

VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS EN EL PERÚ

Jorge Elías DANÓS ORDÓÑEZ (1)

Sumario: 1. Evolución del Derecho administrativo en el Perú. 2. La regulación del procedimiento administrativo general en clave de garantía de los administrados. 2.1 La consagración de normas comunes para los procedimientos administrativos especiales. 2.2 La constitucionalización de la regulación del procedimiento administrativo. 2.3 La importancia de los principios del procedimiento administrativo. 2.4 La adecuación de la actuación de la Administración a los fines que la justifican. 2.5 La garantía de la prohibición de incorporar modalidades en los actos administrativos. 2.6 El énfasis en la simplificación administrativa. 2.7 La proclamación de los derechos de los administrados y las obligaciones de la Administración en los procedimientos administrativos. 2.8 El régimen de los recursos administrativos. 2.9 Los tribunales administrativos en sede administrativa. 2.10 La regulación de procedimientos especiales en clave general: De fiscalización y el sancionador. 3. Los mecanismos de control jurisdiccional de la Administración: Fortalezas y debilidades. 3.1 El proceso contencioso-administrativo. 3.2 Los procesos constitucionales. 3.3 Los procesos arbitrales en las contrataciones con el Estado. 3.4 Los procesos penales. 4. La casi inexistente responsabilidad patrimonial de la Administración en el Perú. 4.1 La regulación en las normas de procedimiento. 4.2 La imperfecta regulación de la responsabilidad patrimonial en las normas del proceso contencioso-administrativo. 4.3 Razones por las que no opera en el Perú. 5. Perspectivas evolutivas del Derecho Administrativo en torno a las garantías jurídicas y convergencias globales. 5.1 La Administración pospandemia. La tendencia a la sobrerregulación. 5.2 El relacionamiento electrónico con los ciudadanos. 5.3 La revalorización de la necesidad de que la Administración actúe en función de los intereses públicos.

(1) Profesor categoría principal en los cursos de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Presidente de la Comisión designada por el Ministerio de Justicia mediante Resolución Ministerial núm. 194-97-JUS que elaboró el proyecto que fuera aprobado por el Congreso como Ley de Procedimiento Administrativo General. Asociado fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo-FIDA. Ex presidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación-ASIER. Integrante de la Red Internacional de Bienes Públicos y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo-IIDA. Socio del Estudio Echecopar abogados. datitster@gmail.com

1. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ

AUNQUE la primera norma que en el Perú estableció una regulación de procedimiento administrativo con carácter general lo constituyó el Decreto Supremo núm. 006-67-SC de 1967 denominado Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, podemos afirmar que en el Derecho Administrativo peruano hay un punto de quiebre a partir de la entrada en vigencia en octubre del año 2001 de la Ley núm. 27444 de Procedimiento Administrativo General (en adelante: LPAG), porque se trata de una norma legal que cumplió las siguientes funciones:

– Sintetizó los avances producidos en las regulaciones que la precedieron, nos referimos a los contenidos de la Ley núm. 25035 de Simplificación Administrativa (1989) y al Decreto Legislativo núm. 757 denominado Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (1991), que coexistieron durante más o menos una década junto con el citado Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, complementando la regulación del procedimiento administrativo general, poniendo un énfasis especial en la simplificación de los procedimientos administrativos para facilitar el acceso de los ciudadanos ante las entidades administrativas.

– Adoptó de las normas especiales de procedimiento administrativo peruanas que habían sido aprobadas en la década precedente, dentro del marco del proceso del cambio del rol del Estado en la economía, de protagonista a regulador y garante, instituciones y formas que en la experiencia había demostrado su eficacia, de modo que las recogió en su texto para que sean aplicables con un carácter más amplio.

– Puso especial énfasis en establecer reglas de actuación que configuraran a la administración pública como una organización al servicio de las personas, cuyo rol principal sería la tutela de los intereses públicos que se le encomienda realizar, dotando a la administración de las prerrogativas necesarias para cumplir dicho objetivo pero en armonía y garantizando los derechos constitucionales de las personas.

– Consagro principios y un importante número de reglas aplicables a los procedimientos administrativos directamente sustentadas en la Constitución y que la jurisprudencia dictada posteriormente por el Tribunal Constitucional puso de relieve.

– Sentó las bases, para evidenciar una regulación moderna de una actividad clave del Derecho Administrativo como es el marco legal del procedimiento administrativo general, generando visibilidad sobre la disciplina, alentando de ese modo los desarrollos académicos sobre la materia en el Perú.

A partir de la entrada en vigencia de la LPAG en el Perú, el foco referido a las garantías jurídicas de los privados frente a las actuaciones de los poderes públicos ya no gira únicamente en torno a la protección que se pueda esperar en sede judicial a través de los procesos constitucionales como el proceso de amparo para la tutela de los derechos constitucionales, porque la citada LPAG pone especial énfasis para que las garantías jurídicas de los ciudadanos frente a la administración pública tengan vigencia en el propio procedimiento administrativo como su sede

natural y que constituyan justamente uno de los ejes que vertebran en el Perú la regulación del procedimiento administrativo general. En otras palabras la LPAG potencia el derecho de los administrados a exigir directamente ante la administración pública el cumplimiento de las garantías que les confiere el ordenamiento jurídico y que la administración esta obligada a respetar, sin necesidad de tener que esperar alcanzar la tutela jurisdiccional para que recién sus derechos sean protegidos.

Casi un año después de la LPAG, entro en vigencia la Ley núm. 27584 reguladora del Proceso Contencioso-administrativo (en adelante: LPCA), que constituyó la primera norma legal que en el Perú regulo específicamente dicho proceso, con el propósito de establecer las reglas que hicieran posible la tutela judicial de los privados disconformes con las actuaciones de la administración pública. Con dicho objetivo el proyecto que sirvió de base para la aprobación de la citada ley diseño un proceso de plena jurisdicción, de modo que el justiciable pudiera solicitar al juez no solo la constatación y declaración de la ilegitimidad de la medida administrativa cuestionada, sino también el restablecimiento o reconocimiento de sus derechos o situaciones que han fueron afectados por la administración.

La dos leyes, es decir la LPAG y la LPCA, fueron concebidas teniendo como denominador común la consagración y protección de las garantías de las personas en sus relaciones con la administración pública como manifestación del poder público. La LPAG establece el cauce para que las entidades de la administración puedan desarrollar las competencias que el ordenamiento jurídico le confiere para la realización de los intereses generales que la sociedad le encarga, pero siempre preservando los derechos y garantías de los privados que la propia norma consagra y que como ya se ha dicho, tienen como referente directo la Constitución. En la misma medida, la LPAC desarrolla el marco procesal para que los que se consideran afectados por una decisión administrativa contraria al ordenamiento jurídico, puedan plantear sus pretensiones de tutela de sus derechos ante los jueces, para que controlen la regularidad de la actuación administrativa cuestionada.

Conforme explicaremos en este trabajo la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración por los daños causados a los privados fue regulada en la LPAG y su cauce procesal, aunque con imperfecciones, fue desarrollado por la LPCA, sin embargo no ha sido una figura que se emplee en nuestro medio para el control de las garantías jurídicas de los administrados con la intensidad que se utiliza en otros países, por el contrario, constatamos que en el Perú hasta la fecha existe una práctica renuente a utilizarla por los justiciables y muy poca receptibilidad por parte de los jueces encargados de hacerla efectiva, por las razones que explicitaremos.

A continuación realizaremos una síntesis del régimen en el Perú de las tres principales garantías jurídicas de los administrados en relación a la administración pública: el procedimiento administrativo, el control jurisdiccional de las actuaciones administrativas y la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública.

2. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL EN CLAVE DE GARANTÍA DE LOS ADMINISTRADOS

La LPAG en el Perú es una norma destinada para ser aplicada por todas las entidades de la administración pública, incluido las correspondientes a los niveles de gobierno territorial regional y local (municipal). Comprende también dentro de su ámbito subjetivo a las personas jurídicas privadas que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de un título jurídico habilitante, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada (2).

Tiene por objetivo regular la actuación de la administración pública de cara a sus destinatarios, es decir los privados ya sea cuando acuden a la administración para instar la iniciación de un procedimiento administrativo o cuando son objeto de un procedimiento iniciado de oficio por la administración. Por esa razón en la definición de acto administrativo que contiene la LPAG, como principal instrumento de actuación de la administración pública, se excluye deliberadamente de dicha categoría a los denominados «actos de administración interna», caracterizando a estos últimos como aquellos destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios, pero que a diferencia de los actos administrativos no producen efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados, es decir no repercuten directamente sobre los administrados (3) (4).

En otras palabras la LPAG peruana regula esencialmente la actividad externa de la administración, la que realiza de cara o en relación a los privados para el cumplimiento de las funciones que tiene asignadas para la consecución de los intereses públicos que la sociedad le encarga, no tiene por objetivo regular la actividad interna o el mundo interior de la administración pública, es decir lo relacionado a su organización o disposición de sus recursos (personales, materiales o financieros) que es más bien materia de desarrollo por las normas de los denominados sistemas administrativos, aunque no por ello deja de establecer algunas orientaciones con la finalidad de que la administración organice su actividad externa de modo tal que cuente con los medios y las condiciones que le permitan tramitar los procedimientos administrativos a su cargo en relación a los privados.

La renuncia de la LPAG a regular la actuación interna de la administración y más bien su preferencia por la regulación de la actividad hacia el exterior de la

(2) Artículo I del Título Preliminar de la LPAG

(3) Artículo 1.º de la LPAG. Concepto de acto administrativo: 1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una relación concreta. 1.2 No son actos administrativos: 1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta ley, y de aquellas normas que expresamente lo establezcan (...) [subrayados nuestros].

(4) Tomando la explicación que realizan Jaime Rodríguez-Arana y Miguel Angel Sendín la LPAG peruana al momento de regular el régimen de los actos administrativos ha tomado de la doctrina alemana que lo fundamental del acto administrativo es su capacidad de incidir creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas, pero también ha tomado de la Italiana que lo esencial del acto administrativo es que la administración se expresa hacia el mundo exterior, manifiesta su voluntad hacia afuera de sí misma, en: «Derecho Administrativo Español Tomo II». Editorial netbiblo, La Coruña 2009. pp. 5 y 6.

administración, es decir la que incide directamente sobre los privados produciendo efectos jurídicos sobre sus derechos o generándoles obligaciones, se justifica precisamente en que se trata de un marco legal que a la vez que le otorga prerrogativas exorbitantes a la administración pública para que cuente con los instrumentos jurídicos que se considera necesario para satisfacer los intereses generales que tienen encomendados, simultáneamente consagra un conjunto de garantías a los privados, con el objeto de contraponerlas a las citadas prerrogativas públicas exorbitantes que el ordenamiento jurídico confiere a la administración.

Precisamente es el fuerte énfasis que la LPAG realiza al momento de consagrar una amplia gama de garantías para los privados en sus relaciones con la administración pública, lo que determina que se haya excluido en principio su aplicación a las actividades propias del funcionamiento interno de la administración, en las que dichas garantías previstas para los privados frente a la administración no se justifican y que por el contrario se considere que podrían hacer menos ágil la referida actividad interna, razón la cual la LPAG prefiere recordarle a la administración que los referidos actos de administración interna necesitan ser funcionales para garantizar la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de las entidades administrativas, para que pueda cumplir sus funciones y tramitar los procedimientos a su cargo de cara a los privados, con las garantías jurídicas que la ley les consagra (5).

2.1 LA CONSAGRACIÓN DE NORMAS COMUNES PARA LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES

Otro aspecto de la LPAG desde la óptica de las garantías de los administrados que nos parece importante resaltar es que desde la reforma que fuera introducida por el Decreto Legislativo 1272 en diciembre del 2016, la citada norma ya no es solo una ley que regula un procedimiento administrativo general que permite a las entidades administrativas materializar las potestades administrativas que le han sido conferidas a la realidad de un caso concreto, a excepción de los regímenes en las que existe un régimen legal que regule un procedimiento administrativo especial, situación en cual la LPAG como toda norma general debe ceder su aplicación en beneficio de una ley de procedimiento especial y en todo caso restringirse a aplicarse solo supletoriamente, en lo no previsto por la norma de procedimiento administrativo especial, porque a partir de la citada reforma se ha establecido que además de ser una ley general es también una ley que contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y en consecuencia es de aplicación en todos los procedimientos administrativos desarrollados por la entidades administrativas, incluyendo los regulados por normas de procedimiento

(5) Artículo 7. Régimen de los actos de administración interna. 7.1 Los actos de administración interna se orientan a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de las entidades. Son emitidos por el órgano competente, su objeto debe ser física y jurídicamente posible, su motivación es facultativa cuando los superiores jerárquicos impartan las órdenes a sus subalternos en la forma legalmente prevista (...) [subrayados nuestros].

especial, cuyo marco legal no puede imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la LPAG (6).

En otras palabras la LPAG sigue siendo una norma que establece un cauce estándar para que las entidades administrativas ejecuten las atribuciones y competencias que el ordenamiento jurídico le confiere a través de la tramitación de procedimientos administrativos, pero también debe considerársele el repositorio de normas de procedimiento administrativo comunes para todas las entidades administrativas, que no pueden prescindir de su aplicación, a pesar de que su actividad pueda estar regida por una norma de procedimiento administrativo especial, porque expresamente se dispone que dichas normas comunes de procedimiento constituyen el referente obligado para todas las entidades administrativas, por tal razón en caso de conflicto entre la regulación administrativa común y la especial, el operador debe preferir aplicar la regla de procedimiento contenida en la norma común.

A diferencia de España en la que el carácter común de su ley de procedimiento administrativo nacional esta determinado por la Constitución que le otorga al Estado la posibilidad de conformar un ordenamiento procedimental administrativo de carácter nacional, sin perjuicio de las normas de procedimiento administrativo que pueda aprobar cada Comunidad Autónoma, con el objetivo que los ciudadanos gocen de los mismos derechos básicos en relación a las administraciones públicas a nivel nacional, en el caso peruano el carácter común de parte de las normas contenidas en la LPAG, que determina que en situación de conflicto entre la norma de procedimiento administrativo especial y las normas de carácter común de la LPAG el operador tenga que preferir por mandato de la misma LPAG la aplicación de lo dispuesto por dicho cuerpo legal, esta regla de preferencia por las normas comunes del procedimiento administrativo es establecida por la propia LPAG la que cuenta con el respaldo de la Constitución, en la medida que la mayor parte de los dispositivos que integran las denominadas normas comunes de los procedimientos administrativos tienen como base y fundamento la Constitución (como sucede con los principios del procedimiento administrativo y los principios de la potestad sancionadora administrativa, entre otras normas) y que también tiene base constitucional en el derecho a la igualdad de trato que la LPAG procura garantizar que los administrados gocen de un mismo conjunto de garantías básicas en sus relaciones con las entidades administrativas en el Perú.

Sin embargo la LPAG no ha establecido de manera expresa cuales son las normas específicas que contiene que gozan del referido carácter común para todos los procedimientos administrativos, a diferencia de sus restantes normas que serian las ordinarias reguladoras del procedimiento administrativo general. En algún trabajo

(6) Artículo II. Contenido. 1. La presente ley contiene las normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades incluyendo los procedimientos especiales. 2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente ley (...) [subrayados nuestros].

anterior (7) he sostenido que en mi opinión ese es el caso de las siguientes materias, que en gran medida tienen una clara impronta garantista para los privados:

- Los principios del procedimiento administrativo.
- Los requisitos, las reglas de validez y de notificación de los actos administrativos.
- Las normas sobre simplificación administrativa.
- El régimen del silencio administrativo
- Los dispositivos que establecen los derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo y los deberes de las autoridades en los procedimientos.
- El régimen de los mecanismos de revisión de oficio y los de parte (los recursos) de los actos administrativos.
- Los principios de la potestad sancionadora y las reglas garantistas del procedimiento administrativo sancionador.

Que la LPAG, además de ser una ley general, consagre normas comunes de obligatoria aplicación en todos los procedimientos administrativos especiales, responde a la necesidad de que exista un mínimo común denominador de las garantías esenciales de los administrados en todos los procedimientos administrativos que tramiten las entidades públicas, las que escudadas en normas especiales que regulan su marco de actuación, incluso muchas veces autogeneradas (como es el caso de las municipalidades que aprueban procedimientos administrativos mediante Ordenanzas), actúan prescindiendo de las citadas garantías de los administrados, pretextando que por estar consignadas en una ley general podía ser preteridas en beneficio de las normas especiales, no obstante la evidente inspiración constitucional de tales garantías.

Prueba de la intensa resistencia que manifiestan algunas entidades administrativas para regir sus actividades por normas comunes que constituyan las garantías mínimas de todo procedimiento administrativo, es que paradójicamente algunas de las entidades que podemos considerar se cuentan entre las más modernas de la administración pública peruana, como es el caso de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria –SUNAT–, el Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales –OSCE–, la Superintendencia de Banca y Seguros –SBS– y la Contraloría General de la República entre otras entidades, de inmediato procuraron la aprobación de disposiciones legales que les sirvieran de escudos para apartarse de todo o parte de la regulación de la LPAG o de relegar todo su contenido nuevamente a un rol meramente supletorio, justificándose nuevamente en una pretendida especialidad de su quehacer administrativo.

Pero no obstante la anotada tendencia centrífuga de algunas entidades administrativas, llegado a este punto consideramos importante resaltar que en el ordenamiento administrativo peruano la LPAG mediante la asignación del carácter legal de normas comunes a las partes más garantistas de su contenido, ha dispuesto que

(7) «Las razones de la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo peruana. De ley general a ley que también contiene las normas comunes para todas las actuaciones administrativas». En: *Estudios de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano. Innovación y reforma*. Libro Homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne. Juan Carlos Morón y Jorge Danós O (Coordinadores), tomo I. Gaceta Jurídica. Lima 2018. p. 235.

las garantías nucleares de los administrados en los procedimientos administrativos sean respetadas en todas las actividades que realicen las entidades administrativas, incluso las regidas por normas especiales de procedimiento que, como ya se dijo, no pueden imponer condiciones menos favorables que las previstas en las normas comunes de la citada LPAG.

2.2 LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En el contexto del ordenamiento jurídico-administrativo peruano la LPAG es la norma legal que en atención a la centralidad del rol ordenador que cumple en materia de regulación de los procedimientos administrativos, en mayor medida ha buscado de traducir los mandatos constitucionales que vinculan a la administración y que consagran derechos de los administrados en sus relaciones con los poderes públicos, en reglas concretas de actuación para la administración pública, así como en principios y derechos respecto de los cuales los administrados pueden exigir su cumplimiento.

Buena parte de la amplia relación de los principios del procedimiento administrativo que la LPAG proclama (legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, predictibilidad o de confianza legítima, etc.) que a su vez son desarrollados por preceptos específicos en la citada ley (deber de motivación de los actos administrativos, derecho de acceso irrestricto al expediente administrativo, derecho a impugnar mediante recursos las decisiones administrativas, proscripción de las sanciones administrativas de plano, etc.), constituyen una proyección directa de los mandatos constitucionales sobre los ámbitos administrativos.

Los valores, principios y objetivos constitucionales que se derivan de la proclamación por el Tribunal Constitucional peruano de que nuestra Constitución consagra implícitamente un Estado Social y Democrático de Derecho necesariamente impregnan a la LPAG en la determinación de las reglas para la tramitación de los procedimientos administrativos.

En ese sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, especialmente la producida desde comienzos del presente siglo, ha incidido en los siguientes aspectos en el régimen del procedimiento administrativo regulado por la LPAG:

- Ha reforzado el vínculo constitucional de la mayor parte de los principios del procedimiento administrativo y de los principios de la potestad sancionadora, reconociendo a la Constitución como su fuente directa, lo que implícitamente refuerza su vinculatoriedad respecto de las normas especiales de procedimiento administrativo que no pueden desconocer su jerarquía.

- Ha favorecido la interpretación y aplicación de las normas de procedimiento administrativo en clave constitucional, porque exige a la administración pública que desarrolle sus actividades en sintonía con los mandatos constitucionales.

- Al utilizar como referencia para la resolución de los casos concretos sometidos a su conocimiento la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ha permitido el ingreso de los criterios propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para que también sirvan como parámetros para encauzar la actividad de la administración pública y en consecuencia reforzando la garantía de los derechos de los privado en sus relaciones con la administración pública.

Hoy en día en la práctica administrativa peruana es muy frecuente que una parte importante de las discrepancias o controversias que se puedan suscitar por los privados en sus relaciones con la administración pública puedan ser finalmente reconducidas a debates que tienen en el fondo sustento constitucional, originados por actuaciones de la administración o decisiones que adopta.

2.3 LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La consagración de los principios del procedimiento administrativo ha sido una de las principales bazas de la LPAG para acentuar las garantías de los administrados en su relación con la administración pública, porque los citados principios han tenido por objeto acentuar el carácter servicial de la Administración Pública en favor de los ciudadanos, que son los destinatarios o beneficiarios de la correspondiente actividad administrativa, lo que se pone de manifiesto en el énfasis garantista de su redacción.

Cada uno de los principios del procedimiento administrativo enunciados en forma expresa por la LPAG ha sido definido con el deliberado propósito de precisar sus alcances y en consecuencia de facilitar su aplicación por parte de los destinatarios públicos (funcionarios administrativos) o privados, aunque la realidad ha demostrado que debido al carácter esencialmente dinámico de los principios su contenido es progresivamente enriquecido por la jurisprudencia o la propia práctica administrativa, como ya ha sucedido con algunos de los citados principios, principalmente los que constituyen proyecciones de principios constitucionales (debido proceso, etc.), en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en procesos constitucionales para la tutela de derechos fundamentales.

La mayor parte de los principios del procedimiento administrativo enunciados por la LPAG aunque tienen operatividad por sí mismos y determinan, en muchos casos, obligaciones y deberes genéricos de actuación para las entidades de la Administración Pública en sus relaciones con los particulares, frecuentemente tienen correlato en mandatos concretos en el cuerpo de la citada ley. Tal es el caso por ejemplo, entre varios otros, del denominado principio de informalismo conforme al cual la Administración está obligada a interpretar las normas de procedimiento en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que los derechos de estos últimos no sean afectados por la exigencias de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público, en otras palabras que el procedimiento administrativo no se convierta en una carrera de obstáculos por aspectos meramente formales. Dicho principio tiene una manifestación práctica muy importante en el artículo 136 de la LPAG conforme al cual las entidades administrativas no pueden rechazar la recepción de escritos de los privados entregados presencialmente o remitidos por vía electrónica no obstante padecer de vicios formales, porque están obligadas a recibirlos formulando las observaciones por incumplimiento de requisitos que no pueden ser salvadas de oficio, otorgándole al administrado un plazo para subsanarlas dentro de un plazo máximo de dos días hábiles adicionales, para que en caso de producirse la subsana-

ción el escrito presentado físicamente o remitido electrónicamente se considera recibido desde el día que fue inicialmente recepcionado. De lo contrario se considera como no presentada la referida comunicación.

Pero la LPAG no se restringe a establecer una extensa relación de principios del procedimiento administrativo con carácter meramente enunciativo desarrollando su definición (8), porque además de dejar la puerta abierta para que puedan invocarse otros principios generales del Derecho Administrativo que puedan encontrarse implícitos en el mismo cuerpo legal o consagrados en otras normas (9), asimismo en el numeral 2) del citado artículo IV se ha cuidado de establecer claramente las tres funciones que cumplen los referidos principios de carácter interpretativo, normativo y supletorio:

– Constituyen pautas directrices que ayudan al intérprete al momento de dotar sentido a las normas de la ley puesto que actúan en concurso con los criterios de interpretación jurídica. El funcionario de las entidades administrativas que se encuentre en el dilema de optar entre varias posibles interpretaciones de una norma de procedimiento administrativo debe optar por la interpretación que esté más conforme a los principios administrativos.

– Al estar consagrados en una norma legal los principios forman parte del ordenamiento jurídico y como tales forman parte del bloque de legalidad que sirve de parámetro para las entidades estatales dotadas de potestad reglamentaria, las que al momento de dictar disposiciones administrativas de carácter general, de rango subordinado a la ley, deberán ajustarse a ellos.

– Sirven para suplir los vacíos o lagunas del ordenamiento administrativo porque operan como virtuales normas subsidiarias para integrar el derecho y en tal virtud resolver el problema de las situaciones que no están reguladas por norma alguna.

Asimismo, además de los Principios del Procedimiento Administrativo, la LPAG en el Capítulo dedicado a regular la potestad sancionadora también ha consagrado una relación de principios específicos que tienen por finalidad disciplinar el ejercicio de la citada potestad y que de conformidad con las corrientes doctrinales modernas constituyen en su mayor parte la adaptación de los principios garan-

(8) «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...; 1.2 Principio del debido procedimiento...; 1.3 Principio de impulso de oficio...; 1.4 Principio de razonabilidad...; 1.5 Principio de imparcialidad...; 1.6 Principio de informalismo...; 1.7 Principio de presunción de veracidad...; 1.8 Principio de buena fe procedimental...; 1.9 Principio de celeridad...; 1.10 Principio de eficacia...; 1.11 Principio de verdad material...; 1.12 Principio de participación...; 1.13 Principio de simplicidad...; 1.14 Principio de uniformidad...; 1.15 Principio de predictibilidad o de confianza legítima...; 1.16 Principio de privilegio de controles posteriores...; 1.17 Principio del ejercicio legítimo del Poder...; 1.18 Principio de responsabilidad...; 1.19 Principio de acceso permanente.»

(9) Establece el numeral 1) del artículo II de la Ley de Procedimiento Administrativo General que el procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en la relación de principios que establece la ley «sin perjuicio de la vigencia de otros Principios Generales del Derecho Administrativo» y en el último párrafo del numeral 2) del mismo artículo se reitera que «La relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo».

tistas del derecho penal para su aplicación en el ámbito de lo administrativo sancionador. Al igual que con los principios del procedimiento administrativo general, varios de los principios que el artículo 248 de la LPAG denomina «Principios de la potestad sancionadora administrativa», constituyen la proyección al campo de lo administrativo sancionador de principios de indudable entronque constitucional (legalidad, debido procedimiento, irretroactividad, *non bis in idem*, etc.), vínculo que el Tribunal Constitucional se ha encargado de poner en evidencia en numerosas sentencias que ha expedido recaídas en procesos constitucionales en los que se demandaba la tutela contra actuaciones sancionadoras arbitrarias.

Como se puede apreciar en el Derecho Administrativo peruano existe una marcada preferencia por el desarrollo legislativo de los principios en lugar de su enunciación o descubrimiento por la jurisprudencia. Consideramos que esta tendencia se produce porque en el ordenamiento peruano la jurisprudencia no ha cumplido el rol capital que ha desempeñado en otros países, como es el caso paradigmático del Consejo de Estado de Francia que como señala el profesor García de Enterría (10) creó el Derecho Administrativo Francés sobre la base de la exposición y sistematización de principios o criterios de decisión de formulación de carácter esencialmente jurisprudencial antes que legal. En el Perú la jurisprudencia emitida por los tribunales que conocen de los procesos para el control judicial de las actuaciones de la administración pública no ha cumplido dicho rol, lo que trae como consecuencia que en el Derecho Administrativo peruano muy pocas veces se pueda utilizar una sentencia del Poder Judicial como precedente jurisprudencial, fuente de principios o criterios para resolver controversias en materia administrativa.

El papel no cumplido por los órganos especializados en lo contencioso-administrativo del Poder Judicial ha sido tímidamente sustituido por la jurisprudencia de algunos tribunales administrativos, que en el ordenamiento peruano tienen la calidad de órganos administrativos competentes para resolver las controversias que se generan en ámbitos muy técnicos y especializados respecto de los cuales el legislador considera necesario el pronunciamiento en última instancia administrativa de tribunales conformados por funcionarios seleccionados por su conocimiento técnico en la materia (11), lo que de manera indirecta facilitaría su resolución en caso la controversia sea llevada ante el Poder Judicial.

Sin embargo ha sido el Tribunal Constitucional peruano quien ha cumplido un rol destacado en el enunciado jurisprudencial de los Principios del Derecho Administrativo o del Derecho Público en general, claro esta principalmente respecto de los principios que se derivan del ordenamiento constitucional y que constituyen la clave de bóveda de importantes sectores del ordenamiento administrativo, como sucede con los principios constitucionales que inspiran el régimen de la contratación estatal, de los servicios públicos, del régimen de los funcionarios y servidores

(10) En Prólogo a la obra del profesor Franck MODERNE, *Principios Generales del Derecho Público*. Editorial Jurídica de Chile. 2005, p. 14.

(11) Tal es el caso del Tribunal Fiscal, del Consejo de Minería, del Tribunal de contrataciones del Estado, del Tribunal Registral, del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Industrial, entre otros. Hemos analizado el régimen de los tribunales administrativos y su rol como mecanismos de control de la administración pública en: «El proceso contencioso-administrativo en el Perú», publicado en AAVV: «Derecho Procesal. II Congreso Internacional», Lima, 2002. Fondo de desarrollo editorial de la Universidad de Lima, pp. 373 y 374.

públicos, de la potestad sancionadora, etc., entre otros campos del Derecho Administrativo.

Entre los principios más importantes consagrados se encuentra el de legalidad, considerado como principio emblemático del Estado de Derecho que a decir de la doctrina más autorizada (12) «opera... en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa. Sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima». La definición aportada por la ley pone de relieve la función que cumple el principio de legalidad en la determinación de los fines de interés general a los que debe servir la Administración Pública y que justifican su existencia, y cuya observancia o no constituye criterio válido para el enjuiciamiento de la corrección de su actuación.

Mediante la consagración del principio al debido procedimiento administrativo se proyecta al ámbito del procedimiento administrativo el derecho al debido proceso que la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos consagran fundamentalmente para los procesos que se siguen en el ámbito judicial, lo cual requiere su adaptación con ciertas matizaciones en el procedimiento administrativo, porque obviamente no todos los principios y derechos de la función jurisdiccional contemplados en el artículo 139 de la Constitución pueden aplicarse en el procedimiento administrativo (13) ya que en todo caso su campo natural de actuación reside en el proceso contencioso-administrativo que el interesado promueva para el control de las actuaciones administrativas que entiende vulneran sus derechos. La definición aportada por la ley consagra, con carácter expresamente enunciativo y de ninguna manera limitativo, las garantías mínimas indispensables del administrado que han de respetársele en el procedimiento administrativo: el derecho a ser notificado; a acceder al expediente; a exponer argumentos (derecho de defensa) y a presentar alegatos complementarios; derecho a la prueba; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión administrativa motivada y fundada en derecho, este último vinculado al deber genérico de motivación de los actos administrativos con el objeto de permitirle al administrado poder controlar las decisiones administrativas; y, derecho a impugnar las decisiones que le afecten (14).

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y RAMÓN-FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I. Edit. Civitas. Madrid 1997. p. 432.

(13) Tal es el caso de la garantía de la instancia plural, que conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional peruano tiene sentido en el ámbito jurisdiccional pero no constituye un derecho de los privados frente a la administración pública, porque su verdadera garantía lo constituye el poder acceder a la tutela judicial mediante el proceso contencioso-administrativo.

(14) Sobre el tema: Juan Carlos MORÓN URBINA. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Editores, Lima 2021, Tomo I, pp. 76 ss.; Eloy ESPINOSA-SALDAÑA «Debido proceso en Procedimientos Administrativos, su viabilidad y las Experiencias Peruana y Mundial sobre el particular». En: *Revista Jurídica del Perú* núm. 18. Edit. Normas Legales. Trujillo, 2001, p. 2, también: Christian Guzmán Napurí «El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana. ¿Hoy en día todavía se puede discutir la pertinencia del mismo? En: *Ius et Veritas*, núm. 22. Lima. 2001, p. 344, César Ochoa Cardich «Los principios Generales del Procedimiento Administrativo». En: AAVV: *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*. Ley núm. 27444. Segunda parte. Lima. Ara editores, 2003, p. 68, y Ramón HUAPAYA «¿Cuáles son los alcances del derecho al «Debido Procedimiento Administrativo» en la Ley de Procedimiento Administrativo General?», publicado en: *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación*. Ara Editores, Lima, 2011, pp. 113 ss.

El principio de impulso de oficio se traduce en el deber de la Administración, como gestora del interés público, de desarrollar toda la actividad que sea necesaria para llegar a la decisión final, sin perjuicio de la mayor o menor participación que puedan tener los interesados en la realización de las actuaciones. Ello se justifica porque la actuación administrativa debe estar orientada a satisfacer los intereses públicos y por ende la simple inacción de los administrados no debe determinar normalmente la paralización del procedimiento.

El principio de razonabilidad, también conocido como proporcionalidad en otros ordenamientos, postula la adecuación entre medios y fines, de modo que la Administración Pública no debe imponer ninguna carga, obligación, sanción o prestación más gravosa que la que sea indispensable para cumplir con las exigencias del interés público

El principio de imparcialidad opera tanto cuando la Administración resuelve procedimientos en los que existen intereses contrapuestos entre particulares, como sucede en las licitaciones, concursos, en los denominados procedimientos trilaterales, e incluso cuando tramita solicitudes de licencias, autorizaciones, permisos, etc. en los que pueden existir interesados en impugnar un acto administrativo que a su vez beneficia a otro, como también incide en los procedimientos que se tramitan únicamente entre un particular y la Administración (procedimientos lineales), en ambos casos el principio de imparcialidad asegura que la Administración permita la participación igualitaria de los interesados.

Asimismo mediante el principio de informalismo, al que hicimos referencia anteriormente, se pretende que la Administración Pública excuse a los interesados de la inobservancia de exigencias formales no esenciales que impidan obtener una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Este principio se concibe siempre a favor del administrado y nunca de la Administración, no pudiendo esta última invocarlo para eludir el cumplimiento de facultades regladas. El objetivo es evitar que el procedimiento administrativo sea concebido como una carrera de obstáculos en contra del administrado, las más de las veces impuestos por la rutina burocrática, y que no se le niegue el derecho a la continuación del procedimiento hasta su culminación.

El principio de participación desarrolla en parte el derecho constitucional de todo ciudadano a acceder a la información que obra en poder de la Administración Pública consagrado por el numeral 5) del artículo 2 de la Carta de 1993 (15), aunque no agota su regulación porque entiende que debe ser objeto de mayor desarrollo en una ley especial (16); simultáneamente enuncia el derecho de acceso y participación de los administrados en la toma de decisiones públicas que le pudieran afectar, materia que es desarrollada por la ley en los artículos 192 a 196 en los que regula los institutos de audiencia pública y el denominado período de información pública, con el objetivo de establecer mecanismos que permitan hacer efectivo en sede administrativa el dere-

(15) «Artículo 2.º Toda persona tiene derecho: Núm. 5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.....»

(16) Es el caso del Texto Único Ordenado de la Ley núm. 27806 de Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobado mediante Decreto Supremo núm. 043-2003-PCM de 24 de abril de 2003 que establece obligaciones de difusión activa (difundir información mediante portales vía Internet) y pasiva (facilitar el acceso a la información solicitada) por parte de la Administración.

cho consagrado por el numeral 17) del artículo 2 de la Constitución (17) a participar en la vida política, económica, social y cultural de la nación, así como procurar garantizar la transparencia en la actuación administrativa como manifestación del principio democrático de publicidad de todos los poderes públicos.

2.4 LA ADECUACIÓN DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A LOS FINES QUE LA JUSTIFICAN

En nuestra opinión otra de las garantías jurídicas para los administrados consagradas en el texto de la LPAG reside en el acento colocado en su articulado para remarcar la vinculatoriedad de la administración pública al deber de protección de los intereses públicos o generales, que debería constituir el punto de referencia obligado para todas las actividades de la administración pública.

En consonancia con el anotado énfasis que realiza la LPAG para que la administración pública conecte con la protección de los respectivos intereses públicos o generales encomendados, haremos una síntesis de solo cinco de las numerosas referencias que hace la ley a los citados conceptos, que consideramos tienen una especial incidencia en las garantías de los privados:

(i) El artículo III del Título Preliminar de la LPAG enuncia una declaración de mucho calado sobre los objetivos de la administración pública y la necesidad de que en su actuación procure el equilibrio entre el ejercicio de sus potestades y los derechos de los administrados:

«Artículo III. Finalidad

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 jurídica en general.»

Se trata de una norma cuya redacción se ha inspirado esencialmente en el artículo 103.1 de la Constitución Española. El precepto de la LPAG glosado enfatiza el carácter finalista de la misión encomendada a las entidades de la Administración Pública peruana que deben estar al servicio de los intereses generales, establece que el objetivo prioritario de sus actividades no es la gestión de un mero interés propio de la organización administrativa, sino que superiores intereses públicos o generales de la colectividad que trascienden a dicha organización y que la Constitución o el ordenamiento jurídico le encomienda a la administración pública promover, tutelar o garantizar.

El precepto en cuestión cuida de puntualizar dos prevenciones respecto del rol que debe cumplir la administración pública de gestión y tutela de los intereses públicos o generales: (i) debe realizar su actividad sin menoscabo o en armonía con los derechos de los administrados, y (ii) con sujeción al marco constitucional y legal, es decir, al principio de legalidad, pero no a través de una simple aplicación mecánica o

(17) «Artículo 2.º Toda persona tiene derecho: Núm. 17) A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación...».

formalista del respectivo marco legal, sino en función de la satisfacción de los fines públicos que la sociedad a través del ordenamiento jurídico le encomienda.

(ii) Los alcances del contenido de un grupo importante de los principios del procedimiento administrativo enunciados en la LPAG tienen como parámetro para su cumplimiento a los intereses públicos o generales que la administración pública debe tutelar. Es el caso de los principios de: a) legalidad (18); b) razonabilidad (19); c) imparcialidad (20); d) informalismo (21); e) eficacia (22) y f) del ejercicio legítimo del poder (23).

Las referencias a los intereses públicos o generales en los principios glosados tienen como común denominador que los citados intereses cumplen las siguientes funciones: a) constituyen el fundamento de las atribuciones (facultades o potestades) que el ordenamiento jurídico confiere a la administración; b) establecen los objetivos que la administración debe cumplir; c) delimitan los parámetros que regulan y legitiman la actuación de la administración pública y d) constituyen el canon para el control de la aplicación correcta de los citados principios.

(iii) También con una lógica de garantía de los privados respecto de la actividad de la administración pública, la LPAG dispone que la finalidad pública constituye uno de los requisitos de validez de los actos administrativos:

«Artículo 3. Requisitos de validez de los actos administrativos.

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

[...]

3. Finalidad pública. Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que

(18) LPAG: «Artículo IV. Principios del procedimiento 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».

(19) LPAG: «Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo (...) 1.4 Principio de razonabilidad.– Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse 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».

(20) LPAG: «Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo (...) 1.5 Principio de imparcialidad. 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».

(21) LPAG: «Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo (...) 1.6 Principio de Informalismo.– 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».

(22) LPAG: «Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo (...) 1.10 Principio de eficacia. (...) En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales de verá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio».

(23) LPAG: «Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo (...) 1.17 Principio del ejercicio legítimo del poder. La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general».

VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS...

pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.»

En tal virtud, las decisiones concretas que adopte la administración pública bajo la forma de actos administrativos, en ejercicio de las competencias que le confiere la ley y como producto de un procedimiento administrativo, deben tomarse en necesaria sintonía con los intereses públicos o generales contenidos en las normas que rigen su actividad.

Un acto administrativo no cumpliría el citado requisito de validez y en consecuencia se encontraría incurso en causal de nulidad si es que a pesar de que pueda parecer válido en cuanto a la forma y su contenido, persigue, sin embargo, un objetivo diferente al fin público que tuvo en cuenta el legislador cuando el otorgó competencia a las administración para actuar.

(iv) Asimismo, el numeral 8) del artículo 84.º de la LPAG establece un canon (criterio) de interpretación de las normas legales administrativas que obliga a los funcionarios públicos a buscar el sentido de las disposiciones administrativas que les confieren potestades y regulan su actividad para que sea conforme a los fines públicos o generales que constituyen el referente teleológico de la administración pública en su conjunto:

«Artículo 86. Deberes de las autoridades en los procedimientos.

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

[...]

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

Como se puede apreciar la norma dispone que los funcionarios públicos identifiquen y tengan en cuenta, antes de tomar una decisión, cuales son los intereses generales que el ordenamiento legal le encarga satisfacer, para interpretar y en consecuencia aplicar dicho marco legal acorde con dichos fines públicos, pero siempre en equilibrio con los derechos de los administrados.

De esa forma el citado precepto cumple un rol muy importante en orden a reforzar las garantías de los privados frente a la administración pública, porque obliga a que todas las actividades de esta última necesariamente se realicen en función de los cometidos o intereses públicos para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico-administrativo le otorga competencias, los cuales constituyen el referente o parámetro de actuación de la administración que los privados pueden utilizar para verificar la legitimidad de las decisiones administrativas y eventualmente cuestionar la legalidad de las que les afecten, demandando que se adopten en forma acorde a los intereses públicos o generales que justifican y constituyen el parámetro para la actuación de la administración pública.

(v) Finalmente, uno de los principales candados o garantías jurídicas que la LPAG establece para que la administración ejerza la muy importante y potente potestad exorbitante para declarar de oficio la nulidad de sus propios actos, aunque

hayan quedado firmes, es que se trate de actos que agraven el interés público o que lesionen derechos fundamentales:

«Artículo 213. Nulidad de oficio.

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.

[...]»

Por tanto, en el régimen de la LPAG que un acto administrativo padezca de un vicio de nulidad previsto legalmente, que además no pueda ser objeto de enmienda en virtud del principio de conservación del acto, no es título suficiente para que la administración pública pueda utilizar la atribución que le confiere el precepto glossado para declarar de oficio su nulidad, con el perjuicio que podría tener en consecuencia para el privado que deriva derechos de dicho acto administrativo, porque solo podrá ejercer dicha prerrogativa exorbitante si es que se trata de un acto que afecta o lesiona intereses públicos.

Recapitulando, aunque a primera vista equivocadamente pueda creerse que la garantía de los derechos de los privados en sus relaciones con la administración pública pueda estar reñida o entrar en conflicto con los intereses públicos o generales de la colectividad, la experiencia en el funcionamiento de la administración pública peruana, especialmente de los últimos 5 años, demuestra que son muy frecuentes las situaciones en las que los privados constituyen los principales interesados en que las entidades de la administración pública actúen en función de los intereses públicos o generales que tienen a su cargo satisfacer, porque que la administración realice sus actividades en consonancia o sintonía con los fines que inspiran el ordenamiento administrativo, les ofrece mayores garantías de predictibilidad y seguridad jurídica, en lugar de una administración pública que actúa en piloto automático, sin orientación alguna, desconectada con los intereses generales, solo preocupada por el cumplimiento formal de los trámites y sin consideración alguna de los fines que justifican su existencia.

2.5 LA GARANTÍA DE LA PROHIBICIÓN DE INCORPORAR MODALIDADES EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En nuestra opinión también constituye una garantía jurídica importante contenida en la LPAG que se prohíba con carácter general a las entidades de la administración pública que incorporen a los actos administrativos condiciones, plazos o modo (cargas), a no ser que se encuentren expresamente autorizados por una norma legal y sujeto al cumplimiento de determinados requisitos para su procedencia, conforme al siguiente texto:

«Artículo 2. Modalidades del acto administrativo.

2.1 Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter al acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordena-

VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS...

miento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto.

2.2 Una modalidad accesoria no puede ser aplicada contra el fin perseguido por el acto administrativo.»

Como se puede apreciar el precepto glosado establece una reserva de ley lo que tiene como consecuencia que ninguna entidad administrativa en el Perú puede emitir actos administrativos discrecionalmente sometidos a condiciones, plazos y otras cargas sin que el ordenamiento jurídico administrativo que le sirve de marco o base legal se lo autorice, lo cual garantiza a los privados no estar sujetos a arbitrariedades de ese tipo por parte de las autoridades administrativas, que lamentablemente en la etapa anterior a la vigencia de la LPAG no han sido infrecuentes y que por esta razón el precepto comentado ha querido prevenir.

Más aún, incluso en la hipótesis que una norma legal diferente a la LPAG autorice en forma expresa a la autoridad administrativa competente para tramitar un procedimiento administrativo para que el acto administrativo mediante el que formalice su decisión pueda ser emitido sujeto a algunas de las modalidades referidas, el precepto glosado dispone que autoridad debe velar para que el respectivo acto administrativo que se expida sea compatible con el ordenamiento legal y con los fines públicos (24).

2.6 EL ÉNFASIS EN LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Además de la preferencia por la consagración de una amplia relación de principios que guían la actuación de la administración pública, otro aspecto que caracteriza a la regulación del procedimiento administrativo en el Perú por la LPAG, en contraste con la de otros países, es la especial incidencia que se le otorga al establecimiento de reglas que establezcan medidas de simplificación administrativa, como se ha referido al iniciar este trabajo.

La LPAG hace que la simplificación administrativa se convierta para la administración pública en una regla o mandato de carácter permanente, con el objetivo que el procedimiento administrativo sea lo más ágil, económico y simple posible, es decir que los procedimientos que tenga a su cargo tramitar la administración sean menos complejos y más racionales y que no se conviertan en una carrera de obstáculos que le impida al privado relacionarse de manera eficiente con la administración pública.

La preocupación por la simplificación administrativa responde a la necesidad de cambiar la cultura de sectores de la administración pública peruana todavía anclados en prácticas que coloquialmente se les ha denominado como «tramitología» y «permisología», la mayor parte de las veces localizadas en la administración de los gobiernos locales (municipales). Por esa razón las políticas de moderniza-

(24) Sobre el tema puede revisarse VELASCO CABALLERO, Francisco, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid 1996 En: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4881>. También SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Ramon Areces, Madrid, 1999, Tomo II, p. 148, sobre determinaciones accesorias de los actos administrativos. Y GARCIA URETA, Agustín, *Temas de Derecho Administrativo*, tomo I. 3.ª edición. Gomylex editorial. Bilbao, 2017, p. 190.

ción de la administración pública que aprueba el Gobierno Nacional periódicamente, dedican una especial atención a la necesidad del reforzamiento y garantía de la simplificación administrativa.

Aunque son numerosas las medidas que consagra la LPAG para que la administración ajuste su actividad en función de las políticas de simplificación administrativa, me parece necesario sintetizar las principales:

- Se dispone que cada una de las entidades administrativas peruanas debe contar con un Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante: TUPA) que deberá ser aprobada por el titular de la misma, que compile todos los procedimientos administrativos a su cargo, pero exclusivamente los que se inicien a pedido de parte (de los privados), no los procedimientos iniciados de oficio por la propia administración. En dicho TUPA se consignarán los requisitos y características de cada uno de los procedimientos a cargo de la entidad, a los efectos que los administrados puedan conocer de antemano que necesita para acceder a la administración, que pueden esperar y, de ser el caso, como es que pueden impugnar la decisión. El TUPA no constituye un vehículo normativo para crear o configurar procedimientos administrativos, es tan solo la síntesis de la regulación de procedimientos administrativos cuyos requisitos y características han sido preestablecidos por otras normas legales. En otras palabras el TUPA es un medio para publicitar las funciones que cumple cada entidad administrativa a pedido de parte, facilitándole al administrado información que le permita acceder a la misma y tener en claro que puede esperar y exigir de la entidad a la que acude.

- A los efectos de incluir la información en los referidos TUPAs, todo procedimiento administrativo susceptible de ser iniciado a pedido de parte (no los procedimientos iniciados de oficio) deben ser clasificados por cada una de las entidades como procedimientos a) de aprobación automática, o b) procedimientos de evaluación previa, subdividiéndose estos últimos a su vez en i) procedimientos sujetos al silencio administrativo positivo y en ii) procedimientos sujetos al silencio administrativo negativo, clasificaciones que se determinaran en función de los parámetros que establece la propia LPAG.

- Los procedimientos de aprobación automática son aquellos en los que con la sola presentación por el privado de su respectiva solicitud por mandato legal se entiende automáticamente autorizado u otorgado lo solicitado por el peticionario. Se clasifican bajo esa categoría procedimientos administrativos que habiliten el ejercicio de derechos preexistentes del administrado, la inscripción en registros administrativos y la obtención de títulos habilitantes para el ejercicio de actividades profesionales o económicas que no afecten derechos de terceros. Son procedimientos respecto de los cuales la LPAG entiende que no son susceptibles de afectar intereses públicos o generales relevantes, por tanto la aprobación automática se considera legalmente otorgada con la recepción de la solicitud del privado por parte de la administración competente, sin mediar ningún análisis previo por parte de la administración, aunque con la posibilidad de que se realice por la administración una fiscalización posterior de la veracidad de la documentación presentada. En otros ordenamientos como el Español, al tipo de procedimiento como el descrito se le denomina «actividades comunicadas a la administración».

- Los denominados procedimientos administrativos de evaluación previa son aquellos en los que una vez iniciados, mediante la presentación de una solicitud, la

administración cuenta con treinta (30) días hábiles (laborables) de plazo para resolver, a cuyo vencimiento operará el silencio administrativo de carácter positivo o negativo, en función del tipo de interés público o general involucrado. La opción de la LPAG es que las entidades deberían clasificar en su respectivo TUPA como sujetos al silencio administrativo positivo a todos los procedimientos que se inicien a pedido de parte en los que no este en juego o se puedan afectar significativamente los intereses públicos o generales que el citado cuerpo legal señala de manera taxativa como justificantes, para que por el contrario, un procedimiento administrativo pueda ser clasificado como sujeto al silencio administrativo negativo (25).

– Se presta especial importancia al establecimiento de reglas para la determinación del importe que las entidades pueden cobrar al peticionario por concepto de derechos de tramitación de los procedimientos iniciados a pedido de parte, con el objeto de que su monto no pueda superar el costo que su desarrollo genera para la respectiva entidad y de esa manera evitar que se condicione el inicio de un procedimiento a la imposición de cobros que no tienen justificación o racionalidad.

– Se establece una amplia relación de documentos que la administración esta impedida de solicitar para la tramitación de cualquier tipo de procedimiento administrativo, con el objeto de evitar cargas innecesarias a los administrados, como es el caso por citar un ejemplo de la documentación que la propia entidad a cargo del procedimiento haya generado o posea como producto del ejercicio de sus funciones, o que deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el propio administrado en cualquiera de sus dependencias, o por haber sido fiscalizado por ellas, durante los cinco (5) años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hubieren sufrido variación.

– Asimismo se dispone que también en todos los procedimientos administrativos que tramiten las entidades están obligadas a recibir lo que denomina sucedáneos documentales en lugar de los documentos oficiales, los que reemplazan con el mismo mérito probatorio, como es el caso, entre varios otros, de las copias simples en reemplazo de los documentos originales o copias legalizadas notarialmente de tales documentos, acompañadas de una declaración jurada del administrado acerca de su autenticidad.

– La LPAG faculta para que mediante Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se apruebe la regulación de procedimientos administrativos estandarizados de obligatoria aplicación por parte de las entidades competentes para tramitarlos, las que no están autorizadas para modificarlos o alte-

(25) LPAG: «Artículo 38. Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo. 38.1 Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en los siguientes bienes jurídicos: la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales, procedimientos de inscripción registral y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. La calificación excepcional del silencio negativo se produce en la norma de creación o modificación del procedimiento administrativo, debiendo sustentar técnica y legalmente su calificación en la exposición de motivos, en la que debe precisarse la afectación en el interés público y la incidencia en alguno de los bienes jurídicos previstos en el párrafo anterior. Por Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, se puede ampliar las materias en las que, por afectar significativamente el interés público, corresponde la aplicación de silencio administrativo negativo».

rarlos, con la subsiguiente obligación de incorporarlos en su respectivo TUPA. Se trata de una medida esencialmente pensada para que se pueda uniformizar la regulación de procedimientos administrativos a cargo de las municipalidades, en especial de los que se tramitan para obtener títulos habilitantes (licencias, autorizaciones, etc.) en ejercicio de su poder de policía administrativa y que tienen importante repercusión sobre los agentes económicos.

Es muy amplia la relación de normas y técnicas que consagra la LPAG con el objetivo declarado de simplificar los procedimientos administrativos para imprimir celeridad y eficacia a la actividad administrativa, en garantía y beneficio de los administrados. Se trata de un objetivo de carácter permanente, al cual también colaboran una amplia relación de normas legales destinadas específicamente para algunos sectores y/o de carácter transversal para todas las entidades de la administración pública (como lo hace la LPAG), que tienen en común establecer reglas para que las entidades administrativas simplifiquen sus procedimientos, pero que para procurar garantizar su efectividad simultáneamente empoderan a los privados para que exijan por los mecanismos que el marco legal les confiere, que las entidades cumplan con las normas de simplificación que el ordenamiento administrativo establece.

2.7 LA PROCLAMACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS Y LAS OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Además de la amplia relación de principios del procedimiento administrativo y de las normas de simplificación administrativa que reseñamos en este trabajo, que consagran reglas, parámetros, pautas para el funcionamiento de la administración pública en el Perú que, en la mayor parte de los casos pueden ser simultáneamente considerados derechos de los administrados, la LPAG contiene dos preceptos que consagran derechos específicos de los administrados (26) y deberes de las autoridades administrativas (27) en la tramitación de los procedimientos administrativos.

Respecto de los derechos de los administrados se establecen reglas para garantizarles determinados atributos en sus relaciones con las entidades administrativas, tales como: garantizar la precedencia en la atención guardando un riguroso orden de ingreso; a ser informados en los procedimientos de oficio sobre su naturaleza, alcance y, de ser previsible, del plazo estimado de duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones; al cumplimiento de los plazos determinados para cada servicio o actividad de la administración y exigirlo así a las autoridades y a que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible, entre varios otros.

Nos interesa destacar dos derechos de la citada relación:

a) es el caso del derecho a acceder en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los proce-

(26) Artículo 66.

(27) Artículo 86.

dimientos administrativos en que sean partes y a obtener copia de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, que por otro lado es enunciado como uno de los principios en el Título Preliminar con la denominación de Principio de acceso permanente (28), a la vez que correlativamente es desarrollado con mayor detalle acerca de sus alcances en el artículo 171 de la misma LPAG. Como se puede apreciar se trata de un derecho que simultáneamente ha sido enunciado como principio de todos los procedimientos administrativos, como derecho de los administrados y sus alcances desarrollados en un precepto específico, que permite hacer viable el derecho de defensa de los participantes en un procedimiento administrativo al permitirles acceder en forma directa a la documentación que obra en el respectivo expediente y que tendrá en cuenta el funcionario a cargo de resolver el procedimiento administrativo en trámite. En nuestra opinión se trata de un derecho incluso más potente que el derecho que se le reconoce a todo ciudadano en general para acceder a la información que produce y obra en poder de la administración pública, derecho a la transparencia en la gestión pública protegido por el proceso constitucional de *habeas data*, porque en el caso que comentamos esta en juego el derecho de los partícipes en un procedimiento administrativo, que por dicha razón esta directamente vinculado a los derechos al debido procedimiento y de defensa.

b) El segundo derecho que nos interesa destacar, es el que se establece para quienes se encuentran tramitando la renovación del plazo de vigencia de algún título habilitante, tales como autorizaciones, licencias y permisos, para los que en tanto que la solicitud respectiva para que sean renovados los citados títulos habilitantes haya sido presentada durante la vigencia del plazo de vigencia original, por mandato legal se deben entender automáticamente prorrogados durante el plazo que tome la administración para tramitar el respectivo procedimiento de renovación y hasta que notifique su decisión definitiva sobre la respectiva solicitud. La finalidad de este derecho vinculado a la simplificación administrativa es que el privado no sea privado del título habilitante que le permite continuar desarrollando su actividad, en tanto se encuentre a cargo de la administración pública pronunciarse sobre su solicitud.

En relación a los deberes de las autoridades que tienen a su cargo la tramitación de los procedimientos administrativos la mayor parte de ellas tiene por objeto reforzar diversas obligaciones que se derivan de principios de la LPAG o que se encuentran implícitas en otras reglas del mismo cuerpo legal, como es el caso de: actuar conforme a los fines públicos para cuya satisfacción les fueron conferidas competencias; encauzar de oficio la tramitación del procedimiento; abstenerse de requerir requisitos u otras exigencias sin sustento legal; velar por la eficacia de las actuaciones administrativas y otras varias obligaciones, las cuales correlativamente constituyen verdaderos derechos de los privados a los que se empodera para poder

(28) LPAG: Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo (...) 1.19 Principio de acceso permanente.- La autoridad administrativa está obligada a facilitar información a los administrados que son parte en un procedimiento administrativo tramitado ante ellas, para que en cualquier momento del referido procedimiento puedan conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en dicho procedimiento, sin perjuicio del derecho de acceso a la información que se ejerce conforme a la ley de la materia.

exigir su cumplimiento a la administración pública. Aunque ya hemos hecho referencia al tema en una sección anterior, se establece en el mismo precepto, una regla interpretativa muy importante para el adecuado funcionamiento de la administración en sus relaciones con los privados, conforme a la cual los funcionarios públicos están obligados a realizar la interpretación (y en consecuencia guiar su actuación) de cualquier norma administrativa siempre en función de los fines públicos que justifican su aprobación o dictado, sin menoscabo de los derechos de los administrados.

2.8 EL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Como se sabe los recursos administrativos generalmente son conceptualizados como instrumentos para la garantía de los derechos de los privados mediante los cuales pueden reaccionar para la defensa derechos e intereses, cuestionando las actuaciones administrativas que los afectan. En tal sentido la LPAG prevé que los privados descontentos con la actividad de la administración pueden interponer dos tipos de recursos para cuestionar dichas decisiones: reconsideración y apelación.

Al respecto el recurso de reconsideración es de carácter voluntario. Su régimen está regulado por el artículo 219 de la LPAG que establece los siguientes caracteres:

- a) Es un recurso de carácter opcional, su no utilización no impide que los legitimados puedan deducir directamente el recurso de apelación para que sea resuelto por el superior jerárquico y de ser el caso se agote la vía administrativa;
- b) Se interpone para que lo resuelva el mismo órgano, autoridad o instancia administrativa que dictó el acto administrativo que es objeto de la impugnación;
- c) Constituye requisito indispensable de procedencia la presentación de nueva prueba, Dicha exigencia para que se acompañe de nueva prueba se justifica en la medida que el recurso de reconsideración está diseñado para ser resuelto por la misma autoridad o instancia que ya emitió un pronunciamiento o decisión con un contenido discrepante al que motiva la impugnación y por tanto el legislador ha entendido que la única forma de permitir su posible reevaluación consiste en que el recurrente aporte nuevos elementos de prueba que permitan a la autoridad u órgano que conoce del recurso revisar los fundamentos de hecho de su decisión (29).

Se trata, por tanto, de un recurso administrativo que tiene por finalidad primordial cuestionar los fundamentos de hecho del acto administrativo impugnado, lo que no impide que también puedan utilizarse en el recurso argumentos adicionales o complementarios de carácter jurídico o legal que deberá tomar en cuenta la autoridad encargada de resolver el respectivo recurso de reconsideración.

Sin embargo, no se requiere la presentación de nueva prueba en los casos que el acto materia del recurso de reconsideración haya sido emitido por una autoridad

(29) Como bien señala Juan Carlos MORÓN para abrir la posibilidad de que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión «la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración», en: «Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General», *Gaceta Jurídica*. Lima, 2021, Tomo II, p. 229.

que sea la titular de la entidad, o que no esta sujeta a subordinación jerárquica de ninguna otra.

Algunas entidades renuentes a la reconsideración de sus actos tienden a ser muy rigurosas en la evaluación del cumplimiento del requisito de presentación de una nueva prueba que acompañe a la interposición del respectivo recurso con el objeto de declarar su improcedencia, no obstante también existe un gran número de entidades que en acatamiento de los principios del debido procedimiento y de informalismo aplican el artículo 223 de la LPAG (30) en base al cual en aquellos casos en que el recurrente haya presentado su impugnación con la denominación de recurso de reconsideración pero sin acompañar nueva prueba o que diera lugar a que se dude de la novedad de la prueba presentada, en lugar proceder a declarar su improcedencia, encauzan su trámite para darle el tratamiento de un recurso de apelación a ser resuelto por el superior jerárquico del órgano o funcionario que emitió el acto cuestionado, medio impugnatorio que no requiere del citado requisito.

La práctica administrativa demuestra que las instancias que tramitan los recursos de reconsideración tienen a confirmar las decisiones que son objeto de impugnación y por ende a ser poco receptivas de los cuestionamientos que se les formula, lo que sucede en mayor medida en las entidades que no cuentan con una oficina u organización que permita diferenciar entre lo que podríamos denominar la administración «activa», que es la que origina la actuación impugnada, en contraste con la instancia de resolución «pasiva», que no ha participado directamente en la generación del acto cuestionado, porque su rol se restringe o especializa en resolver las impugnaciones de los afectados y que en consecuencia puede tener un criterio diferente al momento de revisar la regularidad de la actuación impugnada.

El artículo 210 de la LPAG establece los principales caracteres del recurso de apelación que se reseñan a continuación:

a) A diferencia del recurso de reconsideración, el de apelación es un recurso necesario para agotar la vía administrativa que solo procede cuando el acto que se impugna ha sido dictado por una autoridad u órgano administrativo sometido a subordinación jerárquica en el procedimiento administrativo, conforme lo establece el inciso b) del artículo 218.2 de la LPAG.

b) El recurrente debe fundar o sustentar su recurso de apelación en la diferente interpretación de las pruebas producidas o en cuestiones de carácter jurídico. Sin embargo dicha exigencia no impide que puedan presentarse nuevas pruebas y cuestionar los fundamentos de hecho del acto administrativo que se impugna (31).

c) Debe presentarse ante la autoridad que expidió la resolución impugnada para que eleve lo actuado al superior jerárquico quien deberá resolver el respectivo recurso.

(30) LPAG: «Artículo 223. Error en la calificación. El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter».

(31) En contra: NAPURI, Cristián Guzmán, *El procedimiento Administrativo*, Ara Editores, Lima 2007, p. 280, para quien el recurso de apelación en la LPAG «no admite la presentación de nueva prueba».

El plazo para la interposición de los referidos recursos de reconsideración y de apelación establecidos por el artículo 218.2 de la LPAG es de quince (15) días a contar desde el día siguiente al de su notificación, más el término de la distancia.

En caso que la administración no cumpla con resolver los recursos planteados dentro del plazo de treinta (30) días hábiles establecidos por la LPAG, el artículo 225.º de la misma remite a otros dos dispositivos que establecen en que casos se produce el silencio administrativo positivo o el negativo:

– En el caso de procedimientos iniciados a pedido de parte en los que opere el silencio administrativo negativo conforme al artículo 38.1 de la LPAG, si el interesado utiliza el referido silencio para interponer alguno de los recursos legalmente previstos y este tampoco es resuelto dentro del plazo anteriormente referido, entonces por mandato de lo previsto en el numeral 2 del artículo 35.1 de la LPAG se produce el silencio administrativo positivo a favor del recurrente.

– En el caso de los procedimientos también iniciados a pedido de parte en sujetos al silencio administrativo negativo, pero en los que la administración ha emitido un pronunciamiento expreso que ha sido objeto de recurso por el interesado, si este procedimiento recursivo no es resuelto dentro del respectivo plazo por mandato del numeral 1 del artículo 35.1 de la LPAG se produce el silencio administrativo positivo en favor del recurrente.

No queda del todo claro en la LPAG el régimen del silencio administrativo aplicable en el caso de los recursos administrativos que se interpongan contra decisiones emanadas de los procedimientos iniciados de oficio, en los que sin embargo entendemos que es de aplicación el silencio administrativo negativo, a excepción de los procedimientos sancionadores en los que el artículo 199.6(32) de la LPAG establece que los procedimientos recursivos iniciados contra una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo, pero en los casos en que el sancionado hubiera optado por utilizar dicho silencio negativo para interponer un primer recurso como podría ser el de reconsideración, si es primer recurso tampoco es resuelto dentro del plazo legal, entonces se producirá el silencio administrativo positivo a favor del recurrente. Sin embargo se presenta la paradoja de que el plazo que tiene la primera instancia administrativa para resolver y notificar su decisión respecto del recurso de reconsideración interpuesto es de treinta (30) días hábiles, mientras que en la segunda instancia administrativa a la que puede recurrir en apelación el particular para cuestionar la citada sanción el plazo que tiene la administración para resolver y notificar su decisión en la que opera el silencio administrativo positivo en aplicación del artículo 199.1(33) de la LPAG es en total de treinta y cinco

(32) «Artículo 199. Efectos del silencio administrativo (...) 199.6 En los procedimientos sancionadores, los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en las siguientes instancias resolutivas.»

(33) LPAG: «Artículo 199.– Efectos del silencio administrativo 199.1 Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo. La declaración jurada a la que se refiere el artículo 37 no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad (...).»

días (35) hábiles, es decir sumando cinco (5) días adicionales al plazo máximo supuestamente para darle más plazo para que pueda notificar su decisión, a cuyo vencimiento opera automáticamente el silencio administrativo positivo a favor del recurrente liberándolo de la sanción impuesta.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (34) ha establecido que en la utilización de los citados recursos por quienes se consideren afectados por una actuación administrativa que consideran impugnables, no se les puede exigir el pago de tasas o derechos tributarios para ejercer su derecho a la defensa porque significaría consagrar el principio de *solve et repet*, como requisito para agotar la vía administrativa y por ende sería contrario al derecho de acceso a la jurisdicción y a la defensa.

Una relativamente reciente reforma legislativa (35) ha dispuesto que ya no sea necesario que los recursos administrativos sean autorizados por abogados para facilitar el ejercicio del derecho de defensa por los administrados.

Si alguien se preguntará respecto de las consecuencias de la interposición de un recurso administrativo en relación a la eficacia de los actos administrativos, es decir si la sola impugnación de un acto suspende su obligatoriedad y las potestades de la administración para hacerlo cumplir, el artículo 226.1 (36) recoge el principio de ejecutividad de los actos administrativos conforme al cual las decisiones de la administración pública, no obstante que el administrado se oponga a ellas mediante recursos administrativos, producen plenos efectos jurídicos para sus destinatarios, salvo en dos situaciones: (i) que la ley establezca que la sola impugnación del particular produce automáticamente la suspensión de la eficacia del acto impugnado, lo que por ejemplo sucede con las sanciones administrativas por mandato del artículo 258.2 (37) de la LPAG, o (ii) que en base al artículo 226.2 (38) de la citada ley la autoridad a quien compete resolver el respectivo recurso administrativo disponga de oficio o a pedido de parte la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, siempre que se cumplan los requisitos establecidos legalmente. Sin embargo la experiencia ha demostrado que son muy escasas la veces que la administración pública en el Perú accede a dictar medidas cautelares en sede administrativa en favor de los administrados que dispongan la suspensión de la ejecución de la decisión recurrida.

Como se sabe la ejecutividad constituye uno de los atributos del acto administrativo conforme al cual la sola oposición o impugnación del administrado no impide su ejecución o suspende sus efectos, porque de lo contrario el cumplimiento de

(34) Nos referimos a la STC recída en el expediente 3741-2004-AA/TC del 14 de noviembre del 2005, caso Ramón Hernando Salazar Yarleque, fundamentos jurídicos 31 al 15.

(35) Decreto Legislativo núm. 1272 de diciembre del 2016 que modificó el texto del artículo 221.º suprimiendo el párrafo que exigía que los recursos debían ser «autorizados por letrado».

(36) LPAG: «Artículo 226. Suspensión de la ejecución 226.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado».

(37) LPAG: «Artículo 258. Resolución (...) 258.2 La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa (...)».

(38) LPAG: «226.2 – No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso suspende de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente (...)».

las funciones de la administración pública y principalmente la tutela de los intereses públicos que tiene encomendados, se verían afectados.

El Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia recaída en el Expediente núm. 00015-2005-AI, de 5 de enero del 2006, señala en su fundamento jurídico núm. 44 que «la ejecutividad del acto administrativo está referido al atributo de eficacia, obligatoriedad, exigibilidad, así como al deber de cumplimiento que todo acto regularmente emitido conlleva a partir de su notificación; está vinculado a la validez del acto administrativo» (39).

En concordancia con lo señalado, el artículo 203 (40) de la LPAG establece que los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, es decir que la administración podrá hacerlos cumplir utilizando algunos de los medios de ejecución forzosa de autotutela ejecutiva que la propia ley le confiere, venciendo la posible resistencia de los destinatarios de los mismos, a excepción que se presente alguna de las siguientes tres situaciones: (i) Que una disposición legal expresa disponga la regla contraria, como sucedería cuando se impugna una sanción, conforme a lo previsto en el anteriormente citado artículo 258.2 de la LPAG y en los supuestos establecidos en la ley núm. 26979 de ejecución coactiva (41) y en el Código Tributario respecto de los actos administrativos que determinan obligaciones tributarias y que han sido impugnados, entre otros ejemplos; (ii) Por mandato judicial como podría ser el caso de una medida cautelar que disponga la suspensión de la actuación administrativa impugnada, o (iii) Que los referidos actos estén sujetos a condición o plazo conforme lo haya autorizado una ley en forma expresa.

En el caso específico de las sanciones administrativas, los recursos administrativos para impugnarlas están sujetos al siguiente régimen previsto por la LPAG:

– Como ya se dijo el artículo 258.2 de LPAG dispone la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos que impongan una sanción cuando ha sido recurrida, hasta que se agote la vía administrativa. Sin embargo no se establece la misma previsión respecto de las medidas correctivas que conforme al artículo 251.1 (42) se pueden imponer de forma conjunta con una sanción, con el objeto de restablecer la legalidad infringida.

(39) Sobre el tema: Juan Carlos MORÓN «La suspensión de la cobranza coactiva por la interposición de la demanda contenciosa administrativa. Una apreciación constitucional», en *Actualidad Jurídica*, tomo 142, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 16. También: José Antonio TIRADO «La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley núm. 27444», publicado en AAVV. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General Ley*, núm. 27444. Segunda parte. Ara Editores, Lima 2003. p. 355.

(40) LPAG: «Artículo 203. Ejecutoriedad del acto administrativo Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley».

(41) Conforme a la versión recogida en el Texto Único Ordenado Aprobado mediante Decreto Supremo núm. 018-2008-JUS. Su artículo 9.1 establece que una obligación contenida en un acto administrativo no podrá ser objeto de ejecución forzosa mediante esa vía cuando mientras sea objeto de recurso en la vía administrativa.

(42) LPAG: «Artículo 251. Determinación de la responsabilidad 251.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporciona-

VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS...

– El artículo 258.3 (43) establece la prohibición de la reforma en peor, de modo que la resolución de un recurso administrativo contra una sanción nunca puede tener como resultado que se agrave la sanción impugnada, porque violaría el derecho de defensa y el debido procedimiento administrativo.

– Por regla general, en los casos de los procedimientos recursivos contra sanciones administrativas es de aplicación el silencio administrativo negativo, pero como ya se mencionó anteriormente en aplicación del artículo 199.6 de la LPAG tratándose de recursos de apelación contra sanciones administrativas operará el silencio administrativo positivo, en aquellos casos en los que el citado recurso de apelación hubiera sido interpuesto en segunda instancia invocando el silencio administrativo negativo producido con motivo del trámite no resuelto en plazo de un primer recurso de reconsideración contra la sanción impuesta, liberando automáticamente al apelante de la sanción impugnada.

– En el procedimiento administrativo recursivo contra una sanción no opera el plazo de caducidad que el artículo 259 de la LPAG establece para resolver los procedimientos administrativos sancionadores.

En cuanto a la Ley de ejecución coactiva en consonancia con el artículo 258.2 de la LPAG se dispone que la impugnación oportuna de las sanciones administrativas impide que puedan ejecutarse coactivamente. Así lo establece el artículo 9.1 de la citada Ley ejecución coactiva conforme al cual las resoluciones que imponen una sanción y que han sido materia de recurso administrativo dentro de los plazos de ley no constituyen obligaciones susceptibles de ejecutarse mediante un procedimiento administrativo coactivo (44). Al respecto el inciso c) del artículo 22 de la citada Ley dispone que los ejecutores coactivos no pueden iniciar el procedimiento coactivo de obligaciones en favor del Estado hasta esperar que venza establecido legalmente para que el particular pueda impugnar el acto o la resolución administrativa que establece la obligación. Asimismo conforme al inciso e) del artículo 16.1 de la referida ley constituye causal de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva que se encuentre en trámite un recurso administrativo presentado dentro de los plazos legales contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución.

Finalmente, en lo que respecta al agotamiento de la vía administrativa el artículo 218 de la LPAG establece las reglas para precisar en que situaciones se puede considerar cumplido dicho requisito de modo que quede expedito el camino para que los particulares puedan impugnar judicialmente las resoluciones administrati-

lidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto (...).

(43) LPAG: «Artículo 251. Determinación de la responsabilidad 251.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto (...).

(44) Sobre el tema: Jorge DANÓS ORDÓÑEZ y Diego ZEGARRA VALDIVIA, «El procedimiento de ejecución coactiva», *Gaceta Jurídica*, Lima, 1999, p. 74.

vas que consideran violan sus derechos o atentan contra sus intereses legítimos (45).

2.9 LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN SEDE ADMINISTRATIVA

Complementario al régimen de los recursos administrativos en el Perú se constata la existencia de un número importante de tribunales administrativos que en ejercicio de potestades plenamente administrativas y no jurisdiccionales resuelven en última instancia administrativa una buena parte de las controversias con la administración planteadas por los privados mediante recursos. Incluso algunos de dichos tribunales administrativos tienen a su cargo la resolución de controversias entre los privados sobre temas de interés público, que se tramitan a través de los denominados procedimientos administrativos trilaterales (46).

Son órganos que forman parte de la administración pública, integrados por profesionales que en el ejercicio de sus competencias son considerados funcionarios públicos que son designados, muchas veces en base a un concurso público de méritos, en virtud de su conocimiento especializado en las materias sectoriales específicas que son objeto de su competencia, que resuelven en forma colegiada, a los cuales se les otorga autonomía e independencia para que puedan evaluar con objetividad decisiones que han sido previamente adoptadas por otros órganos o entidades administrativas, sin perjuicio de que el que se considere afectado por la resolución del respectivo tribunal administrativo pueda cuestionarla mediante el respectivo proceso contencioso-administrativo antes el Poder Judicial

Los citados Tribunales resuelven controversias administrativas de los temas más variados: tributario (47), registral, minero, protección administrativa de la libre competencia en el mercado, controversias entre empresas concesionarias y usuarios de servicios públicos, controversias entre servidores públicos con sus respectivas entidad públicas empleadoras, controversias sobre la aplicación de sanciones administrativas en materia ambiental, la impugnación a las actuaciones de las enti-

(45) Sobre el tema: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, «Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones “que causan estado”», en *Revista de la Academia de la Magistratura*, núm. 1, Lima, 1998, pp. 207 ss.

(46) Es el caso de los tribunales administrativos de los organismos reguladores de servicios públicos (OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN, etc.) que resuelven, también en última instancia administrativa controversias entre empresas concesionarias operadoras y entre estas y sus respectivos usuarios. Se trata de los procedimientos que la LPAG ha caracterizado como «procedimientos administrativos triangulares» (arts. 229 al 238), que son aquellos mediante los cuales la administración pública resuelve por mandato legal controversias entre dos o más particulares, sin perjuicio de que los descontentos puedan impugnar la resolución que se emita ante el Poder Judicial por vía contenciosa administrativa. Por tanto, puede suceder que cualquiera de los privados que tiene la condición de parte (el usuario o la empresa operadora de un servicio público) no esté de acuerdo con la resolución dictada por el tribunal administrativo respectivo y que interponga una demanda contenciosa-administrativa para la tutela de sus pretensiones. En tales casos podemos observar se estarían ventilando en el proceso contencioso-administrativo controversias entre dos privados que de no existir una vía administrativa previa obligatoria hubieran resuelto sus controversias mediante un proceso probablemente civil.

(47) He reflexionado sobre el régimen del Tribunal Fiscal peruano como tribunal de carácter administrativo en «El proceso contencioso-administrativo en materia tributaria», en *Themis Revista de Derecho*, núm. 41. Lima 2000, pp. 73 ss.

VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS...

dades públicas que tramitan procedimientos de selección bajo el régimen de compras estatales, etc. (48) (49).

La experiencia acumulada en el Perú respecto del funcionamiento de los colegiados que resuelven en última instancia administrativa los recursos contra decisiones previas de la administración pública, en los sectores o materias en las que operan, ha evidenciado las siguientes aspectos positivos que en nuestra opinión justifican su existencia:

– Sustituyen las decisiones sobre los recursos administrativos que de otro modo le hubiera correspondido resolver en última instancia administrativa al titular de la respectiva entidad, por decisiones de un colegiado integrado por profesionales versados en las materias sometidas a su conocimiento y que resuelven con carácter eminentemente técnico, exento de las consideraciones políticas o de otra índole que de lo contrario podrían predominar en un titular de una entidad.

– Aunque en la mayor parte de los casos forman parte de la misma entidad administrativa cuyos órganos de línea han emitido las decisiones que son objeto de impugnación, al ser una instancia de resolución distinta que no forma parte de los órganos o instancia que emitieron las resoluciones recurridas, se genera las condiciones para que puedan realizar una evaluación en mayor medida objetiva e imparcial, considerando lo resuelto en instancias administrativas anteriores, pero también lo aportado por los recurrentes

– Las estadísticas –que no es el caso citar– demuestran que los procesos contencioso– administrativos iniciados contra resoluciones dictadas por tribunales administrativos son sustancialmente inferiores que el número de demandas que se interponen contra los actos administrativos emitidos por las demás entidades de la administración pública, lo que demuestra que la existencia de tribunales administrativos desalienta la excesiva litigiosidad judicial en contra de las decisiones de la administración pública que agotan la vía administrativa.

2.10 LA REGULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN CLAVE GENERAL: DE FISCALIZACIÓN Y EL SANCIONADOR

Desde su diseño inicial la LPAG peruana, no obstante su carácter de norma general con vocación de servir de cauce para todos los procedimientos administrativos que tramita la administración pública, procuró comprender también para

(48) La regulación del régimen de los tribunales administrativos en el Perú tiende a ser dispersa porque son creados por normas legales que regulan sectores específicos (minería, tributario, libre competencia, marco legal de contrataciones estatales, registral, aguas, forestal, resolución de reclamos de usuarios, resolución de controversias entre empresas concesionarias de servicios públicos, etc.), a excepción de la referencia puntual que hace de ellos la LPAG respecto de sus resoluciones (numeral 2.8) del artículo V del Título Preliminar y del régimen especial para declarar la nulidad de oficio de sus resoluciones (art. 213.5)

(49) El primer intento de establecer una regulación común para dichos tribunales administrativos es el contenido en el anteproyecto de ley de bases de la administración pública elaborado por un grupo de trabajo designado por el Ministerio de Justicia que tuvimos el honor de integrar que se puede revisar en: www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/10/Anteproyecto-de-Ley-de-Bases-de-la-Administración-Pública1

regularlos con carácter general a otros procedimientos administrativos que se considero indispensable de dotarlos de un mínimo común denominador que conciliara las potestades y prerrogativas que se le confieren a la administración para la realización de los intereses públicos específicos involucrados, con la garantía de los derechos constitucionales de los privados comprendidos en el accionar de la administración pública. Con ese propósito en su Título IV reguló los procedimientos administrativos trilaterales a los cuales acabamos de hacer referencia y a los procedimientos administrativos sancionadores y partir de la reforma del Decreto Legislativo núm. 1272 en diciembre del 2016 desarrollo también la regulación de la actividad administrativa de fiscalización.

La experiencia demuestra que el impacto de la introducción de las citadas regulaciones en la LPAG ha sido muy positivo porque ha permitido que la administración pública y los destinatarios de su actuación puedan contar con un referente normativo común, que le proporciona las herramientas y técnicas necesarias para ejercer sus competencias, sin perjuicio de la normativa sectorial específica que regula sus funciones, en forma necesariamente articulada con los principios y objetivos con que la LPAG orienta el funcionamiento de la administración pública.

En el caso específico de la regulación del procedimiento administrativo sancionador se percibe que la LPAG ha establecido el marco general para el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública en el Perú. Esto es, que sin perjuicio de los preceptos constitucionales que establecen derechos y garantías aplicables al ejercicio de dicha potestad sancionadora por parte de la administración pública, que como ya se dijo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha puesto sistemáticamente en evidencia, la LPAG ha configurado legislativamente lo que podría denominarse la parte general de la regulación de la potestad sancionadora de la administración al consagrar principios para el ejercicio de dicha potestad y desarrollar su contenido, al regular el régimen de la prescripción extintiva de la responsabilidad, el de las medidas correctivas para el restablecimiento de la legalidad infringida, además de otros temas que también forman parte de la regulación general de dicha potestad, a la par de desarrollar los aspectos eminentemente procesales para el ejercicio de dicha potestad, como es el caso de establecer la proscripción de las sanciones de plano, la necesaria separación entre las funciones del instructor del funcionario encargado de determinar si se ha cometido o no una infracción y de ser el caso la sanción correspondiente, el plazo para tramitar el procedimiento a cuyo vencimiento opera la caducidad del mismo, la suspensión de la ejecutividad mientras que la sanción es impugnada, la prohibición de reforma peor, entre otros varios temas cuyo desarrollo excedería largamente los objetivos y la extensión permitida de este trabajo.

La experiencia demuestra que la impronta decididamente garantista con la que ha sido desarrollada la regulación de la potestad sancionadora en la LPAG con el objeto de racionalizar su actuación en dicho campo, sin embargo no ha mellado o menoscabado en la práctica las atribuciones de las entidades administrativas para el ejercicio de dicha potestad. Por el contrario ha servido para equilibrar las tendencias marcadamente punitivas que se observan vienen desarrollando en los últimos años cada vez con mayor frecuencia un mayor número de entidades administrativas, muchas veces con el mero afán de evidenciar eficiencia o resultados en función del número de sanciones que determinan, o de la cuantía de las multas que aplican, privilegiando únicamente el aspecto represivo de la citada potestad,

obviando deliberadamente la faceta preventiva porque no les permite evidenciar resultados cuantitativos, olvidando que los fines públicos derivados del ordenamiento jurídico-administrativo se satisfacen no en base al número de sanciones que se aplican, sino en el cumplimiento de las regulaciones dictadas para la tutela de los intereses generales.

No obstante se observa que algunas entidades administrativas han promovido que a través de normas legales sectoriales se les permita apartarse de la regulación de la LPAG en los aspectos que conforme a su entendimiento singular consideran les restringe el ejercicio de su potestad sancionadora, que es como equivocadamente entienden el deber de respetar las garantías a los procesados, razón por la cual han procurado de dotarse de sus propios marcos legales sancionadores exceptuándose de algunas de las regulaciones de la parte general contenidas en la LPAG. Esta tendencia centrifuga esta en directa colisión con la reforma de la LPAG que fuera dispuesta por el Decreto Legislativo 1272 de la que hemos dado cuenta en la parte inicial de este trabajo, que además de ser una ley general, consagra normas comunes para todos los procedimientos administrativos que las entidades administrativas no pueden obviar o prescindir de su aplicación, porque las leyes especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en las normas comunes de la LPAG. En ese sentido la regulación por parte de la LPAG de lo que hemos denominado «parte general» del régimen de la potestad sancionadora y las reglas básicas/ garantistas del procedimiento administrativo sancionador constituyen las normas comunes a que se hace referencia en el artículo II del Título Preliminar de la LPAG que deberían necesariamente acatadas por las entidades administrativas.

Razones similares a las que motivaron que la LPAG regulase con carácter general el régimen de lo sancionador administrativo en el Perú (acusada dispersión normativa, escasa sensibilidad con la garantía de los derechos de los administrados, errado énfasis punitivo, etc.), determinaron que mediante el antes citado Decreto Legislativo 1272 se haya incorporado un nuevo Capítulo (arts. 239 al 246) dedicado a regular a la potestad y el procedimiento de fiscalización, supervisión o inspección para verificar el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado o cualquier otra fuente jurídica.

Dicho marco general establece las condiciones, potestades y deberes de las entidades para el ejercicio de la actividad de fiscalización, así como los derechos exigibles y deberes de los administrados con motivo de dicha actuación, las formalidades que debe cumplir la respectiva acta que deje constancia de los hechos verificados durante las diligencias y una importante regulación de las diferentes maneras de concluir el citado procedimiento y de las consecuencias que pueden derivarse para los administrados, además de establecer algunos requisitos para el dictado de medidas cautelares y correctivas durante o con motivo del ejercicio de la potestad de fiscalización por la administración.

En resumen, respecto de las potestades de fiscalización y sancionadora la LPAG establece el régimen general común para ambas potestades estableciendo las prerrogativas, atribuciones, es decir los cauces que debe seguir la administración pública para ejercerlas, pero necesariamente acatando las garantías de los derechos de los administrados en los procedimientos que los involucren.

3. LOS MECANISMOS DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN: FORTALEZAS Y DEBILIDADES

3.1 EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

(a) Régimen Constitucional del Proceso Contencioso-administrativo

El proceso contencioso-administrativo en el Perú ha sido configurado en el artículo 148 (50) de la Constitución como mecanismo de tutela jurisdiccional de los privados para defenderse de las actuaciones administrativas arbitrarias que les afecten, así como una garantía esencial del Estado de Derecho, porque constituye un medio creado para controlar que la Administración Pública actúe subordinada al marco jurídico que regula su actividad (la Constitución, las leyes y los reglamentos), permitiendo a los ciudadanos acudir a otro Poder del Estado (el Judicial) demandando que evalúe si las actuaciones

Las reglas de desarrollo del proceso contencioso-administrativo están contenidas en la Ley núm. 27584 (51), que es la primera norma legal que reguló en forma específica en el Perú el citado proceso (52), cuyas modificaciones posteriores, entre ellas la más importante dispuesta por el Decreto Legislativo núm. 1067 de junio de 2008, han sido recopiladas en el Texto Unido Ordenado de la Ley núm. 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso-administrativo aprobado mediante Decreto Supremo núm. 013-2008-JUS del 28 de agosto del año 2008, al que en adelante nos referiremos como el TUO de la LPCA.

La citada ley a la vez que proclama la universalidad del control jurisdiccional de toda actuación administrativa en ejercicio de potestades reguladas por el derecho administrativo, establece con fines meramente ilustrativos (no taxativos) una relación de actuaciones impugnables que comprende obviamente en primer lugar a los actos administrativos, al silencio administrativo, la inercia o cualquier otra omisión formal de la administración pública, a la simple actuación material de la administración sin cobertura formal, a las actividades de ejecución de actos administrativos que transgreden el marco legal (ejem: excesos en el procedimiento de cobranza coactiva), a las actuaciones sobre el personal dependiente de la administración pública ya sea bajo el régimen de la carrera administrativa o el régimen laboral privado y a las controversias sobre la ejecución de los contratos suscritos

(50) «Artículo 148. Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa-administrativa».

(51) Ley cuya entrada en vigencia se dilató seis (6) meses desde el 17 de abril del 2002 hasta junio del mismo año por mandato de un Decreto de Urgencia que utilizó como justificación el infundado temor del Gobierno de una posible avalancha de ejecuciones de obligaciones pecuniarias en su contra, que nunca se dio.

(52) Sobre el tema: PRIORI POSADA, Giovanni F., *Comentarios a la Ley del proceso Contencioso-Administrativo*, Ara Editores, Lima, 2009, 4.ª edición, p. 59. También: HUAPAYA TAPIA, Ramón, *Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo*, Jurista Editores, Lima, 2006, p. 377. Díez SÁNCHEZ, Juan José, «Comentarios en torno a la ley del proceso contencioso-administrativo del Perú», en la obra colectiva promovida por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo titulada *Derecho Administrativo*, que recoge las ponencias presentadas al Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo celebrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú en abril del 2004, Jurista Editores, Lima, 2004, pp. 167 ss.

por la administración pública cuando no sea obligatorio el sometimiento a la vía arbitral, como es el caso de casi todos los contratos administrativos que suscribe la administración pública peruana, razón por la cual en el Perú la casi totalidad de las controversias que se generan entre los contratistas privados y el Estado durante la ejecución de un contrato con el Estado se resuelve a través de procesos arbitrales (art. 4).

El contencioso-administrativo es diseñado como un proceso de plena jurisdicción, o como la doctrina administrativa le denomina «de carácter subjetivo», de modo que el juez no se limita a solo revisar la legalidad de los actos administrativos, sino que tiene encomendado la protección y la satisfacción de los derechos e intereses de los demandantes afectados por actuaciones administrativas (53). Entre las pretensiones que los demandantes pueden formular en el proceso, las que pueden acumularse, sea de forma originaria o sucesiva, se encuentran: que se declare la nulidad, total o parcial, o la ineficacia del acto administrativo cuestionado; el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines; la declaración de contrario a derecho y el cese de toda actuación material que no se sustente en un acto administrativo; que se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme y que se le condene al pago de indemnización por el daño causado por alguna actuación administrativa (art. 5.º).

En lo que respecta a la pretensión indemnizatoria para exigir la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración, como hemos señalado en otro trabajo (54), si bien es positiva la evolución que ha experimentado el régimen legal del proceso contencioso-administrativo que con las reformas introducidas por el Decreto Legislativo núm. 1067 a partir del año 2008 se ha consignado por primera vez en la relación de pretensiones que se pueden exigir en los procesos contenciosos administrativos a la pretensión indemnizatoria por el daño causado por la Administración pero condicionándola a que solo opere siempre y cuando se plantee en forma acumulativa a alguna de las otras pretensiones que se exijan en la correspondiente demanda, sin embargo la realidad ha demostrado que dicha condicionalidad ha afectado gravemente en la práctica su operatividad (55).

Asimismo se establece que el contencioso-administrativo es el cauce procesal para aquellos supuestos excepcionales en que las leyes administrativas (art. 213.4 de la LPAG) facultan a la administración pública para demandar ante el Poder Judi-

(53) Sobre el tema: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, «El nuevo proceso contencioso-administrativo peruano: ¿Principio del fin de nuestro amparo alternativo?», en *Normas Legales*, tomo 319, volumen II, Lima, diciembre 2002, pp. 1 ss. También publicado en *Jurisdicción Constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, Ara Editores, Lima, 2003, p. 253 ss.

(54) En «Fundamentos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública en el Perú», ponencia presentada al XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, publicada en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Coordinadores Jaime Rodríguez Arana y otros, Universidad Panamericana, México, 2014, tomo II, p. 417.

(55) Participa de la misma opinión crítica: Luis Alberto HUAMÁN ORDÓÑEZ. *El proceso contencioso-administrativo. Opus cit.*, 164 y 165 y 287 a 289; también Giovanni F. PRIORI POSADA. *Comentarios a la Ley del proceso contencioso-administrativo, op. cit.*, pp. 138 a 142 quien considera que como consecuencia de dicha restricción el afectado no estaría impedido de poder derivar la pretensión indemnizatoria por sí sola al proceso y juez civil, quebrando el principio de especialidad que es propio del proceso contencioso-administrativo.

cial la declaración de nulidad de sus propios actos administrativos declarativos de derechos a favor de un particular, dentro del plazo de los dos años siguientes al vencimiento del plazo de un año con que cuenta la Administración para declarar su nulidad de oficio en sede administrativa (56). La ley exige que la administración pública para hacer uso de la citada facultad de interponer demanda contenciosa administrativa contra sus propios actos emita previamente una resolución motivada en la que se identifique el vicio de legalidad en que incurre el acto administrativo en cuestión y el agravio que produce al interés público (segundo párrafo del art. 13). En tal caso tendrá la calidad de demandado el particular que podría ser perjudicado por la eventual declaración judicial de nulidad del acto administrativo que le reconoce derechos (numeral 5 del art. 15).

En cuanto a los órganos jurisdiccionales encargados de resolver el proceso contencioso-administrativo, la ley consagra la creación de jueces de primera instancia y de salas de la Corte Superior, especializados en lo Contencioso-administrativo, con el objetivo de obtener mayor efectividad en las técnicas de control jurisdiccional de la administración pública. En los distritos judiciales del país en los que no exista juez o Sala Especializada en lo Contencioso-administrativo será competente el Juez en lo Civil o el Juez mixto, o en su caso la Sala Civil correspondiente. Se establece que el proceso deberá iniciarse por regla general ante el juez especializado en la materia y sus resoluciones pueden apelarse ante la respectiva sala especializada de la respectiva Corte Superior (art. 11). La Corte Suprema cumple un rol exclusivamente casatorio (arts. 35 y 36), salvo aquellos casos en que el objeto de la demanda verse sobre actuaciones del Banco Central de Reserva del Perú (BCR), la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Pensiones (SBS) y de la Superintendencia Nacional de Salud, en el que es competente, en primera instancia la Sala Especializada en lo Contencioso-administrativo de la Corte Superior respectiva, en segunda instancia la Sala Civil de la Corte Suprema y si se interpone recurso de casación la competencia recae en la Sala Constitucional y Social también de la Corte Suprema (57). En nuestra opinión no existe justificación alguna para que la Corte Suprema, es verdad que a través de Salas diferentes, pueda pronunciarse dos veces en un mismo proceso.

La ley establece el plazo de tres meses como regla general para que los afectados por alguna actuación de la administración pública puedan interponer la correspondiente demanda contenciosa administrativa, a contar desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada, lo que ocurra primero. En los casos en que se haya producido silencio administrativo negativo u otras formas de inactividad formal de la Administración Pública no se computa plazo para que los interesados

(56) Sobre el tema: Juan Carlos MORÓN URBINA. «El proceso de lesividad: El contencioso promovido por la Administración». En *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Editada por la asociación civil Taller de Derecho. núm. 3, Lima, p. 30 ss. También HUAPAYA TAPIA, Ramón, «Algunos temas puntuales en relación a la regulación normativa del proceso contencioso-administrativo de "agravio" o de lesividad en la ley que regula el proceso contencioso-administrativo del Perú», publicado en *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación*, Ara Editores, Lima, 2011, p. 463.

(57) Según el segundo párrafo del artículo 11 del TUO de la LPCA cuyo texto ha sido modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo núm. 1158 del 2013.

interpongan su demanda porque se entiende que es responsabilidad de cargo de la Administración Pública el no emitir oportunamente su pronunciamiento. Cuando se pretenda cuestionar actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos el plazo para presentar la demanda será de tres meses desde el día siguiente en que se tomó conocimiento de las referidas actuaciones. Respecto de los terceros que no hayan participado en el respectivo procedimiento administrativo que da origen a alguna actuación administrativa pero que resulten afectados por la misma, podrán interponer su correspondiente demanda contenciosa administrativa dentro de los plazos reseñados computados a partir del momento en que haya tomado conocimiento de la actuación que pretenden cuestionar (art. 19).

En cuanto al cauce procesal, el régimen legal vigente contempla dos tipos de modalidades del proceso contencioso-administrativo: (i) el denominado incorrectamente «procedimiento» especial, que viene a ser propiamente el proceso específico (normal, regular) del proceso contencioso-administrativo, y (ii) el denominado proceso urgente, referido únicamente a tres de las pretensiones anteriormente reseñadas y siempre que se cumplan determinados requisitos especiales.

En materia de pruebas, si bien el texto inicial de la Ley del Proceso Contencioso-administrativo aprobado por el Congreso, a contracorriente de las modernas tendencias doctrinales en la materia, restringió la actividad probatoria en el contencioso-administrativo exclusivamente a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, por la vía de prohibir la incorporación al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en la etapa prejudicial (58), la reforma al texto del artículo 30 dispuesta en el año 2008 por el Decreto Legislativo núm. 1067, morigeró parcialmente dicha restricción al establecer que no operaría cuando se produzcan hechos nuevos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso (59).

Sin embargo la tesis correcta en nuestra opinión, es la que sostiene que en el contencioso-administrativos los jueces deben «enjuiciar el litigio con plenitud de jurisdicción resolviendo las pretensiones de las partes a la vista de los hechos acreditados en el momento de dictar sentencias, hayan sido probados en el proceso o fuera de él».

Las medidas cautelares son admitidas con amplitud en la ley del proceso contencioso-administrativo peruano, porque pueden solicitarse incluso antes de iniciado o dentro del proceso de conformidad con las normas del Código Procesal Civil

(58) Calificó la referida restricción a la actividad probatoria como una quiebra sustancial a la complitud de la plena jurisdicción en el diseño del régimen legal del proceso contencioso: DíEZ, Juan José, «Comentarios en torno a la ley del proceso contencioso-administrativo del Perú», publicado en *Derecho Administrativo*, Libro de Ponencias del Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Jurista, Lima, 2004, p. 191.

(59) Participa de la crítica a las restricciones que impuso el Congreso en el texto primigenio de la ley aprobada en lo referido al régimen de las pruebas: ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, en «Notas sobre el anteproyecto de ley del proceso contencioso-administrativo hoy en debate en el Perú», publicado en *Derecho Administrativo: innovación, cambio y eficacia*, Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Thomson Reuters, Lima, 2014, pp. 497 a 548, en el que da cuenta de las propuestas contenidas en un proyecto de ley elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia en el año 2013 para proponer reformas a la ley del proceso contencioso-administrativo; también es crítico de las citadas restricciones al régimen de las pruebas: HUAMÁN ORDÓÑEZ., Luis Alberto, *El proceso contencioso-administrativo*. *Opus cit.*, y PRIORI POSADA, Giovanni F., *Comentarios a la Ley del proceso Contencioso-administrativo*, *op. cit.*, p. 219.

(art. 38). Se establece que son especialmente procedentes las medidas de innovar y de no innovar (art. 40).

Respecto del régimen de las medidas cautelares en los procesos contencioso-administrativos en el Perú, en los últimos años se han dictado disposiciones legales para establecer requisitos y reglas que hacen más difíciles y gravosas el acceso de los justiciables a dichas medidas cautelares en tres regímenes sectoriales: en las controversias en el ámbito de lo tributario cuando se cuestionen las decisiones que dicta en última instancia administrativa el Tribunal Fiscal o en general la Administración Tributaria (60); en las controversias respecto de los derechos administrativos que otorga el Ministerio que regula actividad de pesca en lo referido al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos (61) y para cuestionar las sanciones administrativas o el ejercicio de cualquiera de sus funciones por parte del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental –OEFA– (62). El común denominador de los requisitos que las normas específicas de los referidos regímenes exigen es que el interesado debe presentar una contracautela consistente en una garantía, ya sea real o una carta fianza de carácter bancario o financiero, por el importe del asunto o tema en discusión. No se acepta en ningún caso la caución juratoria como contracautela. En el caso de la actividad de pesca la única garantía que puede acreditar el solicitante es la carta fianza

En nuestra opinión las exigencias glosadas en los tres ámbitos descritos constituyen una limitación inconstitucional al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación de acceso al otorgamiento de medidas cautelares, porque restringen a los justiciables acceder a la tutela cautelar imponiéndole por vía legal a los jueces la obligación de exigir requisitos y ceñirse a procedimientos que tienen como consecuencia que se reduzcan los medios que tienen a su disposición los justiciables para defenderse de los posibles abusos de la administración pública, debido a que la dilación del trámite del proceso judicial pueda convertir en irreparable la lesión en sus derechos (63).

En lo que respecta al régimen de ejecución de las sentencias, la ley del proceso contencioso-administrativo fortalece las potestades de los jueces para velar porque los funcionarios de la Administración Pública cumplan las sentencias recaídas en los procesos contencioso-administrativos (arts. 45 y 46). En cuanto a la ejecución de sentencias que condenen al Estado a pagar sumas de dinero es importante tener presente el artículo 47 de la ley del proceso contencioso-administrativo que establece las reglas que regulan el cumplimiento o ejecución de las citadas sentencias

(60) Decreto Legislativo núm. 1121 que reforma el artículo 159 del Código Tributario que regula las medidas cautelares judiciales en materia tributaria, modificado posteriormente en forma parcial por el artículo 7 de la Ley núm. 30230.

(61) Ley núm. 29639 de diciembre del 2010.

(62) Ley núm. 30011 de abril del 2013, que incorpora el artículo 20-A titulado «Ejecutoriedad de las resoluciones de OEFA», a la Ley núm. 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

(63) Critican duramente las exigencias establecidas para el otorgamiento de medidas cautelares en materia tributaria: PRIORI POSADA, Giovanni, «El inconstitucional proceso contencioso-administrativo tributario: la progresiva eliminación de las garantías procesales», en *Libro Homenaje a Carlos Montoya Anguerry*, PUCP, Lima, 2014, pp. 314 ss; ABAD Y., Samuel, y DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, «La inconstitucional regulación de las medidas cautelares contra la Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal», en *Revista del Instituto peruano de Derecho Tributario*, núm. 56, Lima 2013, tomo II, pp. 15 a 36.

por parte de la Administración Pública, mediante el establecimiento de topes presupuestales y de plazos para cumplirlas que deben ser interpretadas y cumplidas de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (64) [que entre otras reglas establece que el plazo razonable de ejecución no debería superar los 5 años (65)] para que dichas normas sean aplicadas de manera compatible con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la igualdad, a la cosa juzgada e incluso el propio derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales reconocido también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (66).

Lamentablemente en los últimos 15 o casi 20 años ha sido frecuente en el Perú el establecimiento, por medios legales diferentes a la ley reguladora del proceso contencioso-administrativo, de graves restricciones a la posibilidad de ejecutar sentencias que establezcan obligaciones pecuniarias contra el Estado, no obstante las citadas sentencias del Tribunal Constitucional e incluso reiterados informes de la Defensoría del Pueblo sobre la materia que llaman la atención sobre la inconstitucionalidad de las repetidas veces que por medios legislativos se ha dotado al Estado de un régimen legal que le permita resistirse al cumplimiento de sentencias judiciales condenatorias de pago de sumas de dinero (67). Se tiene entendido que felizmente en algunos casos los jueces invocando el segundo párrafo del artícu-

(64) En especial con la sentencia recaída en los procesos de inconstitucionalidad tramitados con los expedientes núm. 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 004-2002-AI (acumulados), del 1 de febrero del 2004, verdadero *leading case* nacional en la materia

(65) «A juicio de este colegiado, establecer un plazo máximo de 5 años para que el Estado cubra proporcionalmente la totalidad de una obligación declarada en una resolución judicial resulta razonable y, por ende, constitucional. Pero no es razonable ni constitucional el incumplimiento de sentencias judiciales que, teniendo ya más de 5 años de dictadas, no hayan sido presupuestadas conforme a la legislación vigente al tiempo de ser expedidas dichas sentencias; en consecuencia corresponde investigar al Ministerio Público si los funcionarios públicos que incumplieron con presupuestar las deudas del Estado procedieron o no dolosamente». Sentencia recaída en los procesos de inconstitucionalidad tramitados con los expedientes núm. 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 004-2002-AI (acumulados), FFJJ núm. 55.

(66) «El derecho a la ejecución de las sentencias judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que por su propio carácter tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales (v. Gr. El derecho que un proceso dure un plazo razonable, etc.). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de una sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiera a ello, por el daño sufrido». Sentencia recaída en los expedientes núms. 015-AI, 016-AI y 004-AI/Tc (acumulados) FFJJ núm. 11.

(67) Sobre la materia: BACA ONETO, Víctor, «La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración, en especial, el caso del embargo de dinero público», publicado en *Revista de Derecho Administrativo* núm. 2, Lima 2006, pp. 167; José Antonio TIRADO «Las reglas aplicables a la ejecución de sentencias contra entidades públicas en la ley del proceso contencioso-administrativo», publicado en: *Derecho Administrativo: innovación, cambio y eficacia*. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Thomson Reuters, Lima 2014, pp. 497 a 548; ABAD, Samuel, «Cuando el Estado no cumple: el difícil camino para ejecutar una sentencia en los procesos contencioso-administrativos», publicado en *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008)*, Grijley, Lima 2008, pp. 17 a 39; EGUIGUREN P., Francisco, «La inexecución de las sentencias por incumplimiento de entidades estatales. Algunas propuestas de solución», en *Ius et Veritas*, núm. 18, Lima, p. 96.

lo 138 de la Constitución (68) que les permite ejercer el control difuso de inconstitucionalidad han procedido a ejecutar directamente sus sentencias, inaplicando al caso concreto las normas que pretenden restringir sus poderes, por considerarlas contrarias a los derechos de los justiciables consagrados en la Constitución. La jurisprudencia constitucional peruana ha sido enfática en disponer que el Estado debe cumplir con las sentencias que le condenan al pago de sumas de dinero, estableciendo incluso por vía jurisprudencial reglas que el legislador, la administración pública y los propios jueces deben tener en cuenta en la regulación, cumplimiento y ejecución de las sentencias de condena

El numeral 41.1 de la Ley del Proceso Contencioso-administrativo establece que el personal al servicio de la Administración Pública, cualquiera fuera el régimen de su vinculación con la misma, se encuentra sujeto a la obligación de cumplir la sentencia emitida en el proceso, actuando como parte sometida plenamente al control del Poder Judicial; en virtud de lo cual se indica que el mismo se encuentra prohibido de calificar el contenido de la sentencia o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, quedando obligados a realizar todos los actos necesarios para la completa ejecución de la resolución judicial. Conviene precisar, que en el cumplimiento del deber de ejecutar las sentencias estimatorias recaídas en los procesos contencioso-administrativos, el personal al servicio de la Administración no actúa en ejercicio de potestades administrativas propias, sino como parte vencida en juicio, en igualdad de condiciones respecto del demandante y sometida a la potestad de la jurisdicción para dictar sentencia e imponer su contenido.

3.2 LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

(a) **Marco constitucional y legal del sistema de jurisdicción constitucional en el Perú**

La Constitución de 1993 establece en su artículo 200 los siguientes procesos constitucionales para la protección de los derechos constitucionales y la depuración del sistema jurídico:

- 1) El *Habeas Corpus* para la protección de la libertad personal y de los derechos conexos a este último;
- 2) El *Habeas Data* para la protección del derecho constitucional de acceso a la información que obra en poder de la administración pública y del derecho constitucional a la autodeterminación respecto de datos vinculados a la intimidad personal y familiar;
- 3) El Amparo para la protección de los demás derechos constitucionales no tutelados por el *Habeas Corpus* ni por el *Habeas Data*,
- 4) La denominada Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley;

(68) «Constitución, artículo 138, segundo párrafo. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.»

VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS...

5) La Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para el control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley;

6) La denominada Acción Popular que se interpone ante el Poder Judicial para el control de la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos y de todo dispositivo legal dictado por la Administración Pública subordinado a la ley; y

7) El conflicto de competencias y atribuciones que se tramita ante el Tribunal Constitucional para resolver las controversias constitucionales entre poderes y organismos constitucionales previstos por la Constitución.

De los 7 procesos constitucionales mencionados encontramos que los 4 primeros: el *habeas corpus*, el amparo, el *habeas data* y la denominada acción de cumplimiento pueden plantearse contra actos de autoridades públicas o de particulares que se estimen violatorios de derechos constitucionales, mientras que las tres restantes: la acción de inconstitucionalidad contra leyes y normas que participen de ese rango, la acción popular contra reglamentos y el conflicto de competencias y atribuciones constitucionales, tienen por objeto el control de la conformidad constitucional o legal de las normas jurídicas de carácter general y la solución de controversias constitucionales competenciales.

Los procesos que sirven para la tutela de los derechos constitucionales pueden ser formulados por cualquier persona que se considere afectada en sus derechos por actuaciones u omisiones de entidades administrativas, funcionarios públicos o incluso por particulares. Señala el artículo 1 del Código Procesal Constitucional (69) que regula los mencionados procesos que su finalidad es «proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o un acto administrativo».

En lo que respecta a las reglas de competencia, tratándose de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao el respectivo proceso se inicia ante los denominados jueces especializados en derecho público, en los demás distritos judiciales como está organizado el Poder Judicial en el Perú son competentes para conocer los procesos de *habeas corpus* los jueces especializados en la materia penal, mientras que respecto de los demás procesos constitucionales (amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento) la competencia corresponde a los jueces civiles o de carácter mixto. En segunda instancia en Lima y Callao es competente para conocer en vía de apelación la sala superior de derecho público, mientras que en los distritos judiciales de provincias la competencia corresponde a las respectivas salas especializadas en lo civil. En caso que el fallo de segunda instancia resulte favorable al demandante el proceso concluye y no cabe formular otro recurso para impugnar la sentencia. Conforme a la Constitución de 1993 solo en caso que el Poder Judicial resuelva desfavorablemente las demandas de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento cabe que el demandante formule recurso de

(69) Conforme al nuevo Código recientemente aprobado mediante la Ley N.º 31307, vigente a partir del 24 de julio del 2021, sobre la base del anterior Código del mismo nombre que fuera aprobado en base a un proyecto preparado por un grupo de trabajo conformado por seis profesores de Derecho Constitucional, Procesal Administrativo y Penal, en el que tuvimos el honor de participar. AAVV «Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico». Palestra editores, Lima, 2004..

agravio constitucional para que su pretensión sea resuelto en última instancia por el Tribunal Constitucional quien falla sobre el fondo del asunto. Como se puede apreciar la Corte Suprema no conoce del trámite de los procesos constitucionales citados, salvo los casos que se adopten decisiones jurisdiccionales que en aplicación del control difuso de las normas legales, caso en cual se somete a consulta de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia si tales decisiones no hubieran sido impugnadas. Otro aspecto importante a destacar es que al Tribunal Constitucional peruano solo pueden acceder los demandantes de los procesos constitucionales que no han encontrado acogida a sus pretensiones de tutela constitucional ante el Poder Judicial y nunca los demandados como sería el caso de las entidades administrativas y los funcionarios o servidores públicos.

Como se ha señalado anteriormente, los procesos constitucionales que estamos comentando tutelan diferentes derechos constitucionales. El *habeas corpus* conforme a su origen histórico sirve exclusivamente para la protección de la libertad personal o de los derechos conexos a ella, los que por regla general solo pueden ser restringidos por mandato judicial y no por actuaciones administrativas.

En cambio el *habeas data* protege solo dos derechos constitucionales los cuales tienen incidencia en el ámbito administrativo. Es el caso del derecho reconocido por el numeral 5) del artículo 2 de la Constitución que tiene toda persona «a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido», exceptuándose solo las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional, además de la información comprendida en el secreto bancario y la reserva tributaria. Por tanto, cualquier persona que considere no atendida por la administración pública su solicitud de acceso a la información que obra en su poder, está constitucionalmente facultado para formular demanda de *habeas data* a fin de que los jueces ordenen a los funcionarios administrativos obrar conforme al principio de transparencia. Así ha sucedido en casos que adquirieron publicidad iniciados por organizaciones dedicadas a la protección del medio ambiente que exigieron y obtuvieron sentencias favorables que ordenaba a los ministros del sector competente entregar los estudios de impacto ambientes y otros documentos relevantes para la protección del medio ambiente. El segundo derecho susceptible de ser tutelado por el *habeas data* es el denominado por la doctrina constitucional «derecho a la autodeterminación informativa» o a la «libertad informática» que para garantizar la intimidad personal y familiar permite que toda persona tenga la potestad de conocer y acceder a las informaciones que le conciernen archivadas en bancos de datos públicos o privados, exigir la corrección o cancelación de datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión.

El proceso de cumplimiento (70) otorga a los particulares la garantía jurisdiccional de poder reaccionar contra la abstención administrativa ya sea que ésta se manifieste en inactividad formal, es decir, por la omisión en la producción de un acto administrativo individual o de una disposición reglamentaria de carácter general, o por la inactividad material, consistente en la simple inejecución de un acto

(70) «Constitución, artículo 200. Son garantías constitucionales: 6) La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, son perjuicio de las responsabilidades de ley.»

debido. En un anterior trabajo (71) he sostenido que la denominada «acción de cumplimiento» no configura propiamente un proceso constitucional porque no está destinada a tutelar ningún derecho constitucional en especial. En el citado trabajo opiné que «se trata en verdad de un mecanismo procesal referido esencialmente al control jurisdiccional (objetivo) de la administración, que en lugar de estar consignado en el capítulo de las garantías destinadas a la protección de los derechos constitucionales, bien pudo ser considerado como una modalidad especial de la acción contenciosa-administrativa» (72). Es importante resaltar que la incorporación de la acción de cumplimiento en la Constitución tiene por efecto otorgar protección, a través de un mecanismo expeditivo y que puede llegar en última instancia al Tribunal Constitucional, a una serie de derechos de origen legal que de ordinario no encontrarían tutela a través de un proceso constitucional que solo tutela derechos fundamentales. A diferencia del proceso de amparo que procede incluso contra conductas omisivas de autoridades o funcionarios pero siempre que vulneren exclusivamente derechos constitucionales, la acción de cumplimiento otorga cobertura a derechos de origen legal concediendo a los particulares la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial que obligue a los órganos de la administración pública hacerlos efectivos.

El proceso de amparo (73) tutela todos los demás derechos constitucionales no protegidos por el *habeas corpus* ni por el *habeas data*. Como se puede apreciar, su ámbito de protección es considerablemente mayor que los demás procesos constitucionales. Por esa razón es que la jurisprudencia publicada en el Diario Oficial permite comprobar que es el proceso constitucional más utilizado por quienes se consideran vulnerados en sus derechos fundamentales.

En el Código Procesal Constitucional se establece un trámite de carácter sumario para el proceso de amparo aunque la realidad en muchos casos lo desmiente. La jurisprudencia unánimemente ha entendido que se trata de un proceso de carácter urgente o subsidiario a los procesos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico como es el caso del contencioso-administrativo, por tanto; no debe operar como una «sanalotodo», que reemplace a otros procesos que permiten obtener un nivel similar de satisfacción a las pretensiones de quienes se sientan afectados en sus derechos constitucionales. Un criterio frecuentemente utilizado por los jueces para determinar la procedencia de una demanda de amparo es evaluar la necesidad o no de actuaciones probatorias complejas, porque de ser ese el caso resuelven declarando improcedente la demanda por no constituir el amparo la vía idónea para actuar pruebas con la amplitud requerida normalmente. El artículo 5 del Código Procesal Constitucional señala de manera expresa que los jueces deben declarar la improcedencia de las demandas cuando comprueben que «existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho

(71) «El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución peruana de 1993», publicado en *Lecturas Constitucionales Andinas* núm. 3, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 206.

(72) Como en efecto posteriormente ha sido contemplado por la vigente Ley núm. 27584 reguladora del proceso contencioso-administrativo que entre las actuaciones impugnables señaladas por el numeral 2) de su artículo 4 considera a «... la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública».

(73) Sobre el tema, ABAD Y., Samuel, *El proceso constitucional de amparo*. Gaceta Jurídica editores, Lima, 2004.

constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de *habeas corpus*» (74).

Conforme al Código Procesal Constitucional los presupuestos procesales del amparo son también exigibles para la procedencia del *habeas data* y del proceso de cumplimiento.

Para la procedencia del proceso de amparo es indispensable que los hechos y el petitorio de la demanda estén referidos a derechos que tengan sustento constitucional directo o a los aspectos constitucionalmente protegidos del derecho invocado.

Cabe recordar que, como sucede con todo proceso constitucional, el amparo procede no solo contra actuaciones violatorias directamente de derechos constitucionales, sino también cuando se amenacen a los citados derechos ya sea por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorios, en estos casos cuando en la demanda se invoque la protección contra amenazas de violación de derechos deberá fundamentarse porque se considera que la amenaza respecto de la cual se solicita protección tiene carácter cierta y de inminente realización.

En cuanto a la legitimación para interponer la demanda le corresponde interponerla al afectado quien puede comparecer por medio de representante procesal. En cambio, cuando se trate de la amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, la demanda puede ser interpuesta por cualquier persona, así como por las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. Asimismo la Defensoría del Pueblo esta facultada para interponer la demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Se contempla un plazo de 60 días a contar desde la fecha en que se produce la presunta afectación del derecho constitucional alegado, plazo que computado en días hábiles equivale prácticamente a tres meses. Se trata de un plazo semejante al que establece la ley del proceso contencioso-administrativo. Las normas reguladoras del proceso de amparo establecen que en caso los actos que constituyen la afectación tengan carácter continuado, el plazo para interponer la demanda se computa desde la fecha en que se realizó por última vez la agresión.

Conforme hemos comentado anteriormente en el ordenamiento administrativo peruano proviene de la propia Constitución la regla que exige el preceptivo agotamiento de la vía previa administrativa como requisito para que los particulares puedan iniciar procesos contenciosos-administrativos. Sin embargo, dicho requisito ha sido flexibilizado en el régimen legal de los procesos constitucionales para la tutela de derechos fundamentales, porque se contemplan importantes excepciones a dicha exigencia en atención a la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano (75). Por tanto, en nuestra expe-

(74) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano dictada desde la vigencia del Código Procesal Constitucional ha establecido los criterios para que los procesos constitucionales como es el caso del amparo y del proceso de cumplimiento constituyan únicamente una vía subsidiaria a los procesos ordinarios para el cuestionamiento de las actuaciones administrativas como es el caso del proceso contencioso-administrativo.

(75) Código Procesal Constitucional, Artículo 43. Agotamiento de las vías previas. El amparo Sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo. No será exigible el agotamiento de las vías previas si: 1) Una resolución que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; 2) Por el agotamiento de la vía previa la

riencia jurisprudencial es muy frecuente que los particulares puedan presentar demandas de amparo invocando que le sea de aplicación alguna de las causales de exoneración del agotamiento de la vía administrativa expresamente previstas por la ley, lo que facilita su acceso directo a la justicia, a diferencia de lo que sucede con el contencioso-administrativo para cuya procedencia es indispensable acreditar el cumplimiento del mencionado requisito.

Respecto de las medidas cautelares a favor del demandante el Código Procesal Constitucional ha establecido su plena operatividad de las citadas medidas en los procesos constitucionales de tutela de derechos constitucionales: (i) Para su expedición el juez debe apreciar que el pedido sea adecuado o razonable la existencia de apariencia de buen derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión, no se exige contracautela; (ii) el juez no requiere correr traslado de la solicitud a la parte demandada lo que en la práctica precedente dilataba el trámite; (iii) la apelación de la medida cautelar otorgada no suspende la ejecución o el deber de cumplimiento inmediato de la medida(76), de esta manera se corrige otro de los graves defectos de la regulación anterior y (iv) se establece que el juez al conceder la medida cautelar debe atender al límite de irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

El Código Procesal Constitucional no contempla la realización de una etapa de pruebas en los procesos constitucionales como el amparo(77), lo que no impide la presentación de pruebas de carácter instrumental o la realización de las diligencias que el juez de la causa considere necesarias sin dilatar los términos, no requiriéndose notificar previamente a las partes sobre la realización de las diligencias. La reducida actividad probatoria se explica en razón del carácter extraordinario del proceso de amparo que la jurisprudencia ha establecido que solo debe proceder en caso no existan otras vías procesales igualmente idóneas para que los particulares puedan tutelar sus derechos.

Las sentencias recaídas en los procesos de amparo participan del mismo carácter de las denominadas por un sector de la doctrina administrativa como «sentencias de plena jurisdicción» porque los jueces están facultados para reconocer una situación jurídica individualizada y disponer la adopción de medidas para el pleno restablecimiento de dicha situación, de modo que pueden imponerle a la administración vencida la realización de todo tipo de prestaciones, cuando sea necesario para restablecer el actor en el goce de sus derechos constitucionales vulnerados.

agresión pudiera convertirse en irreparable; 3) La vía previa no se encuentra regulada, o si ha sido iniciada, innecesariamente por el afectado, o; 4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución».

(76) Salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas (es decir en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las leyes en un caso concreto), en cuyo caso la apelación se otorga con efecto suspensivo.

(77) «Artículo 9. Ausencia de etapa probatoria.

Artículo 13. Ofrecimiento de medios probatorios. Oportunidad y valoración.

En los procesos constitucionales los medios probatorios se ofrecen con la interposición de la demanda y en el escrito de contestación. Solo son procedentes aquellos que no requieren actuación, lo que no impide la realización de la actuación de las pruebas que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. El juez puede ordenar a petición de parte la exhibición de los documentos que se hallen en poder de dependencias estatales, bajo responsabilidad. En este último caso no se requerirá notificación previa. Los medios probatorios se valoran de manera conjunta al momento de emitir sentencia.»

Como se ha comentado anteriormente el carácter pleno de la tutela susceptible de ser alcanzada por los justiciables vía los procesos constitucionales, en mi opinión, abona a favor de la obligatoria caracterización del proceso contencioso-administrativo en el Perú como uno que no puede tener un rol inferior al del proceso del amparo. La diferencia principal entre ambos procesos reside en el ámbito de protección comprendido en su radio de acción, porque mientras que vía el amparo se tutelan exclusivamente derechos de rango constitucional, no protegidos por los demás procesos constitucionales, en el contencioso-administrativo encuentran acogida pretensiones de tutela de derechos o intereses creados por normas legales.

El Código Procesal Constitucional establece que las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los procesos constitucionales para la tutela de derechos fundamentales tendrán carácter de jurisprudencia vinculante cuando de ellas se pueda desprender principios de interés general, lo que no impide que en nuevos casos los jueces puedan apartarse de dicho precedente siempre que sustenten debidamente la nueva resolución.

Otra diferencia importante con el proceso contencioso-administrativo reside en que las normas sobre los procesos constitucionales disponen la obligatoria publicación de la jurisprudencia en el *Diario Oficial El Peruano* lo que permite a los distintos operadores del derecho (otros magistrados, académicos, abogados, etc.) conocer el tenor de los fallos a fin de enterarse de los razonamientos seguidos por los jueces y las posibles tendencias jurisprudenciales sobre determinadas materias.

Como colofón a esta parte del trabajo que hemos dedicado a analizar los procesos constitucionales (en especial al proceso de amparo) destinados a tutelar derechos fundamentales en los aspectos que guardan conexión con el proceso contencioso-administrativo, a fin de obtener una visión más ajustada del rol y de los alcances de este último proceso, es necesario recordar que en el diseño del modelo de justicia constitucional consagrado por la Constitución peruana de 1993 existe un proceso constitucional denominado acción popular que tiene por objetivo específico el control de la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos y toda otra norma de carácter general subordinada a la ley, que se tramita ante el Poder Judicial y que la sentencia que se expide en dicho proceso tiene efectos generales (78). Pongo énfasis en esta materia porque en el derecho comparado normalmente la competencia para controlar la legalidad de los reglamentos es parte del ámbito característico del proceso contencioso-administrativo, lo que no sucede en el Perú que confiere dicha atribución a un proceso constitucional específico como es la acción popular.

(c) **La exclusividad del proceso contencioso-administrativo y la subsidiariedad del proceso constitucional de amparo**

Conforme se ha venido señalando en este trabajo, desde la entrada en vigencia del primer Código Procesal Constitucional en diciembre del año 2004 la regla que rige la procedencia entre ambos tipos de proceso es que el contencioso-administrativo es el proceso ordinario por excelencia al que pueden acudir los afectados para

(78) Dicho proceso lo he analizado en «La garantía constitucional de la acción popular», publicado en *Lecturas sobre Temas Constitucionales* núm. 4, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, pp. 153 ss. También, MORÓN, Juan Carlos, «Evolución de la acción popular: El modelo peruano de control sobre reglamentos», en *Pensamiento Constitucional* núm. 19, Lima, 2014, pp. 355 ss. y también en la obra «El Control jurídico de los reglamentos de la administración pública», Gaceta Jurídica, Lima 2014.

peticionar la tutela judicial de sus derechos o intereses contra cualquier actuación de las entidades de la administración pública que los afecte vulnerando el ordenamiento jurídico (79). En dicho contexto el proceso de amparo tiene un carácter marcadamente residual porque se trata de una vía de urgencia que debería constituirse como un proceso expeditivo y dinámico exclusivamente destinada para la protección de sus derechos constitucionales amenazados o vulnerados, que solo se puede utilizar cuando no existan otras vías procedimentales específicas, pero igualmente satisfactorias para la protección eficaz de los derechos fundamentales de los afectados (80).

3.3 LOS PROCESOS ARBITRALES EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Otro aspecto en el que se diferencia el régimen del proceso contencioso-administrativo en el Perú respecto de los referentes comparados, además de que la impugnación de la legalidad y/o constitucionalidad de las normas reglamentarias es materia del proceso constitucional de acción popular, es que toda controversia contractual que se pueda producir entre los privados y el Estado en una relación contractual se tiene que ventilar por regla general necesariamente en la vía arbitral.

El recurso al proceso arbitral como mecanismo establecido por el legislador peruano para resolver las controversias del Estado en sus relaciones contractuales con privados en materia de compras públicas (adquisición de bienes, prestación de servicios y contratación de obras), fue introducido por primera vez en la Ley núm. 26850 denominada «Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado» de 1997, que ha servido de base para todas las normas posteriores que han modificado o vuelto a regular desde entonces el régimen de compras públicas en el Perú, como

(79) Sobre el tema: ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, «Proceso contencioso-administrativo peruano: evolución, balance y perspectivas», *Revista del Círculo de Derecho Administrativo* núm. 11, Lima, 2012., pp. 14 ss.

(80) Consideramos ilustrativo glosar la resolución del Tribunal Constitucional peruano recaída en el expediente núm. 04650-2011-PA/TC de 20 de enero del 2012 que reseña la posición del citado alto Tribunal sobre las relaciones entre procesos contencioso-administrativo y de amparo:

«5. Que el Tribunal Constitucional ha determinado qué significa que el amparo sea considerado como proceso subsidiario y excepcional. El proceso de amparo sólo atiende requerimientos de urgencia (STC 4196-2004-AA/TC) y cuando las vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho (STC 2006-2005-PA/TC). En consecuencia, si el demandante dispone de un proceso cuya finalidad también es la protección del derecho constitucional presuntamente lesionado, siendo igualmente idóneo para tal fin, entonces debe acudir a dicho proceso.

De otro lado, también es válido recordar que dicha causal de improcedencia será aplicada siempre y cuando existan otros procesos judiciales que en la práctica sean rápidos, sencillos y eficaces para la defensa de los derechos que protege el proceso de amparo. En caso contrario, es obvio que el proceso de amparo constituye la vía idónea y satisfactoria para resolver la controversia planteada. Por ello, en la STC 1387-2009-PA/TC, se señala que “(...) La urgencia de tutela tiene que ser valorada por el juez en el caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada o amenazada con la acción u omisión”.

De las sentencias precitadas, es claro que en el presente caso debe determinarse si el otro proceso (el ordinario) no cumple con la característica de urgencia, que define al proceso de amparo y que debe estar plenamente evidenciado en el caso concreto; y es el demandante quien tiene la carga de la prueba para justificarlo.»

es el caso de la vigente ley núm. 30225 Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE) (81).

La introducción del arbitraje en el régimen de compras públicas estuvo fundada en 4 razones: (i) promover la celeridad en la solución de las controversias; (ii) asegurar que la resolución este a cargo de profesionales especialistas en la materia; (iii) que los procesos arbitrales son más simples y expeditivos que los judiciales y (iv) las reglas de trámite de los procesos arbitrales son más flexibles y menos engorrosas y formalistas que las judiciales.

De las razones reseñadas por nuestra parte no tenemos duda que la principal que justificó que el propio Estado adoptara el arbitraje como el mecanismo por excelencia para resolver sus controversias con los contratistas privados fue la mayor celeridad de los procesos arbitrales en comparación con los procesos judiciales, con el objeto de reducir sustancialmente los problemas que se generarían de que importantes sectores de la población sean afectados porque el Estado no podría contar oportunamente con los bienes, servicios y obras indispensables para poder atender las necesidades de la colectividad, las que podrían verse paralizadas durante un dilatado litigio judicial. Hoy día en el Perú un proceso contencioso-administrativo en promedio puede demorarse en su tramitación de 4 a más años, o en el mejor de los casos más de 3 años, en cambio un proceso arbitral en materia de compras estatales puede demorar máximo un año y medio y en promedio un año. Para el legislador de 1997 que el marco legal de compras públicas estableciese el arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de controversias con los contratistas ofrecía a los agentes económicos privados: (i) la reducción de importantes costos de transacción, porque se suprime a los proveedores el riesgo de tener que litigar ante el Poder Judicial lo que encarecería los precios ofrecidos al Estado; y (ii) mayores garantías de imparcialidad, porque en el caso de que el arbitraje este a cargo de un tribunal cada una de las partes puede designar a uno de los árbitros y los escogidos a su vez elegir al presidente.

Pero probablemente otro de los aspectos jurídicos que ha influido decisivamente en la determinación del Estado peruano de que todos los conflictos derivados de sus relaciones contractuales, en materia de concesiones y asociaciones público-privadas, como en el régimen de compras públicas, deben obligatoriamente resolverse en la vía arbitral, es el marco constitucional claramente favorecedor de dicho mecanismo. Son tres los preceptos de la Constitución Política que otorgan cobertura constitucional al arbitraje en contrataciones públicas en el Perú, los que transcribimos a continuación (los énfasis son nuestros):

«Artículo 62.

[...]

Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previsto en el contrato o contemplados en la ley [...]

(81) Ley núm. 30225 conforme a la versión recogida en el Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo núm. 082-2019-EF, reglamentada mediante Decreto Supremo 344350-2018-EF.

Artículo 63.

[...]

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma que disponga la ley.

Principios de la Administración de Justicia

Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral.»

Como se puede apreciar el artículo 62 de la Constitución transcrito equipara a la vía arbitral al mismo nivel que la judicial como un medio con aptitud para resolver las controversias que se generen entre los participantes de un contrato. El artículo 63 también constitucional faculta en forma expresa al Estado y por ende a todas las entidades de derecho público en general a someter las controversias derivadas de sus relaciones contractuales a arbitraje nacional o internacional y el numeral 1) del artículo 139 Constitucional le otorga carácter jurisdiccional a la vía arbitral, que en consecuencia adquiere la calidad de jurisdicción especial (82).

El Estado peruano se ha servido de dicha cobertura constitucional favorable al arbitraje para desde el año 1997 disponer legislativamente que el único cauce para que se resuelvan las controversias respecto de los contratos de compras públicas sea obligatoriamente el arbitraje, de modo que todo postor que tiene interés en contratar con el Estado y postula presentado sus propuestas en un procedimiento administrativo de selección de contratistas tiene previo conocimiento que toda controversia que se produzca durante la relación contractual que pueda entablar con el Estado en caso de obtener la buena pro, solo podrá resolverse mediante un proceso arbitral que en el ordenamiento jurídico peruano por mandato constitucional tiene carácter jurisdiccional.

En la misma medida la norma legal que regula con carácter general los procesos arbitrales en el Perú, nos referimos al Decreto Legislativo núm. 1071, denominado Ley General de Arbitraje (en adelante: LGA) enuncia en su artículo 4 que las entidades administrativas pueden someter a arbitraje las controversias derivadas de los contratos y convenios que celebre.

(a) **Carácter obligatorio**

El régimen legal de las compras públicas en el Perú determina que toda controversia surgida desde la firma del respectivo contrato con la administración pública referida a la ejecución, interpretación, resolución inexistencia, ineficacia, nulidad e

(82) El Tribunal Constitucional peruano ha tenido ocasión de referirse a la constitucionalización del arbitraje en su jurisprudencia recaída en el expediente núm. 06167-2005-HC (Caso Fernando Cantuarias Salaverry).

invalidez del contrato, deberá obligatoriamente resolverse mediante arbitraje, luego de haberse descartado la conciliación en caso haberse pactado esta última.

Las posibles dudas sobre la constitucionalidad de la obligatoriedad del arbitraje como el único medio para resolver las controversias contractuales con el Estado respecto del régimen de compras públicas, excluyendo al Poder Judicial del conocimiento de dichas materias que como sabemos tiende más bien a ser la regla general en los ordenamientos regidos por un ordenamiento de Derecho Administrativo similar al peruano, fue rápidamente superada porque se entiende que al establecerse legalmente en el régimen que regula las compras estatales la regla de que toda controversia contractual con el Estado solo puede resolverse mediante un proceso arbitral, los agentes económicos que quieren participar como postores presentándose en los procedimientos administrativos de selección convocados han tenido conocimiento de dicha regla y por tanto tiene que haber sido materia de su evaluación al momento de considerar su participación o no como postores para en caso de obtener la buena para para contratar con el Estado.

(b) **Materias arbitrables y no arbitrables**

La regla general es que el arbitraje es el medio para solucionar las controversias que se originan a partir de la suscripción del contrato y durante toda la etapa de ejecución contractual. A continuación sintetizamos los temas más comunes o que con mayor frecuencia son materia de proceso arbitrales en la contratación estatal:

- Aspectos vinculados a la ejecución de las prestaciones contractuales.
- Aspectos vinculados a la interpretación, resolución, nulidad e invalidez del contrato.
- Ampliaciones del plazo contractual y en caso de obras el pago de mayores gastos generales.
- Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados
- Conformidad de la recepción de las prestaciones en el caso de bienes y servicios.
- Liquidación del contrato de ejecución o consultoría de obras.
- La legalidad de las penalidades aplicadas.
- Procedencia de la ejecución de las garantías.
- Procedencia de indemnizaciones por daños y perjuicios
- Aspectos vinculados al pago y los intereses por la mora en el pago.
- Posibles defectos o vicios ocultos.

Se excluye expresamente la posibilidad de que se discuta mediante un proceso arbitral la decisión de la entidad contratante o de la Contraloría General de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales a las pactadas en el respectivo contrato, así como las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de las citadas prestaciones adicionales, razón por la que las controversias sobre dichas decisiones podrían ser materia de impugnación en sede administrativa y eventualmente mediante el correspondiente proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial, pero no en vía arbitral.

(c) Plazos para iniciar el arbitraje

La regla general es que el arbitraje solo puede iniciarse desde que el respectivo contrato entra en vigencia hasta en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, que en el caso de la adquisición de bienes y servicios se produce luego de que el funcionario competente otorgue conformidad de la recepción de las prestaciones a cargo del contratista y se efectúe el correspondiente pago al contratista y en el caso de los contratos de ejecución y de consultoría de obras la culminación definitiva del contrato se produce luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda.

La única excepción a la regla de que el arbitraje debe iniciarse antes de que culmine el contrato se produce cuando se imputa al contratista responsabilidad por vicios ocultos en los bienes y servicios y obras con posterioridad a la fecha en que la entidad contratante otorgó su conformidad, razón por la cual el plazo para solicitar el arbitraje se computa recién desde ese momento.

El reglamento de la LCE establece plazos de caducidad específicos para iniciar el arbitraje respecto de ciertas controversias que se pueden producir durante el desarrollo de la relación contractual en los que el plazo promedio es de quince (15) días hábiles desde que se producen los hechos que pueden ser materia de discusión arbitral.

(d) Modalidad o tipo de arbitraje

El marco legal del ordenamiento que hemos dado en llamar de compras públicas en el Perú establece que el arbitraje puede estar a cargo de un árbitro unipersonal o de un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros, lo que en la práctica depende de la cuantía involucrada. En caso de que la respectiva cláusula arbitral no contenga indicación al respecto, o en caso de duda, será resuelto por árbitro único. Se exige que el árbitro único o el Presidente del respectivo Tribunal Arbitral que se nombre tengan que ser abogados y contar con especialización acreditada en Derecho Administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado.

El arbitraje obligatoriamente es de derecho, por tanto no es posible que en la contratación pública se realice un arbitraje de equidad o de conciencia.

En tal sentido se establece expresamente un orden de prelación normativa conforme al cual los árbitros al resolver deberán aplicar el Régimen de la LCE y su Reglamento, así como las normas de derecho público y supletoriamente las de derecho privado, pero manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho sustantivo al momento de resolver.

El arbitraje institucional debe estar a cargo de una institución arbitral a la que se le encomienda la organización y administración del proceso arbitral (83). SE ha establecido que solo será posible pactar el arbitraje *ad hoc* tratándose de contratos de bienes, servicios y consultoría en general cuyos montos contractuales sean

(83) Las instituciones arbitrales de mayor prestigio en el Perú son: El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú; el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú, Consejo Departamental de Lima y es obligado referirse al Sistema Nacional de Arbitraje de OSCE.

menores o iguales a un importe equivalente a 25,000 dólares, porque la experiencia ha demostrado que se prefería dicho tipo de arbitrajes en un importante porcentaje de los casos pero que no ofrecían las mismas garantías de transparencia, independencia e imparcialidad que un arbitraje institucional.

(e) **Principales aspectos procesales**

Dependiendo de que se haya pactado en el respectivo convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional o uno *ad hoc*, la solicitud que plantee la parte interesada dando inicio al proceso arbitral debe dirigirla en el primer caso ante la correspondiente institución arbitral escogida, mientras que tratándose de los arbitrajes *ad hoc*, que operan bajo esa modalidad ya sea porque se pacto en el contrato o simplemente porque no se pactó que el arbitraje fuera institucional, la solicitud que da inicio al arbitraje se dirige a la otra parte por escrito, incluyendo la designación del árbitro cuando corresponda, además de un resumen informativo de la controversia a ser sometida a arbitraje y su cuantía, de manera referencial y con fines únicamente informativos.

La instalación del árbitro unipersonal o, en su caso del tribunal arbitral, trae como consecuencia de que en caso se haya imputado al contratista la posible comisión de alguna de las infracciones administrativas tipificadas en el Régimen de la LCE se deba suspender la tramitación del procedimiento administrativo sancionador a cargo de la sala competente para ejercer la potestad sancionadora del Tribunal administrativo de OSCE (84), a efectos de garantizar la vigencia de los derechos al debido procedimiento y al de defensa, lo que permite que previamente se dilucide a través del proceso arbitral la legalidad o conformidad al contrato de la conducta del contratista y que la decisión adoptada mediante el correspondiente laudo por el tribunal arbitral tenga que ser considerada por la sala del Tribunal de OSCE para determinar la responsabilidad o no del supuesto infractor.

La facultad para dictar medidas cautelares esta regulada por Decreto Legislativo núm. 1071, denominado Ley General de Arbitraje (85). Si una parte se encuentra interesada en obtener una medida cautelar pero todavía no se instala el árbitro único o tribunal arbitral la solicitud se debe plantear ante un juez para que la evalúe y resuelva, cuya decisión puede ser objeto de impugnación mediante un recurso de apelación para que lo resuelva el grado superior del propio Poder Judicial, pero en la hipótesis que se haya iniciado el proceso arbitral deberá reconducirse el recurso de modo que se tramite como recurso de reconsideración para que lo resuelva el árbitro unipersonal o tribunal arbitral recién instalado. Las medidas cautelares solo pueden ser solicitadas por las partes del proceso, no rige el principio de congruencia, pero si el de adecuación, el o los árbitros pueden dictar una medida cautelar distinta a la solicitada en tanto se cumpla con el propósito de asegurar la eficacia de la decisión arbitral y cause menos perjuicio a la parte que la soportará. Para dictar

(84) Es el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE– que entre sus diversas funciones tiene a su cargo velar y promover el cumplimiento de dicho marco legal; supervisar y fiscalizar en forma selectiva y aleatoria los procesos de contratación, administrar el Registro Nacional de Proveedores (RNP); operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del estado (SEACE) e imponer sanciones a los proveedores inscritos en el RNP que contravengan el citado marco legal.

(85) Artículos 47 y 48.

una medida cautelar se requiere oír a la otra parte, salvo que se demuestre que ello volvería ineficaz la medida y contra la resolución de los árbitros que responden a la solicitud de otorgamiento de la medida cautelar solo cabe recurso de reconsideración que ellos deben resolver. En cuanto a la ejecución de la medida cautelar otorgada en principio debería corresponder a los propios árbitros que la conceden, salvo que la ejecución implique el uso de la fuerza pública, caso en el cual la ejecución de la medida cautelar dictada por los árbitros solo podría corresponder al Poder Judicial.

(f) **Régimen de los árbitros**

Si las partes pactan en el respectivo contrato someter al arbitraje a la administración de una institución arbitral se deberán seguir las reglas de designación de árbitros de dicho centro de arbitraje.

Como se ha señalado anteriormente, la regla es que corresponde a las partes pactar si el arbitraje debe ser resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros.

Cuando las partes no hayan pactado la forma de designación del árbitro único o los árbitros, corresponderá a OSCE designar el árbitro único si es que no se hubiera llegado a un acuerdo entre las partes. Asimismo se dispone que en el caso corresponda la conformación de un tribunal arbitral, OSCE será competente para designar el árbitro que la parte renuente no haya querido designar a pesar del requerimiento de la parte que solicita el inicio del arbitraje; o, que en el caso que los dos (2) árbitros efectivamente designados por cada una de las partes (contratista y entidad pública contratante) no hayan podido ponerse de acuerdo para designar al tercer árbitro dentro de los plazos legales, corresponderá también a OSCE designarlo.

Se exige que los árbitros sean y permanezcan durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales respecto de las partes, lo cual constituye una condición indispensable para garantizar su objetividad, esa es la razón por la cual se prohíbe tener cualquier tipo de relación personal, profesional o comercial con las partes. En caso contrario los árbitros pueden ser objeto de recusación la que se resolverá conforme a las reglas del correspondiente centro arbitral en caso de haberse pactado encargársele la administración del arbitraje, o por OSCE en los casos de arbitrajes *ad hoc* y en los administrados por dicha entidad quien resolverá sobre la recusación y a designar al árbitro sustituto en caso de declararla fundada.

Los árbitros están sometidos a las reglas y deberes que establece el Código de Ética que aprueba OSCE (86) y el reglamento de la LCE, creándose un Consejo de Ética facultado para imponer sanciones de amonestación, suspensión temporal o inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro, en caso de cometer las infracciones que transgredan los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y buena conducta procedimental (87).

(86) Código de Ética para el arbitraje en contrataciones con el Estado aprobado mediante Resolución núm. 028-2016-osce/PRE

(87) La LCE dispone que el referido Código de Ética de OSCE será también aplicable «de manera supletoria» a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o, que teniéndolo no tipifique la infracción cometida por el árbitro o no establezca la

(g) Laudo

El laudo tiene carácter definitivo, inapelable, definitivo y obligatorio para las partes, tiene valor de cosa juzgada y conforme a la Ley de Arbitraje (88) si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo en la forma y plazos establecidos, la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, ejecutándose como una sentencia.

Uno de los aspectos que distingue el arbitraje en materia de contrataciones con el Estado es que los árbitros están obligados a remitir el laudo a OSCE, dentro de los cinco (5) días hábiles de notificado a las partes, para su registro y publicación en el SEACE, en la página web institucional de OSCE (89), lo cual garantiza la publicidad de los mismos y acceso a cualquier persona que este interesado en analizarlos, lo cual es coherente con el principio constitucional de publicidad que debe regir toda actuación de la administración pública y lo diferencia con el arbitraje que se realiza entre privados en el cual por el contrario la regla es la confidencialidad.

Precisamente la Contraloría General de la República ha tomado en cuenta los laudos arbitrales que figuran en el referido SEACE emitidos durante el período 2003-2013 para realizar un interesante estudio de sus resultados y tendencias con el objeto de formular recomendaciones que puedan servir para que las entidades administrativas mejoren su desempeño durante los procesos de contratación y en el patrocinio de sus intereses en los procesos arbitrales (90). Sin embargo en el citado Informe la Contraloría General deja constancia que los 2,796 laudos arbitrales del citado período 2003-2013 registrados en el portal web de OSCE no constituye el universo de todos los laudos arbitrales emitidos en el ámbito de la contratación pública de compras en el Perú, porque el registro de laudos arbitrales en el portal web de OSCE solo ha sido obligatorio a partir del año 2008.

A diferencia de lo que sucede en otros países que también han acogido, aunque con matices, la posibilidad de que en determinados ámbitos de la contratación estatal las controversias entre las partes se puedan resolver en vía arbitral y que permitan el control judicial amplio de los laudos arbitrales, en el Perú la única vía de impugnación del laudo es el denominado recurso de anulación ante el Poder Judicial pero que solo tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos, es decir no esta destinado para revisar el fondo de lo resuelto por los árbitros (91).

sanción aplicable. Asimismo crea un Consejo de Ética que se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas pero integrado por funcionarios designados por tres Ministerios del Poder Ejecutivo, lo que para algunos no garantiza su objetividad o imparcialidad, además de significar un excesivo reglamentarismo del arbitraje con el Estado.

(88) La tipificación de las infracciones éticas que pueden cometer los árbitros sancionables por el Consejo de Ética ora en el artículo 216 del Reglamento según texto modificado por el Decreto Supremo núm. 056-2017-EF.

(89) Los laudos pueden revisarse en: <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/arbitraje1.asp>

(90) «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013». Contraloría general de la República. Lima 2015, <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>

(91) Decreto Legislativo núm. 1071, Ley de Arbitraje, artículo 62. Recurso de anulación. 1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente

Se establece la obligación de que las sentencias del Poder Judicial que resuelvan de manera definitiva el recurso de apelación contra laudos también sean remitidas a OSCE, para su registro y publicación en la página web institucional de dicha entidad (92).

Un aspecto polémico durante algún tiempo en el Perú fue la posibilidad de impugnar los laudos arbitrales mediante los procesos constitucionales, en especial el amparo, cuando alguna de las partes alegaba la afectación de algún derecho constitucional, porque podía producirse el peligro que por esa vía se abriera la posibilidad de que los jueces o el Tribunal Constitucional ingresaran a revisar el contenido de los laudos arbitrales y en consecuencia se postergase vía procesos constitucionales la definición de una controversia ya resuelta en vía arbitral.

La referida polémica ha sido zanjada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional peruano (93) que ha establecido con carácter de precedente vinculante las siguientes reglas para la procedencia del amparo contra laudos:

– El amparo «arbitral» debe ser considerado un mecanismo excepcional, razón por la cual no procederá su uso para pretensiones referidas a la protección de derechos constitucionales vinculados al debido proceso o tutela procesal efectiva, la existencia de convenio arbitral o la arbitrabilidad de las cuestiones sometidas por las partes al arbitraje, toda vez que dichas cuestiones deben controvertirse mediante el recurso de anulación ante el Poder Judicial al que ya hicimos referencia.

– El referido amparo «arbitral» solo procede en tres situaciones específicas: a) Cuando el sentido del laudo arbitral vulnere precedentes vinculantes expedidos por el propio Tribunal Constitucional; b) Cuando los árbitros hayan ejercido control difuso de constitucionalidad y por ende en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales inaplicado por considerarla inconstitucional en el caso concreto sometido a su conocimiento una norma legal que había sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial; y c) Cuando un tercero ajeno al proceso arbitral interponga el amparo sustentado en la afectación de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho proceso arbitral.

– La procedencia del amparo en los supuestos a) y b) a que se refiere el párrafo anterior esta supeditada a que los interesados primero hayan planteado sus cuestionamientos ante los propios árbitros y que estos hayan tenido oportunidad para pronunciarse en primer lugar sobre dichos cuestionamientos.

– La sentencia recaída en un proceso de amparo que declare fundada la demanda podrá declarar la nulidad total o parcial del laudo arbitral y el mandato de emisión por los árbitros de uno nuevo, pero el Tribunal Constitucional cuida de señalar que no corresponde a los jueces o al propio Tribunal en ningún caso resolver acerca de la cuestión de fondo que fuera materia del arbitraje.

establecidas en el artículo 63.2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Esta prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

(92) Puede revisarse la relación y el texto de las citadas sentencias en: http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/sentencias_judiciales/sentencias.asp

(93) Nos referimos a la sentencia recaída en el expediente núm. 00142-2011-PA/TC de fecha 21 de setiembre del 2011, que se puede revisar en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>

(h) La Junta de Resolución de Disputas

La LCE incluye a las denominadas Juntas de Resolución de Disputas como un medio adicional de solución de controversias en una fase previa al arbitraje exclusivamente para los contratos de obra, con el objeto de que puedan prevenirse o resolverse durante la ejecución de la obra, desde el inicio del contrato hasta la recepción total de la obra

Las Juntas de Resolución de Disputas deberían servir para evitar la excesiva tendencia a arbitrarizar las controversias en los contratos de obra, otorgando a las partes un medio para solucionar los conflictos que se generen durante la obra en marcha, evitando su paralización, situación que privaría al Estado de poder contar en los plazos previstos con las obras o infraestructuras necesarias para satisfacer las necesidades de la colectividad y que tendría la ventaja adicional de reducir los costos y la dilación que implica esperar la solución de dichas controversias en un arbitraje, aunque sean sustancialmente menores que en el caso que las controversias tuvieran que ser resueltas mediante procesos judiciales.

(i) El arbitraje como medio de solución de controversias en contratos de concesión y de asociaciones público-privadas APPs

Desde que se iniciaron a comienzos de la última década del siglo pasado lo que en el ordenamiento peruano se han denominado los «Procesos de Promoción de la Inversión Privada» en materia de servicios públicos y concesiones principalmente de infraestructura, los contratos de concesión o de transferencia de activos de empresas privatizadas que suscribieron el Gobierno Nacional (Poder Ejecutivo) y los inversionistas privados, consagraron al arbitraje como el medio de solución de controversias, en lugar de la vía judicial, por las mismas razones de mayor celeridad, especialización y flexibilidad que justificaron que posteriormente hacia el año 1997 el arbitraje se extendiera como el medio de solución de controversias también en la contratación de compras públicas. Posteriormente los contratos que con la misma finalidad suscribieron los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales (municipalidades) también incluyeron a la vía arbitral como el mecanismo para la solución de controversias entre los concesionarios privados y las citadas entidades estatales.

Como se ha comentado al iniciar este trabajo, en la actualidad el Decreto Legislativo núm. 1362 que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos (en adelante: Ley de APPs) y sus sucesivas modificaciones, dispone que todos los contratos que son comprendidos bajo dicha denominación genérica deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. Si en la cláusula arbitral del respectivo contrato se distingue entre controversias de naturaleza técnica y de naturaleza no técnica, las primeras deben ser sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, permitiendo que incluso estas últimas puedan ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte pertinente. Asimismo se establecen pautas para que la entidades contratantes o concedentes al momento de designar al árbitro que les corresponde, escojan preferentemente a un profesional con experiencia mínima de cinco (5) años en la materia controvertida o a un abogado con experiencia de regulación o concesiones, según la materia de la controversia.

Tema muy importante regulado por la Ley de APPs y que ha generado controversias en el medio jurídico peruano es el referido a las materias arbitrables en dichas modalidades de contratos. El Reglamento de la citada Ley ha señalado que (94) solo son arbitrables las «materias de libre disposición de las partes», con el propósito de restringir o impedir totalmente la posibilidad de discutir en vía arbitral las decisiones de los organismos reguladores de las inversiones privadas en servicios públicos y concesiones de infraestructura, cuando se emiten en ejercicio de potestades administrativas y que de ordinario primero son materia de impugnación en sede administrativa y luego mediante el proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial.

En nuestra opinión no cabe duda que en principio la vía legalmente prevista en el ordenamiento administrativo peruano para cuestionar las decisiones de los organismos reguladores, que nunca son parte de los contratos de concesión o de APPs, no es la arbitral, sino los mecanismos propios de impugnación de cualquier otra decisión administrativa de una entidad pública, es decir los recursos administrativos y si la resolución de dichos recursos en sede administrativa no satisface al interesado, en ejercicio de su derecho de tutela jurisdiccional, puede interponer una demanda contenciosa administrativa.

Sin embargo consideramos que en aquellos casos en los que el organismo regulador toma como parámetro o criterio para verificar el cumplimiento de sus obligaciones por el concesionario, reglas o compromisos contenidos en los respectivos contratos de concesión o de Apps, y en base a ellos ejercita las potestades administrativas que el marco legal establece y que muchas veces los propios contratos recogen, si debería ser procedente que se discuta en vía arbitral si la interpretación o alcance de las cláusulas contractuales pactadas por el inversionista con el concedente, que utiliza como parámetro o criterio de referencia el organismo regulador para el ejercicio de sus potestades, es o no es la correcta.

Consideramos que esa es la razón por la cual la Ley de APPs (art. 56.3) y su Reglamento (art. 133.2) han establecido, no sin polémica por parte de algunos sectores de la doctrina nacional, que en los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador, corresponde a la entidad pública titular del proyecto garantizar la participación oportuna de los referidos organismos reguladores en los procesos arbitrales «para coadyuvar al debido patrocinio del Estado», estableciendo asimismo en forma expresa la obligación del árbitro o del respectivo tribunal arbitral de permitir dicha participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales en los que se discutan las referidas decisiones y materias vinculadas a su competencia.

También se han previsto otros dos medios de solución de controversias, previos al arbitraje: el Amigable Componedor y la Junta de Resolución de Disputas. La figura del Amigable Componedor solo opera en aquellos contratos en los que se haya pacta-

(94) Decreto Supremo núm 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo 1362

«Artículo 132. Cláusulas Arbitrales.(.....) Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje(...).

Artículo 133. Intervención del organismo regulador

133.1 No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Título, las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa »

do una etapa de Trato Directo previa al inicio de un arbitraje nacional, caso en el cual las partes en cualquier momento de la referida etapa podrán acordar la intervención de un tercero neutral, al que se le denomina Amigable Componedor, quien podrá ser designado directamente por las partes o delegar su designación a un Centro Arbitral.

El Reglamento de la Ley de Apps dispone que luego que las partes presentan por escrito sus posiciones y se lleva a cabo una audiencia en las que las exponen, el Amigable Componedor deberá citar a audiencia para exponer y entregar su informe o formula de solución a las partes, las que podrán aceptarla total o parcialmente, caso en el cual lo acordado por las partes tendrá los efectos de una transacción.

En nuestra opinión esta figura del Amigable Componedor servir principalmente para que los funcionarios de las entidades estatales que son parte de la controversia puedan adquirir progresivamente mayor proclividad a conciliar o transar que la que han venido demostrando hasta la fecha, debido al temor al supuesto peligro que existe de la posible imputación de responsabilidad por los órganos de control, porque podrán fundamentarse en la opinión de un tercero neutral, imparcial e independiente, que incluso puede ser de una nacionalidad diferente al de las partes.

Para facilitar el acuerdo entre las partes y que no se generen prevenciones o recelos para la presentación de propuestas o posiciones por las partes durante la intervención del Amigable Componedor, se prohíbe que las partes puedan presentar como medio probatorio en un proceso administrativo, arbitral o judicial ningún documento presentado o declaración realizada por las partes o el Amigable Componedor durante el respectivo procedimiento, salvo que dichos documentos o declaración puede ser obtenido en forma independiente por la parte que este interesada en presentarlo.

En cuanto a la Junta de Resolución de Disputas se dispone que en los contratos puede pactarse para que en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional las partes puedan someter sus controversias a la referida Junta, a solicitud de cualquiera de ellas, cuyos integrantes podrán ser designados de manera directa por las partes o encargada su designación a un Centro Arbitral. La decisión que adopte la Junta tendrá carácter obligatorio para las partes, lo cual no limita su facultad de poder llevar la controversia a la vía arbitral. El Reglamento de la Ley de Apps establece que conforme lo establezca el respectivo contrato la Junta puede constituirse desde el inicio de la ejecución contractual, con el fin de desarrollar adicionalmente funciones de absolución de consultas y emisión de recomendaciones respecto a temas y/o cuestiones solicitadas por las partes del Contrato y que el mecanismo de la Junta de Resolución de Disputas no es aplicable en aquellos casos que se trate de controversias que pueden ser objeto de resolución en procesos que se seguirán ante tribunales arbitrales internacionales conforme a lo previsto en el propio contrato de APP.

3.4 LOS PROCESOS PENALES

Otro mecanismo que a los que recurren algunos de los que se sienten afectados por lo que consideran actuaciones flagrantemente irregulares de la administración pública es el que se realiza a través de los procesos penales que se pueden incoar directamente contra los funcionarios públicos por la comisión de delitos en ejercicio de sus funciones. Al respecto el Código Penal peruano contiene un Capítulo específico dedicado a tipificar los diferentes delitos que pueden cometer los fun-

cionarios públicos (arts. 376 al 401.B), tales como: abuso de autoridad, concusión, peculado, corrupción de funcionario y otros varios tipos penales más abarcando un universo de ilícitos penales bastante numeroso.

La experiencia demuestra que no es inusual que la persona que se considere afectado injustamente por alguna decisión de la administración recurra a la denuncia penal para cuestionar la actuación de los funcionarios públicos, sin embargo no esta probado que dicha propensión a la criminalización sea realmente eficaz para corregir las conductas que se consideran ilegales, lesivas de los derechos de los administrados o que afectan los intereses de la colectividad.

En nuestra opinión en el Perú el recurso a la denuncia penal contra los funcionarios públicos en la práctica es utilizada como una suerte de sustituto a la casi nula operatividad de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, que en el derecho comparado constituye uno de los principales mecanismos de control de la administración pública, pero que lamentablemente no cumple la misma función en el Perú.

4. LA CASI INEXISTENTE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PERÚ

4.1 LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO

Antes de la vigencia de la LPAG si alguien quería reclamar el resarcimiento de la administración por los daños a sus bienes y derechos solo podía tomar como fuente o base legal el ordenamiento privado sobre responsabilidad de las personas en general contenido en el Código Civil, debido a la carencia de normativa administrativa especial o de desarrollos jurisprudenciales importantes sobre la materia (95).

Es recién con la LPAG que se establece por primera vez en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano en forma explícita el principio de garantía patrimonial de los particulares frente a los daños sufridos por el mal obrar de la Administración Pública (96) y se establecen en el artículo 260 los requisitos y condiciones.

Llegados a este punto es posible sintetizar las características generales en el ordenamiento peruano del régimen legal de la responsabilidad civil extracontractual de la administración pública en sus aspectos legislativos en el contexto de la citada LPAG:

a) Se configura un régimen sustantivo de carácter unitario, es decir con vocación de ser aplicable a todas las entidades públicas de los tres niveles de Gobierno (nacional, regional y local o municipal);

(95) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge E., *Panorama General del Derecho Administrativo en el Perú*, en Santiago González-Varas Ibáñez (coordinador), *Derecho Administrativo en Iberoamérica* (2.^a edición). Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2012, pp. 1199 ss.

(96) LPAG: «Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo (...) 1.18. Principio de responsabilidad. La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico».

b) Se consagra un régimen de responsabilidad directa, de modo que serán los entes públicos quienes tienen la obligación de indemnizar de manera directa por los daños causados por sus funcionarios o servidores en el desempeño de sus cargos, sin perjuicio de la potestad de repetir de dichos funcionarios y del personal a su servicio lo pagado a los privados como indemnización por el daño sufrido, conforme lo establece el artículo 260.6(97) de la LPAG.

c) El régimen tiene un alcance general, es decir comprende toda tipo de actuaciones extracontractuales de las entidades administrativas, sea estas de carácter jurídico o puramente fáctico; es decir el daño puede proceder de actos administrativos y de normas reglamentarias, o de hechos u actuaciones fácticas producidos por agentes públicos, u omisiones administrativas que constituyan el incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber de vigilancia, siempre que la administración tenía legalmente establecido el deber de obrar o de actuar en un modo determinado. La cobertura de la responsabilidad patrimonial comprende el daño causado por cualquier funcionario o servidor que ejerza funciones públicas integrado en la organización de la administración pública, sin importar el régimen de carrera o laboral de vinculación. Por tanto, de conformidad con la opinión mayoritaria de la doctrina, la ausencia de dicha integración haría inimputable a la Administración Pública las lesiones causadas por los concesionarios de servicios públicos o dedicados a la explotación de obras de infraestructura pública, así como los supuestos de ejercicio privado de funciones públicas, como es el caso de los notarios, martilleros, agentes de aduana, etc. Ese es el sentido de la redacción de la parte final del artículo 260.1 de la LPAG cuando enfatiza que la responsabilidad de las entidades administrativas se genera por los daños causados «por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas».

d) Se consagra un régimen de carácter esencialmente objetivo que, por tanto prescinde de la exigencia a la víctima de demostrar la existencia de culpa ó negligencia alguna por parte de los agentes públicos para que la pretensión de resarcimiento deba estimarse, siendo suficiente acreditar la realidad de una lesión imputable a una entidad administrativa. Esta configuración objetiva del régimen legal de responsabilidad patrimonial de la administración pública admite sin embargo las importantes matizaciones que se señalan en el siguiente acápite (98).

(97) Artículo 260.6 «Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución».

(98) Sobre el tema Víctor Baca Oneto considera que es discutible que se pueda afirmar que la LPAG haya consagrado un régimen de responsabilidad objetiva de la administración pública porque recoge figuras propias de la responsabilidad por culpa, en: «¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la administración pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa», en *Revista de Derecho Administrativo, Circulo de Derecho Administrativo*, CDA núm. 9, Lima, 2010, p. 235. También ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, en «Responsabilidad objetiva de la administración en el Perú: entre la erosión de un modelo y la posible configuración de una alternativa mixta», en *Fundamentos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública en el Perú*, ponencia presentada al XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, publicada en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana y otros, Universidad Panamericana, México, 2014, tomo II, p. 423.

VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS...

e) Para hacer efectiva la responsabilidad de la administración pública es indispensable la existencia de un daño causado por su actuación lícita o ilícita. Pero la administración pública no tiene porqué responder de todo daño que cause al administrado, sino solo por el daño injusto. En tal sentido el daño injusto, es el daño antijurídico, es decir un daño que el particular no está obligado a tolerar por no existir causas de justificación en la administración pública productora del mismo, las que son expresas y están legalmente previstas en el artículo 238.2 (99) de la LPAG. Así, conforme al citado precepto se exonera a la Administración Pública de responsabilidad exclusivamente en los siguientes casos:

- i Cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor;
- ii Cuando el daño fuera consecuencia de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero;
- iii Cuando la entidad haya actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos; o
- iv Cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

Como se puede apreciar en el ordenamiento jurídico administrativo peruano el origen del régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública es de carácter netamente legislativo consagrado en la LPAG, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos como Argentina, Francia, Italia y en Alemania, países en los que como bien dice Perrino (100) nace esencialmente impulsado por la jurisprudencia de los tribunales, para los cuales no ha sido un impedimento la falta de disposiciones constitucionales específicas ni tampoco la carencia de dispositivos legales que regulen la responsabilidad del Estado, para que se sienten las bases de una sólida doctrina judicial que con fundamento en principios y derechos constitucionales prácticamente universales como el de propiedad, igualdad y el propio Estado de Derecho, ha sentado las reglas para el resarcimiento de lesiones causadas a los particulares por las actuaciones u omisiones de la administración pública.

4.2 LA IMPERFECTA REGULACIÓN EN LAS NORMAS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Conforme se ha señalado en este trabajo, lamentablemente el TUO de la LPCA si bien ha previsto dentro de la relación de las pretensiones que se pueden exigir en

(99) Artículo 260.2 «En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado o de tercero.

Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiera actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o de los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias».

(100) PERRINO, Pablo, «La responsabilidad extracontractual de la administración pública por actividad ilícita», publicado en *Documentación Administrativa* núms. 269-270, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, 2004, pp. 278 y 279.

el proceso contencioso-administrativo a la pretensión indemnizatoria por el daño causado por la administración, sin embargo inexplicablemente la ha restringido para que solo opere en forma acumulativa con alguna de las otras pretensiones (nulidad, el cese o la realización de una determinada actividad, etc.) que se puedan plantear en la correspondiente demanda (101).

La citada restricción parece inspirada en el errado entendimiento de que el privado solo puede exigir la reparación de un daño injusto causado por la administración si es que en el respectivo proceso, con motivo de alguna de las otras pretensiones, previamente se haya acreditado que la actividad administrativa (una declaración, un hacer o un no hacer) generadora del daño indemnizable cumple con el requisito implícito en la LPAG de haberse realizado fuera o contrariamente al orden legal y constitucional vigente.

Dicho entendimiento es flagrantemente contradictorio con el diseño consagrado en el TUO de la LPAC de un proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción que como sucede en el derecho comprado debería admitir que los afectados por una actuación irregular de la administración puedan demandar directa y únicamente la protección judicial para el resarcimiento de sus derechos afectados.

4.3 RAZONES POR LAS QUE NO OPERA EN EL PERÚ

Como se puede apreciar en el Derecho Administrativo peruano no ha tenido hasta la fecha mayor funcionalidad la exigencia de responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública, a diferencia de las experiencias de los países de nuestro entorno y de los países con los que compartimos un ordenamiento administrativo similar, no obstante que constituye uno de los tres instrumentos fundamentales que el Derecho Administrativo pone a disposición de los privados para la protección de sus derechos, junto con el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo.

En nuestra opinión son diversas las razones por las cuales hasta la fecha la figura de la responsabilidad patrimonial de la administración como consecuencia de su mal funcionamiento no ha tenido mayor éxito en el Perú, las cuales podríamos clasificar en tres grupos:

a) Desde el punto de vista de los justiciables:

– Se constata la poca confianza sobre las posibilidades de exigir con éxito resarcimiento a la administración pública por los daños que su accionar irregular puede haberles causado y por el contrario una marcada preferencia por acudir a los procesos judiciales (contenciosos administrativos o constitucionales) para demandar ya sea que: se declare la ilegitimidad de las actuaciones administrativas cuestionadas, la cesación de las situaciones lesivas y/o que se ordene la restitución o restablecimiento de los derechos afectados a los demandantes.

(101) TUO LPCA «Artículo 5. Pretensiones.—En el proceso contencioso-administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: (...) 5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley núm. 274444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores».

VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS...

– La sensación de que a pesar que el privado pueda obtener una sentencia que condene a la administración a resarcirlo económicamente por los daños y perjuicios sufridos, todavía tendrá que sortear dilaciones y dificultades para intentar conseguir ejecutar la referida sentencia de condena pecuniaria, debido a las restricciones que el marco legal nacional ha impuesto para la procedencia del cobro de deudas pecuniarias a las entidades estatales, violándose en forma flagrante el derecho a la tutela judicial efectiva, conforme lo ha puesto de manifiesto en algunos precedentes el Tribunal Constitucional Peruano.

– La posibilidad de la que gozan algunos inversionistas para poder acceder a la tutela que les brindan Tratados Internacionales de protección de inversiones internacionales o Tratados de Libre Comercio que ha suscrito el Perú para exigir a través de la realización de procesos arbitrales, la mayor parte de las veces ante instancias internacionales como el CIADI, el resarcimiento de sus derechos frente a daños y/o afectaciones patrimoniales por parte de la administración a través de diversas garantías, como es el caso de la denominada expropiación indirecta (102).

– En caso de considerar que se cuentan con justificados motivos para cuestionar directamente la conducta o el comportamiento personal de los funcionarios que adoptan las decisiones generadoras del daño, se prefiere la denuncia penal de los mismos y de ser el caso solicitar que a través de los respectivos procesos penales además de que se declare la responsabilidad criminal de los funcionarios, se condene al pago de una reparación civil a las víctimas, que sin embargo la experiencia demuestra que siempre es reducida.

b) Desde la perspectiva de la regulación del respectivo régimen y de la práctica del proceso contencioso-administrativo:

– Como se ha señalado condicionar la procedencia de la pretensión indemnizatoria para resarcir el daño causado por la actividad ilegítima de la Administración, a que se plantee en forma acumulativa a alguna de las otras pretensiones posibles de exigir en la correspondiente demanda contenciosa, afecta gravemente su efectividad;

– No constituye un aliciente la dilación que se experimenta en la tramitación de los procesos contencioso-administrativos que en promedio puede demorar entre tres (3) y cuatro (4) años por la grave carga procesal que padecen los jueces, especialmente en el orden contencioso-administrativo.

c) Desde la perspectiva de los jueces:

– Ese constata escasa sensibilidad y empatía por parte de los jueces para otorgar la tutela patrimonial a las víctimas y resarcirles económicamente de los daños sufridos por el mal funcionamiento de la administración pública.

(102) Sobre el tema: PERALTA MIRANDA, Giancarlo, *El arbitraje de inversión: el dinámico y complejo fenómeno jurídico, visto a través de los Tratados Bilaterales de Inversión*. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2017, pp. 349, sobre el estándar de plena protección y de seguridad jurídica que puede comprender la expropiación directa o indirecta; TOVAR GIL, María del Carmen, y TOVAR GIL, Javier, «Derecho Internacional privado. Estudio de las relaciones económicas privadas internacionales», *Gaceta Jurídica*, Lima, 2020, pp. 395, y CARRANO, Italo, y BONIFAZ, Gonzalo, *La protección de las inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos. Principales garantías para el inversionista*, Ara editores, Lima, 2011, p. 265.

– La ausencia de jurisprudencia relevante sobre responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública que sirva de referente, para los justiciables y los jueces, como por el contrario si ha sucedido en otros países en los cuales la garantía de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración tiene plena funcionalidad, a diferencia del Perú.

5. PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN TORNO A LAS GARANTÍAS JURÍDICAS Y CONVERGENCIAS GLOBALES

5.1 LA ADMINISTRACIÓN POST PANDEMIA. LA TENDENCIA A LA SOBRRERREGULACIÓN

Desde que en el Perú se comenzaron a adoptar medidas para afrontar la pandemia a mediados de mes de marzo del año 2020, uno de los aspectos que en esta parte del presente trabajo queremos referirnos es la constatación de la tendencia a la sobrerregulación por parte de algunos sectores de la administración pública.

La cantidad de normas sectoriales y el detalle con que desarrollan la regulación de las materias a su cargo parece indicar que las deficiencias que han podido ponerse en evidencia en el funcionamiento de la administración pública peruana han querido ser compensadas consciente o inconscientemente por un incremento en la regulación administrativa respecto de la actividad de los privados.

No obstante que en el ordenamiento jurídico administrativo peruano es de larga data la existencia de un procedimiento administrativo específico para la eliminación de exigencias y barreras burocráticas, incluidas las que obren en normas administrativas (103), y se vienen desarrollando los denominados procesos de mejora de la calidad regulatoria con el análisis de impacto regulatorio *ex ante* (104), se constata que desde que inició la pandemia, buena parte de las entidades administrativas han privilegiado la regulación mediante el dictado de dispositivos de carácter marcadamente reglamentarista como una manera de evidenciar supuestamente el cumplimiento de las funciones a su cargo.

(103) Nos hemos referido a dicho procedimiento en «El control de la administración pública en el Perú», publicado en el colectivo dirigido por DELPIAZZO, Carlos, *El control de la actividad administrativa, en la colección de derecho administrativo comparado*, dirigido por Libardo Rodríguez. Editorial Temis, IIDA, y Editorial Jurídica Venezolana, Bogota, 2018, p. 405. Ver también TIRADO, José Antonio, *Eliminación de barreras burocráticas. Análisis del decreto legislativo 1256 que aprueba la ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2017. Y GÓMEZ APAC, Hugo, «El análisis de impacto regulatorio y el régimen de control de las barreras burocráticas como herramientas para la modernización de la administración pública», publicado en AAVV, Juan Jiménez Mayor (director), *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Como entender y fortalecer al Estado en tiempos de pandemia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2021. pp. 499 ss.

(104) Regulado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1310, modificado por el Decreto Legislativo 1448 y reglamentado entre otras normas por el DS 063-2021-PCM que desarrolla el Marco Institucional que rige el proceso de mejora de la calidad regulatoria y establece los lineamientos generales para la aplicación del análisis de impacto regulatorio *ex ante*.

VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS...

En otras palabras, si ya antes que se produjera la pandemia era cuestionable que la solución adoptada por algunos niveles de gobierno para responder ante las necesidades públicas se restringiera al dictado de un marco legal, en lugar de adoptar medidas y proporcionar los medios materiales que permitieran realmente satisfacerlas, a partir de la pandemia esa tendencia a optar por las soluciones meramente normativas lamentablemente se ha acrecentado.

5.2 EL RELACIONAMIENTO ELECTRÓNICO CON LOS CIUDADANOS

El marco legal que regula en el Perú los modos de relacionamiento de la administración con los ciudadanos por medios electrónicos, especialmente en lo referido al procedimiento administrativo digital, tradicionalmente ha sido disperso y asistemático (105). No obstante la LPAG contiene preceptos que hacen referencia al régimen del procedimiento administrativo electrónico (art. 30), a los actos administrativos realizados a través del medio electrónico (art. 30.3), al expediente electrónico (art. 31) a la notificación electrónica (art. 20.4), la recepción documental por la administración de medios de transmisión de datos a distancia (arts. 134 y 136.6), lo cierto es que la operatividad de algunas de los citados dispositivos depende de la expedición de normas reglamentarias que dispongan su aplicación, seguramente en función de la disponibilidad de los medios personales y de equipamiento necesarios para que puedan desarrollarse y de que la normativa complementaria que regula aspectos complementarios, pero indispensables para que los procedimientos administrativos electrónicos puedan desarrollarse en su verdadera dimensión, como es el caso de: la firma digital, los mecanismos de seguridad de la información, la interoperabilidad, etc, lleguen también a funcionar y proporcionen el soporte interno que se requiere para que los procedimientos administrativos se puedan desarrollar por medios electrónicos (106).

La pandemia ha forzado a la administración pública peruana para incrementar las posibilidades de relacionarse con los privados por medios electrónicos, a través del establecimiento de lo que a veces se tiende a denominar mesas de partes virtuales, aunque en ocasiones solo se trata de una dirección de correo electrónico para recibir escritos, comunicaciones y documentación remitida por los privados, y a través de las notificaciones electrónicas de sus decisiones (actos administrativos); en resumen mediante la recepción y respuesta por medios digitales a los administrados, pero a pesar de ello manteniendo muchas veces el

(105) Ley 27269 de firmas y certificados digitales (2000), DS 052-2008-PCM reglamento de la ley de firmas y certificados digitales, Decreto Legislativo 1412 que aprueba la ley de gobierno digital (2018), DS 033-2018-PCM crea la plataforma digital única del estado peruano y establecen disposiciones adicionales para el desarrollo del Gobierno digital; Decreto de Urgencia 006-2020 que crea el sistema nacional de transformación digital, Decreto de Urgencia 007-2020 que aprueba el marco de confianza digital y dispone medidas para su fortalecimiento, entre otras normas.

(106) Sobre el tema: MORÓN, Juan Carlos, «Derechos de los administrados y nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la buena administración electrónica en el Perú», *Gestión pública & control*, Gaceta Jurídica, Lima, 2020. También: HUAPAYA TAPIA, Ramón, «Reflexiones para el tránsito de una administración electrónica hacia una administración digital en el ordenamiento jurídico peruano», publicado en AAVV, Diego Zegarra (Coordinador), «La proyección del Derecho Administrativo Peruano», *Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Palestra, Lima, 2019, pp. 43 ss.

modelo papel, porque en su tramitación al interior de la administración los documentos que se reciben y los que se produce la propia administración durante la tramitación del procedimiento son convertidos a papel para formar un expediente tradicional, solo que su resultado (el acto administrativo) es digitalizado para ser comunicado al destinatario.

La pandemia también ha puesto en evidencia que hace falta un cambio cultural en la administración pública peruana y en los niveles políticos de gobierno para entender que la digitalización del procedimiento administrativo: i) no se restringe a las comunicaciones con los privados al comenzar y al concluir el respectivo procedimiento, conservando en esencia el modelo papel (107); ii) que la digitalización debe servir para mejorar los servicios al ciudadano, simplificar los procedimientos administrativos, hacerlos más ágiles y potenciar la comunicación de los ciudadanos con la administración, y que no esta diseñada solo para facilitar el trabajo de los funcionarios, sin importar las garantías de los ciudadanos, como hoy día parece ser el criterio predominante en el Perú; iii) que en un país con grandes desigualdades sociales, culturales como el Perú, es imperativo garantizar que se facilite el acceso a la población que no tenga acceso a los medios digitales o no tenga el conocimiento suficiente para utilizarlos, de modo que no se genere la paradoja que los medios digitales les restrinjan el acceso a los servicios de la administración pública.

En febrero de este año se ha aprobado mediante Decreto Supremo núm. 029-2021-PCM el reglamento de la Ley de Gobierno Digital que establece disposiciones sobre las condiciones, requisitos y uso de las tecnologías y medios electrónicos en el procedimiento administrativo, que es hasta la fecha el dispositivo que en buena medida ha desarrollado con mayor grado de precisión los aspectos claves del marco normativo del procedimiento administrativo digital, como es el caso del régimen del documento electrónico (art. 35 ss.), el expediente electrónico (art. 39 ss.), la recepción documental (art. 46 ss.), la gestión archivística digital (art. 49 ss.), la casilla única electrónica como domicilio digital para que los privados reciban comunicaciones de todas las entidades de la administración pública (art. 53 ss.) y la notificación digital (art. 59 ss.), además de establecer reglas sobre las reuniones digitales de los privados con la administración (art. 63 ss.), entre otras materias que también regula y que componen lo que podría denominarse la fase interna de la digitalización en la administración cuyo desarrollo en forma previa constituye condición indispensable para que la administración pueda desarrollar externamente la digitalización en sus relaciones con los ciudadanos a través de los procedimientos administrativos, como es el caso del régimen de: la denominada identidad digital del Estado Peruano (art. 9 ss.), los servicios digitales del estado peruano, incluyendo la plataforma digital única del estado peruano para la orientación al ciudadano (art. 23 ss.), el marco de gobernanza y gestión de datos del estado peruano (art. 66 ss.), el marco de interoperabilidad del estado peruano (art. 79 ss.), y el marco de seguridad digital (art. 94 ss.), entre otros varios temas.

(107) Un clamoroso ejemplo lo constituye la ley 31170 publicada el pasado 21 de abril del presente año que establece un plazo de 12 meses para que todas las entidades de la administración pública implementen la mesa de partes digital y la notificación electrónica, es verdad que respetando los principios, derechos y garantías de los administrados, pero en el fondo con una visión reduccionista de los alcances de la digitalización de los procedimientos administrativos.

Consideramos que el citado reglamento constituye un indudable avance a nivel normativo para establecer las orientaciones que deberían regir el desarrollo de los procedimientos administrativos electrónicos en el Perú, aunque podamos discrepar de algunos aspectos de su contenido, en los que nos parece que no se privilegia en su adecuada dimensión opciones que debería permitir mayores garantías a los ciudadanos en sus relaciones digitales con la administración pública. Sin embargo conviene llamar la atención que se trata de una norma cuyo contenido es esencialmente prospectivo, es decir que, como es usual en todos los procesos de digitalización de la administración pública a nivel comparado, establece plazos y un verdadero cronograma para que la mayor parte de los procesos que regula puedan llegar a implementarse en la realidad.

Que los referidos plazos se puedan cumplir para que la administración pública inicie un proceso ordenado y homogéneo de digitalización de los procedimientos administrativos mediante los cuales se relacionan con los privados, dependerá que los niveles políticos de Gobierno tomen consciencia de que la digitalización no se reduce a recibir y remitir información por medios electrónicos y que se requiere inversión en capacitación y recursos para que las entidades y su personal puedan operar utilizando los nuevos medios tecnológicos, pero siempre teniendo como centro de su actuación a los ciudadanos.

Como en todos los aspectos de la regulación de los procedimientos administrativos, el proceso de digitalización de los mismos exige que a la par que se potencian las posibilidades de que la administración actúe de manera eficaz en el cumplimiento de las tareas que se asigna el ordenamiento jurídico para la realización de los cometidos públicos a su cargo, se preste especial atención a las garantías de los derechos de los ciudadanos, facilitándoseles el acceso y preservando los principios básicos que rigen las relaciones entre la administración y los destinatarios de la actividad administrativa (108).

5.3 LA REVALORIZACIÓN DE LA NECESIDAD DE QUE LA ADMINISTRACIÓN ACTÚE EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS

Finalmente, la experiencia de los últimos años en el funcionamiento de la administración pública peruana en relación a los procedimientos que tramita, permite apreciar que lamentablemente buena parte de los funcionarios públicos han perdido consciencia de que el norte o el principio base que debe guiar su actuación es la tutela de los intereses públicos que tienen a su cargo realizar.

El otro eje que rige la actuación de la administración que es la garantía de los derechos de los ciudadanos que se relacionan con la administración mediante un procedimiento administrativo, como se ha desarrollado en este trabajo es materia

(108) Como señala MENÉNDEZ SEBASTIAN, Eva M.^a, «... la implementación de lo electrónico no puede ser el fin a perseguir, sino un medio en el logro de la satisfacción eficaz del interés general», en *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 16, y MARTÍN DELGADO, Isaac, «... el principal reto que se plantea en relación con el proceso de digitalización de la administración: lograr una mayor eficacia en el ejercicio de la función de administrar sin restringir el ámbito de protección de los ciudadanos frente al poder público», en AAVV, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*. IVAP-IUSTEL, Madrid, 2020. p. 24.

de profusa regulación en las normas que regulan dicho procedimiento, la mayor parte de las veces con fundamento en la Constitución y respaldados por la jurisprudencia, además de que los afectados por alguna vulneración en sus derechos utilizan los medios que el ordenamiento establece (recursos administrativos, demandas judiciales, etc.) para exigir la enmienda de la actuación administrativa que haya sido irregular y el restablecimiento de sus derechos.

Sin embargo, la necesidad de orientar la actividad de la administración en función de los intereses públicos que justifican su actuación, a pesar de constituir un dogma en el funcionamiento de cualquier administración pública en un estado democrático, se constata que en el Perú se ha venido progresivamente desnaturalizando.

No obstante que la LPAG contiene principios que disponen la necesidad que la administración pública desarrolle sus actividades en función de los fines públicos a su cargo, que asimismo constituye un requisito de validez indispensables de los actos administrativos y que se dispone que las entidades estatales deben interpretar toda norma administrativa en la forma que mejor atienda al fin público al cual se dirigen, siempre preservando los derechos de los administrados, la realidad que se viene experimentando en el funcionamiento de buena parte de los entes administrativos es que hace falta repotenciar en la administración pública peruana la cultura de servicio al ciudadano que se ha venido perdiendo entre otros motivos, por el mal entendimiento del procedimiento administrativo como una mera secuencia de actuaciones procedimentales que esta obligado a seguir, respetando en la medida de los posible los derechos y garantías de los administrados que de lo contrario se lo exigirán por la vías y las instancias correspondientes, pero actuando en forma inconsciente o desconectado con las intereses públicos o de la colectividad a los que debe servir.

Lamentablemente la actuación de los órganos de control en los últimos años en el Perú (Contraloría, Ministerio Público, etc.) también ha puesto su cuota para la anotada desorientación de la administración pública, porque el desproporcionado énfasis puesto en la búsqueda de responsabilidades disciplinarias y penales para cuestionar decisiones de gestión administrativa, que no son necesariamente acciones delictivas, pero les generan imputaciones de responsabilidad disciplinaria, civil y hasta penal a los funcionarios públicos, hace que estos posterguen en sus prioridades la realización de los intereses públicos, para por el contrario privilegiar la disminución de los riesgos de ser sancionado mediante el cumplimiento estricto de las formalidades administrativa pero desconectados de los fines públicos que fundamentan las competencias que les han sido atribuidas.

