o más frecuentemente mera repartición ante la que debe entregarse materialmente el escrito respectivo.

Los tres recursos previstos en la LPAG —de reconsideración, de apelación y de revisión— deben dirigirse al mismo órgano que dictó el acto que se impugna. Los artículos 209 y 210 se refieren a la «autoridad» que lo dictó, palabra que también utiliza el artículo 50.2, y que debe entenderse en el sentido más técnico de «órgano» que emplea el artículo 208<sup>60</sup>. Cada uno de ellos se interpone separadamente cuando

Pero a partir de 1985, su jurisprudencia, con fundamentación compartible, firmemente ha declarado que ninguna norma ha establecido esa sanción para la omisión «de la comentada formalidad» (CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 96).

57 Es más, el TCA ha sostenido que si la administración no la pone de manifiesto durante la tramitación administrativa, la omisión de firma letrada no vicia la impugnación ni cabe su invocación en la acción de nulidad (Ibíd., p. 96).

58 Ibíd., pp. 96-97.

59 BETTI, E. Ob. cit., p. 105.

60 Podría pretenderse que la palabra «autoridad» designa en la LPAG a las personas físicas titulares de los órganos, y no al órgano como tal. Así podría entenderse el artículo 50.2, y así debe leerse, por ejemplo, el artículo 63.3, porque las faltas disciplinarias se imputan al titular y no al órgano. Pero ese deslinde semántico no puede aplicarse en muchas otras disposiciones de la ley y, en particular, en los artículos 209 y 210, en que la referencia necesariamente debe leerse dirigida al órgano que expidió el acto.

corresponde, nunca simultáneamente, y se ejercerán por una sola vez en cada procedimiento administrativo (artículo 214).

El acto que se considera lesivo pudo haber sido emitido en virtud de una delegación, en cuyo caso esa circunstancia debe indicarse expresamente en el propio acto (artículo 67.4). La «delegación de competencia» admitida en la LPAG opera entre entidades (artículo 67.1), y supone un «cambio de competencia», según la previsión expresa del artículo 65.1, de manera que la entidad delegante no podrá ejercer la competencia que hubiere delegado mientras dure la delegación, salvo supuestos en que la ley permita la avocación (artículo 67.3)<sup>61</sup>. En tales condiciones, parece obvio que un acto dictado en ejercicio de una competencia delegada debe impugnarse mediante recursos dirigidos al órgano de la entidad delegada que lo haya dictado, pero puesto que tales actos son considerados emitidos por la entidad delegante (artículo 67.4), los recursos serán resueltos por el órgano de esta entidad que corresponda en cada caso, según se dirá de inmediato. Esta es una competencia que no puede ser objeto de delegación (artículo 67.2).

La resolución del recurso de reconsideración corresponde al mismo órgano que dictó el acto impugnado, salvo cuando se haya emitido en ejercicio de competencia desconcentrada, en cuyo caso corresponderá resolver al órgano que la haya transferido, salvo disposición legal distinta (artículo 74.4).

El recurso de apelación, puesto que corresponde al momento cuando el órgano que dictó el acto está sometido a jerarquía, supone la existencia de desconcentración<sup>62</sup>, que consiste en la atribución de una competencia propia para emitir resoluciones a un órgano jerárquicamente dependiente (artículo 74.1 y 74.3 de la LPAG). Esa atribución puede estar asignada directamente por la Constitución o la ley (artículo 61.1 de la LPAG), puede derivar de que el órgano al que se ha asignado la haya transferido en otro jerárquicamente dependiente (artículos 74.1 y 74.4), o puede resultar de una norma que atribuya competencia a una entidad sin especificar el órgano que, en su interior, debe ejercerla, en cuyo caso debe entenderse que corresponde al órgano de inferior jerarquía de función más similar vinculada a ella en razón de la materia y del territorio y, en caso de existir varios órganos posibles, al superior jerárquico común

61 En todos estos temas, esta concepción de la delegación difiere profundamente de la que resulta de su previsión en la Constitución uruguaya. Véase al respecto: CAJARVILLE PELUFFO, Juan. «Delegación de atribuciones (Distribución de competencias en la organización estatal: centralización y descentralización, concentración y desconcentración. Distribución de tareas. Delegación)». En *Sobre Derecho administrativo*. Tomo I, 2008, pp. 513-577, Montevideo.

62 Sobre el concepto de desconcentración y sus concepciones doctrinales, véase: CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 515-527.

(artículos 61.2 y 62.1) compete la resolución del recurso al «superior jerárquico»<sup>63</sup>.

El recurso de revisión (artículo 210 de la LPAG) supone la previa decisión de un recurso de apelación, si corresponde, por una autoridad que no es de competencia nacional. Interpuesto, como los anteriores, ante el órgano que dictó el acto impugnado —que tampoco es de competencia nacional—, debe elevarlo «al superior jerárquico», que no puede ser el que resolvió el recurso jerárquico, puesto que la resolución de este recurso de revisión debe configurar «una tercera instancia de competencia nacional».

La entrega material del escrito conteniendo un recurso y la correspondiente recepción por la entidad a la que pertenece el órgano que dictó el acto impugnado debe realizarse en la «unidad general de recepción documental, trámite documentado o mesa de partes» (artículo 117.1 LPAG) que corresponda al órgano al cual va dirigido o a los órganos des-concentrados de la misma entidad, y también ante las autoridades políticas del Ministerio del Interior en la circunscripción correspondiente, oficinas de correo o representaciones diplomáticas u oficinas consulares en el extranjero, si se tratara de administrados residentes en el exterior (artículos 119 y 120 de la LPAG).

En este tema, en el régimen uruguayo, la ley 15.869, reglamentaria del artículo 317 de la Constitución, recoge una terminología consagrada, y distingue «ante» quién se interpone el recurso para aludir al órgano al cual se dirige el escrito de impugnación, y «para ante» quién se interpone, para aludir al órgano al que corresponde resolver, cuando es distinto al anterior.

Los recursos administrativos deben interponerse ante el mismo órgano que dictó el acto impugnado. Al sustituir el término «autoridad» utilizado por la Constitución, cuya impropiedad técnica fue señalada por la doctrina<sup>64</sup>, la ley menciona al «órgano» del cual emanó el acto recurrido. Si el acto lesivo ha sido dictado por un órgano en ejercicio de atribuciones delegadas por otro<sup>65</sup>, puede recurrirse indiferentemente ante el órgano delegante o ante el delegado (artículo 161 del decreto 500/991)<sup>66</sup>.

63 Eloy Espinosa-Saldaña Barrera entiende que los recursos de apelación «son planteados en clave de apelación menor» y «son resueltos por el órgano inmediata y jerárquicamente superior a aquel que dictó la decisión hoy impugnada», lo cual, unido a la regla de interposición única de los recursos (artículo 214 de la LPAG), significa que en Perú «no es necesario acceder siempre al máximo representante de la entidad administrativa involucrada para agotar la vía» (Ob. cit.). Sin embargo, nada parece impedir que la expresión legal «superior jerárquico» se entienda referida al jerarca máximo del sistema orgánico del que se trate.

64 MÉNDEZ, A. Ob. cit., pp. 109-111.

65 Si no consta explícitamente que el acto haya sido dictado en ejercicio de atribuciones delegadas, no puede invocarse tal delegación para invalidar la impugnación (CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 98 y 172).

66 *Ibid.*, p. 98.

Esta regla de interposición ante el mismo órgano del cual emanó el acto impugnado rige tanto para el recurso inicial de revocación o de reposición en lo departamental, que corresponda en cada caso, y será resuelto por aquel determinado órgano, a fin de que sea él el que determine los recursos subsidiarios, ya fuese jerárquico, de apelación o de anulación (artículo 317 de la Constitución y artículo 4 de la ley 15.869). El recurso jerárquico, o de apelación en lo departamental, que corresponde cuando el órgano que dictó el acto está sometido a jerarquía —cualquiera sea la naturaleza del sistema que integra— es resuelto por el jerarca máximo de dicho sistema. El recurso de anulación, que corresponde cuando el acto emane del órgano jerarca de un servicio descentralizado, lo resuelve el Poder Ejecutivo<sup>67</sup>.

Si el recurso se interpone ante un órgano distinto a aquel que dictó el acto, es inválido<sup>68</sup>. Sin embargo, en algunos casos, el TCA ha flexibilizado esta regla y ha admitido la validez de recursos planteados ante otros órganos —superiores o inferiores— del mismo sistema orgánico, pero la jurisprudencia al respecto es vacilante y contradictoria. En una sentencia que merece transcribirse, y en la que se falla sobre un acto cuya autoría no era clara, el TCA dijo que «los presuntos errores en que incurra el recurrente, no relevan a la administración de su deber decisorio ni de su obligación de orientar e instruir al administrado, aún cuando desestime la impugnación, debiendo, por último, actuar frente al mismo con lealtad y buena fe»<sup>69</sup>.

Otra cuestión de contenido práctico, distinta de las anteriores y relativa a la entrega material del escrito, obviamente no se cumplirá normalmente con el titular del órgano al que se dirige la petición, sino que se realizará en la dependencia o repartición especializada —«mesa de entrada» o similar— del sistema orgánico a la que pertenece aquel órgano ante el cual se interpone el recurso<sup>70</sup>. La dependencia en la cual se presenta el escrito en ningún caso, y por ninguna razón, puede rechazarlo o negarse a recibirlo (artículos 12 y 26 del decreto 500/991). Esta presentación material del escrito tiene trascendencia jurídica, porque es ella la que perfecciona el recurso, sin que se requiera para ese perfeccionamiento la efectiva toma de conocimiento por el órgano al cual se dirige —frecuentemente, muy posterior—.

67 *Ibíd.*, pp. 166-183.

68 GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Ob. cit.*, p. 173.

69 CAJARVILLE PELUFFO, J. *Recursos administrativos*. *Ob. cit.*, p. 90.

70 El decreto 500/991, artículo 160, dispone que, tratándose de actos administrativos dictados por el Poder Ejecutivo actuando en acuerdo, el recurso de revocación podrá presentarse ante el ministerio actuante —de ser varios el que figure en primer término—, o bien ante la secretaría de la presidencia de la república. En cambio, si se hubiera dictado por el Consejo de Ministros, se presentará ante la nombrada secretaría.

RECURSOS  
ADMINISTRATIVOS:  
CONCEPTOS,  
ELEMENTOS Y  
PRESUPUESTOS.  
UN ESTUDIO  
COMPARATIVO DE  
LOS REGÍMENES  
PERUANO Y  
URUGUAYO

ADMINISTRATIVE  
APPEAL: CONCEPT,  
ELEMENTS AND  
ASSUMPTIONS.  
PERUVIAN AND  
URUGUAYAN  
SYSTEMS. A  
COMPARATIVE  
STUDY

### III.8. Comunicación en tiempo oportuno de la voluntad de recurrir. Plazo para recurrir

Para que la manifestación de voluntad de pedir se perfeccione como un recurso debe ser comunicada a su destinatario en tiempo oportuno (*supra*, parágrafo 2). La manifestación de voluntad de recurrir se tiene por comunicada —y, por lo tanto, el recurso se toma por interpuesto y el acto por impugnado— cuando la manifestación de esa voluntad dirigida al órgano emisor del acto, mediante alguna de las formas instrumentales admitidas para ello (*supra*, parágrafo 6), se hace llegar a una de las dependencias habilitadas para recibirla (*supra*, parágrafo 10) dentro del término establecido al efecto.

En el artículo 207.2 de la LPAG, el término improrrogable y perentorio<sup>71</sup> para la interposición de los recursos es de quince días hábiles consecutivos, de donde se excluyen del cómputo aquellos no laborables del servicio, así como los feriados no laborables de orden nacional o regional (artículo 134.1 y 136.1). Si el último día fuera inhábil —o por cualquier otra circunstancia la atención al público ese día no funcionase durante el horario normal—, el plazo se prorroga al primer día hábil siguiente (artículo 134.2). A este plazo se agrega el término de la distancia entre el lugar del domicilio del administrado dentro del territorio nacional y el lugar de la unidad de recepción más cercana a aquel facultado para recibir el recurso (artículo 135). Vencido el plazo así computado, se perderá el derecho a interponer los recursos, con lo que queda firme el acto (artículos 207.2 y 212), sin necesidad del apercibimiento y de la declaración de decaimiento por la entidad, los cuales están previstos en el artículo 140.2 en lo relativo al vencimiento de los plazos improrrogables pero no perentorios.

El término para la interposición se cuenta «a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto» (artículo 133.1). Bajo su aparente claridad, esta solución, concebida en general para el inicio del cómputo de los plazos expresados en días, parece provocar dificultades cuando se aplica al plazo para interponer recursos administrativos, pues no siempre es sencillo identificar el acto a que se refiere.

Los tres recursos previstos en la LPAG (*supra*, parágrafo 3a) corresponden a hipótesis que, en principio, parecen excluirse recíprocamente: el de reconsideración cuando se invoque una nueva prueba; el de apelación cuando se invoque diferente interpretación de las pruebas ya producidas o se trate de cuestiones de puro derecho; y el de revisión cuando

<sup>71</sup> «Improrrogable» es la calidad de un término que obsta a su extensión a un mayor número de días de los señalados por la ley para la realización del acto para el cual fue otorgado y «perentorio» es el término procesal que caduca por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de declaración alguna, y provoca de manera automática la extinción del derecho a realizar el acto procesal pendiente (COUTURE, Eduardo. *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1988, pp. 322 y 451).



se haya resuelto un recurso de apelación por una autoridad que no sea de competencia nacional. La nueva prueba no es requerida como sustento del recurso de reconsideración cuando el recurso de apelación no corresponda, porque el acto lo dictó un «órgano que constituye única instancia», por lo que, por ende, el recurso de apelación queda excluido.

El acto a partir de cuya notificación se computará el plazo para interponer los recursos de reconsideración y de apelación, cuando estos se excluyen recíprocamente —ya sea porque no se invoca nueva prueba o porque no existe superior jerárquico— solo puede ser el acto originario. Al tratarse del recurso de revisión y al ser concebido como una «tercera instancia» naturalmente posterior a «las dos instancias anteriores» (artículo 210 de la LPAG), el punto de partida del término solo puede ser el día hábil siguiente al de la notificación del acto que resuelve el recurso de apelación o el de reconsideración si no había jerarca superior y se invocó nueva prueba<sup>72</sup>. Hasta aquí no parece que haya dificultades.

Estas surgen cuando son posibles los recursos de reconsideración y de apelación, porque el órgano que dictó el acto está sometido a jerarquía y el lesionado invoca acumulativamente nuevas pruebas y, además, diferente interpretación de las ya producidas, amén —eventualmente— de cuestiones de puro derecho. Solo en este caso el recurso de reconsideración es verdaderamente opcional. En los demás, la opción está entre recurrir o consentir, y cabe respecto de cualquier recurso.

Puesto que el artículo 214 impide el ejercicio simultáneo de los recursos, la solución podría consistir en interponer separada y sucesivamente los recursos de reconsideración y de apelación, ambos dentro del término de quince días computado a partir del siguiente a la notificación del acto originario. Más razonable sería interpretar que el objeto de la impugnación a resolver por el superior jerárquico será el que resulte de la consideración por el inferior de las nuevas pruebas incorporadas con el recurso de reconsideración y, por consiguiente, se entiende que el plazo para interponer el recurso de apelación se computará a partir de la notificación del acto que resuelva el recurso de reconsideración, con lo que las pretensiones en él formuladas<sup>73</sup>.

El artículo 317 de la Constitución uruguaya establece, desde 1952, que los actos administrativos pueden ser impugnados con el recurso de revocación y, por ende, con los demás que se interponen conjuntamente

72 Véase: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. Ob. cit.

73 Sin referirse expresamente al problema planteado en el texto, Espinosa-Saldaña Barrera expone una solución que podría aplicarse en el caso. Afirma que «en líneas generales, la interposición de un recurso administrativo suspende los plazos para recurrir». Como obviamente los que se suspenden son los plazos para interponer otro recurso, porque el interpuesto ya lo ha sido, ese principio solucionaría la cuestión planteada (ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. Ob. cit.). El inconveniente es que la suspensión de un plazo, a diferencia de su interrupción, no restaura el lapso ya transcurrido. Si por ejemplo, el recurso de reconsideración se hubiera interpuesto el último día del plazo, solo restaría un día después de la notificación de su resolución para interponer el de apelación.

con aquel «dentro del término de diez días, a contar del día siguiente de su notificación personal, si correspondiere, o de su publicación en el Diario Oficial». Si ninguna de tales diligencias se cumple, o si no consta su cumplimiento o la fecha en que fue cumplida, el lapso no empieza a correr y el recurso presentado en cualquier momento debe considerarse interpuesto en tiempo hábil (artículo 4 de la ley 15.869, recogido en el artículo 142 del decreto 500/991).

El plazo es perentorio y se cuenta por días corridos que se computarán sin interrupción (artículo 10, inciso 1 de la ley 15.869), pero si vence en «día feriado» se extenderá hasta el «día hábil» inmediato siguiente, solución consagrada expresamente (artículo 10 inciso 4 de la ley 15.869 y artículo 144 del decreto 500/991) y que la jurisprudencia aceptó constantemente bajo el régimen constitucional<sup>74</sup>. Esto surge de la mera lectura de la disposición legal en cuestión, ya que en ella se opone «día feriado» a «día hábil». Debe interpretarse, entonces, que se ha calificado como «feriado» lo que, con un sentido habitual tanto en el lenguaje vulgar como en el técnico<sup>75</sup>, se entiende por «día inhábil». Por consiguiente, son también «feriados» por «inhábiles» —a estos efectos— los días sábados y domingos en que, normalmente, las oficinas públicas no funcionan, en virtud del descanso semanal<sup>76</sup>.

Finalmente, el plazo para recurrir se suspende durante las ferias judiciales y la semana de turismo (artículo 10, inciso 3 de la ley 15.869 y artículo 144 del decreto 500/991)<sup>77</sup>. Ninguna otra circunstancia suspende ni interrumpe su transcurso: no producen efecto ni la imposibilidad de examinar los antecedentes, ni la solicitud de exhibición de los mismos, ni ninguna queja que pueda presentar el interesado.

## IV. PRESUPUESTOS DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

### IV.1. Concepto, relevancia y enumeración

Los presupuestos de validez de los recursos administrativos —como de todo acto jurídico<sup>78</sup>— son circunstancias extrínsecas al acto (de recurrir) en sí mismo, que deben existir en el momento en que ese acto se perfecciona para que el recurso sea válido como tal. Si uno de estos presupuestos no existe o no es adecuado a lo requerido por la regla de

74 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 196.

75 COUTURE, E. Ob. cit., p. 227-228.

76 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 227.

77 Las «ferias judiciales» transcurren entre el 25 de diciembre y el 31 de enero del año siguiente, y entre el 1 y el 15 de julio de cada año. «Semana de Turismo» es la denominación legal, en nuestro país, de la conocida como «Semana Santa».

78 Sobre el concepto de presupuestos de un acto jurídico, véase: BANDEIRA DE MELLO, C. Ob. cit., pp. 356 y siguientes; BETTI, E. Ob. cit., pp. 166-167; GAMARRA, J. Ob. cit., pp. 35-36; MORETTI, R. Ob. cit., p. 363; y CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 22-23.

derecho aplicable al recurso de que se trate, la manifestación de voluntad del sujeto no valdrá como recurso.

Es presupuesto de validez relativo al sujeto recurrente su capacidad y, relativo al objeto del recurso, la existencia de un acto administrativo contra el cual se dirige la impugnación. La categorización como elemento o como presupuesto de la legitimación del recurrente requerida por la LPAG parece más compleja y se abordará *infra* en el parágrafo 15.

Ambos presupuestos, subjetivo y objetivo, no tienen la misma relevancia. El presupuesto relativo al sujeto y a su capacidad condiciona la validez de la manifestación de voluntad en sí misma como tal. En cambio, el presupuesto objetivo condiciona la validez de esa manifestación en cuanto recurso, pero esa manifestación de voluntad puede ser válida como mera petición aunque falte totalmente el acto administrativo anterior, si es que no se pide una mera revocación sino una decisión con cierto contenido resolutivo positivo (*supra*, parágrafo 2).

Si el recurso se ha perfeccionado por concurrir todos sus elementos esenciales y además es válido, necesariamente ha de recaer a su respecto una resolución (expresa o *ficta*). Pero la resolución (expresa) puede no entrar al fondo del asunto. Si el recurrente no es el titular de la situación jurídica que se invoca como violada o lesionada, el órgano de decisión podrá limitarse a declararlo, y a abstenerse de entrar al fondo del tema planteado. Entonces, la legitimación o titularidad de la situación jurídica invocada es un presupuesto de una resolución sobre el fondo<sup>79</sup>.

Esa resolución sobre el fondo puede, en principio, ser favorable o desfavorable al recurrente. Para que la resolución sea favorable, deben cumplirse otros requisitos que, según los casos, pueden consistir indistintamente en la ilegitimidad o demérito, o solamente en la ilegitimidad del acto impugnado. Estos requisitos son los presupuestos de una resolución favorable al recurrente.

En principio, cada una de estas categorías de presupuestos operaría integrando la categoría subsiguiente. Es decir, no podría dictarse una decisión favorable al recurrente si no pudiera resolverse sobre el fondo, y no podría dictarse una resolución sobre el fondo del tema planteado por el recurso si este no fuera válido. Este principio se aplica estrictamente en todo caso en que la potestad de resolver sobre el acto dependa de la existencia y validez de la impugnación. Así ocurre con el recurso de revisión en el Derecho peruano y con el de anulación en el uruguayo. También, en ciertos casos, en el recurso ante el jerarca —hipótesis de

409

RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTOS, ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS. UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS REGÍMENES PERUANO Y URUGUAYO

ADMINISTRATIVE APPEAL: CONCEPT, ELEMENTS AND ASSUMPTIONS. PERUVIAN AND URUGUAYAN SYSTEMS. A COMPARATIVE STUDY

79 GONZÁLEZ PÉREZ, J. Ob. cit., p. 121, en donde habla de «requisitos del recurso» necesarios para que la administración, al resolver un recurso, examine la cuestión de fondo que se plantea.

desconcentración privativa en el Derecho uruguayo<sup>80</sup>— y respecto de ciertos actos que han adquirido estabilidad<sup>81</sup>. Pero muchas veces la administración tiene la potestad de revisar el acto aun de oficio, sin recurso. Si esa potestad existe y el acto es ilegítimo, inconveniente o inoportuno, puede ocurrir que se dicte una decisión en el sentido pedido por el compareciente, aunque no se cumpla con ninguno de los otros presupuestos enunciados (*infra*, parágrafo 16).

#### IV.2. Presupuesto subjetivo de validez: capacidad del recurrente

Puede recurrir cualquier persona, pública o privada, física o jurídica<sup>82</sup>. La capacidad requerida se rige por las normas generales<sup>83</sup>. El único caso en que puede señalarse la existencia de una norma especial en tema de capacidad en el Derecho uruguayo atañe a los funcionarios públicos menores de edad, quienes podrán comparecer por sí mismos, sin aplicación de las reglas generales sobre representación o asistencia (artículo 23c y artículo 50 del decreto ley 15.524)<sup>84</sup>.

La persona recurrente debe ser un sujeto de derecho distinto de aquella a la que pertenece el órgano que dictó el acto. Del mismo modo ocurre con los órganos de una persona o sus soportes, en cuanto tales no son titulares de situaciones jurídicas propias, y las diferencias que se susciten entre los de una misma persona o entre los integrantes de esos órganos, en cuanto tales deben resolverse aplicando las normas de distribución interna de competencia y de coordinación interorgánica que correspondan<sup>85</sup>, o las propias del contencioso administrativo intraorgánico<sup>86</sup>.

80 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 166-171. En el Derecho peruano parece haber una contradicción en las hipótesis de delegación. Según el artículo 67.3, el delegante no podrá ejercer la competencia delegada, salvo los supuestos en que la ley permite la avocación, de manera que la posibilidad del delegante de revisar un acto del delegado dependería de la interposición de un recurso válido (*supra*, parágrafo 10a). Sin embargo, conforme al artículo 69.2, la entidad delegante podrá avocarse al conocimiento y a la decisión de cualquier asunto concreto que corresponda decidir a otro, en virtud de delegación, previsión genérica que excluye el requisito de habilitación específica del artículo 67.3.

81 En el Derecho peruano, artículos 202.3, 202.4 y artículo 203.1. En el Derecho uruguayo, véase: CAJARVILLE PELUFFO, J. *Recursos administrativos*. Ob. cit., pp. 264-267.

82 LPAG, artículo 50.1 y 53 y CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 102.

83 LPAG, artículo 52 y CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 102.

84 Estos artículos se refieren a texto expreso a la promoción de acción de nulidad ante el TCA y, dado el carácter de presupuesto procesal o condición ineludible del ejercicio de la acción de nulidad que la Constitución, confiere al agotamiento de la vía administrativa (artículo 319), y debe necesariamente admitirse la misma solución para la interposición de los recursos administrativos.

85 LPAG, artículos 81 a 86; CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 102; RAGNISCO, L. y M. ROSSANO. Ob. cit., p. 121; ZANOBINI, G. Ob. cit., p. 46. Para una opinión diferente al respecto, véase: GORDILLO, A. Ob. cit., pp. 135-139, quien admite que un órgano puede impugnar un acto de otro órgano de la misma persona pública.

86 En el Derecho uruguayo, las contiendas de competencia y diferencias entre ciertas personas estatales según se funden en normas constitucionales o legales, y las contiendas o diferencias entre los miembros de ciertos órganos, corresponden, según el caso, a la Suprema Corte de Justicia o al TCA (Constitución, artículo 313). Excluidas de la acción de nulidad, lo están asimismo del procedimiento previo de agotamiento de la vía administrativa (CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 103).

### IV.3. Presupuesto objetivo de validez: existencia de un acto administrativo previo

El presupuesto objetivo básico, que surge del propio concepto de recurso administrativo, consiste en la existencia de un acto administrativo previo contra el cual se dirige la impugnación. Si no existe acto previo, no puede existir recurso, por lo que la petición de dictado de un acto administrativo que pueda presentarse en tales condiciones puede perfeccionarse y ser válida como petición, pero no como recurso (*supra*, párrafos 2 y 3).

No es necesario que el acto haya sido ejecutado para que sea recurrible, basta que haya sido dictado, es decir, que se haya perfeccionado. El artículo 317 de la Constitución uruguaya habla de acto «cumplido» al referirse al objeto de los recursos administrativos, pero esta expresión tiene aquí el significado que le es propio en esta sección constitucional: refiere a acto dictado, no a acto necesariamente ejecutado<sup>87</sup>.

Los regímenes que aquí son objeto de comparación parten, en principio, de conceptos sustancialmente similares de «acto administrativo», coincidentes con el más aceptado —por lo general— en doctrina: declaración de voluntad imputable a una entidad estatal destinada a producir efectos jurídicos (artículo 1 de la LPAG y artículo 120 inciso 1 del decreto 500/991)<sup>88</sup>.

Sin embargo, a partir de esa inicial coincidencia, los conceptos divergen cuando la ley peruana restringe los efectos jurídicos del acto a los producidos «sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta», con lo cual quedan excluidos los reglamentos. Además, el artículo 1.2 de la LPAG agrega a esa definición positiva una negativa que, en realidad, resulta de lo previsto en el artículo 1.1 y excluye «los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios», al decir que «no son actos administrativos» (artículo 1.2.1 de la LPAG)<sup>89</sup>.

Además de esas restricciones a través del propio concepto, la LPAG agrega otras exclusiones de la recurribilidad administrativa. El artículo 206.2 prevé que solo son impugnables por esa vía «los actos definitivos»<sup>90</sup> que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la

87 *Ibid.*, p. 104.

88 DANÓS ORDÓÑEZ, J. Ob. cit., p. 150; y CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., p. 11.

89 *Ibid.*, p. 51. Tampoco los «comportamientos y actividades materiales» del artículo 1.2.2 son una verdadera excepción al concepto, por cuanto no caben en la concepción de los actos administrativos como «declaraciones».

90 Cabe destacar la diferente terminología utilizada por los derechos peruano y uruguayo cuando califican los actos según su ubicación en el procedimiento. El acto llamado definitivo en Perú —«que pone fin a la instancia»— se denomina en Uruguay final o principal, mientras que definitivo es el acto respecto al cual se ha agotado la vía administrativa con la resolución de todos los recursos administrativos que correspondan, lo que en Perú se califica como «firme». En cambio, «firme» en

411

RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTOS, ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS. UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS REGÍMENES PERUANO Y URUGUAYO

ADMINISTRATIVE APPEAL: CONCEPT, ELEMENTS AND ASSUMPTIONS. PERUVIAN AND URUGUAYAN SYSTEMS. A COMPARATIVE STUDY

imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión», mientras que la contradicción a los restantes actos de trámite se alegará en el recurso administrativo que se interponga contra el acto definitivo. Y el artículo 206.3 dispone que no cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores firmes ni de los confirmatorios de actos consentidos.

Finalmente, otras exclusiones de actos de la impugnación mediante recursos administrativos resultan de la configuración del agotamiento de la vía administrativa prevista en la LPAG. El artículo 218.2 prevé las hipótesis en que ocurre ese agotamiento. Algunas resultan de la resolución de los recursos correspondientes: el acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición del recurso de apelación (apartado b), del recurso de revisión (apartado c) o, incluso, del de reconsideración contra un acto o contra el silencio administrativo negativo de un órgano no sometido a jerarquía (apartado a), pero las demás hipótesis implican la exclusión de los recursos administrativos contra ciertos actos según su origen o contenido, y son las que interesan en este punto. No se debe recurrir administrativamente —porque agotan la vía administrativa— a los actos respecto de los cuales no proceda impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior por emanar del jerarca máximo, ni contra su silencio administrativo negativo, salvo ante la posibilidad opcional de interponer el recurso de reconsideración (apartado a). Tampoco deben recurrirse, por la misma razón, los actos que declaran de oficio la nulidad o que revocan otros actos administrativos conforme al régimen consagrado en los artículos 202 y 203, ni los actos administrativos de los tribunales o consejos administrativos regidos por leyes especiales.

En cambio, en el Derecho uruguayo, la expresión «acto administrativo» está recogida en la Constitución desde 1952, en disposiciones tan fundamentales como los actuales artículos 309 y 317, los cuales regulan la acción de nulidad ante el TCA y ante los recursos de agotamiento de la vía administrativa previa. Desde entonces, sin duda alguna y con unanimidad de doctrina y jurisprudencia, se entendió que los reglamentos están comprendidos en el concepto de «acto administrativo» recogido por la carta. Esta solución tan dilatada y unánime fue incorporada expresamente al decreto ley 15.524, artículo 25, y actualmente al decreto 500/991, artículo 120, con lo que es ahora, además, solución legal y reglamentaria expresa<sup>91</sup>.

Uruguay es el acto que ya no admite ninguna impugnación, ni administrativa ni jurisdiccional, porque ya se han empleado sin éxito o porque vencieron los plazos para hacerlo sin que se promovieran. 91 CAJARVILLE PELUFFO, Juan. «Relaciones entre la ley y el reglamento en el derecho uruguayo». En *Sobre Derecho administrativo*. Ob. cit., p. 245.

Pues bien, conforme al artículo 317 de la Constitución, todos los actos administrativos, sin excepción, «pueden ser impugnados» mediante los recursos allí previstos, incluso los reglamentarios y aquellos cuyos efectos sean exclusivamente internos, y aun aquellos contra los cuales no sea procedente la acción de nulidad. La jerarquía normativa de dicha disposición y su redacción genérica e irrestricta excluyen toda posibilidad de consagrar legal o reglamentariamente cualquier excepción a la impugnabilidad de un acto administrativo mediante esos recursos ante la propia administración<sup>92</sup>.

El agotamiento de la vía administrativa contra cualquier acto administrativo, sin excepciones, requiere, en todos los casos, la interposición y resolución expresa —o, en su defecto, *ficta*— de todos los recursos administrativos que correspondan, y sin perder de vista que esto depende de la ubicación jerárquica del órgano del cual emanen y de la naturaleza del sistema que ese órgano integra<sup>93</sup>. Dicho agotamiento es requisito de admisibilidad de la posterior acción jurisdiccional de nulidad ante el TCA (Constitución, artículo 319)<sup>94</sup>. Por consiguiente, son también impugnables mediante recursos administrativos, y deben impugnarse para agotar la vía administrativa, los actos emanados del jerarca de cualquier sistema orgánico, en cuyo caso solo cabrá el recurso de revocación, así como los que declaren la nulidad o revocación de un acto anterior. Sin embargo, la trascendencia práctica de esas diferencias, en algunos casos, se atenúa hasta casi desaparecer.

Los actos de administración interna que —conforme a los artículos 1.1 y 1.2.1 de la LPAG— lo serán en tanto no produzcan efectos ni siquiera sobre intereses no calificados de algún administrado, no son actos administrativos en el régimen peruano, y lo son en el uruguayo. Pero la diferencia en cuanto a su recurribilidad administrativa no resultará de esa diversidad conceptual, sino de la legitimación requerida en uno y otro régimen para recurrir, según se verá en el párrafo 15.

En el Derecho uruguayo son impugnables mediante recursos administrativos los actos de trámite que no determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produzcan indefensión, o que sean reproducción de otros anteriores firmes, o meramente confirmatorios de anteriores consentidos. Pero aun cuando se agote con ellos la vía administrativa, esos actos están excluidos de la categoría de los que pueden ser objeto de la acción jurisdiccional de nulidad<sup>95</sup>, de manera que, incluso, el

92 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 104, 113-128 y 139-141.

93 *Ibid.*, pp. 163-182 y 227-259.

94 CAJARVILLE PELUFFO, Juan. «Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguayo». En *Sobre Derecho administrativo*. Ob. cit., pp. 577-579 y bibliografía referida.

95 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 149-155. Por supuesto que también en el Derecho uruguayo los vicios de los actos de trámite pueden invocarse en la impugnación jurisdiccional del acto principal, como vicio de procedimiento (véase la página 155 de la obra mencionada).

interés del particular puede aconsejar prescindir en tales casos de los recursos administrativos si con ello se estuviera postergando la promoción de otras vías de defensa que pueda otorgarle el ordenamiento jurídico no condicionadas al previo agotamiento de la vía administrativa (verbi-gracia, la acción reparatoria patrimonial<sup>96</sup> u otras acciones declarativas o de condena)<sup>97</sup>.

#### IV.4. Presupuesto de una resolución sobre el fondo: legitimación del recurrente

Como surge explícitamente del título de este párrafo y del siguiente, el tema se aparta ahora de los presupuestos de la configuración y de validez del recurso administrativo como tal para ingresar en la consideración de la resolución a recaer sobre él. Si el recurso existe y es válido, deberá recaer una resolución sobre la impugnación, que será expresa o, en su defecto, *ficta* por silencio administrativo, pero que no deberá ingresar en el fondo del asunto si el recurrente no cumple con el requisito de legitimación que corresponda, sino que se limitará a declarar la inadmisibilidad del recurso, salvo que la administración estuviera facultada para resolver sobre el fondo aun sin recurso del afectado (*supra*, párrafo 12).

La legitimación del recurrente resulta de la titularidad de la situación jurídica invocada, que habría sido violada, lesionada o no satisfecha por el acto que se impugna. La situación legitimante debe ser personal del recurrente —aunque no necesariamente exclusiva—, no del mero interés general ni del propio de una colectividad —personificada o no— de la que se forma parte<sup>98</sup>. El recurrente debe ser el propio titular de la situación subjetiva invocada, y no un tercero, salvo —naturalmente— los casos de representación legalmente configurada. Pero aquí, otra vez, los regímenes ahora comparados divergen en cuanto a la calificación de la situación jurídica requerida.

Tanto el artículo 109.1 como el 206.1 incluyen como requisito para que proceda la contradicción a un acto administrativo mediante los recursos administrativos que se suponga que «viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo»<sup>99</sup>. Por consiguiente, la suposición e invocación —en el escrito en que se contradice un acto de la titularidad por el compareciente de un derecho o interés legítimo así lesionado—

96 Sobre la discutida relación entre la acción de reparación de daños causados por un acto administrativo y el agotamiento de la vía administrativa, véase: CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 31-36.

97 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 139-141.

98 Aparentemente por error, el artículo 206 de la LPAG comienza con una remisión al artículo 108 que parecería debió ser al 109. Sin embargo, el artículo 108 admite la contradicción a un acto administrativo «aduciendo el interés difuso de la sociedad». Me inclino a interpretar que una contradicción a un acto con esa legitimación no ingresaría en la categoría de los recursos previstos en los artículos 109 y 206 y siguientes de la LPAG. Un mayor desarrollo de este punto no cabe en el propósito de este estudio.

99 A mi parecer, el concepto de «interés legítimo» en la LPAG es notablemente similar al que resulta de las disposiciones de la Constitución uruguaya que lo utilizan, pero el punto excede con mucho la extensión admisible de este artículo.



es un elemento esencial del recurso si se la contempla como contenido necesario de la expresión de voluntad de recurrir del impugnante (*supra*, párrafo 4), y es un presupuesto subjetivo de la configuración de la petición como recurso, si se atiende a esa titularidad como una situación preexistente a su perfeccionamiento que condiciona su validez como tal (*supra*, párrafo 12).

Pero la real titularidad por el compareciente de la situación que invoca y la verdad de su lesión no pueden apreciarse por la administración *in limine* al admitir el recurso, ni siquiera al disponer su sustanciación, sino que requiere la debida instrucción del asunto, y será necesariamente objeto de pronunciamiento al abordar la decisión principal («definitiva», en la calificación del artículo 206.2 de la LPAG). El artículo 109.2 prevé que «[p]ara que el interés pueda *justificar* la titularidad del administrado, debe ser legítimo, personal, actual y probado» (el subrayado es mío), pero esa justificación solo podrá valorarse al abordar el contenido de esa decisión final. La real y verdadera titularidad del derecho o del interés legítimo personal, actual y probado, y su lesión, constituyen un presupuesto para que la resolución final pueda ingresar al fondo del asunto. De lo contrario, deberá limitarse a declarar la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación del compareciente (artículo 217.1 de la LPAG). Salvo, se repite, que se tratara de una hipótesis en que la administración pueda revisar el acto aun sin recurso, pero entonces ya no estaríamos en el ámbito de la decisión de un recurso administrativo, sino en el de la revisión de oficio del acto en cuestión (artículos 201 a 205 de la LPAG).

En el Derecho uruguayo, ni la Constitución ni la ley 15.869 requieren una calificación especial en la situación subjetiva legítimamente. A diferencia de los artículos 318 y 309 de la carta relativos a las peticiones —que necesariamente han de suscitar una resolución administrativa sobre el fondo y a la promoción de la acción de nulidad ante el TCA—, el artículo 317 que regula detalladamente los recursos administrativos no exige una legitimación especial al recurrente, de manera que debe admitirse la suficiencia de un interés simple<sup>100</sup>. El decreto 500/991 recoge expresamente la solución patrocinada en el artículo 152, al establecer que podrán interponer recursos administrativos los peticionarios y las personas que se consideren directamente lesionadas «en sus derechos o intereses» —sin calificación— por el acto recurrido.

RECURSOS  
ADMINISTRATIVOS:  
CONCEPTOS,  
ELEMENTOS Y  
PRESUPUESTOS.  
UN ESTUDIO  
COMPARATIVO DE  
LOS REGÍMENES  
PERUANO Y  
URUGUAYO

ADMINISTRATIVE  
APPEAL: CONCEPT,  
ELEMENTS AND  
ASSUMPTIONS.  
PERUVIAN AND  
URUGUAYAN  
SYSTEMS. A  
COMPARATIVE  
STUDY

100 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 105-107. Sobre los conceptos de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple adecuados al Derecho positivo uruguayo, mi opinión puede verse en «Poder público y participación ciudadana en el derecho uruguayo». En Ob. cit., pp. 107-122, y más amplia y fundadamente en «Apuntes sobre el concepto de 'interés legítimo' en la Constitución uruguayo», mi colaboración a los estudios en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil, en curso de publicación en España.

La legitimación admitida para recurrir es, entonces, manifiestamente más amplia en el Derecho uruguayo que en el peruano. Pero otra vez la trascendencia de esta diferencia debe relativizarse. Aunque esa amplitud permita agotar la vía administrativa en Uruguay a recurrentes que no estarían legitimados en Perú, esos recurrentes titulares de un mero interés simple no podrán luego promover la acción de nulidad ante el TCA por carecer de la titularidad de un derecho o de un interés legítimo<sup>101</sup>, de manera que, probablemente, su propio interés les aconsejará no utilizar una vía de defensa que solo servirá para retardar otras que tengan abiertas, como se señaló *supra* en el párrafo 14 *in fine* para situación similar.

Pero la importancia de la amplia solución uruguaya no debe menospreciarse. Su verdadero significado consiste en la traslación de la competencia para la apreciación de la legitimación del lesionado, del órgano administrativo al jurisdiccional y en la postergación del momento en que la legitimación calificada es requerida, que no es aquel en que se recurre, sino el posterior en que se promueve la acción de nulidad. Es verdad que el titular de un mero interés simple no podrá obtener la anulación jurisdiccional del acto administrativo, pero ello solo podrá declararlo el TCA al dictar sentencia. La administración no puede negarse a recibir, tramitar y resolver un recurso administrativo, ni el TCA podrá negar la configuración de la denegatoria *ficta* y el consiguiente agotamiento de la vía administrativa al invocar la inexistencia de legitimación calificada en el momento de interposición de los recursos administrativos. De ahí resulta la posibilidad de que la situación jurídica configurante de la legitimación calificada del accionante se haya perfeccionado con posterioridad a la interposición de los recursos administrativos<sup>102</sup>.

#### IV.5. Presupuestos de una resolución favorable

Son aquellos presupuestos requeridos, no ya para que deba necesariamente recaer una resolución sobre el fondo del tema planteado en el recurso, sino para que esa resolución sea favorable al recurrente.

En Derecho procesal civil, a propósito de los «presupuestos de una sentencia favorable», se sostiene que ellos no son realmente «procesales», sino materiales, puesto que refieren a condiciones de fondo —en definitiva a la existencia y titularidad del derecho invocado en autos y a la legitimación pasiva del demandado—. Sin embargo, se señalan algunos presupuestos estrictamente procesales de la sentencia favorable. Así, la alegación y prueba de los hechos en que se funda la pretensión o la excepción son presupuestos de la sentencia favorable que no podrá

101 CAJARVILLE PELUFFO, J. *Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguayo*. Ob. cit., pp. 575-577.

102 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 105-106.

dictarse si aquellos requisitos de procedimiento no se han cumplido<sup>103</sup>. La exigencia de estos presupuestos deriva de la naturaleza privada del interés que está en juego en el proceso civil y de los principios dispositivo y de verdad formal que, consecuentemente, imperan en él.

En la vía administrativa no existen presupuestos de una resolución favorable de índole procedimental, ellos son estricta y exclusivamente materiales. Como en el proceso civil, también aquí la solución deriva de la naturaleza del interés en juego y, en definitiva, de la función que se ejercita en el procedimiento administrativo. En el procedimiento promovido por un recurso administrativo, como en el procedimiento administrativo en general, siempre está en juego, directa o indirectamente, el interés público. Por eso, a diferencia del proceso civil, imperan aquí los principios de legalidad objetiva, impulsión de oficio, instrucción y verdad material<sup>104</sup>. De la aplicación de tales principios resulta que la inactividad del promotor no limita a la administración que, en todo caso, deberá considerar y comprobar<sup>105</sup> todas las circunstancias aun no alegadas por el recurrente que puedan conducir a la revisión de la resolución recurrida<sup>106</sup>.

Estos principios propios del procedimiento administrativo pueden llevar, incluso, en cierta medida, a independizar la emisión de una resolución favorable de la existencia y validez del recurso interpuesto y de la legitimación del recurrente, según se ha señalado reiteradamente más arriba. Aunque, claro está, en tal caso no se trataría realmente de una resolución del recurso, sino de una revisión de oficio.

Presupuestos de la resolución favorable de los recursos administrativos, en la LPAG, lo son tanto la nulidad como el demérito del acto impugnado<sup>107</sup>. Así resulta del artículo 109.1, que incluye en la pretensión deducida mediante la contradicción en la vía administrativa tanto la revocación como la anulación del acto en cuestión, y de los conceptos de ambas formas de extinción contenidos en los artículos 202 y 203. También en el Derecho uruguayo, los recursos administrativos pueden fundarse y resolverse tanto en la invalidez como en el demérito del acto cuestionado, salvo cuando se trate del recurso de anulación, en donde solo puede invocarse al recurrirlo como al resolver la impugnación, la invalidez del acto<sup>108</sup>.

RECURSOS  
ADMINISTRATIVOS:  
CONCEPTOS,  
ELEMENTOS Y  
PRESUPUESTOS.  
UN ESTUDIO  
COMPARATIVO DE  
LOS REGÍMENES  
PERUANO Y  
URUGUAYO

ADMINISTRATIVE  
APPEAL: CONCEPT,  
ELEMENTS AND  
ASSUMPTIONS.  
PERUVIAN AND  
URUGUAYAN  
SYSTEMS. A  
COMPARATIVE  
STUDY

103 COUTURE, E. Ob. cit., pp. 108-110; y VESCOVI, Enrique. *Derecho procesal civil*. Tomo II. Montevideo: Idea, 1974, pp. 315-316.

104 LPAG, artículo 4, 1.1, 1.3 y 1.11; DANÓS ORDÓÑEZ, J. Ob. cit., pp. 42-47; CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 23-24; y CAJARVILLE PELUFFO, J. *Introducción al procedimiento administrativo uruguayo*. Ob. cit., pp. 187-194, con amplia referencia bibliográfica.

105 La administración debe comprobar los hechos en que se funde, porque solo puede actuar por motivos de hecho reales, existentes. Pero aunque tal comprobación se cumpla en el procedimiento, no es un requisito procedimental, sino material, atinente al fondo de la decisión.

106 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 97-98.

107 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. Ob. cit.

108 CAJARVILLE PELUFFO, J. Ob. cit., pp. 109, 164, 174 y 181-182.

## V. CONCLUSIONES

Hace muchos años —desde la primera edición en 1987 de mi libro sobre los recursos administrativos hasta la última del año 2008— he citado con reiteración que tal como está regulado actualmente en nuestro Derecho, el régimen de recursos y de agotamiento de la vía administrativa no puede considerarse una garantía ni un medio de defensa efectivo para los habitantes, sino un desmedido privilegio de la administración. Cuando los recursos administrativos sirven para postergar por muchos meses el acceso a la jurisdicción anulatoria, y cuando su ritualidad suele apreciarse con un rigor y un formalismo que a veces no solo demoran, sino que clausuran definitivamente la posibilidad de aquel amparo, es difícil seguir creyendo que son una garantía para el lesionado. Para que cumpla una finalidad de garantía —la única que puede hoy justificar el requisito de agotamiento de la vía administrativa como requisito necesario previo al acceso a la jurisdicción— el régimen requiere una modificación de las normas constitucionales que permita ese acceso en un plazo razonable.

En cambio, el sucinto pero suficiente fundamento constitucional en que se basa el régimen peruano ha permitido al legislador consagrar un régimen de recursos administrativos que puede constituir un verdadero instrumento de garantía para el lesionado por un acto administrativo. Si alguna vez ocurriera en Uruguay la deseable modificación de las normas constitucionales que regulan con grosero exceso la materia, varias serían las soluciones de la LPAG dignas de imitación: el plazo más amplio —aunque tal vez todavía insuficiente— para recurrir, la brevedad del plazo conferido a la administración para resolver los recursos, la configuración del silencio administrativo positivo como solución de principio o la admisión de determinados actos como agotadores de la vía administrativa sin necesidad de recurrirlos ante la administración. Todas ellas son soluciones vedadas por la Constitución uruguaya vigente, las cuales pueden impedir que los recursos administrativos solo sirvan para postergar el acceso a la jurisdicción en medida tal que se llegue a configurar una verdadera denegación de justicia.

Recibido: 18-07-11

Aprobado: 15-08-11

# La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica

Revocation of administrative actions, public interest and legal security

JUAN CARLOS MORÓN URBINA\*

**Resumen:** Las decisiones administrativas deben sujetarse al interés público no solo al momento de su aprobación sino durante su vigencia, por lo que se hace necesaria una institución como la revocación. Sin embargo, la existencia de la potestad revocatoria de actos administrativos conduce a la afectación de la seguridad jurídica, debido al efecto expropiatorio que tiene sobre derechos y situaciones jurídicas, con lo que se torna necesaria la búsqueda de formulas conciliadoras. En tal contexto, el presente artículo, además de brindar importantes alcances conceptuales, busca identificar los requisitos para la revocación del acto administrativo, ahondar en su estructura operativa, distinguir las clases de revocación existentes y señalar sus diferencias con otras figuras, como la nulidad, la caducidad, entre otras.

**Palabras clave:** Acto administrativo – revocación – interés público – seguridad jurídica

**Abstract:** Administrative decisions should be submitted to public interest not only upon its approval but during its effect, therefore it is necessary the existence of an institution as the revocation. However, since revocation power of administrative acts affects legal certainty (due to its effects on rights and legal situations) the search of conciliatory formulas became a need. In such context, this article not only provides important conceptual scopes but seeks to identify the requirements for revocation of administrative act, go deep into its operative structure, distinguishes types of revocation and to point out its differences with other legal concepts such as nullity, expiration among others.

**Key words:** Administrative act – revocation – public interest – legal certainty

---

\* Abogado y profesor de Derecho administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CONTENIDO: I. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. – II. EVENTOS CALIFICADOS POR EL ORDENAMIENTO COMO SUSCEPTIBLES DE PROVOCAR LA FALTA DE MÉRITO DEL ACTO ADMINISTRATIVO. – III. LA REVOCACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY 27444. – III.1. LA REVOCABILIDAD MOTIVADA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DESFAVORABLES Y DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN INTERNA. – III.2. LA INTERDICCIÓN DE REVOCABILIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DECLARATIVOS O CONSTITUTIVOS DE DERECHOS. – III.3. LA REVOCABILIDAD EXCEPCIONAL DE ACTOS FAVORABLES: (I) POR CAMBIO SOBREVINIENTE DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXTERNAS DEL ACTO Y (II) POR CALIFICACIÓN EXPRESA EN NORMA LEGAL DE LA NECESIDAD DE REVOCAR ACTOS FAVORABLES. – IV. LA ESTRUCTURA OPERATIVA DE LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. – IV.1. EL SUJETO ACTIVO DE LA REVOCACIÓN. – IV.2 OBJETO DE LA REVOCACIÓN. – IV.3. LOS ACTOS INVOLUCRADOS: EL ACTO REVOCADO Y EL ACTO REVOCATORIO. – IV.4. EL PROCEDIMIENTO REVOCATORIO. – V. LAS DOS MANERAS DE REVOCAR ACTOS ADMINISTRATIVOS: LA REVOCACIÓN DIRECTA Y LA INDIRECTA. – VI. LA REVOCACIÓN COMO CONSECUENCIA DE CONDUCTAS DEL ADMINISTRADO. – VI.1. LA REVOCACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL DESTINATARIO DEL ACTO (TAMBIÉN CONOCIDA COMO CADUCIDAD O CANCELACIÓN). – VI.2. LA DENOMINADA «SANCIÓN DE REVOCACIÓN». – VII. LA INDEMNIZACIÓN POR REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES. – VII.1. EL DEBER DE INDEMNIZAR AL ADMINISTRADO POR EL PERJUICIO ECONÓMICO GENERADO POR LA REVOCACIÓN. – VII.2. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA REVOCACIÓN POR AGOTAMIENTO DE EFECTOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

## I. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

No le falta razón a Laguna de Paz<sup>1</sup> cuando afirma que la dogmática jurídica de la revocación del acto administrativo nos recuerda a la torre de Babel, porque pese a que todos la señalamos como una institución tradicional del derecho administrativo, reconocemos sus contornos, elementos fundamentales y orígenes históricos, ocurre con frecuencia que aparecen dificultades de entendimiento cuando intentamos concretar un concepto, identificar los requisitos para su producción, distinguir las clases de revocación que existen y señalar sus relaciones con otras figuras, como la nulidad, la caducidad, entre otras.

Por ejemplo, si queremos revisar cómo aparece regulada esta figura en el Derecho comparado actual, podemos identificar el siguiente panorama.

En primer lugar, tenemos la tendencia habilitadora en la que el ordenamiento legitima como regla general la posibilidad de que la autoridad administrativa revoque sus propios actos. Tal es el ejemplo de la

1 LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 329.

Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras (decreto 152-87), la que indica que «el órgano que dictó el acto [...] podrá revocarlo o modificarlo cuando desaparecieren las circunstancias que lo motivaron o sobrevinieren otras que, de haber existido a la razón, el acto no habría sido dictado. También podrá revocarlo o modificarlo cuando no fuere oportuno o conveniente a los fines del servicio para el cual se dicta» (artículo 121).

En esta línea de pensamiento, la revocabilidad es una característica natural del acto administrativo y una de sus formas ordinarias de extinción<sup>2</sup>. A partir de ello encontramos regulaciones que intentan morigerar la habilitación para revocar actos administrativos como los que manifestamos a continuación.

En Chile, la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (ley 19880) indica —sin esforzarse en darnos un concepto— positivamente que «los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado», y considera —en vía de excepción— que no procederán «cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente, cuando alguna ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto».

Por su parte, la siempre interesante Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (ley 6227 del 2 de mayo de 1978) regula al respecto que «el acto administrativo podrá revocarse por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, con las excepciones que contempla esta ley», y, al referirse a los fundamentos para revocar, afirma que «la revocación deberá tener lugar únicamente cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, a los derechos creados o a la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica a que se intenta poner fin» (artículo 152), para ello «la revocación podrá fundarse en la aparición de nuevas circunstancias de hecho, no existentes o no conocidas al momento de dictarse el acto originario», así como «también podrá fundarse en una distinta valoración de las mismas circunstancias de hecho que dieron origen al acto, o del interés público afectado» (artículo 153).

A su turno, en Colombia es un deber revocar un acto tanto si tuviera vicios en su legalidad —aquello de lo que en nuestro derecho se ocupa la nulidad— como por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia. Así, la Ley del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

421

LA REVOCACIÓN  
DE ACTOS  
ADMINISTRATIVOS,  
INTERÉS PÚBLICO  
Y SEGURIDAD  
JURÍDICAREVOCATION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS, PUBLIC  
INTEREST AND  
LEGAL SECURITY

2 González Pérez afirma que «el acto administrativo es, esencialmente, revocable» (GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1988, p. 932).

Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) nos dice que «los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte: Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él y cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona» (artículo 93). Específicamente, en cuanto a la revocación por oportunidad de actos de carácter particular y concreto, la norma nos expresa que «salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular», y «si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo» (artículo 97).

La clásica Ley de Procedimiento Administrativo de Argentina (ley 19.549) indica al respecto que:

[...] el acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.

En esa misma tesitura se encuentra la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, en la cual se permite únicamente la revocación de los actos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos. En efecto, la norma dispone que «los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico» (artículo 82).

A su turno, el reglamento de la ley 2341 del procedimiento administrativo en Bolivia también proclama la estabilidad del acto que otorga derechos al administrado del modo siguiente:

[...] el acto administrativo individual que otorga o reconoce un derecho al administrado, una vez notificado, no podrá ser revocado en sede



administrativa, salvo que la revocación sea consecuencia de un recurso administrativo interpuesto en término por un administrado; el administrado, de mala fe, que teniendo conocimiento no hubiera informado del vicio que afectaba al acto administrativo, la revocación favorezca al interesado y no cause perjuicio a terceros, el derecho hubiese sido otorgado válida y expresamente a título precario o se trate de un permiso de uso de bienes del dominio público (artículo 51).

Luego, el Código de Procedimiento Administrativo de Portugal afirma al respecto que los actos administrativos válidos son libremente revocables, excepto cuando su irrevocabilidad resulte de mandato legal, cuando fueran constitutivos de derechos o intereses legalmente protegidos, o cuando de ellos resulten obligaciones legales o derechos irrenunciables para la autoridad. No obstante, también se señala que «aun en el caso de los actos constitutivos de derechos o intereses legalmente protegidos son revocables en la parte que sean desfavorables a los intereses de sus destinatarios, y cuando todos los interesados den su concordancia para la revocación del acto y no sean derechos indisponibles» (artículo 140).

Finalmente, en este mismo recorrido encontramos la española Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ley 30/1992), cuyo articulado intenta equilibrar la posibilidad revocatoria con la seguridad jurídica de los derechos adquiridos enfatizando la revocabilidad de los actos de gravamen. Así, nos indica que «las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico» (artículo 105), pero esta atribución «no podrá ser ejercitada cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes» (artículo 106).

Como se puede apreciar, los legisladores pasan por la tensión natural entre el reconocimiento liso y llano que las decisiones administrativas se encuentren alineadas al interés público no solo al momento de su aprobación, sino que continúen en esa calidad durante su vigencia, y, por otro lado, debido al matiz virtualmente expropiatorio que tiene la revocación sobre derechos y situaciones jurídicas, aparecen fórmulas que intentan equilibrar su empleo con valores importantes, como la seguridad jurídica y la intangibilidad patrimonial de los derechos administrativamente otorgados.

En ese orden de ideas se sustenta la noción de revocabilidad de los actos administrativos, al afirmar que el obrar estatal siempre se encuentra frente a situaciones y circunstancias cambiantes, por lo que, de modo permanente e incesante, tiene que ser capaz de adaptarse a ellas para

423

LA REVOCACIÓN  
DE ACTOS  
ADMINISTRATIVOS,  
INTERÉS PÚBLICO  
Y SEGURIDAD  
JURÍDICAREVOCATION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS, PUBLIC  
INTEREST AND  
LEGAL SECURITY

alcanzar el bienestar general y demás cometidos de interés público. Por ello, se reconoce que la propia autoridad creadora de una situación o relación jurídica tiene la facultad para suprimirla o modificarla cuando en algún momento posterior se produce una incompatibilidad entre el acto y el interés público, por lo que, por ende, estamos frente a un acto administrativo fundamentalmente revocable.

Pero a su turno, constatamos que la existencia de la potestad revocatoria de actos administrativos conduce naturalmente a la afectación de la seguridad jurídica. Preocupa que la existencia de una amplia potestad revocatoria implique el debilitamiento y la precarización los derechos administrativos otorgados por la autoridad a los ciudadanos, en particular aquellos que dan lugar a una relación jurídica continuada en el tiempo (por ejemplo, los títulos habilitantes para ejercer libertades económicas). Si el instituto es regulado de modo permisivo quedará en manos de la autoridad la continuidad o cesación de derechos subjetivos, según se aprecien en el futuro inmediato o remoto circunstancias de interés público adversas. De ahí que, por lo general, se asocia la revocación con los denominados «precarios administrativos»<sup>3</sup>, en los que se traslada al ciudadano el riesgo del cambio de interés público.

En este orden de ideas, un mayor o menor reconocimiento de la revocación redundaría directamente en la estabilidad del acto administrativo o en el debilitamiento de los derechos administrados otorgados o reconocidos. Cuando la revocación es un fenómeno connatural al acto administrativo, estaremos frente a una gran presencia de derechos debilitados. Por el contrario, en la medida que la revocación sea disciplinada y, en otros casos, impedida, tendremos derechos individuales más fortalecidos.

No cabe duda que tanto la revocación como la seguridad jurídica son necesarias dentro del Estado de Derecho. La autoridad debe poder siempre atender el interés público a su cargo actualizando sus actuaciones. Por otro lado, las decisiones estatales deben ser cada vez más predecibles y permitir a los administrados adoptar decisiones en función de ellas, tener la expectativa razonablemente fundada acerca de cuál será el sentido de la futura actuación del poder y de que sus márgenes de actuación, respaldados por el Derecho, no serán brusca o arbitrariamente desconocidos o modificados por la autoridad y que cuando el cambio deba suceder se le resguarde razonablemente sus derechos<sup>4</sup>. Por ello es que es necesario compatibilizar esa adaptación al variable interés públi-

3 COMADIRA, Julio Pablo. «La revocación de los permisos otorgados a título precario». En *Estudios de Derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Instituto de Derecho Administrativo, 2009, pp. 265 y siguientes.

4 Si bien la seguridad jurídica no está enunciada de manera literal en la Constitución Política del Estado, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como un principio consustancial al estado de derecho implícito en la Constitución, en sus STC 016-2002-AI/TC (acción de inconstitucionalidad contra la ley 27755, artículo 7), STC 001-003 /2003-AI/TC (acción de inconstitucionalidad contra la ley 27755) y STC 009-2001-AI (acción de inconstitucionalidad contra la ley 27153).

co sobreviniente con el principio igualmente valioso de dar seguridad jurídica a los ciudadanos y, en específico, con la confianza legítima que debe también dispensarse a quienes de buena fe han obtenido del acto original alguna situación jurídica individual favorable.

En esa línea, el Derecho contemporáneo y la doctrina administrativa parecen formar consenso alrededor de algunas ideas centrales: la necesidad de contar con el instrumento de la revocación, y la obligación de este de ser atemperado cuando se trate de aplicar respecto a derechos e intereses individualizados ya reconocidos o declarados administrativamente. Aquí aparecen hasta tres formulas posibles: (i) vedar la revocación en caso de actos favorables del que se desprenden derechos administrativos subjetivos —la opción de los ordenamientos chilenos y venezolano—, (ii) sujetar su procedencia a la aceptación previa y voluntaria del beneficiado del acto —opción seguida en los ordenamientos colombiano y portugués—, y, finalmente, (iii) reconocer la existencia del derecho subjetivo y proceder a calificar, por medio de la norma, algunas circunstancias que permiten la revocación con efectos a futuro, pero sin dejar de indemnizar debidamente al afectado por la medida para monitorear el patrimonio del afectado por la revocación —opción seguida por los ordenamientos argentino, peruano y boliviano—.

Para nosotros, la institución de la revocación consiste en la potestad que la ley confiere a la administración para que, en cualquier tiempo, de manera directa, de oficio o a pedido de parte y mediante un nuevo acto administrativo modifique, reforme, sustituya o extinga los efectos jurídicos de un acto administrativo conforme a derecho, aun cuando haya adquirido firmeza debido a que su permanencia ha devenido —por razones externas al administrado— en incompatible con el interés público tutelado por la entidad.

En consecuencia, ese acto que aun despliega sus efectos ha sobrevenido en un acto inoportuno o inconveniente para el interés público, por lo que debe ser extinguido precisamente en protección de ese interés general.

De este modo, el acto administrativo es valorado permanentemente sobre su adecuación y congruencia con el propósito de interés público que persigue. Al emitirse, busca concretar determinada situación concreta que no solo es legal, sino que es concordante con el interés público. Pero, durante su vigencia, debe mantener esa conformidad de modo continuado hasta que cumpla sus efectos o se extinga naturalmente. Esta necesidad de concordancia o adaptación del acto al interés público propio del contexto actual es denominada como «mérito del acto administrativo».

LA REVOCACIÓN  
DE ACTOS  
ADMINISTRATIVOS,  
INTERÉS PÚBLICO  
Y SEGURIDAD  
JURÍDICA

REVOCATION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS, PUBLIC  
INTEREST AND  
LEGAL SECURITY

La procedencia de la revocación se asocia a la inoportunidad, a la inconveniencia o a la falta de mérito del acto administrativo, tal como mencionan algunas legislaciones —como la peruana—, por ello es que, como se manifiesta en la doctrina, «el interés público involucrado en la revocación debe ser apreciado a través del análisis del mérito, de la oportunidad y de la conveniencia actual de la continuidad de la relación jurídica nacida al amparo del acto original. De allí la importancia de determinar cuál es, entonces, el contenido de los conceptos oportunidad, mérito o conveniencia»<sup>5</sup>.

Podrían intentarse diversas acepciones para estas tres voces. Para algunos, un acto afectado en su mérito es aquel que no guarda la adecuación necesaria de medios para lograr los fines públicos específicos que el acto administrativo tiende a lograr. El acto afectado en su oportunidad está referido al que se encuentra fuera del tiempo adecuado o del propósito perseguido. Mientras que la inconveniencia refiere inutilidad o carencia de provecho para la finalidad pública. Pero este esfuerzo hace más compleja la valoración de aquello que la justificación de la revocación. En esa línea creemos, como parte de la doctrina, que la oportunidad, la conveniencia y la eficacia del acto administrativo constituyen, bajo la designación genérica de «mérito» un solo elemento a tener en cuenta para explicar la revocación<sup>6</sup>.

De este modo, la apreciación del mantenimiento del acto estará sujeto a que, durante su vigencia, el desarrollo de la actividad conserve su mérito, esto es, su congruencia con la conveniencia, oportunidad y eficacia para lograr sus fines propios.

## II. EVENTOS CALIFICADOS POR EL ORDENAMIENTO COMO SUSCEPTIBLES DE PROVOCAR LA FALTA DE MÉRITO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Corresponde que la autoridad revoque el acto cuando aprecie la oposición o incompatibilidad entre los efectos producidos por este y el interés público, que también debe tutelar de manera permanente el mismo organismo. Como esta condición permite a las autoridades apreciar de modo permanente el mérito que los actos mantienen a lo largo de su existencia, se produce un innegable debilitamiento a la seguridad jurídica y a la previsibilidad de los beneficiarios sobre sus derechos basados en esos actos. Por ello es que la seguridad jurídica aconseja ser prudente con la habilitación, y no dejar en manos de las autoridades la facultad de

5 CANDA, Fabián. *La revocación por oportunidad del acto administrativo. Acto administrativo y reglamento*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2002, pp. 221 y siguientes.

6 ESCOLA, Héctor. *Tratado general de procedimiento administrativo*. Segunda edición actualizada. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 60.

determinar cuándo se produce esta oposición insalvable y de proceder a calificar previamente —a través de las normas legales— los supuestos en que esa discordancia justifica aplicar la revocación. Con ello, se busca acotar en algo la discrecionalidad con que cuanta la autoridad para ejercer esta atribución.

En este orden de ideas, si apreciamos los ordenamientos, la doctrina y la jurisprudencia internacional, encontraremos que se intenta dar objetividad a esa pérdida del mérito del acto administrativo tipificando determinadas circunstancias para ello. Apoyados en el interesante estudio de Laguna De Paz<sup>7</sup> —y no con pocos matices—, podemos afirmar que las hipótesis para dar cabida a la revocación de actos administrativos son las siguientes:

- Un cambio objetivo de circunstancias de hecho externas y posteriores al acto, que hacen indispensable retirar el acto administrativo por agravar al interés público<sup>8</sup>. Aquí, el retiro del acto administrativo obedece a que aparecen posteriormente nuevas circunstancias de hecho no existentes o no conocidas —pese a la debida diligencia de la autoridad— al momento de dictarse el acto originario, o bien a que desaparece la circunstancia contextual indispensable que existía cuando se dio el acto administrativo y que hacía posible su otorgamiento. Una vez que esas circunstancias son valoradas por la autoridad y de que esta es convencida de la incompatibilidad con los títulos otorgados antes, procederá a declarar la revocación. Por ejemplo, si la ciencia descubre que un producto farmacéutico autorizado para su comercialización tiene efectos nocivos para la salud humana, debe producirse la revocación de la autorización de comercialización.
- Un cambio en el derecho objetivo que hace ilegal de modo sobreviniente el estado de cosas antes autorizado. Nos referimos al caso en que, mediante una norma de alcance general, se torna incompatible mantener vigentes derechos anteriores otorgados mediante actos administrativos. Pensemos una ley u ordenanza que declara intangible una reserva natural y que, por ende, es incompatible con el interés público que ellas representan —por ejemplo, los derechos de explotación maderera en esa área, o la declaración de zona rígida de una vía dada mediante una norma, que extingue las licencias de uso de dominio público o de transporte por esa vía—. Se puede discutir si ello es una

7 LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Ob. cit., p. 334.

8 Véase: SOTO KLOSS, Eduardo. «El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés». *Revista de Administración Pública*, número 64, 1971, pp. 53-106.

invalidez sobreviniente del acto, en la medida que el acto ahora deviene en contrario a la norma reciente, pero la mayoría de la doctrina sostiene que el retiro de estos actos debe seguirse por el régimen de la revocación por falta de mérito del acto<sup>9</sup>.

- La imposibilidad sobreviniente de ejercer la actividad habilitada por el acto —cambio de circunstancias a su máxima potencia— también conduce a la revocación de un acto administrativo cuando la actividad habilitada mediante ese acto ya se vuelve imposible de ejercer. Por ejemplo, si se agota los recursos naturales que se autorizaba a aprovechar o se pierde una condición natural para poder ejercer una licencia.
- Un cambio o mutación en la apreciación o valoración por parte de la autoridad sobre el marco jurídico del acto emitido. Se trata del cambio de interpretación que la autoridad le da a determinada norma legal, que antes se entendía que autorizaba una actividad en determinado sentido y que ahora revisa y modifica su posición interpretativa —falta de mérito originario—.
- Un cambio o una mutación en la apreciación o valoración por parte de la autoridad sobre las circunstancias de hecho originales, que le hace convencerse de que mantener el acto es inoportuno o inconveniente al interés público actual<sup>10</sup>. Aquí estamos frente al cambio de apreciación por parte de la autoridad de lo que es conveniente al interés general, como cuando la autoridad considera necesario dar por concluida la afectación en uso de un inmueble de su dominio por considerar que es diminuto el beneficio que recibe por él —falta de mérito originario—.

En cualquiera de esos casos, se aprecia que la ley no deja al arbitrio de la administración ponderar cuándo aparece el interés público que motive una revocación específica, sino que, por el contrario, toma la opción directamente y anticipa que una circunstancia posterior determinada debe ser considerada como justificativa de la revocación. Como veremos más adelante, nuestra ley no ha adoptado todos estos supuestos, sino solo algunos.

9 Véase, al respecto: COMADIRA, Julio Rodolfo. *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2003, pp. 243 y siguientes; MARIENHOFF, Manuel. *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo II, p. 607; y CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Tomo II, pp. 386-387.

10 COMADIRA, Julio Rodolfo. *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. La Ley, 2003, p. 235. En contra de este fundamento para la revocación se manifiestan algunos sectores de la doctrina, por considerar que se trataría de un supuesto de nulidad por defecto en la apreciación de las normas o de los hechos por parte de la autoridad. Véase, por ejemplo, ORTIZ, Eduardo. *Tesis de Derecho administrativo*. Tomo II, p. 401.

### III. LA REVOCACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY 27444

Por primera vez, con la aprobación de la ley 27444, el ordenamiento administrativo nacional consagró normativamente esta intensa potestad de la organización administrativa. Empero, no lo hizo para habilitar su empleo discrecionalmente a todas las autoridades y en cualquier supuesto, sino para reconocerla, disciplinarla, limitarla y sujetarla al Estado de Derecho. Su empleo por las organizaciones administrativas de nivel nacional ha estado prácticamente reservado a procedimientos administrativos sectoriales, pero ha sido muy común —y en su gran parte arbitrariamente aplicada— en los niveles municipales donde las licencias y los permisos de su nivel tienden a ser frecuentemente revisados al actualizar lo que consideran de interés público. Solo después de una década, el INDECOPI ha aprobado un precedente obligatorio contenido en su resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI (expediente 00037-2009-CEB) del 3 de mayo del 2010, publicada el 3 de julio del mismo año en el diario oficial *El Peruano*, mediante la cual pretende desagregar los criterios básicos para la aplicación regular de la revocación por las entidades administrativas.

El escenario natural en el que encontraremos presente la revocación de actos será en decisiones en materia urbanística y de funcionamiento de actividades comerciales, en el otorgamiento de derechos de uso de bienes estatales y en autorizaciones referidas al aprovechamiento de recursos naturales, etcétera.

Nuestro Derecho ha acogido la revocación pero la diferencia del retiro o de la extinción del acto administrativo fundado en su antijuridicidad producida en su formación, para la cual reserva la figura de la nulidad de oficio prevista en el artículo 202 de la ley. De esta manera, nuestro ordenamiento establece importantes diferencias entre la revocación y la nulidad de oficio en tres aspectos: la causal que la justifica, la naturaleza del acto y sus efectos. Como bien afirma Fraga:

[...] a pesar de que tanto la revocación como la anulación producen el efecto de eliminar un acto anterior del mundo jurídico, existe entre ambas instituciones una característica sustancial que las distingue. En efecto mientras que la anulación esta destinada a retirar un acto inválido, o sea, un acto que, desde su origen tiene un vicio de legitimidad, la revocación solo procede respecto de actos validos, es decir, de actos que en su formación dejaron satisfechas todas las exigencias legales. Además, y derivando de esa diferencia, aparecen otras que se refieren a los motivos, a la naturaleza del acto y a sus efectos y que complementan el concepto tanto de la revocación como el de la anulación. Mientras que el motivo de la primera es posterior al acto original y se refiere a consideraciones de oportunidad, o sea a la coincidencia del acto en momentos

429

LA REVOCACIÓN  
DE ACTOS  
ADMINISTRATIVOS,  
INTERÉS PÚBLICO  
Y SEGURIDAD  
JURÍDICAREVOCATION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS, PUBLIC  
INTEREST AND  
LEGAL SECURITY

sucesivos con el interés público, la anulación deriva del vicio original de ilegalidad del acto primitivo. En tanto que el acto de revocación es un acto de naturaleza constitutiva, el de anulación lo es de naturaleza declarativa, y finalmente, y como consecuencia de ese diverso carácter, mientras la revocación, por regla general, solo elimina a partir de ella los efectos del acto revocado, la anulación normalmente los elimina retroactivamente desde la fecha del acto anulado<sup>11</sup>.

El único punto de constante debate es si pertenece al ámbito de la nulidad o al de la revocación el supuesto en que, mediando un cambio normativo ulterior, se afecta de modo sobreviniente el mérito de un acto anterior producido conforme al derecho derogado. Para unos estamos frente a una ilegalidad sobreviniente. Para otros —a los cuales se afilia el derecho peruano—, se trata de un caso de revocación indirecta del acto, como veremos más adelante.

Nuestra norma reserva la revocación a la fuente legal, de modo que solo la norma puede calificar cuando y bajo que reglas existirá la potestad y será posible dejar sin efecto actos administrativos por su falta de mérito. Por tanto, no está reconocida la posibilidad de que la revocación surja en el propio acto administrativo como una cláusula accidental en su objeto, incorporada unilateralmente y de manera complementaria al acto mismo por la autoridad decisoria del expediente. Por ejemplo, si se otorga un título habilitante, pero, en el mismo acto, la autoridad se atribuyera la capacidad de revocarlo en el futuro. Esta cláusula que contiene la previsión o posibilidad de una futura revocación del acto al cual se incorpora —conocida en la doctrina como «reserva de revocación»— no resulta amparada en nuestro sistema porque la ley 27444 opta por tener siempre una base legal específica para su existencia y aplicación. Nada de ilegal tendría, sin embargo, cuando la revocación del acto ya está prevista en el ordenamiento que le disciplina y la autoridad, de manera instrumental, incluye la cláusula de revocación para hacer presente esa naturaleza contingente del título otorgado.

De modo que no será posible que cualquier autoridad incorpore en el propio acto que emite una cláusula en la que expresamente contempla la posibilidad de aplicar la revocación si sucede algún acontecimiento ahí precisado.

Ante la tensión entre estabilidad del acto o adaptabilidad al interés público posterior, el ordenamiento nacional optó por tomar decisiones meditadas para solucionar la eventual controversia entre el efecto del acto administrativo anterior y el interés público sobreviniente. Por eso, el legislador limitó las posibilidades de revocación, y cuando la autoriza, prevé la indemnización como un componente indispensable de la decisión.

11 FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. Tercera edición. México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1944, p. 304.



Para ello, la norma se preocupa en dar tratamiento legal distinto a la revocación de actos administrativos favorables o declarativos de derechos, y a la revocación de actos administrativos que no hayan sido favorables.

En esa orientación, nuestro ordenamiento nos plantea tres reglas esenciales sobre la procedencia de la revocación:

- La revocabilidad motivada de los actos administrativos no favorables o de gravamen.
- La interdicción de revocabilidad de actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos.
- La revocabilidad excepcional de actos favorables: (i) por cambio sobreviniente de las circunstancias externas del acto, y (ii) por calificación expresa en norma legal de la necesidad de revocar actos favorables.

431

LA REVOCACIÓN  
DE ACTOS  
ADMINISTRATIVOS,  
INTERÉS PÚBLICO  
Y SEGURIDAD  
JURÍDICA

REVOCATION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS, PUBLIC  
INTEREST AND  
LEGAL SECURITY

### III.1. La revocabilidad motivada de actos administrativos desfavorables y de los actos de administración interna

Cuando el artículo 203.1 de la ley afirma que los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, está poniendo un límite explícito a la variabilidad de dichos actos administrativos, a fin de privilegiar la seguridad jurídica del titular de ese derecho. Sin embargo, esto no se puede hacer extensivo a los actos administrativos que no son favorables a los administrados, ya que estos son los gravosos o aquellos que de cara al ciudadano son neutros. De ese artículo se puede derivar implícitamente que el legislado permite la revocación de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia de aquellas decisiones que no contienen una declaración o constitución de derechos a favor de algún administrado.

De esta posición es Parada cuando afirma que:

[...] puede afirmarse la existencia de una amplia potestad revocatoria sobre los actos que afectan a la organización administrativa o son perjudiciales o gravosos para los particulares. En estos caso, y supuesto que no esté expresamente prohibida, la revocación no encuentra impedimento alguno y es difícil que ante la falta de legitimación para ello, ya que estos actos revocatorios no causan perjuicio a terceros, pueda intentarse siquiera un recurso jurisdiccional. Nada, pues, más lejos de la realidad en este tipo de actos que el principio de irrevocabilidad o de vinculación de la administración a sus propios actos; por el contrario, puede y debe

revocarlos cuando esa revocación es conveniente a los intereses y fines públicos<sup>12</sup>.

A eso se refiere el profesor Soto Kloss<sup>13</sup>, cuando manifiesta que:

[...] un primer criterio —y el principal— reside en la distinción entre acto creador de derechos y aquel que no posee esta calidad de creación de derechos; ello se explica fácilmente si se tiene en cuenta que la seguridad jurídica de los individuos es o puede ser dañada en la medida en que existen derechos o situaciones jurídicas que son o se ven amenazados por la intervención de decisiones administrativas; allí donde este conflicto no se produce —dado que el acto jurídico no ha dado lugar a derechos o situaciones jurídicas— no hay razones jurídicas para entablar la acción de la administración. El principio de intangibilidad de los efectos jurídicos juega únicamente con las decisiones creadoras de derechos, y en la medida en que estos derechos se hallan incorporados en el patrimonio de los administrados; por ello en la base de toda distinción de criterios se encuentra esta —de acto creador de derechos y aquel que no posee esta calidad— que constituye la categoría diferencial fundamental.

En ese orden de ideas, proceden sin limitación la revocabilidad de los actos administrativos generales, la de los actos de administración interna, la de los actos denegatorios, la de los actos interpretativos, la de los silencios negativos y la de los actos de gravamen. De ahí que la autoridad puede nombrar y dejar sin efecto una comisión para un objetivo específico, o puede delegar y revocar dicha delegación. Puede dictar un acto administrativo general como puede revocarlo de la misma manera, tal como sucede con la revocatoria de una convocatoria a un proceso de selección hasta antes que sea seleccionado el proveedor.

En ningún caso se trata de favorecer ilegalmente al administrado de modo arbitrario, basado exclusivamente en el cambio de criterio subjetivo de las autoridades, o de dar preferencias indebidas al ciudadano. Por ello, estas revocaciones proceden aparejadas de una debida motivación que explicita sus razones<sup>14</sup>.

Un último supuesto comprendido en esta categoría es la revocación de actos de gravamen impuestos a los ciudadanos, como son las sanciones<sup>15</sup>, las servidumbres, las medidas correctivas, las prohibiciones, la imposición de cargas públicas, entre otras.

12 PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I. Parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1989, p. 138.

13 SOTO KLOSS, Eduardo. Ob. cit., p. 58.

14 GARCÍA-TREVIANO GARNICA, E. «Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos y de gravamen». *REDA*, número 91, 1996, p. 421.

15 SANZ RUBIALES, Iñigo. «Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad». *Revista de Administración Pública*, número 148, enero-abril 1999, pp. 359 y siguientes.

433

LA REVOCACIÓN  
DE ACTOS  
ADMINISTRATIVOS,  
INTERÉS PÚBLICO  
Y SEGURIDAD  
JURÍDICAREVOCATION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS, PUBLIC  
INTEREST AND  
LEGAL SECURITY

Para ello, el legislador ha asignado el artículo 203.2.3 para facultar la revocación de estos actos siempre que se satisfaga la exigencia que se funde en la apreciación de «elementos de juicio sobrevinientes», y siempre que con ello «se favorezca legalmente a los destinatarios del acto» así como que, a su turno «no se genere perjuicios a terceros», como podría ser si la revocación en el caso concreto fuese una decisión discriminatoria para algún administrado en la misma situación.

Aquí, la revocación surge como una consecuencia en cualquier tiempo para privar de efecto a actos gravosos, debido a que, con posterioridad, se han identificado elementos de juicio valiosos (cambio de circunstancias) que evidencien que la medida objetivamente ya no tiene mérito. Pero también abre la posibilidad a que la revocación sea admisible si se constata que la sanción fue indebidamente impuesta a través de la evidencia sobreviniente. Lo que no queda claro es si esta revocación sería por inoportunidad, mérito o inconveniencia del acto sancionado, o por descubrirse posteriormente que era ilegal.

### III.2. La interdicción de revocabilidad de actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos

La prohibición para que la autoridad administrativa pueda revocar los actos que han declarado o constituido derechos administrativos se encuentra claramente establecida en el artículo que glosamos a continuación: «203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia».

La regla, en este caso, es la prohibición de extinguir los efectos de los actos administrativos favorables —declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos de ciudadanos—, tales como títulos habilitantes para el ejercicio de actividades privadas como licencias o permisos y además registros o certificaciones, por el solo hecho de que la autoridad los considere inconvenientes, inoportunos o sin mérito actual. La regla se funda en que no se considera adecuada a la seguridad jurídica y a los derechos adquiridos de los administrados la posibilidad de afectar derechos subjetivos creados o ya reconocidos por actos, por el hecho de que la propia administración ya no los considere conformes al interés público a tutelar.

Como se apreciará al revisar el siguiente apartado, la ley identifica supuestos en los que, pese a tratarse de derechos subjetivos declarados, se permite revocarlos aun con oposición del administrado bajo dos supuestos: (i) por cambio sobreviniente de las circunstancias externas del acto, y (ii) por calificación expresa en norma legal de la necesidad de revocar actos favorables. Nótese que aquí la ponderación de intereses es obvia.

Por regla general, se privilegia el interés a la seguridad jurídica y a la confianza legítima por sobre el interés público que es de apreciación por la autoridad, pero hay dos casos en los que la ponderación es a la inversa y permite la afectación al derecho adquirido por dar papel preponderante al interés colectivo.

En el Derecho comparado esta opción legislativa se califica como una posición intermedia. Pero existen otras opciones legislativas —como la seguida por los ordenamientos colombiano<sup>16</sup> y portugués<sup>17</sup>—, los cuales potencian más el interés privado en obtener el mantenimiento de su estatus jurídico y se plantean que la revocación de actos favorables solo sea posible si el afectado presta consentimiento expreso a esta situación. Si esta no se brinda, la revocación se planteará en vía judicial para que sea concedida por el juez.

La Corte Constitucional colombiana ha fundamentado esta exigencia en:

[...] razones de seguridad jurídica y de respeto a los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona, como también la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme, avalan el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración a través de un acto administrativo<sup>18</sup>.

Para equilibrar la situación, el ordenamiento colombiano permite que, ante la renuencia del administrado, la autoridad pueda acudir al Poder Judicial y ahí pretender que se declare la revocación del acto. De este modo, se recarga en la autoridad el costo y gasto de proseguir un procedimiento judicial para revocar su decisión. Respecto de ello, la misma corte ha manifestado que:

[...] Es importante recordar que, tratándose de la revocación de actos administrativos de carácter particular y creadores de derechos, es al ente administrativo, y no al particular, a quien corresponde poner en

16 «Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional [...]».

17 «Artigo 140. – Revogabilidade dos actos válidos. 1. Os actos administrativos que sejam válidos são livremente revogáveis, excepto nos casos seguintes: (i) quando a sua irrevogabilidade resultar de vinculação legal; (ii) quando forem constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos; (iii) quando deles resultem, para a Administração, obrigações legais ou direitos irrenunciáveis. 2. Os actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos são, contudo, revogáveis: (i) na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos seus destinatários; (ii) quando todos os interessados deem a sua concordância à revogação do acto e não se trate de direitos ou interesses indisponíveis [...]».

18 Corte Constitucional, sala segunda de revisión, sentencia T-347 del 3 de agosto de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

movimiento el aparato jurisdiccional demandando su propio acto. De esta manera, al particular se le garantiza que sus derechos se mantendrán inalterables, mientras la jurisdicción, agotadas las formas propias de un juicio, no resuelva en favor o en contra de sus intereses. Dentro de este contexto, si la administración revoca directamente un acto de carácter particular y concreto generador de derechos, sin agotar uno de los requisitos señalados, vulnera los derechos de defensa y debido proceso del particular, derechos que, por mandato del artículo 29 de la Constitución, deben regir en las actuaciones administrativas. Si la administración decide revocar el acto administrativo prescindiendo de la intervención del juez correspondiente, desconoce los principios de seguridad jurídica y legalidad que en este caso obran en favor del particular, quien confía que sus derechos se mantendrán inmodificables, hasta que él acepte que se modifiquen o el juez lo decida<sup>19</sup>.

435

LA REVOCACIÓN  
DE ACTOS  
ADMINISTRATIVOS,  
INTERÉS PÚBLICO  
Y SEGURIDAD  
JURÍDICAREVOCATION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS, PUBLIC  
INTEREST AND  
LEGAL SECURITY

### III.3. La revocabilidad excepcional de actos favorables: (i) por cambio sobreviniente de las circunstancias externas del acto y (ii) por calificación expresa en norma legal de la necesidad de revocar actos favorables

La tercera regla incorporada por nuestra normativa es la calificación especial que se hace a dos circunstancias en las cuales la revocación es procedente a título excepcional, no obstante de afectar derechos individuales o intereses reconocidos antes. En esa línea, la LPAG sostiene en el artículo 203.2 lo siguiente:

#### Artículo 203. – Revocación

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada [...].

Como se aprecia, la norma incluye dos excepciones que permiten a la autoridad revocar actos favorables a los administrados, pese a que son derechos adquiridos y han sido incorporados a su patrimonio. Visto de otro modo, el legislador indica en qué casos el interés público sobreviniente adquiere preeminencia y puede afectar derechos subjetivos legalmente otorgados por la propia administración. En verdad, la

19 Sentencia T-315 del 17 de junio de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.

LPAG aporta solo una de ellas en el numeral 203.2.2, al mencionar la desaparición de las condiciones exigidas para la emisión y permanencia de los efectos favorables declarados o adjudicados, ya que el artículo 203.2.1 solo hace la remisión a que otras normas sectoriales pueden considerar supuestos de revocación legal de actos favorables.

Como ya hemos comentado antes, es usual reconocer esta virtud a la desaparición posterior de las condiciones previstas legalmente para la obtención y para el mantenimiento del acto (título habilitante). Este supuesto está consagrando como motivo revocatorio a la variación de circunstancias con posterioridad a la aprobación del acto favorable, que establece alguna relación de ejercicio continuado. El cambio puede producirse mediante la desaparición de alguna de las condiciones esenciales contenidas en el régimen legal que sirve de base al acto emitido y que es el supuesto incluido expresamente en el inciso, pero no existe inconveniente alguno para, analógicamente, involucrar la aparición de circunstancias nuevas y calificadas por el ordenamiento como eventos incompatibles con los efectos del acto. En este sentido, cualquier variación de circunstancias debe estar acompañada de la apreciación de que ese evento debe haber constituido un factor determinante y a considerarse para la obtención del acto administrativo, así como que ese interés se proyecte a su fase de ejecución, de manera que se convierta en un factor determinante de su mantenimiento en vigor. Creemos que estaría incurso en vicio de desvío de poder si la administración argumenta cualquier mutación colateral o tangencial de alguna circunstancia no determinante del acto previo para producir su revocación.

En principio, podemos considerar que esta variación sobreviniente de circunstancias está ocasionada por eventos externos fuera del control del administrado y de la administración, como, por ejemplo, acaecer escasez del recurso natural respecto del cual se había otorgado derechos de uso o, en otros casos, al cambio de necesidades ciudadanas por atender que hacen necesario destinar recursos inmediatos y revocar la convocatoria a una licitación destinada a adquirir bienes de menor prioridad en la actualidad o, incluso, por la saturación del espectro radioeléctrico.

Algunos de los ejemplos de revocación de actos favorables que son consideradas en normas sectoriales son los siguientes:

- Los derechos del uso de agua son revocables cuando sobrevenga la escasez del recurso declarada formalmente por la autoridad nacional del agua, o cuando problemas de calidad impidan su uso<sup>20</sup>.
- El espectro asignado a los particulares para servicios públicos revierte al Estado y extingue los derechos que se hubiesen

<sup>20</sup> Ley de Recursos Hídricos (29338), artículos 70.4. y 72. 4.

- acordado cuando el espectro devenga en un recurso escaso y exista un uso ineficiente del mismo<sup>21</sup>.
- Las concesiones en áreas naturales protegidas cesan por la modificación negativa de las características naturales, paisajísticas o ambientales del área donde se desarrolla la concesión<sup>22</sup>.
  - Las concesiones, autorizaciones y permisos pesqueros se sujetan a las medidas de ordenamiento que mediante dispositivo legal de carácter general dicta el Ministerio de la Producción sobre la base de evidencias científicas disponibles y de factores socioeconómicos, según el tipo de pesquerías, de los sistemas de ordenamiento pesquero, de las cuotas de captura permisible, de las temporadas y zonas de pesca, de la regulación del esfuerzo pesquero, de los métodos de pesca, de las tallas mínimas de captura y demás normas que requieran la preservación y explotación racional de los recursos hidrobiológicos.
  - Los permisos para ejercer el comercio en la vía pública pueden revocarse según el desarrollo de la actividad en el centro de Lima, con lo que puede declararse zonas rígidas para ese fin<sup>23</sup>. Al respecto, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que la revocabilidad es una de las características esenciales de los permisos de comercio ambulatorio en diversas sentencias. En estos casos, ha manifestado que:
 

[...] De conformidad con los artículos 55.<sup>o</sup> y 56.<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 27972-Ley Orgánica de Municipalidades, estas instituciones tienen competencia y atribuciones para conservar y administrar los bienes de dominio público local, planificar el desarrollo urbano de sus circunscripciones, así como para regular y controlar el comercio ambulatorio. La autorización para el comercio ambulatorio es un acto específico de tolerancia por el que las municipalidades facultan a particulares a realizar un uso especial de los bienes públicos. La características de este tipo de autorizaciones son: acto jurídico unilateral, revocable y puede ser objeto de la aplicación de una tasa [...]»<sup>24</sup>.
  - Los registros sanitarios pueden ser revocados cuando informaciones científicas provenientes de la Organización Mundial de la Salud (OMS) o de autoridades reguladoras de países de alta vigilancia sanitaria o de las acciones de control y vigilancia

21 Texto único ordenado del reglamento general de la Ley de Telecomunicaciones (decreto supremo 020-2007-MTC, artículo 218.1).

22 Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, artículo 152.

23 Reglamento de la administración del centro histórico de Lima, ordenanza 062.

24 Expediente 03893-2009-PA/TC («Asociación de trabajadores artesanales de las cuadra tres y cuatro del jirón José Olaya, Tingo María, Huánuco»). También se tomó esta posición en el expediente 05420-2008-PA/TC de Junín («Asociación de vendedores de artículos diversos repotenciados y otros de la feria dominical de Huancayo»).

sanitaria o de farmacovigilancia que se realicen en el país determinen que el producto es inseguro e ineficaz en su uso en los términos en que fue autorizado su registro<sup>25</sup>.

- Las autorizaciones para prestar servicio de transporte se cancelan, entre otros supuestos, por el cambio de las condiciones de la vía que la hagan incompatible con el servicio público —por ejemplo, saturación de rutas—<sup>26</sup>.

Como se puede apreciar, las circunstancias cambiantes deben ser externas, exógenas o extrínsecas a los efectos del acto o a la conducta del administrado y de la administración. El inciso se refiere al cambio de circunstancias producido por eventos fuera de control de las partes y de manera imprevisible para ellas. No podría la autoridad argüir como cambio de circunstancias la variación en sus propios actos. Del mismo modo, tampoco podría incluirse aquí si el administrado incumple alguno de sus deberes legales derivados de la situación legal conferida, como cuando no realiza la actividad habilitada dentro del plazo dispuesto. Esto no califica como cambio de circunstancias externas, sino como una revocación-sanción o como caducidad, llamada impropia como revocación por incumplimiento del beneficiario.

El segundo supuesto contemplado por este artículo es que el legislador haya autorizado que determinado tipo o clase de acto administrado pueda ser revocado cuando aparezca algún elemento objetivo. Ello se concreta cuando una disposición legal especial de modo expreso autoriza a la autoridad a revocar actos favorables al estar fundado en alguna causa de interés público y sujeto al régimen indemnizatorio previsto en el artículo 203 de la ley. Cabe advertir que esta norma no es una habilitación legal para ejercer la potestad revocatoria por doquier, sino un anuncio de que otras normas posteriores —con rango de ley y no por norma subalterna— reconozcan esta potestad en algún caso en concreto. Por tanto, contravienen esta disposición cualquier reglamento o directiva que pretenda reconocer la atribución revocatoria e incluso la reserva de revocación incluida por la propia autoridad en el mismo acto administrativo.

En cualquiera de los dos supuestos, la revocación tendrá efecto a futuro sobre los derechos subjetivos directamente vinculados con el acto a revocar. Pueden ser derechos que surgen del acto administrativo —por ejemplo, el derecho de uso o concesión de un bien o recurso público sujeto a su cuidado— o derechos cuya realización el acto administrativo habilitaba —derechos reconocidos por licencias, permisos y autorizaciones—. No puede perderse de vista que la revocación también

<sup>25</sup> Ley de los Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios (ley 29459).

<sup>26</sup> Reglamento nacional de administración de transporte, aprobado por el decreto supremo 017-2009-MTC, artículo 49.3.



puede afectar otros derechos o intereses que tienen como presupuesto necesario el mantenimiento de la relación surgida por el acto administrativo revocado.

Para ilustrar esta posición, apreciemos cómo se acoge la revocación de los derechos de uso de áreas acuáticas que otorga la Dirección General de Capitanías para fines de acuicultura, de la instalación de tuberías submarinas, de cables, de artefactos navales y de similares, el reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres (decreto supremo 028-DE/MGP, norma anterior a la LPAG). Dicha norma prescribe que:

[...] Los derechos de uso de áreas acuáticas terminan:

- a) Por vencimiento del plazo de duración,
- b) Por término o imposibilidad del objeto para el que fueron otorgados,
- c) Renuncia del usuario a su derecho, aprobada por la Autoridad Marítima, y
- d) El Estado se reserva el derecho de poner término al derecho de uso que se otorgue de conformidad con el Reglamento, por razones de seguridad, necesidad o interés público, sin derecho a reclamo alguno por parte del usuario [...] (B-010113).

Otro caso análogo es la revocación del acto de afectación en uso a un particular de bienes estatales, basándose únicamente en razones de seguridad o de interés público<sup>27</sup>. En este caso, «el Estado se reserva el derecho de poner término unilateralmente y de pleno derecho a la afectación en uso que otorgue, por razones de seguridad o interés público».

Como se puede apreciar en estos dos últimos ejemplos, la revocación no aparece siempre dada con la exigencia de que se produzca un evento objetivo y externo, pues aún existen supuestos que permiten un margen de apreciación discrecional mayor al funcionario. Estos casos se apegan más claramente al modelo original de la revocación en el que se permite el cambio de decisiones basado en que la autoridad comprende que ha cambiado el interés público, según aprecie la autoridad a cargo.

#### IV. LA ESTRUCTURA OPERATIVA DE LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

La comprensión del funcionamiento de la revocación demanda entender sus elementos fundamentales.

27 «Del derecho de reserva» (artículo 98 del reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobado por decreto supremo 007-2008-VIVIENDA).

#### IV.1. El sujeto activo de la revocación

Cuando la revocación está autorizada, la competencia para ejercerla corresponde a la misma entidad que dictó el acto a revocar, porque se entiende que solo aquella tiene a su cargo la gestión del interés público objeto de su competencia material.

Pero, además, la norma ha pensado que la competencia al interior de la entidad radique en la más alta autoridad de la entidad competente, esto es, en el titular de la entidad. Ello se refleja en el artículo 203.3, cuyo texto indica que «la revocación prevista en este numeral solo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor».

La ley ha querido que la responsabilidad no recaiga en el mismo nivel emisor por las consecuencias que de tal decisión se derivan. Por ello, el órgano que la acuerda será siempre la más alta autoridad de la entidad competente (titular de la entidad), con lo cual se refuerza la idea de que este acto revocatorio por sí mismo agota la vía administrativa.

Aun cuando la LPAG ya aborda esta competencia, otras normas han considerado confirmar que diversos niveles de gobierno poseen esta competencia revocatoria. Es el caso de la Ley Orgánica de Municipalidades, la cual nos recuerda la competencia de las autoridades municipales para revocar licencias de construcción y de funcionamiento: «Artículo 93. – Facultades Especiales De Las Municipalidades. Las municipalidades provinciales y distritales, dentro del ámbito de su jurisdicción, están facultadas para: [...] 7. Revocar licencias urbanísticas de construcción y funcionamiento».

En este caso, resulta evidente que la norma ha querido habilitar a las municipalidades la competencia suficiente para poder revocar licencias urbanistas, de construcción y de funcionamiento para mantener actualizado su mérito y compatibles sus efectos con los del interés colectivo. Sin embargo, al no identificar supuestos objetivos para la procedencia de la revocación, parecería necesario que las causales puedan ser desarrolladas en las ordenanzas especiales que se emitan por cada autoridad edil en concordancia con las leyes nacionales sobre la materia. Aun así, deberá entender que el ejercicio de esta potestad está sujeto a las reglas de procedimiento previo, indemnizabilidad e interdicción de la arbitrariedad.

#### IV.2 Objeto de la revocación

La revocación recae sobre los efectos supérstites de un acto administrativo anteriormente creado, conforme a los requisitos legales y procesales para adquirir legalidad. Lo ordinario es que se extingan los efectos aún

vigentes y futuros del acto, pero también pueden afectarse los efectos de actos ya consumados, mediante el tratamiento establecido en el artículo 205.2.

### IV.3. Los actos involucrados: el acto revocado y el acto revocatorio

En nuestro Derecho, el acto de revocación es un acto administrativo unilateral —no requiere el consentimiento del administrado—, es autónomo —no deriva ni resulta del acto administrativo que revoca—, es discrecional —se funda en una apreciación subjetiva de lo que es conforme al interés público en algún momento, de lo que es oportuno, conveniente o mantiene su mérito—, y es constitutivo —crea una situación nueva en el administrado, incluso su derecho a ser indemnizado—<sup>28</sup>.

El acto revocatorio se configura como un nuevo acto independiente, con individualidad propia, por lo cual debe por sí mismo reunir los elementos esenciales del acto administrativo para su validez. Pertenece a la categoría de actos secundarios o de actos sobre actos —como la ratificación, la reforma, la suspensión, la anulación—, porque versan sobre un objeto ya abordado por un acto administrativo anterior, al cual afecta<sup>29</sup>. Por ello, a diferencia de los actos primarios, no tiene como destinatario único a algún administrado, sino que tiene como destinatario directo a los efectos del acto que retira y que de manera refleja al administrado que era su titular.

Se dice con razón que:

[...] es exacta la afirmación de que el acto de la revocación constituye el desarrollo de una actividad de igual naturaleza que aquella de la que constituye ejercicio el acto a revocar, siempre que dicha afirmación se entienda en el sentido de que la revocación constituye ejercicio de administración activa y no de actividad de control; es también exacta la afirmación según la cual la potestad de revocación va ligada al poder de iniciativa siempre que se entienda esta en el sentido de que haga referencia a la iniciativa sobre la posterior modificación de la relación y no a la iniciativa relativa a la emanación del acto<sup>30</sup>.

En definitiva, el ejercicio de la potestad revocatoria no es más que una nueva aplicación del ejercicio de la potestad de dictar el acto original, poder que no se agota con la emanación de aquel<sup>31</sup>.

28 BALZÁN PÉREZ, Juan Carlos. *La potestad revocatoria de la administración. Colección cuadernos*. Tomo I. Caracas: Editorial Sherwood, 1998, pp. 30 y siguientes.

29 CAETANO, Marcello. *Manuel de Direito administrativo*. Volumen I. Décima edición. Coimbra: Editorial Almedina, 2001, p. 532.

30 ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. Tomo I. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, p. 349.

31 CANDA, Fabián. Ob. cit., pp. 221 y siguientes.

Entre sus elementos adquiere particular realce su motivación. No basta con que la norma autorice a la autoridad a revocar determinado tipo de actos con sus hipótesis respectivas, sino que, además, es necesario que, a través de un fundamento explícito, se expresen las justificaciones necesarias para su adopción, a fin de permitir su control de legalidad posterior.

Finalmente, la regla general es que el acto revocatorio sea explícito en señalar el acto que revoca. Pero la doctrina reconoce la posibilidad de que la administración produzca el efecto revocatorio por medio de un acto administrativo distinto, que implícitamente prive de efectos a un acto anterior por ser incompatible con el primero. Nos encontramos frente al acto revocatorio implícito que también se suele calificar de indirecta. Es el caso del acto administrativo que deniega la recepción de obra realizada conforme a la licencia que se otorgó anteriormente, por considerar que lo autorizado no se adecua al urbanismo actual de la zona.

El acto revocado es un acto administrativo ordinario, normalmente en estado de firmeza administrativa, cuyos efectos externos aún se mantienen en vigencia. Merece especial mención entre los actos susceptibles de revocación, los denominados títulos otorgados a precario. Estos son las licencias, autorizaciones y similares que constituyen «manifestaciones de voluntad de la administración a través de las que declara la concurrencia de las condiciones legales exigibles para ejercitar un derecho que la legislación ya ha configurado con un carácter provisional o inestable sometido a la ausencia dentro interés público relevante»<sup>32</sup>.

No puede tratarse de un acto administrado sujeto a una condición resolutive, porque aquí la cesación de efectos se produce por un elemento estructural y congénito, sin necesidad de un acto revocatorio posterior. Además, son actos que no son susceptibles de revocación por implicar un imposible jurídico: los actos de ejecución instantánea. Al respecto, los actos que producen efectos instantáneos, esto es que no se prolongan en el tiempo, no son susceptibles de revocación, pues respecto de ellos no puede surgir la divergencia sobreviniente con el interés público, ya que si este cambia, el acto ya produjo todos los efectos a los que estaba destinado<sup>33</sup>. Es el caso de una autorización para realizar una demolición, por ejemplo.

En cuanto a los actos afectados de invalidez, estos tampoco pueden ser objeto de revocación. No porque aquellos deban permanecer intactos, sino porque el instrumento legal para extinguirlos es otro y no puede

32 DESDENTADO DAROCA, Eva. *El precario administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999, p. 74.

33 FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. Tercera Edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 1944, p. 311.

desviarse del procedimiento previsto legalmente para ello. Lamentablemente, se ve con frecuencia que cuando las autoridades ven vencido el plazo legal para anular un acto administrativo, indebidamente proceden a dejarlo sin efecto, y arguyen hacerlo a título de revocación y no de anulación, por su ilegalidad. Conforme se establece en la doctrina, «en caso de invalidez, esta prima sobre la revocación. Sucede algo parecido a la diferencia entre invalidez y derogación de normas. Derogar una norma cuando esta es nula, podría constituir un verdadero fraude jurídico. De igual modo, la vía precedente es la de anulación si existe un vicio de invalidez en el acto, y no su revocación. Esta debe quedar para aquellos caso en que únicamente exista [...] razones de inoportunidad que aconsejen no sostener el acto administrativo»<sup>34</sup>.

#### IV.4. El procedimiento revocatorio

El procedimiento revocatorio puede ser iniciado de oficio o a pedido del administrado legitimado por soportar los efectos de un acto no favorable cuando hayan cambiado las circunstancias que lo sustentaban.

El acto revocatorio no se puede dictar de plano, sino que debe estar precedido de las mismas formas y requisitos del acto revocado, en atención al principio del «paralelismo de las formas». Así, deberá contar con las mismas opiniones técnicas que le hubieran precedidos y que sean preceptivas para emitir el acto: la participación de los administrados concernidos en el procedimiento original y ser publicado o notificado a las mismas personas que participaron cuando se instituyó el acto.

Pero, además, debe cumplir con un previo contradictorio en cumplimiento del artículo 161.2 de la LPAG<sup>35</sup>, y otorgar un plazo perentorio no menor de cinco días para que el administrado pueda alegar y demostrar cómo no existe en argüido interés público opuesto a la subsistencia de su derecho, cómo si existe este interés público no conlleva necesariamente a la cesación de su derecho o si existen medidas menos gravosas para su derecho, y, en general, para defender su situación legalmente adquirida. Ello le permitirá, si lo considera de interés, preparar su defensa y eventualmente presentar la demanda contenciosa en búsqueda de mantener la decisión inicial. No solo ello, sino que la medida revocatoria no podría ser de ejecución intempestiva<sup>36</sup> o sin mediar una fase de adecuación y, además, no deberá permitir la adaptación del administrado a la finalidad pública que se pretende lograr ahora.

34 GARCIA TREVIJANO, José A. *Los actos administrativos*. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1986, p. 441.

35 «Artículo 161. – Alegaciones. 161.1 Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver. 161.2 *En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución solo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo*» (las cursivas son nuestras).

36 Véase, por ejemplo, el expediente 01921-2009-PA/TC CALLAO.

Debemos recordar que el artículo 203.3 indica que la revocación procede «previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor».

#### V. LAS DOS MANERAS DE REVOCAR ACTOS ADMINISTRATIVOS: LA REVOCACIÓN DIRECTA Y LA INDIRECTA

La diferencia entre la revocación directa e indirecta es evidente. Un supuesto es la revocación del acto producida mediante la emisión de un nuevo acto administrativo expreso en sentido contrario al acto preexistente y que le suprime los efectos supérstites por razones de interés público. Pero también existe otra revocación que se produce de modo indirecto, constituida por «todos aquellos supuestos en que un acto posterior modifica o desvirtúa, total o parcialmente, otro anterior o bien destruye pura y simplemente el que servía de soporte a este último»<sup>37</sup>.

El precedente de observancia obligatoria aprobado por INDECOPI (numeral III.1.3.) tiene como virtud abordar esta clase de revocaciones para comprenderlas dentro del ámbito tuitivo de la ley 27444<sup>38</sup>. Así, ha quedado establecido que «constituyen revocaciones indirectas el impedimento o restricción del ejercicio de los derechos o intereses conferidos por un acto administrativo, sin que exista un pronunciamiento expreso que desconozca tales prerrogativas. Todas las revocaciones indirectas son ilegales, porque ello implica que la administración no siguió el procedimiento establecido en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444».

De este modo, dicho precedente ha interpretado que también son revocaciones aquellos casos en los que, sin contar con un pronunciamiento expreso —acto administrativo revocatorio—, la autoridad, por actuaciones indirectas restringe, deja sin efecto o priva, total o parcialmente de sus efectos, los derechos e intereses que antes confirió a los mismos administrados.

De modo enumerativo el precedente ha mencionado que constituyen casos de revocaciones indirectas la emisión de una norma posterior que

37 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Ob. cit. Tomo I, p. 661.

38 Esta misma posición había sido adoptada con anterioridad por el Tribunal Constitucional (expediente 007-2006-PI/TC- LIMA, «Asociación de Comerciantes San Ramón y Figarí»). Ahí se expresó que afectaba el debido proceso administrativo la revocación unilateral sin procedimiento previo de revocación administrativa. La parte pertinente de dicha decisión expresa lo siguiente: «Debido Proceso y Revocación Unilateral de Licencias de Funcionamiento». 58. El derecho al debido garantiza (artículo 139º, inciso 3, Constitución) a toda persona que cualquier acto que incida en la esfera subjetiva de sus derechos, debe estar precedido de un procedimiento donde aquélla pueda ejercer de manera plena los derechos que componen el derecho al debido proceso, en particular, el derecho de defensa. En tal sentido, los actos del poder público que inciden en los derechos de la persona y que están desprovistos de un procedimiento previo donde se hayan cumplido aquellas garantías, afectan el derecho al debido proceso. 59». Además, el artículo 4 de la ordenanza 212 establece lo siguiente: «[...] déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas. 60. Esta disposición resulta contraria al derecho al debido proceso. La Municipalidad demandada no puede revocar licencias sin que haya precedido un procedimiento, en cada caso, esto es, con respecto a la situación individual de cada titular de los establecimientos comerciales ubicados en la zona que se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la Ordenanza».

prohíba la actividad de comercio anteriormente autorizada o que impide a los terceros tomar los servicios de un terminal terrestre que había sido autorizado antes a un administrado, o la negativa de otorgar un certificado de compatibilidad de uso para un local que ya contaba con licencia de funcionamiento.

Como podemos apreciar, los dos primeros casos constituyen cambios sobrevinientes al derecho objetivo que virtualmente privan de eficacia a los títulos que el acto administrativo vigente otorga. En un caso, se trata de una prohibición general posterior a la actividad antes autorizada. En el segundo, es una prohibición a la actividad de los terceros distintos al beneficiario del acto, pero que le inutilizan su efectividad al impedir tener un mercado. El tercer caso es el de la negativa de expedir un acto administrativo complementario al anterior, pero que, sin su existencia, se perjudica el interés del ciudadano.

Por nuestra parte, podríamos agregar que también califican como revocación indirecta la obligación de renovar, canjear, o actualizar licencias de vigencia indeterminadas o antes de su vencimiento, y la suspensión indeterminada de un acto administrativo favorable que no se dé con motivo de una impugnación y al amparo de alguna de las causales previstas en el artículo 216 de la LPAG. Nos resulta evidente que tiene virtualmente los mismos efectos la revocación formal de un acto y su suspensión *sine die*, que le impide al administrado continuar disfrutando de la titularidad que el acto le otorgó<sup>39</sup>.

Con la consagración de esta revocación por cambio del derecho objetivo no es que se prive a la autoridad de facultades para regular de diversa manera ciertas actividades y, con ello, de modificar las condiciones para el ejercicio de los derechos e intereses conferidos a los particulares. Sin embargo, lo cuestionable es que para ello no siga el procedimiento y las garantías establecidas en los artículos 203 y 205 de la ley 27444.

No cabe duda que la autoridad puede dictar nuevas normas, ya que se debe adaptar constantemente al interés público, y ello imprime variaciones al derecho objetivo, de modo que, en cualquier momento, puede limitar, restringir o prohibir actividades que hasta ese entonces eran legales, o a la inversa. Es decir, convertir en ilegal lo que antes era compatible con el marco jurídico superado. Por ejemplo, al realizar una modificación al régimen urbanístico de una zona<sup>40</sup>, al aplicar medidas de racionalización a rutas de transporte de servicio público

39 Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana calificó como revocación directa del acto administrativo el caso de las suspensiones unilaterales de pensiones de manera indeterminada, en sus sentencias T-556/97 y T-142/06.

40 Conforme al artículo 14 de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, cuando el cambio de zonificación se funda en un alto nivel de riesgo o afectación a la salud, puede exigirse al titular del negocio notificar la adecuación al cambio de la zonificación en un plazo menor a cinco años.

o a la aprobación de régimen de vedas para la extracción de especies y recurso naturales (no renovables), lo que implica, en gran medida, revocar —en todo o en parte— los títulos habilitantes anteriormente aprobados para esa actividad en la zona.

Lo cierto es que, según la intensidad del interés público comprometido en el cambio normativo, corresponde a la autoridad contemplar diversos escenarios posibles sobre los efectos de los actos anteriores que sobreviven y que sean incompatibles con el nuevo estado de cosas que desea crear. En esta labor no necesariamente se llega a la revocación como única posibilidad, ya que se pueden buscar alternativas menos aflictivas. Por ejemplo, se puede contemplar entre las regulaciones transitorias convenientes: (i) mantener la vigencia de los efectos de los actos anteriores hasta su extinción natural por medio del vencimiento de su plazo o el cumplimiento de su objeto; (ii) mantener la intangibilidad de los efectos de los actos anteriores solo por algún tiempo más<sup>41</sup> o, de modo definitivo, si son efectos consolidados; (iii) puede disponerse la adaptación de los efectos vigentes al nuevo estado de cosas, de ser ello posible jurídicamente; y (iv) en casos extremos, puede disponerse la revocación de los efectos supérstites de esos actos anteriores mediante el procedimiento y las condiciones regulados en los artículos 203 y 205 de la ley.

## VI. LA REVOCACIÓN COMO CONSECUENCIA DE CONDUCTAS DEL ADMINISTRADO

No obstante haber sido silenciadas por las normas generales, el ordenamiento jurídico nacional reconoce la existencia de dos modos de dejar sin efecto actos administrativos favorables, al tomar como justificación la comisión de acciones u omisiones imputables al propio interesado. De este modo, el cese de los efectos del acto se produce como una consecuencia gravosa para el administrado por la comisión dolosa o culposa de conductas lesivas al interés colectivo y al ordenamiento<sup>42</sup>. Por su proximidad de efectos, las legislaciones sectoriales suelen confundirla con la revocación, al denominarla impropia de esa manera.

41 Esta es la opción legislativa seguida para el caso de cambios normativos a parámetros de zonificación respecto a las licencias de funcionamiento ya aprobadas: «Ley marco de licencia de funcionamiento (ley 28976). Artículo 14. – Cambio de zonificación. El cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia de funcionamiento dentro de los primeros cinco (5) años de producido dicho cambio. Únicamente en aquellos casos en los que exista un alto nivel de riesgo o afectación a la salud, la municipalidad, con opinión de la autoridad competente, podrá notificar la adecuación al cambio de la zonificación en un plazo menor».

42 No cabe confundir estas figuras inadecuadamente denominadas «revocación» con los casos en los que la extinción del efecto del acto administrativo se produce como consecuencia de la pérdida de atributos físicos o mentales personales e indispensables para la dación de actos administrativos personales, como sucede con las licencias de conducir o de portar armas. En ambos casos, cuando se comprueba técnicamente que ha sobrevenido en el administrado alguna imposibilidad permanente física o mental para seguir ejerciendo las actividades habilitadas legalmente, resulta necesaria la revocación de las respectivas licencias administrativas.



Hasta donde hemos analizado, la revocación constituye el ejercicio de la potestad administrativa originaria de crear, modificar, interpretar, situaciones jurídicas (administración activa) con fundamento en cambios externos que hacen perder mérito al acto administrativo, por lo que no se produce como consecuencia de practicar acciones de control respecto a la conducta del administrado a afectarse por la privación de los efectos del acto. En esta línea, las figuras que vamos a ver a continuación son reacciones frente a inconductas del administrado, por lo que se verifican y activan como consecuencia de actos de control de la autoridad sobre la actividad privada sin ningún vicio en el mérito del acto. Pero ambas se encuentran fuera del régimen legal común que hemos revisado.

INDECOPI ha advertido esta situación cuando establece que «cuando el cambio de circunstancias que origina la revocación es atribuible al propio administrado, no resulta aplicable el procedimiento de revocación regulado en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444». Y, además, considera que «por el incumplimiento voluntario o negligente de las condiciones exigidas a los particulares para gozar de las prerrogativas conferidas, no le es aplicable los requisitos del procedimiento de revocación establecidos en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444», pues, de lo contrario, sería incentivar conductas negligentes o premiar el incumplimiento de la ley.

Ciertamente aquí el precedente se equivoca de institución jurídica, porque si lo que se produce es una cesación del acto por acción u omisión atribuible al administrado-beneficiario del acto, no estamos frente a una revocación propiamente dicha. No es que a esta situación no le resulte aplicable el procedimiento de revocación de los artículos 203 y 205 de la ley 27444, sino que estamos frente a figuras distintas.

Es correcto afirmar que se llega a esta cancelación del acto por la constatación de haberse producido un incumplimiento voluntario o negligente a la ley por parte del propio administrado beneficiario del acto, pero ello no es revocar el acto.

En ambos casos, la revocación se sigue por su propio régimen y, por ende, no corresponde aplicar la protección que brinda al administrado los artículos 203 y 205 de la ley.

#### VI.1. La revocación por incumplimiento del destinatario del acto (también conocida como caducidad o cancelación)

Concretamente, la doctrina<sup>43</sup> manifiesta la necesidad de diferenciar la revocación-sanción del supuesto híbrido de la «revocación por

43 SANTAMARÍA PASTOR, Juan A. *Principios de Derecho administrativo general*. Tercera edición. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, tomo II, p. 158.

incumplimiento» que produce la pérdida o extinción del acto administrativo favorable cuando el propio administrado, que es su beneficiado, no cumple con algún deber propio del estatus jurídico que ha pretendido y que resulta ser una condición esencial para el mantenimiento de ese estatus legal reconocido. Pese a su natural cercanía, ambas mantienen una diferencia de grado importante.

Estas revocaciones las podemos encontrar en diversos ordenamientos sectoriales, como, por ejemplo, en la Ley de Recursos Hídricos (ley 29338), que califica como causales de revocación de los derechos de agua a la falta de pago de dos cuotas consecutivas de la retribución económica del agua —por uso o por el derecho de vertimiento de las tarifas de agua o de cualquier otra obligación económica con la autoridad nacional—, cuando se destine el agua sin autorización previa de la autoridad nacional a un fin distinto para el cual fue otorgado, o cuando el titular del derecho de uso de agua haya sido sancionado dos veces por infracciones graves, entre otras (artículo 72).

Los campos de aplicación en los que se emplea con más provecho este modo de extinción son las relaciones de fomento, las concesiones de uso de bienes de dominio estatal, las licencias o autorizaciones operativas, las concesiones y licencias de servicios públicos. Dentro de estas relaciones, el legislador nacional considera como incumplimientos esenciales y, por ende, como presupuestos objetivos para esta forma de caducidad en diversos títulos habilitantes de actividades económicas, la no realización de pagos de tasas, de cánones o similares obligatorios a favor de la autoridad, así como también el no someterse a inspecciones periódicas, el hecho de no realizar la actividad autorizada dentro del plazo establecido, o incluso si, habiéndola iniciado, la suspende injustificadamente. Asimismo, la imposibilidad para operar por ausencia de condiciones financieras, técnicas o de infraestructura, desatender las metas de servicio o de la actividad permitida, emplear los títulos habilitantes concedidos para realizar actos contrarios al objetivo autorizado o desnaturalizar su actividad —por ejemplo, si se usa en una finalidad distinta un bien estatal cedido en uso— son consideradas dentro del rubro.

En todos ellos, se trata de actividades intensamente reguladas por la autoridad, de modo que, al obtener el título jurídico-administrativo, el particular queda colocado en una situación definida abstractamente por las normas aplicables y constituye un estatus complejo, entramado de deberes convencionales y legales de interés público.

La revocación del título administrativo habilitante aparece, en consecuencia, como una consecuencia ante el incumplimiento de una carga implícita o expresamente incorporada al acto administrativo favorable. De este modo, en caso de verificarse el incumplimiento grave a

sus obligaciones, sobreviene la consecuencia jurídica de la extinción del acto administrativo por el que se otorgó el título.

Por su parte, entre la revocación por incumplimiento y la revocación-sanción hay diferencias sutiles pero no menos importantes. En la revocación-sanción nos encontramos frente a una pena que tiene como propósito aplicar un menoscabo por la comisión de un acto ilícito, pero la revocación por incumplimiento presupone una relación obligacional recíproca entre la administración y el ciudadano beneficiario por el acto, en la cual existen deberes de actuación a cargo de este último, cuya inejecución conllevan a la extinción del vínculo existente. Por ello, su comisión da la oportunidad a la administración para extinguir el acto, pero su operatividad no es automática porque los ordenamientos sectoriales admiten otras medidas previamente, como la suspensión temporal de los efectos del acto, las admoniciones previas, el otorgamiento de plazos de subsanación, etcétera.

En nuestra opinión, el incumplimiento de estos deberes que operan como condiciones resolutorias dan lugar a la privación de efectos de dicho acto. Pero esta situación, si bien guarda semejanza con la revocación—incluso algunos ordenamientos les denominan igual—por privar de efectos a un acto surgido válidamente por motivos sobrevinientes, también posee algunas importantes diferencias. La más sobresaliente es que mientras en la revocación existe una apreciación de la autoridad sobre si el acto mismo es compatible con las situaciones de interés público posteriores—y de ahí se deriva una manifestación de voluntad de la autoridad—, en esta caducidad de derechos, la decisión de retirar el acto administrativo surge como una reacción legal por constatar alguna actuación irregular a un deber jurídico por parte del beneficiario del acto. Por ello es que, en este caso, resulta impensable aplicar la indemnización que prevé el artículo 205 de la ley, dado que estamos frente a un perjuicio legítimamente aplicado al administrado y que, como tal, debe ser soportado.

En este sentido, coincidimos con Fortes Martín, para quien nos encontramos frente a una figura también diferenciada de la revocación propiamente dicha:

[...] En efecto, si el titular de la licencia incumple alguna o todas de las condiciones dispuestas en ese acto administrativo declarativo de derechos, no hay ni puede haber realmente, a nuestro juicio, un supuesto de revocación, porque aquí no opera única y exclusivamente la voluntad de la administración que, por puras razones de oportunidad o conveniencia, acuerda revocar la licencia para dar satisfacción a la exigencias del interés público. Nada más lejos de la realidad. Más bien ocurre que la decisión de resolver y dejar sin efecto la licencia viene motivada por un comportamiento previo e irregular del titular de la licencia quien,

449

LA REVOCACIÓN  
DE ACTOS  
ADMINISTRATIVOS,  
INTERÉS PÚBLICO  
Y SEGURIDAD  
JURÍDICAREVOCATION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS, PUBLIC  
INTEREST AND  
LEGAL SECURITY

ante la inobservancia del condicionado de su título autorizatorio, activa y desencadena la posterior reacción administrativa [...]»<sup>44</sup>.

En nuestra opinión, esta forma especial de extinción del acto administrativo merece ser diferenciada de la revocación como lo hace, por ejemplo, la doctrina y la legislación argentina, al denominarla propiamente como «caducidad del acto administrativo». Por ejemplo, el maestro Cassagne nos la refiere como un «medio particular de extinción del acto administrativo, distinto de la revocación, a través del cual se sanciona el incumplimiento de una obligación del particular o administrado»<sup>45</sup>. En ese mismo sentido, se manifiesta diferenciando ambas figuras y afirma que «la revocación por inoportunidad se origina en la inexistencia actual de las razones de interés público que justificaron la sanción del acto y que justificarían la subsistencia de sus efectos [...] En modo alguno se vincula con las infracciones o incumplimiento atribuibles al beneficiario del acto extinguido»<sup>46</sup>.

## VI.2. La denominada «sanción de revocación»

En algunos casos, la decisión de revocar un acto administrativo favorable (título habilitante) ha sido calificada por el ordenamiento jurídico como una sanción que responde a la comisión de una infracción tipificada en el ordenamiento por parte del administrado. Así sucede, por ejemplo, en el régimen sancionador de las bolsas de valores frente a CONASEV<sup>47</sup>, en el que la revocación de la autorización de funcionamiento tiene lugar ante la comisión de infracciones graves.

No obstante la imprecisión técnica que supone denominar sanción a los casos de revocación, creemos que, en estos casos, la revocación ha adquirido carácter sancionador y queda regulado por los principios, por el procedimiento y por las garantías aplicables a la actividad sancionadora de la administración. De este modo, le serán aplicables el procedimiento sancionador, los plazos de prescripción, los principios de la potestad sancionadora, entre otros.

44 FORTES MARTIN, Antonio. «Estudio sobre la revocación de los actos administrativos». *Revista de Derecho*, volumen XIX, número 1, julio 2006, pp. 149-177.

45 CASSAGNE, Juan Carlos. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 371. Análoga posición sostienen Marienhoff, Diez, Manuel María, Hutchinson, Tomas, entre otros.

46 SORIA, Daniel Fernando. «La caducidad del acto administrativo». *Acto administrativo y reglamento*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Buenos Aires: 2002, p. 264.

47 Ley del Mercado de Valores (decreto legislativo 861-1996): «Artículo 141. Vigencia y revocación de la autorización. La autorización de funcionamiento de las bolsas es de vigencia indefinida y solo puede ser suspendida o revocada por CONASEV como sanción a falta muy grave en que hubiere incurrido la bolsa, por dejar de observar alguno de los requisitos necesarios para su funcionamiento o por continuada inactividad de esta durante más de quince (15) días, salvo que medie causa justificada a juicio de CONASEV. Asimismo, dicha autorización puede ser revocada a solicitud de la respectiva bolsa».

451

LA REVOCACIÓN  
DE ACTOS  
ADMINISTRATIVOS,  
INTERÉS PÚBLICO  
Y SEGURIDAD  
JURÍDICAREVOCATION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS, PUBLIC  
INTEREST AND  
LEGAL SECURITY

Pero, en verdad, la revocación no debería tener carácter sancionador, al ser más bien un tratamiento particular que el legislador dispensa cuando le hace participar de esta naturaleza. La conexión entre la revocación y las sanciones es común en el Derecho administrativo contemporáneo. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha manifestado (STC 181/1990, del 15 de noviembre) que «la revocación de una licencia constituye una actuación administrativa que en ocasiones tiene una dimensión sancionadora y en otras no». Para poder identificar cuándo la revocación se mantiene en la naturaleza de una revisión del acto administrativo debemos estar atentos a si la extinción del acto es la consecuencia necesaria y lógica del incumplimiento a alguno de los requisitos o deberes establecidos por el ordenamiento, los cuales son libremente aceptados por el administrado para el desarrollo de la actividad pretendida o a si la revocación surge como consecuencia de una transgresión a un deber legal impuesto por la autoridad a los administrados en general.

En concreto, la revocación o suspensión no tendrá carácter sancionador si la revocación se prevé como la medida necesaria por no haberse cumplido con las condiciones establecidas en el ordenamiento para ejercer la actividad y, por ende, se entiende que el administrado ya no puede realizar la actividad autorizada sin peligro para el interés público o porque ya no se dan los requisitos para realizar la actividad. Por el contrario, si se revoca la autorización sin que se pueda afirmar que la continuación de la actividad es contraria al interés público, entonces la revocación o suspensión será una sanción. Por ello es que, si el administrado afectado por la revocación pidiera la autorización tan pronto se haya extinguido su título por incumplimiento de condiciones técnicas, esta se denegaría, pues ya no es compatible con el interés público. Por el contrario, cuando es una sanción, si se pidiera la autorización no habría causa para denegarla.

En esa misma línea, el propio Tribunal Constitucional español (STC del 16 de diciembre del 2004) ha concluido al respecto que:

[...] no todo acto administrativo de contenido o consecuencias desfavorables para los particulares puede considerarse que constituya una sanción, sino que existen otros supuestos distintos de restricción de su esfera jurídica, como es el de la licencia municipal que crea una relación estable y bilateral entre el autorizado y la Administración otorgante, que se otorga sometida al cumplimiento de determinadas condiciones, procediendo a revocarla si no siguen cumpliéndose aquellos requisitos, y el consecuente acto de revocación no tiene la naturaleza de sanción administrativa.

Consideramos que, en puridad, la revocación no corresponde ser tratada como una sanción solo por tener un efecto afflictivo con el administrado.

Se encuentra más próxima a la medida correctiva ante la conducta. Más bien, ante la comisión de un ilícito administrativo por parte de un administrado que posee un título habilitante, correspondería aplicar la clausura o suspensión temporal de actividades que son propiamente eventos punitivos, mas no la revocación que es una declaración de efectos jurídicos únicamente. La inconveniencia de este tratamiento se evidencia más claramente cuando, en la práctica, el interés público no se ve satisfecho con la revocación jurídica de la licencia, sino que demanda otras sanciones propiamente dichas, como la efectiva clausura de operaciones o del negocio. De este modo, se hace necesario aplicar dos o más sanciones por el mismo ilícito para obtener resultados eficientes con afectación al principio del *non bis in idem*.

## VII. LA INDEMNIZACIÓN POR REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES

De suyo, la revocación de actos administrativos favorables tiene materialmente efectos expropiatorios sobre los derechos que habrían sido declarados o constituidos y que han sido incorporados a su patrimonio. Toda licencia o autorización da un valor adicional relevante a la empresa, por lo que su situación económica se puede ver seriamente afectada por la pérdida de esa habilitación oficial para operar. No solo hablamos del perjuicio directo que se le ocasiona, sino lo que implica dejar de obtener a partir de la inversión realizada. Por ello es que los títulos habilitantes que involucran actividades de mayor inversión económica y tecnológica expresamente se han preocupado en diluir cualquier duda sobre su revocabilidad y de disponer la imposibilidad de ser revocadas por apreciaciones sobre su ajuste con el interés público<sup>48</sup>.

Por ello, un elemento clave de justicia en materia de revocación es el reconocimiento del derecho del afectado a obtener de la autoridad alguna compensación económica por este efecto. Claro está que esta necesidad sirve también como una limitante —por el desaliento que genera a la autoridad pública— para adoptar precipitadamente alguna decisión de revocación.

### VII.1. El deber de indemnizar al administrado por el perjuicio económico generado por la revocación

Expresamente, la ley 27444 dice sobre esta garantía «Artículo 205°. – Indemnización por revocación. 205.1. Cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá

<sup>48</sup> Por ejemplo, la Ley General de Minería respecto de la concesión minera establece que: «Artículo 10. – La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia».

contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa».

Esta regla prevé que el propio acto revocatorio debe contemplar «lo conveniente» para efectuar en sede administrativa la indemnización al administrado afectado por la revocación del acto en su favor. No es una cláusula que habilite a realizar cualquier tipo de revocaciones con cargo a disponer la indemnización compensatoria. Solamente es la cláusula de cierre y de limitación para aquellos casos de revocación que el ordenamiento habilita a las autoridades.

Es lugar común en la doctrina reconocer que la revocación por recaer sobre actos regulares —y no viciados—, cuando han generado situaciones concretas e individuales, posee naturaleza materialmente expropiatoria del derecho adjudicado o del interés reconocido por la autoridad mediante el acto que se pretende retirar del mundo jurídico. La norma considera que el sacrificio del interés privado inferido legítimamente por la revocación debe ser convertido en una indemnización económica. Por ello, estamos frente a un típico caso de responsabilidad de la administración por acto lícito, en el que se busca la protección patrimonial del ciudadano ante la revocación del acto estable a través de la compensación del daño económico debidamente acreditado ante la autoridad administrativa.

Conforme al precedente de observancia obligatoria de INDECOPI:

[...] d) En los casos que corresponda otorgar indemnización, esta debe compensar los perjuicios económicos originados hasta la notificación al administrado de la resolución de revocación. Las inversiones efectuadas posteriormente no deben ser contempladas en la resolución de revocación como parte de la indemnización.

e) Cuando se origine perjuicios económicos indemnizables, la resolución de revocación deberá señalar como mínimo la cuantía de la compensación y la autoridad encargada de efectuar el pago. La indemnización se paga de manera integral, en dinero en efectivo y es exigible a partir de la emisión de la resolución de revocación [...]

Comprendemos que el daño resarcible al administrado será el daño directo y el lucro cesante producido hasta la notificación de la resolución de revocación. Ello comprenderá las inversiones realizadas para emprender la actividad habilitada, la expectativa razonable de ingresos esperados y el hecho de que dejara de percibir debido a la revocación.

En nuestra opinión, la exigencia de disponer lo conveniente para alcanzar la compensación económica al afectado es una condición de validez del acto y no solo para su eficacia para revocar. La diferencia no es irrelevante, porque si fuera un requisito de validez, como proponemos,

453

LA REVOCACIÓN  
DE ACTOS  
ADMINISTRATIVOS,  
INTERÉS PÚBLICO  
Y SEGURIDAD  
JURÍDICAREVOCATION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS, PUBLIC  
INTEREST AND  
LEGAL SECURITY

la revocación será inválida si es que no contempla nada efectivo para otorgar esa indemnización al perjudicado. En esa misma línea garantista, consideramos que la autoridad revocante para disponer lo conveniente para efectuar la compensación debe realizar la cuantificación del daño, la previsión presupuestal y, además, sería relevante que el pago mismo sea previo a la ejecución de la revocación<sup>49</sup>. Claro está que esta acción no obsta que el administrado pueda, discrepando de la valorización dispuesta, contradecirla en la vía judicial, o que la propia administración haga lo propio.

No obstante, el precedente de observancia obligatoria de INDECOPI ha considerado que se cumple con las exigencias de este artículo si la resolución de revocación señala como mínimo la cuantía de la compensación y la autoridad encargada de efectuar el pago, con lo que el pago en dinero en efectivo es exigible con posterioridad a la emisión de la resolución de revocación. Con ello se admite que la desapropiación del derecho del administrado se produzca sin alcanzar alguna compensación concreta.

Como se puede apreciar, esta indemnización no es una previsión ante las revocaciones producidas ilegalmente. Ello conduciría a la indemnización por acto ilícito de la autoridad. Por el contrario, esta indemnización es para las revocaciones que se realizan legalmente y siguiendo los dictados del artículo 203 de la ley. Por ello, la indemnización corresponde particularmente cuando la revocación se produzca por la modificación sobreviniente del marco legal, por el cambio de criterio de apreciación por parte de la autoridad sobre el mérito —conveniencia u oportunidad de las mismas circunstancias que originaron el acto—. Al contrario, consideramos que no corresponderá aplicar esta indemnización para casos de la mal denominada revocación-sanción y su similar revocación por incumplimiento del administrado, en el supuesto de revocación de actos a precario, así como si de algún otro modo hubo engaño, fraude o mala fe del administrado en el procedimiento.

## VII.2. Indemnización sustitutiva de la revocación por agotamiento de efectos de actos administrativos

El artículo 205.2 prevé que los actos susceptibles de ser revocados cuyos efectos hayan caducado o agotado a la fecha de la revisión de oficio serán materia de indemnización en sede judicial, la cual será dispuesta cuando su revocación que de firme administrativamente. Similar regla se aplica para el caso de anulación de actos que ya hayan agotado sus efectos.

<sup>49</sup> En similar criterio, véase: CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. cit., p. 392.



La norma es absolutamente necesaria, dado que propiamente la revocación de actos administrativos tiene como presupuesto indispensable que aún produzcan efectos susceptibles de cesar al momento de su retiro. Los actos consumados, esto es, aquellos que han agotado totalmente sus efectos, no son posibles de ser revocados en su eficacia precisamente porque ella ha concluido.

No tiene sentido revocar un acto que haya producido efectos de manera instantánea a su aprobación o cuyo objeto, habiendo tenido efectos durante algún tiempo, se haya cumplido o haya vencido el plazo a que estaban sujetos. Piénsese en el permiso de pesca o de caza indebidamente otorgado o que hubiere cesado la condición bajo el cual fue otorgado, pero cuyo acción habilitada ya se produjo. En ese caso, procederá que la administración pretenda un resarcimiento compensatorio, dado que será inoficiosa la declaración de nulidad o de revocación a esas alturas del proceso.

455

LA REVOCACIÓN  
DE ACTOS  
ADMINISTRATIVOS,  
INTERÉS PÚBLICO  
Y SEGURIDAD  
JURÍDICAREVOCATION OF  
ADMINISTRATIVE  
ACTIONS, PUBLIC  
INTEREST AND  
LEGAL SECURITYRecibido: 11-07-2011  
Aprobado: 22-08-2011



# Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional

Principle of proportionality and administrative sanctions on constitutional case law

JOSÉ ANTONIO TIRADO BARRERA\*

**Resumen:** El presente trabajo tiene por finalidad mostrar una visión panorámica del tratamiento del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

**Palabras clave:** Sanciones administrativas – principio de proporcionalidad – jurisprudencia constitucional – administración pública

**Summary:** This work aims to show a panoramic perspective of proportionality principle treatment in Public Administration performing power to impose sanctions by Constitutional Court case law.

**Key words:** Administrative sanctions – principle of proportionality – constitutional case law – Public Administration

CONTENIDO: I. CUESTIONES PRELIMINARES. – II. UNA MIRADA PANORÁMICA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PROPORCIONALIDAD. – III. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## I. CUESTIONES PRELIMINARES

El presente trabajo tiene por finalidad mostrar una visión panorámica del tratamiento del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>1</sup>.

Qué duda cabe de que el principio de proporcionalidad constituye uno de los criterios orientadores fundamentales del constitucionalismo moderno y cuyo extraordinario desarrollo ha merecido un tratamiento doctrinario especialmente relevante y una acogida jurisprudencial que no ha sido menor<sup>2</sup>.

---

\* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: jtirado@pucp.edu.pe.

1 CRESCI VASSALLO, Giancarlo. «El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo sancionador y la jurisprudencia constitucional». *Gaceta del Tribunal Constitucional*, número 3, julio - septiembre 2006.

2 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales*

En este sentido, constituye un dato muy relevante encontrar en el Derecho administrativo a algunos de los referentes iniciales de lo que modernamente vendría a configurar el contenido del principio de proporcionalidad<sup>3</sup>, y en la potestad sancionadora de la administración a uno de aquellos espacios más importantes para su aplicación práctica en la defensa y protección de los derechos fundamentales.

De este modo, resulta claro advertir cómo el creciente proceso de constitucionalización, la exigencia de la vigencia práctica de los derechos fundamentales y la racionalización en el ejercicio del poder, hacen que el principio de proporcionalidad y el Derecho administrativo se encuentran íntimamente relacionados, pues aquel se constituye como el instrumento técnico más idóneo para asegurar que: «[...] el ejercicio de los derechos fundamentales no puede ser restringido más allá de lo estrictamente necesario para la tutela de los intereses públicos.»<sup>4</sup>.

Ahora bien, desde el punto de vista de su aplicación, el principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador se presenta en dos planos claramente diferenciados. En primer lugar, su aplicación en el plano normativo, y, en segundo lugar, en el plano aplicativo<sup>5</sup>. Esto hace que se requieran distintos grados o intensidades en la utilización de los criterios que componen el juicio de proporcionalidad, de acuerdo al ámbito específico en que deba ser aplicado<sup>6</sup>.

Así, debe tenerse presente que, si bien es cierto, el principio de proporcionalidad puede aplicarse tanto respecto de leyes como de actos administrativos, el juzgador que lo aplique deberá tener presente también las diferencias cualitativas entre estos tipos de actuaciones estatales sujetas a fiscalización jurisdiccional<sup>7</sup>, pues si el juez debe ser deferente respecto

*vinculantes para el legislador*. Segunda edición actualizada. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 873.

3 «El concepto de proporcionalidad nacido en el Derecho Penal, pasa al Derecho de Policía en su etapa de concepción liberal, correspondiente al siglo XIX, que se caracteriza —frente a la concepción absolutista de la policía— por el robustecimiento de la protección de las esferas jurídicas individuales mediante el reconocimiento constitucional de unos derechos que limitan el ejercicio de la potestad policial. En consecuencia, el poder de policía no se presenta ya como un poder general e indeterminado, capaz de instrumentar en su favor cualquier medida interventora escogida por la autoridad, sino por el contrario como un poder limitado por las normas que lo reconocen, por los derechos individuales constitucionalmente garantizados, y en todo caso controlable por los jueces» (LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*. Sevilla: Ediciones del Instituto García Oviedo, 1988, p. 16).

4 *Ibid.*, p. 30.

5 «[...] el principio opera en dos planos: en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que asignen a las infracciones sean proporcionales a éstas; y en el de la aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas» (NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición totalmente revisada. Madrid: Tecnos, 2005, p. 351).

6 Una opinión discrepante respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las sanciones administrativas es la expuesta en: SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 258.

7 «[...] la legalidad material de un acto administrativo se fiscaliza en un primer plano con respecto a la conformidad con las leyes y los principios de derecho; en un segundo plano, en cuanto a la conformidad del acto con la reserva de ley; en un tercer plano, con respecto al ejercicio correcto de la potestad discrecional; y en un cuarto plano, bajo los aspectos de la proporcionalidad. No

de la especial legitimidad democrática del legislador, el control sobre la actuación de la administración puede —y debe— ser mucho más estricto, dado que la administración no puede invocar dicha legitimidad, y porque, además, actúa sometida, precisamente, a los mandatos del legislador democrático<sup>8</sup>.

Ahora bien, antes de avanzar conviene detenernos en una cuestión aparentemente solo terminológica, pero que resulta esencial: ¿hablamos del principio de proporcionalidad o del principio de razonabilidad? Planteamos esta pregunta porque el Tribunal Constitucional ha utilizado dichos términos en forma de sinónimos<sup>9</sup>, y porque la Ley del Procedimiento Administrativo General, aunque se refiere al principio de razonabilidad, lo define —como veremos más adelante— a partir de los elementos configuradores del principio de proporcionalidad<sup>10</sup>. Corresponde,

459

PRINCIPIO DE  
PROPOR-  
CIONALIDAD Y  
SANCIONES  
ADMINISTRATIVAS  
EN LA  
JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL

PRINCIPLE OF  
PROPORTIONALITY  
AND ADMINISTRATIVE  
SANCTIONS ON  
CONSTITUTIONAL  
CASE LAW

obstante, estas aproximaciones similares a la hora de fiscalizar una ley, por un lado, y un acto administrativo, por otro, conviene destacar que en el control de la proporcionalidad de una ley el Tribunal Constitucional alemán respeta siempre el margen de apreciación del legislador, que es, sin excepción, más amplio que aquel de la Administración Pública» (BLANKE, Hermann-Josef. «El principio de proporcionalidad en el Derecho alemán, europeo y latinoamericano». *Revista de Derecho Administrativo*, año 5, número 9, p. 344, Lima.

8 La aplicación del principio de proporcionalidad en el plano normativo como en el plano aplicativo merece una precisión en el caso del Derecho administrativo peruano. Como regla general, la autoridad administrativa solo podrá utilizar el principio de proporcionalidad en aquellos casos en los que se encuentre habilitada legalmente para la emisión de normas reglamentarias o para el caso de decisiones concretas a través de la emisión de un acto administrativo, salvo que se encuentre dentro de los alcances del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional y pueda realizar el denominado control difuso administrativo, en cuya virtud algunos órganos administrativos pueden, expresamente, no aplicar leyes que resulten manifiestamente inconstitucionales. Una opinión en contra de lo sostenido por el Tribunal Constitucional en esta materia ha sido expuesta en nuestro trabajo *El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Grijley, 2008, p. 159.

9 «El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación» (Tribunal Constitucional: expediente 2192-2004-AA/TC).

10 La Ley del Procedimiento Administrativo General (ley 27444) nos dice:

«Título Preliminar.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: [...] 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. [...] Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios esenciales [...] Razonabilidad. Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación: La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido. El perjuicio económico causado. La repetición y/o continuidad en la comisión de la

entonces, preguntarse acerca del contenido de ambos, si es que se trata de conceptos distintos<sup>11</sup>.

Esta cuestión es, como podrá advertirse, una cuestión de gran calado, y que en nuestro medio ha intentado ser resuelta a partir del esfuerzo por determinar el contenido de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad recogidos en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución —aquel que se refiere a los procesos constitucionales en estados de excepción— a partir del criterio de unidad de la esta y de coherencia o concordancia práctica<sup>12</sup>.

Así, se ha señalado que:

Teniendo en cuenta que la razonabilidad implica evaluar una determinada medida desde el punto de vista de su justificación racional, consideramos que debe ser entendida como un paso previo al análisis de proporcionalidad, que consista en verificar que toda medida que limite o restrinja la libertad o los derechos fundamentales, se encuentre justificada en la consecución de un fin legítimo. En tal sentido, la razonabilidad permitiría rechazar todas aquellas medidas que carezcan totalmente de explicación, que sean manifiestamente absurdas o que se justifiquen en la búsqueda de objetivos proscritos por nuestro texto constitucional, de manera explícita o implícita [...] De esta manera, solo una vez superado el tamiz impuesto por este primer principio, sería posible realizar el análisis de proporcionalidad de la medida, evaluación esta última que ya no recaería sobre la medida en sí misma, sino sobre la relación existente entre ésta y el fin que pretende alcanzar, la cual sería efectuada sobre la bases de las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, que integran este segundo parámetro de constitucionalidad.<sup>13</sup>

A pesar de los fundamentos expuestos, consideramos que puede resultar un tanto forzado darle un contenido diferente al principio de razonabilidad respecto del principio de proporcionalidad y, específicamente, respecto del subprincipio de adecuación, que es el primer componente de aquel.

Si bien es cierto que la Constitución habla de la razonabilidad y de la proporcional del acto restrictivo, de ello no se deriva —necesariamente—

---

infracción. Las circunstancias de la comisión de la infracción. El beneficio ilegítimamente obtenido; y La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor».

11 Desde nuestra doctrina también se ha asimilado el concepto de razonabilidad con el de proporcionalidad en el ámbito administrativo. Así, se ha señalado que: «a nuestro entender, compartiendo la posición del Tribunal Constitucional nacional en esta materia, en materia sancionadora administrativa existe similitud entre la proporcionalidad y la razonabilidad, que como principios convergen en enfrentar la arbitrariedad a través de la razón, siendo que la proporcionalidad es la medida de lo razonable de la sanción». (MORÓN URBINA, Juan Carlos. «Los principios de la potestad sancionadora de la administración pública a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia*, año 1. número 7, julio 2006, p. 642).

12 INDACOCHA PREVOST, Ursula. «¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación». En *Thémis. Revista de Derecho*, número 55, p. 99.

13 *Ibid.*, pp. 107-108.

que debamos hablar de principios distintos y que debamos argumentar respecto de la forma en que, siendo distintos, puedan integrarse armónicamente. Ello, básicamente, porque el contenido otorgado a la razonabilidad se integra exactamente en el contenido del subprincipio de adecuación.

Así, mientras que: «la razonabilidad implica evaluar si las restricciones que se imponen a los derechos o a la libertad de los individuos se adecuan a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan como injustificadas o arbitrarias, sino como razonables; esto es, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se quiere alcanzar con ellas»<sup>14</sup>, el subprincipio de adecuación o idoneidad establece que: «[...] toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo [...]», y, a su vez, «el subprincipio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo término, que sea idónea para favorecer su obtención»<sup>15</sup>.

Como puede apreciarse, ambos conceptos comparten como un elemento esencial de su configuración la relación existente entre una decisión con capacidad de incidir en un derecho fundamental y la posibilidad de satisfacer —a través de dicha decisión— las exigencias derivadas de otros derechos o bienes constitucionales<sup>16</sup>. En el caso del principio de proporcionalidad, el juicio de adecuación constituye el criterio más deferente respecto del legislador democrático, en la medida en que bastaría que la acción adoptada sea, al menos, adecuada o potencialmente adecuada para entender que se ha superado el juicio de adecuación y pasar a los siguientes niveles de control sobre su necesidad y sobre su proporcionalidad en sentido estricto.

461

PRINCIPIO DE  
PROPOR-  
CIONALIDAD Y  
SANCIONES  
ADMINISTRATIVAS  
EN LA  
JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL

PRINCIPLE OF  
PROPORTIONALITY  
AND ADMINISTRATIVE  
SANCTIONS ON  
CONSTITUTIONAL  
CASE LAW

14 *Ibíd.*, p. 103.

15 BERNAL PULIDO, Carlos. *Ob. cit.*, p. 689. Por su parte, Laura Clericó señala que el mandato de adecuación técnica —como también se le conoce al subprincipio de adecuación— «[...] exige la implementación de un medio cuyos efectos contribuyan al fomento del fin perseguido. Visto desde la perspectiva de quien aplica el derecho (en principio, el juez, el administrador) se trata de un control posterior a la selección del medio escogido. Así, se examina si el medio escogido es capaz de fomentar el fin buscado. El mandato de adecuación técnica supone una relación de medio-fin: un medio es escogido e implementado para fomentar un fin (o fines) determinado/s. Esta relación medio-fin presenta igual estructura para el que decide como para el que la controla. Lo que difiere es la perspectiva desde la que se la considera. El legislador mira la relación entre el medio y el fin dese el presente hacia el futuro, confía en que el medio escogido fomenta el logro del fin perseguido, toda vez que primero determina el fin, luego prueba los medios en tanto y en cuanto se relacionan con el fin y supuestamente escoge uno entre los que fomentan el fin. Quien controla, en cambio, prueba a posteriori la relación medio-fin. Comprueba en qué medida el fin perseguido, estado de cosas que se buscó provocar a través de la medida estatal, difiere de (o coincide con) el estado de cosas logrado a través de la implementación del medio escogido por el decisor. En este sentido, el examen de la adecuación técnica se refiere a la relación fáctica entre el medio y el fin» (CLERICÓ, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 43).

16 Lo que ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional cuando señala que: «[...] el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación» (Tribunal Constitucional: expediente 045-2004-AI/TC).

Por otro lado, el desarrollo teórico del principio de proporcionalidad nos parece mucho más preciso<sup>17</sup>, y esa precisión está orientada al respeto por la legitimidad democrática del legislador y su amplio margen de apreciación en la configuración de los derechos fundamentales, pues a través de la formulación de los subprincipios que lo integran —así como mediante la fijación de un conjunto particularmente importante de reglas interpretativas— se permite superar largamente las críticas sobre su indeterminación o inconmensurabilidad —críticas ya planteadas, precisamente, en su contra—.

De este modo, pues, consideramos que, al menos preliminarmente, es más consistente con la Constitución hablar del principio de proporcionalidad y subsumir en el subprincipio de adecuación los alcances atribuidos al principio de razonabilidad<sup>18</sup>.

## II. UNA MIRADA PANORÁMICA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PROPORCIONALIDAD

La revisión de las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas debe tener presente, entre otros criterios, el de la consagración normativa de este a través de la Ley del Procedimiento Administrativo General en el año 2001. Así, antes de la vigencia formal de la ley 27444, el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas no tenía, en sentido estricto, un reconocimiento positivo que facilitara a los jueces su aplicación o que permitiera a los operadores administrativos su debida observancia. Ciertamente, tal omisión no debería constituir una excusa para permitir actuaciones desproporcionadas, pero, sin duda alguna, su reconocimiento normativo contribuye enormemente a su debida aplicación.

Así, podemos observar que, en una etapa muy inicial de la andadura de nuestro Tribunal Constitucional, las referencias al principio de proporcionalidad son, apenas, una mera cita de su existencia, sin que se haya preocupado el Tribunal por definir su fundamento normativo

17 Por el contrario, se ha dicho que el principio de razonabilidad: «[...] se utiliza por los jueces —señaladamente por el Tribunal Constitucional— para fundamentar sus decisiones y se emplea por la comunidad jurídica y política para valorar la corrección de las decisiones jurisprudenciales. Sin embargo, el concepto de razonabilidad se erige como un concepto ambiguo. Las razones de esta ambigüedad residen en el hecho de que tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional adscriben múltiples significados a este criterio. De esta manera, no puede hablarse de un significado unívoco y constante del concepto de razonabilidad» (BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 68).

18 Cabe señalar que algunos autores resaltan la sustancial identidad de ambos principios. Se recomienda ver CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno principio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, 2004, pp. 23 y siguientes.



ni establecer, con los límites que correspondan, su contenido de forma clara y precisa.

Un ejemplo de esta conducta, que puede ser calificada como intuicionista<sup>19</sup>, es la forma en que el Tribunal aborda el cuestionamiento realizado contra lo dispuesto en el decreto supremo 017-96-PCM.

En esta norma se establecía la prohibición absoluta de reingreso a la función pública de todo servidor cesado por causal de excedencia en el marco del decreto ley 26093. En una de las primeras oportunidades en que el Tribunal Constitucional se refiere a los límites de la potestad sancionadora de la administración pública<sup>20</sup>, señala que una disposición como la reseñada:

[...] no resulta [...] razonable ni proporcional la sanción tan drástica establecida en el Artículo 5° del Decreto Supremo N° 017-96-PCM que impide al servidor público declarado excedente volver a ingresar a laborar en la Administración Pública, siempre que haya puesto vacante, autorización legal para cubrirlo y haya sido evaluado favorablemente; y siendo además dicha prohibición discriminatoria pues permite un tratamiento diferente frente a aquellos servidores que fueron destituidos y quienes, en cambio, fueron cesados por excedencia, los cuales nunca podrán ingresar a laborar en la Administración Pública, situación incluso más grave que la de aquellos que fueron cesados por haber incurrido en falta grave [...]»<sup>21</sup>.

En este pronunciamiento se puede advertir la mera cita o referencia a la idea de proporcionalidad y la falta de un desarrollo, aunque sea mínimo, de su contenido y fundamento normativo<sup>22</sup>. Años después, y ya vigente la Ley del Procedimiento Administrativo General, el Tribunal volverá a

463

PRINCIPIO DE  
PROPOR-  
CIONALIDAD Y  
SANCIONES  
ADMINISTRATIVAS  
EN LA  
JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL

PRINCIPLE OF  
PROPORTIONALITY  
AND ADMINISTRATIVE  
SANCTIONS ON  
CONSTITUTIONAL  
CASE LAW

19 Es decir, una proposición para comprender el significado de una expresión, que carece de algún fundamento expuesto con claridad y certeza o de uno que haya establecido la forma en que se puede llegar a alcanzar dicha comprensión. Así, se ha dicho que, a través del intuicionismo, los conceptos y proposiciones: «[...] no pueden ser reconocidas por los cinco sentidos, sino por alguna otra facultad. En algunos autores esta otra facultad es algo así como un sexto sentido; en otros, algo así como la capacidad de intelección apriorística; y en otros, una mezcla de ambas [...] Según todas las teorías que se pueden llamar intuicionistas, la tarea del discurso práctico se resolvería mediante evidencias de algún tipo. Mientras estas evidencias sean suficientes, no queda ningún campo para los argumentos» (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Prólogo de Manuel Atienza. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 71-72).

20 En sentido estricto, no estamos ante un supuesto de análisis de la potestad sancionadora de la administración en tanto que la prohibición de reingreso a la función pública aparece desligada de una conducta infractora calificada previamente como tal. Sin embargo, el Tribunal hace una analogía respecto de los supuestos de sanciones disciplinarias previstas en el reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Pública, y porque, en la práctica, los decretos leyes que establecieron los procedimientos de cese de personal por razón de excedencia constituían sanciones originadas por no acogerse al «retiro voluntario» por incentivos, programa estatal llevado a cabo a partir del año 1992.

21 Tribunal Constitucional: expediente 865-1996-AA/TC.

22 En el mismo sentido, la sentencia recaía en el expediente 903-2003-AA/TC, en donde afirma el carácter desproporcionado de una multa administrativa sin realizar ningún tipo de evaluación o juicio.

referirse nominalmente al principio de proporcionalidad —y también al de razonabilidad— sin mayores desarrollos<sup>23</sup>.

Recién en el año 2004 podremos encontrar una referencia específica y un desarrollo propio acerca del principio de razonabilidad y de proporcionalidad respecto del ejercicio de las potestades discrecionales de la administración<sup>24</sup>. Ahora bien, en esa oportunidad el Tribunal afirmó que: «[...] más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental)»<sup>25</sup>. Con ello daba a entender la inexistencia de un contenido propio del concepto de proporcionalidad distinto al de razonabilidad, y pretendía definirlo señalando que: «[...] exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de su causa, o previsible a partir de ella»<sup>26</sup>.

Esta sorprendente formulación teórica acerca del contenido del principio de proporcionalidad, sin embargo, será rápidamente superada y dejada de lado, dado que el Tribunal Constitucional acogería una postura mucho más ortodoxa y menos innovadora, como veremos más adelante<sup>27</sup>.

Si seguimos avanzando en el esfuerzo por determinar un contenido propio para el principio de proporcionalidad en el ámbito de las sanciones administrativas, nos encontraremos con que el Tribunal Constitucional establece sus alcances a través de una estrategia que empieza disminuyendo la relevancia de las diferencias entre razonabilidad y proporcionalidad, por un lado, y determinando su fundamento normativo tanto en la cláusula del Estado social y democrático de derecho como en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución,

23 «La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, está condicionada, en cuanto a su propia validez, a que se respete la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse que la Administración, en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios, está obligada ineludiblemente al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, a los derechos fundamentales procesales y los principios constitucionales, como los de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y defensa, entre otros, que lo conforman» (Tribunal Constitucional: expediente 1199-2003-AA/TC).

24 En la medida en que las sanciones administrativas contemplan el ejercicio de potestades discrecionales, al menos en lo que respecta a la determinación de la sanción aplicable —pues suele ser habitual que la sanción contemple un rango entre un mínimo y un máximo posible que deberá ser fijado en función a los criterios atenuantes o agravantes que la ley determine—, resultará de aplicación la doctrina constitucional sobre el ejercicio de potestades discrecionales. Véase: TORNOS, Joaquín. «Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa». *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 7, 1975. pp. 607–624, Madrid.

25 Tribunal Constitucional: expediente 090-2004-AA/TC.

26 Tribunal Constitucional: expediente 090-2004-AA/TC.

27 Tribunal Constitucional: expediente 045-2004-AI/TC.

por el otro<sup>28</sup>. Inmediatamente después, el Tribunal señaló que aunque ha utilizado el principio de proporcionalidad en diversas oportunidades —y con finalidades diversas— no lo había hecho respecto del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración<sup>29</sup>, para luego plantear la aplicación —en dicho ámbito— del principio de proporcionalidad, el cual es formulado inicialmente según su expresión clásica —nos referimos al triple juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto—.

Ahora bien, al momento de aplicar este principio, el Tribunal señaló una matización en la forma de su aplicación específica en el caso del control de las sanciones administrativas, debido a la necesaria atención que la ley aplicable exige de los antecedentes personales del supuesto infractor. Se señala sobre el tribunal que:

[...] esto implica un claro mandato a la administración [...] para que, en el momento de establecer una sanción administrativa, no se limite a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de normas, sino que, además, efectúe una apreciación razonable de los hechos en relación con quien los hubiese cometido; es decir, que no se trata solo de contemplar los hechos en abstracto, sino «en cada caso» [...] Por tanto, una decisión razonable en estos casos supone, cuando menos: a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto. b) La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no solo una contemplación en «abstracto» de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así, un «hecho» resultará menos o más tolerable [...] c) Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la

28 «Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida en que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación» (Tribunal Constitucional: expediente 2192-2004-AA/TC).

29 «El principio de proporcionalidad ha sido invocado en más de una ocasión por este Tribunal, ya sea para establecer la legitimidad de los fines de actuación del legislador en relación con los objetivos propuestos por una determinada norma cuya constitucionalidad se impugna [...] ya sea para establecer la idoneidad y necesidad de medidas implementadas por el Poder Ejecutivo a través de un Decreto de Urgencia [...] o también con ocasión de la restricción de derechos fundamentales en el marco del proceso penal [...] No obstante, este Colegiado no ha tenido ocasión de desarrollar este principio aplicándolo al control de la potestad sancionadora de la Administración, ámbito donde precisamente surgió, como control de las potestades discrecionales de la Administración» (Tribunal Constitucional: expediente 2192-2004-AA/TC).

medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso<sup>30</sup>.

Como puede apreciarse en la sentencia, el Tribunal Constitucional afirma, en primer lugar, la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad para el control de las sanciones administrativas. En segundo lugar, define el principio de proporcionalidad según su fórmula tradicional de un triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En tercer lugar, matiza el contenido anterior afirmando —o, mejor dicho, reconstruyendo— el principio de proporcionalidad para su aplicación en el campo específico de las sanciones administrativas en la forma citada anteriormente. Esta fórmula será repetida por el Tribunal en otras oportunidades<sup>31</sup>.

A nuestro entender, esta reconstrucción del principio de proporcionalidad para ser aplicado específicamente en el ámbito de las sanciones administrativas resulta, por un lado, innecesaria y, por otro, confusa e imprecisa. Resulta innecesaria porque el desarrollo teórico del principio de proporcionalidad es ya lo suficientemente sólido para acoger el principio sin la necesidad de introducir modificaciones o adaptaciones mayores en su contenido<sup>32</sup>. Y resulta confusa e imprecisa porque plantea como criterio interpretativo la realización de un juicio que contenga, como mínimo, tres criterios —que, por cierto, parece recoger los mismos que los tradicionalmente utilizados en el juicio de proporcionalidad—, pero otorgándoles un contenido distinto. Por ejemplo, se refiere a la «elección adecuada» de la norma aplicable, criterio que, ciertamente, constituye un presupuesto lógico de toda tarea interpretativa. En segundo lugar, se refiere a la necesidad de la comprensión objetiva y razonable de los hechos del caso concreto en directa relación con sus protagonistas, todo lo cual es consistente con el concepto de ponderación. Finalmente, plantea como tercer criterio el de la idoneidad de la medida adoptada y su menor afectación posible a derechos fundamentales, con lo que se altera el esquema del principio de proporcionalidad, pues se analiza primero la necesidad de la medida antes que su idoneidad respecto de los fines pretendidos con ella.

Todo lo anterior nos plantea, pues, un esquema interpretativo en el que se busca utilizar los mismos criterios recogidos habitualmente en el principio de proporcionalidad, pero con un contenido distinto, en un orden lógico diferente y planteando, además, que estos criterios son

30 Tribunal Constitucional: expediente 2192-2004-AA/TC.

31 Ver el expediente 3567-2005-AA/TC.

32 Cosa que, por otra parte, ha hecho el propio Tribunal Constitucional al aplicar el principio de proporcionalidad en otras materias, como es el caso de la igualdad de trato. Al respecto, consultar BERNAL PULIDO, Carlos. «La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 045-2004-PI/TC». En Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro (coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el Derecho comparado*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 321 y siguientes.

un listado mínimo a los cuales se podrían añadir otros que no han sido especificados.

A pesar de la pretendida intención ejemplificadora que puede advertirse de esta sentencia, el Tribunal Constitucional dejará de lado los criterios señalados y volverá a un esquema más ortodoxo y sin mayores precisiones respecto de su aplicación en el ámbito de la potestad sancionadora de la administración pública<sup>33</sup>.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN

De la revisión jurisprudencial que hemos realizado, se puede apreciar que el Tribunal Constitucional ha tenido múltiples oportunidades en las que se ha referido al problema de la proporcionalidad de las sanciones administrativas. En el análisis de los casos estudiados, se puede apreciar que, luego de algunas dudas respecto de la autonomía de los conceptos razonabilidad y proporcionalidad, el tribunal se ha decantado —correctamente, en nuestra opinión— por mantenerse dentro de los alcances del principio de proporcionalidad. Es de destacar, sin embargo, que hubo un momento en que se pretendió establecer un esquema particular de aplicación del principio de proporcionalidad para el caso del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública pero que, debido a la falta de rigor y coherencia de su formulación, el tribunal rápidamente regresó a una versión mucho más estricta y tradicional —si cabe la expresión— del principio de proporcionalidad, sin que —a la fecha— nuestro supremo intérprete de la Constitución haya construido un esquema interpretativo particular sobre los alcances del principio de proporcionalidad cuando este es utilizado para el control de la potestad sancionadora de la administración pública, tarea que queda pendiente tanto para nuestro Tribunal Constitucional como para nuestra doctrina.

Recibido: 06-07-11  
Aprobado: 15-08-11

33 «La potestad sancionadora administrativa se orienta bajo los siguientes principios: legalidad, tipicidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, causalidad, proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el artículo 200° de la Constitución Política (último párrafo) y supone proporción entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. Debe existir una correlación entre la infracción cometida y la sanción a aplicar. Se deberá entonces determinar en cada caso concreto si hubo una excesiva afectación de los derechos fundamentales [...] Este principio está estructurado a su vez por tres subprincipios: a) Idoneidad: Toda medida que implique una intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente válido; b) Necesidad: No debe existir otro medio alternativo que, por lo menos, muestre la misma idoneidad para la consecución del fin propuesto y que sea benigno con el derecho afectado, y, c) Proporcionalidad: el grado de intensidad en el que se realice el objetivo de la medida dictada debe ser equivalente al grado de intensidad en el que se afecte el derecho fundamental» (Tribunal Constitucional: expediente 1767-2007-AA/TC. En el mismo sentido, puede verse la sentencia recaída en el expediente 3951-2007-AA/TC).



# Fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho argentino

Legal basis of public non contractual liability  
on Argentinean Law

CARLOS BOTASSI\*

**Resumen:** En la República Argentina, el dogma de la irresponsabilidad extracontractual del Estado recién fue abandonado en 1933, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso «Tomás Devoto y Cía.».

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del referido Tribunal fundamentaron la obligación oficial de reparar los daños causados con su actividad lícita o ilícita, en las teorías sobre el deber de reparar los daños causados por los dependientes, la deficiente prestación de los servicios públicos y la expropiación.

Existe actualmente un gran desarrollo de la responsabilidad estatal, aunque, debido a las leyes de emergencia y consolidación de deudas, una vez obtenida una sentencia de condena contra el Fisco, cabe hacer efectiva la solución del grave problema.

**Palabras clave:** Estado – Argentina – responsabilidad extracontractual

**Abstract:** In Argentine the dogma of public non-contractual lack of responsibility (liability) was just abandoned in 1933 when the Supreme Court of Justice issued a decision in «Tomás Devoto y Cía.» case.

Both doctrine and case law from referred Court established the official obligation to repair damages caused by public licit or illicit activity; this obligation is based on theories about duty to repair damages caused by employees, poor public services and/or expropriation.

Today there is a great development of public responsibility, although, due to emergency laws and debt consolidation, after obtaining conviction against public treasury, it is necessary to address the serious problem of executing the sentence.

**Key words:** State – Argentina – non contractual liability

---

\* Es abogado y doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, además de director de la carrera de postgrado de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Asimismo, es presidente de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo y vicepresidente de la Asociación Italo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo. Correo electrónico: carlosbotassi@speedy.com.ar.

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.- I. DOCTRINA.- I.1. DERECHO CIVIL.- I.2. TEORÍAS PROPIAS DEL DERECHO PÚBLICO.- I.2.1. FALTA DE SERVICIO.- I.2.2. TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.- I.2.3. TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.- I.2.4. TEORÍA DE LA IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS.- I.2.5. TEORÍA DE LA EXPROPIACIÓN.- I.2.6. TEORÍA DEL ASEGURAMIENTO GENERAL.- II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.- II.1. RESPONSABILIDAD POR LOS HECHOS DE LOS DEPENDIENTES (INDIRECTA Y SUBJETIVA).- II.1.1. S. A. TOMÁS DEVOTO Y CÍA. C/ GOBIERNO NACIONAL (22 DE SEPTIEMBRE DE 1933, FALLOS T. 169 P. 111).- II.1.2. SERU, LILIANA C/ PROV. DE BUENOS AIRES (28 DE JULIO DE 1978, FALLOS T. 300 P. 867).- II.2. RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO IRREGULAR DE FUNCIONES PÚBLICAS O «FALTA DE SERVICIO» (DIRECTA Y OBJETIVA).- II.2.1. FERROCARRIL OESTE DE BUENOS AIRES C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (3 DE OCTUBRE DE 1938, FALLOS T. 182 P. 5).- II.2.2. VADELL, JORGE F. C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (18 DE DICIEMBRE DE 1984, FALLOS T. 306 P. 2030).- II.2.3. TARNOPOLSKY, DANIEL C/ ESTADO NACIONAL (31 DE AGOSTO DE 1999, FALLOS T. 322 P. 1888).- II.2.4. IZAU-RRALDE, ROQUE R. C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (31 DE AGOSTO DE 1999, FALLOS T. 322 P. 2002).- II.2.5. BEA, HÉCTOR Y OTRO C/ ESTADO NACIONAL (31 DE AGOSTO DE 2010, JURISPRUDENCIA ARGENTINA, 2011-I-323).- II.3. RESPONSABILIDAD POR APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA EXPROPIACIÓN.- II.3.1. CANTÓN, MARIO C/ GOBIERNO NACIONAL (15 DE MAYO DE 1979 FALLOS T. 301, P. 403).- II.3.2. MOTOR ONCE S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (9 DE MAYO DE 1989).- III. CONCLUSIONES.

## INTRODUCCIÓN

No existe en la República Argentina una ley de responsabilidad del Estado de la cual extraer sus fundamentos. Tampoco la Constitución Federal hace expresa referencia a la cuestión y a las constituciones provinciales que consagran esa responsabilidad: o no explican las razones de esta<sup>1</sup>, o hacen alusión a la negligencia con que se condujo el agente causante del daño<sup>2</sup>, o refieren la ilicitud de su conducta<sup>3</sup>. Debido a esta orfandad normativa, la construcción dogmática justificativa de la responsabilidad extracontractual del Estado ha sido asumida con rigor y éxito por la doctrina y la jurisprudencia.

Al igual que lo acontecido en materia de responsabilidad civil del Derecho privado—donde la situación de la víctima se ha visto mejorada

1 Constitución de Río Negro (1988), artículo 55: «La Provincia y los municipios son responsables por sí y por los actos de sus agentes realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones».

2 Véase, por ejemplo, la Constitución del Chaco (1957, ref. 1994), artículo 72: «La Provincia y sus agentes son responsables del daño que éstos causaren a terceros por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones». Asimismo, véase la Constitución de La Rioja (1998), artículo 48: «La Provincia es solidariamente responsable con sus agentes cuando estos causaren daños a terceros por mal desempeño de sus funciones».

3 Es el caso de la Constitución de Santa Fe (1962), artículo 18: «En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen».



al introducirse mecanismos de responsabilidad sin culpa y de técnicas de inversión de la carga de la prueba— en nuestra materia, el camino recorrido ha sido en el sentido de ensanchar la responsabilidad estatal. Como contrapartida, el constante déficit del presupuesto, el cíclico *default* y la sucesión infinita de leyes de emergencia, convierten a la ejecución de la sentencia de condena en una «tarea de titanes»<sup>4</sup>.

El soporte jurídico de la obligación de indemnizar no solo no ha sido el mismo a través de los años, sino que ha sufrido mutaciones muy significativas. Esta es la razón por la cual la identificación y el análisis de las reglas y los principios —que invocan los abogados en sus escritos y citan los jueces en sus sentencias— imponen un enfoque axiológico que reconoce como injusta la no reparación de los perjuicios, pero no desdeña los avatares históricos y las particularidades de una casuística infinita.

Conviene recordar que en Argentina la responsabilidad contractual del Estado siempre fue admitida. Las razones fueron de índole jurídica y práctica. En el primer sentido cabe recordar que existen disposiciones —en el Código Civil y en las leyes específicas— que regulan las contrataciones públicas y que imponen el deber de cumplir los acuerdos como a la ley misma. Por otra parte, de no existir el deber de reparar las consecuencias dañosas del incumplimiento nadie hubiera contratado con el Estado, con lo que se hubieran generado complicaciones insalvables en el desempeño de sus funciones.

La negación inicial de la responsabilidad estatal quedó relegada al ámbito extracontractual prolongándose hasta la tercera década del siglo XX.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se instaló definitivamente en 1863, ya que el proceso de organización nacional recién quedó consolidado en 1860<sup>5</sup>. Al poco tiempo, exactamente el 29 de septiembre de 1864, el Alto Tribunal dictó sentencia en la causa Seste, Vicente y Seguich, Antonio c/ Gobierno Nacional<sup>6</sup>, en la cual los accionantes solicitaban el pago de una indemnización por haber sido retenidos por un mayor tiempo del debido en el servicio militar. La demanda fue rechazada de manera rotunda, con lo que se negaba enfáticamente que un Estado donde impera la soberanía pueda ser condenado a indemnizar los daños ocasionados por sus autoridades. En el fondo se trasladaba a la autoridad de origen popular la infalibilidad pregonada en la Edad Media respecto del monarca. «La máxima que el Rey no puede causar el mal,

4 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo*. Novena edición. Tomo II. Buenos Aires: FDA, 2009, p. 7-10.

5 Antes de ello, el 29 de septiembre de 1859, cuando el Estado de Buenos Aires era soberano y todavía no se había sumado a la Confederación, esta sancionó la Ley 224, cuyo único artículo operativo dispuso: «La Confederación Argentina desde la instalación de su gobierno constitucional no reconoce derecho a indemnización a favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país». No tenemos noticia de la existencia de sentencia alguna dictada con invocación de esta norma.

6 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante «fallos»), t. 1 p. 317.

significa que el Rey es perfecto e infalible como el mismo Dios que lo designa, colocándose fuera del ordenamiento jurídico vigente, y resulta adoptada para justificar todos sus actos, porque aquello que el Rey hace, en su perfección, se presume siempre justo y necesario»<sup>7</sup>.

Si bien la irresponsabilidad era la regla general, no faltaron excepciones. Relata Bullrich<sup>8</sup> que existe un caso del año 1910 en el cual la corte admitió la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional. Se trató de un accidente fatal sufrido por un operario de la aduana, a causa de la rotura de una cuerda que liberó un fardo que lo golpeó. El tribunal aplicó una norma que resolvía expresamente la cuestión al disponer que «en todos los casos de servicios de la grúa, las lingadas serán hechas por los interesados, y cualquier rotura o accidente que por tal causa se produjera, será de cuenta de los mismos», según el artículo 10 de la ley 4932<sup>9</sup>.

Excepto ese caso aislado, la doctrina de la Corte Nacional fue contraria al reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado hasta el año 1933, cuando —como veremos— el Alto Tribunal sentenció la causa «Tomás Devoto y Cía.». Originariamente, la corte había adoptado la tesis anglosajona de la infalibilidad del soberano, a la que reemplazó a partir del 1 de enero de 1871 —cuando entró en vigencia el Código Civil— por el principio consagradorio de la imposibilidad de atribuir a las personas jurídicas las consecuencias de la conducta de sus funcionarios. El sustento de ese dogma fue el artículo 43 de dicho código, en tanto dispuso que «no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas»<sup>10</sup>.

## I. DOCTRINA

Con la tesis de la irresponsabilidad del Estado en franca retirada recién comenzado el siglo XX, las obras generales de Derecho administrativo —y, en mayor medida, claro está, los trabajos específicos sobre la materia— se esforzaron en hallar los fundamentos de la obligación oficial de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por una autoridad pública cada vez más presente en la vida de los ciudadanos y —por añadidura— cada vez más proclive a afectar sus patrimonios.

7 RIZZO, Giambattista. *La responsabilità regia e le deposizioni dei re inglesi*. Milán: Giuffrè, 1939, p. 164.

8 BULLRICH, Rodolfo. *La responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1920, p. 205. Esta obra es la primera íntegramente dedicada a la responsabilidad del Estado que se publicó en la Argentina (mayo de 1920). Su autor asumió como profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata unos meses más tarde, en septiembre de 1920.

9 Causa «Manuela M. de Monteagudo c/ Estado Nacional», abril de 1910.

10 El texto del artículo 43 del C.C. fue reemplazado en el año 1971 por la norma opuesta y hoy reza: «Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones».

Los abordajes fueron diversos. Algunos autores clasificaron los fundamentos según la rama del Derecho de la cual provinieran, otros cargaron las tintas sobre la manera indirecta o directa con que se generaba la obligación de indemnizar, pero la mayoría realizó un inventario de los principios generales del Derecho que aportaban su sustento para terminar con la regla de la irresponsabilidad que chocaba con el más elemental sentido de justicia.

### 1.1. Derecho civil

El Derecho de daños en general, común a todas las ramas del Derecho, reconoce su origen en el Derecho romano (siglo I a. C.), imputándose las consecuencias dañosas del mal desempeño de las autoridades en forma personal al funcionario y nunca al *populus romanus* o al *municipes*. Este reconocimiento de la responsabilidad del *magistrato* fue fundamental en la evolución hacia una responsabilidad de Derecho público, porque hizo que modernamente se fundara la responsabilidad estatal debido a la condición de dependiente del funcionario o empleado (responsabilidad indirecta), o a su condición de órgano del Estado (responsabilidad directa)<sup>11</sup>. Todavía hoy, en muchos países, se alude a la «responsabilidad civil del Estado» o a la «responsabilidad civil de la administración pública».

En Argentina, superado el dogma de la irresponsabilidad del Estado, los primeros fundamentos descriptos por los autores fueron extraídos de las reglas y principios del Derecho civil. El código de la materia, vigente a partir del 1 de enero de 1871, contiene un afiatado sistema de derecho de daños<sup>12</sup> que, *mutatis mutandi*, se consideró aplicable en materia de responsabilidad de las personas jurídicas públicas. Especialmente, su artículo 1112 —por entonces interpretado como referido a la responsabilidad personal del funcionario— y su artículo 1113 —que consagra la responsabilidad por la conducta de los dependientes—. Este último reconocía como fuente al artículo 1384 del Código Napoleón, cuyos primeros comentaristas (Marcadé, Demolombe, Aubry y Rau) lo consideraron aplicable al Estado<sup>13</sup>.

Algunos autores señalan que en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado no existe una diferencia absoluta entre el Derecho público y el Derecho privado, con lo que se consideran

11 TRISCIUOGGIO, Andrea. «Le radici romanistiche della responsabilità: aspetti della responsabilità civile e amministrativa del magistrato nell' esperienza romana». En VV.AA. *Responsabilità civile e amministrazione: uno studio comparato*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2011.

12 Libro segundo: «De los derechos personales en las relaciones civiles»; sección segunda: «De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones»; títulos VIII («De los actos ilícitos») y IX («De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos»).

13 REIRIZ, María Graciela. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: EUDEBA, 1969, p. 19.

plenamente aplicable a nuestra materia las disposiciones del Código Civil sobre el Derecho de daños<sup>14</sup>. Por nuestra parte, nos adherimos a las ideas de Fiorini, para quien las teorías civilistas que basan la responsabilidad en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* resultan inaplicables al Estado, de manera que lo mencionado convierte en una ficción absurda, al no ser posible vigilar a agentes que ni siquiera están dentro de sus fronteras —como los diplomáticos destacados en el exterior— y debido a que, en ocasiones, la elección del empleado que ocasiona el daño se produce después de un riguroso concurso. Debido a ello, «los principios y las instituciones civiles no pueden servir para la comprensión del problema de la responsabilidad estatal», con lo que debe orientarse la cuestión hacia el análisis de la conducta de órganos y no de los agentes<sup>15</sup>.

Demostrando su peculiaridad, alejada del Derecho de daños propio de las relaciones entre particulares, el proyecto de Código Civil de 1998 contiene una norma específica de Derecho público, consagratoria de un sistema de responsabilidad objetiva, por falta de servicio: «Con los alcances del artículo anterior<sup>16</sup>, el Estado responde de los daños causados por el ejercicio irregular de la actividad de sus funcionarios o empleados, mediante acciones u omisiones, sin que sea necesario identificar al autor», dicta el artículo 1675.

Pareciera que el tránsito desde el dogma de la irresponsabilidad hasta llegar a la responsabilidad plena, directa y objetiva —sustentada en reglas y principios del Derecho público— fue una característica generalizada en la evolución de la ciencia jurídica, ya que —como lo recuerda Diez<sup>17</sup>— también se produjo en Francia<sup>18</sup>, España<sup>19</sup> e Italia<sup>20</sup>,

14 BARRA, Rodolfo Carlos. «Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos». En *El Derecho*. Tomo 142, p. 93.

15 FIORINI, Bartolomé. *Manual de Derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 1968, pp. 1102 y 1107.

16 Proyecto C.C. 1998, artículo 1674: «La persona jurídica responde por los hechos de quienes las dirigen o administran, realizados en ejercicio o con ocasión de sus funciones».

17 DIEZ, Manuel María. *Derecho administrativo*. Tomo V. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971, pp. 38 y siguientes. La uniformidad de criterios adquiere particular relevancia en los sistemas de integración regional, como se destaca en: COBREROS MENDAZONA, Eduardo. *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*. Madrid: IVAP – Civitas, 1995, especialmente pp. 22, 27, 33 y 39, recordando que el artículo 215 del Tratado de la Unión Europea dispone que «En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los años causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».

18 RIVERO, Jean y Jean WALINE. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1996, pp. 237 y siguientes, donde se explica que la responsabilidad del Estado fue inicialmente admitida con apoyo en el artículo 1382 del Código Civil para, posteriormente, ser considerada una responsabilidad autónoma, derogatoria del derecho común (p. 240).

19 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Segunda edición. Madrid: Civitas, 2000, p. 42; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho administrativo*. Primera edición argentina. Buenos Aires: Thomson, 2006, p. 368.

20 GRECO, Guido. «La responsabilità civile dell' Amministrazione e dei suoi agenti». En VV.AA., *Diritto Administrativo*. Cuarta edición. Bologna: Monduzzi, 2005, p. 904; CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Administrativo*. Octava edición. Milán: Giuffrè, 2006, p. 599.

al igual que en Brasil<sup>21</sup>, Chile<sup>22</sup>, Colombia<sup>23</sup>, Costa Rica<sup>24</sup>, Perú<sup>25</sup> y Uruguay<sup>26</sup>, mientras que en Venezuela se aplica indistintamente el Código Civil cuando se trata de responsabilidad con imputación de culpa del funcionario y de normas de Derecho administrativo en caso de daños causados por actuaciones lícitas<sup>27</sup>.

## 1.2. Teorías propias del Derecho público

Siguiendo las aguas del Derecho francés, que a partir del célebre caso «Blanco» de 1873 había postulado la necesidad de fundamentar la responsabilidad del Estado en reglas positivas y principios de Derecho público, Bielsa<sup>28</sup> consideró inaplicables a nuestra materia las disposiciones del Código Civil ya que, frente a lo establecido en sus artículos 36 y 43 (texto originario de 1871)<sup>29</sup>, no entendía posible hacer recaer sobre las personas jurídicas la consecuencias de las acciones extrañas al mandato que fueran llevadas a cabo por sus representantes.

### 1.2.1. Falta de servicio

Comentando el caso «Ferrocarril Oeste contra Provincia de Buenos Aires» —sobre el que volveré más adelante—, Spota celebró que la Corte

21 LOPES MEIRELLES, Hely. «Direito Administrativo Brasileiro». *Revista dos Tribunais*. Decimosexta edición, 1991, pp. 549 y siguientes.; VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de Direito Administrativo*. Séptima edición. Sao Paulo: Malheiros, 2003, p. 267; COELHO MOTTA, Carlos. *Curso prático de Direito Administrativo*. Segunda edición. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 215 y siguientes; BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Vigésimo primera edición. Sao Paulo: Malheiros, 2006, p. 952; DE ARAÚJO WILLEMANN, Flavio y Fernando BARBALHO MARTINS. *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 189 y siguientes.

22 SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho administrativo. Bases fundamentales*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 267 y siguientes, donde se relata: «Es un hecho —y no deja de ser una paradoja— que la responsabilidad del Estado, sea indirectamente (disfrazada, como a través del artificio del Fisco), sea directamente, ha nacido en algunos países bajo la invocación del Derecho Privado (por ejemplo Francia, Argentina), y de allí que la responsabilidad del Estado/Administración haya podido más fácilmente ser admitida (pues los particulares también administran) no así por sus actividades legislativa y judicial (ya que los particulares no legislan ni juzgan al modo como lo hace el Estado)» (p. 267).

23 BARRERA MUÑOZ, William. «La responsabilidad de la administración pública en el Derecho colombiano». En VV.AA. *Responsabilidad de la administración pública. Un estudio comparado*.

24 MILANO S., Aldo. «Derecho administrativo costarricense». En González Varas Ibáñez (director). *El Derecho administrativo iberoamericano*. Granada: INAP-UIIM, 2005, pp. 309 y siguientes, donde se expone que en el año 2004 el Tribunal Constitucional dispuso que el principio de responsabilidad estatal tiene fundamento constitucional ya que «puede ser inferido a partir de una interpretación sistemática y contextual de varios preceptos, principios y valores constitucionales» (p. 309).

25 DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. «Panorama general del Derecho administrativo en el Perú». En Santiago González Varas Ibáñez (director). *El Derecho administrativo iberoamericano*. Granada: INAP-UIIM, 2005, pp. 623 y siguientes.

26 DELPIAZZO, Carlos. «Panorama general del Derecho administrativo uruguayo». En Santiago González Varas Ibáñez (director). Ob. cit., pp. 727 y siguientes.

27 BREWER-CARIAS, Allan. *Derecho administrativo*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia y Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 125.

28 BIELSA, Rafael. *Responsabilidad del Estado como poder administrador* (nota al fallo «Tomás Devoto y Cía.» del 22.9.1933). *Jurisprudencia Argentina* t. 47 (1933) p. 416.

29 Código Civil, artículo 36: «Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios». A su vez, artículo 43 (redacción original, hoy reemplazada): «No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas».

Nacional abandonara la tesis de que las personas jurídicas no respondían por las acciones de sus autoridades y empleados, e invocó el deber de prestar regularmente los servicios públicos, al destacar que «la influencia moralizadora que tal sentencia tendrá en nuestra administración pública es indudable: esta última debe vivir dentro de los marcos jurídicos que ella misma ha trazado para todos los habitantes»<sup>30</sup>.

Si se desconoce el deber de prestar el servicio público —y las funciones estatales en general—, el agente público compromete la responsabilidad del Estado, ya que representa su voluntad —toda vez que se trata de un órgano del mismo—.

#### 1.2.2. Teoría del enriquecimiento sin causa

Bajo ciertas circunstancias, tolerar que el Estado no compense los daños ocasionados a sus ciudadanos equivale a autorizar su enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, esta teoría resulta insuficiente, ya que existen supuestos de daños que empobrecen a la víctima y, sin embargo, no aumentan el patrimonio público<sup>31</sup>.

#### 1.2.3. Teoría de los derechos adquiridos

La Constitución Nacional protege intensamente el derecho de propiedad privada, a la vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene decidido que el dominio personal de cosas y bienes es un derecho humano esencial<sup>32</sup>.

Por vía de principio, ni la administración ni el legislador podrán arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido sin desconocer la garantía de inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Constitución Nacional.

#### 1.2.4. Teoría de la igualdad ante las cargas públicas

El deber de compensar a la víctima surge de la necesidad de restituir la igualdad o, en otras palabras, de la imposibilidad de exigir un sacrificio especial sin reparación alguna.

Se trata de un factor de atribución de responsabilidad muy apropiado para los casos de responsabilidad estatal lícita. Así, en Italia, a mediados del siglo pasado, el fundamento del sacrificio especial desequilibrante de la igualdad tuvo un interesante desarrollo doctrinario bajo las siguientes condiciones: (i) que se tratara de un verdadero «sacrificio» y no una

30 SPOTA, Alberto. «La responsabilidad aquiliana de la administración pública». En *La Ley*, 1938, Tomo XII, p. 122.

31 FIORINI, Bartolomé. «Manual de Derecho administrativo». En *La Ley*. Tomo II. Buenos Aires: 1968, p. 1115.

32 CIDH, «Caso Bronstein c/ Gobierno de Perú» del 6 de febrero de 2001. En *La Ley Suplemento de Derecho Constitucional* del 3 de septiembre de 2001.

simple restricción o limitación del derecho del interesado; (ii) que se afectara un derecho y no un interés; y (iii) que la conducta de la cual se deriva el sacrificio fuese legítima, es decir, que la actividad dañosa no proviniese de la violación a la ley, ni de la culpa ni del dolo del agente<sup>33</sup>.

También en Argentina ha adquirido gran desarrollo la idea-fuerza de que el Estado debe indemnizar no solo los daños causados por acciones u omisiones ilícitas, sino también aquellos ocasionados por su conducta legítima. Se trata de situaciones donde se infringe un daño a una persona para evitar un mal mayor<sup>34</sup>, se cambian las reglas de la economía debido a coyunturas desfavorables<sup>35</sup>, o se revocan actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia<sup>36</sup>. En estos casos, no es posible imputar dolo o negligencia del agente ni de falta de servicio, y la obligación de reparar el daño se apoya en el principio de igualdad frente a las cargas públicas del artículo 16 de la Constitución Nacional<sup>37</sup>, ya que, si bien se considera legítimo que en defensa del interés general se afecte la propiedad privada, se reputa injusto que una persona o un grupo acotado de personas sacrifiquen su patrimonio en provecho colectivo sin una justa indemnización.

#### 1.2.5. Teoría de la expropiación

El derecho de propiedad, al igual que cualquier otro, posee carácter relativo y cede frente a razones de interés general. El artículo 17 de la Constitución Nacional establece que «la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada».

Se consagra, así, una regla general que bien puede constituirse en el soporte de toda obligación estatal de indemnizar, ya que, por definición, los agentes causantes del daño actúan en beneficio del bien común, circunstancia que justifica el sacrificio del propietario al reemplazar su derecho afectado por una compensación pecuniaria.

33 ALESSI, Renato. *Principi della responsabilità civile nella pubblica amministrazione*. Bologna: Zanichelli, 1956, p. 33.

34 Es el caso de las inundaciones provocadas por el desborde de ríos caudalosos, donde las autoridades hidráulicas conducen las aguas hacia campos fértiles para evitar la inundación de ciudades (CSJN, «Jucalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires», del 23 de noviembre de 1989 (fallos t. 312 p. 2266).

35 Como cuando se prohíben importaciones hasta entonces autorizadas, perjudicándose a quienes tenían contratadas las compraventas internacionales (CSJN, «Cantón, Mario E. c/ Gobierno Nacional», del 15 de mayo de 1979 (fallos t. 301 p. 403).

36 El artículo 18 del decreto de ley 19.549/72 de procedimiento administrativo nacional dispone que el acto administrativo regular «podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados». En este último supuesto, claro está, el fundamento de la obligación de indemnizar será la regla positiva parcialmente transcrita en la nota 11, pero es deber del jurista indagar sobre la *ratio legis* que informa la norma.

37 Constitución Nacional, artículo 16, parte final: «La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas».

### 1.2.6. Teoría del aseguramiento general

El patrimonio del Estado se forma, claro está, con las contribuciones de sus habitantes —impuestos, tasas, derechos, multas, precio de los servicios públicos, donaciones—. Esa riqueza, acumulada en el tesoro público, debe servir para indemnizar los perjuicios que irroga la vida en sociedad y que son ocasionados por el Estado como gestor del interés colectivo.

Esta teoría explica el origen de los fondos de los cuales se extrae la indemnización, pero no justifica el derecho de la víctima para hacerse acreedora a la misma.

## II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Luego de rechazar numerosas demandas por indemnización de daños causados por agentes estatales —y todavía vigente el citado artículo 43 del Código Civil que impedía responsabilizar a las personas jurídicas por los hechos de sus dependientes—, la corte, sin explicar las razones del cambio de criterio, sorteó ese valladar con un sencillo método: ignorarlo.

El análisis histórico de la jurisprudencia del Superior Tribunal Federal coincide con la descripción de la evolución en materia de fundamentos de la responsabilidad estatal, ya que, como veremos a continuación, la corte comenzó considerando como factor de atribución el vínculo de empleo, para sumar luego el anclaje proporcionado por la doctrina de la falta de servicio junto a la teoría del órgano y, en algunos casos, de daños causados por actividad legítima.

Los casos de singular trascendencia fallados por el Alto Tribunal Federal son muy numerosos, y de ahí que hayamos realizado una selección acotada y discrecional, tendiente, apenas, a ejemplificar sus diversas tendencias jurisprudenciales.

### II.1. Responsabilidad por los hechos de los dependientes (indirecta y subjetiva)

Esta tesis indica que toda vez que los empleados públicos son «dependientes» del Estado, este deviene responsable por dos razones: (i) porque el agente actúa valiéndose de los medios que le proporciona su empleador, y (ii) porque el fisco deber ser cuidadoso y diligente en la elección de su personal<sup>38</sup>. Esta es la solución del artículo 1113 del Código Civil Argentino. Se trata de una responsabilidad indirecta o refleja, consecuencia del accionar de terceros, ya que la comisión de un hecho

38 BULLRICH, Rodolfo. Ob.cit., p. 166.



ilícito será siempre una conducta que excede el mandato recibido por las autoridades cuya obligación de respetar la ley es todavía más intensa que la que recae sobre un ciudadano común.

Se trata, asimismo, de una responsabilidad de tipo subjetivo, ya que requiere que el agente haya actuado con dolo o culpa.

II.1.1. S. A. Tomás Devoto y Cía. c/ Gobierno Nacional  
(22 de septiembre de 1933, fallos t. 169 p. 111)

Se trata del caso líder fundamental en la materia. Un grupo de operarios del telégrafo nacional incendió accidentalmente un establecimiento de campo que era arrendado por la sociedad actora. La demanda fue rechazada en primera instancia y acogida por la cámara de apelación. La Corte Nacional confirmó esta última decisión, considerando —al igual que la cámara federal preopinante— que el siniestro había sido provocado por culpa o negligencia de los empleados estatales, de lo que resultó de aplicación lo establecido en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil<sup>39</sup>.

De esta manera, la corte condenó al Estado Nacional a indemnizar los perjuicios causados por la conducta negligente de sus dependientes, y consagró su responsabilidad como indirecta o refleja, con sustento en disposiciones del Código Civil, y pasó por alto —sin siquiera mencionarlo— el obstáculo que significaba el antes recordado artículo 43.

II.1.2. Seru, Liliana c/ Prov. de Buenos Aires  
(28 de julio de 1978, fallos t. 300 p. 867)

Un agente de la policía provincial fue encontrado culpable de homicidio culposo y cometido en acto de servicio.

La corte resolvió que esa circunstancia «compromete la responsabilidad indirecta del Estado provincial por el daño causado por quien se encontraba bajo su dependencia», según el artículo 1113 del Código Civil.

## II.2. Responsabilidad por el ejercicio irregular de funciones públicas o «falta de servicio» (directa y objetiva)

Este factor de atribución de la responsabilidad de la persona jurídica pública se sostiene en la idea de que las funciones del Estado, sean administrativas o de otra índole<sup>40</sup>, deben desarrollarse en debida forma. Cuando ello, no sucede —independientemente de que el agente haya actuado

39 C.C. artículo 1109: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio»; y C.C. artículo 1113: «La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado».

40 La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo también mención a la «deficiente prestación del servicio de justicia» en casos de demoras en investigaciones penales que prolongaron detenciones preventivas («Arisnabarreta c/ Estado Nacional», 6 de octubre de 2009).

o no con dolo o culpa— el fisco debe asumir los costos. La responsabilidad es directa porque la mala praxis se imputa al Estado que faltó a su deber de eficiencia según la actuación de sus órganos, sin que interese examinar el desempeño personal del agente.

La clásica «teoría del órgano» atribuida a Gierke explica que la voluntad de las personas físicas que se desempeñan dentro de la organización estatal debe imputarse a la persona jurídica pública, porque forma parte de ella e integra su estructura<sup>41</sup>.

El artículo 1112 del Código Civil constituye una regla de Derecho público y fundamenta adecuadamente la responsabilidad estatal sin que resulte menester acudir al sistema de responsabilidad indirecta por el hecho del dependiente del artículo 1113<sup>42</sup>.

Se trata, además, una responsabilidad objetiva, ya que resulta indiferente establecer si existió negligencia o intencionalidad dañosa por parte del empleado a cargo de la prestación insatisfecha.

#### II.2.1. Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires (3 de octubre de 1938, fallos t. 182 p. 5)

Resulta interesante señalar que, en materia de errores registrales —lamentablemente, de inusitada frecuencia en la Argentina—, a principios del siglo pasado la Corte Nacional declaraba la improcedencia de responsabilizar al fisco «porque las personas jurídicas que obran por medio de sus mandatarios, no responden de los actos de éstos, estando fuera de los límites de su mandato, en el que no está comprendida la facultad de delinquir»<sup>43</sup>.

El Alto Tribunal abandonó esa doctrina en el caso «Ferrocarril Oeste» cuando tuvo por probado que el propietario de un terreno lo vendió en dos oportunidades, debido al otorgamiento de un certificado de dominio erróneo por parte del registro provincial de la propiedad inmueble. El actor, segundo adquirente, resultó vencido en el juicio de reivindicación promovido por el primer comprador y demandó a la Provincia de Buenos Aires la indemnización de los perjuicios sufridos.

Al hacer lugar a la demanda, la corte comenzó descartando la invocación que hizo la demandada del artículo 43 del Código Civil, y resolvió

41 MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977, pp. 518-724.

42 CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Novena edición. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 487.

43 Caso «Cardoso, Bartolomé c/ Provincia de Buenos Aires» del 1 de septiembre de 1916, citado en la obra: BULLRICH, Rodolfo. *Ob.cit.*, p. 204. Anticipando con justeza el giro que produciría la corte en 1938 al fallar en «Ferrocarril Oeste», este autor pionero sostuvo: «Este fallo es de una gravedad extraordinaria; reconoce a las provincias, al Estado, la facultad de imponer normas administrativas cuyo cumplimiento exige a los interesados desembolsos pecuniarios y no admite la responsabilidad del Estado por el incumplimiento en que pueda incurrir en la aplicación de esas normas» (p. 205).

que el registro causante del daño no obró como sujeto del Derecho privado —en cuyo caso sería de aplicación la regla que exoneraba de responsabilidad a las personas jurídicas—, sino como una persona regida por el Derecho público. De esta manera, el Superior Tribunal dejó definitivamente excluida la aplicación de una disposición que, como antes recordáramos, había invocado para apuntalar la irresponsabilidad estatal hasta el año 1933.

Acto seguido, la corte señaló que el informe de dominio hizo incurrir al accionante en el error de adquirir la propiedad de quien ya no era dueño, y agregó que la obligación de muñirse del certificado que expide el registro oficial presupone el deber de prestar un servicio regular que responda a las garantías que se ha querido asegurar, en el cual es la provincia la responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. «Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución», señala.

#### II.2.2. Vadell, Jorge F. c/ Provincia de Buenos Aires

(18 de diciembre de 1984, Fallos t. 306 p. 2030)

Al igual que en el caso «Ferrocarril Oeste», se trata de un episodio de error registral que hizo que el comprador de un terreno debiera reconocer el mejor derecho de un tercero debido a la doble enajenación que efectuó el anterior titular.

La particularidad de este caso estriba en que la corte —además de señalar como factor de atribución la falta de servicio— expresamente consideró innecesario recurrir al artículo 1113 del Código Civil, que, como antes vimos, establece la responsabilidad por la conducta del dependiente, e invocó como fundamento de Derecho positivo el artículo 1112, que hasta entonces había sido interpretado como uno que alude a la responsabilidad personal de los agentes estatales, y que reza: «Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este título»<sup>44</sup>.

La corte señaló expresamente que, en el caso, la responsabilidad del Estado era «directa» y fundada en la «idea objetiva de la falta de servicio».

Cabe, pues, concluir que en materia de errores registrales no solo no corresponde probar el dolo o la culpa del empleado interviniente, sino

<sup>44</sup> El título referido es el número IX, rotulado «De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos», perteneciente al libro II: «De los derechos personales en las relaciones civiles», sección segunda: «De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones».

que hasta puede ignorarse su propia identidad. La sola existencia del informe o certificado equivocado, y su nexo causal con el perjuicio ocasionado, provoca la obligación de repararlo. En cierta manera, la propia existencia del error registral, es decir, el cumplimiento de la tarea del empleado «de manera irregular» —como indica el transcripto artículo 1112— deja presumido —sin admitir prueba en contrario— la existencia de negligencia por parte del agente cuyas consecuencias, por tratarse de un órgano oficial, se atribuyen directamente al Estado.

### II.2.3. Tarnopolsky, Daniel c/ Estado Nacional

(31 de agosto de 1999, fallos t. 322 p. 1888)

Los padres y dos hermanos del actor fueron secuestrados y definitivamente desaparecidos por la dictadura militar que usurpó el poder en Argentina entre 1976 y 1983.

La corte entendió que la privación ilegítima de la libertad y posterior desaparición de las víctimas configuraba una actuación irregular de los órganos estatales, debido a la conducta ilícita de las autoridades de facto.

### II.2.4. Izaurralde, Roque R. c/ Provincia de Buenos Aires

(31 de agosto de 1999, fallos t. 322 p. 2002)

El accionante fue salvajemente golpeado con su arma por un agente de la policía provincial que se encontraba franco de servicio, y sufrió una incapacidad total y permanente.

La condena a la Provincia de Buenos Aires tuvo por fundamento la irregular actuación del agente de seguridad. Se reiteró que quien contrae la obligación de prestar un servicio debe hacerlo en condiciones adecuadas a su fin y, en caso contrario, es responsable de los daños que ocasione su incumplimiento. El ejercicio del poder de policía de seguridad obliga al Estado a hacer que sus agentes posean una adecuada preparación técnica y psíquica, sin que sea suficiente para excluir esa responsabilidad el hecho de que el agresor estuviera franco, ya que la conducta dañosa fue una derivación de las exigencias propias del cargo y el arma empleada fue provista por la repartición estatal.

### II.2.5. Bea, Héctor y otro c/ Estado Nacional

(31 de agosto de 2010, jurisprudencia argentina, 2011-I-323)<sup>45</sup>

Un menor se ahogó en un lago que formaba parte de la infraestructura de un establecimiento turístico estatal que recibía alumnos de escuelas públicas de nivel primario. El lugar era de fácil acceso desde los hoteles

<sup>45</sup> Esta sentencia fue anotada por Juan Carlos Cassagne en su obra *La consolidación de la concepción objetiva de la falta de servicio en la responsabilidad extracontractual del Estado* (J.A. 2011-I-330), donde se destacó el papel de los factores de atribución en la materia y otros aspectos. La sentencia también fue publicada en *La Ley* 2010-E-405, con notas de Félix A. Trigo Represas.

del complejo, pero no se había informado sobre la profundidad del lago ni existía vigilancia alguna cerca a él.

La corte reprodujo lo dicho en «Ferrocarril Oeste» sobre la necesidad de que los servicios se presten en condiciones adecuadas y sostuvo que:

[...] esta idea objetiva de la falta de servicio (por acción o por omisión) encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112, C. Civ. y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 C. Civ. En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizadas para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de este, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas<sup>46</sup>.

### II.3. Responsabilidad por aplicación de los principios de la expropiación

Marienhoff considera que el fundamento de la responsabilidad estatal no es otro que la vigencia de un Estado de Derecho abastecido por numerosos principios, entre los que pueden mencionarse el derecho a la vida, el respeto por los derechos adquiridos en propiedad, la igualdad ante las cargas públicas, el afianzamiento de la justicia y las reglas específicas sobre expropiación<sup>47</sup>.

Con igual enfoque, el Superior Tribunal Federal entendió que la ley de expropiaciones (decreto de ley 21.499/77) resulta de aplicación en aquellos casos en que el Estado —sin que medie ley declarativa de utilidad pública—, en ejercicio regular de sus funciones —es decir, de manera lícita—, lesiona derechos de los administrados y les causa perjuicios que no están obligados a soportar.

#### II.3.1. Cantón, Mario c/ Gobierno Nacional

(15 de mayo de 1979 fallos t. 301, p. 403)

El gobierno prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional, con lo que afectó un contrato de crédito documentado concluido y pagado con anterioridad.

<sup>46</sup> Esta fórmula fue empleada por la corte en numerosos fallos. Ver, por ejemplo, «Hotelera Río de La Plata c/ Prov. de Buenos Aires», del 4 de junio de 1985. En *La Ley* 1986-B-108; «Gatica c/ Prov. de Buenos Aires», del 22 de diciembre de 2009. En *La Ley* 2010-B-327.

<sup>47</sup> MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho administrativo*. Cuarta edición. Tomo IV. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987, pp. 707 y siguientes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que, en tales condiciones, resultaba afectado el derecho de propiedad del accionante amparado por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional. Debido a ello:

[...] la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo de responder establecido en instituciones análogas, debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. De ahí que sus normas resulten viables para determinar el perjuicio sufrido por la demandante, no siendo procedente las propias del derecho común relativas a la responsabilidad civil.

Conforme las reglas de la materia expropiatoria la indemnización, se limitó al daño emergente y se excluyó la compensación del lucro cesante.

#### II.3.2. Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (9 de mayo de 1989)

La comuna demandada revocó la autorización para construir y poner en explotación una estación de servicio debido a un cambio en la normativa urbanística que prohibía este tipo de establecimiento riesgoso en la zona en cuestión.

Al condenar a la municipalidad, la corte sostuvo que, ante la ausencia de una norma que expresamente regule la responsabilidad del Estado, resultaba aplicable la ley de expropiación forzosa. Con esto se forzaba a que la compensación se limitase al daño emergente, ya que, en esta materia, quedaría excluido el pago de lucro cesante.

### III. CONCLUSIONES

La reseña doctrinaria y jurisprudencial sobre los fundamentos de la responsabilidad del Estado en Argentina permite arribar a las siguientes conclusiones:

- La responsabilidad del Estado posee un soporte propio del Derecho público, más allá de que se hayan expuesto fundamentos de variada índole que, en algunos casos, se superponen. Así, por ejemplo, cuando se condena a indemnizar por mal funcionamiento de los servicios públicos es evidente que dicho defecto obedece a que, en el caso concreto, algún funcionario, agente o empleado actuó con dolo o culpa. Sin embargo, la teoría del órgano permite diferenciar no solo la responsabilidad del Estado y la responsabilidad personal del empleado, sino también la responsabilidad estatal de la conducta de las personas

jurídicas de Derecho privado, al aportar como fundamento jurídico-positivo la regla del artículo 1112 del Código Civil. La constante y casi absoluta imposibilidad de identificar al empleado efectivamente causante del daño hace que la doctrina de la falta de servicio, apoyada en la teoría del órgano —generadora de responsabilidad estatal directa y objetiva— se muestre como el factor de atribución más justo y eficaz.

- Cuando se reconoce la responsabilidad del Estado a pesar de que el servicio se ha prestado de manera imaculada, es decir, cuando existe un accionar legítimo, pero se presenta un perjuicio al cual la víctima no está obligado a soportar, el deber de compensación se apoya tanto en la defensa de la propiedad como en la igualdad ante las cargas públicas y en los principios derivados del instituto expropiatorio.
- Coincidimos con Sáenz cuando destaca que la temática de las teorías sobre los cimientos de la responsabilidad estatal se ha vuelto algo anacrónica, ya que ningún fundamento por sí solo comprende a todos los tipos de responsabilidad, ni, mucho menos, a todos los supuestos que suelen presentarse en la realidad<sup>48</sup>.
- En todo caso, si se considerara preciso hallar un factor de atribución común a ambas especies de responsabilidad —por actividad lícita e ilícita—, como lo postulara Marienhoff, bien puede apelarse al imperio del Estado de Derecho que incluye a todas las demás teorías antes señaladas<sup>49</sup>. En definitiva, si se mira bien, el Estado de Derecho es un «Estado de deberes» por parte de sus autoridades hacia la comunidad. A su vez, un deber esencial es no dañar, y, si se daña, pagar una indemnización que restituya el patrimonio afectado a su situación precedente.
- Lo importante es que, sobre la base de la evolución de las ideas, y partiendo de principios constitucionales y de la regla del citado artículo 1112, en la Argentina se ha reemplazado al dogma de la irresponsabilidad por el principio opuesto de la plena responsabilidad del Estado.
- Desde luego que el desarrollo de los factores de atribución de la responsabilidad estatal no basta para afirmar que vivimos

48 SAENZ, Juan Ignacio. «Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia». En Pedro Aberasturi (Director). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2007, p. 71. En opinión que compartimos, este autor, señala que la jurisprudencia de la Corte Nacional puede sistematizarse en dos factores de atribución: actividad ilícita por falta de servicio y accionar lícito que ocasiona un sacrificio patrimonial especial.

49 La Cámara Nacional Civil, sala III, manifestó que, dentro del ámbito del Derecho público, el principio de la responsabilidad resarcitoria del Estado «fluye por la existencia misma del Estado de Derecho» («Muz c/ Banco Hipotecario Nacional», del 29 de noviembre de 1984, Jurisprudencia Argentina, 1985-II-255).

en un Estado de Derecho. Resta todavía lograr que las sentencias de condena se hagan efectivas —de ser posible, en tiempo razonable—, de manera que se termine con la situación de emergencia permanente y la secuela interminable de leyes de consolidación de deudas públicas, verdaderas automoratorias estatales que dificultan —de manera inimaginable y desalentadora— el cobro al Poder Ejecutivo de las indemnizaciones fijadas por los jueces.

- Se trata de una asignatura todavía pendiente, cuya mera descripción excedería en mucho el espacio del que disponemos y también el propósito de este estudio.

Recibido: 18-07-2011  
Aprobado: 15-08-2011



# Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú\*

NOELIA CARRERAS SCHABAUER\*\*

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.- I. FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: EL SERVICIO PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD DE POLICÍA ADMINISTRATIVA.- I.1. ANÁLISIS ECONÓMICO: LA ORGANIZACIÓN DE LA PRODUCCIÓN Y EL PROBLEMA DEL PRINCIPAL-AGENTE APLICADO A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.- II. POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL PRINCIPIO DE TÍPICIDAD: ALGUNOS PROBLEMAS.- II.1. SANCIÓN, MEDIDAS DE POLICÍA ADMINISTRATIVA Y MEDIDAS CORRECTIVAS: CONCEPTUALIZACIÓN.- III. DISEÑO NORMATIVO DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS.- III.1. JURISPRUDENCIA Y DECISIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE MEDIDAS CORRECTIVAS.- IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

## INTRODUCCIÓN

El presente ensayo pretende ser una aproximación inicial a la noción de medidas de policía administrativa en el Derecho administrativo sancionador, al analizar la forma como esta institución jurídica ha sido regulada y la manera en que busca encontrar la lógica regulatoria detrás de las mismas. En primer lugar, se presentará un análisis de la actividad de policía administrativa y del régimen jurídico del servicio público conjuntamente con un análisis económico que sirva para definir sus premisas. En segundo lugar, se hará un repaso por la doctrina jurídica existente para delimitar el concepto de medida de policía administrativa. Seguidamente, se compararán los conceptos descritos con el régimen jurídico peruano de medidas correctivas. Finalmente, se propondrán algunos lineamientos a ser tomados en cuenta para la utilización de las medidas correctivas en sede administrativa, con especial incidencia en los organismos reguladores de los servicios públicos.

## I. FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: EL SERVICIO PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD DE POLICÍA ADMINISTRATIVA

La naturaleza del servicio público ha sido ampliamente estudiada en la doctrina del Derecho Administrativo. Durante los últimos años, se ha decantado la noción de servicio público como un régimen jurídico que, entre otros, implica una fuerte intervención estatal respecto del actuar

\* Trabajo ganador del tercer concurso de ensayos jurídicos organizado por la *Revista Derecho PUCP*.

\*\* Egresada de la Facultad de Derecho de la PUCP en el semestre 2010-II.

de los prestadores privados<sup>1</sup>. En otras palabras, nos encontramos ante agentes económicos sometidos de forma más intensa a discrecionalidad pública, de forma tal que su derecho de libertad de empresa se encuentra limitado de acuerdo con fines que se consideran legítimos. Ello encuentra su lógica al caracterizar a estos prestadores privados como el medio que utiliza el Estado —como único titular de la actividad— para asegurar una efectiva prestación de un servicio público bajo parámetros de calidad y eficiencia predeterminados y que aseguren la continuidad en la prestación del servicio al usuario final<sup>2</sup>. El servicio público se manifiesta en la regulación pública de la actividad; es decir, en la posibilidad en cabeza del Estado de controlar y regular la prestación misma del servicio para que se cumpla con los fines tenidos en cuenta al momento de decidir sujetar una determinada actividad a dicho régimen<sup>3</sup>.

Esta actividad de control estatal sobre los prestadores privados de los servicios públicos tiene especiales características que la diferencian de la actuación de la administración en sectores no sujetos al régimen del servicio público, pues, desde un punto de vista teleológico, se tiene como principal finalidad el satisfacer una necesidad pública en concurrencia con los particulares<sup>4</sup>. Dicho de otro modo, estamos ante una forma de intervención de la administración en la economía que tiene por finalidad garantizar la prestación de un servicio público para particulares y a través de particulares.

Así, es claro que el servicio público es una actividad jurídica de garantía y no una actividad material de prestación. La prestación del servicio público —en el marco del proceso de liberalización de la economía— se encuentra a cargo de los particulares, y el rol del Estado es garantizar que ellos realicen dicha actividad de forma tal que satisfaga las exigencias del interés público. En tal medida, el régimen del servicio público se encuentra cualitativamente en un nivel más intenso de intervención que la actividad de policía tradicional, entendida genéricamente como la actividad de mantenimiento del orden público mediante técnicas de limitación y coacción. El régimen del servicio público se sirve de las técnicas de la actividad de policía —entendidas estas como los medios que

1 «La importancia y utilidad práctica de la publicatio radica esencialmente en instaurar una especie de habilitación legal previa y conocida por los prestadores de turno, permitiendo de ese modo la participación estatal a través de la función de contralor y de regulación, sin provocar inseguridad jurídica y sin desestabilizar las prestaciones» (MAURO NALLAR, Daniel. *Regulación y control de los servicios públicos*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 203).

2 «El servicio público se concibe como una actividad de prestación basada en la idea de que la Administración se reservaba en todo caso la titularidad de la actividad (y a eso se denominaba publicatio), mientras que el ejercicio de esa actividad podría ser igualmente reservado a la esfera de la administración o ser concedido a los particulares [...] Bajo la perspectiva de la finalidad (y no de los medios utilizados) no se trata, en absoluto, de prestar un determinado servicio sino de garantizar su prestación» (VILLAR EZCURRA, José Luis. *Derecho administrativo. Especial de administración pública y actividad de los particulares*. Madrid: Civitas, 1999, p. 35).

3 MAURO NALLAR, Daniel. Ob. cit., nota 1, pp. 204-207.

4 VILLAR EZCURRA, José Luis. Ob. cit., nota 3, p. 34.

utiliza la administración para actuar— otorgados mediante potestades específicas. Técnicas como las medidas de policía administrativa se utilizan de forma indistinta<sup>5</sup> en ambas formas de intervención.

Al respecto, considerando que la actividad de policía consiste en la ejecución de las leyes formales que —en razón del interés general— limitan los derechos de los particulares<sup>6</sup>, es clara su vinculación con el régimen del servicio público. No es materia del presente ensayo realizar un análisis de las críticas dirigidas hacia el concepto de actividad de policía; bastará con mencionar que es un principio básico de cualquier ordenamiento jurídico y que no existe derecho que tenga carácter absoluto, pues deben respetarse los límites impuestos por otros derechos y por las normas que tienen por objetivo preservar bienes jurídicos valiosos para la sociedad. Por ello, es pertinente mencionar que «el poder de policía no es solo la limitación de derechos sino la tutela de otros derechos y del interés general»<sup>7</sup>.

### 1.1. Análisis económico: la organización de la producción y el problema del principal-agente aplicado a la prestación de servicios públicos

Las definiciones presentadas de servicio público y de poder de policía, así como la articulación existente entre ambos conceptos, son susceptibles de ser analizadas desde una perspectiva económica. En la medida que la actividad del servicio público se encuentra encaminada a garantizar la prestación de un determinado servicio de contenido económico a través de una «colaboración» entre la administración y el prestador, es pertinente analizar aquellos aspectos referidos a la organización de la producción que pueden resultar relevantes.

En el régimen del servicio público, en última instancia, se busca la producción de bienes y servicios a los que se ha investido de una especial relevancia. Para organizar la producción, las empresas utilizan conjuntamente dos sistemas: el sistema de órdenes y el sistema de incentivos. A continuación, se presenta una breve descripción de ambos<sup>8</sup>.

El sistema de órdenes es un método de organización de la producción que se articula sobre la base de una jerarquía gerencial en la cual las órdenes se transmiten hacia abajo a través de la jerarquía y la información se transmite hacia arriba por la misma vía. Los gerentes recopilan la información referida al desempeño y deciden las órdenes a

5 *Ibíd.*, pp. 37-38.

6 OMAR CANDA, Fabián. «Régimen jurídico de la actividad de policía». En *Servicio público, policía y fomento*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2003, p. 3.

7 *Ibíd.*, p. 11.

8 PARKIN, Michael. *Economía*. Sexta edición. México D.F.: Pearson Educación, 2004, pp. 197-198.

emitirse y la forma de ponerlas en práctica<sup>9</sup>. El problema de este sistema radica en que la información disponible para los gerentes generalmente resulta incompleta, lo cual les dificultan tomar buenas decisiones y emitir órdenes que permitirán el uso eficiente de recursos. Aquí entra a tallar el sistema por incentivos.

De otra forma, el sistema por incentivos busca introducir a la empresa una serie de mecanismos similares a aquellos presentes en el mercado. No se emiten órdenes, sino que se implementan mecanismos de compensación e incentivos para inducir a los trabajadores a que se desempeñen de tal forma que se maximicen los beneficios de la empresa<sup>10</sup>.

Las empresas utilizan una mezcla de ambos sistemas para organizar su producción y eligen darle preponderancia a aquel sistema que permita maximizar sus beneficios. El factor que determina la preponderancia de uno u otro sistema es el costo de la supervisión y el costo de las consecuencias posibles de un mal desempeño.

Por otro lado, la elección del sistema se encuentra influenciada también por la existencia del problema del principal-agente. El problema principal-agente parte por reconocer que los agentes persiguen sus propios objetivos de acuerdo con sus intereses, lo cual impone costos sobre el principal. A la vez, sin embargo, el beneficio del principal depende del desempeño del agente. La solución a este problema consiste en la creación de reglas de compensación que induzcan al agente a actuar en el mejor interés del principal, como, por ejemplo, copropiedad de beneficios, pago de incentivos, contratos a largo plazo, entre otros.

Para explicar con mayor claridad lo señalado precedentemente, es pertinente revisar el concepto de los modelos de agencia aplicados al análisis económico del Derecho. La relación de agencia es una relación en la cual una persona (el principal) se beneficia cuando otra persona (el agente) realiza alguna tarea con esmero o esfuerzo<sup>11</sup>. Para asegurar que el agente realice su labor de acuerdo con las expectativas del principal se utiliza un sistema de incentivos. En el ámbito del Derecho privado, los incentivos pueden encontrarse en un contrato, mientras que, en el ámbito del Derecho público, los incentivos deben encontrarse en el marco

9 «Los militares utilizan el sistema de ordenes en su forma más pura. El comandante en jefe (el presidente o el ministro de defensa de un país) toma las grandes decisiones sobre los objetivos estratégicos. En el nivel inmediato inferior, los generales organizan sus recursos militares. Debajo de los generales, los sucesivos grados inferiores organizan unidades cada vez más pequeñas y atienden los detalles sucesivamente menores de cada una de las decisiones. En la parte más baja de la jerarquía están las personas que operan los sistemas de armamento» (Ibíd.).

10 «Las organizaciones que se dedican a las ventas son las que más utilizan los sistemas de incentivos. Los vendedores que pasan solos la mayor parte de su tiempo de trabajo y sin supervisión, son inducidos a trabajar intensamente al pagarles un salario pequeño y una gran prima relacionada con su desempeño» (Ibíd.).

11 POSNER, Eric. «Modelos de agencia en el análisis económico del Derecho». En *Materiales de enseñanza del curso de Análisis Económico del Derecho*. Lima: Publicaciones para la docencia PUCP, 2009, p. 171.

## 491

MEDIDAS  
DE POLICÍA  
ADMINISTRATIVA Y  
RÉGIMEN JURÍDICO  
DEL SERVICIO  
PÚBLICO: USO  
DE LAS MEDIDAS  
CORRECTIVAS EN EL  
PERÚ

regulatorio. El principal se beneficia cuando el agente realiza una tarea con debido cuidado y dando su mayor esfuerzo, pero el agente únicamente hará su mejor esfuerzo si se le compensa adecuadamente por ello. Cuando el principal no puede supervisar al agente adecuadamente surge el riesgo moral. La diferencia entre el esfuerzo deseado por el agente y el esfuerzo realizado por el agente se conoce como los costos de agencia<sup>12</sup>.

En este punto, regresamos a nuestro análisis de los sistemas de organización de la producción. Las formas de reducir los costos de agencia son, precisamente, el uso de incentivos y la inversión en sistemas de control. Aplicando nuestro análisis al sistema del Derecho administrativo —en especial al régimen del servicio público y a la actividad de policía—, queda claro que la administración, el particular prestador del servicio y el ciudadano-usuario se encuentran inmersos en una cadena de relaciones de principal agente. La administración resuelve los problemas de agencia que surgen entre el usuario y la empresa prestadora, por lo que a su vez asume el papel de principal respecto de esta última<sup>13</sup>.

Si se tiene como premisa lo señalado previamente, no cabe duda de que existe una necesidad de dotar a la administración de instrumentos de actuación flexibles, que le permitan implementar un sistema tanto de órdenes como de incentivos, para maximizar así el bienestar social en el marco de la prestación de un determinado servicio público, pero sin perder de vista el marco constitucional dentro el cual se desenvuelve. Dichos instrumentos encuentran su expresión normativa en el régimen jurídico del servicio público, en el poder de policía y, en gran medida, en la potestad de autotutela de la administración pública.

Por lo tanto, el Derecho administrativo debe contemplar la existencia de instrumentos que permitan a la administración —como principal— tener una dirección y un control sobre la conducta del agente y que consideren a este último, asimismo, como titular de derechos constitucionales que no pueden ser desconocidos. Pasaremos ahora a efectuar un análisis de dichos instrumentos: las sanciones como mecanismo de desincentivo —las sanciones tienen por sobre todo un fin preventivo— y, principalmente, las medidas de policía administrativa como mecanismo de emisión de órdenes. Veremos cómo este instrumento ha sido utilizado para paliar deficiencias de flexibilidad en la actuación de la administración.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, p. 176.

<sup>13</sup> Esta situación responde, además, al fenómeno económico del denominado contrato eficiente, un contrato que —por definición— es siempre incompleto. La labor de los organismos reguladores en el ejercicio de su potestad reglamentaria es «completar» dichos contratos para mantener su eficiencia, y para esto necesita que su agente, que se encuentra en mejor posición de conseguir la información sobre el negocio en la práctica, le brinde los datos necesarios para cumplir con su labor. Por ello, es necesario que el organismo regulador implemente mecanismos adecuados para la obtención de esta (Véase: MAURO NALLAR, Daniel. *Ob. cit.*, nota 1, p. 220).

## II. POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD: ALGUNOS PROBLEMAS

Son considerables las investigaciones que se han realizado desde distintas tradiciones jurídicas y desde la economía para determinar cuál es la forma más adecuada para implementar una política regulatoria en los sectores sujetos a monopolios naturales —que generalmente se identifican con aquellos sujetos al régimen del servicio público—. Aún existe polémica en lo que se refiere a cuáles son o deben ser los incentivos y hasta dónde debe llegar el sistema de control implementado por la administración respecto de los particulares que actúan en un mercado regulado. En este ensayo analizaremos únicamente el aspecto referido a la potestad sancionadora de la administración; es decir, la posibilidad de imponer sanciones del más amplio espectro y la potestad de la administración de ordenar otras medidas de policía administrativa diferentes de la sanción.

El ordenamiento de la potestad sancionadora estatal es una necesidad del cambio de paradigma respecto a las funciones que debe cumplir el Estado, especialmente en materia de servicios públicos. El Estado predominantemente supervisor necesita de un marco adecuado para supervisar, fiscalizar y controlar la actividad de los particulares, que a la vez garantice las libertades económicas que estos ostentan y que tienen como fuente a la Constitución. Ello debido a que, cuando nos referimos a la potestad sancionadora de la administración, «nos encontramos frente a la potestad más afflictiva con que cuenta la Administración para legítimamente gravar patrimonio, limitar o cancelar derechos o imponer restricciones a las facultades ciudadanas [...]»<sup>14</sup>.

La potestad sancionadora es claramente el más intenso instrumento para desincentivar y controlar las conductas de los particulares. Específicamente, «la potestad sancionadora constituye una competencia de gestión necesaria complementaria a la potestad de mando y corrección para el adecuado cumplimiento del orden administrativo establecido en procura del interés público»<sup>15</sup>. Considerando ello, es importante destacar una característica importante de la potestad sancionadora, aquella que nos dice que, «a diferencia de las demás actividades de la administración, la actividad sancionadora tiene un objetivo único: ejercer la pretensión sancionadora del poder público administrativo mediante un procedimiento especial donde el administrado tenga las suficientes garantías para el ejercicio de su defensa»<sup>16</sup>.

Tomando en cuenta dichas características, el uso de esta potestad debe ser de *ultima ratio* en el ejercicio de la función administrativa que debe

14 MORÓN URBINA, Juan Carlos. «Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General». *Gaceta Jurídica*, 2007, p. 629, Lima.

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*, p. 631.

privilegiar herramientas que surgen de la «potestad de mando y corrección» —conocida en la teoría jurídica como regulación social o poder de policía de la administración—, distintas de la imposición de una sanción. Es importante delimitar de forma clara cuándo es necesario recurrir al ejercicio de la potestad sancionadora y cuándo es suficiente recurrir a otras formas de control.

El ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en el Perú se encuentra sujeta a los principios de la Ley del Procedimiento Administrativo General —en adelante, LPAG—. Para efectos del presente ensayo, cobra especial relevancia el denominado principio de tipicidad. El referido principio prescribe, entre otros, la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de infracciones administrativas. Al respecto, se señala lo siguiente:

[...] las conductas sancionables administrativamente únicamente pueden ser las infracciones previstas expresamente mediante la identificación cierta de aquello que se considera ilícito para los fines públicos de cada sector estatal. En este sentido, la norma legal debe describir específica y taxativamente todos los elementos de la conducta sancionable, reduciendo la vaguedad del enunciado sancionable de modo que tanto el administrado como la administración prevean con suficiente grado de certeza (*lex certa*) lo que constituye el ilícito sancionable [...]<sup>17</sup>.

El principio de tipicidad bajo esta perspectiva busca preservar la autonomía de los administrados (principio de libertad) «representada por la capacidad de elegir y ejecutar libremente sus actividades sociales y económicas con la garantía y seguridad de ser lícitas y no ser pasibles de sanciones inadvertidas previamente»<sup>18</sup>. Un ejemplo de contravención al principio de tipicidad es establecer como sanción, de forma genérica, «el incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento»<sup>19</sup>. Este tipo de enunciados son una muestra de una disposición sancionadora en blanco, que no define de manera cierta la conducta sancionable.

Distinto es el supuesto de utilización de conceptos jurídicos indeterminados. La tipificación indirecta es una forma de atenuar los riesgos de sobreinclusión o infrainclusión de conductas sancionables en las normas sancionadoras<sup>20</sup>. Se habla de tipificación indirecta del ilícito administrativo

17 MORÓN URBINA, Juan Carlos. «Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana». *Advocatus Nueva Época*, número 13, 2005, p. 6, Lima.

18 *Ibid.*, p. 7.

19 Véase: STC 2192-2004-AA/TC y STC 3256-2004-AA/TC.

20 «En aspectos administrativos, no es aconsejable llevar a extremos el mandato de tipificación, pues estaríamos frente a casuismos inconvenientes. Los riesgos evidentes son dos extremos perniciosos: la sobreinclusión (inclusión dentro de la tipificación de supuestos específicos que no participan de la necesidad de sanción), pero en el otro extremo tenemos la infrainclusión (exclusión de supuestos que si deberían ser sancionables). Ambos riesgos se producen por dos vicios extremos del legislador

cuando los elementos constitutivos de la sanción se encuentran disgregados en normas distintas. Se concreta a través de tres preceptos: (i) elemento del tipo que establece un mandato o prohibición para el administrado, (ii) elemento del tipo que califica como infracción el incumplimiento del mandato o prohibición, y (iii) elemento del tipo referido a la sanción aplicable<sup>21</sup>.

En favor de la tipificación indirecta se afirma que, desde una perspectiva funcional del Derecho, permite superar la imposibilidad de predeterminar todas las conductas que pueden resultar sancionables, sin dejar pasar aquellas conductas que pueden resultar no deseadas socialmente<sup>22</sup>. Sin embargo, si bien es cierto que existe una necesidad de reconocer la inabarcabilidad de la casuística, este argumento parte por asumir que la sanción es la única forma de actuación que tiene la administración para reprimir conductas, cuando, en la realidad, esto no solo es falso, sino que desconoce la naturaleza de *ultima ratio* de la potestad sancionadora.

La tipificación indirecta es una técnica que otorga a la administración la posibilidad de ampliar el espectro de supuestos de hecho pasibles de ser sancionados. Los beneficios de dicha técnica deben ser confrontados con el hecho que la labor principal de la administración es más cercana a la idea de gestión que a la de mera persecución. Si bien es cierto que se trata de una herramienta que pretende permitir más flexibilidad en la persecución de conductas no deseables socialmente, consideramos que tiene algunos problemas en su aplicación: (i) sus límites son cuestionables y desconoce la calidad de *ultima ratio* de la potestad sancionadora; (ii) los parámetros para su utilización muchas veces no son entendidos correctamente por la administración, lo que, en los hechos, repercute en la proliferación de disposiciones sancionadoras en blanco; y (iii) para que sea legítima, de una forma u otra, se requiere que en una norma se establezca el mandato o prohibición de forma exhaustiva y expresa, lo cual nos regresa al problema de la imposibilidad de prever toda conducta a la que se quiera aplicar una sanción.

---

al tipificar. Cuando acude a fórmulas demasiado generales, por el recelo a no incluir supuestos reprochables, se propicia la posibilidad de sobreincluir conductas menores o simplemente que no deberían ser sancionables. Por el contrario, cuando se acuden a fórmulas más específicas y detalladas, se asume el riesgo de reprochar menos supuestos de los debidos, por ser igualmente indebidos» (MORÓN URBINA, Juan Carlos., Ob. cit., nota 19, p. 9).

21 *Ibid.*, p. 9.

22 «[...] bajo el pretendido argumento de la seguridad jurídica, se pretende extender el alcance de la tipificación de infracciones y sanciones administrativas hasta el punto de situar a la Administración Pública frente a dos alternativas: o se pone bajo la espalda la tarea imposible de predeterminar, de manera anticipada, la totalidad de conductas sobre las que resulta posible aplicar una sanción; o, se ubica cómodamente de manera implícita del lado del infractor, limitándose a reprimir sólo aquellas conductas que se encuentren tipificadas de manera taxativa en una norma sancionadora, con el consecuente resultado de dejar sin respuesta una gran proporción de comportamientos no deseados socialmente, los que, por no encontrarse tipificados expresamente, continuarán desarrollándose sin que sus consecuencias perjudiciales puedan ser enervadas por la acción administrativa» (MELGAR CORDOVA, Eduardo. «Quien mucho abarca poco aprieta: algunas consideraciones a favor de la utilización de la tipificación indirecta en el derecho administrativo sancionador». *Revista de Derecho Administrativo*, CDA, número 2, diciembre, 2006, p. 274, Lima).



Llevar al extremo la técnica de la tipificación indirecta puede conducir a su completa desnaturalización. Aun en el caso de que sea bien utilizada, es una técnica que puede derivar en un sobredimensionamiento del Derecho administrativo sancionador.

Así, debe evaluarse si las medidas de policía administrativa, utilizadas de forma correcta, son una alternativa válida para enfrentar los problemas que pretenden solucionarse con mecanismos como la tipificación indirecta. Dichas medidas son la herramienta con que cuenta la administración para emitir órdenes en oposición a imponer sanciones. Pasaremos a exponer el concepto de medida de policía administrativa.

## II.1. Sanción, medidas de policía administrativa y medidas correctivas: conceptualización

Iniciaremos nuestro análisis de las medidas de policía administrativa distinguiéndolas de las sanciones. Cabe resaltar que, en nuestro país, son casi inexistentes las investigaciones sobre este tipo de medidas, a pesar de que vienen siendo utilizadas con mayor frecuencia por las entidades estatales. En los siguientes párrafos haremos un recuento del desarrollo doctrinal existente sobre medidas de policía administrativa, sobre la base de las llamadas «medidas provisionales» existentes en el ordenamiento jurídico español y que son equivalentes a las medidas cautelares en sede administrativa recogidas en la normativa peruana. Como veremos, los autores se han detenido a reflexionar acerca de la naturaleza de este tipo de medidas y han concluido que, entre ellas y las medidas de policía administrativa, existen considerables diferencias<sup>23</sup>. Al respecto:

23 «Salvo la denominación de medidas provisionales, es muy frecuente encontrar previsiones normativas que contemplan todo tipo de medidas directamente encaminadas a la tutela del interés público presente en cada caso. Incluso, a veces, más que medidas provisionales se trata de verdaderas medidas de policía. Estas circunstancias apuntada no es más que una muestra de confusión entre las medidas de policía, en muchos casos denominadas medidas cautelares, y las medidas provisionales en sentido estricto, pese a que ambas figuras responden a un significado y a una finalidad diferentes» (MARINA JALVO, Belén. *Medidas provisionales en la actividad administrativa*. Valladolid: Lex Nova, 2007, p. 22). «No obstante, el ordenamiento jurídico recoge también la existencia de determinadas medidas que no persiguen necesariamente tal finalidad. Como se ha indicado, no son instrumentales de otra resolución, sino directamente del interés público que en cada caso persigan. Tienen de cautelar el que se adoptan como reacción ante ciertos riesgos o perturbaciones y suponen, por su contenido y fines, cautelas para evitar lesiones al interés público protegido o para impedir la continuación de sus efectos antijurídicos. [...] son medidas de policía administrativas [...] o actos que tienen por finalidad el restablecimiento del ordenamiento jurídico conculcado [...]; y a lo sumo cabe decir, [...] que se trata simple medida dirigida a hacer desaparecer una situación que se reputa ilegal y que [...] la urgencia con que se pensaba que era necesario aplicar la medida la dota en cierto modo de una naturaleza cautelar. Estas medidas tienden de forma inmediata al restablecimiento del orden jurídico perturbado y se dirigen a la congelación de la situación de hecho. Por tanto, se trata de medidas de coacción administrativa directa caracterizadas por el empleo de la fuerza en el desarrollo de funciones administrativas, motivada por una situación de urgencia, que legitima la acción inmediata con fundamento en una decisión no procedimentalizada, la cual, en todo caso, se encuentra sometida al principio de legalidad y guiada por los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad» (GARCÍA URETA, Agustín. *La potestad inspectora de las administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 145-146).

En sede de principio, por tanto, es posible distinguir tales medidas de policía administrativa de las que se englobarían en el contexto de las provisionales. Estas últimas vendrían a suplir interinamente la falta de una resolución que aún no se ha producido o, incluso, un procedimiento que ni siquiera ha comenzado. En las primeras, estaría ausente tal conexión procedimental, siendo su finalidad la de garantizar el orden frente a peligros que se susciten y sin necesidad de encontrarse relacionados con un procedimiento sancionador [...] De hecho, se reconoce que concurren en las medidas provisionales finalidades que no encajan exactamente con la de asegurar la resolución que pudiera recaer, surgiendo medidas provisionales que están conectadas con la finalidad última, pero no tienden propiamente a garantizar su eficacia o ejecución, que incluso puede que no esté en peligro. Esta circunstancia hace que el régimen jurídico de ambos tipos de medidas resulte similar, y que puedan servir a los objetivos generales de la inspección [...]»<sup>24</sup>.

Las medidas de policía administrativa tienen una configuración y finalidad propia, cuyo origen es, en principio, la noción de «orden» entendida como un mandato dirigido al administrado que tiene como fuente un acto emitido por la administración. En efecto, imponer una sanción no es la única forma que tiene la administración para cumplir con poner en vigencia el ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, es el último recurso al que debe acudir. Así, «la vulneración del ordenamiento jurídico puede dar lugar a distintas consecuencias que [...] pueden clasificarse en dos categorías distintas: (i) la imposición de una sanción, si aquella está tipificada como infracción y (ii) la restauración del orden jurídico perturbado»<sup>25</sup>. Esta segunda posibilidad se encuentra fundamentada plenamente no en una tipificación específica, sino en el contenido prescriptivo-imperativo de una norma jurídica. La administración, como gestora y tutora del interés público, debe estar facultada para hacer cumplir a los administrados sus obligaciones legales. Ese mandato, a diferencia de la sanción, busca el cumplimiento material de aquello establecido en la norma.

La posibilidad de emitir medidas de policía tiene una estrecha relación con la potestad de inspección de la administración, así:

[...] Uno de los efectos de la actividad de constatación o verificación es identificar los incumplimientos de las condiciones o requisitos normativos o técnicos. En tales casos, el ejercicio de la función de inspección puede derivar en el ejercicio de la potestad sancionadora o inclusive en el surgimiento de responsabilidades adicionales, como son las obligaciones de reposición de cosas a su estado primitivo, restauración de objetos, reparación de daños o pago de indemnizaciones debidas [...]»<sup>26</sup>.

24 *Ibíd.*

25 CASINO RUBIO, Miguel. «La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía: comentarios a la STS del 2 de febrero de 1998, artículo 2060». *Realia*, número 283, mayo-agosto, 2000, p. 571.

26 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Ob. cit.*, nota 16, p. 631.

Estas responsabilidades adicionales —entendemos— se dan por la existencia de un incumplimiento de disposiciones normativas detectado en la verificación. En efecto, durante una inspección, además de detectar infracciones, puede establecerse que existen incumplimientos de normas que no necesariamente se encuentran comprendidas en un tipo sancionador: «Del ejercicio de la potestad inspectora pueden derivarse medidas que pretendan atajar tanto posibles infracciones como, en general, situaciones que se desvíen de lo que la norma exija en cada momento, ya sea la protección del consumidor o la del ambiente, o la salud de las personas. Debido a esto, se habilita a la administración para poder adoptar medidas que salgan al paso de esas circunstancias»<sup>27</sup>.

Sin embargo, la distinción entre las medidas de policía y las sanciones no siempre resulta clara<sup>28</sup>. La sanción administrativa es un mal infringido por la administración a un administrado por incurrir en una conducta ilegal<sup>29</sup>. Las sanciones deben tener un contenido aflictivo, deben consistir en un perjuicio al ciudadano impuesto como un castigo; es decir, buscado directa y deliberadamente. Asimismo, se trata de actos constitutivos en la medida que modifican la situación jurídica del administrado<sup>30</sup>. Lo que distingue a una sanción de otro tipo de medidas es que tiene como finalidad inmediata la de causar un daño al administrado. Al respecto, se señala que «ese mal no sirve para restablecer la legalidad o la realidad física alterada o los valores lesionados, ni para compensar el daño producido, ni para imponer la conducta correcta. Todo esto, por el contrario, es lo característico de otras decisiones administrativas que no son sanciones administrativas propiamente dichas, por lo que no tiene ningún sentido aplicarles el régimen respectivo»<sup>31</sup>.

Es importante tomar en cuenta que la imposición de una sanción únicamente tutela el interés público de forma mediata. La sanción no impone de forma directa la conducta correcta al administrado. Por ello, la administración, haciendo uso únicamente de la potestad sancionadora, se

27 GARCÍA URETA, Agustín. Ob. cit., nota 25, pp. 144-145.

28 «Una primera dificultad surge, sin embargo, cuando aquella [una orden] sirve potencialmente a ambos señores y es alternativamente según los casos, sanción o medio para reparar el orden quebrantado. Cuando esto sucede, la verdadera naturaleza y contenido de la decisión en cada caso considerada se convierten en un criterio principalísimo» (CASINO RUBIO, Miguel. Ob. cit., nota 27, p. 571).

29 «El concepto más difundido de sanción administrativa ha sido aportado por Eduardo García de Enterría quien la define como un mal infringido por la administración a un administrado como una conducta ilegal» (DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública». *Ius et Veritas*, número 10, julio, 1995, p. 156, Lima).

30 «Desde esta última perspectiva, las sanciones administrativas son siempre, en cualquiera de sus formas de naturaleza constitutiva y de contenido aflictivo. Instituyen al infractor en una posición jurídica nueva o distinta y, además, desfavorable respecto a la de que aquel disfrutaba antes de cometer la infracción. Esta nueva situación consiste, típica y principalmente en la imposición de una obligación de pago, y/o en la pérdida (total o parcial, definitiva o temporal), de una situación subjetiva favorable constituida por el derecho administrativo acordadas en el ejercicio de la correspondiente potestad sancionadora y siempre con un fin punitivo» (CASINO RUBIO, Miguel. Ob. cit., nota 27, p. 571).

31 Véase: REBOLLO PUIG, Manuel, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR y Antonio BUENO ARMÍJO. «Panorama del derecho administrativo sancionador en España: los derechos y las garantías de los ciudadanos». *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, número 1, enero-junio, 2005, p. 25, Bogotá.

encontraría imposibilitada de tutelar adecuadamente el interés público. Es allí donde existe la necesidad de otro tipo de actuación, como la utilización de las medidas de policía administrativa, las cuales —a diferencia de las sanciones— tienen calidad declarativa<sup>32</sup> en tanto no modifican la situación jurídica del administrado:

Por el contrario, las medidas de tipo reparatorio, aun cuando traen causa también de un incumplimiento previo, son simplemente declarativas del régimen jurídico sustantivo de referencia no respetado o incumplido, y su contenido, limitado por eso mismo a restablecer la situación indebidamente alterada, carece de todo contenido aflictivo, sin añadir ni quitar nada a la posición jurídica del infractor. Y son, por ello también independientes y compatibles, en su caso, con la imposición de la sanción que proceda [...]»<sup>33</sup>.

Profundizando en este punto, «para que realmente se trate de un castigo es necesario, primero, que altere la situación jurídica de quien lo sufre perjudicándole y, segundo, que ese perjuicio sea precisamente buscado como tal directa y deliberadamente [...]»<sup>34</sup>. En el mismo sentido, debe mencionarse lo siguiente:

Además, el perjuicio en que la sanción consiste está previsto e impuesto como tal, como un mal. Es decir, las previsiones sancionadoras del ordenamiento y los actos administrativos que imponen una sanción determinada buscan directa, precisa y deliberadamente causar el mal en que consisten: el concreto mal que se causa es inútil para los intereses generales, en el sentido de que no los satisface o los realiza [...] Este mal no sirve para restablecer la realidad física alterada o los bienes jurídicos lesionados por la infracción ni para compensar el daño que haya causado ni para imponer al infractor la conducta conforme al ordenamiento o conveniente para los intereses generales [...] todo esto por el contrario es lo propio de otros actos administrativos de gravamen muy diversos entre sí [...] y para los que *el régimen particularmente garantista de las sanciones es por completo inadecuado* pues supondría crear obstáculos injustificados para la realización de los intereses generales<sup>35</sup> (las cursivas son nuestras).

La finalidad de las sanciones es entonces meramente preventiva. «Las sanciones tienen una finalidad [...], son útiles como sistema de respaldo o tutela del ordenamiento, pues sirven para prevenir infracciones futuras y, así, aunque sea de manera indirecta, proteger los intereses públicos

32 «No caben sanciones beneficiosas ni neutras. Además ha de tratarse de un perjuicio que derive exactamente de la sanción. Por tanto, no será sanción la negación de un derecho que no se tenía ni la imposición de un deber que ya existía» (REBOLLO PUIG, Manuel. «El contenido de las sanciones». *Revista Justicia Administrativa*. Editorial Lex Nova, 2000, p. 162).

33 CASINO RUBIO, Miguel. Ob. cit., nota 27, pp. 571-572.

34 REBOLLO PUIG, Manuel. Ob. cit., nota 34, p.155.

35 *Ibid.*

confiados a la administración»<sup>36</sup>. Sin embargo, no suplen la necesidad de un mecanismo de tutela directo<sup>37</sup>. La emisión de órdenes, mandatos y/o medidas dirigidas al administrado, imponiéndole una determinada conducta, es una potestad necesaria para el adecuado ejercicio de la función administrativa y, por ende, podemos decir que estamos ante una potestad implícita en el concepto de función administrativa, pues si una norma prescribe una conducta que luego es incumplida, la administración debe poder obligar al administrado a corregir su actuar. Aquí es necesario precisar, sin embargo, la relación necesaria entre la orden emitida y el contenido de la norma. Es el contenido prescriptivo de la norma el que legitima el actuar de la administración y, a la vez, representa su límite lógico. No obstante, es claro que existe una necesidad de sujetar la emisión de medidas de policía administrativa a la existencia de un acto formal y a una serie de principios que aseguren su razonabilidad<sup>38</sup>. Sobre esto abundaremos más adelante.

La posibilidad que tiene la administración de emitir y hacer cumplir sus órdenes proviene de la denominada autotutela ejecutiva; es decir, aquella potestad para hacer cumplir y ejecutar de forma autónoma sus decisiones, ya que «sucede siempre que hay un incumplimiento. Para obtener el respeto de lo ordenado o prohibido en la norma, no siempre es preciso que la administración eche mano de su potestad sancionadora. En ocasiones, como ha recordado Nieto [...], sobra con que simplemente ponga en marcha sus prerrogativas de autotutela ejecutiva»<sup>39</sup>.

Así, por ejemplo, ante la existencia de un local que viene operando sin la obligatoria licencia de funcionamiento lo correspondería. Al respecto, dice el mismo texto que «naturalmente, para ordenar el cierre de un establecimiento que funciona sin la correspondiente autorización administrativa, la administración no necesita echar mano de su potestad sancionadora. Sobra con que simplemente ponga en marcha sus prerrogativas de autotutela ejecutiva y, en su virtud, concrete —actualizando con carácter meramente declarativo— la prohibición normativa del ejercicio de la actividad sin previa autorización administrativa»<sup>40</sup>.

36 *Ibid.*, p. 157.

37 «El fundamento último de una y otra decisión es, pues, bien distinto. En uno, represor del incumplimiento; en el otro, reparador de este (*rectius* de su resultado). En otras palabras, las sanciones administrativas castigan la perturbación, infligiendo un mal que no restablece el orden quebrantado por la infracción; las medidas reparatorias la remedian, restituyendo las cosas a su estado anterior» (CASINO RUBIO, Miguel. *Ob. cit.*, nota 27, p. 572).

38 «En todo caso, incluso en aquellos supuestos en los que la norma no llegue a concretar qué medidas cabe adoptar, la actuación administrativa no es libre, sino que permanece sujeta a un criterio de proporcionalidad y de racionalidad de su actuación. Tales principios, junto con otros de carácter reglado que acompañan al ejercicio de tal potestad, sirven de mecanismo de control del uso de la misma» (GARCÍA URETA, Agustín. *Ob. cit.*, nota 25, p. 151). Asimismo, de la misma obra, viene también a colación la siguiente cita: «ha de existir una decisión sobre la adopción de las medidas, incluso en los casos de urgencia» (*Ibid.*, p. 153).

39 CASINO RUBIO, Miguel. *Ob. cit.*, nota 27, p. 571.

40 *Ibid.*, p. 572.

La confusión existente entre las sanciones y las medidas de policía administrativa ha obstaculizado el uso adecuado de este tipo de medidas, pues no es claro el régimen al que deben sujetarse. Al respecto:

Las sanciones administrativas son conocidamente el instrumento típico de que dispone la Administración Pública para corregir las conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Pero no son, desde luego, el único. Sin sancionar, la administración cuenta también con otros variados instrumentos para imponer el respeto a lo dispuesto en las normas. Distinguir las sanciones de aquellas otras medidas administrativas que, aun cuando con un contenido y función semejante, no pertenecen al campo del derecho administrativo sancionador es, bien se comprende, una cuestión principal. Por lo pronto, de ello depende la aplicación o el distanciamiento de los principios y garantías vinculados al *ius puniendi* del Estado [...] <sup>41</sup>.

Sin embargo, la confusión entre las sanciones y las medidas de policía administrativa es bastante común. Los autores citados precedentemente señalan que:

[...] en la práctica se presentan casos dudosos y la frontera entre sanciones administrativas y otras decisiones administrativas perjudiciales para los ciudadanos no siempre es nítida. En realidad, hay decisiones administrativas con el mismo contenido aflictivo que pueden ser en unos casos sanciones y en otros no: dependen de que sean un castigo o no. Así la retirada de un permiso de conducir es una vez sanción administrativa y otras una medida para garantizar la seguridad del tráfico [...] <sup>42</sup>.

Reiteramos que dichas confusiones tienen un efecto pernicioso en el sistema del Derecho administrativo. A mayor detalle:

[...] En la misma línea no debería preverse como sanción aquella medida que impone a un administrado la conducta correcta [...] pero a veces el legislador— por su burda técnica, por obsesión sancionadora o por otras razones configura tales medidas como sanciones [...] Con tal error, no sólo no consigue imponer realmente un nuevo mal, sino que dificulta con requisitos impropios o excesivos (culpabilidad, tipicidad, procedimiento sancionador, inexistencia de prescripción, etc.) lo que debería poder acordarse con otra naturaleza y sin tales obstáculos [...] <sup>43</sup>.

En resumen, luego del análisis funcional y doctrinal efectuado, podemos concluir que las medidas de policía administrativa tienen las siguientes características:

41 *Ibíd.*, p. 569.

42 *Ibíd.*, p. 26.

43 REBOLLO PUIG, Manuel. *Ob. cit.*, nota 34, p. 162.

- Son fundamentalmente expresión de una orden emanada de la administración.
- Son medidas que tutelan de forma directa el interés público.
- A diferencia de las medidas cautelares, no son instrumentales a otra resolución.
- Tienen por finalidad restablecer el orden jurídico incumplido; es decir, hacer desaparecer la situación contraria a la norma.
- Son medidas de coacción directa.
- No se encuentran procedimentalizadas.
- Se encuentran sometidas a los principios de proporcionalidad, congruencia, oportunidad y racionalidad.
- Su imposición no se encuentra relacionada necesariamente a la existencia de una infracción.
- No es necesario que se encuentren tipificadas, pues se fundamentan directamente en el contenido imperativo de una norma.
- Se encuentran relacionadas con la potestad inspectora de la administración.
- A diferencia de las sanciones, que tienen como finalidad inmediata castigar al administrado, las medidas de policía administrativa no tienen un contenido afflictivo y son declarativas, no tienen un fin preventivo, sino que tienen como finalidad inmediata la tutela del interés público.
- Son un necesario complemento a la potestad sancionadora y una alternativa menos gravosa ante la necesidad de flexibilidad. Por ello, la potestad para imponerlas es implícita a la función administrativa y proviene de la autotutela ejecutiva de la administración.
- No le son aplicables las disposiciones propias del Derecho administrativo sancionador, las cuales, por el contrario, obstaculizan su adecuado uso.
- En tanto se fundamentan en el contenido prescriptivo de una norma, es ese contenido el límite su configuración e imposición.
- Deben ser impuestas en un acto formal que cumpla con los requisitos de validez de todo acto administrativo.
- En tanto no cumple las mismas funciones que la sanción, ante la existencia de una infracción tipificada como tal, no puede considerarse que la imposición de esta medida sea alternativa a la imposición de una sanción.

501

MEDIDAS  
DE POLICÍA  
ADMINISTRATIVA Y  
RÉGIMEN JURÍDICO  
DEL SERVICIO  
PÚBLICO: USO  
DE LAS MEDIDAS  
CORRECTIVAS EN EL  
PERÚ

### III. DISEÑO NORMATIVO DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS

Con un concepto de medida de policía administrativa que ha sido debidamente delimitado, ahora aplicaremos los parámetros identificados

para analizar las medidas correctivas en el ordenamiento jurídico peruano. Si bien sostenemos que la posibilidad de dictar medidas de policía administrativa es implícita al ejercicio de la función administrativa, en el Perú la tendencia ha sido otorgar de forma expresa la potestad de emitir medidas correctivas, sobre todo en el caso de los organismos reguladores y la autoridad de defensa de la competencia. Una excepción es el caso de los gobiernos locales, a los cuales, en principio, no se les ha otorgado de forma expresa dicha potestad, pues la Ley Orgánica de Municipalidades únicamente prevé una serie de medidas a título de sanción<sup>44</sup>, aunque de un análisis de dichas medidas algunas parecen configurarse como medidas correctivas —por ejemplo el retiro de elementos antirreglamentarios—.

La LPAG establece en su artículo 232 lo siguiente:

Artículo 232.— Determinación de la responsabilidad. 232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente [...].

La norma establece la posibilidad de emitir medidas de reposición de la situación alterada. Si bien, al parecer, se refiere a medidas que pueden ser ordenadas de forma concurrente a una sanción, creemos que la disposición admite una interpretación más amplia. El artículo reseñado establece un primer acercamiento normativo a la posibilidad que tiene la administración de ordenar medidas de reposición. Sin embargo, debe precisarse que una medida de policía, como se ha señalado, no necesariamente hace referencia a la reposición «a un estado anterior» sino, por el contrario, busca que se efectúe una conducta en cumplimiento de una norma que podría referirse a una conducta que nunca fue realizada. La redacción del artículo 232 de la LPAG ha distorsionado la forma como se han conceptualizado las medidas correctivas en los ordenamientos sectoriales.

Al respecto, por ejemplo, el reglamento del procedimiento administrativo sancionador del OSINERGMIN establece que, sin perjuicio de las sanciones a imponerse, el órgano competente podrá imponer medidas correctivas que permitan restablecer las cosas o situaciones alteradas por una conducta antijurídica a su estado anterior<sup>45</sup>.

Otra concepción errada ha sido desconocer la naturaleza directamente ejecutiva de las medidas correctivas. Ante el incumplimiento de una

44 «Ley 27972. Artículo 46.— Sanciones [...] Las sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras [...]».

45 Véase el artículo 16 de la resolución de consejo directivo 233-2009-OS/CD.



medida correctiva, en principio, la administración podría recurrir directamente a los mecanismos de ejecución forzada de los actos administrativos, como las multas coercitivas<sup>46</sup>. Por el contrario, en el reglamento de infracciones y sanciones del OSIPTEL se ha tipificado el incumplimiento de lo dispuesto en una medida correctiva como una infracción muy grave<sup>47</sup>. Esto tiene un efecto perjudicial en la medida correctiva en términos de la oportunidad de su cumplimiento.

En forma general, los organismos reguladores han acudido al uso de medidas correctivas cuando una conducta contraria al ordenamiento jurídico no se encuentra tipificada como sanción, al sustentarlo en la necesidad de recurrir a técnicas que permitan flexibilizar el mandato de tipificación de las sanciones. En ese sentido se indica que:

Para suplir en parte, las consecuencias de la impracticable tipificación total, el operador jurídico se ve obligado a emplear técnicas distintas a las sancionatorias, como es el caso de las medidas correctivas [...] a efectos de exigir el cumplimiento de aquellas obligaciones y mandatos cuya inobservancia no se encuentre tipificada. «[...] su exigencia [de la medida correctiva] no deriva de la aplicación de aquella; sino, en la mayoría de los casos, de la amenaza en ciernes del inicio de un futuro procedimiento administrativo sancionador [...] dicha medida no representa en la práctica una alternativa a la tipificación indirecta [...] toda vez que, al tratarse de un mecanismo carente de efectos coercitivos por sí mismo, necesita del auxilio de una sanción administrativa para su cumplimiento [...]»<sup>48</sup>.

Al respecto, no se debe olvidar que la sanción por sí misma no «exige el cumplimiento» de las obligaciones legales —como se ha señalado reiteradamente en el presente ensayo—, y que, por el contrario, no hay razón para descartar las «técnicas distintas a las sancionatorias» como herramientas efectivas para lograr dicho objetivo. Considerando los problemas de agencia y demás —expuestos al inicio del presente ensayo—, la imposición de una sanción únicamente atiende al sistema de incentivos y no al de órdenes que es un complemento necesario y elemento insustituible para garantizar el interés público. Un ejemplo en ese sentido es el reglamento del procedimiento administrativo sancionador del OSINERGMIN, que además de otorgar la posibilidad de dictar medidas correctivas, reconoce la posibilidad de dictar mandatos. Así, la norma establece lo siguiente:

46 «Las multas coercitivas tienen como finalidad doblegar la resistencia de los administrados para el cumplimiento de una obligación. Lo característico de tales multas es la posibilidad de su repetición periódica [...] las multas coercitivas no tienen carácter punitivo, no se inscriben en el ámbito de la potestad sancionadora de la administración, porque se trata de medidas de constreñimiento económico para asegurar la ejecución forzosa de los actos administrativos, por esa razón las ubica con más propiedad como manifestaciones de la potestad de autotutela ejecutiva de la administración pública» (DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. cit., nota 31, pp. 157-158).

47 Véase los artículos 62 y 63 de la resolución de consejo directivo 002-99-CD-OSIPTEL.

48 MELGAR CORDÓVA, Eduardo. Ob. cit., nota 24, pp. 300-301.

[...] Artículo 19.— Mandatos o disposiciones de carácter particular del OSINERGMIN [...] El órgano competente podrá emitir mandatos o disposiciones fuera o dentro del procedimiento sancionador, cuando éstas sean necesarias para garantizar que el administrado actúe apegado a sus deberes o para evitar que se cometa o se continúe la comisión de un ilícito administrativo sancionable, así como para coadyuvar a las investigaciones preliminares, para obtener información a ser puesta a disposición del público o para resolver un expediente o caso sujeto a competencia del OSINERGMIN [...].

Por otro lado, la necesidad del «auxilio de una sanción administrativa para su cumplimiento» es un elemento que debe ser considerado de forma relativa pues tanto las medidas correctivas como las sanciones —en caso de ser incumplidas— pueden ser objeto de ejecución forzada. Los efectos coercitivos no están en la sanción o medida en sí mismas, sino en los mecanismos de ejecución con los que cuenta la administración.

Finalmente, debemos mencionar que, en general, en el concepto de medida correctiva como medida de policía administrativa no es más que una conceptualización de una actuación de la administración dirigida a ordenar una conducta a un particular sobre la base del incumplimiento de una norma. En tal sentido, no existe —salvo por el momento de su imposición (lo cual puede tener consecuencias en su régimen de imposición)— mayor diferencia conceptual entre las medidas preventivas y correctivas. Las medidas cautelares, por el contrario, sí tienen la particularidad de encontrarse sujetas a la existencia de un pronunciamiento posterior que las legitime y les otorgue fijeza.

### III.1. Jurisprudencia y decisiones administrativas en materia de medidas correctivas

El primer caso a reseñar es la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) recaída en el expediente 1963-2006-PA/TC. En este proceso de amparo se cuestionó la capacidad del INDECOPI de ordenar medidas correctivas de forma adicional a la una sanción impuesta por infracciones a las normas de libre competencia. El TC señaló en el considerando 20 de la sentencia que «admitir que el Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, *sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades*, las cuales fueron otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia [...]» (las cursivas son nuestras). A criterio del TC, esa negación implicaría, además, admitir el absurdo de que los infractores pueden mantener conductas ilegales si cumplen con la sanción impuesta.

La relevancia de este caso radica en que el TC reconoce que la posibilidad de emitir medidas de policía es un necesario complemento de la potestad sancionadora. No admitirlo sería «negarle capacidad real para

actuar dentro de sus facultades», lo cual apoya la idea de la potestad de dictar medidas de policía como implícita a la función administrativa.

Sobre los límites a dicha potestad, en un caso de infracción de las normas de competencia desleal, la comisión de represión de la competencia desleal señaló mediante la resolución 035-2007/CC, emitida en el expediente 109-2006/CCD, que denegaba la solicitud del denunciante de que se ordene el cierre del local del infractor aduciendo que «debe considerarse que las medidas correctivas a dictarse dentro de un procedimiento sancionador, como el presente, deben responder siempre a criterios de razonabilidad, proporcionalidad, y adecuación. En ese sentido, para que una medida correctiva sea reputada válida, además de razonable y proporcional, esta tiene que tener una correspondencia entre el fin que busca lograr y la materialización misma de la medida [...]».

Un importante ejemplo de imposición de medida correctiva, sin la necesidad de la existencia de una infracción, es un caso resuelto por el consejo directivo de SUNASS mediante su resolución 063-2006-SUNASS-CD. La gerencia general de SUNASS impuso como medida correctiva que la empresa procediera a devolver a los usuarios afectados los montos cobrados por concepto de «inspección interna» dentro de los procedimientos de reclamos comerciales más intereses. La empresa apeló dicha decisión ante el consejo directivo argumentando que no cometió infracción alguna, a pesar de lo cual se le impuso una medida correctiva, la cual viene a ser un complemento de la sanción. En tanto no existe infracción, no existe situación que restablecer. Finalmente, la empresa indicó que no existía norma que prohíba el cobro de un servicio colateral no regulado. Al resolver el recurso, el consejo directivo determinó que a pesar de no existir infracción, esto no implica que:

[...] la SUNASS se encuentre impedida de imponer a EMAPICA S.A una medida correctiva cuando la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de la SUNASS verifique el incumplimiento de obligaciones por parte de dicha EPS [...]. En el presente caso la EPS ha efectuado cobros no autorizados por inspección interna dentro de un procedimiento de reclamos comerciales, habiendo infringido el artículo 58° del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento [...] el cual establece que las EPS no podrán efectuar cobro alguno por conceptos por los que no se encuentren expresamente autorizadas [...] no debe interpretarse que las medidas correctivas solo pueden imponerse siempre que acompañen como complementos a las sanciones administrativas, es decir que deban tener una sanción previa como condición para su existencia [...] En este sentido, la aplicación de medidas correctivas es totalmente independiente de cualquier procedimiento administrativo sancionador o de cualquier sanción que se imponga dentro de dichos procedimientos, bastando para su imposición, que se verifique el incumplimiento

505

MEDIDAS  
DE POLICÍA  
ADMINISTRATIVA Y  
RÉGIMEN JURÍDICO  
DEL SERVICIO  
PÚBLICO: USO  
DE LAS MEDIDAS  
CORRECTIVAS EN EL  
PERÚ

de obligaciones [...] si existe una situación que restablecer, la cual se materializa en la gratuidad de la prueba de inspección interna que se realice dentro del procedimiento de reclamos, es decir la eliminación del cobro indebido [...].

Finalmente, la exposición de motivos de la resolución de consejo directivo 029-2008-CD/OSIPTEL (Proyecto de Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTTEL) señala que:

[...] incluir una definición de medidas correctivas, comprendiendo en ella a toda actuación del OSIPTTEL cuya finalidad sea revertir los efectos que hubiere producido una conducta infractora o el incumplimiento de alguna disposición — legal, contractual o técnica— que no configure en estricto una infracción administrativa (pero a cuyo cumplimiento se encuentra sujeta la empresa operadora) [...] Se trata, por tanto, de mecanismos mediante los cuales, los órganos competentes para imponer sanciones, se encuentran facultados para ordenar a las empresas operadoras la realización de una determinada conducta o la abstención de la misma, con la finalidad que estas den cumplimiento a sus obligaciones, legales, contractuales o técnicas sin que de su naturaleza se desprenda que se trata de sanciones administrativas, por carecer del contenido aflictivo o punitivo propio de la sanción. [...] De acuerdo a lo indicado, *dada su naturaleza distinta a la de las sanciones administrativas, su utilización puede ser complementaria o excepcionalmente alternativa a esta última.* Con relación a la posibilidad de ordenar medidas correctivas con carácter alternativo a la sanción, debe precisarse que la norma es clara en señalar que esta, únicamente será factible, en aquellos casos en los que el incumplimiento detectado no hubiere causado daños o habiéndolos causado, *sus efectos resultarían susceptibles de ser eliminados, a través del pleno y total restablecimiento de la situación alterada al estado anterior a la comisión de la conducta [...]* (las cursivas son nuestras).

Se incurre en un error al considerar que la sanción puede ser alternativa a una sanción en caso de infracción. A nuestro parecer, esta forma de utilizar la medida correctiva puede ser fácilmente remplazada por una correcta graduación de la sanción. El frecuente uso del OSIPTTEL de tipificación indirecta de forma incorrecta ha provocado una sobredimensión de las conductas sancionables, ante lo cual se quiere utilizar a las medidas correctivas alternativas a las sanciones como forma de atenuar los efectos extremadamente gravosos que una sanción grave o muy grave puede tener en las empresas operadoras ante incumplimientos menores que, sin embargo, se encuentran «tipificados» en vía indirecta.

Como se puede observar, en el Perú existe un uso bastante heterogéneo de las medidas correctivas. En general, lo más común es encontrarlas de forma complementaria a una sanción, también es común encontrarlas tipificadas como sanción de forma errónea. Además, es común encontrar disposiciones que habilitan a dictar medidas correctivas listadas

taxativamente en una norma. Consideramos que todo ello demuestra el desconocimiento de las medidas correctivas como medidas de policía administrativa y los supuestos habilitantes para su utilización, a pesar de lo cual existen pronunciamientos —como los reseñados previamente— que demuestran un entendimiento y uso correcto de la institución.

#### IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Debemos tener presente que el objetivo de una política regulatoria no es la imposición de sanciones de forma indiscriminada, sino, prevenir que se perturbe el ordenamiento jurídico al desincentivar las conductas contrarias al mismo. La fiscalización no debe tener siempre como fin imponer una sanción. Es necesario que se privilegie la utilización de instrumentos que permitan alertar y corregir antes que buscar expandir el área de influencia del Derecho administrativo sancionador hacia incumplimientos poco relevantes. Un organismo regulador no debe convertirse en un inquisidor irracional. Durante los últimos años, la imposición de sanciones ha aumentado considerablemente, pero no queda claro si ello ha tenido un efecto significativo en los distintos mercados. Debe analizarse qué tipo de conductas merecen ser calificadas como una infracción y solamente acudir al Derecho administrativo sancionador si el daño provocado al administrado mediante su imposición realmente genera una inflexión en el comportamiento de los agentes; es decir, si genera un efecto real en el mercado. La práctica internacional lleva a pensar que las sanciones —para que, en efecto, tengan un efecto desincentivador— deben ser por las conductas calificadas como más graves.

Poner en práctica un sistema de *soft-enforcement* a través del uso de medidas de policía en un país como el Perú resulta bastante complejo, pues implica que las instituciones tengan una legitimidad que permita que el ciudadano confíe en el criterio que en ellas se maneja al analizar cuándo es necesario sancionar y cuándo resulta suficiente recurrir a otro tipo de incentivos que parten del diseño de estrategias interiores del organismo regulador, así como del diseño de una política regulatoria adecuada. Las medidas correctivas —como cualquier otra institución jurídica— son herramientas para el logro de un determinado objetivo. En el caso del servicio público, el objetivo es garantizar su prestación bajo parámetros predeterminados.

No debemos expandir de forma innecesaria la acción de la potestad sancionadora, pues existen otros instrumentos igualmente satisfactorios para el régimen del servicio público. La tipificación indirecta y las leyes sancionadoras en blanco han sido utilizadas frecuentemente, pero no debemos dirigirnos hacia una atenuación del principio de tipificación, sino hacia la utilización de otras herramientas. La potestad de dictar medidas de policía administrativa es una condición necesaria para el ejercicio de la función administrativa. Asimismo, su uso permite no generar

507

MEDIDAS  
DE POLICÍA  
ADMINISTRATIVA Y  
RÉGIMEN JURÍDICO  
DEL SERVICIO  
PÚBLICO: USO  
DE LAS MEDIDAS  
CORRECTIVAS EN EL  
PERÚ

una hipertrofia de la potestad sancionadora, a la par que se mantiene la atención en el interés público.

Si bien las medidas de policía administrativa son un instrumento legítimo con el que cuenta la administración, no es menos cierto que su ejercicio debe estar reglado. En primer lugar, deben establecerse supuestos claros para su imposición, comenzando por el diseño de un procedimiento administrativo que responda a las características de este tipo de medida. En segundo lugar, deben determinarse los principios a los cuales debe sujetarse la imposición de este tipo de medida, como los ya mencionados principios de proporcionalidad y razonabilidad y el respeto al derecho de defensa del administrado. Ello, por ejemplo, debe servir para determinar las actuaciones concretas que debe seguir la administración para la imposición de una medida correctiva, los plazos a los que debe sujetarse, las formas de acreditar el cumplimiento de las misma, etcétera.

Por otro lado, un aspecto importante es que la obligación cuyo cumplimiento se exige a través de una medida correctiva debe razonablemente surgir de la norma que en teoría la establece; algo contrario puede llevar a arbitrariedades por parte de la administración. Si bien no han sido materia de análisis específico en el presente ensayo, las medidas correctivas ordenadas en el marco de los procedimientos administrativos por infracción a las normas de protección al consumidor y de defensa de la libre y leal competencia son cuestionadas por la relativa indeterminación y desconocimiento del alcance de las medidas correctivas que pueden ser ordenadas. Consideramos que el origen de dicho cuestionamiento es que las medidas correctivas en tales procedimientos se sustentan en la infracción de normas que no prescriben un comportamiento específico, sino en normas que pueden ser interpretadas de forma bastante amplia como, por ejemplo, la definición de un producto o servicio no idóneo. Si bien ello puede servir para reprimir conductas reprochables a través de la imposición de multas, al momento de ordenar conductas específicas por parte del administrado puede derivar en arbitrariedades o excesos, pudiendo incluso llegarse a que se confundan con medidas indemnizatorias. El cuestionamiento de actuaciones excesivas por parte de la administración debe estar comprendido en el diseño de un procedimiento de imposición de medidas correctivas en el que habilite el uso de medios impugnatorios pertinentes.

Al respecto, la resolución 103-2010 del consejo directivo del Osiptel (Proyecto de Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones), publicada recientemente, refleja una evolución en la concepción de las medidas correctivas, pues en sus artículos 26 a 29 diseña un modelo de procedimiento para la imposición de dichas medidas, lo que puede servir como punto de partida para el futuro desarrollo y entendimiento de la institución.

# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

---

DERECHO  
PUCP

REVISTA  
DE LA FACULTAD  
DE DERECHO





FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol y Félix MORALES LUNA (coordinadores). *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Lima: Palestra y Red ALAS, 2011 (240 páginas).

*Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana* es una obra que se compone de una traducción al castellano del artículo de la profesora estadounidense Katharine T. Bartlett titulado «Feminist Legal Methods» y de cuatro ensayos sobre la aplicación de la metodología jurídica feminista planteada por Bartlett a la realidad concreta del Derecho peruano actual. Los textos han sido desarrollados por los profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Elena Alvites Alvites, Marisol Fernández Revoredo, Yván Montoya Vivanco y Félix Morales Luna.

Bartlett forma parte de un grupo de profesoras de Derecho herederas de la «segunda ola del feminismo» de la década del setenta. Este movimiento criticó las bases de la construcción política liberal de los Estados Unidos y de su concepto limitado y formalista de igualdad que acarrearba resultados desastrosos para las mujeres. Comenzó así una etapa de litigio y presión política para redefinir conceptos y situaciones que afectaban negativamente a las mujeres como la violación, el ambiente laboral hostil o de restricciones en temas de salud o en derecho de propiedad. Uno de sus principales aportes fue el rechazo a un razonamiento que se agota en una aplicación formalista de principios amplios y reglas abstractas, y que, por el contrario, propone una metodología en la que dichos principios y reglas se evalúan a la luz de la realidad particular de los afectados por el derecho.

Dicha perspectiva es retomada por los profesores que participan en esta publicación, quienes analizan críticamente tanto las normas del sistema jurídico peruano como los criterios empleados por sus operadores, para evidenciar el impacto negativo que tales normas y criterios aparentemente neutrales generan sobre las mujeres, así como para proponer una metodología que, sin descuidar los fines propios del Derecho, garantice una mayor equidad en el trabajo con normas. De ahí la trascendencia de esta publicación, que constituye un indudable aporte a la discusión académica peruana.

Macarena Saez

Profesora de Derecho de la American University  
Coordinadora de la Red ALAS

Reseña del ensayo que ocupó el segundo lugar en el Tercer Concurso de ensayos jurídicos: *¿Dos caras de una misma moneda?: La vigencia de la diferenciación entre contrato administrativo y contrato civil en el Perú* escrito por Andrés Dulanto Tello.

Este ensayo se construye sobre un análisis riguroso de los criterios diferenciadores que ha establecido la doctrina entre el contrato administrativo y el contrato civil, para luego precisar los cambios que se han producido en la forma de contratación con el Estado.

El autor considera que a partir de la liberalización de la economía, se acomodó la legislación hacia modelos que atraigan capitales privados, ofreciendo incentivos y mecanismos que aseguren el retorno de su inversión, para lo cual se crearon, entre otros, los convenios de estabilidad jurídica. Estos mecanismos, señala, han implicado un cambio significativo en la contratación estatal: se dejó de ver al Estado como la parte fuerte y al privado como la parte débil. Todo ello, en un marco constitucional que respalda claramente esta figura con la consagración de los contratos-ley.

Finalmente, lleva a cabo un riguroso análisis de la concesión del aeropuerto Jorge Chávez, como ejemplo de los nuevos paradigmas de contratación de la administración pública en el cual se pueden conjugar los intereses del particular y a la vez satisfacer, de forma eficiente, las necesidades públicas.

Reseña del ensayo que ocupó el tercer lugar en el Tercer Concurso de ensayos jurídicos: *El mito del contrato administrativo Descendiendo al caos primordial* escrito por Alberto Blas Rivera.

El artículo, partiendo de una reflexión filosófica, se introduce en el análisis y cuestionamiento de algunos conceptos que parecen ciertos e inamovibles en el Derecho administrativo. Así, comienza con el análisis del contrato como negocio jurídico y manifestación de la autonomía de la voluntad para, seguidamente, analizar la administración como manifestación del poder político organizado dentro del Estado. Entra a continuación, en el análisis de la naturaleza y particularidades de los contratos administrativos, cuestionando su propia existencia para, posteriormente describir su contenido y puntualizar algunas instituciones relacionadas: los servicios públicos, las cláusulas exorbitantes y la concesión como acto unilateral.

Finalmente, el ensayo analiza la relación entre la administración y su relación con los privados al margen del poder, para concluir arribando a algunas conclusiones que recalcan la necesidad de contar con un Estado más activo en miras de asegurar y enfrentar nuevos retos, como son la contaminación ambiental y el avance tecnológico, entre otros.

# CRÓNICAS DEL CLAUSTRO

---

DERECHO  
PUCP

REVISTA  
DE LA FACULTAD  
DE DERECHO



En el semestre 2011-I se desarrollaron diversas actividades. Entre ellas, destacan las siguientes:

## I. ACTIVIDADES DE LA FACULTAD

### I.1. Seminarios y conferencias

- Ceremonia de apertura del año académico de la Facultad de Derecho. Se realizó en el auditorio de Derecho el día jueves 24 de marzo a las 12 horas. Se comentó sobre el origen de los «Wisconsin Boys» y la reforma de la enseñanza del Derecho entre los años sesenta y setenta. El doctor Lorenzo Zolezzi fue el encargado de la presentación inicial. Los comentarios estuvieron a cargo del doctor Jorge Avendaño, del doctor Javier de Belaunde y del doctor Luis Pásara.
- Sesión informativa para estudiantes de primer ciclo. Se realizó el jueves 31 de marzo en el anfiteatro «Monseñor José Dammert Bellido», a las 12 horas.
- Quinto congreso internacional sobre fideicomiso de la asociación «Andrés Bello». Se realizó los días 13 y 14 de abril en el auditorio de Derecho. Se contó con la participación de: Nicolas Balat (Francia), Sarah Bros (Francia), Christian Larroumet (Francia), Blandine Mallet-Bricout (Francia), Sebastián Picasso (Argentina), Fabricio Mantilla (Colombia), Carlos Pizarro (Chile), Rafael Ibarra Garza (México), y de los abogados peruanos Mario Castillo Freyre, Manuel de la Flor Matos, Gonzalo García Calderón, Ricardo Guevara Bringas, Silvia Muñoz Salgado y Luis Pizarro Aranguren.
- Obra teatral «Aunque todo el cuerpo muera: Raphael Lemkin y el tratado contra el genocidio». Evento organizado junto con el Teatro de la Universidad Católica (TUC). Se realizó el jueves 28 de abril en el auditorio de la Facultad de Derecho. La obra fue dirigida por Luis Peirano y contó con la participación de Robert Skloot como invitado especial y del doctor Jorge Santisteban como Raphael Lenkim. En el elenco participaron Violeta Cáceres, Bertha Pancorvo, Ricardo Velásquez, Lucero Medina, Camila Zavala, Jorge Medina y Rolando Reaño.
- Inauguración del anfiteatro «Monseñor José Dammert Bellido». Como una forma de agradecer y honrar la imagen de monseñor José Dammert Bellido, el martes 23 de abril se inauguró el

anfiteatro que lleva su nombre. Durante la ceremonia se reflexionó sobre la vida y obra del monseñor, y se destacó su trabajo pastoral en Cajamarca, así como su lucha a favor de la justicia. A la ceremonia asistieron docentes y autoridades de la universidad, entre los que estuvieron los doctores Marcial Rubio (rector de la PUCP), Walter Albán (decano de la Facultad de Derecho), Gattas Abugattas (secretario académico de la Facultad de Derecho), César Delgado Barreto (profesor principal de la Facultad de Derecho), Salomón Lerner (presidente de IDEHPUCP) y Pepi Patrón (vicerrectora de Investigación). Asimismo, estuvieron presentes monseñor Miguel Cabrejos (presidente de la Conferencia Episcopal Peruana), monseñor Luis Bambarén (obispo emérito de Chimbote), Laura Dammert Bellido y Juan Antonio Delpero Barrios (hermana y sobrino nieto, respectivamente, de monseñor José Dammert), entre otros familiares.

- II Seminario Internacional de Derecho procesal: proceso y constitución. Se realizó del 10 al 13 de mayo en el auditorio de la Facultad de Derecho y contó con la presencia de ponentes nacionales y extranjeros. Durante las charlas se trataron temas como la oralidad y las garantías constitucionales en los procesos civil y laboral, la duración razonable del proceso y la tutela sumaria, la prueba ilícita, la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, el amparo contra resoluciones judiciales, los procesos constitucionales en el Perú, entre otros.
- Curso sobre el Tratado de Libre Comercio entre los EEUU y la República del Perú: oportunidades y desafíos. Se llevó a cabo en el anfiteatro «Monseñor José Dammert Bellido» los días 23, 24, 25, 26, 27, 30 y 31 de mayo y 1, 2 y 3 de junio. El profesor invitado fue Thomas Andrew O’Keefe.
- Conferencia internacional «Veinte años de PROSODE en la PUCP: de la proyección social a la responsabilidad social en Derecho». Se realizó los días 16 y 17 de junio en el auditorio «Monseñor José Dammert Bellido».
- Seminario Internacional «Aspectos éticos y jurídicos de los transgénicos». Se realizó en el anfiteatro «Armando Zolezzi» los días 13 y 14 de junio. La expositora invitada fue la doctora Teodora Zamudio de la Universidad de Buenos Aires. Se trataron temas relacionados a qué son los transgénicos, al sistema de protección legal, y a las biotecnologías relacionadas al desarrollo humano y económico.
- III Jornada Internacional de Derecho registral y notarial. Se realizó en el auditorio de la Facultad de Derecho los días 27 y 28 de junio. Contó con la participación de los doctores Alberto Ruiz de

Erenchun (Argentina), Elena Vivar Morales (España), Gunther Gonzales Barrón (España), Alfonso Cavallé Cruz (España), Mario Romero Valdieso, Sergio Berrospi Polo y Carlos Somocurso Alarcón, quien participó como moderador. Se trataron temas como el procedimiento administrativo registral, la calificación, simplificación y modernización de la función registral, el fundamento de la primacía del título al asiento registral, la calificación notarial y registral en el sistema español, la función notarial y el derecho de sucesiones, el régimen disciplinario del notariado, entre otros.

- El registro de la propiedad en España. Conferencia organizada por el programa de segunda de Derecho registral en el anfiteatro «Monseñor José Dammert Bellido» durante los días 4, 5, 6, 7 y 8 de julio. El profesor invitado fue José Antonio Álvarez Caperochipi.
- III Reunión regional «Justicia constitucional y derechos fundamentales». Audiencia pública. Se llevó a cabo los días 11, 12 y 13 de julio y agrupó a los más destacados juristas de América Latina, quienes, en audiencia pública, expusieron las conclusiones del encuentro. Esta audiencia tuvo lugar en el anfiteatro «Monseñor José Dammert Bellido» el día 12 de julio.
- Ética en el Poder Judicial. Los jueces y servidores judiciales de Lima y del interior del país participaron los días 21 y 22 de julio del «Primer taller de ética judicial», organizado por el comité de ética del Poder Judicial en colaboración con nuestra facultad. El taller se llevó a cabo en la sala de audiencias de la Corte Suprema de Justicia de la República (Palacio Nacional de Justicia, oficina 333, tercer piso).
- Inauguración de la diplomatura de Estudio Internacional en Pluralismo Jurídico y Derecho Indígenas. El 1 de agosto se dio inicio a la diplomatura de Estudio Internacional en Pluralismo Jurídico y Derechos Indígenas, con el auspicio de la nuestra facultad. La diplomatura constó de 224 horas pedagógicas y tiene validez para obtener ascensos judiciales. Los docentes que participaron en ella fueron Dinah Shelton (presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), Carlos Gaviria (primer presidente de la Corte Constitucional de Colombia), Esther Sánchez (perita de la CIDH y de la Corte de Colombia), Magdalena Gómez (experta mexicana en el tema), Robert Yazzie (juez de la Nación Navajo), entre otros.
- II Seminario Internacional de Derecho internacional y constitucional comparado en derechos indígenas: retos para su aplicación nacional. Con ocasión de la celebración del Día Internacional de los Pueblos Indígenas, el Parlamento Andino, el Grupo Parlamentario Indígena del Perú, el Instituto Internacional de Derecho

y Sociedad y nuestra facultad llevaron a cabo este seminario los días 8 y 10 de agosto. Entre los ponentes internacionales invitados estuvieron Dinah Shelton (presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y relatora de pueblos indígenas de la CIDH), Carlos Gaviria (ex presidente de la Corte Constitucional de Colombia) y Eddy Burgoa (viceministro de Justicia Comunitaria de Bolivia). Asimismo, participaron César Landa (ex presidente del Tribunal Constitucional), Hilaria Supa (congresista del Parlamento Andino), Raquel Yrigoyen (integrante del IIDS) y Walter Albán (decano de nuestra facultad).

## I.2. Sustentaciones de expedientes y tesis para optar por el título de abogado

- Durante el ciclo 2011-I se llevaron a cabo 120 sustentaciones de expedientes y 14 sustentaciones de tesis. Ocho de las tesis obtuvieron la mención de «sobresaliente».

## II. ACTIVIDADES DEL DEPARTAMENTO

### II.1. Coloquios y conversatorios especializados

#### II.1.1. Coloquios con profesores nacionales

- Resolución de conflictos de nombres de dominio. Estuvo a cargo de Enrique Bardales Mendoza y se realizó el 23 de marzo.
- Los recursos parafiscales en el Perú. Estuvo a cargo de Eduardo Sotelo Castañeda y se realizó el 11 de mayo.

#### II.1.2. Coloquios con profesores y especialistas extranjeros

- Las sanciones del consejo de seguridad de la ONU y la protección de los derechos humanos: el caso Youssef Nada con Suiza. Estuvo a cargo de Macarena Matutis (abogada argentina y máster en Derecho internacional y europeo por la Universidad de Berna, Suiza). La actividad tuvo lugar el 22 de junio.

### II.2. Otros eventos académicos

- «Círculo de aprendizaje sobre destrezas legales y educación virtual», organizado por César Higa y Alfredo Maraví.

### II.3. Publicaciones

#### II.3.1. Cuadernos de trabajo del Departamento Académico de Derecho

- *Análisis comparado del tratamiento que se le da a la detención ciudadana en Perú y España: especial referencia a los serenos municipales y a los agentes de seguridad*. Escrito por Romy Chang Kcomt. Cuaderno de trabajo número 18 (12 de abril).



- *Impacto de los nuevos saberes ético científicos acerca de los animales en los sistemas jurídicos. Una aproximación.* Escrito por Pierre Foy Valencia. Cuaderno de trabajo número 19 (4 de mayo).
- *Derecho procesal constitucional.* Escrito por César Landa Arroyo. Cuaderno de trabajo número 20 (25 de mayo).
- *Globalización de los derechos humanos y de la justicia penal internacional.* Escrito por José Burneo Labrín. Cuaderno de trabajo número 21 (15 de junio).

519

CRÓNICAS  
DEL  
CLAUSTRO

#### II.4. Actividades de responsabilidad social

- Programa de capacitación para docentes en el área de desarrollo social (PROCADES). Se trataron temas de derecho a la no discriminación, de derecho de protección al consumidor, de Derecho constitucional, de Derecho penal y de Derecho de familia. Se realizó los días 21 y 28 de mayo. Los docentes expositores fueron Wilfredo Ardito, Jorge Avendaño V., Yván Montoya, Jimena Salazar, Raúl Solórzano y Erika Zuta.
- Derecho para líderes y lideresas sociales (DLS). Se trataron temas de Derecho de familia (filiación, patria potestad, violencia familiar), de Derecho constitucional (derechos fundamentales y procesos constitucionales) y de protección al consumidor. Se realizó el día sábado 25 de junio. Los docentes expositores fueron Abraham García Chávarri, Juan Francisco Rojas y Lourdes Hernández.

#### II.5. Cursos del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)

- Taller participativo de información y capacitación para los adolescentes institucionalizados y *care leavers* sobre los derechos y deberes humanos y ciudadanos, y sobre derechos y servicios dedicados a la infancia, adolescencia, juventud y a las mujeres. Esta actividad fue a solicitud de «Ai.Bi. Associazione Amici dei Bambini» y estuvo a cargo de Víctor Saco Chung, Wilfredo Ardito Vega, Marisol Fernández Revoredo y María Consuelo Barletta Villarán. Se realizó del 13 de noviembre de 2010 al 26 de marzo de 2011.
- Taller de Derecho civil patrimonial, dirigido a funcionarios de la zona registral IX de la SUNARP. Estuvo a cargo de Iván Ortiz Sánchez, Víctor Endo Olascuaga, Martín Mejorada Chauca, Jeanette Aliaga Farfán y Mario Romero Valdivieso. Se realizó del 9 de marzo al 4 de abril.
- Taller de Derecho concursal, dirigido a funcionarios de la zona registral IX de la SUNARP. Estuvo a cargo de José Antonio

Jiménez Chocano, Paolo del Águila Ruíz de Somocurcio, Hugo Silva Quintana y Gustavo Miró Quesada Milich. Se realizó del 9 de mayo al 1 de junio.

- Taller de Derecho procesal penal y jurisprudencia vinculante. Fue dirigido a funcionarios del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y estuvo a cargo de Joel Segura Alania. Se realizó del 4 al 18 de abril.
- Taller de casación en materia civil. Fue dirigido a funcionarios de la Corte Suprema de Justicia de la República. Estuvo a cargo de Dante Apolín Mesa, Enrique Palacios Pareja, Gustavo de Vinatea Bellatin, Manuel Villa-García Noriega, Eugenia Ariano Deho, Fernando Castañeda Portocarrero, Sara Esteban Delgado y Betzabé Marciani Burgos. Se realizó del 12 de abril al 17 de mayo.

### III. ACTIVIDADES DE PROSODE

Es importante resaltar que en este primer período del año 2011 hemos contado con la participación de 48 estudiantes matriculados en el curso. Asimismo, se contó con la participación de cinco estudiantes de la PUCP y cuatro estudiantes de la Universidad San Agustín de Arequipa (RPU), además de colaboradores (voluntarios), que conformaron un total de 57 estudiantes participando en el curso y posibilitaron la realización de diversas actividades durante este ciclo. A continuación, mencionamos algunas de ellas.

#### III.1. Asesoría legal

- Se pone en contacto a los alumnos con casos concretos presentados en forma directa por los propios involucrados, con lo que se motiva a que el estudiante participe activamente en la atención y seguimiento judicial de los procesos. De esta manera, y en aplicación del método clínico, los alumnos tienen la oportunidad de iniciar su labor de futuros abogados, pues deben conocer el caso en su aspecto jurídico-legal y diseñar estrategias de defensa, a fin de contribuir a que la justicia sea un derecho accesible a las personas, a la vez que enriquecen o refuerzan su formación académica.
- En el semestre 2011-I se tuvo un total de 1639 atenciones, de las cuales 837 constituyeron atenciones nuevas. Asimismo, se tuvo un total de 339 procesos judiciales, los que se encuentran en trámite hasta julio de 2011. Esto ha permitido facilitar el acceso a la justicia de ciudadanos pobres y de extrema pobreza.
- En cuanto a las cifras de atenciones de nuestros consultorios, presentamos el siguiente cuadro:

## Estadística 2011-I de asesoría legal

Área Asesoría Legal	CJG	Total atenciones	Atenciones antiguas	Atenciones nuevas	Procesos en trámite	Demandas ingresadas	Demandas fundadas
Febrero – julio 2011	PUCP	427	205	222	65	10	02
	Canto Grande	306	104	202	55	08	02
	La Recoleta	374	158	216	79	05	00
	Callao	99	37	62	20	02	00
	Barranco	433	297	136	120	21	10
<b>TOTAL</b>		<b>1639</b>	<b>801</b>	<b>838</b>	<b>339</b>	<b>46</b>	<b>14</b>

521

CRÓNICAS  
DEL  
CLAUSTRO

## Casos por temas vistos en los consultorios jurídicos

Asesoría Legal	CJG	Familia	Civil	Laboral	Administrativo	Penal	Previsional	Tributario	Otros
Febrero – julio 2011	PUCP	94	79	18	18	07	05	00	01
	Canto Grande	96	88	04	01	09	04	00	00
	Recoleta	71	71	19	19	18	16	06	03
	Callao	38	06	03	04	01	04	02	09
	Barranco	124	09	00	00	01	00	00	02
<b>TOTAL</b>		<b>423</b>	<b>253</b>	<b>44</b>	<b>42</b>	<b>36</b>	<b>29</b>	<b>08</b>	<b>15</b>

## III.2. Difusión legal

- Los alumnos informan y reflexionan sobre temas jurídicos de interés a través de la radio. En la segunda mitad del año se trabajó con radio «La Luz» con el objeto de orientar a la comunidad acerca del conocimiento, ejercicio y defensa de sus derechos y del cumplimiento de sus deberes —ello siempre con miras a contribuir con la formación ciudadana y la generación de espacios de participación—.
- El programa «El Derecho a tu alcance» es emitido permanentemente durante el primer semestre los días sábados a las 12 a.m. en Radio «La Luz».
- Durante el semestre 2011-I, el programa “El Derecho a tu alcance” tuvo un total de 74 llamadas al aire (consultas jurídicas)

entre sus diecisiete programas emitidos. Es decir, un promedio de 5 llamadas por programa.

- Durante los meses de abril a junio se publicaron dos ediciones del boletín «Construyendo Justicia», de seis páginas cada uno, gracias al financiamiento de la Dirección Académica de Responsabilidad Social. Además, los boletines fueron colgados en el blog de PROSODE: <http://blog.pucp.edu.pe/prosode>.

#### Consolidado de llamadas por distrito

Distrito/provincia	Llamadas		Promedio (%)
	Ciclo 2011-0	Ciclo 2011-I	
Cercado de Lima	1	9	13,5
Comas	1	9	13,5
San Juan de Lurigancho	8	10,8	
Pueblo Libre	1	6	9,4
Los Olivos		6	8,1
Callao		5	6,7
Ate	1	3	5,4
Otros	6	18	32,0
<b>Total</b>	<b>10</b>	<b>64</b>	<b>100,0</b>

### III.3. EDUCACIÓN LEGAL

- A cargo de los alumnos de Derecho, esta iniciativa tiene como objetivo promover la formación ciudadana y la defensa y protección de los derechos de niños y adolescentes mediante el dictado de charlas y talleres a los alumnos de quinto y sexto grado de primaria, y primero y segundo de secundaria de colegios estatales. De esta manera, esta área se inserta dentro de la corriente del *street law*, la cual se creó con la finalidad de buscar un camino para facilitar información jurídica relevante para la vida diaria de los jóvenes.
- Durante el primer semestre se realizaron cinco talleres en los Colegios Fe y Alegría 4 (San Juan del Lurigancho) y Fe y Alegría 1 (San Martín de Porres), y cinco talleres en el Colegio Juan Pablo II (Chorrillos). A partir de esos esfuerzos, 103 estudiantes y padres de familia resultaron beneficiados.

Semestre 2011-I

523

Talleres	Derechos Humanos	Igualdad	Delitos y faltas	Patria potestad	Integridad	
Fe y Alegría N°1	grupo 1	9	8	6	4	5
	grupo 2	9	4	9	9	6
	grupo 3	8	7	6	6	6
	grupo 4	10	7	8	7	8
	grupo 5	10	7	8	9	6
Subtotal de beneficiarios	46	33	37	35	31	
Juan Pablo II	grupo 1	7	6	6	14	13
	grupo 2	9	6	6	8	11
	grupo 3	8	6	5	9	8
	grupo 4	6	9	6	12	8
	grupo 5	7	6	6	4	5
Subtotal de beneficiarios	37	33	29	47	45	

CRÓNICAS  
DEL  
CLAUSTRO

### III.4. Penal-penitenciario

El área tuvo cuatro vacantes, las cuales fueron íntegramente ocupadas por los alumnos de la facultad durante el último semestre. El consultorio del área se instaló desde la primera semana de clases en los ambientes del auditorio del adulto mayor, en el penal de San Pedro y en Lurigancho. No obstante ello, durante el segundo semestre se realizaron tres visitas al pabellón 16, en el que, en su mayoría, se encuentran internos que están procesados por delitos contra el patrimonio en la modalidad de hurto y robo agravado.

#### Casos patrocinados

Delitos	2010-2	
	Procesados	Sentenciados
Tráfico de drogas	1	4
Contra el patrimonio (robo)	0	2
Contra la indemnidad sexual	0	7
Otros	0	1
<b>TOTAL</b>	<b>1</b>	<b>14</b>

- Un caso emblemático fue el del señor Carlos Barranzuela Talledo, a quien, en el ciclo 2010-I, se le consiguió por intermedio de la oficina defensorial de Huánuco tres copias certificadas de su sentencia condenatoria, ya que esta estaba «desaparecida». Durante el semestre 2011-I, el recurrente se nos acercó, ya que le había llegado un comunicado que decía que podía salir de la cárcel recién en el año 2012 y no en mayo del presente año, como estaba previsto. Es decir, sin tener en cuenta la refundición de la pena. En el sistema del INPE no figuraba dicha sentencia de refundición. Se hizo las averiguaciones y se encontró que la sala de Huánuco olvidó remitir los partes correspondientes y el boletín de condenas, por lo cual nuevamente se realizaron las gestiones ante el INPE y ante la defensoría para poder aclarar el asunto. Por negligencia de la secretaria de la Corte Superior no se envió a tiempo esta documentación a Lima, por lo cual se levantó un acta de queja telefónica en Huánuco, para que la oficina defensorial pudiera iniciar el trámite correspondiente. Posteriormente, se remitió la información a Lima en dos oportunidades —debido al consistente error de redacción de Huánuco que nos atrasó más de dos semanas—. En la ciudad de Lima se hicieron las coordinaciones con la oficina de asuntos penales y penitenciarios de la Defensoría del Pueblo para que se realice el seguimiento correspondiente. Se obtuvo la inscripción de la sentencia de refundición y se consiguió la salida del interno el día 18 de junio del presente año y no en el año 2012, como erróneamente se había establecido al principio.
- Caso de la parroquia de los Sagrados Corazones – La Recoleta. Durante el semestre 2011-I se realizó el patrocinio de un caso penal que fue inicialmente tomado durante el año 2009 por el abogado Héctor Rojas. Se realizó una denuncia al padre Sixto Vilca, así como al señor Edmundo Moscol y a la señora Wilma Mendoza, residentes del hospicio Luisa de Marillac. Dicha denuncia, formulada por Noemí Ubaldina, consistía en el supuesto delito de usurpación agravada. Sin embargo, luego de una revisión exhaustiva del expediente, se llegó a la conclusión de que la acusación no tenía argumentos sólidos, con lo cual se procedió a asumir el caso. Se realizaron los apersonamientos respectivos y se participó tanto en la declaración de las partes involucradas, en la recolección de documentación como en el acompañamiento a dos inspecciones oculares, y se presentaron diversos escritos fundamentando la posición de los patrocinados. Finalmente, el superior de la provincia de los Sagrados Corazones consideró que sería más conveniente para sus intereses que fuese el abogado de su congregación quien asuma la representación de la misma en el caso en cuestión, razón por la cual se nos requirió la

documentación respectiva, la cual le fue entregada a la secretaria del provincial, la señora Marianela Seminario.

525

CRÓNICAS  
DEL  
CLAUSTRO

### III.5. Actividades extracurriculares

- **Conferencia Internacional por los 20 años de PROSODE PUCP.** Se llevó a cabo los días 16 y 17 de mayo y tuvo por nombre «Veinte años de PROSODE en la PUCP: de la proyección social a la responsabilidad social del Derecho». Participaron profesores invitados de Seattle University School of Law (Estados Unidos), de York University (Canadá) y de la PUCP, así como alumnos, ex alumnos y varias entidades de la sociedad civil.
- Concurso de investigación jurídica de responsabilidad social. En el marco de la celebración por los veinte años de la fundación de PROSODE, y con el apoyo y financiamiento de la Dirección de Responsabilidad Social (DARS), se convocó a los alumnos y alumnas de la Facultad de Derecho a participar en este concurso de investigación. Se designaron como jurados a los profesores Tesania Velásquez (integrante del Departamento de Psicología y coordinadora del programa de formación e investigación académica de la DARS), Antonio Peña Jumpa y Armando Guevara Gil (ambos del Departamento Académico de Derecho).
- Video institucional de PROSODE por sus veinte años. Se elaboró el video institucional de PROSODE teniendo en consideración los diferentes espacios en los que se desarrolla y difunde su labor, por lo que fue necesario contar con una producción que diera a conocer el trabajo que ha realizado a través de sus cuatro áreas: asesoría legal, educación legal, difusión legal y penal penitenciario. El video podrá ser utilizado no solo para las clases en la facultad de derecho de la PUCP, sino también como herramienta audiovisual para las diferentes ponencias, eventos y *workshops* nacionales e internacionales a los que sea invitado PROSODE.
- Talleres de capacitación y asesoría legal a la comunidad de Pamplona Alta

Al haber ganado un fondo de 2300 euros para un programa de capacitación en Pamplona Alta (San Juan de Miraflores) —gracias al muy ilustre Colegio de Abogados de Pamplona de Navarra, España—, dirigido a profesores y líderes populares, los abogados españoles Mikel Muerza (ex alumno de intercambio de PROSODE) y el profesor Pedro Charro de la Universidad Pública de Navarra realizaron las siguientes acciones:

- Elaboración de dos materiales de capacitación.
- Realización de dos talleres de capacitación dirigidos a docentes del Colegio Fe y Alegría 65.

- Realización de un taller dirigido a promotores en contra de la violencia familiar, en coordinación con PEBAL.
- Realización de una feria informativa legal, en donde se realizó una charla informativa y varias jornadas de asesoría legal gratuita dirigidas a la comunidad de Pamplona Alta, en coordinación con PEBAL.

Dichas acciones se han llevado a cabo con el apoyo del Colegio Fe y Alegría 65 y PEBAL La Inmaculada (obra de la Compañía de Jesús). Asimismo, se ha logrado beneficiar a 153 personas, entre profesores, mujeres, niños, adolescentes y ancianos de la zona de Pamplona Alta de San Juan de Miraflores.

- Capacitaciones en Lullán-Parón (Caraz). Como parte del proyecto de capacitación en Lullán-Parón, PROSODE ha venido realizando distintas actividades de capacitación y asesoramiento junto con las facultades de ingeniería. Estas se llevaron a cabo en las fechas 19 de febrero y 26 y 27 de marzo. En ellas se realizó lo siguiente:
  - Capacitación a 33 jóvenes de la institución educativa San Viator de Caraz, la mayoría de ellos pertenecientes a la comunidad de Cruz de Mayo. Se desarrollaron los temas de Estado, Derecho y participación ciudadana, democracia y elecciones, entre otros.
  - Capacitación a 53 miembros de las comunidades campesinas de Caraz, la mayoría de ellos miembros de la comunidad de Culluna y Manchuria. Los temas desarrollados fueron Estado, Derecho y participación ciudadana, democracia y elecciones, entre otros.
  - Se realizó una reunión con el actual presidente de la comunidad Cruz de Mayo y con el regidor de la municipalidad provincial de Huaylas, y se pudo recoger los principales problemas y necesidades de su comunidad.
- Ganamos el fondo concursable docente RSU DARS 2011-I. El profesor coordinador de PROSODE concursó y ganó un fondo concursable para el semestre 2011-I, dirigido a docentes, por iniciativa de responsabilidad social de la Dirección Académica de Responsabilidad Social. Se obtuvo un fondo de financiamiento de S/5000. El objetivo fue realizar talleres de capacitación y jornadas de asesoría legal en el distrito de Lomas de Carabayllo, al norte de Lima, con materiales de capacitación. Se obtuvo 167 beneficiarios y participaron 49 estudiantes.



Lomas de Carabayllo	Talleres de capacitación		Asesoría legal		Total
	Datos	Patria potestad	Libertad personal, violencia sexual y programa radial de ambos temas	Primera jornada	
Fecha	29-05-11	12-06-11	22-05-11	26-06-11	
Alumnos	20	15	08	06	49
Población beneficiaria	74	32	39	22	167

- Conferencia Red Peruana de Universidades. El profesor y coordinador de PROSODE participó como expositor del tema de responsabilidad y proyección social en la Facultad de Derecho. Se realizó durante febrero y marzo.
- Fondo concursable de responsabilidad social (DARS) 2011-II. El profesor y coordinador de PROSODE fue convocado como jurado en el comité de selección de los participantes en el fondo concursable de responsabilidad social organizado por la DARS para ejecutarse en el semestre 2011-II.
- PROCADES. El equipo de PROSODE participó en los talleres legales impartidos por el equipo de PROCADES durante los días 21 y 28 de mayo y dirigidos a un grupo de docentes de colegios estatales de escasos recursos.
- Proyecto interdisciplinario en el penal «Modelo Ancón II». Se ha participado en las múltiples reuniones con el fin de implementar un proyecto de trabajo multidisciplinario con psicología en el establecimiento penitenciario «Modelo de Ancón II». Asimismo, se ha realizado una visita al centro penitenciario mencionado con el fin de hacer una evaluación y ver de qué manera la Pontificia Universidad Católica del Perú puede intervenir en dicho establecimiento. A lo largo del presente ciclo y del siguiente se van a tener más reuniones para definir las actividades que pudiéramos realizar para beneficio de los internos.
- Convenio «Justicia en tu comunidad». Hemos celebrado un convenio de colaboración con la Corte Superior de Justicia de Lima, con el fin de apoyar el programa de proyección social denominado «Justicia en tu comunidad». La iniciativa se realiza con la ayuda de la coordinadora la señora Carmen Julia Cabello

y tiene como objetivo la creación de espacios informativos de capacitación, coordinación y concertación para la difusión de valores democráticos y el respeto de los derechos humanos a través de nuestra área de difusión legal.

### III.6. Materiales publicados

- Materiales de Capacitación. Se publicaron los siguientes materiales de capacitación:
  - *El derecho de propiedad y la posesión informal*, financiado por el fondo de la DARS.
  - *Conociendo los derechos y deberes de las familias para una convivencia pacífica*, financiado por el muy ilustre Colegio de Abogados de Pamplona (Navarra, España).
  - *Libertad personal y violencia sexual*, financiado por el fondo de la DARS.

Estos materiales fueron realizados por el equipo docente de PROSODE y han servido para las capacitaciones hechas en Lomas de Carabayllo y en Pamplona Alta en San Juan de Miraflores.

## IV. ACTIVIDADES DE LAS ASOCIACIONES DE ESTUDIANTES

### IV.1. Derecho y sociedad

- XIII Curso de capacitación en materia tributaria y contable. Realizado los sábados 4, 11, 18 y 25 de junio en el auditorio de Derecho.
- Seminario: «Derecho minero: las implicancias en el medio ambiente y los mecanismos de resolución de conflictos socio-ambientales». Se llevó a cabo los días 2, 3 y 4 de marzo en la sala de eventos de Estudios Generales Ciencias.
- Evento: «Jornadas de actualización laboral: nueva Ley Procesal, Fiscalización, Regímenes Especiales y otros». Se realizó los días 22, 23 y 24 de marzo en la sala de eventos de Estudios Generales Ciencias.
- *Pólemos*. Número 2: «Crisis del Estado de Derecho». Segunda edición del boletín virtual *Pólemos* de la asociación civil «Derecho y Sociedad».
- Conversatorio: ¿Por qué Derecho? Charla dirigida a estudiantes de Estudios Generales Letras. El evento se desarrolló el jueves 12 de mayo en Estudios Generales Letras.
- Mesa redonda: inversión privada y regulación en infraestructura. Las charlas se llevaron a cabo el miércoles 1 de junio en el auditorio «Armando Zolezzi» de la Facultad de Derecho.

- Curso de capacitación: «Legislación en seguridad minera». El evento se realizó el sábado 28 de mayo en la sala de eventos de Estudios Generales Ciencias.
- Conoce D&S. La actividad se llevó a cabo el martes 29 de marzo en la facultad de Derecho.
- Talleres de repaso 2011-I. El evento se realizó el sábado 25 de junio.
- Premio nacional a la investigación jurídica. Se realizó a lo largo de la primera mitad del presente año. Los participantes, estudiantes de pregrado de Derecho de diversas universidades del país, presentaron sus cuentos desde el 1 de abril hasta el 16 de agosto.
- *Pólemos*. Número 3: «Orientación sexual: ¿derecho de las minorías?». Tercera edición del boletín virtual *Pólemos* de la asociación civil «Derecho y Sociedad».
- Mesa redonda: «Orientación sexual, derecho a las minorías». Las charlas se realizaron el 13 de mayo en la Facultad de Derecho y fueron parte de la presentación de nuestro tercer boletín virtual *Pólemos*.
- III Reunión regional «Justicia constitucional y derechos fundamentales». La actividad se realizó el 12 de julio en el anfiteatro «Monseñor José Dammert Bellido». En este evento, «Derecho y Sociedad» participó en calidad de colaborador.

529

CRÓNICAS  
DEL  
CLAUSTRO

#### IV.2. Talleres de Derecho

- A diez años del 11 de septiembre: avances y desafíos. El taller fue dirigido por el equipo de Derecho internacional y derechos humanos. El evento se realizó el 9 de junio. Auditorio «Juan Pablo II».
- Recursos hídricos: actualidad y problemática. La actividad se llevó a cabo el viernes 1 de abril en el aula 213 del edificio McGregor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

#### IV.3. Asociación civil «Iter Criminis»

- «El fenómeno de la corrupción en el NCPP». El evento se realizó el viernes 20 de mayo a las 7 pm en el auditorio de Ciencias Sociales de la PUCP. Los expositores fueron Jaris Mújica, Vladimir Padilla, José Antonio Neyra y Fidel Rojas Vargas.
- «La práctica del *lobby* y el delito de tráfico de influencias». La actividad se llevó a cabo el viernes 17 de junio a las 7 p.m. en el anfiteatro «José Luis Dammert» de la Facultad de Derecho de la PUCP. El expositor fue Julio Díaz-Maroto.

#### IV.4. Themis

##### IV.4.1. Talleres de desarrollo social

- «El DNI y el carnet de discapacidad». Realizado el sábado 19 de marzo.
- «Lo que necesitas saber de las elecciones presidenciales». Realizado el sábado 9 de abril.
- «El Derecho de paternidad». Realizado el sábado 11 de junio.
- «Seguridad ciudadana». Realizado el jueves 7 de julio.
- Organización del curso «Técnicas para el litigio arbitral». Realizado del 14 de mayo hasta el 18 de junio.

##### IV.4.1. Otras actividades

- I Seminario «Análisis económico: ¿solución al problema?». Se realizó los días 27, 28 y 29 de abril.
- Lanzamiento de «EnfoqueTV». Se realizó el miércoles 27 de abril.
- Almuerzo de ex miembros. Se realizó el sábado 11 de junio.
- «Acércate a Themis», organizado por la comisión de marketing y ventas. Se realizó el jueves 23 de junio.

#### IV.5. *Ius et Veritas*

##### IV.5.1. Publicaciones

- Mercado de valores. Segunda edición (enero 2011)
- Derecho procesal constitucional (marzo 2011)
- Un vistazo a la catedral (abril 2011)
- Derecho societario (junio 2011)
- Lanzamiento de la revista *Ius et veritas*, número 42 (julio 2011)

##### IV.5.2. Eventos

- «Derecho civil continental y análisis económico del Derecho». Se realizó los días 6 y 7 de abril.
- «¿Derecho o ciencia política?» Se realizó el 28 de abril.
- Conversatorio: «La reforma pendiente de la Ley General de Sociedades». Se realizó el 23 de junio.
- «Seminario de código de consumo». Se realizó el 23 de junio.
- «Seminario de Derecho tributario internacional». Se realizó el 5 de julio.

#### IV.5.3. Relaciones públicas

- Lanzamiento del boletín informativo para clientes «Ius et veritas».
- Convenio interinstitucional con el Círculo de Estudios Societas Iuris de la Universidad Señor de Sipán de Chiclayo.

#### IV.5.4. Compromiso con la ética y la responsabilidad profesional

- Audiencia pública: Novena contienda de ética profesional «Abogados al banquillo». Se realizó el 19 de abril.
- Taller para escolares: «Abogados al banquillo». Se realizó el 6 de agosto.

#### IV.5.5. Actividad institucional

- Coctel y gala de aniversario por los 21 años de fundación. Se realizó en el salón Paracas del Swissôtel el 9 de julio.

#### IV.6. Foro jurídico

- Taller de actualización contable tributaria. Se realizó los días 24, 25 y 26 de febrero.
- «Evaluación de la Ley de Procedimiento Administrativo General (ley 27444) diez años después de su entrada en vigencia». Se realizó los días 10, 11 y 12 de marzo.
- I Taller de Derecho procesal penal: «Implementación del nuevo Código Procesal Penal en Lima». Se realizó los días 27, 28 y 29 de abril.
- IV Curso de Derecho tributario: «El impuesto a la renta empresarial y sus implicancias». Se realizó los días 30 de abril y 7, 14 y 21 de mayo.
- V Curso de Derecho tributario: «El impuesto general a las ventas». Se realizó los días 11, 18 y 25 de junio.
- I Jornada de Derecho mercantil: «Temas vigentes del Derecho societario». Se realizó los días 16, 17 y 18 de junio.

#### IV.7. Círculo de Derecho administrativo

##### IV.7.1. Publicaciones

- *Revista de Derecho administrativo*, número 9, cuyo eje temático fue el procedimiento administrativo.

##### IV.7.2. Eventos

- Taller de actualización: «Contrataciones del Estado». Se realizó los días 5, 11 y 12 de febrero.

- Mesa de debate: «Discusiones a partir de los decretos de urgencia 001-2011 y 002-2011» Se realizó el 14 de abril.
- Seminario: «Análisis del código de consumo». Se realizó los días 8 y 15 de mayo.
- IV Curso de especialización: «Minería y energía». Se realizó los días 14, 21 y 28 de mayo.
- III Seminario de Derecho administrativo: «Consolidando conceptos». Se realizó el 18 de junio.
- Mesa de debate: «La polémica viva: transgénicos». Se realizó el 23 de junio.
- Seminario: «Problemas, avances y retos de la fiscalización ambiental». Se realizó los días 24 y 25 de junio.

## DISTINCIONES ACADÉMICAS

### Doctores Honoris Causa

Germán Bidart Campos  
Rafael Caldera Rodríguez  
Antônio Caçado Trindade  
Javier Correa Elías  
Miguel Cruchaga Tocornal  
Francisco Fernández Segado  
Héctor Fix Zamudio  
Peter Häberle  
Jutta Limbach  
Pablo Lucas Verdú  
Antonio Ojeda Avilés  
Javier Pérez de Cuellar  
Alessandro Pizzorusso  
Américo Plá Rodríguez  
Umberto Romagnoli  
Néstor Pedro Sagües

### Honorarios

José Félix Aramburú  
Víctor Andrés Belaunde  
Daniel O. Bernstine  
Paolo Grossi  
Gustavo Noboa Bejarano  
Raúl Noriega Ayarza  
Jiang Ping  
Carlos Roberto Reina  
Mozart Víctor Russomano  
Tomás Salvador Vives Antón

### Eméritos

Jorge Avendaño Hübner  
Rosendo Badani  
Héctor Cornejo Chávez  
José Dammert Bellido Bellido

Miguel de Althaus Guarderas  
Luis Echeopar García  
Domingo García Rada  
Carlos Rodríguez Pastor  
Fidel Tubino Mongilardi  
Guillermo Velaochaga Miranda



FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Profesores ordinarios activos de la Facultad de Derecho

Principales

Abad Yupanqui, Samuel Bernardo  
Albán Peralta, Walter Jorge  
Avendaño Arana, Francisco Javier  
Avendaño Valdez, Jorge  
Avendaño Valdez, Juan Luis  
Bernaldes Ballesteros, Enrique Martín  
Blancas Bustamante, Carlos Moisés  
Boza Pró, Guillermo Martín  
Bramont-Arias Torres, Luis Alberto  
Bullard González, Alfredo José  
Cárdenas Quirós, Carlos  
Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín  
Danós Ordóñez, Jorge Elías  
De Althaus Guarderas, Miguel  
De Belaunde López de Romaña, Javier Mario  
De Trazegnies Granda, Fernando  
Delgado Barreto, César Augusto  
Eguiguren Praeli, Francisco José  
Fernández Arce, César Ernesto  
Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto  
Fernández Sessarego, Carlos  
Ferro Delgado, Víctor  
Forno Flórez, Hugo Alfieri  
García Belaunde, Domingo  
Gonzales Mantilla, Gorki Yuri  
Guzmán-Barrón Sobrevilla, César Augusto  
Hernández Berenguel, Luis Antonio  
Kresalja Rosselló, Baldo  
Landa Arroyo, César Rodrigo  
Llerena Quevedo, José Rogelio

Lovatón Palacios, Miguel David  
 Medrano Cornejo, Humberto Félix  
 Méndez Chang, Elvira Victoria  
 Montoya Anguerry, Carlos Luis  
 Neves Mujica, Javier  
 Novak Talavera, Fabián Martín Patricio  
 Ortiz Caballero, René Elmer Martín  
 Osterling Parodi, Felipe  
 Pasco Cosmópolis, Mario Martín  
 Peña Jumpa, Antonio Alfonso  
 Prado Saldarriaga, Víctor Roberto  
 Quiroga León, Aníbal Gonzalo Raúl  
 Ramírez Díaz, Jorge Gregorio  
 Revoredo Marsano, Delia  
 Rodríguez Iturri, Róger Rafael Estanislao  
 Rubio Correa, Marcial Antonio  
 Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier  
 Salas Sánchez, Julio Moisés  
 Salmón Gárate, Elizabeth Silvia  
 San Martín Castro, César Eugenio  
 Solís Espinoza, Alejandro Juvenal  
 Toyama Miyagusuku, Jorge Luis  
 Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos  
 Viale Salazar, Fausto David  
 Villanueva Flores, María del Rocío  
 Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo  
 Villavicencio Terreros, Felipe Andrés  
 Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio  
 Zusman Tinman, Shoschana

#### Asociados

Aguilar Llanos, Benjamín Julio  
 Arana Courrejolles, María del Carmen Susana  
 Arce Ortiz, Elmer Guillermo  
 Ardito Vega, Wilfredo Jesús  
 Becerra Palomino, Carlos Enrique

537

PROFESORES  
DE LA  
FACULTAD DE  
DERECHO

Boza Dibós, Ana Beatriz  
Burneo Labrín, José Antonio  
Cabello Matamala, Carmen Julia  
Cairo Roldán, José Omar  
Caro Coria, Dino Carlos  
Chau Quispe, Lourdes Rocío  
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente  
Delgado Menéndez, María Antonieta  
Delgado Menéndez, María del Carmen  
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés  
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro  
Fernández Revoredo, María Soledad  
Ferrari Quiñe, Mario Alberto  
Foy Valencia, Pierre Claudio  
Gálvez Montero, José Francisco  
García Granara, Fernando Alberto  
García-Sayán Larrabure, Diego  
Guevara Gil, Jorge Armando  
Hernández Gazzo, Juan Luis  
León Hilario, Leysser Luggi  
Luna-Victoria León, César Alfonso  
Meini Méndez, Iván Fabio  
Mercado Neumann, Edgardo Raúl  
Montoya Vivanco, Yvan Fidel  
Morales Godo, Juan Eulogio  
Oré Guardia, Arsenio  
Palacios Pareja, Enrique Augusto  
Pizarro Aranguren, Luis Miguel  
Priori Posada, Giovanni Francezco  
Ramos Núñez, Carlos Augusto  
Revilla Vergara, Ana Teresa  
Ruda Santolaria, Juan José  
Santistevan de Noriega, Jorge Vicente  
Sevillano Chávez, Sandra Mariela  
Siles Vallejos, Abraham Santiago  
Solórzano Solórzano, Raúl Roy

Sotelo Castañeda, Eduardo José  
 Valega García, César Manuel  
 Velazco Lozada, Ana Rosa Albina  
 Vinatea Recoba, Luis Manuel

#### Auxiliares

Abugattas Giadalah, Gattas Elías  
 Aliaga Farfán, Jeanette Sofía  
 Alvites Alvites, Elena Cecilia  
 Apolín Meza, Dante Ludwing  
 Barboza Beraun, Eduardo  
 Bardales Mendoza, Enrique Rosendo  
 Barletta Villarán, María Consuelo  
 Beltrán Pacheco, Jorge Alberto  
 Benavides Torres, Eduardo Armando  
 Bermúdez Valdivia, Violeta  
 Blume Fortini, Ernesto Jorge  
 Bustamante Alarcón, Reynaldo  
 Candela Sánchez, César Lincoln  
 Caro John, José Antonio  
 Castro Otero, José Ignacio  
 Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro  
 Cubas Villanueva, Víctor Manuel  
 De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos  
 Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo  
 Delgado Silva, Ángel Guillermo  
 Durán Rojo, Luis Alberto  
 Escobar Rozas, Freddy Oscar  
 Espinoza Goyena, Julio César  
 Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso  
 Falla Jara, Gilberto Alejandro  
 Guzmán Napurí, Christian  
 Haro Seijas, José Juan  
 Hernando Nieto, Eduardo Emilio  
 Herrera Vásquez, Ricardo Javier  
 Huaita Alegre, Marcela Patricia María

539

PROFESORES  
DE LA  
FACULTAD DE  
DERECHO

Huapaya Tapia, Ramón Alberto  
Huerta Guerrero, Luis Alberto  
La Rosa Calle, Javier Antonio  
Ledesma Narváez, Marianella Leonor  
Marciani Burgos, Betzabé Xenia  
Matheus López, Carlos Alberto  
Medrano García, Fabricio Manuel  
Mejorada Chauca, Omar Martín  
Monteagudo Valdez, Manuel  
Montoya Stahl, Alfonso  
Morales Hervias, Rómulo Martín  
Morales Luna, Félix Francisco  
Ochoa Cardich, César Augusto  
O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia  
Ormachea Choque, Iván  
Ortiz Sánchez, John Iván  
Patrón Salinas, Carlos Alberto  
Pazos Hayashida, Javier Mihail  
Pérez Vargas, Julio César  
Pérez Vásquez, César Eliseo  
Rivarola Reiz, José Domingo  
Robles Moreno, Carmen del Pilar  
Rodríguez Hurtado, Mario Pablo  
Rojas Leo, Juan Francisco  
Saco Barrios, Raúl Guillermo  
Saco Chung, Víctor Augusto  
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos  
Soria Aguilar, Alfredo Fernando  
Soria Luján, Daniel  
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción  
Ulloa Millares, Daniel Augusto  
Urteaga Crovetto, Patricia  
Valle Billinghamurst, Andrés Miguel  
Villagarcía Vargas, Javier Eduardo Raymundo  
Vivar Morales, Elena María  
Zegarra Valdivia, Diego Hernando

## INDICACIONES A LOS AUTORES DE LA REVISTA *DERECHO PUCP*

### I. Objetivo y política de *Derecho PUCP*

La revista *Derecho PUCP* publica artículos e investigaciones jurídicas inéditas las cuales son revisadas por expertos (pares) nacionales como extranjeros que han publicado investigaciones similares previamente. Las evaluaciones se realizan de forma anónima y versan sobre la calidad y validez de sus argumentos jurídicos expresados en los artículos.

### II. Ética en publicación

En caso sea detectada alguna falta contra la ética en publicación durante el proceso de revisión o después de su publicación la Revista tomará las acciones legales que correspondan para sancionar al autor del fraude.

### III. Forma y preparación de los artículos:

#### *III.1. Normas generales*

Todo artículo presentado a la revista *Derecho PUCP* debe ser escrito en español, versar sobre temas de interés jurídico y tener la condición de inéditos. La revista cuenta con las siguientes categorías:

- Editorial
- Tema central (artículos de investigación)
- Reseñas de libros u otras publicaciones
- Entrevista
- Crónica de Claustro
- Sección especial sobre aspectos jurídicos extraordinarios
- Informe
- Simposio
- Personalidades destacadas en el Derecho
- Comentarios a jurisprudencias nacionales y extranjeras
- Galería fotográfica
- Cartas al Editor

#### *III.2. Documentación obligatoria*

- **Autorización de publicación.** Debe ser firmada por todos los autores, consignando cuál fue su contribución en la elaboración del artículo según la codificación propia de la RPMESP.

### III.3. Características de los artículos

#### III.3.1. Primera página. Debe incluir:

- TÍTULO: en español e inglés, un título corto de hasta 60 caracteres.
- NOMBRE DEL AUTOR: (o autores) deben incluir en una nota al pie de página: la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como su correo electrónico.
- RESUMEN (*Abstract*). Texto en español e inglés en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación.
- CONTENIDO. Se consignará en español los capítulos y subcapítulos que son parte del artículo
- PALABRAS CLAVE (*key words*) en español y en inglés.
- En caso el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o es parte de una tesis debe precisarlo con la cita correspondiente.

#### III.3.2. Textos interiores. Deben atenderse los siguientes aspectos:

- El texto no debe superar las 20 páginas, a doble espacio, en letra Arial 11 en formato A4 con márgenes de 2,5 cm.
- Consignar las citas de pie de página, a espacio simple en letra Arial 10.
- Los textos deberán ser redactados en el programa Word para Windows XP.
- Las figuras que se pueden usar son: gráficos y tablas. Las tablas deben tener solo líneas horizontales para separar el encabezado del cuerpo de la tabla y los títulos van en la parte superior. Los gráficos deben ser remitidos en MS-Excel, Adobe Illustrator, formato tif o jpg y los títulos van en la parte inferior.
- El número de gráficos y tablas depende del tipo de artículo enviado. El Comité Editor de la revista se reserva el derecho de limitar su número.
- Las referencias bibliográficas serán únicamente las que han sido citadas en el texto, se ordenarán correlativamente según su aparición.
- El tipo de cita debe ser:  
CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Novena edición. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 487.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

REVISTAS

<b>Ediciones anuales</b>	<b>ISSN</b>
<i>Agenda Internacional</i>	1027-6750
<i>Anthropologica</i>	0254-9212
<i>Boletín de Arqueología PUCP</i>	1029-2004
<i>Boletín del Instituto Riva-Agüero</i>	0254-410X
<i>Debates en Sociología</i>	0254-9220
<i>Espacio y Desarrollo</i>	1016-9148
<i>Pensamiento Constitucional</i>	1027-6769
PRECIO POR SUSCRIPCIÓN:	US\$ 30.00
PRECIO NÚMERO SUELTO:	US\$ 30.00
<b>Ediciones semestrales</b>	<b>ISSN</b>
<i>Areté</i>	1016-913X
<i>Derecho PUCP</i>	0251-3420
<i>Economía</i>	0254-4415
<i>Educación</i>	1019-9403
<i>Histórica</i>	0252-8894
<i>Lexis</i>	0254-9239
<i>Pro Mathematica</i>	1012-3938
<i>Revista de Psicología</i>	0254-9247
PRECIO POR SUSCRIPCIÓN:	US\$ 30.00
PRECIO NÚMERO SUELTO:	US\$ 15.00

El costo por servicio de envío aéreo varía dependiendo del país.  
Para descuentos y tarifas por servicio de envío, sírvase solicitar más información  
al Fondo Editorial por medio de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

feditor@pucp.edu.pe

Teléfono: (51 1) 626-2650 / Fax: (51 1) 626-2913