



Orlando Vignolo Cueva^(*)

Dos trabajos de **Derecho comparado** sobre la interdicción de la arbitrariedad

“A DIFERENCIA DE SU PAR ESPAÑOLA, NUESTRA CONSTITUCIÓN NO RECOGE EXPRESAMENTE LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD EN SU TEXTO, SEA COMO UN PRINCIPIO O BAJO LA CONFIGURACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN. ESTA OMISIÓN, AUNQUE NO IMPIDE LA UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA, SI PRODUCE UNA ATENUACIÓN DE LA FUNDAMENTACIÓN Y EFICACIA DEL CONTROL JURÍDICO DE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES”.

1. El principio de la interdicción de la arbitrariedad contenido en el artículo 9.3. de la Constitución Española. Análisis de una figura arquetípica

La figura del título de este párrafo fue inicialmente planteada por el alemán Leibholz en su obra *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, de mediados del siglo pasado, como un concepto surgido desde los linderos vinculantes del Principio de igualdad ante la Ley, que al ser aplicados sobre el proceso de producción de las normas legales (y no sólo sobre los de aplicación efectuados por las Administraciones públicas y los Tribunales de justicia) determinaba la prohibición expresa y genérica de que éstas sean establecidas con tintes arbitrarios⁽¹⁾, es decir, aparezcan como contrarias a lo razonable y opuestas a la justicia⁽²⁾. Este deber, que también puede ser extendido a la Administración en cuanto titular de potestades reglamentarias, implica una restricción de la libertad de determinación del Legislador, no sólo desde los no siempre útiles cánones de legalidad formal (como la subordinación de las normas inferiores a las de mayor rango), sino, y en eso encierra su capital valor, desde los aspectos sustanciales directamente construidos a partir de la noción de arbitrariedad (que recaen por ejemplo en la exigencia material del contenido de los Principios Generales del Derecho en cada caso concreto).

-
- (*) Doctorado por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura. Abogado Asociado de Estudio Ehecopar Abogados. Profesor de Metodología de la Investigación Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (1) Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*. En: *Revista de Administración Pública*. Número 29. 1959. p. 168.
- (2) Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como un principio constitucional? Una nota*. En: *Revista de Administración Pública*. Número 124. 1991. p. 214.

Dos trabajos de Derecho comparado sobre la interdicción de la arbitrariedad

En resumen, lo descrito es una técnica de proscripción para que en el sistema jurídico no emerjan y rijan normas irrazonables o injustas, fundada en la reconducción del concepto de arbitrariedad a la técnica ius administrativista del *ermessensmissbrauch* o abuso de discrecionalidad⁽³⁾, cuestión que para el autor era perfectamente factible, ya que “la diferencia entre la potestad discrecional del Legislador y la de la Administración o de los Tribunales es, desde el punto estructural, puramente cuantitativa; simplemente su Spierraum, su campo de juego, su ámbito de movimiento es mayor⁽⁴⁾. Queda fijada así una noción, luego de uso muy recurrente en la doctrina, de que toda ruptura del Principio de Igualdad es una genérica arbitrariedad legislativa⁽⁵⁾.

Son los intentos contemporáneos a los de la obra de Leibholz promovidos por García de Enterría, profesor empeñado desde los inicios de su actividad investigadora en buscar soluciones -en una época preconstitucional regida por una Ley fundamental⁽⁶⁾- a la falta de fiscalización judicial en varias zonas privilegiadas e incontrolables que tenían los Poderes estatales⁽⁷⁾; los que introdujeron la interdicción de la arbitrariedad en el Derecho administrativo iberoamericano, esencialmente, para “posibilitar un control sobre la actividad reglamentaria de la Administración en su significación precisamente material, de respeto a los Principios Generales del Derecho que informan sustancialmente el Ordenamiento”⁽⁸⁾.

“(…) NI LA DIGNIDAD DEL HOMBRE O LA CONFIGURACIÓN COMO REPÚBLICA DE UN ESTADO PUEDEN CONSIDERARSE, EN SENTIDO ESTRICTO, COMO ELEMENTOS DE SOSTENIMIENTO DE LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD EN UN ORDENAMIENTO, MENOS TODAVÍA, CABRÍA ASUMIRLAS COMO LAS FUENTES DE INSPIRACIÓN DE ÉSTE”.

En esos momentos de la España franquista, se necesitaba cambiar el estado de las cosas, o, al menos, aligerarlo para forzar una mejora en las posibilidades de defensa de la esfera jurídica del ciudadano, y esto sólo podía ser posibilitado desde un orden de valores materiales surgido a partir del establecimiento de los principios generales del Derecho en una auténtica Carta magna, capaz de ser aplicada “allí precisamente donde la legalidad nada precisa (poderes discrecionales, poderes

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*. Loc. cit.

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como un principio constitucional? Una nota*. Loc. cit.

(5) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*. En: *Revista de Administración Pública*. Número 30. 1959. p. 162.

(6) Me estoy refiriendo al Fuero de los Españoles de 1945, una de las ocho Leyes fundamentales aprobadas durante el régimen franquista (las otras fueron el Fuero del trabajo, Ley constitutiva de las Cortes, Ley de Referéndum Nacional, Ley de sucesión en la Jefatura del Estado, Ley de principios del movimiento nacional, Ley orgánica del Estado y Ley para la reforma política), que sirvió más que para maquillar un respeto y vinculación real del Poder a los derechos del ciudadano (y a su dignidad), antes que para transformarlos en categorías reales. Por eso, cabe afirmar que durante esta época, estos derechos fueron hipótesis, imposibles e inseguras de garantizar desde mecanismos o instituciones del Estado (completamente autoritario en ese momento).

(7) Al respecto, basta sólo recordar la famosa conferencia pronunciada por el autor en la Universidad de Barcelona durante los años sesenta, que luego se convirtió en su magistral artículo y libro “La lucha contra las inmunidades del Poder”. Este trabajo es considerado por la doctrina iberoamericana como el pionero en la construcción de un Derecho administrativo garantista, libre de poderes desnudos, imposibles de controlar desde el Derecho.

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*. Op. cit.; p. 131.



Orlando Vignolo Cueva

inherentes, lagunas legislativas, directivas interpretativas)⁽⁹⁾. Pero todavía más, estos principios podían y debían ser articulados de manera urgente en el sistema jurídico, porque la antigua confianza en la legalidad formal (depositaria de la igualación con la racionalidad propuesta por el movimiento ilustrado y las tesis idealistas hegelianas) se estaba agrietando aceleradamente, tanto, que se había convertido “en una simple medida técnica de la organización burocrática, sin conexión con la justicia, y aún más, en un verdadero instrumento positivo de opresión y de *perversión de los ordenamientos jurídicos*”⁽¹⁰⁾.

Frente a este panorama, García de Enterría defiende la introducción de la interdicción de la arbitrariedad creada por Leibholz -pensada por el autor alemán, para ser usada en exclusiva contra los actos legislativos que pudieran pervertir la libertad individual- y fomenta su recepción para controlar, en principio, sólo a dos clases de reglamentos (los ejecutivos e independientes), mediante el tenor y sentido del artículo 17 del Fuero de los Españoles (en adelante, FE) (a la sazón del clima político español que se vivía en esos momentos, que hubiese impedido terminantemente el control sobre las Leyes dadas por el Jefe de Estado o las Cortes controladas completamente por éste). Esta norma de la Ley fundamental prohibía “justamente en la estructura del sistema jerárquico de normas la interpretación o *alteración arbitraria* (...). Este concepto de *alteración arbitraria* no puede entenderse más que como un límite al ejercicio de la potestad reglamentaria (...) por donde, sin esfuerzo, sobre esa base expresa, puede introducirse toda la técnica sustancial de control que sobre el concepto de arbitrariedad intenta instrumentar técnicamente el estudio de Leibholz (...) y como poder conectarlo a una

norma constitucional española hasta entonces retórica”⁽¹¹⁾.

La postura dogmática del autor español tenía un ingrediente más, de corte positivo: la antigua Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa Española del 27 de diciembre de 1956 (en adelante, LJCA) había admitido un recurso judicial directo contra normas reglamentarias; impugnación que por lo demás era inédita en esa etapa del Derecho administrativo español, pues hasta esa fecha “sólo se aceptaba un recurso directo contra Reglamentos y Ordenanzas de los entes locales, y por cierto en forma imperfecta al articularse como una carga que condicionaba luego la posibilidad del llamado recurso indirecto contra los mismos Reglamentos, es decir, el recurso contra los actos singulares en aplicación de tales Reglamentos”⁽¹²⁾.

Esta innovación se vio reflejada, tal como se descubre en los comentarios que hace el autor de dos sentencias emitidas por la Sala Quinta del Tribunal Supremo Español (en adelante, TS) en 1959⁽¹³⁾, en una cabal aceptación judicial de la interdicción de la arbitrariedad directamente dirigida contra la actividad reglamentaria antijurídica, a partir de que el citado órgano jurisdiccional consideró a este principio como un límite sustancial del ejercicio de este poder jurídico⁽¹⁴⁾; abriendo

(9) GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*. *Ibid.*; p. 155.

(10) GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *Ibid.*; p. 156.

(11) GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como un principio constitucional? Una nota*. *Op. cit.*; p. 215.

(12) GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*. *Op. cit.*; p. 161.

(13) Me estoy refiriendo a los comentarios emitidos en su trabajo de 1959, ya citado con anterioridad. GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Revista de Administración Pública. 1974. pp. 131-166.

(14) Fue la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés aparecida desde 1945, la que permitió la expansión de la técnica de los principios generales del Derecho al campo de la justicia administrativa, generalización que ahora es usual en casi todo el Derecho administrativo occidental. Vid. GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como un principio constitucional? Una nota*. *Op. cit.*; p. 220.

Dos trabajos de Derecho comparado sobre la interdicción de la arbitrariedad

un camino “que merece la pena ser destacado y comentado. El suceso que estas sentencias representan debe, en efecto, ser celebrado como uno de los más significados en la historia de nuestra justicia administrativa, sobre todo si, como es de esperar, llegan a marcar el comienzo de una actitud que el TS se disponga a seguir sin desfallecimientos, y no paran en fallos ocasionales y aislados”⁽¹⁵⁾.

El triunfo definitivo de la institución llegó con su aceptación en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978, después de varios años de madurez doctrinal y de cotidianeidad en la actividad jurisdiccional preconstitucional; es decir, los Constituyentes la recogieron con una bien ganada carta de naturaleza y ejercicio producida de la conjunción de los esfuerzos de la doctrina y los Tribunales, los cuales afanosamente buscaron que los Poderes públicos pudieran realizar el legítimo ejercicio de sus potestades, cualquiera sean éstas, pero sin caer ni tropezar en el agujero de las actuaciones arbitrarias⁽¹⁶⁾.

Fue la brillante defensa de L. Martín-Retortillo durante su participación en el Senado Constituyente Español de 1977-1978 (en adelante, SCE) -como se notará, en un ambiente como el político que no le era usual- la que permitió instaurar la mayor medida de control sobre los Poderes públicos y la prohibición más dura contra la indeseable arbitrariedad de éstos, pues “Tantos años de insolencia del poder necesitaban de numerosos y diversos correctivos, necesitaban la reprobación expresa, pero demandaban también las modalidades específicas que la técnica jurídica puede abastecer. Entendí que la mención por su nombre del principio de interdicción de la arbitrariedad era una opción saludable para una Constitución democrática (...) Los poderes públicos, todos y cada uno de ellos, por muchas facultades que ejerciten, deben tener presente que les queda prohibida la arbitrariedad.

De manera que, al ir a controlar a cada uno de los poderes públicos, por más que puedan parecer cerradas las puertas de acceso a ese control, ahí está la llave, que sea del caso, de la interdicción de la arbitrariedad”⁽¹⁷⁾.

Pero el mérito del profesor aragonés no fue sólo la cerrada presentación, salvaguarda y aprobación definitiva de la técnica en el SCE -reconocida ya como un medio y pauta de control para adecuar el funcionamiento estatal (y administrativo) al Derecho- su valor se extiende también al agradecimiento que hizo al aporte fundamental de García de Enterría efectuado hace casi veinte años atrás, cuando trasladó, adaptó y reconstruyó la figura a las necesidades españolas. Al respecto, L. Martín-Retortillo decía: “Había presentado también una enmienda personal, pequeño homenaje a mi maestro Eduardo García de Enterría, con la concreta pretensión de que en la larga enumeración del párrafo tercero se diera cabida a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (...) Él había sido en cuantas ocasiones pudo recibir las mejores experiencias foráneas para potenciar aquí la utilización de los principios generales del derecho como mecanismo de control de las Administraciones públicas; quien en concreto, teorizó entre nosotros, él que gracias a sus aportaciones ha dado en llamarse principio de interdicción de la arbitrariedad al comentar dos famosas sentencias del TS”⁽¹⁸⁾.

En momentos más cercanos, con la figura desplegando sus efectos tuitivos y correctores

-
- (15) GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *Ibid.*; pp. 131-132. Esta vía de control reglamentaria se extendió luego a varios supuestos en los que podía aparecer la arbitrariedad, tales como “una apreciación falsa de los hechos (...) falta de proporcionalidad, manipulación de los medios elementales de vida como instrumento coercitivo, desviación del poder, vulneración de derechos fundamentales (...) retroactividad, iniquidad manifiesta, *justicia natural* en el sentido inglés, irracionalidad, falta de buena fe exigible en la relación poder público ciudadano, *estándar* de buena administración, reserva a la Ley formal por la magnitud e importancia de los efectos que el Reglamento pretenda”. (Las cursivas son nuestras). Vid. GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *Ibid.*; p. 220.
- (16) Cfr. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la comisión constitucional del Senado)*. Madrid: Alkal, 1984. pp. 67 y ss.
- (17) MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Op. cit.*; pp. 66 y ss.
- (18) *Ibid.*; pp. 58 y ss.



Orlando Vignolo Cueva

en el caso concreto, debemos entender, en primera instancia, que ésta se muestra como un avance específico y diferente del Principio de igualdad, tiene por tanto sustantividad propia y alcance que no es posible lograr con este último, ya que su guía de progreso, dirigida y exclusivamente aplicable al actuar de todos los Poderes públicos, rebasa sus supuestos de aplicación, con lo cual, es válido entender que toda “ruptura de la igualdad puede ser un caso de arbitrariedad pero nunca el único. Arbitrariedad es sinónimo de injusticia ostensible, y no se comprende por qué ha de limitarse la injusticia a la desigualdad”⁽¹⁹⁾.

La diferencia presentada, con claras separaciones de naturaleza, también se encuentra recogida en varias sentencias del TS y del Tribunal Constitucional Español. En una de ellas, se indica expresamente que esta “falta de justificación supone, en este caso, un acto arbitrario por parte del legislador, que vulnera la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos que establece el artículo 9.3 de la CE. (...) aún prescindiendo de si el artículo 14 CE es aplicable a los entes públicos, lo cierto es que las Corporaciones municipales son tratadas de forma radicalmente distinta sin motivo que lo justifique y el trato desigual manifiestamente injustificado extraña una arbitrariedad aunque no encaje exactamente en la previsión del artículo 14 de la Norma suprema”⁽²⁰⁾.

Una segunda y última precisión tiene que ver con determinar si la interdicción de la arbitrariedad es exactamente un principio; entendido éste, como una norma de estructura abierta, en cuanto a la configuración de sus elementos, que “no impone acciones perentorias a título de obligaciones o prohibiciones absolutamente determinantes del enjuiciamiento de un supuesto de hecho”, sino, que más bien, sólo se diagrama con conceptos no excluyentes (que podrían decaer frente a las razones dimanadas por otros principios, lo cual que obligaría a la práctica de la ponderación o balance entre los enfrentados)⁽²¹⁾. A lo dicho, se podría agregar que los principios tienen como características adicionales, la imposibilidad meridianamente clara, de ser aplicados automáticamente (necesitan por tanto la concretización mediante la *ordenación*), luego, son normas que no requieren de un sustento previo (son justas y correctas per se), sirven para caracterizar, identificar y dar fundamento axiológico a un específico sector jurídico, y, finalmente, son normas defectibles al no establecer o enumerar exhaustivamente todos

-
- (19) GARCÍA DE ENTERRIA y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como un principio constitucional? Una nota. Op. cit.*; p. 226. El autor hace estas reflexiones en función de la crítica planteada por Rubio Llorente sobre la introducción de la interdicción de la arbitrariedad en la Constitución Española. Según este último, la institución podría ser asumida en el contenido del principio de igualdad (artículo 14), lo cual obviamente, aparte de generar una innecesaria duplicidad, convertiría a la recepción de esta figura alemana, propuesta y defendida por García de Enterría, en un proceso “curioso” de acogida de “terminologías extranjeras poco meditadas”. Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco. *Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad*. En: *Jornada sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*. Madrid, 1989. p. 108.
- (20) Sentencia del Tribunal Constitucional Español 49/1988, de 22 de marzo. Fundamento jurídico 13. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta cuestión son varios, uno de ellos, que anula varias reglas del Reglamento sobre estructuras, organización y funcionamiento de hospitales del Insalud, señala que “al establecerse tales facultades del Director General se ha procedido de una manera contraria a la naturaleza de las cosas o de forma irracional, incurriendo en la arbitrariedad proscrita en el artículo 9.3 de la Constitución”. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de diciembre de 1988.
- (21) Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Ponderación. Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Número 8. 2007. p. 636. El autor, en el mismo extracto citado, propone cuatro características sobre los conflictos entre principios constitucionales que impedirían el uso de los medios usuales de solución de conflictos normativos, “Se trata de conflictos entre normas que, de ordinario, emanan del mismo momento (...) se trata de un conflicto entre normas que tienen un mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho (...) se trata de un conflicto en concreto (...) se trata de un conflicto parcial bilateral”. (La cursiva es nuestra).

Dos trabajos de Derecho comparado sobre la interdicción de la arbitrariedad

los hechos condicionantes o excepciones sobre los cuales recaería o no la consecuencia jurídica⁽²²⁾.

Afirmados todos los caracteres esenciales de un principio, cabe preguntarnos: ¿el artículo 9.3 de la Constitución Española contiene exactamente uno, o por el contrario, estamos en presencia de un tipo distinto de norma?

La respuesta a esta cuestión apunta a que la figura es rotulada como *principio*, más desde la sencillez y generalidad de lo cotidiano, antes que desde las justificaciones demostradas por la ciencia jurídica. Por eso, creo que el camino real es asumir que la interdicción de la arbitrariedad es una *disposición directa prohibitiva* que inmediatamente ordena o impide algo, constituyéndose en el típico ejemplo de norma de imperium completamente reglada y con poco o nulos márgenes de apreciación discrecional, que se aplica desde la “mera subsunción de un supuesto de hecho en el arquetipo prefigurado por la disposición, de suerte que, si nos encontramos en presencia del mismo, es forzoso aplicar la consecuencia jurídica que la disposición anuda”⁽²³⁾. Por tanto, si aparece la arbitrariedad en un acto del Poder público, ésta quedará directamente prohibida por la Constitución Española dentro del supuesto único (la arbitrariedad) que acarrea necesariamente la consecuencia jurídica prevista en la disposición (la completa proscripción de la no querida arbitrariedad)⁽²⁴⁾.

Vale recordar, en sentido contrario, que la doctrina siempre consideró a la interdicción de la arbitrariedad como una técnica propia de los Principios Generales del Derecho. Sobre lo expuesto, basta sólo recordar la referencia hecha por García

de Enterría, siguiendo a Latournerie, de que la institución parece cumplir con los requisitos de fijación de los principios “el criterio de la adherencia o fidelidad a los datos que expresa, el criterio de la fecundidad, en cuanto que instrumentos no sólo de coordinar los resultados adquirido, sino también de obtener resultados nuevos, el criterio de simplicidad y el de precisión”⁽²⁵⁾.

Pero, a pesar de lo indicado en el párrafo anterior, las exigencias asumidas por los Constituyentes españoles para poder tener “la mayor medida posible de modalidades de control, es decir, técnicas jurídicas concretas para someter a pautas jurídicas verificables al funcionamiento”⁽²⁶⁾ de los Poderes estatales; permite sustentar que la prohibición de la arbitrariedad fue planteada y constitucionalizada -utilitariamente- como una *norma dispositiva directa*, imposible de ser incumplida o eximida de su aplicación casuística por un mal operador, a partir de subterfugios o indebidos camuflajes provenientes o creados desde la natural indeterminación de los contenidos de los principios, tan defectibles (según el concepto ya explicado) como genéricos (necesitados de la formulación de una norma posterior y regularmente susceptibles de ser planteados en múltiples y diversos modos)⁽²⁷⁾.

(22) Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Ibid.*; pp. 634-635. En concordancia con lo señalado en el párrafo principal, la doctrina chilena ha aceptado -con algunas matizaciones y diferencias- los rasgos de los principios como cuestiones básicas y de gran generalidad “que se irradian sobre todas las normas, imprimiéndoles sentido y sirviendo de criterio correcto para su exacta comprensión (...) son base de las normas y que éstas, junto a las costumbres, modelan a las instituciones (...) Y la cualidad que los principios tienen de informar axiológicamente todo el ordenamiento constitucional y la hermenéutica del mismo”. Vid. CEA EGAÑA, José Luis. *Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa*. En: *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 11. Número 1.1984. p. 7.

(23) GRANADO HIJELMO, Ignacio. *La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos*. En: *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. 1996. p. 135.

(24) *Ibid.*; p. 136.

(25) GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*. *Op. cit.*; p. 160.

(26) MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la comisión constitucional del Senado)*. *Op. cit.*; p. 66.

(27) Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Ponderación. Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. *Op. cit.*; p. 635.



Orlando Vignolo Cueva

A la larga, el temor a una falta de ejecución material de otros principios o cláusulas de ámbito más amplio, determinó la imposición de esta forma más segura de prevenir y luchar contra la arbitrariedad surgida en el seno de las organizaciones del Poder público.

2. Las debilidades conceptuales de la Jurisprudencia constitucional peruana sobre la interdicción de la arbitrariedad y otras nociones conexas

A diferencia de su par española, nuestra Constitución no recoge expresamente la interdicción de la arbitrariedad en su texto, sea como un principio o bajo la configuración de una disposición. Esta omisión, aunque no impide la utilización de la técnica, si produce una atenuación de la fundamentación y eficacia del control jurídico de los Poderes públicos nacionales. Más aún, este silencio podría haber determinado que su existencia pasara casi inadvertida en nuestro Derecho, situación que sólo se ve parcialmente remediada merced a algunas pocas piezas de la jurisprudencia constitucional y otras tantas producidas por el más alto nivel de la función administrativa consultiva y decisoria, las cuales desde una derivación bastante forzada y más cercana a la imagen del “cajón de sastre”, asumen que nuestro objeto de estudio surge “desde el Estado de Derecho”⁽²⁸⁾ siendo un principio “inherente a sus postulados esenciales (...)” y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora⁽²⁹⁾.

La imagen correcta del Estado de Derecho como un gran marco genérico y de encumbramiento de la figura, sin que esta consideración pueda llegar a ser su base conceptual *fundante* (vimos antes que ésta nace en concreto del principio de igualdad), también es repetida -literalmente- por un pronunciamiento del Consejo Nacional de la Magistratura de finales del año pasado⁽³⁰⁾.

En la misma línea, es necesario mostrar que este origen ya de raíz muy expansiva (pues *todo* lo jurídicamente existente proviene de nuestra Carta magna y, de ser el caso, del propio Estado de Derecho en ella reconocido) se ha visto mucho más dilatado (y oscurecido) por algunos de los pocos actos del Poder administrativo existentes sobre esta materia. Así, la Resolución Defensorial 038-2002/DP reconoce que “de ningún modo puede sostenerse que la distinta naturaleza de los procesos a cargo de la CNM justifican una excepción a *la exigencia constitucional de regirse por los principios que emanan de la dignidad humana y de la forma republicana de gobierno, que contienen el principio de interdicción de la arbitrariedad*, conforme al artículo 3 de nuestra Ley Suprema (...)”⁽³¹⁾.

Frente a lo expresado, cabe decir que ni la dignidad del hombre o la configuración como República de un Estado pueden considerarse, en sentido estricto, como elementos de sostenimiento de la interdicción de la arbitrariedad en un ordenamiento, menos todavía, cabría asumirlas como las fuentes de inspiración de éste. Los anteriores postulados, al no asumir las puntualizaciones y diferencias teóricas debidas, se convierten en rutas seguras para producir construcciones difíciles de mantener tales como que este concepto, en tanto “distintivo del Estado de Derecho”⁽³²⁾, cumple con la finalidad de lograr “la plena realización de la persona humana, como lo indica el artículo primero del texto constitucional vigente (...)”⁽³³⁾. Por eso, a pesar de lo favorable que pudiera resultar su

(28) Sentencia recaída en el Expediente 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio del 2004. Fundamento jurídico 12.

(29) Sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero del 2006. Fundamento jurídico 30. Sobre este origen tan extenso, también debe revisarse la resolución recaída en el Expediente 1803-2004-AA/TC, de fecha 25 de agosto del 2004. Fundamento jurídico 14.

(30) Resolución 071-2009-PCNM, de fecha 20 de abril del 2009. Fundamento jurídico 11.

(31) Resolución 038-2002/DP, de fecha 28 de noviembre del 2002. Fundamento jurídico 2.

(32) *Ibid.*; Fundamento jurídico 5.

(33) *Ibid.*

Dos trabajos de Derecho comparado sobre la interdicción de la arbitrariedad

reconocimiento jurisprudencial y administrativo, siempre debe existir en cada uno de los Poderes involucrados, sumo cuidado en las expresiones vertidas sobre el instituto, asumiendo por encima de todo, su nivel de inclusión en nuestro Derecho y efectiva vinculación frente a los distintos sujetos existentes.

Sobre estos dos últimos puntos, sería conveniente recordar las palabras de Muñoz Machado referidos a los tres caminos de arranque y reconocimiento de *todos* los principios generales. Estos serían, indistinta o conjuntamente, la Constitución, Ley y Jurisprudencia. Cada uno de ellos otorga grados diferenciados de intensidad en las respectivas vinculaciones con los operadores, puesto que cuando “un principio está proclamado solamente en una Ley, vinculará naturalmente a la Administración y a los Tribunales (...) pero podrá ser desplazado por otras regulaciones legales que excluyan su aplicación. Si el principio tiene relevancia constitucional, tal apartamiento o relajación de su posición en el ordenamiento no estará disponible para el Legislador, que también estará vinculado en toda su actividad por el principio general. Por supuesto, la vinculación de la Administración y de los Tribunales se mantendrá en tal caso (...). Cuando los principios sólo alcanzan a tener reconocimiento en la Jurisprudencia, mantienen su condición de pieza esencial del ordenamiento jurídico y sirven de criterio de control de las decisiones de la Administración”⁽³⁴⁾

Entonces, tomando en cuenta la progresión planteada por el profesor español y los antecedentes inicialmente señalados, debemos situar a la interdicción de arbitrariedad en nuestra realidad como un principio de reconocimiento y afirmación esencialmente *jurisprudencial*, que mantiene un importante papel directriz en todo el ordenamiento positivo, en específico, y como bien señala nuestro Tribunal Constitucional, para marcar los linderos básicos de la “prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta”⁽³⁵⁾, siendo esta última restricción un verdadero “límite infranqueable para todo Poder público”⁽³⁶⁾. Siendo así, y ante la necesidad de “una luminosa exposición del papel del juez en la defensa de estos principios

“NI LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD ES UNA ESCOLTA DE OTRAS FIGURAS DE -SUPUESTA- MAYOR TRADICIÓN O CALAJE CONCEPTUAL (EN LA SUERTE DE PAPEL SECUNDARIO), NI EN SENTIDO CONTRARIO, SU ROL ESTELAR EN LA LUCHA CONTRA LA INDEMNIDAD DEL PODER PERMITE DERIVAR DE SU SENO TODA LA LISTA DE PRINCIPIOS EXISTENTES (COMO SI LOS ÚLTIMOS FUERAN SUB-PRINCIPIOS TÁCITAMENTE RECONOCIDOS EN SU CONTENIDO)”.

materiales frente al Legislador actual”⁽³⁷⁾, todo el peso de la vigencia del instituto y sus bondades recaen en las aplicaciones fiscalizadoras de las actividades públicas realizadas por los jueces (los constitucionales y, de ser el caso, aquellos incardinados en el orden contencioso-administrativo).

Ahora bien, sobre la jurisdicción contenciosa-administrativa poco podemos decir en esta cuestión. En general, su juventud, la falta de especialidad real de sus integrantes y deficiente pericia técnica, han abonado por una exigua trascendencia y peor práctica del principio. Por estas razones, no resulta para nada formativo el acceso a sentencias de cualquiera de sus grados, salvo algunas de

(34) MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Madrid; Thomson-Cívitas, 2004. pp. 412 y 413.

(35) Sentencia recaída en el Expediente 1803-2004-AA/TC, de fecha 25 de agosto del 2004. Fundamento jurídico 14.

(36) *Ibid.*

(37) GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como un principio constitucional? Una nota*. *Op. cit.*; p. 218.



Orlando Vignolo Cueva

la Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social que han reconocido -de manera casi mecánica- la identificación de la noción con la garantía adjetiva del debido proceso sustantivo, en tanto, “derecho de rango constitucional que implica obtener una decisión basada en los principios de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones”⁽³⁸⁾.

Por tanto, el tratamiento jurídico de nuestro objeto de estudio, al menos con ciertos defectos, ha sido construido de manera prioritaria por nuestro Tribunal Constitucional, a partir de sentencias que, agrupadas en pequeños bloques de perfecta identificación, reiteran su uso como “principio constitucional”⁽³⁹⁾ oponible a la incorrecta consecución de la obligación de motivar los actos administrativos, de adaptarlos al principio de razonabilidad y por el irrespeto que pudieran ocasionar en contra de derechos constitucionales tales como el debido proceso (o el debido procedimiento administrativo) y el derecho a la defensa. Finalmente, sin que los anteriores supuestos dejen de darle la siguiente condición, la interdicción de la arbitrariedad es vista ordinariamente como un argumento de *acompañamiento* de otros conceptos.

Sobre la última tendencia, considero que la posición de comparsa dada por el guardián de la Constitución a la noción es un mal intento por buscar relacionarla con los varios sentidos de la arbitrariedad, destinada a que sus aplicaciones jurisprudenciales acaparen la mayoría de los significados dados a la prohibida figura tales como la “apreciación falsa de los hechos, ruptura del principio de igualdad (...), transgresión de los *principios inmanentes a la naturaleza de las instituciones*, falta de proporcionalidad, manipulación

de los medios elementales de vida como instrumento coercitivo, desviación de poder, vulneración de derechos fundamentales (...), retroactividad, iniquidad manifiesta, *justicia natural* en el sentido inglés, irrazonabilidad, falta a la buena fe exigible en la relación poder público ciudadanos, *estándar* de buena Administración (...)⁽⁴⁰⁾.

Los ejemplos de lo anterior se pueden notar en alguna resolución emitida contra la decisión del Consejo Nacional de la Magistratura de no ratificación de un magistrado, señalándose que “ha hecho sin motivación alguna y sin respetar, entre otros, sus *derechos a la dignidad, a la integridad moral y al libre desarrollo de la persona, al honor y la buena reputación, a la motivación de las resoluciones, así como al principio de interdicción de la arbitrariedad* (...)”⁽⁴¹⁾. De igual manera, nuestro Tribunal Constitucional asume que la institución es un “inusual” receptáculo de otras, al declarar que los principios de participación y de predecibilidad “(...) regulados en los incisos 1.12 y 1.15 del Artículo IV de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 (...) *constituyen una expresión del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad* y del deber de transparencia de las entidades públicas en atención a las garantías inherentes al debido proceso al cual tienen derecho las personas”⁽⁴²⁾.

(38) Casación 636-2005-Lima, de fecha 16 de enero del 2006. Fundamento jurídico 6. Pareciera, que el Alto Tribunal en esta resolución olvida que el principio de interdicción de la arbitrariedad, antes que basamento de una decisión del Poder público, es un medio que opone límites jurídicos a ésta, a fin de conducirla hacia una vinculación real con los “principios generales del orden jurídico”. Vid. GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como un principio constitucional? Una nota. Op. cit.*; pp. 216 y ss.

(39) Sentencia recaída en el Expediente 005-2001-AI/TC, de fecha 15 de noviembre del 2001. Fundamento jurídico 2.

(40) GARCÍA DE ENTERRIA Y MARTÍNEZ-CARALDE, Eduardo. *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como un principio constitucional? Una nota. Op. cit.*; p. 230.

(41) Sentencia recaída en el Expediente 1050-2006-PA/TC, de fecha 14 de marzo del 2006. Fundamento jurídico 2 y ss. También se puede revisar, entre otras, las resoluciones del Tribunal Constitucional aparecidas en el Expediente 05625-2005-PA/TC, de fecha 14 de noviembre del 2005. Fundamento jurídico 1; Expediente 8152-2006-PA/TC, de 15 de noviembre del 2007. Fundamento jurídico 65; Expediente 0091-2005-PA/TC, de fecha 18 de febrero del 2006. Fundamento jurídico 9; Expediente 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio del 2004. Fundamento jurídico 12.

(42) Sentencia recaída en el Expediente 04012-2009-PHD/TC, de fecha 8 de enero del 2010. Fundamento jurídico 2.

Dos trabajos de Derecho comparado sobre la interdicción de la arbitrariedad

A partir de los extractos explorados, se puede concluir que la poca jurisprudencia constitucional existente sobre la materia no termina por definir, menos, por potenciar adecuadamente el uso de esta categoría, y esto es a todas luces contraproducente. No se puede fiscalizar de manera conveniente las actuaciones públicas y tutelar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los privados, sin tener institutos con conceptos claros y de alcances puntuales que permitan ganar las batallas cotidianas contra organizaciones del Poder público como las nuestras, con altos niveles de degradación, puesta de espaldas al ciudadano y muchas veces no vinculadas positivamente al Derecho.

Ni la interdicción de la arbitrariedad es una *escolta* de otras figuras de -supuesta- mayor tradición o calaje conceptual (en la suerte de papel secundario), ni en sentido contrario, su rol estelar en la lucha contra la indemnidad del Poder permite derivar de su seno *toda* la lista de principios existentes (como si los últimos fueran sub-principios tácitamente reconocidos en su contenido). Por tanto, el manejo más *pujante* y *garantista* del concepto por el Tribunal Constitucional peruano, como elemento principal del señorío y vigencia efectiva de nuestro Estado de derecho frente a la arbitrariedad pública, incluye un doble trabajo de modulación y avance, destinados a alcanzar el posicionamiento y equilibrio en la judicialización existente del instituto.

Pero, a desmedro de las actividades posteriores necesarias para crear una auténtica doctrina jurisprudencial⁽⁴³⁾, considero que en el futuro inmediato, la labor principal del Juez constitucional será la de expurgar ciertas cuestiones erradas (los excesos señaladas en el anterior párrafo y la que se explicaré a continuación), desterrando ciertas experiencias que no contribuyen en la medición de “la legitimidad

constitucional” de las medidas adoptadas por los Poderes públicos⁽⁴⁴⁾.

Según lo expresado, debe extirparse de raíz esta unificación “implícita” de nuestro objeto y la arbitrariedad, cuando éstas son dos cosas radicalmente distintas (es más, una sirve para controlar y eliminar a la otra). En ese sentido, resulta incorrecta la utilización dada por nuestro Tribunal Constitucional a la interdicción de la arbitrariedad (resaltando el título de nuestra noción en el respectivo fundamento), en cuanto a que ésta tiene un par de variantes provenientes -paradójicamente- de su *objeto de atención*: “el principio de interdicción de la arbitrariedad (...) tiene un doble significado (...). En un sentido clásico y genérico, la *arbitrariedad* aparece como el reverso de la justicia y el derecho (...). En un sentido moderno y concreto, la *arbitrariedad* aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base de toda la decisión. Es decir como aquello desprendido o ajeno a toda razón (...)”⁽⁴⁵⁾.

Aunque, el alto Tribunal frente a estos datos intente fundamentar una posibilidad distinta (incluso calificando de manera correcta al principio como “inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático”⁽⁴⁶⁾, orientador del “normal desenvolvimiento”⁽⁴⁷⁾ y medio de adecuación de los Poderes a la Constitución), lo que

(43) Debe entenderse, como acertadamente lo precisó el profesor Nieto, que jurisprudencia y doctrina jurisprudencial no son dos cosas iguales, puesto que “Confundir jurisprudencia y doctrina jurisprudencial es confundir el continente con el contenido (...) La jurisprudencia es una suma de *textos lingüísticos* que para los juristas sólo tienen el valor de una materia bruta de la que puede extraerse una *doctrina* (...) La jurisprudencia es la creadora de la doctrina (o el lugar donde ésta se encuentra) mas es la doctrina la que integra (complementa) las fuentes del Derecho”. Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro. *Valor legal y alcance real de la jurisprudencia*. En: *Teoría y realidad constitucional*. Números 8-9, 2002. p. 104.

(44) Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Op. cit.*; p. 569.

(45) Sentencia recaída en el Expediente 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio del 2004. Fundamento jurídico 12. El Tribunal Constitucional repite estos argumentos sacados, principalmente, de la doctrina española en la Sentencia recaída en el Expediente 06167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero del 2006. Fundamento jurídico 30.

(46) Sentencia recaída en el Expediente 06167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero del 2006. Fundamento jurídico 20.

(47) *Ibid.*; Fundamento jurídico 29.



Orlando Vignolo Cueva

realmente termina produciendo son algunos sentidos de la arbitrariedad. Más aún, termina condensando todos éstos en la fórmula de lo arbitrario como “aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, (...) será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad”⁽⁴⁸⁾.

A mi modo de ver, estas *penumbras* se fundan en dos antecedentes. Primero, es plausible nuestra falta de tradición en el tratamiento jurídico de la interdicción de la arbitrariedad (la omisión constitucional y las vaguedades jurisprudenciales descritas así lo demostrarían). Mientras, en segundo orden, la cura asumida por nuestro Tribunal Constitucional para remediar lo anterior, se sustenta en la búsqueda de erudición jurídica (a veces innecesaria) fundada en la copia desmedida y desordenada de ciertos segmentos doctrinales españoles (incluso algunos de éstos con tintes diferentes). En este último aspecto, es plausible la trasposición literal de páginas enteras escritas por los profesores García de Enterría, Sainz Moreno y Fernández Rodríguez, al menos hartamente recogidas en las dos sentencias más relevantes sobre la materia⁽⁴⁹⁾, sin que en ellas medie ningún reparo por adaptar estas posiciones a nuestro Derecho, o en escudriñar su contexto efectivo en la doctrina de origen, o exista preocupación en la tarea de invocarlas y subsumirlas realmente de cara a los hechos discutidos en la litis específica. Finalmente, las dos anteriores referencias terminan por enraizarse en la actividad del defensor de la Carta magna y, mezcladas, son las causas directas para otorgar un tufillo de debilidad conceptual e improvisación que aún se mantiene en este tipo de jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, no todo está mal. Siempre será preferible reconocer el instituto como uno inherente y posible de ser extraído implícitamente de la ratio constitucional⁽⁵⁰⁾,

destinado a extirpar la arbitrariedad acaecida en las diversas actuaciones públicas que desconocerlo sin mayores argumentos. Es más, resulta fundamental que haya sido asumido como la columna vertebral de un puñado de sentencias para sustentar la no convalidación de los “ejercicios irregulares o arbitrarios de las funciones conferidas a los órganos públicos, puesto que un Estado sólo puede predicarse de Derecho cuando los poderes constituidos (...) respetan plenamente y en toda circunstancia los límites y restricciones funcionales que la misma Carta establece, sea reconociendo derechos elementales, sea observando los principios esenciales que, desde el Texto Fundamental, informan la totalidad del ordenamiento jurídico”⁽⁵¹⁾.

También, siguiendo la anterior vertiente jurisprudencial, se ha determinado que la interdicción de la arbitrariedad tiene alcance sobre todos los Poderes públicos constituidos, no existiendo en el Estado de Derecho algunos que sean “(...) soberanos, cuyas competencias puedan ejercerse de cualquier manera”⁽⁵²⁾. Por tanto, ninguna de estas organizaciones pueden escapar a las obligaciones forzosas contenidas en el proceso aplicativo de las reglas del ordenamiento, las cuales están destinadas a demoler la adopción de decisiones basadas en la nuda voluntad particular del órgano correspondiente, sin la cobertura previa y concurrente del Derecho existente en unas circunstancias puntuales⁽⁵³⁾.

(48) Sentencia recaída en el Expediente 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio del 2004. Fundamento jurídico 12.

(49) Me estoy refiriendo a la Sentencia recaída en el Expediente 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio del 2004 y a la Sentencia recaída en el Expediente 06167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero del 2006.

(50) Sentencia recaída en el Expediente 06167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero del 2006. Fundamento jurídico 20.

(51) Sentencia recaída en el Expediente 2730-2006-AA/TC, de fecha 21 de julio del 2006. Fundamento jurídico 2.

(52) Sentencia recaída en el Expediente 3151-2006-AA/TC, de fecha 17 de septiembre de 2008. Fundamento jurídico 3. Sobre la sujeción de los Poderes públicos a las instituciones y principios constitucionales, resulta interesante revisar –con sumo cuidado– las polémicas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre la justicia electoral y la imposibilidad (aparentemente recortada por estos pronunciamientos) de impugnar en la vía constitucional las resoluciones emitidas en última instancia por el Jurado Nacional de Elecciones. A modo de ejemplo se puede ver la Sentencia recaída en el Expediente 2366-2003-AA/TC, de fecha 6 de abril de 2004. Fundamento jurídico 4.

(53) Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Op. cit.*; p. 569.

Dos trabajos de Derecho comparado sobre la interdicción de la arbitrariedad

Lo anterior puede ser visto, en clave de motivación (sea por ausencia o debilidad de ésta) y control del voluntarismo judicial, en la idea de que los excesos en el ejercicio de las potestades jurisdiccionales de la Sala Civil de la Corte Suprema, deben ser fiscalizados tan igual como sucedería con cualquier sujeto con habilitaciones regulares de potestades públicas, al encontrarse cualquiera de éstos “sometidos al principio de la *interdicción de la arbitrariedad*”⁽⁵⁴⁾.

Por otro lado, en lo que nos interesa, los mejores argumentos de nuestro Tribunal Constitucional en el control de las decisiones administrativas mediante la interdicción de la arbitrariedad han surgido -como habíamos adelantado- de las tres aplicaciones conjuntas de ésta con el debido procedimiento, el principio de razonabilidad y la motivación de actos. Debe indicarse que estas fusiones se logran en virtud del acentuado grado de adaptabilidad que tiene el instituto, en tanto su actuación permite apreciar “si se ha tenido en cuenta el mayor valor que, eventualmente, el ordenamiento jurídico puede *reconocer a algún dato concurrente*”⁽⁵⁵⁾.

En el mismo sentido, antes de comenzar con la revisión de los tres exámenes adelantados por el párrafo anterior, vale acotar que en un par de resoluciones se han efectuado alusiones a las interpretaciones incorrectas de los hechos como supuestos

de arbitrariedad, poniendo énfasis en la falta de probanza desprendida de estos incorrectos ejercicios que acarrearían la catalogación de “actividades vagas, caprichosas e infundadas desde una perspectiva jurídica”⁽⁵⁶⁾. De igual manera, se ha señalado que “la *inexistencia o inexactitud de los hechos* (...) sobre los que la Administración funda una decisión discrecional constituye un error de hecho, determinante para la invalidez de la decisión”⁽⁵⁷⁾.

Sobre el primer juicio referido al *debido procedimiento*, el esfuerzo del alto Tribunal se ha centrado en definirlo, desde una perspectiva formal o procedimental, como una garantía básica de los derechos subjetivos recaída en los respectivos titulares privados e imputable únicamente por éstos a las diversas actividades administrativas que les afecten o atañen. Por tanto, el debido procedimiento para ser operativo debe tener un radio de acción necesariamente extenso ya que “si bien tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable en el ámbito de

(54) Sentencia recaída en el Expediente 3151-2006-AA/TC, de fecha 17 de septiembre del 2008. Fundamento jurídico 3.

(55) MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Op. cit.*; p. 576.

(56) Sentencia recaída en el Expediente 06167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero del 2006. Fundamento jurídico 30.

(57) Sentencia recaída en el Expediente 0090-2005-PHC/TC, de fecha 5 de julio del 2004. Fundamento jurídico 14. A desmedro de este último supuesto, debo señalar que la jurisprudencia constitucional guarda absoluto silencio o muestra pocos destellos de las posibilidades de fiscalización relacionadas con la figura estudiada en este trabajo y su combinación con otras técnicas tales como la desviación del poder, la previsibilidad de la decisión, el censo de las interpretaciones normativas “arbitrarias”, las discriminaciones no justificadas (afectaciones al principio de igualdad), el principio de proporcionalidad, el principio de seguridad jurídica, el principio de confianza legítima, entre otras. Considero que el relativo olvido del tratamiento de nuestra noción mezclada con el principio proporcionalidad, reflejan en el fondo un atraso para otorgar la trascendencia que merece la *motivación* de los actos administrativos (a pesar de los avances que explicaremos en las próximas líneas), porque será finalmente en este campo donde ambas figuras se transformen de mandatos normativos genéricos en verdaderos moldes de control jurídico de la Administración pública. Así, sólo se ha indicado, sin un mayor desarrollo, que los actos discrecionales emitidos por las organizaciones administrativas quedan sujetos a las limitaciones de “los elementos de razonabilidad y *proporcionalidad*”. Es por ello que la prescripción de que los actos discrecionales (...) sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir que se basen necesariamente en razones y no se constituyen en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte”. Vid. Sentencia recaída en el Expediente 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio del 2004. Fundamento jurídico 15. Sobre las posibilidades del principio de proporcionalidad en su vertiente negativa y su manejo en base a un triple test (juicio de adecuación, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto), puede revisarse la excelente y minuciosa obra de SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, Daniel. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. pp. 205 y ss.



Orlando Vignolo Cueva

los procedimientos administrativos⁽⁵⁸⁾. Vale indicar que no obstante la importancia de la anterior consideración (más si tiene reconocimiento legislativo en virtud del artículo IV, numeral 1.2. del título preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General), lo más trascendente en este punto ha sido la construcción de su vertiente material o sustantiva, entendida como la revisión sobre un acto administrativo de su “grado de razonabilidad o arbitrariedad en su argumentación (...) y la hipótesis de que, tras la eventual vulneración del proceso de donde se deriva, éste se haya convertido en irregular y permita la opción de control”⁽⁵⁹⁾.

Entonces, según lo explicado, el segundo examen planteado por el Tribunal Constitucional referido a la *motivación* de los actos, estaría inmediatamente ligado al debido procedimiento (o debido proceso) como su “elemento inherente”⁽⁶⁰⁾, del cual dependería sin duda alguna “la legitimidad del ejercicio de todo poder, y es, por ello, inexcusable e irrenunciable, tal como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario de aquél”⁽⁶¹⁾. Con esto, el guardián de la Carta constitucional coloca a la motivación en el papel esencial de medio expurgador de los fundamentos (argumentos) objetivamente usados por la Administración pública en la adopción de sus decisiones⁽⁶²⁾, si se quiere, es el elemento formal necesario para alcanzar la adecuación jurídica de las razones justificantes y concretar la eliminación del voluntarismo administrativo (las muestras de procesos argumentales sustentados en la “mera expresión de la voluntad del órgano

que los dicte”⁽⁶³⁾, o de los procesos deductivos irracionales o absurdos (la motivación del acto debe mostrar “una razón de la elección, ésta debe ser plausible, congruente con los hechos, en los que necesariamente ha de sustentarse, sostenible en la realidad de las cosas y susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos. No basta, como es obvio, cualquier explicación que la Administración convenga en dar en el momento de la obligada rendición de cuentas; éstas han de ser, en todo caso, debidamente justificadas”⁽⁶⁴⁾.

A continuación, el Tribunal Constitucional ha trabajado con capacidad para plantear algunas de las notas características que conformarían la motivación. Muchas de ellas, como veremos a continuación, se encuentran directamente conectadas con los postulados y alcances propios del *principio de razonabilidad y su juicio aparecido sobre la actividad administrativa* (en realidad esta última figura se convierte en el motor real de la motivación). Las consideraciones principales aparecidas en la jurisprudencia constitucional serían las siguientes:

1. La motivación tiene un *contenido esencial*, constitucionalmente reconocido e imposible

(58) Sentencia recaída en el Expediente 0091-2005-PA/TC, de fecha 18 de febrero del 2005. Fundamento jurídico 9.

(59) Sentencia recaída en el Exp. 2347-2004-AA/TC, de fecha 18 de febrero del 2005. Fundamento jurídico 2.

(60) Sentencia recaída en el Exp. 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio del 2004. Fundamento jurídico 13.

(61) *Ibid.*

(62) Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Op. cit.*; pp. 573-574. Sin embargo, a pesar de la categórica afirmación del párrafo principal, debo indicar, apoyándome en el autor de esta cita (p. 574), que no todo acto inmotivado necesariamente es arbitrario, ergo nulo de pleno derecho, puesto que sólo será invalidante aquella falta de motivación “que se corresponda con la verdadera inexistencia de motivos que justifiquen la decisión adoptada por la Administración (...) También incurrirá en arbitrariedad cualquier decisión que, aunque motivada, no tenga un fundamento objetivo y razonable. Se apoye en una defectuosa interpretación de la realidad, o en hechos inexistentes, o erróneamente apreciados, o en una interpretación del ordenamiento manifiestamente carente de lógica”.

(63) Sentencia recaída en el Expediente 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio del 2004. Fundamento jurídico 15.

(64) Sentencia recaída en el Expediente 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio del 2004. Fundamento jurídico 13. De similar manera, en otra resolución el Tribunal Constitucional ha expresado que “el derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que (...) estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican”. Vid. Sentencia recaída en el Expediente 0091-2005-PA/TC, de fecha 18 de febrero del 2005. Fundamento jurídico 9.

Dos trabajos de Derecho comparado sobre la interdicción de la arbitrariedad

de ser disminuido o eliminado por cualquiera de los ejercicios existentes de potestades públicas. Este núcleo duro quedaría centrado en el respeto por la existencia de “fundamentación, congruencia entre lo pedido y lo resuelto (...) suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión”⁽⁶⁵⁾.

2. La motivación no es un elemento formal aplicable de *manera similar*, al barrido y sin remisiones al caso concreto, a todas las actuaciones administrativas (cada una de ellas debe tener su propia y regular justificación, pudiendo existir escasos supuestos en los que no se requiera su concurso), todo esto en razón de que la medida de su intensidad no es fija, ya que “la Constitución no establece una determinada extensión”⁽⁶⁶⁾ de esta garantía.
3. La actuación administrativa, para ser asumida como verdadero producto jurídico (más si produce efectos sobre la esfera de los administrados), necesita de motivación *suficiente*, es decir de argumentos contruidos como auténticas razones que permitan mantener inalterable la “garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa”⁽⁶⁷⁾. En otras palabras, la motivación mientras se mantenga en condición adecuada es un reflejo del principio de razonabilidad, prevista para eliminar las argumentaciones absurdas, insensatas, con factores irrelevantes, de datos inexactos o falsos (contrarios a los fácticamente existentes), que no tome en cuenta el mayor peso (o valoración extra) de un dato concurrente. En suma, el acto con motivos que justifiquen su pronunciamiento aparece como la antítesis del acto arbitrario “desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (...) carente de vínculo natural con la realidad”⁽⁶⁸⁾.
4. La motivación es una exigencia de doble perspectiva recaída en la Administración y los Jueces, estimándose como un deber administrativo *fundamental* y una

materia de *atención prioritaria* en el desarrollo de los posteriores controles judiciales, al encontrarse en el pináculo de “cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo (...) objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional (...) y condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho”⁽⁶⁹⁾.

5. La motivación es un requerimiento que no admite *diferenciaciones o sesgos* en función de la estructura de la competencia administrativa controlada, ya que esta garantía es “una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional”⁽⁷⁰⁾.

A modo de conclusión del presente trabajo, y tomando en cuenta todo lo explicado, resulta necesario reconocer que ante las oscuridades y brillos, debilidades evidentes y fortalezas del *cuasi* solitario tratamiento de la interdicción de la arbitrariedad existente, es conveniente proponer un replanteamiento de su posición, asumiendo ciertas cuestiones -una más profunda que la otra- que bien podrían resumirse en una doble reacción, por una lado, la finalización del retraimiento aplicativo por parte de los operadores a fin de potenciar su uso en los pleitos contencioso-administrativos y constitucionales pertinentes, y, en segundo orden, desde un horizonte un poco más

(65) Sentencia recaída en el Expediente 0091-2005-PA/TC, de fecha 18 de febrero del 2005. Fundamento jurídico 9.

(66) *Ibid.*

(67) *Ibid.*

(68) Sentencia recaída en el Expediente 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio del 2004. Fundamento jurídico 13.

(69) Sentencia recaída en el Expediente 0091-2005-PA/TC, de fecha 18 de febrero del 2005. Fundamento jurídico 9.

(70) *Ibid.*



Orlando Vignolo Cueva

lejano, forzar su reconocimiento constitucional explícito a partir de actividades judiciales y doctrinarias más consolidadas.

Sobre la primera de las consideraciones cabría recalcar que aunque la labor del Tribunal Constitucional peruano no deja de sorprender por ciertos errores técnicos y la apatía por construir una doctrina jurisprudencial debidamente apuntalada (bastante se ha dicho sobre ambos problemas en líneas anteriores), su sano atrevimiento por otorgar al instituto la categoría de principio *implícitamente* constitucional, sitúa el estado de la discusión en otro plano, puesto que lo tenemos reconocido entre nosotros como fuente de Derecho y existe siempre la posibilidad de recurrir a su contenido cuantas veces sea necesario. Sin embargo, otro tema es darle a estas actuaciones jurídicas puntuales, las dosis de potencia dogmática que permitan posicionar

a la interdicción de la arbitrariedad como el eje del sistema de fiscalización judicial de las actividades públicas. Por eso, el mayor reto en este punto es abandonar la timidez y, acto seguido, abrazar la teoría para solventar la praxis cotidiana.

Pero, la anterior cuestión se reforzaría si como sucede en España, la figura es incluida en la Constitución como una *disposición directa negativa*, irrevocable e inmutable en la materialización de su contenido, que soporta a los ciudadanos en los difíciles y, a veces, invulnerables supuestos de arbitrariedad. Finalmente, creo que la recepción positiva de este instituto europeo podría generar un reforzamiento del censo sobre las prácticas de las potestades públicas y sus respectivos productos. Además, su implantación produciría el efecto favorable de agrupar en su seno a todas las técnicas que vayan en pos de la eliminación de los no pocos ámbitos inmunes al control jurídico de nuestros Poderes públicos, y, que, de alguna manera, tenemos reconocidas, latentes o, como hemos explicado desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, parecieran muy atenuadas (sin ser capaces de desplegar todo su alcance garantista).