



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho

Los fundamentos constitucionales para el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración pública y su relación con los fines del estado social y democrático de derecho

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

Juan Nicanor HUARINGA MARCELO

ASESOR

Mg. Jorge Guillermo GUTIÉRREZ TUDELA

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Huaringa, J. (2023). *Los fundamentos constitucionales para el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración pública y su relación con los fines del estado social y democrático de derecho*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Juan Nicanor Huaranga Marcelo
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	43419921
URL de ORCID	No cuenta
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Jorge Guillermo Gutiérrez Tudela
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	06155396
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-1064-9546
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Juan Gualberto Chávez Marmanillo
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	10282120
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Krupskaya Rosa Luz Ugarte Boluarte
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	23955587
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Jaime Niltong Lara Márquez
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	09074101

Datos de investigación	
Línea de investigación	Derecho
Grupo de investigación	Derecho
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Lima Latitud: -12.056445 Longitud: -77.085994
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2018-2023
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**ACTA DE EXAMEN ORAL PRESENCIAL PARA EL OTORGAMIENTO
DEL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO CON PRESENTACIÓN
Y SUSTENTACIÓN DE TESIS**

N° 008

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores, doctores:

- 1.-PRESIDENTE: **Mg. JUAN GUALBERTO CHAVEZ MARMANILLO**
Dra. KRUPSKAYA ROSA LUZ UGARTE BOLUARTE
Mg. JORGE GUILLERMO GUTIERREZ TUDELA (ASESOR)
Dr. JAIME NILTONG LARA MARQUEZ

El postulante al Título Profesional de Abogado, bachiller don:

Juan Nicanor Huaranga Marcelo

Procedió la sustentación de su Tesis, titulado:

**LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA EL EJERCICIO DE LAS
POTESTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU RELACIÓN
CON LOS FINES DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

En la redacción de la pieza jurídica el graduando fue aprobado con la nota de:

CATORCE (14)

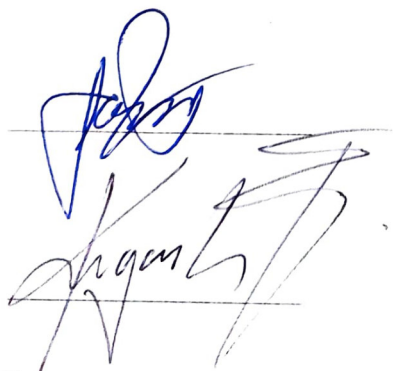
Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando el candidato:

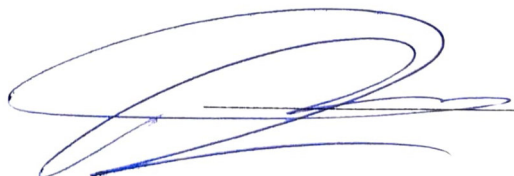
Aprobado por unanimidad con la nota de dieciséis (16)

Y para constancia se le extiende la presente acta, en Lima a los TREINTAUN Días del mes de MAYO del año 2023



Presidente del Jurado







UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad del Perú. DECANA DE AMÉRICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Escuela Profesional de Derecho

CERTIFICADO DE SIMILITUD

CDS N° 009-EPD-2023-FDCP/UNMSM

Yo, Jorge Guillermo Gutiérrez Tudela, en mi condición de asesor acreditado con la Resolución

Directoral N° 169-2022-EPD-FDCP/UNMSM, de la tesis O trabajo de suficiencia profesional, cuyo

título es LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA EL EJERCICIO DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU RELACIÓN CON LOS FINES DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO, DE DERECHO presentado por el bachiller Juan Nicanor Huaranga Marcelo, para optar el Título Profesional

de Abogado(a), CERTIFICO que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante el software de similitud textual, el documento evaluado cuenta con el porcentaje de 5% de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional**.

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para obtención del Título correspondiente.

Firma del Asesor _____

DNI: 06155396

Nombres y apellidos del asesor:

JORGE GUILLERMO GUTIÉRREZ TUDELA



DEDICATORIA:

A mi madre, Elsa Marcelo Lozano,
y a otros héroes diarios.

RESUMEN:

La presente investigación tiene por objetivo determinar los fundamentos constitucionales para el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública. En tal sentido, la metodología aplicada fue la dogmática y consistió en realizar el análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial respecto del ejercicio de la discrecionalidad administrativa evaluando su relación con la Constitución con la finalidad de determinar los fundamentos constitucionales que justifican dicho ejercicio.

La relación entre la Constitución y la Administración pública suele ser subestimada o ignorada en el campo jurídico, conllevando por ello una serie de anomalías, como el excesivo formalismo en la práctica administrativa, la inaplicación de los principios de eficacia administrativa y verdad material, el desarrollo parcial del Derecho administrativo, la visión unidimensional de la Administración pública, entre otros.

Entonces, luego de exponer dogmáticamente la existencia de la problemática planteada, se establece la similitud de fines entre la Administración pública y la Constitución en el Estado social y democrático de Derecho, y cómo es que existen determinados fundamentos para el ejercicio de las potestades discrecionales en el régimen constitucional.

En este sentido, este estudio concluyó que existe una relación entre la discrecionalidad administrativa y la Constitución que a su vez se basa en el Estado social y democrático de Derecho. Como consecuencia de ello, se desprende que el ordenamiento jurídico constitucional contiene los fundamentos para el ejercicio de las potestades discrecionales no solo como límite del actuar estatal sino como el promotor del bienestar social, lo que contribuye a la consecución de los fines del Estado social y democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE:

DERECHO ADMINISTRATIVO – DERECHO CONSTITUCIONAL –
CONSTITUCIÓN – ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – POTESTAD ADMINISTRATIVA
– ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - DISCRECIONALIDAD
ADMINISTRATIVA – ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

CONTENIDO

DEDICATORIA:	2
RESUMEN:	3
PALABRAS CLAVE:	3
CARTA DE SUSTENTACIÓN.....	4
INTRODUCCIÓN	6
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
I.1 DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA	10
I.2 DEFINICIÓN DEL PROBLEMA	12
I.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	13
I.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	14
II. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	15
III. MARCO TEÓRICO	16
3.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
3.2 BASES TEÓRICAS	20
3.2.1 CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	22
3.2.2 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO	69
3.2.3 ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	107
IV. METODOLOGÍA.....	151
V. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	152
CONCLUSIONES	165
RECOMENDACIONES	167
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.....	168
ANEXOS	179

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objetivo la identificación de los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública, para ello nos valemos de la relación entre determinados conceptos.

Frente a la verificación de una problemática tanto a nivel teórico como práctico, se pretende exponer la relevancia que tienen las relaciones entre la Constitución y sus fundamentos con el ejercicio de la actividad administrativa.

De esta manera, aun cuando la problemática está relacionada a las potestades discrecionales de la Administración pública, **la relación entre la Constitución y las potestades administrativas informa todo el Derecho administrativo**, por lo que se puede decir que este problema tiene una raíz en común con muchas otras cuestiones del ordenamiento jurídico administrativo.

Lo antes dicho está claramente relacionado con la importancia de la Constitución en la diaria praxis ius-administrativa, pero también implica reconocer la influencia de este ordenamiento administrativo en la concretización de la misma Constitución. Entonces, será solo a partir del reconocimiento de la relevancia del Derecho constitucional sobre el administrativo y del administrativo sobre el constitucional que podremos comenzar a comprender la relevancia de la relación antes señalada.

En primer término, se precisa que la problemática parte de un erróneo entendimiento de las relaciones entre la Constitución y la Administración pública, esto provoca una serie de disfuncionalidades, una de ellas es la relativa a este trabajo: la discrecionalidad administrativa.

Desde una visión constreñida del positivismo y una visión estrecha del principio de legalidad, se asume una relación de conflicto o mutua indiferencia entre la Constitución y la Administración pública.

Así se explica que, en el Perú, se suele tener una idea restringida y negativa de la discrecionalidad administrativa, llegando a considerársele un mal que necesita ser restringido.

Al no conocerse debidamente el rol que cumple la discrecionalidad administrativa en el constitucionalismo nacional, este constitucionalismo no puede funcionar de manera adecuada en la realidad, esto tiene por consecuencia que el ejercicio de las potestades discrecionales por parte de la Administración no sea eficiente para la consecución de sus fines y ese ejercicio se torne ilegítimo y provoque la inmovilización de la Administración en muchas ocasiones.

Sin embargo, ***un correcto trabajo de dogmática jurídica nos va a permitir valorar a la discrecionalidad como un instrumento de la Administración pública y la***

consecución de sus fines, y por consecuencia, de los fines establecidos en la Constitución, todos ellos de anclaje en el Estado social y democrático de Derecho.

A vistas de establecer resultados frente a esa problemática, el desarrollo teórico de este trabajo ha sido dividido en tres partes:

En la primera se desarrollan los conceptos necesarios y relativos a la Constitución. En particular, nos interesa enfatizar el valor normativo de la Constitución, su papel como entidad tutelar de derechos y libertades individuales, su rol como contralor de los poderes que se manifiestan en la sociedad y el Estado, su institucionalidad, su relación política con los intereses generales y con la sociedad, su efectividad real, su desempeño histórico en nuestro marco político y jurídico y los sentimientos constitucionales que son causa y consecuencia de la misma.

Este examen se realiza tanto a nivel de doctrina nacional como internacional destacando las características antes dichas a fin de poder exponer más adelante como es que se relacionan con las actividades de la Administración. Asimismo, el método dogmático nos impone el repaso de la teoría y jurisprudencia propia a fin de verificar si realmente nuestra Constitución soporta las características que teóricamente se han considerado en el párrafo anterior.

Entonces, pese a los problemas de orden estructural que presenta nuestra Constitución de 1993, podemos afirmar que la misma cuenta con bases en el Estado social y democrático de Derecho, de tal forma lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia constitucional y de esa forma lo ha interpretado la doctrina nacional, además de las referencias extranjeras y en virtud de las que parte nuestro estudio dogmático.

La Administración pública es el segundo aspecto de estas bases teóricas, aunque de manera previa se expone sobre el Derecho administrativo en general. Esta primera atención al Derecho Administrativo tiene por objeto exponer que hoy en día la doctrina, jurisprudencia y legislación extranjera han ampliado tanto los principios jurídicos como las fuentes de legitimación de ese Derecho administrativo. Además, se establece la relación entre esta rama del Derecho y el Estado social y democrático de Derecho que es el modelo que inspira con sus valores y principios jurídicos a nuestra Constitución. Es sobre esta base que desarrollamos las nociones de potestades administrativas y las formas de actuación de la Administración pública, siempre teniendo presente que este trabajo no se centra en desarrollar estas cuestiones.

Luego de examinar las bases de la Administración pública en nuestro régimen constitucional, concluimos que el régimen administrativo, a su vez, está impregnado por la Constitución. Tanto su vinculación a la ley, las posturas sobre la definición de la Administración pública, las potestades administrativas, la misma práctica administrativa además de sujetas al Derecho administrativo lo están también al Derecho constitucional.

En ese contexto es que se desprende que la discrecionalidad, como herramienta de configuración de los intereses generales de las administraciones públicas, es a la vez instrumento de los fines constitucionales. Existe pues una relación coherente entre estas dos ramas de nuestro Derecho.

Justamente el régimen de la discrecionalidad administrativa y su manifestación en las formas de actuación de la administración conforman la tercera parte de las bases teóricas. Debe quedar claro pues, que tanto los hechos administrativos, los reglamentos administrativos, los contratos de la administración, los llamados actos de la administración interna y los actos administrativos pueden contener actuaciones discrecionales por lo que son igualmente relevantes para cualquier estudio de la discrecionalidad administrativa.

En ese marco de ideas, el ejercicio de la discrecionalidad administrativa analizado no se restringe solo a los actos administrativos porque los ámbitos de libertad que implica la discrecionalidad se pueden presentar en cualquier actuación que implique el uso de potestades administrativas.

Luego de exponer someramente el régimen de la discrecionalidad tanto en el ámbito de Derecho administrativo como en el Constitucional, se concluye que esta discrecionalidad no es contraria al ejercicio de los derechos y libertades de las personas y que, por el contrario, es el instrumento de la Administración para la configuración de sus finalidades. Pese a ello, se constata que en el país no existe un régimen uniforme que se condiga con estas características.

De esta manera, la relación antes planteada entre Constitución y Administración pública va a ser demostrada ***al comprobar que los fines constitucionales están directamente relacionados con los objetivos de la Administración***. Así pues, ambas esferas jurídicas se encuentran relacionadas con el Estado social y democrático de Derecho y los derechos fundamentales que lo sustentan.

Queda establecido además que ***la relación entre discrecionalidad administrativa y la Constitución es necesaria porque mediante el ejercicio de las potestades discrecionales la Administración pública podrá realizar las finalidades que le plantea el régimen constitucional***. Esto requiere de un conocimiento recíproco de ambos fenómenos, o sea, es indispensable que los funcionarios, académicos entre otros profesionales asuman la labor de concretizar el ejercicio de la discrecionalidad en diversos sectores y circunstancias.

La finalidad de aquella relación (Discrecionalidad – Constitución) está referida no a la comisión de injustos jurídicos, ni al uso excesivo del poder, sino precisamente a evitar la comisión de esos abusos. Asimismo, la discrecionalidad conlleva la busca activa de la satisfacción de esos derechos y libertades fundamentales concernidos en nuestra Constitución.

Por todo ello, resulta necesaria la identificación de los fundamentos constitucionales de la discrecionalidad administrativa, pues son estos los que justifican estos espacios

de libertad que son la discrecionalidad. Resulta conveniente enfatizar que esta identificación tiene un doble objetivo: ***evitar los excesos de poder y abuso de derecho de parte de los poderes públicos y privados y, la búsqueda constante de la consecución de los intereses públicos a cargo de la Administración.***

De esta manera, en los resultados del trabajo se consignan estos fundamentos y se explica como así se relacionan con el ejercicio de la discrecionalidad, demostrando que la discrecionalidad administrativa y todo ejercicio de potestades administrativas encuentra un fundamento en la Constitución no solo como límite de actuaciones contrarias a derechos fundamentales sino como promotor de los mismos.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

I.1 DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

Luego del debate ius-filosófico entre las posturas iusnaturalistas e iuspositivistas estas últimas tuvieron mayor acogida en nuestro entorno jurídico nacional, ello conllevó a una determinada configuración del derecho nacional, para nuestros intereses esta forma de concebir el Derecho influyó directamente en nuestro Derecho público, en particular, en el Derecho constitucional y en el Derecho administrativo, el primero se vio cargado de un preponderante contenido político y en consecuencia jurídicamente programático y, el segundo de una fuerte interpretación formalista y de un énfasis del principio de legalidad por encima de otros principios ius-administrativos.

De esta forma, el **Derecho constitucional** se desarrolló bajo unas bases políticas mas no jurídicas del constitucionalismo. Sus normas pues no eran directamente aplicativas a la realidad, sino que solo materializables luego del debate político y su interpretación literal no permitía distinguirla de cualquier otra norma del ordenamiento. En otras palabras, el constitucionalismo peruano era formal y en tanto que conformado por principios de índole político social resultaba inoperante para el ordenamiento jurídico.

El **Derecho administrativo** bajo la égida del positivismo se desarrolló en el ámbito nacional en principio restringido por la literalidad de las normas burocráticas y aséptico a su realidad. El principio de legalidad configurado por el primigenio Estado liberal de Derecho importado de occidente no ha mutado al compás de las posteriores evoluciones del Estado de Derecho ni al ritmo de nuestro propio desarrollo histórico, de esta forma, seguimos atendiendo a interpretaciones restrictivas de las normas administrativas y estudiando la historia europea como dogmas de una rama del Derecho que, a la vez, caracterizamos como dinámica.

La combinación de estas formas de ver el Derecho público nacional desemboca en una pugna en la que los operadores jurídicos constitucionales y administrativos menosprecian el estudio de la contraria. Tanto el constitucionalista clásico como el neoconstitucionalista no perciben en el Derecho administrativo sino una amenaza que solo puede ser encorsetada por el principio de legalidad; y el administrativista, tanto el liberal como el conservador, perciben las normas constitucionales sino como alejadas de la realidad aplicativa de las normas administrativas, al menos como un mal necesario para de alguna forma justificar su accionar jurídico.

El objeto de esta tesis no está directamente relacionado con esta problemática, pero se desprende como una consecuencia de la misma. Tanto la visión formalista que se tiene del Derecho constitucional como del Derecho administrativo decantan en el menosprecio a la función de la discrecionalidad administrativa para el

constitucionalismo y para la satisfacción diaria de los bienes jurídicos tutelados por la Administración pública.

La concepción inicial de la discrecionalidad de la Administración como un *espacio de libertad de configuración de los intereses públicos* colisiona con esa corriente de interpretación formalista de la realidad jurídica del Derecho público en general, y del Derecho constitucional y administrativo, en particular. El principio de legalidad exacerbado por el formalismo impide ver como posible cualquier actuación discrecional, asimilándola a arbitrariedad, así se afirma que la Administración pública solo puede hacer aquello que dice expresamente la ley, esto es, que está vinculada positivamente a la Ley.

Partiendo de aquella interpretación del principio de legalidad como vínculo positivo a la Ley, la Administración no parece estar habilitada sino a comportamientos cuadriculadamente previstos en alguna normativa, si sumamos a esto la visión únicamente política y no jurídica de la Constitución tenemos a una Administración inmóvil frente al diario devenir de la realidad.

El resultado de ello es una Constitución lírica que no permite la consecución de los fines que ella misma preconiza, un constitucionalismo que se queda anclado en las bases liberales del siglo XIX europeo y que no goza por ello de legitimidad social en nuestro contexto.

El síntoma de esta problemática pues, **va más allá de un mejor entendimiento dogmático y se llega a insertar en el trabajo diario de los operadores jurídicos**, tanto los funcionarios públicos, académicos y cualquier otro agente relacionado a la Administración ya sea de forma activa o pasiva.

Así pues, la discrecionalidad administrativa no es entendida en su cabalidad, todo lo contrario, se le confunde con arbitrariedad considerando necesario limitar totalmente su desenvolvimiento. Se olvida que la discrecionalidad no solo puede atender contra los derechos y libertades de las personas y/o sociedad, sino que está configurada para la consecución de los fines de la Administración pública, es decir, **sin espacios de discrecionalidad no es posible que la Administración cumpla sus fines.**

Solo luego de **relacionar los fines de la Administración pública con los fines del ordenamiento constitucional basado en el Estado social y democrático de Derecho**, tendremos que el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración son el instrumento mediante el cual la Administración no solo ha de lograr el cumplimiento de sus finalidades, sino que además ha de conseguir los fines constitucionales.

Siendo un instrumento legítimo para la consecución de las finalidades constitucionales, **las potestades discrecionales no pueden encontrar sus fundamentos sino en la misma Constitución**, no solo para evitar posibles abusos en su ejercicio, sino para bien encaminarlas en la satisfacción de esos mismos fines. De ello se desprende, pues, la necesaria relación entre estas potestades

discrecionales y la misma Constitución, requiriendo el conocimiento recíproco de ambas ramas para alcanzar las finalidades planteadas tanto en la Constitución como en el ordenamiento administrativo.

En la aplicación del Derecho, esta problemática se expresa en una incoherente interpretación de las normas administrativas y constitucionales. De esta manera, el régimen de Derecho administrativo parece no estar relacionado al régimen de Derecho constitucional.

El control del pronóstico del problema pues, nos indica que resulta necesario identificar los fundamentos constitucionales que justifiquen el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración con un doble objetivo: Evitar el exceso de poder en el ejercicio de la función administrativa manteniendo a salvo los derechos e intereses de los administrados, pero principalmente para la configuración de los intereses públicos determinados en las leyes y en la Constitución.

La identificación de estos fundamentos constitucionales será la consecuencia de la exposición de la relación que existe, pero que no es conocida, entre la Constitución y la Administración pública, y entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo.

I.2 DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

Problema principal:

¿CÓMO ES QUE LA IDENTIFICACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SE RELACIONA CON LA CONSECUCCIÓN DE LOS FINES DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO?

Problemas secundarios:

a) ¿La consecución de los fines constitucionales del Estado social y democrático de Derecho está relacionada con el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública?

b) ¿Cómo se relacionan las potestades discrecionales de la Administración pública y la Constitución?

c) ¿Cuáles son los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública?

d) ¿La relación entre la Constitución y la Administración pública es fundamento para el ejercicio de las potestades discrecionales en el Estado social y democrático de Derecho?

e)Cuál es la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional?

I.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Justificación teórica:

Se justifica en la necesidad de exponer la relación que existe entre la Constitución y el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública a través de la exposición de la importancia del conocimiento de los fundamentos constitucionales del ejercicio de estas, fenómeno que se encuentra estrechamente relacionado con los fines del Estado sentados por la misma Constitución y exployados por nuestro Tribunal Constitucional.

Así, el presente trabajo coadyuva a la formación de una conciencia de la interrelación de ambas ramas del Derecho sin que una minusvalore la labor de la otra, y se establezca una visión recíproca y real respecto de la existencia e importancia de una frente a la otra.

Tiene valor teórico, pues no solo sirve a avivar un debate casi inexistente, sino que se toma una posición al respecto y, luego de analizar el estado de cosas constitucional de las potestades discrecionales de la Administración pública en el texto constitucional, se propone una lógica de existencia de los fundamentos constitucionales de dichas potestades en su texto, así se defiende que para el ejercicio de las potestades discrecionales se deben de cumplir determinadas condiciones de índole constitucional.

Justificación práctica:

La presente investigación se justifica además en la práctica diaria del Derecho administrativo llevada a cabo por jueces, funcionarios públicos, académicos y operadores jurídicos en general, en la que puede apreciarse la casi inexistencia de referencias al Derecho Constitucional o las bases constitucionales en el trabajo diario de la Administración Pública, de esta manera, la justificación es poner en la palestra el ejercicio de las potestades discrecionales como un instrumento común en el diario devenir administrativo.

Es relevante socialmente, por la misma intención de llamar al debate a los profesionales de ambas áreas a fin de establecer a estas ramas del Derecho como parte de un mismo fenómeno jurídico político: el Estado de Derecho y sus derroteros.

Tiene implicaciones prácticas, pues este trabajo postula condiciones para la *correcta* existencia de unos fundamentos constitucionales para el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública, lo que deberá de guiar la aplicación práctica no solo de la Constitución, sino de las normas administrativas, principios y jurisprudencia pertinente.

I.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

OBJETIVO GENERAL:

Identificar los fundamentos constitucionales para el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública en tanto que se relacionan con la consecución de los fines del Estado social y democrático de Derecho, ello como consecuencia de la exposición de la relación entre Constitución y Administración pública.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

Demostrar que la consecución de los fines constitucionales del Estado social y democrático de Derecho está relacionada con el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública.

Establecer la relación entre las potestades discrecionales de la Administración pública y la Constitución.

Precisar los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública partiendo de la relación entre Constitución y Administración pública.

Exponer que la relación entre la Administración pública y la Constitución es relevante para la fundamentación del ejercicio de las potestades discrecionales en el Estado social y democrático de Derecho.

El conocimiento recíproco entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo.

II. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 HIPÓTESIS GENERAL

La identificación de los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública coadyuva a la consecución de los fines del Estado social y democrático de Derecho, al exponerse la relación entre Constitución y Administración pública.

2.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

La consecución de los fines constitucionales del Estado social y democrático de Derecho está relacionada con el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública debido a que estas potestades tienen su fundamento en la Constitución.

El ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública y la Constitución se relacionan como medios a fines, de esta manera, la consecución de los fines constitucionales del Estado social y democrático de Derecho requiere del ejercicio de las potestades discrecionales.

Los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales son aquellas características que emanan de la relación entre la Constitución y la Administración pública.

La relación entre la Administración pública y la Constitución es el fundamento para el ejercicio de las potestades discrecionales pues estas se encuentran vinculadas a los principios y valores constitucionales que conforman el Estado social y democrático de Derecho desarrollado en la Constitución.

La relación entre Derecho constitucional y del Derecho administrativo se fundamenta en su conocimiento recíproco pues ambas ramas se vinculan en cuanto a fines y contenidos.

III. MARCO TEÓRICO

3.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

A. Antecedentes nacionales:

A.1 Tesis: El principio de discrecionalidad en la normativa de contratación pública.

Autor: Yeltsin George Huarsaya Chambi.

Publicado: Repositorio Institucional de la Universidad Nacional del Altiplano – Puno.

Se establece como objetivo de la tesis verificar si en la normativa de contrataciones existe un principio que otorgue el ejercicio de potestades discrecionales. El autor plantea que de acuerdo con la normativa de la ley de contrataciones sí existe un principio implícito que otorga margen de discrecionalidad a las entidades durante la etapa de ejecución contractual. Al respecto, y a partir de haber superado caracteres formalistas y, en base a los principios de eficacia y eficiencia se aprecia la necesidad de privilegiar el cumplimiento de los fines para la satisfacción de los intereses públicos en juego consecuentemente la necesidad del ejercicio de potestades discrecionales en el ámbito de las contrataciones públicas. Asimismo, el autor ve en los principios de eficacia y eficiencia la base de la discrecionalidad en las contrataciones públicas proponiendo la atribución explícita de potestades discrecionales en la fase de ejecución contractual.

A.2 Tesis: Interdicción de la arbitrariedad y la discrecionalidad administrativa en la municipalidad de La Encalada, Cajamarca.

Autor: Edwin Salazar Ramos.

Publicado: Escuela de Posgrado de la Universidad César Vallejo. 2018.

En tanto que en la Constitución no se reconoce de manera explícita la interdicción de la arbitrariedad haciendo por consecuencia difícil una debida tutela a los derechos fundamentales, se reconoce la importancia de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de la discrecionalidad administrativa en el desarrollo de las actividades de la Municipalidad de La Encañada, Cajamarca. En ese sentido se concluye que son los niveles de motivación de los actos administrativos los que impiden confundir la discrecionalidad administrativa con la arbitrariedad lo que influye en una

alta percepción de transgresión de los derechos fundamentales de los administrados.

A.3 Tesis: Medios para el ejercicio de la potestad discrecional en materia sancionadora tributaria.

Autor: Ana Sofia Tello Vidal

Publicado: Escuela de Posgrado – Maestría en Tributación y Política Fiscal de la Universidad de Lima.

A raíz del análisis de juridicidad de la resolución del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1803-2004-AA la autora precisa que en la misma no se ha actuado desproporcionadamente al imponer infracciones tributarias. En consecuencia, el ejercicio de la potestad discrecional en el sector tributario debe estar sujeto a los principios de razonabilidad, tipicidad y proporcionalidad entre otros de la potestad sancionadora; precisa como esencial la exposición de motivos en el uso esta potestad, indica que se encuentra sujeta a control jurídico respetando además, el principio de confianza legítima y su sujeción a revisión por tribunales administrativos, culminando con la necesidad de contar con condiciones de transparencia de los criterios de discrecionalidad y una base legal para el ejercicio de estas mismas potestades discrecionales.

A.4 Tesis: Discrecionalidad administrativa en el plazo de prórroga de solicitudes de acceso a la información pública en el SAT Lima, 2018.

Autor: Gianmarco Williams Neira Manihuari

Publicado: Repositorio web de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada del Norte. 2018.

A partir de la modificatoria de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública mediante el Decreto Legislativo N° 1353, se configuró un retroceso en el derecho de acceso a la información pública pues el procedimiento para el otorgamiento de dicha información quedó sujeto a una prórroga que no es conforme a la discrecionalidad administrativa. En conclusión, este trabajo revela como en la práctica un ejercicio de las potestades discrecionales alejado de toda referencia legal y constitucional incide negativamente en los derechos y libertades de las personas. De acuerdo con la tesis, la potestad de prórroga para la atención de las solicitudes ciudadanas de acceso a la información pública fue ejercida de manera arbitraria y no constitucional, teniendo por efecto la vulneración no solo del derecho de acceso a la información sino derechos conexos al mismo, como el de interponer recursos, presentación de descargos, etc.

A.5 Libro de investigación: Acá no hay ventanillas. La burocracia de la calle en los programas sociales.

Autores: Diego Cerna, Luis García, Félix Puémape, Paolo Sosa, Mauricio Rentería y Lucila Rozas.

Publicado: Editorial Instituto de Estudios Peruanos, primera edición, 2017.

El estudio parte del análisis de la burocracia local del Sistema de Localización de Hogares (SISFOH) en lo relativo al despliegue de su discrecionalidad por ser estas más cercanas a la población. Partiendo del análisis de estas, denominadas “burocracias callejeras”, se discurren algunos aportes respecto del funcionamiento del Estado en general y la relación del este estado con la sociedad. De la lectura se concluye que los espacios de discrecionalidad pueden ser tan abiertos que los mismos funcionarios locales no pueden controlarla, llegando a degradar los derechos sociales asignados a estas personas, convirtiéndolos apenas en ayudas o privilegios dependiendo de la situación de las personas, por consecuencia, los funcionarios hacen un uso descontrolado de sus potestades, pero además este uso de la discrecionalidad también puede ser positivo para la población frente a problemas particulares. Asimismo, se enfatiza que la relación entre estado y sociedad no es una relación monolítica, sino que implica una red de relaciones “entre humanos y no humanos” que esconde usos burocráticos a veces positivos y a veces negativos para la sociedad.

B. Antecedentes internacionales:

B.1 Artículo de investigación: La constitucionalización del derecho administrativo en Colombia. Análisis de la incidencia de la obra del legislador en este proceso.

Autor: Héctor Santaella Quintero

Publicado: Revista de Derecho de la Universidad de Piura, vol. 17, número 1 (2016).

Este trabajo expone la evolución de la ciencia jurídica administrativa y el derecho administrativo en el derecho colombiano. El objetivo es mostrar cómo ha influenciado el ordenamiento constitucional en el administrativo a través de su constitucionalización mediante las modificatorias en su Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como en su jurisprudencia. De esta forma, relaciona el rol de la normativa administrativa con la interpretación constitucional, así partiendo de una crítica al positivismo precisa que la Administración y el

contencioso administrativo cuentan con firmes bases constitucionales tanto para su desarrollo como para la consecución de sus finalidades.

B.2 Artículo de investigación: La interacción entre la constitución y el derecho administrativo: Límites y patologías.

Autor: Javier Barnes.

Publicado: En La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas internacionales de derecho administrativo. 2014.

Partiendo de un análisis dogmático el autor explica cuáles son las funciones del Derecho Constitucional respecto del Derecho Administrativo y viceversa concluyendo que Constitución y Derecho Administrativo se necesitan recíprocamente estando a que obedecen a valores comunes formando una dualidad. Esta relación sienta sus bases en la organización de la vida en sociedad demarcada por los principios del Estado social y democrático de Derecho. Se advierte además el énfasis en la relevancia de ambas ramas, dejando de lado viejos complejos de superioridad teórica del Derecho Constitucional o superioridad empírica del Derecho Administrativo.

B.3 Libro: La abdicación del Derecho. Del imperio del Derecho al Estado Administrativo.

Autor: Adrian Vermeule.

Publicado: Editorial Tirant lo blanch. 2018.

En términos generales el libro plantea un frente de exaltación del denominado “administrative state” frente al “(rule of) law” o a secas el Derecho en los estados unidos. En concreto el libro trata sobre la deferencia que tienen los jueces respecto de las agencias administrativas, la cual no estaría justificada en razones políticas sino en la lógica interna del mismo Derecho, esta lógica empuja a los jueces hacia dicha deferencia. Asimismo, se refiere a la vetusta configuración del constitucionalismo clásico norteamericano y su idea de separación de poderes, la cual estima está obsoleta. Otro aspecto relevante es el método funcionalista del autor y su recurrente apoyo el criterio de eficiencia (ganancia marginal) para sostener sus afirmaciones. Finalmente, el énfasis de los funcionarios de las agencias, que no son ya, especialistas jurídicos, sino expertos en otras materias y que por ello son capaces de tomar mejores decisiones en sus agendas que los jueces y abogados.

3.2 BASES TEÓRICAS

Hemos dividido las bases teóricas en tres partes que corresponden metodológicamente a los tres aspectos de análisis que sustentan el presente trabajo.

Antes de desarrollar las bases teóricas es preciso mencionar a estos aspectos de análisis a fin de analizar los alcances de esta investigación. Estos aspectos son las categorías de análisis.

Los conceptos seleccionados para este trabajo se basan en conceptos jurídicos tradicionales como Constitución o Administración pública, pero se les ha desarrollado desde un punto de vista particular, de tal forma que puedan justificar ese desarrollo a vistas de lograr el objetivo planteado y la consecuente comprobación de la hipótesis.

De esta manera, se ha atribuido a estos conceptos determinado valor, esta asignación de valor permitirá que el estudio de estos tópicos no se vea restringida a estudios anteriores, sino que le ha de permitir la versatilidad necesaria para crear nuevo conocimiento. Se irá viendo en el desarrollo teórico que esta novedad está estrechamente relacionada con la necesidad de un estudio particular, nacional del Derecho en general y del Derecho administrativo en particular.

Los conceptos que vamos a desarrollar son los siguientes:

Constitución:

Subcategoría: Concepto de Constitución.

Subcategoría: Interpretación constitucional.

Administración pública

Subcategoría: Vinculación de la Administración a la Ley.

Subcategoría: Potestades administrativas.

Subcategoría: Vinculación de la Administración a la Constitución.

Discrecionalidad administrativa

Subcategoría: actuaciones de la Administración pública.

Subcategoría: Ejercicio de la discrecionalidad.

Subcategoría: Límites a la discrecionalidad administrativa.

Subcategoría: Control de los actos discrecionales

Subcategoría: Bases legales y constitucionales de la discrecionalidad administrativa.

Consecuentemente, estos conceptos están sujetos a un proceso de operacionalización que tendrá por objeto pasar de una definición amplia de los mismos a una definición que permita incorporar nuevas categorías al Derecho administrativo.

Todas estas unidades de significados serán desarrolladas a continuación, de tal forma que podamos establecer conceptualizaciones que apoyen nuestros resultados.

3.2.1 CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

A. ANTECEDENTES DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Frente a una temática tan vasta como la del “concepto de Constitución”, resultaría ocioso realizar una enumeración de las ideas o conceptos de constitución que han planteado diversos juristas o políticos, por otro lado, tampoco estimamos tener la suficiente capacidad como para elaborar un concepto propio, por lo que nos toca agrupar las distintas posiciones sobre lo que se entiende por Constitución, esta exposición sumaria pero clara, nos ayudará a decantarnos por una idea que nos sirva para seguir nuestro camino en el siguiente apartado.

De esta manera vamos a tomar en cuenta únicamente las ideas en torno al concepto de Constitución que dogmáticamente nos servirán para comprobar nuestra hipótesis.

A.1 La Constitución como garante de los derechos y libertades individuales

A rasgos generales este punto de vista precisa que lo más relevante de una Constitución, es que provee un régimen de garantías para la protección de los derechos y las libertades individuales, pasaremos a presentar a algunos de sus exponentes dando énfasis a las ideas que coadyuvan a nuestro fin.

Partiendo de una lógica historicista, Maurice Hauriou precisa que el fin de las constituciones es la garantía de la libertad de los ciudadanos. Para el maestro francés esto tiene una lectura histórica: En general, las formas jurídicas de organización de los hombres han tendido a lograr la libertad de las personas, él las llama *las formas jurídicas de la organización del Estado para la libertad*. Tenemos primeramente a la costumbre, una organización siempre requiere de formas y procedimientos, estos a la postre se convierten en límites de la misma organización y, en consecuencia, en garantías para la libertad, todo esto sucede de una forma espontánea¹, posteriormente, estos límites son estipulados en leyes, lo que Hauriou denomina el reino de la ley, asociado por obvias razones al régimen inglés², entonces acá el poder de la organización política se haya sujeto a esas normas; y finalmente, las constituciones nacionales que son una “superlegalidad”, esto es, las formas y procedimientos reforzados en una constitución escrita. Acá observamos una postura interesante, pues si bien Hauriou señala que existen las constituciones de índole social, formada por estas formas y procedimientos espontáneos, existe también la Constitución política, escrita y rígida que es más relevante para la defensa de las garantías individuales, pese a no ser más importante que la primera, y solo en cuanto

¹ Hauriou, Maurice. Précis de droit constitutionnel. Librairie du Recueil Sirey. Paris, 1929 Pg. 217.

² La referencia es a la evolución del common law inglés y al rule of law.

estas garantías puedan convertirse en instituciones jurídicas serán relevantes para la protección de estas libertades individuales³.

La particular estructura constitucional desarrollada por Luigi Ferrajoli no tiene otro objetivo que la protección de las personas, de sus derechos y libertades, desde esa perspectiva, toda su teoría positivista, las instituciones públicas, la misma democracia y la soberanía ceden paso a esta defensa.

En principio, el Derecho es una convención de individuos iguales, de ellos parte la constitución y cualquier otra entelequia, esto excluye de la ecuación la idea de poder soberano, siendo que el poder ahora es de estos individuos iguales y la defensa de sus derechos es el poder más potente, en todo caso la soberanía es solo un poder constituyente, una vez que constituye el Derecho, desaparece.

A la fuerza de la democracia también ceden las mayorías, y por ende “la democracia” es una fuerza de dirección política y representatividad, pero no puede llegar a afectar negativamente a los individuos que instituyen la Constitución, esta tiene sentido solo si protege a todos los individuos, más allá de que formen parte de mayorías o no. El contenido que Ferrajoli atribuye a la democracia como característica de las constituciones no tiene que ver únicamente con imposición de mayorías.

El profesor italiano precisa con relación al rasgo de democrático de las constituciones que estas pueden no ser democráticas, pero entonces, pierden su esencialidad, pues una Constitución es democrática por su contenido sustancial, por las garantías que esta ofrezca no porque haya sido creada por un respaldo popular, no importa si el constituyente es el pueblo.

Entonces, una Constitución democrática se determina tanto por condiciones formales como por condiciones sustanciales. Las condiciones formales aluden a un conjunto de normas de competencia sobre la producción normativa y la división / separación de poderes mientras que las condiciones sustanciales están referidas a las garantías de los derechos fundamentales y garantías de paz.

Partiendo de ello, Ferrajoli asume que dentro del Derecho existen dos grandes fenomenologías que sirven para poder expresar la formalidad y sustancialidad de la Constitución.

Tenemos pues a la *esfera de lo decidible* dentro de la Constitución, esta alude a las funciones de gobierno, estas se valoran y evalúan por su eficiencia, y la utilidad que reporten a la satisfacción de los intereses generales. Tenemos por ejemplo a la función legislativa o la gubernativa de dirección política y/o administrativa. Esto implica una aplicación formal del Derecho.

Por otro lado, está la *esfera de lo indecidible*, que alude a las funciones de garantía, las que se valoran por su corrección y la efectividad en el cumplimiento de las tareas

³ Hauriou, Maurice. Précis. 1929. Pg. 612.

exigidas, y su aplicación es sustancial, es decir se legitiman por la sustancia de los contenidos producidos, acá tenemos a las que Ferrajoli denomina *funciones de garantía secundaria*, que no son otra cosa que la jurisdicción, las funciones de control, y a las funciones de garantía primaria en un sentido negativo y positivo, negativo en tanto que implican prevención frente a atentados a los derechos de libertad y positivo en tanto refiere a prestaciones obligatorias que redundan a favor de todos, y no solo de mayorías. Estas funciones de garantía requieren de una imparcial satisfacción.

“En efecto, es evidente que las funciones de gobierno, precisamente porque se refieren a la esfera de lo decidible, es decir, a la valoración discrecional o política de los intereses generales, tienen su fundamento en la voluntad popular. Al contrario, las funciones de garantía, al pertenecer a la esfera vinculada de lo indecible, es necesario que estén vinculadas a la ley y, sobre todo, a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. (...) Resulta pues claro que la única fuente de legitimación de las funciones de gobierno es la representación política, que constituye mediación necesaria de la voluntad popular (...) Pero del mismo modo es evidente que las funciones y las instituciones de garantía son antimayoritarias (...), en fin, su fuente de legitimación no es la contingente voluntad popular, sino la voluntad popular que se expresa en la ley, y por tanto en la “verdad jurídica” de los presupuestos de las decisiones que constituyen su ejercicio”⁴.

El porqué de la defensa de estos derechos fundamentales o como él los llama, *derechos “vitales”* encuentra un fundamento que parece no encajar correctamente en su teoría de derecho positivo pues Ferrajoli señala que “es en suma la fenomenología de su génesis histórica y de su defensa cotidiana lo que viene a confirmar este nexo axiológico entre los derechos fundamentales, por eso llamados “vitales”, y su individualidad como condiciones de la paz. En efecto, tanto la conquista como la conservación de tales derechos remiten a una garantía por así decir extrajurídica, inmediatamente social”⁵.

En conclusión, todo el aparato constitucional es para Ferrajoli justificado únicamente en cuanto protege a los individuos que la componen, realmente, este esfuerzo resulta admirable desde el positivismo, salvo por la advertencia del párrafo anterior. Igualdad pese a todo. Diremos por tanto que “un pueblo se reconoce como tal en el momento en que los consociados, bien que distintos y acaso hostiles, se reconocen como iguales sobre la base del pacto constitucional mediante el que se acuerda la igualdad en los intereses generales o de todos y, especialmente, en los derechos fundamentales a todos conferidos”⁶.

A medias Santiago Nino se suscribe a esta postura cuando concluye que el constitucionalismo máximo incluye dos grandes ideales: el respeto a los derechos y garantías de los administrados además de la participación de la ciudadanía en las decisiones públicas.

⁴ Ferrajoli, Luigi. Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. Madrid: Editorial Trotta. 2011 pg 828.

⁵ Ferrajoli, Luigi. Principia Iuris. pg 840.

⁶ Ferrajoli, Luigi. Principia Iuris. pg 876.

A.2 La Constitución como modelo del Estado Constitucional (Neoconstitucionalismo)

La Constitución en cuanto paradigma del Estado constitucional no es, por cierto, cosa únicamente del neoconstitucionalismo. El origen del Derecho Constitucional y de la idea que prepondera de lo que se debe entender por Constitución en el Derecho tiene un antecedente: El Constitucionalismo.

García de Enterría es uno de los más importantes divulgadores españoles de esta postura⁷. El maestro español hace énfasis en que la Constitución es un concepto jurídico, con todo lo que esto implica.

García de Enterría recuerda así los orígenes de esta tesitura no solo en la Europa continental sino también en el continente americano, así pues, el constitucionalismo tuvo su origen en los Estados Unidos, o mejor dicho en sus iniciales trece colonias: la Constitución fue un pacto entre los independentistas, la esencia de este nuevo pacto es que se contraponía al parlamento inglés y que no podía ser objeto de oposición por este. Así la variante final respecto de la símil inglesa fue que, en el caso de los Estados Unidos, esa oposición (basada en dicho pacto) al parlamento (inglés) implicó la intervención de los jueces quienes mediante su revisión podían oponerse a las leyes del parlamento, esto es, a diferencia de la isla, los estadounidenses dieron prioridad al rol del juez en defensa de la Constitución y no al parlamento, quien se encontraría de ahora en adelante sujeto a la revisión judicial.

Esta particular interpretación llegó a la Europa continental en la posguerra irradiando en el Derecho romano germánico.

Con todo esto, García de Enterría subraya que la Constitución es plenamente jurídica, llegando a señalar respecto de otras disciplinas que han intentado explicar la Constitución que, “esas disciplinas materiales y no normativas tendrán el interés que tengan, que es mucho, sin ninguna duda; su conocimiento tendrá interés instrumental para el jurista, también, sin duda; pero en ningún caso pueden pretender sustituir con sus conceptos, más o menos afinados, certeros y gratificantes, a los conceptos propios del Derecho ni, sobre todo, al inevitable funcionalismo social que a éste, y a él solo, toca cumplir”⁸.

Fenómeno jurídico que pese a tener un origen social, el pacto del pueblo autodeterminado, vincula jurídicamente en base a determinados principios y valores básicos y que como toda norma es objeto de interpretación, de una interpretación jurídica suprema.

⁷ No se debe olvidar, sin embargo, la enfática crítica a las posturas constitucionalistas de este autor de parte del profesor Lucas Verdú, ver Lucas Verdú. La Constitución en la encrucijada (palingenesia iuris politici) en Pensamiento Constitucional Año IV N° 4, 1997, Lima.

⁸ García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: CIVITAS. Reimpr. 2001. Pg. 20.

De acuerdo con Prieto Sanchis, el neoconstitucionalismo está constituido por las dos grandes tradiciones del constitucionalismo, una primera referida a las reglas de juego gracias a las que los individuos serán capaces de actuar con autonomía. La segunda referida a la Constitución como proyecto político, esto es, como condicionante de la transformación social⁹. Se consolida en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría otorgando un rol protagónico a los jueces por sobre el legislador, siendo abiertamente más garante que democrática.

Valga señalar que el neoconstitucionalismo es, en sí, toda una teoría del Derecho por sí misma¹⁰, en ese sentido sus rasgos más resaltantes serían: “más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria, omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”¹¹.

Gustavo Zagrebelsky partiendo del paradigma de sociedad abierta propugna un nuevo estadio en el Derecho público, *la soberanía de la Constitución*. Así pues, haciendo un símil con el “superado estado de derecho y su principio de legalidad”, Zagrebelsky asevera que ante las actuales sociedades pluralistas los valores y principios no pueden tener un carácter absoluto, sino que deben ser maleables, dúctiles. El nuevo paradigma no pretende regir la vida de los ciudadanos, sino que plantea un compromiso de posibilidades (propuestas de solución y coexistencias posibles).

La misma dogmática se ve influenciada por esta posición pues esta debe ser una dogmática fluida. “Se trata de lo que podría llamarse la inestabilidad de las relaciones entre los conceptos, consecuencia de la inestabilidad resultante del juego pluralista entre las partes que se desarrolla en la vida constitucional concreta”¹².

Enfatizando en lo que denomina la crisis del principio de legalidad, asevera que “sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las características clásicas de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el “mercado de las leyes”¹³, concluyendo que “la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima

⁹ Prieto Sanchis, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, 2022. Pg111, 112.

¹⁰ Prieto Sanchis, Luis. Derechos fundamentales. Pg 110.

¹¹ Prieto Sanchis, Luis. Derechos fundamentales. Pg 121.

¹² Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1999. pg 17.

¹³ Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. pg 37.

función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. (...)”¹⁴.

Por su lado, Josep Aguiló esboza una postura que trata de condensar las tradiciones positivista y liberal para su propia forma de entender este neoconstitucionalismo del Estado constitucional.

La base de la Constitución del Estado constitucional está construida bajo el paradigma de lo que Aguiló denomina *constitución contingente*, que se diferencia de lo que él denomina *la constitución necesaria* que cuenta como modelo base a la *constitución del positivismo normativista*, la cual entiende a esta como “el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político”.

Este sentido de la Constitución entiende al derecho como producto artificial de la sociedad estando por ello al margen de cuestiones valorativas o morales y no puede cumplir funciones normativas siendo que de ella no se desprenden deberes jurídicos como tales. Por su lado, la Constitución contingente se basa en dos fuentes: la forma constitucional y el constitucionalismo político.

La Constitución formal (Constitución rígida) implica un conjunto de normas codificadas, un procedimiento de cambio agravado respecto del cambio legal y una jerarquía superior, por su lado el constitucionalismo alude a los ideales del liberalismo político, de acuerdo a Aguiló, este constitucionalismo “tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política, es decir, de erradicación de los males más característicos de las dominaciones políticas”¹⁵, en consecuencia se generan esferas de inmunidad, reconociéndose derechos como la igualdad o participación política. A partir de aquí y coincidiendo con la postura de Lucas Verdú, precisa que los valores y fines del constitucionalismo no basta que estén en una Constitución, sino que tienen que practicarse. Para ello, Aguiló asume la existencia de dos dimensiones de este constitucionalismo: dimensión constitutiva y dimensión valorativa; la primera alude a la creación de órganos estatales y la segunda al reconocimiento de un determinado estado de cosas como valiosas y por ello merecedores de ser protegidos o promocionados¹⁶. “En definitiva, las Constituciones reconocen valores y fines que dotan de sentido a las formas de acción política (órganos y procedimientos) creadas por ellas mismas”¹⁷.

En consecuencia, “la constitución del Estado constitucional ha seguido la estrategia del constitucionalismo regulativo, de modo que sus valores y fines se han incorporado a la Constitución en la forma de principios regulativos de la acción política legítima. Así, las constituciones han incorporado los derechos y principios liberales (están comprometidas con la erradicación del autoritarismo) y los derechos

¹⁴ Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. pg 40.

¹⁵ Aguiló, Josep. La Constitución del Estado Constitucional. Lima – Bogotá: Palestra – Temis, 2004. pg 39.

¹⁶ Aguiló, Josep, La Constitución del Estado, pg 44.

¹⁷ Aguiló Josep, La Constitución del Estado, pg 46.

y principios del Estado Social (están comprometidas con la erradicación de la exclusión social)”¹⁸.

Finalmente, al hablar de la relación entre Constitución y orden jurídico, Aguiló señala que existe una conexión externa entre estos, y también una conexión interna. La externa actúa como límites negativos a la acción del Estado, límites a favor de los derechos. La conexión interna alude al desarrollo positivo de los derechos fundamentales, en sentido de desarrollo y concreción de estos. Señala Aguiló que la discrecionalidad no solo debe servir para limitar, sino también para establecer, deberes, responsabilidades jurídicamente exigibles.

En buena medida contrario a todo esto, Pablo Lucas Verdú precisa que existen algunos riesgos en las teorías neopositivistas o neoconstitucionalistas, en tanto que estas teorías enfatizan el rol de la judicatura en desmedro de otros poderes o límites institucionales. Esta postura pues, podría ocasionar un desajuste o desequilibrio en la organización política en desmedro del rol del poder legislativo o ejecutivo, así, al pretender juridificar todas las esferas del Estado, la judicatura toma el rol del legislativo y lo controla, de la misma forma con el ejecutivo.

Otro de sus defectos es el uso abusivo del método lógico-jurídico. Como se explica más adelante el método de derecho que preconiza normas abstractas no puede olvidarse de la realidad a la que es aplicada y menos aún puede no considerar en su misma confección los principios y valores de una índole distinta de la jurídica, atendibles de acuerdo con una lógica distinta, la denominada lógica de lo razonable.

Lucas Verdú precisa que el movimiento neoconstitucionalista olvida el *concepto sobre la Constitución*, obteniendo no solo un concepto unilateral de Constitución sino también incompleto.

Como ha precisado Verdú con cierta dureza, “la ilusión neoconstitucionalista respecto a la capacidad del Consejo Constitucional de juridificar la política paradójicamente suscita el fenómeno de politización de los Tribunales” pues ahora los jueces se ocupan de asuntos de distinta índole, políticos, financieros, y en general cualquier asunto de relevancia social desde el pivote de la garantía de derechos y libertades. Cabe preguntarse pues, si en realidad, esta juridificación de la sociedad no resulta más perjudicial para la sociedad y sus componentes, tomemos en cuenta que ahora el juez es juez de todo, ¿están los jueces y el Derecho, preparado para pronunciarse sobre todo?

Entonces, los elementos extrajurídicos, a saber, valores, la ideología y la estructura social no pueden ser asumidos por los juristas al ser elementos que no son parte de una lógica jurídica, pues “la juridificación de la vida política por completo es una ilusión. Se apoya en un optimismo juridizante cumplido mediante las decisiones judiciales. Empero, hay fenómenos políticos irreductibles a la dimensión jurídica”¹⁹.

¹⁸ Aguiló Josep., La Constitución del Estado, pg 52.

¹⁹ Verdú, Lucas. La Constitución en la encrucijada (palingenesia iuris politici) en Pensamiento Constitucional Año IV N° 4, 1997. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, pg 107.

Llegados a este punto podemos afirmar la necesidad de un Derecho constitucional que no sea de corte unidimensional como puede verse en el neoconstitucionalismo, pues pese a su intento de ser la teoría del Derecho en sí, no dice mucho sobre la teoría de la organización del Estado, tampoco es suficiente un derecho constitucional decimonónico centrado en la existencia del Estado como pieza fundamental del Derecho, es preciso un derecho constitucional que ampare las distintas facetas del poder, que sea expresión de una verdadera tutela del ciudadano, en todo caso creemos en la relevancia que tiene la parte orgánica de las constituciones, como diría Heller que “en la realidad social la libertad humana tiene que ser siempre organizada”²⁰.

A.3 La Constitución como organización de las instituciones del Estado

Lo relevante de la Constitución en este caso es su capacidad de reflejar las instituciones jurídico-políticas del Estado. Por supuesto, con todas las implicancias que ello conlleva.

Para los fines de esta exposición valga aclarar que estas posturas “institucionales” suelen estar asociadas a planteamientos que ofrecen una visión complementaria a lo jurídico o que incluso pueden ser consideradas extrajurídicas. De esta manera, se suele encontrar posturas que exaltan lo político de estas instituciones o incluso que analizan estos elementos estatales en conjunto con las instituciones sociales.

Al respecto, Martín-Retortillo sintetiza que “La institución supone siempre un elemento organizativo, supone siempre una efectiva unidad social, unas voluntades, circunstancias que en modo alguno se dan en las llamadas “figuras” jurídicas, que, por el contrario, no son sino los tipos en que se exterioriza el germen jurídico que la institución lleva dentro de sí, las formas en que actúa y de las que se sirve”²¹.

De cualquier forma, es también un movimiento contra un positivismo exacerbado justamente porque se entiende que la problemática social excede los límites de lo que se contempla como *lo jurídico*. Explica Biscaretti di Ruffia que “el fenómeno jurídico, enfocado desde este aspecto más comprensivo, asume, evidentemente, naturaleza mucho más variada y compleja, ya que, además de comprender, en sí mismo, las variadísimas reglas de conducta que se imponen a los asociados **llega a identificarse con la misma estructura y organización de aquella determinada sociedad**, llevando, por consiguiente, a acoger, el conocido trinomio. Derecho = institución = ordenamiento jurídico. Todo grupo social, realmente, una vez que ha alcanzado sistematización estable, produce (...) una institución, es decir, un ente que se presenta por sí, en todo elemento, como jurídico”²², posición que en lo esencial coincide con Hauriou, quien señala que “una institución es una organización social

²⁰ Heller, Hermann. Teoría del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. pg 192

²¹ Martín-Retortillo, Sebastián. “La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo”, estudio preliminar a El Ordenamiento Jurídico, de Santi Romano. Madrid: Editorial Reus S.A. Pg 39.

²² Biscaretti di Ruffia, Paolo. Derecho constitucional. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1965. Pg 68 - 69.

dotada de permanencia, porque reposa sobre una idea o sobre un conjunto de ideas, al servicio de las cuales se ponen las voluntades de los hombres”²³.

Aun cuando muchos autores preconizan esta institucionalidad como una de las características de las constituciones, pocos le dan la posición que le otorga Georges Burdeau, quien enfatiza que la noción de Constitución es políticamente neutra²⁴, así, aun cuando posteriormente señala que “el segundo objeto de la constitución es indicar la idea de Derecho que anima la institución estatal”, precisa además que, “indudablemente se trata de la afirmación de una preferencia política y no de una definición objetiva de Constitución”²⁵. Burdeau sin embargo, no es formalista en cuanto a la idea misma de Constitución pues esta puede ser escrita o consuetudinaria, siempre y cuando cumpla su función, además de atribuir valor a la costumbre constitucional, prevaleciendo siempre que esté acorde al sentimiento constitucional²⁶.

Una idea más clásica es la de Maurice Duverger, quien, partiendo de una idea formal de Constitución como organización racional, escrita y liberal, concluye que el término mismo no es ya el adecuado y debe devenir en ser simplemente el *estudio de las Instituciones Políticas*.

En un intento por desbordar los límites de un formalismo jurídico, Duverger propone que el objeto y método del Derecho constitucional se amplíe, así el derecho constitucional excede lo que es la constitución y es en realidad lo concerniente a los gobernantes y su autoridad, los funcionarios y sus prerrogativas²⁷. El análisis del Derecho constitucional entonces debe abarcar a la sociología y así lograr determinar la importancia real de la Constitución y no solo su importancia teórica, pues “el estudio del Derecho constitucional ha de hacerse siempre en relación con el estudio de los aspectos no jurídicos de las instituciones políticas”²⁸.

El catedrático de Teoría del Derecho, Wolf Paul, tiene una postura particular al analizar las constituciones latinoamericanas en su conjunto y la brasileña en particular. Parte de la visión más básica que existe de Constitución, “si hoy se habla de “Constitución”, con ello se significa la Constitución formal, escrita, justificada, de un Estado, por tanto, Ley constitucional estatal, la Constitución Política”²⁹. Luego de repasar el origen histórico de las constituciones, precisa la expansión de este fenómeno a lo largo del mundo y en particular en Latinoamérica, concluyendo que, todas estas constituciones locales son derivación de esas primigenias, y se pregunta: ¿son las constituciones latinoamericanas meros derivados de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica?, y, por tanto, “nada más que meras importaciones

²³ Hauriou, Maurice, Principios de Derecho Público y Constitucional. Granada: Editorial Comares S.L., 2003. Pg 21.

²⁴ Siendo que “resulta del examen de las formas y de la estructura interna de las constituciones”. Pg 80 Burdeau, Georges. Derecho Constitucional. Madrid: Editora Nacional, 1981.

²⁵ Burdeau, Georges. Derecho Constitucional pg 79.

²⁶ Burdeau, Georges. Derecho Constitucional pg. 85.

²⁷ Duverger, Maurice. Instituciones políticas y derecho constitucional. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. pg 5.

²⁸ Duverger, Maurice. Instituciones políticas pg 60.

²⁹ Wolf Paul, “Brasil en busca de una constitución moderna: La Constitución de la república de los estados unidos de Brasil como magna carta a la moda americana”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 8, 2004. pg 377.

de la transferencia mundial de ideas, instituciones y formas jurídico-constitucionales que estaban en auge en el siglo XIX (...) ³⁰.

Este apartado pues se encuentra justificado debido a que nos permite preguntarnos sobre la pertinencia de la misma existencia de las constituciones y si estas no son en realidad más que el producto falseado de una realidad que se esconde. Wolf Paul considera que detrás pues de estas constituciones escritas, existe un verdadero fenómeno constitucional conformado por determinadas prácticas consuetudinarias ³¹.

Más allá de otras facetas, es innegable el rol que se les asigna a las constituciones como organizadoras de las instituciones, ya sea como prerequisite para la defensa de derechos y libertades o como proveedor de un orden político. En realidad, más allá de otras concepciones, si prestamos atención a la práctica, una Constitución que no sea capaz de brindar un orden lógico a sus instituciones no es deseable por nadie.

A modo de ejemplo, podemos comentar uno de los casos más emblemáticos, el de la constitución italiana de 1948, a quien, Piero Calamandrei no dudaba en llamar: “*la Constitución inactuada*”.

Frente al hecho de haberse promulgado en Italia dicha Constitución, Calamandrei anota que fueron los mismos actores políticos encargados de darle vida e implementarla los que hicieron lo contrario; esta Constitución fue burlada de muchas formas pues la interpretación de su articulado solía ser realizada de forma conveniente al régimen político, se establecían prórrogas a su aplicación con la no implementación de sus normas o simplemente se le exceptuaba en controvertidas ocasiones, además del mantenimiento de prácticas preconstitucionales contrarias a esta.

Finalmente, todo está concatenado, pues “para que la proclamación de los derechos individuales solemnemente consagrados en la Constitución tenga verdadera eficacia, no basta que las fórmulas en las que están escritos sean precisas y a menudo hasta demasiado prolijas, sino que es necesario sobre todo que los órganos constitucionales creados en garantía de aquellos funcionen de manera eficiente y segura” ³².

Así, más allá de los atisbos de Constitución social o real o sentimiento constitucional que se desprenden de la lectura de Calamandrei, todos estos elementos están al servicio de una idea: la necesidad de una Constitución que rija realmente la vida de los ciudadanos y no una que sea solo el solapamiento de un régimen diverso del que señala el texto, respecto de su contexto Calamandrei señala que “es incluso una supresión por incompatibilidad de la aparente Constitución democrática, sustituida

³⁰ Wolf Paul, Brasil en busca pg 379.

³¹ Wolf Paul, Brasil en busca. pg 388. Concluye respecto del constitucionalismo brasileño: “con otras palabras, en Brasil han determinado la dinámica del proceso político de poder no las constituciones escritas, sino las reglas consuetudinarias informales del poder y del régimen del gobernante, las llamadas “constituciones paralelas” que rigen como constituciones reales del país”.

³² Calamandrei, Piero, La Constitución inactuada. Madrid: Tecnos, 2013. pg 51, 52. (continúa): “La ineficiencia de la parte organizativa de la Constitución se resuelve en una menor tutela de los derechos escritos en la parte ordenadora”.

de hecho por una constitución material de un tipo diverso, no democrática sino autoritaria”³³.

Lo que se concluye de la revisión del texto de Calamandrei es la necesidad de una lectura contextualizada de las instituciones constitucionales, esto es, poder apreciar que estas instituciones tienen un desenvolvimiento en la realidad. Esta dinámica les ha de otorgar su verdadera importancia, y de cómo esta relación influye en todo el ordenamiento constitucional, incluyendo la protección de los derechos individuales.

La posición formalista de Troper y Hamon les lleva a afirmar que en el Derecho constitucional solo son relevantes dos aspectos: el Derecho constitucional como conjunto de normas con un objeto determinado (la Constitución) y la jerarquía que esta posee en el ordenamiento jurídico³⁴, de esta forma ignoran los problemas centrales de esta ciencia con una sola formula: Respecto de la Constitución como concepto parte del Estado moderno, precisan que las garantías de libertad establecidas por el constitucionalismo inicial son garantizadas por normas de organización (que es la misma Constitución), y ¿respecto del contenido de la Constitución? Pues precisan que sus contenidos son “proposiciones jurídicas”, de esta forma, expresiones como “la ley es la expresión de voluntad general” se relativizan ya no siendo un principio fundante del Estado moderno, sino como una expresión de la necesidad de la organización que la Constitución conlleva, en tanto que texto³⁵. El problema de afirmaciones como estas es el atrofiado punto de vista que existe sobre la relación entre Derecho (constitucional) y otros conocimientos. Como hemos repasado, una visión institucional de lo jurídico no solo sirve para problematizar la existencia y vigencia de las constituciones sino además se convierte en base de estas mismas constituciones.

A.4 Control del poder: La Constitución como límite del poder estatal

Horst Dippel precisa que el término *Konstitution* ya era utilizado desde el siglo XVII con un sentido de “reglamento, orden, mandato, institución, decisión, derecho” o en un sentido de *estado real de las cosas*, sin embargo, con el advenimiento de la ilustración el mismo adquiere el sentido de organización jurídico y política del Estado, y de forma crítica era utilizado contra el absolutismo; así en Montesquieu la Constitución ya no dependía del soberano, sino del ciudadano³⁶.

Concluye Dippel que es con la Declaración de Derechos de Virginia que nacia el constitucionalismo moderno en tanto que declaraba que la soberanía popular, principios universales y los derechos inherentes a las personas eran la base y fundamento del gobierno³⁷.

³³ Calamandrei, Piero. La Constitución inactuada Pg. 129.

³⁴ Francis Hamon y Michel Troper. 29 ed. Manuel Droit Constitutionnel, Paris: L.G.D.J., 2005. Pg 17

³⁵ No obstante, no callan sobre la vieja polémica francesa de la relación del Derecho constitucional con la Ciencia política, así aun cuando precisan que los estudios de ciencia política son relevantes para develar las relaciones sociales subyacentes a la Constitución, aclara que el método del Derecho constitucional es dogmático, únicamente jurídico. En buena medida hay mucho de neconstitucionalismo en su postura, como en la mayoría de constitucionalistas de nuestra actualidad.

³⁶ Dippel, Horst. Constitucionalismo moderno, Marcial Pons, 2009. pg 16, 17

³⁷ Dippel, Horst. Constitucionalismo moderno pg 47

Fioravanti parte de la misma evidencia, el constitucionalismo moderno surge *para limitar, controlar y encausar mediante reglas los poderes públicos*, sin embargo, él concluye que este constitucionalismo tiene base en dos ideas: resistencia y participación. Luego de analizar históricamente el constitucionalismo europeo, concluye que este se define como una construcción y defensa de autonomías y libertades, pero también se define por la busca de la unidad política. El primer objetivo se logra con la resistencia frente al poder soberano o superior, y el segundo se logra con la participación constante de las colectividades en la política. Tanto en la resistencia como en la participación hay un rasgo común: el necesario equilibrio de las fuerzas políticas de la sociedad.

De esta forma para Fioravanti la Constitución es expresión de un equilibrio, un equilibrio si es que realmente existe esa Constitución, pues sin este equilibrio no podrían estar garantizados los derechos y libertades. La Constitución es un ejercicio pragmático antes que teórico, si no es constante, no existe.

Sin embargo, para el profesor italiano de Historia Constitucional el único factor relevante de la Constitución no es la defensa o garantía de los derechos y libertades. Revisa que ya desde su origen el constitucionalismo implica control³⁸ y su efectividad más allá de otros conceptos. “La Constitución, así entendida, es coherente y se mantiene en el tiempo, no en virtud de un principio de soberanía que la confirme desde arriba, ni con el apoyo de un principio democrático que la legitime desde abajo, sino por su capacidad efectiva de garantizar la paz y el equilibrio razonable entre las fuerzas existentes en el territorio o en la ciudad que comprenda el reconocimiento de sus derechos y de sus libertades”³⁹.

A lo largo de su exposición, Fioravanti señala que uno de los dos modelos de constituciones modernas es el de *la Constitución radical*, él ubica este modelo en la Constitución de Pensilvania de 1776 pero también en la francesa de 1793, esto es, la Constitución revolucionaria. Como se sabe la Constitución de 1793 propugnaba el principio de la soberanía de la voluntad popular, Fioravanti señala que este modelo de Constitución se basa en dos principios, el principio de permanencia del soberano y el principio de dirección fundamental, básicamente, el maestro italiano enfatiza que las constituciones radicales requieren de elementos de difícil obtención: una ciudadanía políticamente activa y una Constitución *tout court*, una constitución que sea capaz de hacerse cargo del bienestar de la sociedad a la que rige, que se aplique de forma total, digamos, una constitución que se mantenga real, aplicativa y legítima en cada momento. Si bien y tal y como lo señala Fioravanti las constituciones modernas han evolucionado de este modelo y se han mezclado además con el otro paradigma⁴⁰, los dos rasgos del constitucionalismo, la resistencia y la participación, son relevantes para el discurso democrático constitucional de nuestros días, y como veremos, serán piezas importantes para nuestra materia jurídico-administrativa.

³⁸ Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta, 2014. pg 18: “es constitucionalismo porque se dirige al objetivo fundamental de la limitación del poder con una finalidad de garantía”.

³⁹ Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo*. pg 21.

⁴⁰ Nos referimos al paradigma anglosajón del Common Law.

Sigue esta línea Mello do Amaral Junior cuando señala que “se puede medir el éxito o fracaso de una Constitución (que se pretenda democrática) comprobando su efectividad o no para limitar el poder. Se podría pensar en otros criterios (como la concreción de derechos sociales), sin embargo, la limitación del poder es presupuesto necesario de todas las demás tareas de la Constitución”⁴¹.

Entonces la ecuación es básica y debe de arrojar un resultado, si no limita el poder, la Constitución, en realidad no existe.

Semejante pero más radical es Manuel Aragón en su texto de 1987; el maestro español, expone que cual sea la Constitución, esta tiene por objeto la libertad, esa es su finalidad política, entonces, desde el espacio jurídico, esta solo puede llevarse a cabo mediante el control, el control hace a la Constitución. De esta manera, el mecanismo del equilibrio de poderes o cualquier otro, no es sino una posibilidad de lograr ese control⁴². Quede claro pues, que siempre fueron necesarios mecanismos para que el equilibrio de poderes o cualquier otra técnica sobre el objetivo de limitación del poder estatal y por consiguiente la garantía de libertad de los ciudadanos.

Partiendo del paradigma neoconstitucional, Aragón asume que la Constitución requiere de efectividad, “no es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles”⁴³, todo esto a fin de lograr obtener legitimidad, “legitimidad que, en la Constitución, no es otra que su finalidad de garantizar la libertad, porque sólo a través de esa finalidad puede afirmarse su auténtica condición de norma capaz de la limitación y no de la autolimitación del poder”⁴⁴, para concluir que “el control es el elemento que, al poner en conexión precisamente el doble carácter instrumental y legitimador de la Constitución, impide que ambos caracteres puedan dissociarse. El control pasa a ser así un elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de Constitución. Cuando no hay control, no ocurre que sólo la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su “realización”; ocurre, simplemente, que no hay Constitución”⁴⁵.

A.5 La Constitución como realidad

Cuando se aluden a conceptos de Constitución cercanos a la sociología o ciencia política se menciona la clásica frase de Ferdinand Lasalle sobre la Constitución como una hoja de papel, suele criticarse que esta es una mirada ajurídica y que en buena medida, no debería de tomarse en cuenta en la labor de un jurista, sin embargo,

⁴¹ Mello do Amaral Junior, “Veinte años de la constitución brasileña de 1988”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 14 (2010).

⁴² Aragón Reyes, Manuel. Estudios de Derecho Constitucional, 2da ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2009. pg 21.

⁴³ Aragón Reyes, Manuel. Estudios de Derecho Constitucional, pg 36.

⁴⁴ Aragón Reyes, Manuel. Estudios de Derecho Constitucional, pg 39.

⁴⁵ Aragón Reyes, Manuel. Estudios de Derecho Constitucional, pg 52.

debemos de tener en cuenta que tanto la Constitución como el Derecho en el devenir de la realidad han sufrido y sufren cambios o determinados estados, y respecto de estos momentos los hombres reaccionan, como reaccionó Lasalle a su determinado contexto.

Esta reacción no es espuria al Derecho, y aun cuando el Derecho es autónomo, estos factores sociales y emocionales no son per se extraños al Derecho. Cuando Lasalle pronuncia su famosa conferencia no tiene el objeto de despreciar el método jurídico, tal vez, se muestra contrario al positivismo imperante en su realidad, pero no por eso su reflexión es menos jurídica, al fin y al cabo, el Derecho es un ordenamiento, ceteris paribus de su contenido y objetivos, en ese contexto Lasalle busca la raíz de los males referidos a su ordenamiento constitucional en medio de la incertidumbre imperante, se cuestiona pues “¿Qué es una Constitución? ¿En qué consiste la verdadera esencia de una Constitución?”⁴⁶

Para Lasalle “el concepto de la Constitución (...) es la fuente primaria de que se derivan todo el arte y toda la sabiduría constitucionales”, esta es finalmente, la fuerza activa y eficaz que hace que todas las demás leyes e instituciones sean lo que realmente son. El motor de esta fuerza son los *factores reales de poder* concepto que alude a las distintas fuerzas sociales que condicionan el rumbo de un país. En concreto, el gobierno, sus fuerzas armadas, las elites, la banca, la población, etc, “he ahí pues, señores, lo que es, en esencia la Constitución de un país: La suma de los factores reales de poder que rigen en ese país”⁴⁷.

Finaliza señalando que “los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen”⁴⁸.

La Constitución es la organización del Estado, señala Heller, y en general, ambos son fenómenos de la realidad, “una situación política real, que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana”. No obstante, Heller no precisa cuál es el contenido de la Constitución, en realidad, no parece interesarle dilucidar la cuestión. Heller parte del examen de dos sujetos: la organización del Estado y la sociedad, las que se interrelacionan en base a tres facetas de la Constitución, la Constitución normada, la no normada y la no normada extrajurídica.

Precisa que “el Estado es una forma organizada de vida cuya Constitución se caracteriza no sólo por la conducta normada, sino además por la conducta no normada, aunque sí normalizada, de los mismos”⁴⁹, existe pues, de acuerdo con Heller, una especie de conciencia colectiva que se suele compartir en la sociedad, ello también forma parte de la sociedad, ese factor no normativo señala Heller no es el único a tener en cuenta, “estos factores naturales y culturales tienen para la Constitución del Estado una gran importancia, tanto constructiva como destructiva;

⁴⁶ Lasalle, Fernando ¿Qué es una Constitución? Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte. 1964, pg 48.

⁴⁷ Lasalle, Fernando ¿Qué es una Constitución? pg 63.

⁴⁸ Lasalle, Fernando ¿Qué es una Constitución? pg. 92.

⁴⁹ Heller, Hermann. Teoría del Estado, Pg 269.

pero la Constitución no normada es sólo un contenido parcial de la Constitución total. La normalidad tiene que ser siempre reforzada y completada por la normatividad; al lado de la regla empírica de previsión ha de aparecer la norma valorativa de juicio”⁵⁰.

Así, la normatividad no es la única parte de la Constitución, existe un factor dinámico que la hace real, y, sin embargo, ese factor real, mantiene una relación interdependiente con la norma escrita, están en recíproca retroalimentación.

Bajo la égida de la organización, Heller completa la Constitución total⁵¹. Básicamente la idea es que todos estos elementos así expuestos, la Constitución normativa, no normativa y la normatividad extrajurídica consiguen unirse en la Constitución escrita. Esta organización y relación entre la normatividad y la aplicación de esta Constitución obedece a diversos factores, de entrada, son los legisladores los que deben de procurar que su norma sea realmente aplicada, digamos que la ingeniería constitucional y la dogmática deben de hacer que sus normas se conviertan en normalidad, atender pues más que a la teoría en sí, a la razón práctica subyacente. Recordemos aquí que Heller preconiza a la formación y existencia del Estado moderno como un hito histórico de nuestras sociedades, en consecuencia, todos los aspectos señalados, deben de tener mecanismos que permita a ese Estado solventar soluciones cuando se le requiera.

Esto no mella el hecho de la incompletitud del Derecho constitucional, pues este no es cerrado, señala Heller⁵² en tanto que existen espacios de carácter lógico o valorativos que no se pueden anticipar.

Por otro lado, Rubio Llorente, ve la realidad de la Constitución a través de su interpretación, aun cuando para él, la Constitución no es sino un modo de ordenación social siendo la Constitución la fuente del Derecho (con sus consecuentes obligaciones)⁵³ afirma que “la aprobación de un texto constitucional no es todavía más que una hipótesis de Constitución. La Constitución será una realidad viva cuando todos la hagamos eficaz y a los jueces corresponde sobre todo la noble tarea de dotarla de eficacia y a ellos incumbe su interpretación”.

Peter Haberle exploya el factor cultural en lo que él denomina los dos elementos de toda Constitución del Estado social: ideales y reales, a saber, la dignidad humana como premisa, los derechos universales, la soberanía popular, los fines educativos y orientadores, la división de poderes, jurisdicción y el pluralismo como principio. Haberle precisa que la Constitución es una estructura de normas, a la que habría que incluirle factores del ambiente político y jurídico, por eso dice que se trata de política jurídica. Empero manifestamos que concibe a la Constitución como realidad en tanto que expresa que “la Constitución no es sólo un texto jurídico o un “mecanismo normativo”, sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural,

⁵⁰ Heller, Hermann. Teoría del Estado, pg 270.

⁵¹ Heller, Hermann. Teoría del Estado, pg 273.

⁵² Heller, Hermann. Teoría del Estado, pg 287.

⁵³ Rubio Llorente, “La Constitución como fuente de derecho”, en Teoría de la Constitución, compilado por Miguel Carbonell. México: Editorial Porrúa – UNAM, pg 163.

medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”⁵⁴.

Aún más, nos habla de la Constitución como parte de la ratio y la emotio a fin de dar énfasis al que denomina como “*principio esperanza*” “porque el ser humano necesita de la esperanza como el aire que respira y porque la comunidad vive en libertad responsable”⁵⁵.

A.6 Constitución: Concepto político

La Constitución puede ser además un acuerdo político, el reflejo político de la sociedad, expresión de una organización política o pasado y presente de la sociedad en la historia constitucional.

Aunque el apartado anterior no dista mucho del presente, como ya veremos, el factor historia suele justificar el concepto político de Constitución que se adopte. Sin embargo, el sentido más puro de Constitución política que encontramos es el de Carl Schmitt.

¿Qué es la Constitución? Es un pacto, un pacto que se origina por el acuerdo de por los menos dos partes, quienes, a partir de su unidad política previamente constituida forman una organización política particular. Ese poder constituyente pues es primeramente una autoridad, no tiene carácter normativo, sino que es requisito de ese carácter, esa única voluntad formadora es el pueblo, Carl Schmitt llega a decir que “la unidad del Reich alemán no descansa en aquellos 181 artículos y en su vigencia, sino en la existencia política del pueblo alemán”⁵⁶.

Así, lo esencial de las constituciones no es su cuerpo normativo, sino la voluntad política que la forja: “La unidad de las prescripciones en ella contenidas no reside en su conjunto material, sistemático y normativo, sino en una voluntad política que, fuera de estas normas, las hace leyes constitucionales y que, como fundamento unitario suyo, emana de sí la unidad de aquellas”⁵⁷.

Esta es pues la esencia de la Constitución, empero, para nuestros fines, Schmitt refiere que, a partir de las revoluciones burguesas surge un concepto ideal de Constitución, es decir solo puede ser denominada Constitución aquella que responde a ese esquema liberal burgués, cualquier otra cosa no es constitución, “sino, despotismo, dictadura, tiranía, esclavitud o como se quiera llamar” de esta forma *no todo estado tiene una Constitución*. Las constituciones liberales o burguesas como señala Schmitt, deben de tener determinado contenido, uno que garantice determinados valores liberales, llámese la propiedad o la libertad personal. “Son garantías constitucionales de la libertad burguesa: reconocimiento de los derechos

⁵⁴ Haberle, Peter. El estado constitucional. México: UNAM – Instituto de investigaciones jurídicas, 2016, pg 5.

⁵⁵ Haberle, Peter. El estado constitucional, pg 7

⁵⁶ Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza editorial, 1996, pg. 35.

⁵⁷ Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución pg 40.

fundamentales, división de poderes y, al menos, una participación del pueblo en el poder legislativo mediante una representación popular”⁵⁸.

La consecuencia de este punto de vista liberal-burgués señala Schmitt es que se adopta una posición negativa respecto del Estado y la política en general, esto, pues se parte de la idea de que el individuo se encontraría en constante amenaza por el Estado siendo la Constitución la garantía de su bienestar, esto genera que el Estado constriña su actuación, “se crean seguridades contra ataques estatales, y se trata de introducir frenos en el ejercicio del poder público”⁵⁹. Esta forma liberal de concebir la Constitución resultaría errada pues adopta solo una de las dos partes de la Constitución, por el contrario, de acuerdo con la posición de Schmitt se asume a la política como la parte esencial de la Constitución atendiendo no solo al despliegue de las garantías liberales.

Sanford Levinson es una voz disonante en el espectro jurídico estadounidense, y es pues uno de los juristas del common law más críticos con su Constitución, a la que reprocha por su falta de desarrollo o espacio político, en el fondo su crítica es radical, llegando a desprenderse cierto ánimo sedicioso respecto de ella. Pero, para nuestros fines debemos resaltar el énfasis que este pone al señalar que lo verdaderamente criticable de su Constitución es la falta de conexión entre la lista de derechos garantizados con las instituciones políticas que los deben de sostener. A vista de esto, la Constitución funciona mal, así pues, es solo *una Constitución de conversación*, una suerte de *espuria verborrea elitista* de parte de los juristas pero que no llega a discutir sobre los verdaderos consensos, no llega a ser una “*Constitución de acuerdos*”.

Levinson pues, plantea una *desacralización* de la Constitución, precisa que esta tendencia a ver la Constitución como un acuerdo de los fundadores y por eso intocable y digno de veneración no es sino una tara, que no solo no importa, sino que en realidad, no interesa a los ciudadanos, pues estos “*están mucho más preocupados, según el momento en que se hizo una encuesta particular, por la economía, las amenazas planteadas por el terrorismo, el estado de la educación estadounidense, el déficit y similares problemas que sobre, digamos, los derechos de libertad de expresión de los estudiantes de secundaria o incluso la acción afirmativa, el matrimonio entre personas del mismo sexo, aborto o derechos a portar armas*”⁶⁰.

Entonces, para Levinson debería de existir una parte política que guíe a la parte de derechos individuales en su Constitución, promueve pues, que para la existencia de una constitución es necesario ese factor dinámico que proporciona la regulación del sistema político.

También desde el common law Bruce Ackerman nos presenta a la Constitución como una obra con dos partes en relación dinámica. Nos habla de una parte teórica y de

⁵⁸ Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución pg 60.

⁵⁹ Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución pg 62.

⁶⁰ Sanford Levinson, “How I Lost My Constitutional Faith”, Maryland Law Review, 71, n° 4 (2012), pg. 965.

otra histórica. Así la teoría constitucional se desarrolla en base a la historia constitucional. Una no puede descuidar la otra, tanto así que, Ackerman acusa a los teóricos de prestar más atención a los textos y teorías europeas, y no fijarse en las etapas de su historia nacional. De esta forma, su teoría es parte de su historia constitucional y viceversa, ¿Cómo se logra esto? Mediante un dialogo con el pasado, pero no a la usanza “burkeniana”⁶¹ ni con una visión fundacionalista⁶², sino como parte de la reflexión presente, con la actualidad, para afrontar su presente.

Ackerman preconiza un concepto político de Constitución, su Constitución no es solo teoría o solo historia, es ambas a la vez, y tiene sentido en tanto que su tesis dualista de la Constitución⁶³ apunta a resolver problemas de la política estadounidense. En pocas palabras, busca legitimar las decisiones que toma el pueblo y luego, las que toma el gobierno en representación del pueblo.

La llave para esto es no renegar de las dos ideas que Ackerman considera esenciales, el liberalismo, como lo concibe Rawls, y el republicanismo, entonces, se requiere ciudadanía, ciudadanía liberal: “insiste en que el fundamento de la libertad personal es un determinado tipo de vida política, que requiere los esfuerzos permanentes de una clase especial de ciudadanía. En vez de cimentar la libertad personal en un “estado de naturaleza” putativamente prepolítico, este tipo de liberalismo hace del cultivo de la ciudadanía liberal un aspecto central de su empresa”⁶⁴.

A.7 Interiorización de la Constitución o sobre el sentimiento constitucional

Finalmente, toca esbozar algunas ideas sobre lo que implica que la Constitución sea o pretenda seriamente ser realmente efectiva, partiendo de los términos antes señalados. Lograr que la práctica social se condiga con lo que las instituciones constitucionales prevén, esto es, que *la Constitución efectivamente exista*.

Desde el punto de vista de quien escribe, el Derecho es dos cosas: Justicia y/o seguridad jurídica. Y en el fondo ambos son anhelos humanos, como todo anhelo del hombre tiene diversas manifestaciones. En el Derecho visto desde un cariz formal, la justicia se plasma en las leyes o los tribunales, y la seguridad jurídica en estas normas ordenadas de una manera racional o razonable, en las decisiones de determinadas autoridades estatales, entre otros.

En todo caso se llega a señalar que la justicia y/o seguridad son dos valores extrajurídicos que deben ser aspiración del ordenamiento jurídico en su conjunto.

⁶¹ Imbuidos en el common law, Ackerman explica que los “burkenianos” otorgan una especial preponderancia al aprendizaje jurídico a través del examen de las decisiones concretas y no “en las especulaciones abstractas de nuestros brillantes académicos”. Bruce Ackerman, *We the people. I, Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2015. Pg 37.

⁶² De acuerdo con Ackerman, la tesis fundacionalistas ponen énfasis en la protección de los derechos fundamentales siendo ese el primer objetivo de la Constitución. Estas posturas contrastan con las tesis monistas o dualistas. Bruce Ackerman, *We the people*. Pg 29 y ss.

⁶³ Ver: Bruce Ackerman, *We the people*. pg 35 y ss.

⁶⁴ Bruce Ackerman, *We the people. I*. pg 49.

Sin embargo, se olvida que estos valores, no son solo “jurídicos”, o mejor dicho no siempre están relacionados al Derecho, tanto la justicia como seguridad jurídica no son solo una aspiración del Derecho, sino que residen en el espíritu humano, tanto individual como colectivamente. En realidad, el Derecho solo es un concomitante de estos valores, y todo lo que se hace en Derecho debe de satisfacerlos, entonces, si bien el Derecho es o pueda ser considerado como una ciencia con un método propio y una lógica interna propia, no puede soslayar la existencia de estos valores ni las inclinaciones de los hombres hacia ellos, y deberá reconocer que no va a poder regularlos del todo y que siempre estará a merced de sus cambios.

Así, en lo que atañe a la vida humana estos valores se expresan en sentimientos, que son aspiraciones humanas tan complejas o simples como nuestra propia existencia. Frente a ello, el Derecho es poco o nada, en consecuencia, y como venimos diciendo, los valores guían nuestras instituciones jurídicas las abarcan por completo expresándose pues en sentimientos hacia ellas. Este sentimiento pues es la expresión humana de los valores individuales o colectivos de que hablamos.

En el Derecho, por tanto, estos sentimientos son sentimientos jurídicos y en el Derecho constitucional es sentimiento constitucional.

Corresponde reconocer que la interiorización del Derecho se puede dar de dos formas, mediante la mera racionalidad y/o mediante las emociones o sentimientos. A través de un buen trabajo de dogmática podemos establecer cómo se debe de hacer o practicar la Constitución, racionalizarla, empero, las emociones o sentimientos que pueden darse respecto de la Constitución dependen de elementos ajenos a una dogmática jurídica, no obstante, esta puede tratar de comprenderlos y, sin embargo, jamás debe de obviarlos.

Los sentimientos que se puedan tener respecto de la Constitución pueden ser al fin y al cabo de dos tipos de aceptación/avenencia o rechazo/descontento.

Es pues el descontento con la Constitución o el estatus que el aspecto problemático en la práctica constitucional, en este punto se debe enfatizar en que, pese a no ser un aspecto dogmático, el descontento sentimental de los ciudadanos con su Constitución es un aspecto a tener en cuenta en el estudio del Derecho constitucional.

El maestro Nino precisa que “esta relación entre el descontento provocado por la penuria socioeconómica y actitudes que muestran una falta de internalización de los valores liberales democráticos es sumamente importante para quienquiera que se interese por la expansión del constitucionalismo”⁶⁵.

Pablo Lucas Verdú, quien expone in extenso la temática referida al sentimiento constitucional, precisa que este sentimiento debe ser un sentimiento racionalizado.

⁶⁵ Nino, Carlos Santiago, 4ta reimp, Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires – Bogotá: Editorial Astrea, 2013. Pg 8.

La razón es simple, no caer en un “anarquismo sentimental”. Ya de entrada pues, se puede cuestionar la teoría señalando que es imposible guiarse del sentimiento para hacer derecho, pues la labilidad del sentimiento afectaría gravemente la seguridad jurídica, asimismo se cuestiona la extrema subjetividad en la que se podría incurrir o, en general, la falta de objetividad. Respecto de estos riesgos Lucas Verdú ha señalado que la seguridad jurídica es la formalización de una ideología en la Constitución, la ideología burguesa de la revolución francesa, la que una vez fue establecida se ha desligado de los aspectos valorativos que le dieron lugar. Es la confianza del ciudadano, el deseo de orden y paz lo que fundamenta esa seguridad jurídica, por lo que no será suficiente con verla bajo un esquema de lógica formal⁶⁶. Entonces, la seguridad jurídica vista de esa forma sufre de una desconexión con la realidad por lo que paradójicamente puede ser causa de graves inseguridades⁶⁷.

El sentimiento jurídico tiene los siguientes caracteres:

- Su espontaneidad: que puede aparecer o no en determinados momentos y dependiendo de las circunstancias es más intenso o intelectual.
- Su labilidad: es variable, esto es, puede cambiar de aceptación a rechazo y viceversa dependiendo de la estructura social en particular.
- Su expansividad: se extiende por las diversas capas sociales ya sea por imitación o convicciones.
- Su representatividad: dependiendo del estrato social o momento, ha de representar su satisfacción o animadversión.

El sentimiento jurídico es dinámico, de acuerdo con ello, los sentimientos pueden ser “visibles” o no dependiendo de las coyunturas, como no es un elemento jurídico sino más bien político, se relaciona más con las instituciones jurídicas o estatales que con la normatividad, guarda relación con lo que Heller denomina la normalidad. Desde ese punto de vista, su introducción o análisis en el Derecho excede la lógica común del Derecho, siendo necesario recurrir a la idea de razonabilidad sobre la racionalidad, precisa Lucas Verdú que “la argumentación jurídica no puede resolver todos los temas de la ciencia del Derecho”.

En efecto, la denominada lógica de lo razonable, por contra de la lógica de lo racional propugna una superación de las interpretaciones jurídicas alejadas de sus circunstancias, esto entendiendo que “es progresivo el aumento, en el mundo del Derecho, de la presencia de lo indefinido, de lo atípico, producto en buena parte, de la superación de un formalismo estéril cuya rigidez ha tratado de tener en sus manos una realidad que no se ha dejado encorsetar”⁶⁸. Esta razonabilidad, que contrasta con la racionalidad no es arbitrariedad, sino que puede obedecer a diversos

⁶⁶ Verdú, Lucas. El sentimiento constitucional, Madrid: Reus S.A., 1985. pg 83 y ss.

⁶⁷ Verdú, Lucas. El sentimiento constitucional. pg 87.

⁶⁸ José Luis Bazán y Raúl Madrid, “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”, revista chilena de Derecho 18, n° 2 (1991). pg 179.

parámetros, a saber, los valores constitucionales, la eficacia de la medida asumida, el consenso adoptado a su respecto, u otros.

“En este orden de cosas, cabría sostener que, frente a la lógica formal del Derecho, apodíctica que, sin embargo, prescinde de las relaciones sociales de las que brotan las relaciones jurídicas, aparece una especie de lógica del sentimiento, en la medida que su ingrediente emocional es moderado y orientado por su ingrediente intelectual. De este modo, la argumentación del sentimiento se encamina a captar el sentido, o significado, de los fenómenos jurídicos mediante la intuición, la simpatía y mediante su adecuada valoración”⁶⁹.

Entonces, el sentimiento jurídico no es un sentimiento desbocado o irracional, sino que podemos entenderlo como un elemento de lo razonable, cuya medición esté relacionada a la consignación o justificación de determinados valores sociales, en conclusión, gracias a la lógica de lo razonable podemos incluir al sentimiento jurídico en la argumentación jurídica.

Recordemos pues, que esta dinamicidad del sentimiento constitucional es en realidad de todo el Derecho constitucional así los elementos racionales y sentimentales están en constante cambio, prevaleciendo uno u otro dependiendo de las circunstancias sociales o particulares de ser el caso.

Finalmente, no se debe olvidar que el sentimiento constitucional es un sentimiento racionalizado, mejor dicho, intelectual, requiere pues una base cognoscitiva, es esta base intelectual necesaria para que el sentimiento pueda ser debidamente aquilatado en sus circunstancias, “esta base cognitiva permite al sentimiento conectar con el Derecho”, entonces, la adhesión o el rechazo al ordenamiento depende de este elemento intelectual.

B. DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO

En el apartado anterior se han revisado las ideas de Constitución que estimamos relevante a nuestros fines, por supuesto, sin ánimos de ser exhaustivos y admitiendo la dificultad de concluir una definición precisa de lo que deba de entenderse por Constitución.

En este capítulo vamos a repasar someramente desde la doctrina la idea de Constitución que predomina en nuestro medio. Veremos si está se encuentra relacionada con las ideas de constitución que expresamos anteriormente y cuáles son las tendencias en aspectos constitucionales que predominan en el país. Sin perjuicio de esto, se debe de admitir una vez más la dificultad de englobar todos los textos relevantes a la materia constitucional en el medio, por lo que se ha tratado de tomar en cuenta a la mejor doctrina que se ha encontrado.

⁶⁹ Verdú, Lucas. El sentimiento constitucional. pg 82.

Blancas Bustamante parte del punto de vista imperante en el Derecho peruano, el paradigma neoconstitucionalista ya comentado, bajo esa lectura asevera que la Constitución es una superación del régimen monárquico y que propugna la garantía de los derechos y libertades, además de la organización del poder, en esa misma línea subraya la importancia del denominado bloque de constitucionalidad.

Joel Rosas partiendo de la Constitución como “sistema de normas”, se ampara en la división formal (sistema de producción normativo) y material (valores materiales) de la Constitución, por lo que siguiendo a Gomes Cahotilho enfatiza la importancia del elemento formal sobre el material en tanto que una excesiva descompensación en favor del elemento material atentaría contra la fuerza normativa de la Constitución⁷⁰.

José Palomino Manchego asevera que la supremacía normativa de la Constitución descansa en estos factores, el origen, la voluntad popular, el contenido, la regulación del poder⁷¹ y el rol que cumple, ser la primera fuente de derecho, tanto formal como material. “son en consecuencia, estas razones de origen, contenido y función y no argumentaciones meramente formalistas, las que han permitido edificar la teoría de la supremacía constitucional, y, por consiguiente, la correlativa necesidad de predicar su carácter indiscutiblemente normativo al interior del mundo jurídico”⁷².

La posición de Landa Arroyo es claramente neoconstitucionalista. Partiendo del rol central de los derechos fundamentales, precisa que la norma constitucional debe de ser nutrida por la sociedad, Landa, pues, señala que, sin denostar el papel de la norma, es la sociedad como cuerpo abierto y plural la que le otorga dinámica a la Constitución, siendo que el motor de la sociedad son los derechos fundamentales y su protección.

También desde el neoconstitucionalismo, pero con una postura más crítica, Sosa Sacio establece características del neoconstitucionalismo que lo diferencian de los *constitucionalismos anteriores* (liberal, democrático y social).

En ese entender, el neoconstitucionalismo (del constitucionalismo contemporáneo) es personalista, pues tiene como pivote a la dignidad humana, esto va a significar que la Constitución ya no es indiferente respecto de las personas, sino que va a atender las carencias que deban de ser satisfechas y que estos ciudadanos tengan la opción de participar de manera activa y de esta forma legitimar el ejercicio del poder.

Asimismo, la Constitución irradia sus valores a todo el ordenamiento, esto está relacionado a su fuerza normativa siendo directamente aplicable por los jueces, funcionarios o terceros. Sosa, refiere también al pluralismo valorativo y a los factores culturales relativos al neoconstitucionalismo.

⁷⁰ Rosas Alcántara, Joel. El derecho constitucional y procesal constitucional en sus conceptos claves. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2015. pg 109.

⁷¹ La regulación del poder en su percepción implica las organización, limitación y justificación del mismo.

⁷² Palomino Manchego, José F, “Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho”, Ponencias desarrolladas IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional, tomo I, Arequipa: Editorial Adrus, 2008. pg 395.

Sin embargo, lo más relevante de Sosa está referido al *carácter eminentemente democrático* del neoconstitucionalismo. “Una consecuencia de encontrar en el ser humano el motivo de las instituciones del Estado constitucional será precisamente reconocer que son los propios seres humanos a quienes compete determinar la existencia del Estado y el contenido de su Constitución y su desarrollo”⁷³. Siguiendo a Haberle indica: “Ya que la posibilidad que las personas decidamos sobre nuestros destinos se fundamenta en el reconocimiento del valor del ser humano, la democracia puede ser concebida asimismo como una “consecuencia organizativa” de la dignidad humana. Con ello, el Estado contemporáneo adquiere la forma de una “democracia constitucional (...)”.

Vemos pues que Sosa lleva a las últimas consecuencias el factor democracia en el neoconstitucionalismo, relacionándola directamente con la dignidad del hombre. En esa línea, precisa que el liberalismo kantiano no es necesario para el neoconstitucionalismo, entendiendo que este debería de ceder ante la democracia. “En este sentido, es posible – es más es necesario – conciliar tanto la protección superior de los derechos con la afirmación de los valores esenciales de la sociedad (y del Derecho), e incluso postular la existencia de algunos deberes fundamentales (o humanos) mínimos”.⁷⁴

Finalmente, cuestiona el rol del juez constitucional y su legitimidad en la defensa de los valores constitucionales y los derechos fundamentales. Precisa que el rol del juez constitucional implica un énfasis en su tarea de interpretación constitucional, más no implica que estos jueces se vean como “dueños” o “señores” de la Constitución para terminar enfatizando el sentido democrático de su postura señalando que “en el sentido descrito, los Tribunales constitucionales, en ejercicio de su función de tutelar los derechos y principios constitucionales, no tienen el deber de combatir con las mayorías ni, peor aún, el de alinearse con ellas. Recae en estos más bien la responsabilidad de entender que sus decisiones deben estar también legitimadas democráticamente”⁷⁵.

La posición de Castillo Córdova parte del mismo constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo, aunque con un énfasis diferente. Para Castillo el punto de partida y elemento esencial es la persona humana y su dignidad, lo que lo lleva a los derechos humanos (derechos fundamentales) como expresión máxima, a esta postura añade dos elementos “también esenciales”, la regulación de los órganos públicos instrumentales para los intereses de la comunidad, y, por otro lado, la supremacía jurídica de la Constitución.

Víctor García Toma si bien afirma que la Constitución es una norma jurídica, la caracteriza como un instrumento político-jurídico, siendo que representa los valores

⁷³ Sosa Sacio, Juan Manuel, *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011. Pg 26.

⁷⁴ Sosa Sacio, Juan Manuel. “Nuestros neoconstitucionalismos”, *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009. Pg 24.

⁷⁵ Sosa Sacio, Juan Manuel. “Castillo Córdova. pg 25.

políticos de la comunidad y las disposiciones jurídicas supremas del ordenamiento. Para García Toma la idea política de Constitución tiene una gran importancia no solo ex-post la constitución sino también ex-ante. El autor señala que la comunidad política es creada por la Constitución, siendo que en esta se plasma la forma política de vivir de una sociedad, vendría a ser – señala – un “histórico gran plan de gobierno”. En este cuerpo organizativo se plasma la estructura de poder, el cual sirve además para el límite del poder y la garantía de los derechos individuales. En buena medida, la Constitución es para García Toma una fuente político- jurídica de la sociedad, pues el fin de la misma es legitimar, modelar, organizar y regular un tipo de sociedad.

Comentando la entonces novel Constitución de 1979 Quiroga León señala que la Constitución es una norma política antes que jurídica, resaltando la reciente incorporación de la cláusula de supremacía jurídica de la Constitución, Quiroga precisa que esta juridicidad está al servicio de la finalidad de las constituciones: el control del poder político. Partiendo de Schmitt asevera que la Constitución es una unidad política sin perder de vista el factor dinámico de las mismas, asociándose a conceptos sociológicos o históricos.

El hecho de que sea “un texto político con forma jurídica” la hace un proyecto inacabado pues “el desarrollo histórico, político, social y económico de una Nación va perfilando diariamente sus contornos”, para terminar diciendo que “la Constitución es siempre una aspiración, un intento de “ser”, antes que un “deber ser” o un “ser” llanamente”⁷⁶; esto es relevante pues también asevera un fin de la creación de instituciones del Estado en la Constitución es el control político⁷⁷.

Una versión más temprana de los estudios de Cesar Landa realiza una interesante disquisición sobre la Constitución y como se relaciona con los componentes democracia y liberalismo. Este precisa que la Constitución de 1979 - vigente en ese momento – incluía a la democracia llegando a configurarse un Estado Social y Democrático de Derecho, caracterizándose por ser un Estado que busca objetivos sociales, pero teniendo en cuenta la Democracia.

De esta forma lo democrático y social son dos partes de un mismo proceso, siendo el Estado constitucional el espacio en el que se lleva a cabo este proceso sobre los intereses nacionales⁷⁸.

Esta idea de la democracia como proceso le lleva a afirmar que el Estado se desenvuelve de forma dialéctica y diacrónica, asumiendo que no es posible sostener

⁷⁶ Quiroga León, Aníbal, “El modelo de la Constitución de 1979”, La Constitución diez años después. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989. Pg 38.

⁷⁷ Quiroga León, Aníbal, El modelo. Pg 35.

⁷⁸ Landa Arroyo, César, “El proceso de formación contemporáneo del estado peruano”, La constitución diez años después. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989. Pg 60.

Asimismo: “Así la libertad pasa de la no sumisión a la autoridad a una cooperación con el mismo. Este es el paso del Estado Liberal individual al Estado democrático y social. Por ello, el Estado democrático es incompatible con el mayor predominio del poder individual sobre el Estado, que puede llevar incluso al total aniquilamiento de las libertades y derechos sociales. De la misma manera, la libertad del individuo adquirirá su real sentido con la libertad de la colectividad social, que se basa en la igualdad”. Landa Arroyo, César, El proceso. Pg 65.

una desvinculación entre Estado y sociedad, se desprende de su texto, pues, la necesidad de un control no solo de los poderes públicos sino de también de los poderes privados. Asimismo, es notable el énfasis que pone en la institucionalidad del Estado⁷⁹.

La legitimidad democrática pues, es parte de un dialogo en la comunidad política, no solo de las mayorías, todo esto involucrando dos prerequisites: el pluralismo y la tolerancia.

En el marco de una reforma constitucional inconclusa, Bernal Ballesteros aboga por una constitución real, con una base además de jurídica, política y económica, sumado a la institucionalidad guiada por mecanismos de control ciudadano y la consolidación de estas instituciones.

Cuestionándose sobre los ejes para la construcción de un marco constitucional realista señala que se debe de atender a los valores democráticos los que le darán la legitimidad al poder, asimismo fomentar el enlace de la Constitución con la ciudadanía mejorando además los mecanismos de participación, y dotar a los ciudadanos y sus representantes de mecanismos de control del poder, entre otros.

Finalmente habla de la escasa institucionalización: siendo dos males la concentración de poder y la privatización de la función pública, asevera que “las instituciones al decir de Douglas North, proveen las reglas de juego bajo las cuales se van a desenvolver los actores políticos, sociales y económicos, define implícitamente los límites del poder. La Constitución es su marco”⁸⁰.

Por su lado Hakansson Nieto apuesta por una postura más ortodoxa y con un evidente entusiasmo por las constituciones anglosajonas conceptúa a la Constitución como un pacto con determinados valores básicos, que no es un compendio de aspiraciones y que las falsas expectativas respecto de esta se deben a las importadas posturas ius positivistas. Se aprecia también en su texto, de clara influencia anglosajona, la relación entre cultura y sentimiento jurídico que debería de producirse en la ciudadanía, para todo esto recomienda “una receta más humana que jurídica”, paciencia, tolerancia y empeño⁸¹.

Eto Cruz nos habla de tres dimensiones vinculadas entre sí para definir el objeto de estudio del Derecho Constitucional, el orden normativo referido a toda aquella normatividad que regule la materia constitucional, el orden de la realidad existencial referido a la utilización de las ciencias sociales para analizar la realidad constitucional del país, y el orden axiológico que significa estudiar la vinculación entre el orden normativo y el de la realidad existencial en base a criterios de justicia.

⁷⁹ Landa Arroyo, César, El proceso. Pg 61. “Ahora bien, como quiera que el Estado es fundamentalmente un instrumento de poder, de gobierno y de la oposición política, requiere dársele contenidos sustantivos y reguladores que sirvan a los postulados del desarrollo y la democracia. De aquí que sea necesario modernizar el Estado Social, en función de los atributos de la democratización que se vaya asignando al Estado, tanto como espacio de mediación de los intereses sociales como conjunto de instituciones públicas”.

⁸⁰ Bernal Ballesteros, Enrique, Para que la constitución viva. Lima: Editorial San Marcos, 2004. pg 150.

⁸¹ Hakansson Nieto, Carlos, Curso de derecho constitucional. Lima: Palestra, 2009. pg 470.

En otro texto, Eto Cruz refiere al sentimiento constitucional principalmente en lo referido a su difusión, en concreto, Eto hace referencia a la consignación en normas constitucionales o legales dispositivos que acerquen al ciudadano al sentir constitucional. En consecuencia, resalta la relación entre cultura y sentimiento constitucional: “El sentimiento constitucional se ubica dentro de una compleja manifestación de la cultura en general; y una cultura constitucional en especial. Esto presupone que a mayor intensidad de formación cultural en la ciudadanía, va a existir como correlato natural un fuerte apego a una conducta colectivamente de identificación con las instituciones políticas, con los valores que preconiza la Constitución y que sus destinatarios los asumen y los hacen suyos”⁸². Resalta que el sentimiento constitucional permitirá sobrellevar periodos de crisis por lo que la adhesión debe ser tanto a la parte orgánica y dogmática de la Constitución.

Nos interesa finalmente, hablar sobre la postura de Pedro Planas, quien, partiendo de una idea similar a la de García Toma – Constitución como proyecto nacional – precisa que el contenido de las constituciones debe ser propio, nacional, y debe ser determinado en base a tres criterios. En el fondo, su concepto de Constitución peruana como “espacio valorativo extra-normativo construido por varias generaciones dentro de la tradición democrática republicana” está supeditado a estos tres criterios.

Estos tres criterios son: Ideas constitucionales, doctrina constitucional y la historia constitucional. Las ideas constitucionales buscan adaptar las instituciones políticas (democráticas) y jurídicas al Perú, busca pues, que exista coherencia entre estos mecanismos y los mecanismos institucionales y procesales a implementar. Precisa que en el país no existe mayor conocimiento de estas ideas constitucionales, estando estas perdidas o desordenadas, haciendo falta ordenarlas coherentemente, faltando asumir estas ideas “con el fin de desarrollarlas y, si no de superarlas, cuando menos de continuarlas y profundizarlas, y de actualizarlas, poniéndolas a tono con los nuevos tiempos. Se trata, en suma, de reabrir la conciencia constitucional en el Perú”⁸³.

Con relación a la historia constitucional, se observa que esta presta atención a los elementos históricos y sociológicos más o menos a la usanza de Heller, y proponiendo un análisis similar al de Ackermann. “La Historia Constitucional privilegia la eficacia normativa de las instituciones públicas aún por encima de las propias instituciones consagradas en el texto de las sucesivas constituciones (...) es decir por Historia Constitucional entendemos la trayectoria viva (de continuidad práctica) que han tenido nuestras instituciones republicanas aún a pesar de nuestros numerosos textos constitucionales (...)”⁸⁴.

En consecuencia, si bien su concepto de Constitución precisa elementos jurídico-políticos, es principal el énfasis que Planas brinda a la normalidad, como le llamaría

⁸² Eto Cruz, Gerardo, “El sentimiento constitucional peruano”, Ponencias desarrolladas IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional, tomo I, Arequipa: Editorial Adrus, 2008. pg 373.

⁸³ Planas, Pedro, Rescate de la Constitución. Lima: Abril Editores & Impresores, 1992. Pg 87.

⁸⁴ Planas, Pedro, Rescate. Pg 87 y 88

Heller, y más en concreto a la *normalidad peruana*, como podría decir Ackermann de haber seguido a Heller, elementos estos que se suman finalmente con un factor dinámico. Es pues este examen de historia y sociología constitucional necesarios para obtener nuestro concepto de Constitución, concepto en movimiento: “Si queremos una continuidad constitucional en el Perú hay que preguntarnos por la vida misma de los mecanismos y procedimientos ahí consignados y rescatar sus fundamentos y sus problemas de aplicación”⁸⁵.

Tomando la propuesta de Planas, es Jamanca Vega quien expone de manera más completa una historia constitucional peruana. Luego de recordarnos con maestría nuestros orígenes liberales, pasando por democracias superficiales, un republicanismo solo formal, y un continuo caudillismo, Jamanca arriba a conclusiones de interés.

En principio introduce el Republicanismo en materia constitucional, en realidad lo propone como parte de un constitucionalismo peruano basado no solo en el respeto de derechos y límites al poder sino como fuente de deberes sociales.

Recuerda que en el fondo el republicanismo es en sí constitucional, al ser herencia romana, donde se preconizaba las ideas que lo caracterizan. Asumiendo además el componente psicológico que le caracteriza. Las notas principales que el autor revela de este republicanismo son la búsqueda del interés general, el bien público, el equilibrio de fuerzas políticas, el respeto a la ley, la diferencia entre lo público y lo privado y finalmente una aversión a las prácticas corruptas en el gobierno⁸⁶; siendo atentos podremos percibir que estas notas están estrechamente relacionadas con nuestro actual Derecho Administrativo, pero eso lo veremos más adelante.

Por otro lado, Jamanca resalta el elemento psicológico detrás de las posturas constitucionalistas, en particular, el sentimiento constitucional. Así refiere las palabras de Francisco Xavier de Luna Pizarro, “No hay constitución alguna que sea un talismán que lleve consigo la felicidad. ¡las mejores formas de gobierno se corrompen con seres envilecidos! ¡Quién nos diera el que la ley fuera una realidad; el que, escribiéndola en el papel, se grabase en el corazón del que manda y en el pecho del que obedece!”. Precisa pues la forja de un ciudadano informado, rechazando el egoísmo y los sentimientos que solo lleven a la protección de intereses personales⁸⁷.

Asimismo, “en Vigil se observa valiente esfuerzo por fomentar el sentimiento constitucional en la clase política y, desde luego, en llevar este mensaje a la población”. Se refiere al entonces congresista Francisco de Paula Gonzales Vigil quien es reconocido como uno de los acérrimos defensores de la Constitución, pues “en el pensamiento de Vigil, la Constitución representa todo el armazón político de la

⁸⁵ Planas, Pedro, Rescate. Pg 92.

⁸⁶ Jamanca Vega, Marco Antonio, La Constitución inacabada. Lima: Fondo editorial de la UNMSM, 2015. “Por eso, el principal temor y peligro de la República es la corrupción, identificada como una conducta ambiciosa, individualista y estrechamente asociada a la búsqueda de intereses privados”. Pg 121.

⁸⁷ Jamanca Vega, Marco Antonio, La Constitución inacabada. pg 138

sociedad y del ser humano. Sin ella no es posible construir un horizonte común de libertad y garantía de los ciudadanos”⁸⁸.

En esa misma línea, Jamanca exalta la autoridad como elemento esencial de la libertad pues los liberales conservadores exaltaban la defensa de la propiedad y el orden empero no tomaban en cuenta la autoridad, precisa que “si los liberales exaltados abusaron de dicha prerrogativa fue porque no entendieron la esencia de la libertad, esto es, su control”, citando lo precisado en la Crónica Política y Literaria de Lima de 1827: “La autoridad y la libertad son inseparables en el pensamiento y en la realidad: Una sin otra sería el medio sin el fin, o el fin sin el medio. La libertad, sin sus relaciones con la autoridad nacional, sería una independencia feroz o una licencia desenfadada”⁸⁹.

En sus conclusiones recalca el papel del republicanismo, asociándolo además con la participación activa de la ciudadanía en la política, precisa que es esta doctrina la que debemos de tomar para enmendar nuestra historia constitucional, “entre el liberalismo y el republicanismo, al habernos decantado por un liberalismo clásico hemos renunciado a una participación activa en el gobierno, siendo esta clave para el sostenimiento de la democracia”⁹⁰. En consecuencia, “para el republicanismo es necesario un ciudadano activo y, por supuesto, preocupado por la acción política. Desde luego, un ciudadano informado, en vista del perverso juego de la videopolítica, donde los poderes fácticos muchas veces deciden no sólo una elección, sino, sobre todo, monitorean la agenda política diaria”⁹¹.

A la usanza de Lasalle cuando se preguntaba por la esencia de la Constitución, Jamanca culmina asociando dicha esencia de la siguiente manera: “ (...) la Constitución actual debe responder a los retos de la política contemporánea y no sólo debe entenderse como norma fundamental del ordenamiento jurídico, sino que debe constituirse en norma directiva fundamental que convoque en nombre de los valores constitucionales a las fuerzas vivas de la sociedad, para la realización de los derechos económicos y sociales o remover los obstáculos que impidan el goce genuino de tales derechos”⁹².

C. CONCLUSIÓN DE LA BÚSQUEDA DE NUESTRA POSTURA SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Esta primera parte se refiere exclusivamente al Derecho Constitucional y la Constitución, se ha tratado de exponer aquellas posturas que, desde nuestra perspectiva, coadyuven a lograr plasmar la idea base de este trabajo: Las bases constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales.

⁸⁸ Jamanca Vega, Marco Antonio, La Constitución inacabada. pg 154, 155

⁸⁹ Jamanca Vega, Marco Antonio, La Constitución inacabada. pg 209.

⁹⁰ Jamanca Vega, Marco Antonio, La Constitución inacabada. pg 227.

⁹¹ Jamanca Vega, Marco Antonio, La Constitución inacabada. pg 228.

⁹² Jamanca Vega, Marco Antonio, La Constitución inacabada. pg 229.

La idea pues, no es definir lo que se deba entender por Constitución o descubrir los perfiles del constitucionalismo sino encontrar en esta rama del Derecho aquellos cimientos que estén más estrechamente relacionados con el objetivo señalado.

Se debe precisar que el camino señalado está estrechamente relacionado con el Derecho público en general y con el Derecho administrativo. Si bien nuestro objeto es solo un fenómeno dentro del Derecho administrativo, este es en buena medida, la columna vertebral del Derecho Público, por lo que nuestras conclusiones servirán también para exponer las bases del Derecho administrativo y el Derecho público en general.

Entonces, vamos a repasar las ideas de “Constitución” que constituyen las bases del Derecho administrativo y en particular del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración.

¿CUÁL ES LA IDEA DE CONSTITUCION QUE NECESITAMOS PARA LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES?

Que la Constitución sea un concepto completamente jurídico es una idea que no debemos perder de vista, cualquiera de las posturas antes esbozadas que contenga elementos sociológicos, políticos o de otro orden, no son sino un prior, un antecedente o explicación a lo jurídico.

Entonces, lo que se ha pretendido hasta ahora además de encontrar un punto de partida jurídico, es encontrar también un punto de partida o explicación política al fenómeno denominado Constitución que pueda servir al concepto jurídico.

Cuestionémonos ¿Conocemos realmente nuestra realidad constitucional? ¿Se condice el diario devenir de las instituciones constitucionales con la Constitución? ¿Qué hace falta para ello?

Repasemos los aspectos de la Constitución señalados en el acápite anterior, primero la protección de los derechos individuales y su garantía deben de ser reconocidos por las constituciones, simplemente no se puede explicar con sentido la existencia de una Constitución que no tome en cuenta esta tutela.

El método que ha proveído el constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo: La supremacía jurídica de la Constitución es una primera etapa para lograr dicha protección. Creemos que es un aspecto relevante, pero quedarnos en este, implica quedarnos a medias. Ya muchos neoconstitucionalistas han asumido diversas posiciones que matizan la inicial afirmación del neoconstitucionalismo, entre ellos se habla de la cultura, los valores extrajurídicos, la sociedad abierta y el sentimiento entre otros. Estas posturas son una herramienta para no obtener conclusiones obusas a la argumentación jurídica.

La Constitución como organización de las instituciones suele estar relacionada con la eficacia de la misma y suele revestir aspectos sociológicos o históricos, pero ello no siempre señala el camino a seguir ni juzga que lo que se ha hecho hasta ese momento sea correcto. Junto con la idea de Constitución como protectora de derechos individuales, la Constitución como cimiento de las instituciones (parte orgánica de la Constitución) se suele ver con menosprecio, pues se pretende dar énfasis a la parte dogmática referida a la tutela de derechos; aquí en realidad lo que se olvida es la relación causa-efecto que hay entre una regulación adecuada de la parte orgánica con la dogmática de la Constitución.

La Constitución como institución política no es materia jurídica pese a la relevancia del factor político en el análisis jurídico. Empero, las disquisiciones políticas relativas a la Constitución explican y en buena medida guían la confección e interpretación jurídica. Al fin y al cabo, el bienestar general, concepto político, es un fundamento básico del Derecho público. Una visión tecnicista del Derecho solo es un lastre para la sociedad, esta requiere siempre el baremo político para encaminar su curso.

Y la fuente de una buena política siempre es la realidad. Basados en teorías que presuponen una realidad no podemos aspirar a soluciones eficientes. No solo es conocer los poderes que influyen en las decisiones de grupos sociales o políticos, sino la problemática subyacente y particular del país, todo esto para lograr una Constitución que no solo entusiasme en su promulgación sino una que pueda acompañar el devenir diario de la sociedad, de tal forma que aspire a brindar soluciones frente a diversas coyunturas.

Por otro lado, en el régimen constitucional peruano hemos visto que destacan las posiciones neoconstitucionalistas, Landa Arroyo con una posición más contemporánea incluye elementos valorativos y culturales, y Sosa le agrega la conciliación expresa de la protección a la dignidad humana con la afirmación de esos valores esenciales, llegando a Castillo quien afirma que es a su vez esencial la regulación de los órganos públicos para los intereses de la comunidad.

Desde una posición más clásica García Toma reflejaba la cualidad política de la Constitución y Quiroga León revela que esa política tiene por fin el control político enfatizando el rol de la creación de instituciones del Estado para alcanzar esa finalidad. Asimismo, la primera versión de Landa Arroyo y la relación entre el Estado social y democrático de Derecho y la institucionalidad de este demuestran disquisiciones pre neoconstitucionalistas de suma importancia. Bernalles Ballesteros subraya la relación entre la institucionalidad, el control del poder y los mecanismos de participación ciudadana.

Hakansson Nieto y Eto Cruz precisan la importancia del sentimiento constitucional en el constitucionalismo. Esto puede ir de la mano de la aspiración de Planas en la busca de las ideas constitucionales propias y su reflejo en las instituciones constitucionales, dando pie a la posibilidad de acompañar la Constitución con nuestra historia constitucional.

En su promoción del Republicanismo, Jamanca Vega logra reunir las ideas de sentimiento constitucional, libertad y control, participación activa de la sociedad, logrando mostrar los elementos que dotarán de dinamismo a la Constitución peruana, que es referido entre otros, por Landa Arroyo.

De esta forma se aprecia que el constitucionalismo peruano, si bien de forma escasa, logra reunir valiosos aportes al logro de nuestra finalidad. A continuación, toca repasar las características que han de soportar las bases constitucionales del Derecho administrativo en general.

C.1 Una Constitución de supremacía jurídica

Más allá de las disquisiciones políticas, sociológicas o históricas, el método dogmático inicialmente planteado nos obliga a concluir la necesidad de una norma, una creación jurídica y respecto de la que sean predicables todos los atributos de las normas. Es a partir de los atributos de coerción y coacción jurídica que la Constitución puede hacerse práctica. Esa misma fuerza jurídica es además los límites que solo con la explicación sociológica o histórica no se pueden lograr.

Recuerda García de Enterría que el **valor normativo inmediato y directo de la Constitución** se expresa en una **vinculación de los ciudadanos y los poderes públicos a sus normas**, siendo que todas estas enuncian verdaderas normas jurídicas sea cual sea su posible indeterminación o imprecisión⁹³, siendo que “la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación – por operadores públicos o por operadores privados, por tribunales o por órganos legislativos o administrativos – en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate”⁹⁴.

Es importante el análisis de los límites del poder que, de acuerdo con la doctrina neoconstitucionalista, se encuentra en las manos de los jueces. A este análisis también coadyuva una Constitución jurídica.

Este concepto jurídico tampoco debe de perder de vista el componente valorativo, debe ser una Constitución principialista, democrática y social. Es tal vez en este punto donde mejor se aprecian los aportes neoconstitucionalistas. Por supuesto, el trabajo en la defensa de los derechos fundamentales y los intereses de los individuos no debe olvidar aspectos de interés general, que no solo son urgentes de tutela, sino que son además un prerequisite de la misma defensa de dichos derechos.

C.2 Una Constitución que controle los poderes

⁹³ García de Enterría, Eduardo. La Constitución. pg 68.

⁹⁴ García de Enterría, Eduardo. La Constitución. pg 95.

La constitución debe de ser capaz de determinadas cosas, su estructura debe ser lo suficientemente útil como para que los operadores jurídicos tengan las herramientas como para lograr la consecución de protección de los intereses incluidos en su cuerpo. Desde nuestra perspectiva la idea que gobierna todo este mecanismo es el control del poder. **Sin la posibilidad de que se controlen los poderes parte del Estado es imposible que se logren las finalidades de la Constitución.** Intereses desbocados no harían sino interpretar antojadizamente la Constitución o buscar “lagunas” en ella que la hagan contraria a su espíritu.

Vamos más allá, y como se desprende de la lectura de Fioravanti, estos poderes objeto de la Constitución no son solo los estatales, no solo el poder de las autoridades investidas, los poderes, como precisaría La Salle, se presentan en cualquier espacio de la sociedad, son la capacidad de acción de determinados grupos o individuos. Desde esa perspectiva, asumir que en base a un mecanismo de control establecido hace más de doscientos años en un continente lejano y con un contexto muy distinto del nuestro es suficiente para decir que la Constitución ejerce un verdadero control, es por decir lo menos, inocente.

Así pues, las bondades que puedan predicarse de la división de poderes en el país son en realidad, pocas, no solo por la mala praxis de los operadores jurídicos, sino por los poderes desbocados que a la usanza de espectros antojadizos tejen y destejen en nuestra sociedad. Entonces, corresponde encontrar mecanismos de control adecuados a nuestra realidad constitucional, que tengan, como decía Fioravanti una *“capacidad efectiva de garantizar la paz y un equilibrio razonable entre las fuerzas existentes”*.

Desde el constitucionalismo previo a la Constitución de 1993 hemos advertido la existencia de una corriente favorable a esta idea de control, como cuando Quiroga León señala que la Constitución tiene como telos al control y a la limitación del poder político⁹⁵ y otros poderes fácticos, entonces “se podría afirmar que hay una relación de poder inversamente proporcional entre el Estado y las clases dominantes”⁹⁶, y Bernalles Ballesteros que subraya la importancia del elemento participación ciudadana e institucionalidad en esta ecuación, señalando que “la ciudadanía se vive cuando el pueblo cuenta con mecanismos de control del poder”. Esta pieza clave que es el control en la Constitución es además un **elemento legitimante del ejercicio del poder político** como hemos precisado anteriormente.

En este punto, si bien hemos partido del paradigma neoconstitucionalista también hemos señalado que este carece de determinados elementos claves para un adecuado constitucionalismo peruano, como señala Hernando Nieto, “cuando se hace referencia al constitucionalismo como ideología (constitucionalismo ideológico), por otra parte, ya no se considera como esencial el establecer límites o controles al

⁹⁵ Quiroga León, Aníbal, El modelo. pg 35.

⁹⁶ Landa Arroyo, César, El proceso. pg 61.

Estado sino que lo que se prioriza es la salvaguarda de los derechos fundamentales, buscando incluso su ampliación”⁹⁷.

C.3 Una Constitución que considere la relevancia de las instituciones jurídico-políticas

Si por un lado tenemos que la idea motriz de una Constitución es el control y la finalidad que debe guiar esa idea la defensa y promoción de derechos y garantías para las personas, debemos preguntarnos, cómo es que esa idea se debe de llevar a cabo para la consecución de ese fin.

No se trata pues de una estructura simplemente, es una entelequia, un instrumento para lograr algo en concreto. La idea decimonónica que se tenía de “la parte orgánica” de la Constitución ahora se nutre de los elementos jurídicos y valorativos que le imprime el nuevo movimiento constitucional. Asimismo, se encuentra dirigida al control del poder, es más, debe estar concebida para ello, solo de esa forma logrará su finalidad.

Finalidad, procedimientos, estructura, elementos, y control son los aspectos que una constitución como institución debe prever. **Además, es la Constitución la base de las instituciones jurídico-políticas que rigen nuestro estado y sociedad.**

Tanto Calamandrei como Paul Wolf de quienes hemos hablado nos demuestran la necesidad de brindar un objetivo a esa parte orgánica, si olvidamos el objetivo de las instituciones pasará que estas podrán ser manipuladas o simplemente ignoradas en la práctica.

Estas son relevantes no solo para la realización de los bienes jurídicos de interés general, sino también para la efectividad de las disposiciones de la parte dogmática como precisa Maurice Hauriou y recalca Levinson cuando al preguntarse por qué hoy en día no suscribiría su Constitución y se responde que esta ignora las partes que realmente constituyen su sistema jurídico y que detallan el funcionamiento de sus instituciones más básicas, siendo que en realidad, incluso son más importantes que los derechos reconocidos⁹⁸.

Asimismo, y tomando en cuenta la juridicidad de la Constitución, resulta importante la inclusión de las instituciones jurídico políticas esenciales en ella pues el mismo texto constitucional sirve de parámetro de medición para el ejercicio de los poderes públicos. Si una institución jurídico-política relevante no se encuentra debidamente incluida en el texto constitucional se puede pensar que es prescindible jurídicamente o en todo caso no se va a tomar en cuenta su relevancia para la resolución de una problemática en concreto.

⁹⁷ Hernando Nieto, Eduardo, “¿Constitucionalizar el derecho o politizar la Constitución? Amenazas, riesgos y peligros en el constitucionalismo contemporáneo” Derecho PUCP N° 71, 2013. pg 40.

⁹⁸ Sanford Levinson, How I Lost. pg 963.

Entonces, las instituciones jurídicas cuentan con dos aspectos imprescindibles: son un **nexo con los derechos individuales y su realización**, y deben ser incluidas en el texto constitucional. De acuerdo a lo que señala Aguiló Regla las constituciones de los estados constitucionales han asumido las dos grandes estrategias del constitucionalismo político, a saber: la de los diseños institucionales idóneos para la garantía de los valores y fines y la del carácter regulativo de esos valores y fines, de esta forma estas instituciones o “formas básicas de la acción jurídica y política” como las llama Aguiló deben de ser las **idóneas para la salvaguarda de los valores y fines reconocidos en la misma Constitución**, Hauriou, como ya lo hemos señalado, reconoce que estas formas y procedimientos constitucionales (instituciones) son en el fondo el pilar principal para la protección de los derechos individuales, instituciones que deben ser incluida en la “superlegalidad” de la Constitución.

En el espectro peruano tenemos como hemos dicho, los aportes de Bernalles Ballesteros o Landa Arroyo, que en un primer desarrollo constitucional precisa replantear la naturaleza del Estado como un “aparato institucional”⁹⁹, además a Jamanca Vega quien en la introducción a su estudio de historia constitucional precisa que “en cierto modo, el declive de la democracia y del constitucionalismo puede atribuirse a la ausencia de institucionalidad”¹⁰⁰ resaltando que la cultura política y participación política respecto de las condiciones de nuestra democracia simplemente no han existido.

C.4 Una Constitución que tutele en la misma medida los intereses generales

En armonía con lo dicho hasta el momento, el desprecio por las instituciones y el olvido del control como elementos claves de la constitución, viene acompañado por la confusión de los intereses a proteger, por ejemplo, una tutela exagerada de los contratos del Estado (celebrados con particulares), como la que realiza la Constitución peruana, es un síntoma de la pérdida del sentido de nuestra Constitución.

Carl Schmitt hacia ver una confusión símil cuando criticaba que la Constitución liberal – burguesa al intentar proteger al individuo dejaba de lado una parte importante de la Constitución diciendo que “los medios y métodos del control sobre el Estado se organizan más que el propio Estado”¹⁰¹, es pues esa parte de organización y control sobre todos los poderes (no solo sobre los intereses del Estado o los gobernantes) lo que denota a una Constitución preocupada por la protección y configuración real de intereses generales. Toda la Constitución debe de estar configurada de tal forma que no se amparen solo los intereses y derechos de los individuos sino también, que tenga cabida la consecución de los intereses generales, que también redundan en la protección de los derechos fundamentales, cosa que además se condice con la preocupación que temas relativos al interés general suelen suscitar en la población

⁹⁹ Landa Arroyo, César, El proceso. pg 60

¹⁰⁰ Jamanca Vega, Marco Antonio, La Constitución inacabada. pg 25

¹⁰¹ Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución. pg 62

tal y como lo ha explicado Levinson cuando criticaba la falta de desarrollo de una parte política que guíe a la parte de derechos individuales en su Constitución.

Al momento de hablar de la diferencia entre derecho público y privado, Luigi Ferrajoli señala que pese a las diversas teorías que tratan de difuminar esta diferenciación o las que la buscan acentuar, lo cierto es que existe **una esfera pública diversa de la esfera privada**, nos señala que, la misma evolución del Estado de Derecho no vendría a ser otra cosa que la expansión y clara delimitación de estas dos esferas, precisando que “la esfera pública está llamada a desenvolverse en defensa de los intereses generales, de los derechos fundamentales y de las propias esferas privadas”¹⁰² pues “la esfera pública se identifica así con el conjunto de las situaciones que incumben igualmente a todos y con las garantías establecidas y actuadas en el interés de todos”¹⁰³ para concluir que la esfera pública es el fundamento de la protección de los derechos de la esfera privada. “La esfera privada es producida por el ejercicio de los derechos fundamentales de autonomía, que, sin embargo, al consistir en normas téticas y por tanto en situaciones universales y heterónomas, pertenecen a la esfera pública y no son por ello ni producidos por actos negociales, ni disponibles mediante éstos en el ejercicio de la autonomía privada. Gracias a este nexo la esfera pública se configura como sistema de límites y conjunto de garantías de la esfera privada”¹⁰⁴. A partir de Ferrajoli debe de quedar claro que **la consecución de los intereses generales no es simplemente una protección abstracta y alejada del individuo, sino que esta misma implica la defensa de los derechos fundamentales, pero a partir de unas condiciones mínimas de todos los ciudadanos, condiciones de igualdad**¹⁰⁵.

C.5 Una Constitución que aspire a ser real

Una Constitución peruana tiene que ser real, esto es, necesariamente condecirse con la práctica, lamentablemente nuestras constituciones son por lo menos nominales de acuerdo con la clasificación ontológica de Lowenstein¹⁰⁶ estas son las constituciones que no tienen una aplicación en la sociedad.

¹⁰² Ferrajoli, Luigi. Principia Iuris. pg 758.

¹⁰³ Ferrajoli, Luigi. Principia Iuris. pg 759.

¹⁰⁴ Ferrajoli, Luigi. Principia Iuris. pg 762.

¹⁰⁵ “En efecto, son justamente “sustanciales”, es decir, relativas no a la “forma” (al quién y al cómo) sino a la “sustancia” o “contenido” de las decisiones (o sea al qué no es lícito decidir o dejar de decidir), las reglas que establecen – más allá de y acaso contra la voluntad de la mayoría e incluso de sus propios titulares – los derechos fundamentales: tanto los de libertad que imponen prohibiciones, como los sociales que imponen obligaciones al legislador. Así resulta desmentida la concepción formal y procedimental de la liberal-democracia cual sistema fundado sobre una serie de reglas que aseguran la omnipotencia política de la mayoría y la absoluta libertad de la economía de mercado” Ferrajoli, Luigi. Principia Iuris. pg 775.

¹⁰⁶ Karl Lowenstein partiendo de un análisis sociopolítico indica que las constituciones pueden estimarse o normativas, o nominales o semánticas. “Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal (...) el carácter normativo de una constitución no debe ser tomado como un hecho dado y sobreentendido, sino que cada caso deberá ser confirmado por la práctica. Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. En este caso cabe calificar a dicha constitucional de nominal (...) Mientras la tarea original de la constitución escrita fue limitar la concentración del poder, dando posibilidad a un libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad dentro del cuadro constitucional, la dinámica social bajo el tipo constitucional aquí analizado tendrá restringida su libertad de acción y será encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder (...)”. Lowenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Editorial Ariel, 1979.

En el relato de Jamanca lo constitucional está emparentado con lo institucional, desde ese punto de vista no tenemos solo un constitucionalismo que no tutela lo que debe tutelar, sino que es incluso en lo institucional algo ficticio, una constitución nominal pues “para evaluar el desarrollo de nuestra institucionalidad es preciso rescatar el uso y la continuidad de las instituciones. El militarismo, las dictaduras y la falta de respeto por la Constitución ahondaron dichos males. ¿Acaso era posible creer en unas instituciones ficticias, donde no se respetaba la fuente primordial del ordenamiento jurídico, esto es, la Constitución?”¹⁰⁷. En esa misma línea, pero en concreto sobre la Constitución actual, Bernalles Ballesteros indica que “la Constitución de 1993 es una Constitución autoritaria y antiinstitucional a la hechura de un outsider cuya finalidad era concentrar y mantener su poder. Para ello copó las instituciones con sus adeptos, debilitándolas hasta un punto en el que fueran apenas una herramienta de sus fines inmediatos. En sus diversos articulados, el referido texto constitucional concentra atribuciones en el Presidente de la República”¹⁰⁸.

En este extremo es donde las disquisiciones sociológicas se pueden confundir con lo jurídico, que mantengamos el método jurídico precedido por principios jurídicos no quiere decir no estudiar ni pensar sobre los hechos sociales que son la base de nuestra juridicidad: El hecho es la base del Derecho.

Valga para esto lo que dijo Ferdinand Lasalle sobre las fuerzas de poder que actúan en la sociedad, menos aún los aportes de Herman Heller sobre la normalidad y normatividad ya expuesto, quien culmina su texto sentenciando al respecto que “toda teoría que prescinda de la alternativa derecho o poder, norma o voluntad, objetividad o subjetividad, desconoce la construcción dialéctica de la realidad estatal y es, por eso, falsa ya en su punto de partida”¹⁰⁹.

C.6 Una Constitución histórica y peruana

¿Cómo plantear una Constitución para el Perú sin atender a los factores que componen nuestra sociedad? ¿Basta con la doctrina y disquisiciones sobre la revolución francesa? ¿Los debates sobre el control constitucional en tierras extranjeras son igualmente atendibles en nuestra sede? Entre otros, muchos debates en sede extranjera son relevantes no solo en sus países, sino que tienen mucho de provechoso a cualquiera que los explore, empero, ninguno de estos extranjeros atendería primero a una realidad foránea que a la suya propia. Entonces ¿Por qué nosotros parecemos hacer siempre ello, muchas veces sin siquiera otear nuestro propio contexto?

Siguiendo a Pedro Planas, ¿el jurista peruano tiene claras cuales son las ideas constitucionales nacionales? Investigar cuales son y cuál es su origen y justificación debería de ser una labor de los constitucionalistas peruanos.

¹⁰⁷ Jamanca Vega, Marco Antonio, La Constitución inacabada. Pg 26.

¹⁰⁸ Bernalles Ballesteros, Enrique, Para que la constitución. Pg. 164.

¹⁰⁹ Heller, Hermann. Teoría del Estado. 296

Tal y como relatamos el esfuerzo de Bruce Ackermann, Santiago Nino realiza un examen de historia constitucional empezando por criticar las importaciones jurídicas tan comunes en Latinoamérica¹¹⁰ toma como punto de partida que todo el esfuerzo del constitucionalismo debe de condecirse con la desiderata de las personas, siendo lo que ellos desean y satisfaciendo sus necesidades¹¹¹. La correcta relación entre estos aspectos valorativos y las instituciones constitucionales decantaran en una Constitución a la peruana, siendo que hallar esta combinación (y modularla siempre) debe ser el trabajo de los ius publicistas peruanos.

Entonces, **la Constitución que necesitamos está basada en un examen de nuestra historia constitucional** y debe contener las instituciones que puedan modular las disfuncionalidades de nuestra práctica constitucional¹¹² y encaminar de la mejor manera los intereses públicos.

C.7 Una Constitución para una sociedad abierta

El contexto de la Constitución que hasta ahora desarrollamos también es relevante, a diferencia de Schmitt no pensamos que una Constitución puede surgir en cualquier contexto, una Constitución es democrática o no es Constitución, de esa forma lo estima también Ferrajoli. **El constitucionalismo es un fenómeno histórico y está siempre relacionado con elementos democráticos**, si se va más atrás, el mismo republicanismo es una fuente de la democracia misma, entonces, el constitucionalismo no es solo una práctica legalista, sino cuenta con fines democráticos, su existencia es irrelevante.

Este contexto de democracia abre las puertas a una serie de postulados la mayoría de ellos relacionados a un liberalismo racional de fuente Rawlsiana o a posturas neoconstitucionales.

El valor de la neutralidad que propone Rawls como rasgo esencial de su liberalismo se justifica en el pluralismo de nuestras sociedades, postura que en el fondo implica tolerancia en los términos de Popper, virtud que solo se logra en sociedades abiertas, en donde los diversos grupos sociales sean capaces de convivir pacíficamente entre ellas sin hacer uso de la violencia.

Santiago Nino, partiendo de la Constitución como pacto entre los individuos (con base en la dignidad humana), señala que las constituciones “*son procesos de interacción colectiva que se extienden en el tiempo*”¹¹³, explica esta postura con analogía de la Constitución como catedral, entendiendo que la construcción de una catedral es una obra, no solo de un arquitecto y que en muchas ocasiones esta se

¹¹⁰ Nino, Carlos Santiago, Fundamentos. pg 6.

¹¹¹ Nino, Carlos Santiago, Fundamentos. pg 10.

¹¹² Mediante ejemplos simples Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg enseñan que la práctica no solo consiste en actuar, “sino en percibir los efectos de lo que hacemos, acumular experiencias semejantes ante conductas repetidas y perfeccionar nuestras acciones futuras a medida que aprendemos de esa experiencia. **La práctica es, pues, el sedimento que queda en la memoria de nuestras acciones: un conjunto de criterios aplicables a situaciones futuras y semejantes**”. Ver: Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg. La odisea constitucional. Constitución, teoría y método. Madrid – Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004. Pg 23.

¹¹³ Nino, Carlos Santiago, Fundamentos. Pg 63.

extiende por largo tiempo, pasando la dirección de su construcción en diversas manos, este primer arquitecto al iniciar la monumental obra deberá tener en cuenta que la catedral muy probablemente no sea terminada por él, siendo que su construcción deberá estar dispuesta para futuros cambios y adaptaciones. Arquitectos consecutivos con distintas formas de ver el arte u otros aspectos de la catedral se encargarán de continuar con una obra que no comenzaron y respecto de la que podrían darle un destino distinto del inicialmente planteado; igualmente, podrían decidirse a tumbarla desde los cimientos, pero eso sucederá solo si aprecian que realmente no vale la pena seguir con el proyecto bajo ningún aspecto en cuanto que sería irracional tumbar un gran proyecto como ese sin antes tratar de solucionarlo de otra forma. “El problema que aquí se enfrenta es el de que contamos con principios que valoran acciones por ciertos resultados finales y, sin embargo, nos encontramos con acciones que no producen por sí solas esos resultados sino, en todo caso, junto con otras acciones que no se controlan totalmente”¹¹⁴. Nino concluye que en obras colectivas como las catedrales o las constituciones la racionalidad no puede buscar únicamente (o principalmente) la validez de valores últimos, sino la mejor elección de los principios valorativos pues los aportes que se pueden hacer siempre serán limitados, es lo que él llama racionalidad del “segundo mejor”.

A partir de esta lógica plantea un razonamiento en dos niveles, uno de los valores básicos que legitiman la práctica constitucional, digamos, los cimientos de la catedral, y en el segundo, en base a estos principios y a la autonomía de los individuos, se determinan las racionalidades del segundo mejor en base a principios justificatorios.

La solución de Nino puede resultar desesperanzadora o conformista, pero entendemos que pretende abrir vías de comunicación en sociedades que tienden a ser intolerantes como la nuestra.

Si además recordamos el énfasis de Ferrajoli en expresar la importancia del valor de los derechos fundamentales en la democracia en base a la que las minorías deben ser tan respetadas como las mayorías, y el paradigma de Zagrebelsky de la Constitución como compromiso de posibilidades y como centro al cual converger, disfrutamos de las garantías suficientes para dar paso a una Constitución que pueda tener las características relatadas anteriormente.

C.8 Una Constitución que exprese el sentimiento constitucional

Además de Eto Cruz, es Jamanca Vega quien, en su relato de historia constitucional propugna la relevancia de un sentimiento constitucional.

De acuerdo a lo explicado por Lucas Verdú el sentimiento constitucional no puede ser pura psique, sino que debe de ser racionalizado o razonable, de cualquier forma, debe de poderse predicar respecto de la Constitución, entonces, todos los elementos antes considerados deben de sentirse, la labor es pues hacer que en la sociedad

¹¹⁴ Nino, Carlos Santiago, Fundamentos. Pg 66.

civil los elementos de la Constitución, su rol de control, su supremacía jurídica, su brega por los intereses generales deben de poder ser apreciados.

Sin duda el reflejo de los hechos con los sentimientos es algo de difícil consecución, sin embargo, los mismos funcionarios públicos, legisladores, grupos políticos hacen eco de la labor de las instituciones, asimismo los investigadores asumen su parte en la difusión y discusión de las instituciones constitucionales.

Recordemos finalmente que, el sentimiento está inmiscuido no solo con los elementos ya mencionados de la Constitución, sino que **también hace a la legitimidad misma de las instituciones respecto de las que se predica**, Margarita Beladiez nos hablaba de que la legitimidad del Derecho tiene que ver con las convicciones de la comunidad¹¹⁵. Es probable que la relevancia de las instituciones del Derecho administrativo peruano, como diría, Beladiez, aun estén por ser descubiertas, las reflexiones que llevamos hasta ahora dichas, puede que sean en realidad el inicio de ese descubrimiento. ¿Vale la pena que el Derecho administrativo y su Administración pública sean descubiertos por la comunidad peruana? ¿Se encuentra justificado el ejercicio de la discrecionalidad de la Administración pública peruana por el sentimiento jurídico? Es lo que procederemos a explicar.

D. La Constitución Peruana de 1993

Los elementos de la Constitución se han señalado anteriormente de manera dogmática, de manera que una Constitución que sirva a los intereses públicos nacionales y que sea capaz de ser base de un derecho público peruano se asiente sobre dicha dogmática¹¹⁶.

Pero no es ajeno al método dogmático la revisión del estado de los textos constitucionales a fin de que aquella dogmática encuentre un eco y un amparo en la Constitución escrita, así pues, a partir de su correcta interpretación constitucional, el texto constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional contendrán las bases de aquella dogmática y a partir de ello, conectar su articulado con las instituciones ius administrativas.

La Constitución en particular no cuenta con una definición expresa de sí misma, pero no la necesita pues se interpreta de manera integral siendo que sus caracteres se encuentran en todo el cuerpo constitucional.

¹¹⁵ Hoy en día dada la evolución de las ideas filosóficas y políticas, el Derecho sólo será legítimo cuando su contenido exprese aquello que resulta jurídicamente valioso en la conciencia jurídica general. Beladiez Rojo, Margarita, Los principios jurídicos. Madrid: Tecnos, 1994. pg 30.

¹¹⁶ Este repaso dogmático no olvida que “ninguna Constitución es una elaboración técnica y distanciada de la práctica social, cultural y política de una nación”, y que como indica Ponce Flores, nuestra Constitución contiene un carácter antidemocrático lo que “es señal que las instituciones y las reglas de juego han desarrollado una dinámica dentro de una Constitución autoritaria”. “Sin embargo, hay que indicar que a través de ella sí es posible crear marcos o acuerdos que permitan superar las condiciones de injusticia, desigualdad, organizar democrática el poder, limitar o diseñar la actuación del poder, entre otros”. Ver Ponce Flores, Galimberty. La Constitución antidemocrática. Puno: Zela Grupo Editorial E.I.R.L., 2020.

En particular hemos resaltado los caracteres normativo, organizativo, institucional, histórico, sentimental y de protección de los intereses generales de la Constitución peruana, corresponde verificar estas características dentro del texto constitucional. Por supuesto que cuando hablamos del texto constitucional nos referimos a las normas constitucionales tal y como se preconiza en la actual doctrina del Derecho constitucional de base principista.

A su vez, nos referimos al denominado bloque de constitucionalidad en virtud del cual el Tribunal Constitucional al interpretar la constitucionalidad del ordenamiento extiende su análisis a determinadas normas con rango de ley¹¹⁷.

“Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos”¹¹⁸.

Esto es, la **interpretación constitucional** incluye además de la misma Constitución, a aquellas normas de rango legal con determinadas características establecidas en el Código Procesal Constitucional y/o planteadas por el Tribunal Constitucional.

Además de ello, no se debe olvidar que es este Tribunal Constitucional el encargado de realizar esa interpretación constitucional que se expresan en sus sentencias, las que incluso pueden tener carácter de **precedente de observancia obligatoria**. Aquellas sentencias que no cuentan con dicho carácter son de cualquier manera, **jurisprudencia constitucional** contando con “fuerza persuasiva”¹¹⁹ y servirán de guía para futuros casos dependiendo de cada asunto en particular.

En consecuencia, todas las características de la Constitución que se han relatado pueden ser descubiertas también en las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional por lo que, ante la ausencia de un concepto en la misma Constitución, corresponde exponer las sentencias, tanto los precedentes de observancia obligatoria como demás jurisprudencia constitucional, a fin de poder ubicar estas bases en nuestro ordenamiento.

D.1 Constitución Normativa

En la sentencia recaída en el expediente N° 0042-2004-AI/TC el Tribunal Constitucional ha señalado que “la Constitución no es un mero documento político sino también norma jurídica, **lo cual implica que el ordenamiento jurídico nace y se fundamenta en la Constitución** y no en la ley. En ese sentido, el principio de fuerza normativa de la Constitución quiere decir que los operadores del Derecho y,

¹¹⁷ STC Exp. N° 007-2002-AI/TC.

¹¹⁸ STC Exp. N° 0013-2003-CC/TC.

¹¹⁹ Montoya Chávez, Victorhugo, “Las sentencias del tribunal constitucional” Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú, tomo II, Lima: Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, 2014. pg 730.

en general, todos los llamados a aplicar el Derecho –incluso la Administración pública–, deben considerar a la Constitución como premisa y fundamento de sus decisiones”, siendo que tiene como principal objeto “el **encarnar el consenso jurídico-político** alcanzado y ser por ello garantía de paz y libertad”¹²⁰.

La Constitución, de acuerdo con el concepto normativo del Tribunal Constitucional, es sujeta de interpretación jurídica, sin embargo, esta interpretación no es la misma que se hace respecto de cualquier otra norma del ordenamiento, sino que se basa en la argumentación jurídica y por eso se realiza a la vista de principios de Derecho y valores extrajurídicos. “La particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional”¹²¹.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado una serie de ***principios de la interpretación constitucional*** “que deben permitir establecer los contenidos correctos de la Constitución, a saber: a) el principio de unidad de la Constitución en su interpretación; b) el principio de concordancia práctica; c) el principio de corrección funcional; d) el principio de función integradora; e) el principio de fuerza normativa de la Constitución; f) el principio de irreversibilidad de la tutela que otorga la Constitución; entre otros”¹²².

D.2 Constitución como control de poder

El mecanismo más tradicional y complejo de control de poderes que establece nuestra Constitución es la separación de poderes, explayado en diversas sentencias por el Tribunal Constitucional, así como la técnica anglosajona de check and balance. Aquel mecanismo supone un control mutuo entre los llamados poderes del Estado.

En buena medida, la jurisprudencia del Tribunal redunda en base a este mecanismo como el único concreto para restringir la arbitrariedad del Estado: “La existencia de este sistema de equilibrio y distribución de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho”¹²³.

El Tribunal llega a reconocer que los tres poderes clásicos (ejecutivo, legislativo y judicial) ***no son los “únicos” existentes y por ello no son los únicos que deben de ser controlados***. Acepta que se han creado órganos constitucionales con altos grados de autonomía funcional, pero no se han llegado a establecer mecanismos

¹²⁰ STC Expediente N° 0042-2004-AI Fj 8.

¹²¹ STC Expediente N° 05854-2005-PA Fj. 12.

¹²² STC Expediente N° 4853-2004-PA Fj 29.

¹²³ STC Expediente N° 0023-2003-AI/TC Fj 5.

para controlarlos. Asimismo, no se ha previsto mecanismos de control de los poderes más allá del estatal. De ello se concluye que el control de los poderes no llega a ser completo, no olvidemos que los poderes no solo tienen su origen en el Estado, sino que se presentan en la dinámica social tanto desde el Estado como desde el sector privado. Entonces, los excesos de poder, por ello contrarios a la Constitución, pueden manifestarse sin necesidad de ser poderes estatales.

Esto es, no se observa que el Tribunal Constitucional haya expresado sistemáticamente la relevancia de la separación de poderes en términos de equilibrio de fuerzas imperantes no solo en el poder público sino también en los poderes de los entes privados. Asimismo, si bien se asocia a la democracia con el Estado social y democrático de Derecho, al llegar al análisis de la separación de poderes, está encuentra un análisis reducido a la protección de derechos individuales o como se dice expresamente en algunas sentencias: en garantía contra la instauración del Estado absoluto¹²⁴.

Por supuesto que la instauración de un Estado absoluto o tiránico no es deseable ni compatible con los actuales Estados de Derecho, pero restringir el análisis de los controles estatales a ese propósito no coadyuva a la efectiva realización de los fines de ese mismo Estado.

D.3 Constitución como fundamento de las instituciones jurídico-políticas

Como venimos de decir las instituciones no son solo políticas, sino también jurídicas, si bien el concepto no acaba de ser descrito por la Constitución o el Tribunal, en su jurisprudencia **se aprecia el despliegue y la relevancia que tienen las instituciones en el desarrollo de la Constitución y su interpretación**. Asimismo, estas instituciones no se encuentran solo en el Estado, sino que también tienen origen en el sector privado¹²⁵, en realidad, su configuración como institución depende de los intereses que estén en juego en cada caso.

La primera referencia constitucional la encontramos en los artículos de la Constitución relativos al sector educación, en concreto los artículos 14°, 15°, 17° y 19° Constitución (CP), en estos se habla de las instituciones educativas como instituciones del Estado en clara referencia a establecimientos que presten servicios

¹²⁴ Ver: STC en Exp N° 0023-2003-AI/TC: "La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, **constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura**".

¹²⁵ Respecto de la intervención de los privados en virtud de esa institucionalización, ver la STC 00030-2005-AI/TC: "Sin embargo, tal como ha tenido ocasión de sostener este Tribunal, el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa "en la vida política, económica, social y cultural de la Nación", según reconoce y exige el artículo 2°, inciso 17, de la Constitución".

educativos. Mientras que los artículos 82°, 96° y 107° de la CP se refieren a las instituciones como entidades públicas en general.

Sin embargo, se puede colegir que la Constitución también admite la existencia de instituciones privadas, tenemos la referencia del artículo 20° de la CP como ejemplo¹²⁶ o el artículo 155° de la CP¹²⁷.

En general, las sentencias del Tribunal Constitucional se refieren a las instituciones como entidades públicas vinculadas a la prestación de servicios públicos o relacionadas a las actividades del Estado, por ejemplo, refiriéndose a la Contraloría, Fuerzas armadas, pero también se hace referencia a ellas como parte lógico inmanente del ordenamiento jurídico¹²⁸.

Con relación a su régimen, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto de *Garantía Institucional* que conlleva la imposibilidad legal e infralegal de afectar mediante alguna modificación el régimen jurídico de una determinada institución jurídico legal¹²⁹. En esa línea, ha precisado que las instituciones forman parte del carácter objetivo de los derechos fundamentales¹³⁰.

Finalmente, es mediante la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00013-2007-PI/TC que se expone el carácter social de las instituciones, concluyéndose que ***estas no solo son jurídicas y políticas, sino que además conllevan determinada responsabilidad social***: “Cabe recordar que las instituciones son realidades con efectiva vida social y política que ameritan una protección jurídica determinada, por lo que son institutos delimitables y efectivamente existentes”. Así al referirse a las empresas de radiodifusión sujetas de la Ley de Radio y Televisión señala que estas deben asumir determinados principios y una regulación particular.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional pues, las instituciones constitucionales (jurídico-políticas), como en ese caso la radio y la televisión, cuentan

¹²⁶ **Constitución Política del Perú**

“**Artículo 20°.** - Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria”.

¹²⁷ **Constitución Política del Perú**

“**Artículo 155°.** - Son miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la ley de la materia:

1. Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena.
2. Uno elegido en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos
3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país, en votación secreta.
4. Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país, conforme a ley.
5. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales.
6. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares. El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por éste a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial. Los miembros titulares del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos, conjuntamente con los suplentes, por un período de cinco años”.

¹²⁸ Ver: STC Exp. N° 00047-2004-AI/TC, FJ. 47.

¹²⁹ “La garantía institucional permite proteger a determinadas instituciones a las que se considera componentes esenciales del ordenamiento jurídico y cuya preservación es indispensable para asegurar la efectiva vigencia de los principios constitucionales”. (Exp. N° 00004-2006-AI/TC, FJ. 100).

¹³⁰ “Los derechos fundamentales, como instituciones reconocidas por la Constitución, vinculan la actuación de los poderes públicos, orientan las políticas públicas y en general la labor del Estado —eficacia vertical—, e irradian las relaciones inter privados —eficacia horizontal— (Exp. N° 0050-2004-AI/TC, FJ. 72).

con un doble estatus, uno en tanto que ***ente privado regido por los principios de libertad empresarial y otro relativo a los intereses sociales inmiscuidos***¹³¹.

D.4 Constitución como fuente de la tutela de los intereses generales

Tanto el control como la tutela constitucional, no se encuentran relacionados únicamente con la satisfacción de intereses de agentes privados, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho¹³², la Constitución vela por la promoción de intereses generales, que no solo no son incompatibles con los privados, sino que son necesarios para que estos se efectivicen.

“El interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional resalta que ***la relación entre el interés público y los intereses privados no es excluyente ni opuesta, sino compartida, es decir, forman parte de un único objeto***¹³³.

D.5 Constitución que aspire a ser real, eficiente

Por su propia definición ninguna norma se conforma con su incumplimiento, el solo hecho de ser parte del ordenamiento jurídico implica su vocación de volverse eficaz ya sea por adecuación propia de los sujetos destinatarios o por coerción o coacción.

La Constitución peruana como norma suprema no es ajena a esta vocación, su sola vigencia implica su inmediato cumplimiento, el mismo texto trata de asegurar estos resultados mediante dispositivos como los artículos 161° o 166° CP que refuerzan la idea de cumplimiento de la Defensoría del Pueblo y de la Policía Nacional del Perú, respecto de la prestación de servicios públicos y del cumplimiento de la ley, respectivamente. Es más, los mismos procesos constitucionales son mecanismos de aseguramiento de cumplimiento de la Constitución.

¹³¹ “La televisión y la radio tienen un doble estatus: uno, como derecho subjetivo, en tanto actividad empresarial que desarrollan las personas en virtud de la libertad empresarial; y, otro, como derecho objetivo, en tanto cumplen una función social de comunicación pública. En este sentido, la libertad empresarial de constituir empresas televisivas y radiales, para que sea legítima constitucionalmente debe asegurar las posibilidades de comunicación de todos los intereses sociales e informar sin manipular, y, por tanto, formar libremente la opinión pública.

No es solamente un servicio a los ciudadanos para mejorar su bienestar o sus condiciones de vida; es también el instrumento por el que se canalizan libertades constitucionales como la de comunicación y se hace posible la preservación de valores constitucionales como la formación de la opinión pública libre. Al mismo tiempo que es el lugar que permite el ejercicio y consagración de dichas libertades, es también una herramienta imprescindible para que puedan desarrollarse otros valores, como la cultura común o la protección de la infancia”.

¹³² STC Exp. 090-2004-AA/TC: “El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa”.

¹³³ STC Exp. 090-2004-AA/TC: “Por el contrario, se sustenta en la suma de los intereses compartidos por cada uno de ellos. Por ende, no se opone, ni se superpone, sino que, axiológicamente, asume el interés privado”.

Sin embargo, además de las mismas normas constitucionales plasmadas en la Constitución lo que nos importa destacar es que ese mandato de cumplimiento se refleje en el diario desarrollo de la sociedad y el Estado. Esto es, el esfuerzo por una constitución eficiente, real, debe de poder reflejarse en las actuaciones de este Estado.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional pues es un eficiente reflejo de este esfuerzo, por supuesto, a esta debería de sumarse tanto la jurisprudencia judicial como la administrativa además de los mecanismos ciudadanos como la participación ciudadana y la academia jurídica, entre otros.

Tenemos por ejemplo la sentencia recaída en el expediente N° 0004-2006-PI/TC que relaciona al principio de igualdad con la ***efectivización del goce real y efectivo de los derechos que la Constitución y las leyes garantizan***¹³⁴.

La sentencia contenida en el expediente N° 1417-2005-AA/TC indica que este cumplimiento efectivo requiere de actuaciones del Estado y no solo actitudes pasivas, “a efectos de ***asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio derecho de dignidad humana***”¹³⁵.

De acuerdo con las sentencias contenidas en los expedientes N° 0018-2003-AI/TC y N° 4080-2004-AC/TC coadyuvan a este real cumplimiento los llamados poderes legislativo¹³⁶ y judicial¹³⁷ tanto en la configuración política como en la ejecución de sus actos.

De todo esto se colige que el esfuerzo por una eficiente y eficaz Constitución recae tanto en los poderes públicos como en otros poderes fácticos de nuestra sociedad.

D.6 Una Constitución histórica y peruana

¹³⁴ “El principio-derecho de igualdad se constituye en un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. Posee además una naturaleza relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de los derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional solo opera vinculativamente **para asegurar el goce, real, efectivo** y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan” (Exp. N° 0004-2006-PI/TC, FJ. 121).

¹³⁵ “En el Estado social y democrático de derecho, la ratio fundamentalis no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación que reclaman del Estado **una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio derecho de dignidad humana**” (Exp. N° 1417-2005-AA/TC, FJ. 19).

¹³⁶ “El establecimiento de las políticas legislativas en materia económica y social implica la determinación de acciones y la preceptuación de derechos y deberes destinados a la obtención del pleno empleo, la extensión del mercado, el fomento de la inversión, la distribución equitativa del ingreso, **la prestación eficaz, eficiente y plenaria de los servicios sociales, el efectivo goce de los derechos económicos y sociales** consagrados en la Constitución y la verificación del principio de igualdad en lo atinente a la elaboración y aplicación de la ley; y, singularmente, en lo pertinente a la consolidación de la igualdad real de oportunidades. Con la expresión “política legislativa en materia económica y social” debe entenderse integralmente tanto al conjunto de medidas que adopta el Estado para regular jurídicamente las actividades de producción, distribución, circulación y consumo de bienes y servicios; como a la pluralidad de previsiones que se adopten para propender a la realización de las posibilidades y la consecución del progreso y el bienestar general de la población. (...) [E]l Estado hace uso de su poder legisferante y dicta medidas normativas destinadas al cumplimiento de los objetivos económicos nacionales, concordantes con las expectativas de vida digna de su población” (Exp. N° 0018-2003-AI, FJ. 1.e).

¹³⁷ “El cumplimiento pleno de lo establecido en una decisión judicial supone (...) **la satisfacción real y efectiva, en tiempo oportuno, de lo decidido por el poder jurisdiccional**” (Exp. N° 4080-2004-AC, FJ. 17).

Una vez más, este aspecto excede el ámbito jurídico, pero tanto el texto constitucional como el Tribunal Constitucional reconocen la incidencia del aspecto histórico no solo como antecedente de las instituciones constitucionales sino como fundamento de sus actuaciones.

El reconocimiento de la ciudad del Cuzco como capital histórica, el régimen privilegiado de la iglesia católica y el reconocimiento del origen histórico de las regiones para justificar su configuración política muestran como nuestra Constitución atiende al factor histórico como concomitante al desarrollo político y jurídico del Estado y la sociedad.

El Tribunal Constitucional ha considerado el factor histórico tanto para fundamentar la protección de los derechos fundamentales¹³⁸ como para la configuración del Estado basado en una economía social de mercado, enfatizando que “no se trata (...) ni de asumir un texto constitucional neutro a cualquier modelo económico y capaz de sustentar cualquier tipo intervención, sino uno que dentro de márgenes razonables de flexibilidad, **permita la libre configuración del legislador tomando en cuenta las circunstancias históricas y económicas de cada periodo**”¹³⁹.

D.7 Una Constitución en el marco de una sociedad pluralista

Como ya se señaló, una Constitución requiere enmarcarse dentro de los valores democráticos. Esta incidencia en la democracia, recordemos, implica en el fondo reconocer la existencia de una sociedad plural, diversas personas, diversos grupos, cada uno con un contenido particular distinto y hasta opuesto.

El Tribunal Constitucional ha reconocido sendos aspectos de la democracia relevantes para nuestra sociedad¹⁴⁰, con relación al pluralismo ha sostenido que **la**

¹³⁸ “Podemos partir por definir los derechos fundamentales como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. **Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica**” (Exp. N° 0050-2004-AI, FJ. 72).

¹³⁹ “No se trata (...) ni de asumir un texto constitucional neutro a cualquier modelo económico y capaz de sustentar cualquier tipo intervención, sino uno que dentro de márgenes razonables de flexibilidad, permita la libre configuración del legislador **tomando en cuenta las circunstancias históricas y económicas de cada periodo**; y todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, basado en una economía social de mercado, busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social” (Exp. N° 00034-2004-AI, FJ. 28).

¹⁴⁰ “La democracia se fundamenta (...) en la aceptación de que **la persona humana y su dignidad** son el inicio y el fin del Estado (artículo 1 de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un **gobierno representativo** (artículo 45 de la Constitución) y del principio de **separación de poderes** (artículo 43 de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31 de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35 de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, **garantías institucionales** de esta. Entre estos se encuentran los denominados **derechos políticos**, enumerados en los artículos 2, inciso 17 y 30 a 35 (entre ellos destaca, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2, inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2, inciso 5), de reunión (artículo 2, inciso 12) y de asociación (artículo 2, inciso 13)”.

“Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, “herida de muerte” (Exp. N° 0030-2005-AI, FJ. 22) El Estado social y democrático de derecho posibilita la **integración del Estado y la sociedad**, así como la democratización del Estado. **La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado**”.

democracia representativa es una democracia pluralista pues la representación implica la interacción de diversas fuerzas políticas¹⁴¹ además de reconocerla en el mismo origen del Estado democrático de Derecho¹⁴². Asimismo, ha asociado a este pluralismo con la defensa y promoción de determinadas costumbres y manifestaciones culturales¹⁴³ en concordancia con lo señalado en la Constitución. Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha llegado a precisar que la interpretación constitucional, más allá de métodos formalistas debe de partir de la naturaleza pluralista de la sociedad democrática¹⁴⁴.

D.8 La Constitución que sustente un sentimiento constitucional

El Tribunal Constitucional ha hecho escasa referencia a la idea de sentimiento constitucional, sin embargo, ello no quiere decir que no lo tome en cuenta o que no lo precise necesario, desde que se concibe a las sentencias del Tribunal Constitucional como medios para lograr consensos en la sociedad y controlar los poderes haciendo eco de ello con el desarrollo del texto constitucional convirtiéndolo en normas constitucionales ya se propala el sentimiento constitucional. Esto es, los mecanismos jurídicos a los acude el Tribunal para justificar sus decisiones, decisiones basadas en los conceptos antes esbozados de sociedad abierta y plural, participación ciudadana, actuación de los poderes públicos objetivada por el interés general no son otra cosa que el intento más real de la consolidación de un sentimiento constitucional¹⁴⁵.

"Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social" (Exp. N° 0008-2003-AI, FJ. 13.c).

¹⁴¹ "La democracia representativa es una democracia pluralista, pues la representación encuentra en la soberanía popular a su fuente de poder y debe ser seno **de contrapesos y controles mutuos** entre las distintas fuerzas políticas. Pero no puede ser una democracia fragmentaria en la que no exista **posibilidad de generar consensos** entre las mayorías y minorías parlamentarias. En otras palabras, no cabe que so pretexto de identificar matemáticamente a la democracia representativa con la representación "de todos", se termine olvidando que, en realidad, de lo que se trata es que sea una **representación "para todos"** (Exp. N° 0030-2005-AI, FJ. 16).

¹⁴² "La aparición y consolidación del Estado Democrático de Derecho es **fruto de un largo proceso de afianzamiento de los principios de tolerancia y del pluralismo**, que planteados inicialmente a partir del ejercicio de la libertad religiosa, después se han fortalecido y cobrado nuevas perspectivas con el reconocimiento y protección de una larga lista de derechos fundamentales, entre los cuales un papel principal le ha correspondido jugar a la libertad de opinión y expresión (Exp. N° 003-2005-PI/TC, FJ. 317)".

¹⁴³ "El hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la **obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural**, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)" (Exp. N° 0042-2004-AI, FJ. 2).

¹⁴⁴ "El problema de la interpretación constitucional se configura de este modo como un problema relativo a la fuerza vinculante de los contenidos de la Constitución. Dichos contenidos, es sabido, dada la naturaleza pluralista de la sociedad democrática de la que intenta ser reflejo la Constitución, son en muchos casos ambiguos, indeterminados, vagos, abiertos. En suma, la interpretación constitucional es, en este sentido, una labor de "concretización" y también de intermediación entre el momento constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales. **No hay interpretación fuera del tiempo. El contexto y sus múltiples manifestaciones dan sentido y objetividad a la interpretación, que es ante todo una actividad humana que, partiendo del texto de la Constitución, debe sin embargo ser capaz de incorporar otros elementos de la vida cultural, social y anímica del momento en que la sociedad, a través del proceso, solicita la "ejecución" de determinada cláusula constitucional**" (Exp. N° 4853-2004-PA/TC, FJ. 28).

¹⁴⁵ Algunas ideas sobre la extensión del sentimiento constitucional podemos encontrarlas en:
 "Los valores comunes y la representación de sentimientos de identidad nacional deben ser preservados por el Estado a fin de cumplir el mandato constitucional de promover la integración nacional, conforme al artículo 17 de la Constitución" (Exp. N° 0044-2004-AI, FJ. 37).
 "La idea de patria tiene connotaciones cívico-sociológicas. Ellas implican una suerte de amor al suelo, donde uno ha nacido, a un pasado común y sus tradiciones. En ese sentido, dicha noción no se agota en el sentimiento de afecto al lugar que

3.2.2 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

A. BREVE REFERENCIA SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Aun cuando en nuestro medio es conocido el Derecho administrativo en base a determinadas características y/o instituciones que tienen como fuente al Estado – poder ejecutivo, las que medianamente, han sido descritas y por ello son reconocidas, esta rama del Derecho no solo cuenta con esas bases, es más, no hace más que iniciar sobre estas bases. La dinámica del Derecho administrativo no solo parte de un estudio de determinadas organizaciones y actos del Estado, este Derecho parte de una relación de diversos fenómenos tanto estatales como sociales. Entonces, debe quedar claro que puede cuestionarse la relevancia de los conceptos conocidos como clásicos por nuestros autores.

Por toda cuenta, este escrito no pretende ser un tratado de derecho administrativo, entre otras cosas, por existir diversos escritos con mucha mayor amplitud y pulcritud que el presente y con el objetivo claro de explicarlos, la labor de este apartado solo es exponer ideas claves referidas a lo que debe denominarse Derecho Administrativo y a partir de ahí poder iniciar algún análisis, empero, con esta mera afirmación ya inician los problemas.

Esto dada cuenta que el contenido del Derecho administrativo ha sido tan discutido desde su mismo origen hasta hoy no solo en su natal Francia sino en otras latitudes. Entonces, ¿De dónde obtenemos los primeros pasos de esta rama del Derecho? Y ¿Cuál es su relación con la Constitución? Desde nuestro punto de vista, las raíces del Derecho Administrativo son constitucionales y son las que mencionamos en el apartado anterior, lo explicaremos en detalle más adelante.

Lo que se acaba de afirmar no implica que el Derecho administrativo no tenga un perfil propio, solo que su perfil se inspira en la Constitución o mejor dicho en el Estado social y democrático de Derecho que inspira y debe inspirar las constituciones modernas. El Derecho administrativo, como diría el maestro Jean Rivero, no tiene una pieza clave o un criterio único, sino que está compuesto por un conjunto de técnicas y principios que lo conforman¹⁴⁶, técnicas o principios que se derivan

nos cobija, sino que trasciende hacia los hombres que la "nutrieron" con su ejemplo y conducta. Surge como consecuencia de las experiencias de los años formativos en la niñez y la juventud, y por la adhesión elemental al medio en donde nuestros antepasados forjaron nuestro presente y las nuevas generaciones construyen el futuro. (...) La patria se traduce en el culto a los mártires y héroes defensores del suelo y su destino, así como en la exaltación y veneración cívica de las tradiciones forjadas en la interacción social.

En suma, expresa la comunión de afectos de los miembros de una nación que se reconoce y valora a sí misma con afecto, amor y ardor cívico" (Exp. N° 0042-2004-AI, FJ. 36).

¹⁴⁶ Rivero, Jean, ¿Existe un criterio de derecho administrativo? Páginas de derecho administrativo, Bogotá: Editorial Temis, 2022. Pg 40: "Estas nociones, por lo demás, no hay que descubrirlas; y si uno persiste en pensar que los esfuerzos de la doctrina para descubrir el criterio del derecho administrativo se ha encaminado en falso, se concluye que tales esfuerzos no han sido en vano, en la medida que han, sucesivamente, puesto en claro los principios fundamentales de la disciplina; su única falla ha sido sin duda – y es en ese estadio que la investigación ha podido desviarse bajo la presión de la práctica – el de hipertrofiar cada uno de esos principios, y oponerlos entre sí. Es del acercamiento a esas verdades parciales y complementarias de donde puede desprenderse la imagen de un derecho administrativo en algún modo unificado, pero no obstante armonioso".

indefectiblemente de los principios del Estado social y democrático de Derecho, ese es su norte.

Como se conoce en doctrina, el Derecho administrativo surgió en Francia, teniendo como primera fuente la interpretación disidente a la que hacía referencia García de Enterría y como creador al Consejo de Estado francés, institución que realiza un control judicial de las decisiones de la Administración pública como hoy en día realiza nuestro juez contencioso administrativo.

Fue el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado el que cimentó las primeras nociones de Derecho administrativo siempre bajo una filosofía política de corte liberal. Inicialmente con la sola intención de diferenciarse del régimen de derecho común, y posteriormente bajo la égida del servicio público, dogma que fue sacudido por cambios económicos y sociales derivados de la primera guerra mundial¹⁴⁷.

Las ideas madre a las que suele estar anclando el Derecho administrativo así surgido, son interés público, potestades administrativas, servicio público, acto administrativo, responsabilidad administrativa, régimen exorbitante, principio de legalidad, entre otras.

Es este bagaje teórico el que ha permitido esbozar algunas ideas sobre lo que es el Derecho administrativo al menos en la dogmática extranjera, por ejemplo, García de Enterría señala que es el derecho estatutario de las administraciones públicas que las sustrae del régimen de Derecho Común¹⁴⁸.

Cassagne la define como aquella parte del Derecho público que regula la organización y el funcionamiento de todo órgano que tenga potestades de poder público a su vez derogatorias de derecho privado¹⁴⁹. Garrido Falla, por su lado, asume que es aquella parte del Derecho Público que regula la organización y funciones del poder ejecutivo en su relación con los administrados y en el ejercicio de la función administrativa de otros poderes del Estado. Por su lado, para Jaime Orlando Santofimio es el subsistema del derecho positivo que tiene por objeto el conocimiento y regulación jurídica de los órganos, sujetos, funciones y finalidades de la Administración pública y en sus relaciones con los administrados¹⁵⁰.

Con sus particularidades estas definiciones y otras similares remiten más o menos a los elementos comentados, por nuestra parte no pretendemos plantear una nueva, entre otras razones, por lo monumental de la tarea y los escasos elementos con los que contamos.

¹⁴⁷ Consultar: Prosper Weil y Dominique Pouyaud, 27ª. Ed. Le droit administratif. Paris: Presses Universitaires de France / Humensis. Existe también una edición en español: Prosper Weil. Derecho administrativo. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

¹⁴⁸ García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. Curso de derecho administrativo tomo I, Lima – Bogotá: Palestra – Temis, 2006.pg 28 y ss.

¹⁴⁹ Cassagne, Juan Carlos, 7ma Ed. Derecho administrativo tomo I. Bueno Aires: Abeledo-Perrot – Lexis Nexis, pg 109 y ss.

¹⁵⁰ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, "Fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo colombiano", Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n° 31. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pg 177.

Existe además una idea que busca justificar de manera sintética la existencia del Derecho administrativo, de acuerdo con ella, este es el derecho que busca el equilibrio entre las prerrogativas de la administración con los derechos y garantías que les corresponde a los individuos. Podríamos quedar conformes si bien ya no con una definición precisa, al menos con esta idea primigenia.

Esta es la base del Derecho administrativo que suele ser estudiado en nuestro país. Sin embargo, incluso se pueden formular algunas observaciones a esta forma de ver el Derecho administrativo.

Autores como Eberhard Schmidt-Assmann¹⁵¹ en Alemania o Parejo Alfonso¹⁵² en España propugnan ya desde hace varios años nuevas posturas referidas al Derecho administrativo, esencialmente se señala la necesidad de conformar un sistema alrededor de las instituciones de esta rama jurídica, implicando otros aspectos relativos a una visión flexible de la legalidad y una fuerte discrecionalidad.

En estas nuevas concepciones la participación de los privados en esquemas de negociación o prevención suelen tener un papel preponderante, en buena medida es una revolución al principio de legalidad tal y como fue propuesto en el Estado de Derecho inicial llegando a proponer nuevas formas de legitimación además de la sola ley.

No solo la legalidad es puesta en cuestión, el esquema sobre el que se asienta nuestro derecho administrativo en su conjunto es cuestionado, siempre fuera de nuestros límites nacionales. La racionalidad weberiana afirma, Buchely, es un sueño creado bajo un entendimiento errado de Max Weber.

De esta forma las instituciones señaladas párrafos atrás como las potestades, el interés público, el régimen de funcionarios y organizativo en general, todas de fuerte enraizamiento weberiano, son fuertemente cuestionadas. El Public Choice al “desmitificar” el comportamiento neutro del funcionario público, fue un primer antecedente crítico a estas figuras clásicas del Derecho administrativo.

Con lo justificado de estos planteamientos, que no es propicio explayar en esta exposición, existe un aspecto que sí conviene subrayar.

Desde los inicios del Derecho administrativo este ha sido una configuración nacional, y es propicio verlo desde esa óptica. En Francia, ocurrió, como suele señalar la doctrina francesa, “*un milagro*”, Prosper Weil ha señalado que para que ese milagro ocurra fueron necesarios determinados elementos: una forma del Estado, el prestigio del mismo derecho y de los jueces y el espíritu de los tiempos. Este modelo fue replicado en otros países, siguiendo los primeros planteamientos que se basaban en esa filosofía política liberal, la idea primigenia es por todos conocida: Controlar los actos administrativos.

¹⁵¹ Ver: Eberhard Schmidt-Assman, La teoría general del derecho administrativo como sistema. Madrid – Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. S.A. 2003.

¹⁵² Entre otras, ver: Parejo Alfonso, Luciano. Crisis y renovación en el Derecho Público. Lima: Palestra Editores, 2008.

De esa forma fue que llegó a nuestros países, o al menos, como se desenvuelve hoy en día, se puede decir que el Derecho administrativo peruano es un derecho cuya parte general es exportada casi en su totalidad, y su parte especial copiada de diversas fuentes, ya sea del mundo anglosajón cuando no del europeo continental, tristemente, muy de acuerdo con las modas. La crítica que expone Parejo Alfonso respecto de la doctrina del Derecho español a la cual acusa de preocuparse mucho de modas y poco de desarrollos jurídicos de su realidad, son más que trasladables a nosotros.

Aun cuando no podemos estar de acuerdo con todo lo señalado por Eberhard Schmidt-Assmann, por diversas razones, el esquema sistemático propuesto y que tiene por ejes la constitucionalización del Derecho administrativo, la dignidad humana y la separación de la doctrina del Derecho administrativo en parte general y parte especial¹⁵³, nos seduce especialmente.

Schmidt-Assmann muestra que existe una relación de retroalimentación entre la parte general y la parte especial del Derecho administrativo, esta relación se actualiza constantemente y a su vez se nutre a la Constitución con ella. Solo una dogmática bien desarrollada puede brindar un soporte coherente a la parte especial, y esta ha de garantizar la consolidación y desarrollo de la parte general.

La consecuencia de esta síntesis es lo que se denomina “ámbitos de referencia” que es el resultado de una función de la parte especial. A partir de la labor realizada por la parte especial es posible extraer la temática o problemática que deben ser objeto de atención por la parte general. “Los ámbitos o sectores de referencia de la Parte Especial del Derecho administrativo poseen la virtualidad de enriquecer la Parte General con su importante aportación, cual es la de poner el acento en los fines y funciones que persigue la acción administrativa en cada caso, dimensión ésta que ha sido reiteradamente reivindicada por contraposición a un modelo o sistema de pensamiento basado en conceptos generales”¹⁵⁴.

Los ámbitos de referencia pues son de la más alta importancia para el Derecho administrativo, pero para los intereses de esta exposición resulta importante resaltar que es un concepto de aplicación nacional, así los ámbitos de referencia del Derecho administrativo español no son necesariamente los mismos que los nuestros, de esta manera la doctrina de derecho administrativo encuentra un límite material, de esta forma un buen administrativista es uno que conoce su realidad y aplica el Derecho especial y desarrolla el general en base a esa realidad, no solo que lo exporta del extranjero. Vasta diferencia con el Derecho civil, por ejemplo.

¹⁵³ Eberhard Schmidt-Assmann pg 12: “Los ámbitos o sectores de referencia de la Parte especial del Derecho administrativo poseen la virtualidad de enriquecer la Parte general con su importante aportación, cual es la de poner el acento en los fines y funciones que persigue la acción administrativa en cada caso, dimensión esta que ha sido reiteradamente reivindicada por contraposición a un modelo o sistema de pensamiento basado en conceptos generales”.

¹⁵⁴ Eberhard Schmidt-Assman, La teoría. pg 12.

Además, con esto tenemos que las instituciones que se consideran claves por la dogmática tradicional pueden acabar teniendo un rol secundario en nuestro Derecho si es que no son un ámbito de referencia relevante para nosotros, el ver la realidad pese a lo que sea, es la primera labor de nuestros administrativistas. “La consecuencia de esta inadecuada selección de los ámbitos de referencia es clara: la imposibilidad de aprehender por entero la multiforme variedad y riqueza de la praxis administrativa”¹⁵⁵.

Luego de ir contra a los postulados de la racionalidad weberiana, Lina Buchely¹⁵⁶ expone entre otras, la postura de Michael Lipsky quien habla de las *Street level administration (burocracia callejera)*, que refiere a la burocracia que está relacionada directamente con la atención del ciudadano, de esta forma, este fenómeno se puede entender como un ámbito de referencia en su propio contexto, en este caso los Estados Unidos. Esta burocracia callejera tiene sus particularidades, Lipsky asevera que los funcionarios de rango bajo de estas burocracias son los que en realidad hacen las políticas públicas, las ejecutan de acuerdo a su criterio y discrecionalidad, encontrando soluciones más allá de la acción formal de la administración, además de establecer relaciones personales con los ciudadanos¹⁵⁷.

De la misma forma, se nos presenta urgente la necesidad de encontrar ámbitos de referencia de nuestra realidad peruana, poder formar una dogmática de la parte general que pueda interactuar con una parte especial y que se plasme a nivel constitucional, la constitucionalización del Derecho administrativo no es solo transcribir una dogmática extranjera en la Constitución implica un trabajo más severo, si es que realmente deseamos hacer funcional nuestro Derecho administrativo.

La escuela del Public Choice, las tendencias relatadas por Buchely y demás interpretaciones pretenden desmontar la racionalidad weberiana, empero, pese a que sea verdad que Weber jamás planteó un modelo abstracto para todas las administraciones públicas, sino que solo trató de explicar su realidad alemana, las instituciones se forman a lo largo del tiempo, y esa racionalidad es sin duda ya parte de nuestra historia iusadministrativa, pretender derrumbar todas estas bases es simplemente acabar con lo poco que tenemos de justicia y seguridad jurídica.

Sí hay, sin embargo, partes que reformar y algunas paredes que derrumbar desde los cimientos. Una de ellas es el mito de la división de técnica (entendida en sentido amplio como derecho administrativo) y política. Sin que sea el espacio de hacer un estudio al respecto, lo que podemos decir es que el Derecho y las reglas y normas que toque implementar son solo herramientas, como toda herramienta siempre sigue

¹⁵⁵ Eberhard Schmitd-Assman, La teoría. Pg 13.

¹⁵⁶ Las burocracias una aproximación distinta a la manera en la que pensamos el Estado, Akhil Gupta ...; estudio preliminar, Lina Buchely. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, 2014.

¹⁵⁷ Un esfuerzo por estudiar el fenómeno de la Administración pública y el ejercicio de su discrecionalidad en nuestro país más allá del análisis jurídico y basado en el análisis de Lipsky lo encontramos en Diego Cerna, Luis García, Félix Puémape, Paolo Sosa, Mauricio Rentería y Lucila Rozas. Acá no hay ventanillas. La burocracia de la calle en los programas sociales. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2017.

un fin, este fin siempre está en manos de la política. Y siempre habrá alguien que quiera imponer sus intereses, es inocente, nótese, que se piense que el detentador de la finalidad siempre será el Estado y aún más iluso que ese fin sea el interés público. Siempre debe ponerse en examen toda esta cadena de poder a fin de asegurarnos que realmente sean intereses públicos los que se están realizando.

Entonces, la separación entre el Derecho administrativo y la política es un imposible, lo que debemos de hacer es que esa política, esa finalidad política se condiga con los intereses públicos que debe tutelar y no con otros.

Sin embargo, el tema más polémico sobre nuestro Derecho administrativo es el de la legitimidad. Actualmente nos apoyamos en el esquema de legalidad del primigenio Estado de Derecho liberal, aquel que sirvió de sustento a los revolucionarios franceses para la gesta de 1789. Era pues la voluntad general de todos los individuos la que otorgaba el poder a la ley, los legisladores actuaban fiduciarios en nombre de esa voluntad general, era el pueblo quien realmente, mandaba y este no podía mandar contra sí mismo. Este esquema decimonónico está por demás superado por la realidad¹⁵⁸. Y la fuente de legitimidad, al menos no la única, no puede ser únicamente el parlamento ni el juez¹⁵⁹, a partir de una decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania se abrió la puerta a diversos tipos de legitimación basadas en elementos participativos y representativos. “En suma, de cuanto antecede se infiere un concepto de legitimación democrática que se caracteriza por su dimensión plural y procedimental”¹⁶⁰. Que no se entienda mal, la idea no es copiar lo señalado por el Tribunal Alemán, sino abrir las posibilidades a distintas formas de legitimar la actuación de la administración, como señala Eberhard, en base al pluralismo y procedimientos argumentativos. El límite será sin duda la recurrencia a los principios generales del Derecho.

B. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO BASE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Las líneas anteriores cierran con el enfoque brindado por el argentino Carlos Balbín quien concluye en la necesidad de actualizar las tres etapas del Estado: Estado de Derecho, Estado Democrático y Estado Social de Derecho¹⁶¹, cada etapa pues, se mantiene de diversas técnicas, el principio de legalidad y control del poder de la primera, la participación real de la ciudadanía en la segunda y la acción de reivindicación social de la tercera a fin de lograr una justicia igualitaria.

¹⁵⁸ Nicolás Bonina y Nicolás Diana, La deconstrucción del derecho administrativo. México: Editorial Novum, 2012.

¹⁵⁹ El control del juez entendido como control legal de la función administrativa.

¹⁶⁰ Eberhard Schmitd-Assman, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo”, en Innovación y reforma en el derecho administrativo, editado por Javier Barnes. Sevilla: Editorial Derecho Global- Global Law Press, 2006. Pg 62.

¹⁶¹ “La necesidad de adaptación de nuestro conocimiento a través de los tiempos debe estudiarse desde las perspectivas evolutivas del Estado de Derecho, el Estado Social de Derecho y, por supuesto, el Estado Social y Democrático de Derecho. Cabe entonces preguntarse cómo impactó el Estado de Derecho, el Estado Social y el Estado Democrático en el contenido y sentido del Derecho Administrativo” Balbín, Carlos, Un derecho administrativo para la inclusión social, Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n° 58. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pg 41.

En breve, el Estado de Derecho ha atravesado una serie de etapas, más allá de las polémicas se reconoce en doctrina tres etapas al menos, por cierto, las tres relacionadas al principio de legalidad y consecuentemente al ejercicio de las potestades administrativas.

El decir que el Estado ha atravesado etapas quiere decir, entre otras cosas que este es evolutivo, que ha ido reajustándose históricamente. Así también, cada etapa ha implicado determinados principios, siempre claro enraizados a su contexto. El Derecho administrativo, como parte del Derecho, ha ido variando su configuración al compás de las diversas etapas y “en cada una de estas instancias evolutivas del Estado constitucional, el papel de la Administración pública ha constituido su arma más importante”.

De acuerdo con el concepto inicial de Estado de Derecho este significaba el respeto a la ley reflejado en el principio de legalidad. Hoy en día el Estado de Derecho sigue teniendo al principio de legalidad como soporte, pero ya no como una legalidad formalista sino con un sentido teleológico, “no estamos más frente a un derecho administrativo de corte estrictamente liberal, simple defensor de intereses subjetivos e individuales con escaso contenido sustancial, esto en la medida en que la Constitución política define un marco finalístico, social y de instrumentos participativos y de defensa de la comunidad y lo público, que complementa de manera magnífica el contenido material tradicional y clásico de nuestra disciplina¹⁶².

A partir de la Constitución española Meilán Gil refiere además a los principios de seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad, tutela judicial efectiva, entre otros¹⁶³. A esto agrega Eberhard Schmidt- Assmann la protección de posiciones jurídicas individuales y la adopción de determinadas herramientas y procedimientos como el principio de proporcionalidad, la razonabilidad, equidad entre otras¹⁶⁴.

Los principios de orden democrático suelen estar reconocidos constitucionalmente, legislativamente y jurisprudencialmente, Meilan Gil refiere al principio de soberanía del Estado, al que se le puede sumar el de la división de poderes, el pluralismo político, la participación en asuntos públicos, entre otros. Estos principios se encuentran estipulados no solo en la Constitución española, sino también en la peruana.

Pese a este reconocimiento, como propone el profesor Santofimio Gamboa, corresponde cuestionar cual es la incidencia de estos principios democráticos en nuestra Administración pública, “a nivel doctrinal y en tratándose de su ejercicio frente al poder ejecutivo del Estado **se ha llegado a sostener por algunos sectores que la democracia tan solo se consolida a niveles superiores y decisivos del**

¹⁶² Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Fundamentos. Pg 211.

¹⁶³ Meilan Gil, José Luis, “La administración pública a partir de la constitución española de 1978”, Revista Española de Derecho Constitucional, n° 47. Pg 60.

¹⁶⁴ “El moderno Estado de Derecho, en suma, habrá de asumir dos objetivos fundamentales: la ordenación de las complejas contraposiciones de intereses y el hallazgo de modelos de procedimientos y de organizaciones adecuados, capaces de adaptarse a esas situaciones. Eberhard Schmidt-Assman, Cuestiones fundamentales. Pg 56.

poder ejecutivo, el cual para justificar el sistema y sumido dentro del principio de igualdad con el poder legislativo debe integrarse de manera democrática. **Los otros niveles del ejecutivo están constituidos propiamente por la administración, que es considerada como de naturaleza autocrática, dependiente y subordinada, consecuentemente ausente de los principios de integración democrática (...)**¹⁶⁵.

Pero la democracia en cuanto sustento de la Constitución y el Derecho administrativo también puede ser cuestionada por su punto de partida. Mencionamos líneas atrás que uno de los principios fundantes de la Administración moderna es la separación de poderes, al menos como es concebida tradicionalmente.

Desde este punto de vista tradicional, la separación de poderes es el mecanismo singular del Estado de Derecho surgido de la revolución francesa y sustentado en las posturas de Locke y Hobbes. Esta consiste en lograr dividir el poder político en tres partes de tal forma que no quede este en una sola mano y con ella corra el riesgo de volverse despótico. El check and balance estadounidense enfatizó el control mutuo de los poderes del Estado a fin de que ninguno exceda sus atribuciones.

El principio de legalidad que suele comentarse como el principio base de todo el ordenamiento administrativo delimita la acción de la Administración pública, cumpliéndose de esta manera con la delimitación del poder ejecutivo por el legislativo, estando además sometido al control de legalidad ejercido por el poder judicial.

Esta forma decimonónica de estudiar las relaciones entre estos poderes del Estado, que en realidad son solo algunos de los poderes, ha llevado a cuestionar a Eberhard Schmidt-Assmann la mencionada legitimidad del poder ejecutivo que se desprende de este principio de división de poderes.

Para el autor alemán esta fuente legalista, proveniente del parlamento, no debería ser la única forma de legitimación democrática. Desde su perspectiva y de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal señala que además de la clásica legitimación democrática surgen formas de legitimación desde la participación de grupos sociales interesados en los asuntos que les interesen, asimismo, que la legitimidad a democrática debe de ser procedimental, lo que implica garantizar la defensa de los intereses públicos perseguidos en toda la cadena de producción del acto administrativo.

Finalmente, Schmidt-Assmann hace referencia a un tipo de actuación que debe de caracterizar a la Administración que denomina “el estilo democrático de la Administración” pues “ha de tenerse en cuenta que la acción administrativa no ha de ser solo conforme a la Ley y al Derecho, sino que más allá de ese estándar mínimo debiera de satisfacer otros criterios de corrección (eficacia, calidad, etc). Si se adopta

¹⁶⁵ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Fundamentos. Pg 238.

esta perspectiva, adquiere una mayor relevancia la idea de la aceptación de los ciudadanos”¹⁶⁶.

En doctrina las ideas relativas al Estado Social de Derecho importadas desde occidente tienen sustento en la necesidad de solucionar desde el Derecho diversas problemáticas sociales más o menos a partir de la denominada revolución industrial¹⁶⁷ entre otros fenómenos de orden social¹⁶⁸. Lograr el cambio social a través de la ciencia jurídica inspirado en valores democráticos y principios como igualdad o solidaridad.

Para nuestros fines, este Estado Social tiene sus pilares en la actividad propositiva del Estado, esto es, requiere de su actuación. Tal y como señala Parejo Alfonso, son la dirección y coordinación dos esferas de actividad centrales para este nuevo rol del Estado sumadas a adjetivos como eficiencia o calidad en la ejecución de estas actividades¹⁶⁹.

Se puede desprender que no es sino a través de la acción de la Administración pública y/o las instituciones públicas activas a través de las cuales se van a poder lograr estos objetivos. Tenemos entonces a esta Administración como la actora central en pos de los logros de este modelo de Estado, tanto así que se le ha llamado *Estado Social Administrativo*¹⁷⁰. **De esta forma es como se relaciona el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración con el Estado Social.**

Sin que sea este el lugar para exponerlos, de entre los problemas que se pueden plantear frente a este modelo de Estado¹⁷¹, es importante resaltar el problema respecto de los medios a utilizar para la realización de este Estado social. Es un problema en tanto que uno de los medios usuales es la constante colaboración del sector privado. Como se puede apreciar a primera vista, la idea de intereses privados asumiendo finalidades públicas, las del Estado social, no son compatibles. El problema en si es pues la posibilidad de desvío de estos fines, no solo ante la escasa supervisión del Estado en estos escenarios, sino ante la influencia y copamiento de los intereses privados en el núcleo del Estado, como tristemente hemos visto en los

¹⁶⁶ Eberhard Schmitd-Assman, Cuestiones fundamentales. Pg 65.

¹⁶⁷ “Para Forsthoff la Revolución Industrial es el hecho clave que representa un punto de inflexión en la historia: los procesos de industrialización cambian completamente las estructuras de trabajo y los modos de vida, conllevando una explosión demográfica sin precedentes que, a su vez, genera importantes movimientos poblacionales del campo a la ciudad. Este aumento de población se caracteriza por el fenómeno de la concentración: la gente se concentra en las ciudades – en ellas está el trabajo -, y se concentra en las fábricas cada vez más grandes – donde se desarrollan largas jornadas laborales -; y, finalmente, se concentra también en sus casas, cada vez más pequeñas, para con ello hacer frente al crecimiento de los núcleos urbanos”. Magaldi, Nuria, Procura existencial, Estado de Derecho y estado Social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Pg. 71.

¹⁶⁸ La referencia la tomamos de Forsthoff pues como señala Magaldi: “(...) este reproche es una constante en la obra de Forsthoff, para quien las estructuras y formas del Derecho administrativo del siglo XIX, en tanto que concebidas en el marco del Estado liberal burgués y por juristas de impronta positivista y formalista, resultan inadecuadas en el nuevo contexto surgido de los procesos de industrialización y urbanización de las sociedades modernas”. Magaldi, Nuria, Procura. pg 53.

¹⁶⁹ Parejo Alfonso, Luciano. Crisis. Pg 60.

¹⁷⁰ Parejo Alfonso, Luciano, “El estado social administrativo: Algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”, en Revista de Administración Pública 153.

¹⁷¹ En particular Desdentado Daroca revisa estos males entre los que cita, la sobrecarga y déficit de financiación, crisis de eficacia y legitimidad desde el public choice, a las bases culturales relativas a concepción de la relación estado – sociedad. Desdentado Daroca, Eva. La crisis de identidad del derecho administrativo: Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

arbitrajes de intereses públicos lo que decanta en un enmascaramiento del ejercicio de las potestades discrecionales.

Finalmente, esto se refleja en la conocida polémica de filosofía política sobre los límites del Estado y la sociedad. Como destaca Esteve Pardo estos límites son cada vez más difusos, pero no por la imposición de una dirección del estado como se predijo décadas atrás, todo lo contrario, por una sobrecogedora fuerza de los sectores privados¹⁷².

De esta forma un enfoque completo de lo que debería contener el Derecho administrativo, engloba en principio, los elementos clásicos enarbolados por la racionalidad burocrática¹⁷³, pero sumándole los elementos de soporte democrático y de igualdad social, elementos por cierto sin los que apenas puede decirse que exista Derecho en nuestro país.

La democracia en el Derecho administrativo implica interrelación con el ciudadano, no solo desde un punto de vista tutelar de sus derechos e intereses, sino viéndolo en su totalidad, pero con las diferencias propias entre público y privados, y entre los privados mismos. No todos los privados son iguales, a pesar de que es algo obvio, el esquema decimonónico y ya vetusto del principio de legalidad nos impide ver lo evidente. Por ejemplo, un plomero particular no es lo mismo que el accionista mayoritario de una empresa concesionaria, pese a que ambos son privados que pueden estar ubicados frente a la misma Administración en un determinado en concreto. Por supuesto, esas diferencias se plasman en la participación de estas personas en la realidad. Se sabe de antemano que las personas privadas en principio somos cazadores de nuestros intereses, tenemos poder y lo usamos en nuestro beneficio, entendiéndolo en términos benthamianos. El poder pues, que puede desplegar un plomero no es el mismo que un concesionario, lo lamentable es que nuestra realidad muestra que el uso irresponsable de ese poder privado es una costumbre en nuestro diario devenir. Estas realidades no pueden ser ignoradas por el Derecho administrativo y se deben de medir las consecuencias del poder de los particulares y la influencia que tienen en el manejo de los intereses públicos, para ello, las administraciones deben idear técnicas o establecer principios para controlar este poder privado en determinadas situaciones. La democracia en el Derecho administrativo no puede funcionar como una palabra mágica que se usa cada cinco años, sino que debe teñirse de conocimiento y acción constante.

Recordemos que tanto los poderes públicos como los privados se encuentran relacionados con el Estado y la sociedad, por lo que todos colaboramos con lo que Leon Duguit denomina la interdependencia social, que no es sino la solidaridad

¹⁷² "La sociedad no ha perdido su capacidad de autorregulación, sino que la ha potenciado extraordinariamente hasta el punto de conquistar, valiéndose de esa potencia autorreguladora, espacios genuinamente estatales". Esteve Pardo, José. La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis. Marcial Pons, 2013. pg 78.

¹⁷³ "Entre los atributos que a juicio de Weber caracterizan a la burocracia, se pueden mencionar los siguientes: 1) Administración racional; 2) obediencia con base en el derecho y en un "cosmos de reglas abstractas"; 3) orden impersonal; 4) competencia basada en deberes y servicios objetivamente limitados en virtud de una distribución de funciones; 5) principio de jerarquía administrativa que responde a la formación profesional de los funcionarios; 6) inexistencia de apropiación de cargos; 7) apego al expediente y organización en torno a "la oficina" como médula de la forma moderna de asociación profesional". Zabludovsky, Gina, "Burocracia" en Léxico de la Política. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2013. Pg 13.

entendida como deber de todos los hombres en cuanto integrantes de una sociedad¹⁷⁴.

El otro aspecto es el relativo al pluralismo, una diversidad de culturas en un país no debería entenderse como una lucha o imposición de las más fuertes sobre las demás, como lamentablemente pasa en el Perú. Aun cuando nuestra ley de procedimiento establece un artículo legal referido a la interculturalidad, que no es sino la convivencia armónica entre distintas culturas esto no se refleja en el texto de esa misma legislación. El funcionario peruano acostumbrado a un comportamiento de atrofiado positivismo no encuentra soluciones alternativas para satisfacer los mínimos requerimientos democráticos en este sentido. Una acción tan simple como realizar notificaciones administrativas bajo puerta en comunidades campesinas en las que no existe numeración en las viviendas (por lo que en la práctica no es posible consignar domicilios colindantes como lo establece la norma), no puede implicar la desatención del debido procedimiento a las personas que viven en estas comunidades como suele pasar.

Por último, con respecto a la denominada constitucionalización del Derecho administrativo, es preciso señalar que esta relación se encuentra con los aspectos relatados en el primer acápite de este marco teórico. La constitucionalización pues implica una mutua conexión entre estas dos ramas del Derecho, y en buena medida el presente trabajo se basa en esta relación. Esto es, los aspectos normativo, político, social, institucional, sentimental, etc del Derecho constitucional van a interactuar con los mismos aspectos del Derecho administrativo. Tenemos testimonio en Francia, de Pierre Delvolvé, Martin Ibler en Alemania, Javier Barnes en España o Santaella Quintero en Colombia, de cómo se ha dado esta interacción a nivel normativo, político, social, institucional y sentimental no solo en la actualidad, sino a nivel histórico. Cabe señalar también que esta constitucionalización del Derecho administrativo (y su inversa administrativización del Derecho constitucional) parten del paradigma del Estado social y democrático de Derecho teniendo por norte los derechos fundamentales y por ello, expresándose tanto como control para no afectarlos y como punto de partida para su promoción y efectiva realización¹⁷⁵.

C. LAS CONCLUSIONES DE ESTA RELACIÓN

El Derecho administrativo tiene como fuente la tutela de **derechos fundamentales**, sus procedimientos y organizaciones tienen como fin su satisfacción ya sea en un rol pasivo o activo.

¹⁷⁴ Duguít Leon, Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera. Pg 28 y ss.

¹⁷⁵ "Su tarea no consiste en "pasar a limpio" lo que la Constitución contiene, concretando sin más los detalles, puesto que ésta ni contiene un programa cerrado, menos aún –de ordinario– una opción única, ni fija los medios para conseguir los objetivos que marca, ni las políticas a llevar a cabo, las prioridades o los modos y los niveles en que éstas hayan de satisfacerse. Con todo su amplio espectro, el Derecho Administrativo goza de una notable autonomía cuando busca transponer a la realidad, a modo de puente y transformador, los objetivos y fines, las libertades, las garantías y los servicios esenciales que la Constitución encierra". Barnés, Javier, "La interacción entre la Constitución y el Derecho administrativo: límites y patologías", en Constitucionalización del Derecho administrativo, XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

El Derecho administrativo no tiene como único fundamento al principio de legalidad o solo a las instituciones del Estado, siempre está relacionado **tanto al Estado como a la sociedad** encontrando su **legitimación** en diversas fuentes.

El Derecho administrativo es una **creación nacional** pues requiere de un contexto particular para poder desarrollar sus ámbitos de referencia, en consecuencia, debe atender a su propia historia.

Corresponde revisar las ideas básicas de nuestro Derecho administrativo a fin de que esté acompasado con los fundamentos del **Estado social y democrático de Derecho** en el marco de la Constitución.

El Estado social y democrático de Derecho implica la realización efectiva de sus principios, por lo que ha de valerse de las actuaciones de la Administración pública para ello. Por ello se ha llegado a conocer a este Estado como **Estado Administrativo**.

Los principios y características que se deriven del Estado social y democrático de Derecho informan todo el Derecho administrativo de tal forma que este **es un instrumento de aquel**.

En el marco del Estado social y democrático de Derecho, el Derecho administrativo **se legitima por las acciones** de los representantes del Estado y la sociedad.

D. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

D.1 DEFINICIÓN

¿Que entendemos por Administración pública?

Siendo que nuestro objetivo es descubrir si es que las potestades discrecionales de la Administración pública cuentan con bases en la Constitución y si no las tiene, porqué debería de tenerlas, resulta necesario determinar a qué es lo que nos referimos cuando hablamos de discrecionalidad y el ente de la que se predica, esto es, la Administración pública.

El objetivo es exponer primero las ideas de Administración pública que resultan esenciales para diferenciarla de otras figuras además de lo que implica su actuación. Junto a ello se expone el régimen atinente a la discrecionalidad administrativa y su régimen en nuestro ordenamiento.

D.2 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Si bien el Derecho administrativo no es una rama del Derecho milenaria como el Derecho civil o el penal y aun cuando la misma literatura a su alrededor no es tan copiosa como la de aquellas ramas, el Derecho administrativo es una rama extremadamente compleja. La complejidad dicha obedece a diversos factores

algunos de los cuales vamos a relatar, los que por cierto no dejan de estar en discusión no solo por lo refinado de lo teórico sino también por su dinámica y utilidad, tenemos por consecuencia a una rama del Derecho con más problemas que claridades, si a ello le sumamos el contexto peruano, veremos que lo que realmente se ha hecho sobre la rama no hace sino inevitable el cuestionarse por la necesidad de mantener su existencia.

Un buen ejemplo es el referido a la cuestión que ha de plantearse más adelante sobre las teorías subjetivas u objetivas de lo que se entiende por Administración pública que en realidad repercuten en la misma definición del Derecho administrativo, por eso, es pretencioso plantearla por adelantado y aún más cuando esa misma discusión no tiene un claro vencedor.

D.3 ORIGEN

Lo que resulta más o menos claro, es que es el resultado de un devenir histórico. Se suele señalar que encuentra su origen en 1790, justo luego de la revolución francesa de 1789, y aquí hallamos nuestro primer problema: Aun cuando sea claro para la doctrina mayoritaria el origen en tal fecha, ¿Son los hechos acontecidos en la Francia de 1790 relevantes para el Perú de 2022? Parece correcto cuestionarse por estas relaciones pues que compartamos la misma tradición jurídica y que nuestras figuras jurídico-administrativas sean una derivación de las francesas gracias a la influencia española no quiere decir que tengamos que explicar nuestra realidad con su historia.

Quede pendiente de resolver esta duda respecto de la revisión de la historia francesa para justificar nuestras instituciones jurídicas, pero, valgan verdades, es innegable que al menos en la Europa occidental la historia del Derecho administrativo está estrechamente relacionada a los eventos de 1789. Esto, por supuesto, irradia en nuestras tierras, siendo que nuestro sistema jurídico es tributario de esa misma Europa, empero no es suficiente para decir que la revolución francesa es la explicación histórica de nuestro Derecho administrativo.

Sí vale revisar esos orígenes, no obstante, para asumir que existe una necesidad de relacionar a esta rama del Derecho con el devenir diario de la sociedad y el Estado. Sin embargo, no se puede hablar de Derecho administrativo alejado de la historia y actualidad del entorno en el que rige.

Entonces indirectamente nos son útiles las disquisiciones sobre la historia del Derecho administrativo francés – europeo.

Las cuestiones atinentes a la explicación histórica sobre el Derecho administrativo ya han sido relatadas de mejor manera por especialistas mejor preparados que quien escribe, por ello, solo pretendemos dar algunos apuntes que nos parecen relevantes para la presente exposición.

De entrada, ¿Cuál es el origen del Derecho administrativo? Esto es, ¿Surge con la revolución francesa, o es anterior a estos eventos? Juan Carlos Cassagne precisa

los rasgos iusadministrativistas en el llamado ius commune del Derecho romano y asimismo se precisa que es el denominado Estado regio o monárquico con su Estado de policía donde se aprecian los primeros esbozos de las instituciones del Derecho administrativo¹⁷⁶. Estas similitudes podrían hacer pensar que el Derecho administrativo es mucho anterior a la revolución francesa, que en esta únicamente se consolidaron estas características del régimen.

Partiendo de las ideas mismas bases de la revolución francesa García de Enterría señala que el origen de la Administración pública entendida en los términos modernos surge con la revolución francesa y no antes, es pues esta revolución el punto de partida del Derecho administrativo.

García de Enterría explica que la revolución francesa no fue solo una revolución en términos políticos, civiles o bélicos, sino que fue, además de una revolución lingüística, y una revolución en el Derecho. Tanto los Decretos del 4-11 como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano plantearon un nuevo concepto político como nunca antes se había visto en el mundo. “Por primera vez en la historia de las revoluciones humanas no se trataba, simplemente, de sustituir a un imperante o al séquito o los intermediarios que le secundaban en el poder, o de cambiar un régimen político o una simple orientación o dirección determinadas en su actuación. Se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un orden político y social completamente nuevo (...)”¹⁷⁷.

Este nuevo sentido revolucionario vino de la mano de un cambio en el léxico, este nuevo lenguaje era el derecho natural gracias al cual “la vieja y rígida estructura social fue rasgada de un solo golpe y en su lugar apareció la imagen de una sociedad liberal, libre, fluida y abierta”¹⁷⁸. Es en realidad todo el nuevo andamiaje político que se ha estructurado alrededor de este derecho natural racionalista lo que resulta lo relevante de todo esto.

Así pues, gracias a las ideas de libertad e igualdad se creó un nuevo paradigma político que ponía en el centro del mundo político al individuo y se le conectó con la dirección política de su estado gracias a la ficción de la ley como portadora de la voluntad general gracias a la cual se legitimaba a la autoridad, la que actúa únicamente en representación de esos individuos en virtud del pacto social.

“De este modo, la libertad individual no sólo es el origen de la sociedad sino, a la vez, justamente, su finalidad. A la vez: la libertad dejará de ser una simple “franquicia” frente al poder, una reducción o un límite a ese poder, ineludible o fatal y siempre ajeno; pasa a ser precisamente el objeto de éste. Se ha operado de este modo una

¹⁷⁶ Cassagne precisa que ya en esa época se podían encontrar figuras como la “presunción de licitud de los actos de la administración, su ejecutoriedad, la preferencia de créditos fiscales, la inderogabilidad singular de los reglamentos, el dominio público entre otros. Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo tomo I, Lima: Palestra, 2010.

¹⁷⁷ García de Enterría, Eduardo, 3ra ed. La Lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Civitas – Thomson Reuters, 2009. Pg 28.

¹⁷⁸ García de Enterría. La Lengua. pg 35.

trascendental operación dialéctica en virtud de la cual la libertad individual ha pasado a ser el mismo canon de la vida colectiva”¹⁷⁹.

Es este pues el pensamiento que soporta la idea de la revolución francesa y por añadidura de la Administración pública que nace de la misma.

Su nacimiento sin embargo no es tan sencillo de comprender. García de Enterría explica que esta surge a partir de entender primero el principio de legalidad. Este principio sirve para brindar la igualdad que requieren los individuos en el esquema antes explicado. La ley al ser impersonal brinda un trato igualitario a todas las personas, a la vez la ley brinda también una garantía de que las decisiones que se toman en base a ella siempre tutelarán el interés general y no intereses particulares, en otras palabras, solo la consecución de este interés general es la evidencia de aquello que es deseado por todos por igual, pues se debe obediencia a todos a la vez y no solo a uno, esto es, a la voluntad general. En consecuencia, solo la ley general es legítima porque es expresión de la voluntad general¹⁸⁰.

La libertad es el otro valor base de nuestra Administración pública, ¿Por qué? Porque se entiende que las leyes tienen por objeto la libertad, como ya señalamos, entonces el Derecho es en sí pura y simple garantía de la libertad¹⁸¹.

Finalmente, con relación a la estructura del Estado. Sobre ello debe quedar claro que ni Locke ni Montesquieu ni Rousseau plantearon en su esquema de división de poderes a la Administración Pública ni, por su puesto, consideraron un derecho administrativo, entonces ¿Por qué señalamos que la revolución francesa es su origen?

No solo eso, cabe hacer notar que la idea misma de Derecho administrativo es una idea contraria a la igualdad planteada en la revolución, el Derecho administrativo es un derecho de exorbitancias, plantea distinciones entre la Administración Pública y otros individuos, no es un derecho que directamente concrete las libertades de los individuos, todo lo contrario, plantea una posición de supremacía respecto de ellos. Un ente tal no podría jamás haber sido concebido en el esquema ilustrado de los revolucionarios.

Creemos que aquí tiene lugar el “primer milagro” del Derecho administrativo. Nos explicamos.

A contra de lo que se puede creer el poder real de los monarcas franceses poco antes de la revolución francesa no fue necesariamente absoluto, existían determinadas fuerzas que, si bien no rivalizaban con este, podían poner serias trabas a su desempeño¹⁸². Este era el caso de los jueces quienes en realidad eran nobles

¹⁷⁹ García de Enterría. La Lengua. pg 77.

¹⁸⁰ García de Enterría, Eduardo. 4ed. Reimp. Revolución francesa y administración contemporánea, Civitas, 2005. pg 24.

¹⁸¹ García de Enterría, Revolución francesa. pg 28.

¹⁸² Vélez García, Jorge. 2da ed. Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo. Santa Fe de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda Fondo de Publicaciones, 1996. pg 4.

que heredaban o compraban esos cargos judiciales. Hecha la revolución y ya desde la Asamblea Nacional¹⁸³ los revolucionarios recelosos de aquel poder de la aristocracia, y temerosos de las prerrogativas de *remontrance* y *enrigestrement* de estos últimos y viendo que podían entorpecerse las reformas legislativas que estos planteaban, manipularon la tesis de Montesquieu interpretando la división de poderes como una separación total, logrando de esta forma que los jueces (poder judicial) no intervengan en el poder que ellos ostentaban (ejecutivo).

“Esta separación significaba hacer posible, sobre todo, la emergencia de un poder administrativo poderoso y autónomo. Era el ejecutivo, en efecto, el directo beneficiario del sistema, al implicar una exención del mismo en relación con los otros dos poderes. Respecto al poder judicial, esta exención se proclamó absoluta; ésta es, en definitiva, la idea esencial del mecanismo, la separación plena de Justicia y Administración, la exención jurisdiccional del ejecutivo, cuando ciertamente lo único que el principio de división postulaba era la independencia judicial”¹⁸⁴.

Entonces, el origen del Derecho administrativo es producto de lo que García de Enterría llamaría una *disidencia revolucionaria*, esto es, la interpretación particular que los revolucionarios realizaron a fin de no verse sometidos a los actos de los jueces, esta disidencia pues dio fruto a una Administración pública que se iría fortaleciendo en el tiempo, este nuevo régimen recibiría serias críticas de juristas ingleses siendo el más relevante Dicey, quien estimaba que la naciente Administración pública francesa no era sino una continuación disfrazada del viejo poder monárquico que se superponía a los derechos individuales.

En conclusión, y como señaló el maestro español: “El Derecho Administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo. Este partía de un principio básico: la fuente de todo Derecho es la persona subjetiva del Rey en su condición de representante de Dios en la comunidad, lo que implica que pudiese actuar tanto por normas legales como por actos singulares o por sentencias contrarias a aquéllas. Los revolucionarios rechazaban ambas cosas: la fuente del Derecho no está en ninguna sentencia supuestamente trascendental a la comunidad, sino en ésta misma, en su voluntad general; y, a la vez, sólo hay una forma legítima de expresión de esa voluntad, la Ley General”¹⁸⁵.

Por supuesto que, tanto en Francia como en cualquier otro Estado, esta explicación histórica no es la justificación para la existencia del Derecho administrativo, este tiene hoy caracteres particulares que se pueden predicar, a grandes rasgos, en cualquier parte del mundo.

La explicación histórica que venimos de exponer es en realidad el punto de partida que nos muestra cómo es que nuestra materia está sujeta a cambios de diverso

¹⁸³ Rubio, Marcial, “Los orígenes del estado burgués 1789 – 1848”, en *Burguesía y Estado Liberal*. Lima: DESCO, Centro de Estudios y promoción del desarrollo, 1979. pg 56.

¹⁸⁴ García de Enterría, Eduardo. *Revolución francesa*. pg 49.

¹⁸⁵ García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso*.pg 468.

símbolo, si se nota en realidad, la Administración pública como tal puede entenderse como un error que pudo haber sido subsanado; en realidad, en la misma Francia hasta fines del siglo XIX se cuestionaba la idoneidad del Derecho administrativo como materia autónoma¹⁸⁶, llegando a pensarse que resultaba correcto supeditarla a estudios como la ciencia política o la administración¹⁸⁷.

Sirvan estas líneas para empezar a preguntarnos por nuestra propia historia jurídico-administrativa para ello debemos igualmente localizar nuestro punto de partida y los momentos más importantes de esa historia jurídico-administrativa, solo de esa forma seremos capaces de manejar esta rama del Derecho de tal manera que pueda realmente servir a nuestra sociedad.

D.4 DISTINCIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

El Derecho administrativo (y la Administración Pública) es a primera vista identificable con el poder ejecutivo, recordemos que este es conocido como uno de los tres poderes del Estado, estando de esa manera regulado en nuestra Constitución.

Pese a aceptar lo limitado de esta postura corresponde tomarla tal cual, con fines metodológicos, en ese sentido el Estado se dividiría en tres grandes funciones: ejecutiva, legislativa y judicial.

A grandes rasgos el llamado poder legislativo tiene como labor establecer las normas generales y abstractas que regirán la sociedad, además nuestro ordenamiento le reconoce la tarea de control político de los actos del ejecutivo.

El poder judicial tiene por función la aplicación de esas normas a los casos concretos, declarando el Derecho, además se le reconoce la función de resolver incertidumbres jurídicas. La función ejecutiva por su lado es la acción misma, ya sea una acción material (en ejecución de una ley o sentencia) o solo una ejecución jurídica (por ejemplo, el nombramiento de un funcionario)¹⁸⁸.

En este contexto, Garrido Falla señala que en el esquema de las funciones del Estado no tiene lugar la función ejecutiva¹⁸⁹ puesto que la no homogeneidad de todas sus actuaciones no se condice con el concepto de ejecución que implica.

¹⁸⁶ "A pesar de sus raíces históricas y del apoyo que encontraría en la existencia de una jurisdicción administrativa, la posición del derecho administrativo fue precaria hasta el año 1870: no solamente el derecho administrativo tuvo pues dificultades para franquear las etapas que le permitieron acceder al estatus de "derecho" completamente, consolidando su "juridicidad", sino que incluso se encontró compitiendo con otros saberes referidos a la administración: el derecho administrativo no aparecía más que como un elemento de la ciencia administrativa más amplia que la rebasaba y englobaba". Chevallier, Jacques. "Le droit entre science administratif et droit constitutionnel", en *Le droit administrative en mutation*. Presses universitaires de France, 1993. pg 14.

¹⁸⁷ Chevallier, Jacques. *Le droit*. pg 16, 17.

¹⁸⁸ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González. *Tratado de derecho administrativo I*, Madrid: Tecnos, 2005, pg 38.

¹⁸⁹ "El dictar las antedichas normas reglamentarias responde sustancialmente a los caracteres que hemos fijado como propios de la función legislativa, y el resolver la reclamación del funcionario con arreglo a Derecho es también, sustancialmente, función jurisdiccional. Si, no obstante, admitimos que esto es administración, es porque el concepto que de ésta tenemos no se ajusta, desde el punto de vista material, a la actividad del Estado que caracterizamos como función ejecutiva". Pg 39 Garrido Falla. *Tratado*.

Soluciona esto sustentándose en la denominada tesis residual: Administración pública es lo que resta de la función legislativa y la judicial, señala además que esa residualidad obedece al mismo devenir histórico. Señala que del poder despótico de los monarcas europeos se desgajó primero la función legislativa y posteriormente la jurisdiccional, siendo que de esta forma se explicaría la heterogeneidad de las funciones ejecutivas o administrativas que fueron las que quedaron en las manos del monarca.

Por su lado, García de Enterría al pretender justificar su postura de derechos administrativo como derecho estatutario señala que, a diferencia del parlamento y los jueces, la Administración pública sí es una organización¹⁹⁰, Gabino Fraga precisa que la función legislativa no realiza actos materiales y que la jurisdiccional tiene la finalidad de poner fin a un conflicto de intereses¹⁹¹. Empero, nosotros estimamos que resulta más adecuada una teoría material u objetiva de la función administrativa, pese a que las posturas de Garrido Falla como la de García de Enterría tienen un sentido subjetivo de la misma.

D.5 FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Hablamos de “función administrativa”, sin embargo, este término tal cual ya es por sí mismo una toma de posición respecto del debate de fondo como ya veremos más adelante. Entonces, la pregunta ¿Qué es la función administrativa? Puede ser intercambiada por una más amplia: ¿Qué es la Administración pública? En el fondo esa es la pregunta correcta, pues más allá del ejercicio ficticio de “ubicar” la función administrativa en el esquema de la separación de poderes, lo relevante es identificar el campo de actuación de lo que se denomina por Administración pública.

Respecto de qué se entiende por Administración pública se han propuesto diversas posturas, tantas que sería necio exponerlas todas en detalle o atrevernos establecer cuál de estas es la adecuada, no es este el lugar para ello, y en realidad, es difícil pretender convencer a toda la comunidad jurídica de la supremacía de una sobre las otras.

Sin embargo y con fines didácticos, estas posturas pueden ser, a grandes rasgos, divididas en dos: las posturas subjetivistas (también llamadas orgánicas o personalistas) y las objetivistas (también llamadas materiales o funcionales).

En cuanto a las posturas subjetivas estas relacionan a la Administración pública con una determinada personificación, esto es, la Administración pública puede tener diversos elementos: potestades, promoción de intereses públicos, instrumentalidad, o cualquier otro, pero estos son contingentes, pueden estar o puede que no, pero no puede faltar la referencia a una personificación, desde este punto de vista, la

¹⁹⁰ García de Enterría. Curso, pg 33.

¹⁹¹ Fraga, Gabino, 40^a. Ed. Derecho administrativo. México: Editorial Porrúa, 1962. Pg 62.

administración implica una determinada personalidad o simplemente no es Administración pública.

La posición más particular a este respecto es la de Eduardo García de Enterría quien entiende que la Administración pública es la persona jurídica por excelencia del Estado, este mismo no es una persona jurídica, de esta forma todo lo que hace la persona Administración pública es actividad administrativa¹⁹², de aquí que su derecho es uno predicable únicamente de este sujeto, es lo que denomina un *derecho estatutario*, otro derecho estatutario es por ejemplo el Derecho de comercio aplicable únicamente a los sujetos comerciantes. Desde nuestro punto de vista entendemos el énfasis del maestro español en dejar en claro la necesidad de concebir a la administración como una persona jurídica que sea centro de deberes, pues su contexto político, alentaba a una Administración irresponsable y alejada del Derecho.

La explicación relatada líneas atrás de Garrido Falla trata también de justificar que todas esas actividades no homogéneas de la Administración requieren de un sujeto que las actúe, entonces, la administración no es una actividad, sino un sujeto que actúa esas actividades.

Las posturas materiales precisan que es Administración Pública aquello que se desarrolla en virtud de determinadas características, entonces, la Administración pública es una actividad de determinado contenido. Este contenido de acuerdo con las diversas posturas puede ser una finalidad, las consecuencias jurídicas asumidas, la asunción de determinadas labores, el uso de potestades exorbitantes o específicas características diferentes de las judiciales o legislativas. Valga decir que, al tener características propias, las actividades de la Administración pública pueden encontrarse no solo en el ámbito del denominado poder ejecutivo sino también en el poder judicial, legislativo u cualquier otra entelequia estatal.

Juan Carlos Cassagne, precisa que, de acuerdo con este criterio, “las notas que caracterizan a la Administración y que permiten diferenciarla de la legislación y de la jurisdicción son principalmente su carácter concreto, la inmediatez y la continuidad. Algunos autores añaden también la característica de construir una actividad práctica y normalmente espontánea”¹⁹³.

Lamentablemente en ambas posturas se aprecian diversas dificultades, que son, al parecer, de ineludible resolución. Lo que debe de quedar claro es que, al decantarnos por una postura u otra lo que hacemos en realidad es elegir el régimen jurídico de la Administración pública. En consecuencia, el objetivo de esta elección es lograr que la Administración pública encuentre cual es el régimen jurídico que le

¹⁹² “En cambio, la personificación de la Administración no necesita de mística alguna. La Administración es una organización instrumental, la cual actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula por contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los tribunales”. García de Enterría. Curso. pg 35.

¹⁹³ Cassagne, Derecho administrativo. Pg. 81.

permita de mejor manera desempeñar las funciones que tiene atribuidas por la Constitución y su marco normativo en general.

D.6 TEORÍAS OBJETIVAS Y SUBJETIVAS

En principio, asumir una posición material (también llamadas objetivas) de la Administración pública es asumir dos cosas: Primero, que habrá actividades materialmente administrativas que se desarrollen en el seno tanto del legislativo como del judicial, por ejemplo, la administración del personal que trabaja en el parlamento y el régimen disciplinario que le es consecuente, y la administración que ejercen los jueces respecto de los bienes de su juzgado a cargo, respectivamente. En ese caso, tanto la administración del personal parlamentario como los actos de administración de los jueces son *actividades materialmente administrativas*, pese a llevarse a cabo en el poder legislativo y judicial, respectivamente.

Y segundo que, dentro de las administraciones públicas, (entendidas orgánicamente), se desarrollaran actividades que no son materialmente administrativas, sino materialmente legislativas o jurisdiccionales; por ejemplo, los reglamentos o las resoluciones de los tribunales administrativos. Así pues, tanto los reglamentos como las resoluciones de tribunales administrativos son consideradas actividades materialmente legislativas y materialmente judiciales, respectivamente.

Sin embargo, estas dos mismas atingencias no son aceptadas pacíficamente por la doctrina. Así, Garrido Falla no la acepta mientras Cassagne sí lo hace¹⁹⁴, de esta forma, se esquematizan varias teorías intermedias o mixtas que incluso se suelen mezclar con criterios subjetivos.

En nuestro país si bien la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General se ha inclinado abiertamente por las posturas materiales, la influencia del Derecho español, mayoritariamente subjetivista, pone en disputa dicho criterio. A saber, Abruña Puyol ha expuesto con maestría una posición subjetivista debidamente fundamentada.

Al respecto Abruña define a la Administración pública como “una organización del poder público que actúa con potestad administrativa”¹⁹⁵, a grandes rasgos, reúne el elemento subjetivo con la función en sí, con la potestad en tanto forma de imponerse.

Entonces, de acuerdo con Él, el primer elemento es una organización, la Administración pública es en primer lugar y necesariamente una organización, llegando a afirmar que en general, el Derecho público es una organización. Pero también precisa que esa organización se vale de un poder público, este sería el elemento material de su teoría, sin embargo, este poder público se caracteriza

¹⁹⁴ Cassagne. Derecho administrativo pg 133 – 134.

¹⁹⁵ Abruña Puyol, Antonio. Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano. Lima: Palestra, 2010, pg 73.

solamente por ser un poder subordinado a la Ley y al Derecho y por ello bajo la presunción iuris tantum de legalidad, sin mayor contenido.

Como el mismo autor admite frente a la diversidad de posturas materiales y la consecuente imposibilidad de decantarse por una, postula esta teoría de corte subjetivista. Podría pensarse que esta idea de organización junto a la idea de ejercicio formal del poder público resulta lo suficientemente sólida como para no dejar resquicio a cuestionamientos de índole material que pudieran ponerla en duda; sin embargo, nosotros creemos que la realidad de la Administración pública y sus actividades, el dinamismo que caracteriza a esta rama jurídica entre otros factores develan esa postura como insuficiente, tanto por posibles contradicciones en su interpretación como por pretender interpretar una norma claramente de tendencia objetiva, como nuestra Ley 27444, como subjetivista.

Uno de los problemas más relevantes del debate teorías subjetivas – teorías objetivas, es establecer si los actos de los agentes privados que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa pueden ser considerados como actos de la Administración pública. De acuerdo con un sector de la doctrina (de tendencia objetivista), sí podrían serlo en la medida que estén previamente habilitadas por Ley y que, obviamente, sean materialmente administrativas.

Como ya adelantamos, “ser materialmente administrativo” no es pacífico en la doctrina, por ejemplo, el dictado de un reglamento en un ministerio es para las teorías subjetivas orgánicas, decididamente actuación administrativa, y para las primeras teorías materiales, no lo es. Sin embargo, para las teorías que consideran que el elemento característico de la Administración pública es la prosecución de intereses públicos o el uso de potestades administrativas (teorías materiales), el reglamento de tránsito dictado por el Ministerio de Transportes es materialmente una actuación administrativa, básicamente porque dicha norma tutela los bienes jurídicos parte del sector que fue encomendado a dicho ministerio estableciendo un ordenamiento especializado que prevé el uso de diversas potestades administrativas.

El problema se complica cuando quien hace uso de esas potestades no es siquiera una entidad pública sino un concesionario del Estado. El numeral octavo del Título Preliminar de la Ley 27444 es objeto de encendida polémica a este respecto. De acuerdo con este se considera Administración pública a las personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o que ejerzan función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización, los procedimientos que tramiten se rigen por esa ley en lo que fuere aplicable.

Habíamos señalado al inicio de este apartado que decir que la Administración pública ejerce función administrativa era adelantar opinión, ello pues como se deberá de notar, los defensores de las posturas subjetivas difícilmente se refieren a *función administrativa* básicamente porque el término *función* alude a una actividad alejando el concepto del *sujeto*, que es lo que a ellos les interesa resaltar. De esta forma, los subjetivistas se refieren a la organización, la personificación o simplemente la “Administración pública” como sujeto, y los objetivistas a la “función administrativa”.

También dejamos dicho que la Ley 27444 se decantaba claramente por las posturas materiales, esto queda claro al ver como el numeral octavo del Título preliminar precisa que es posible que los privados puedan realizar *función administrativa* y ser considerados por ello entidades de la Administración pública. Como señalamos el solo hecho de referirse a “función administrativa” ya revela la inclinación de la norma. Cuando la Ley se refiere a que los privados realizan función administrativa en virtud de concesión, delegación o autorización, si no se cuenta con un criterio material, prácticamente todas las materias podrían calzar como “función administrativa” y ser ejercidas por privados, por supuesto, aquella no podría ser la intención del legislador, no pensaba por ejemplo en delegar a privados potestades referidas a la resolución en última instancia de procedimientos sancionadores. Entonces, si bien la norma no establece la delimitación de aquello que es función administrativa, se entiende que esta debe tener un contenido determinado por ser un concepto material y no que dependa únicamente del hecho de ser una organización o persona.

En el texto de Abruña se aprecia uno de los problemas que traen las posturas subjetivistas. En concreto, Abruña¹⁹⁶ señala que las empresas privadas concesionarias no pueden ser consideradas como Administración pública y menos aún se puede entender que ejerzan potestades administrativas pues estas no son una organización administrativa, recordemos que, para él, la Administración pública es en principio una organización. Pone de ejemplo el caso de la reglamentación de los reclamos de los usuarios de los servicios públicos concesionados concluyendo que al no existir una delegación expresa de potestades administrativas, los concesionarios no ejercen en estos casos, poderes administrativos.

De acuerdo a la mayoría de reglamentos de reclamos de usuarios de servicios públicos concesionados, estos reclamos se ventilan en dos instancias, una primera instancia ante la misma empresa concesionaria y la segunda ante el tribunal de reclamos del organismo regulador de la concesión en cada caso. En el seno de esta actividad resolutoria de conflictos, por cierto, reconocida como una de las funciones de los organismos reguladores por la Ley Marco de Organismos Reguladores (LMOR), se entiende que tanto esa primera como la segunda instancia son procedimientos administrativos sujetos a potestades y en general a un régimen de actos administrativos¹⁹⁷, esto es, la normativa nacional asume que los concesionarios “son administración pública” al ejercer “función administrativa” cuando ejercen la actividad de resolución de conflictos. De no ser así, ¿Cómo

¹⁹⁶ Abruña Puyol, Antonio. Delimitación Jurídica. Pg 76 y ss.

¹⁹⁷ Son conocidas las controversias que suelen suscitarse ad intra de los tribunales administrativos sobre el deber de motivación a cargo de las empresas concesionarias al resolver como primera instancia administrativa, sobre ello, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL emitió el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N° 0064487-2020-TRASU/OSIPTEL: “(i) *Interpreta la aplicación del artículo 33° del Reglamento de Reclamos, el cual establece el contenido de las resoluciones expedidas en el procedimiento de reclamos de usuarios del servicio público de telecomunicaciones para ser consideradas como debidamente motivadas, así como las implicancias que tendría en el pronunciamiento del TRASU.* (ii) *Mediante la interpretación de los incisos 4 y 6 del artículo 49° del Reglamento de Reclamos, se precisa que en la tramitación del procedimiento de reclamos de usuarios del servicio público de telecomunicaciones, se considera a la motivación como condición que debe ser cumplida por las partes que intervienen en el procedimiento, así como los efectos derivados de su incumplimiento, para el pronunciamiento que deba emitir el TRASU.*”.

exigirles a las empresas concesionarias que resuelvan de acuerdo con los principios de la Ley 27444? ¿Los actos que emiten en perjuicio de sus usuarios entonces, serían irrevisables en sede contencioso-administrativa? El régimen administrativo no solo les brinda a las concesionarias prerrogativas sino deberes (en general, cargas) que deben de cumplir con relación a los usuarios de los servicios que brindan, pero si seguimos lo señalado por Abruña no podríamos aplicar ese régimen de potestades y deberes a estas empresas reguladas.

En defensa de la postura de Abruña se podría señalar que, en todo caso, el regulador podría emitir normas que regulen fuertemente las actuaciones de los concesionarios con relación a sus usuarios, lo que podría llevarnos a la conclusión de que sería necesario emitir “una Ley 27444 específica” para cada una de las empresas concesionarias o al menos para cada sector.

La solución brindada por Abruña pues, podría generar mayores problemas que soluciones al debate, pues en la práctica, nos empuja a buscar siempre una “organización administrativa” para justificar el uso de potestades administrativas, y cuando no se encuentre, como en el caso de los reclamos de usuarios de servicios concesionados, nos podemos encontrar con que determinados actos no van a estar debidamente tutelados y los intereses en juego estarán en peligro de ser conculcados¹⁹⁸.

De cualquier forma, no pretendemos definir la cuestión, pero lo expuesto es importante para recalcar la relevancia no solo de la Administración pública, como organización y como contenido, sino de su adecuada conceptualización, en otras palabras, una institución jurídica como la Administración pública no solo es relevante cuando se materializa en una determinada institución pública, cuando se inaplica el debido procedimiento administrativo o cuando ejerce control difuso constitucional, su relevancia es anterior a estos conceptos, e inicia cuando nos planteamos qué es esta realmente y cuáles son sus alcances¹⁹⁹, con relación al objeto de este trabajo, preguntémonos, **¿La Administración pública en estos términos se relaciona con la Constitución? ¿Nuestra Constitución nos da pista de ello? ¿Es que, acaso, podemos partir de dilucidar el debate objetivista - subjetivista desde nuestra carta magna? Si la respuesta es no, ¿Cuál es el motivo?**

D.7 VINCULACIÓN A LA LEY

Como señalamos cuando hablamos del origen del Derecho administrativo, este surge teniendo como referencia a la ley, gracias a ella se lograban los ideales de libertad e igualdad preconizados en la revolución francesa, podríamos afirmar que esta revolución fue la “primera madre” de nuestra materia. Hablamos de primera porque tal cual las condiciones históricas, políticas y sociales de ese tiempo y lugar

¹⁹⁸ Debe admitirse que desde una postura subjetiva sería relativamente fácil conseguir exonerarse de las resoluciones sancionadoras que se basen en las resoluciones de los tribunales de solución de reclamos.

¹⁹⁹ Valga también lo señalado por Georges Vedel al concluir que tanto las posturas formales como materiales son igualmente necesarias y suele ser indispensable combinarlas para asumir posturas completas. Ver Vedel, Georges, Les bases constitutionnelles du droit administratif en Études et documents du Conseil d'État, 1954, Pg 27.

le dieron vida, el que pueda “florecer” más allá de esos límites requiere nuevos puntos de inflexión. El dinamismo y vocación por la eficacia del Derecho administrativo le exigen renovarse y ser de utilidad a su sociedad o petrificarse y ser una excusa para fines diversos a los planteados.

El punto de partida de este nacimiento del Derecho administrativo fue pues el Estado de Derecho, paradigma constitucional que como sabemos se inaugura de la mano de los valores revolucionarios, aunque en general, ya tenía cierto valor desde la carta magna inglesa.

Este punto de partida, como ya se dijo, les otorgó a los individuos un nuevo estatus con la explicación de la legalidad como elemento legitimante de las decisiones de la nueva autoridad, entendida esta vez como todos y cada uno de los individuos.

Con el advenimiento de este nuevo paradigma político social, la vieja administración del monarca, esta vez en manos de los revolucionarios, tiene que verse asimismo legalizada a fin de estar legitimada para actuar, este es al menos el estatus que le otorgó el naciente Estado de Derecho.

De esta forma, la Administración pública, y el Derecho administrativo, se encuentran sometidos al principio de legalidad, que encarna la idea de legitimidad relatada; en ese sentido se habla de la sujeción de la administración al Derecho.

El contenido de esta sujeción tiene, a su vez, también otra explicación: En principio señala la doctrina europea, se entendía a esta legalidad como una limitación a los actos de la administración. La administración pues solo podía hacer lo que la ley le decía, no más de ello, esto se entendía como una garantía para los ciudadanos, garantía de que el poder de la administración no se exceda y los perjudique.

Margarita Beladiez contraria esa idea, denominada *vinculación positiva de la administración a la ley*, señala que no resulta atendible que ese sea el principal contenido del principio de legalidad, sino que debe entenderse, al menos para los casos no sometidos a reserva legal, que la administración puede hacer todo aquello salvo que la ley lo prohíba (vinculación negativa). La razón, explica, es que “en todo Estado de Derecho la consagración del principio de legalidad que es inherente a aquél, determina que sea una exigencia jurídica el que cualquier acto de la Administración deba tener como finalidad servir los intereses generales, al ser esta la función que justifica la propia existencia de la Administración y, en consecuencia, la que determina que se le reconozca capacidad de obrar. (...) Por todo ello considero que esta conexión con el interés general constituye la vinculación mínima y necesaria que todo acto de la Administración debe tener con el Derecho para que esa actuación pueda considerarse conforme al ordenamiento jurídico y respetar así la exigencia que deriva del principio de legalidad (...)”²⁰⁰. Beladiez Rojo en realidad actualiza la forma de entender la Administración pública y el Derecho administrativo a sus tiempos y necesidades.

²⁰⁰ Beladiez Rojo. Los principios jurídicos. pg 328.

Como ya veremos, inicialmente el Derecho administrativo era considerado el uso de poder sin contenido, lo relevante únicamente era su diferenciación del régimen de derecho común, así en tanto que poder que no tenía un rumbo definido resultaba al menos en potencia peligroso, solo cuando se le relaciona con ideas como la de servicio público es que su acción ya no parece más un mal necesario, sino que se considera de obligada realización a fin de conseguir los ideales de la sociedad. Esta nueva faceta de la Administración pública obliga pues a reconfigurar los límites de su actuación²⁰¹.

Relacionado a ello, se presenta la cuestión referida a la habilitación que requiere la administración para actuar. Esto es, ¿Se requiere en todos los casos una norma habilitante previa a la actuación de la administración? En ese caso, ¿Es necesario que esa norma tenga rango de Ley? ¿O podría ser cualquiera incluso una dictada por la propia administración? Una vez más un aspecto tan relevante como este no se encuentra recogido en la Constitución y nuestro Tribunal Constitucional no ha mostrado un desarrollo adecuado de la controversia²⁰². Por supuesto, no compartimos la postura de Abruña Puyol quien refiere que, en el caso peruano, la vinculación es positiva²⁰³, aceptar ello sería en buena medida sabotear el rol que la Administración pública contemporánea debe cumplir en su diario devenir, ya existen de por sí muchos obstáculos normativos, estructurales, políticos, etc, para el eficiente desarrollo de la administración como para incluso coactar su actuación solicitando normas previas para cada una de sus actuaciones²⁰⁴.

Parte de esta evolución doctrinal del principio de legalidad se aprecia en el desarrollo de Zagrebelsky quien desde el neoconstitucionalismo afirma la superación de este principio, por uno nuevo: el principio de constitucionalidad. Como sabemos, el neoconstitucionalismo proclama un nuevo paradigma jurídico, el Estado

²⁰¹ Con relación a ello, y partiendo del concepto de Estado constitucional, Santos Rodríguez señala que: "En suma, podemos afirmar que de acuerdo con las competencias y funciones de las administraciones públicas modernas y con su regulación constitucional, así como con las transformaciones que han operado sobre el principio de legalidad la técnica de vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico no puede concebirse ni como positiva, ni tampoco como negativa, sino que respecto de determinadas situaciones jurídicas, la vinculación debe ser absolutamente positiva, en tanto que en otras no será indispensable la habilitación legal previa, de tal manera que la Administración se encontrará limitada únicamente por el deber de satisfacer el interés general como finalidad última de su actuación". Pg. 177, ver Santos Rodríguez, Jorge Enrique. "La transformación de la vinculación de la Administración pública a la legalidad" en Revista de derecho del Estado n° 18, 2006.

²⁰² En diversas sentencias el Tribunal ha precisado una vinculación positiva de la Administración al principio de legalidad, pero siempre en el ámbito de los procedimientos sancionadores, estando ausente una comprensión general de los actos de la administración y su relación con la legalidad. Sin perjuicio de aquello, es la sentencia de expediente n° 3741-2004-AA-TC AA., que incluye un precedente ya derogado, la que establece algunas precisiones sobre la relación del principio legalidad en sede administrativa y la Constitución, entre ellas cabe mencionar: i) Se fundan en los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica, ii) La Administración pública tiene el deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución, iii) La legitimidad de los actos de la administración no viene determinada únicamente por el respeto a la ley sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución y iv) En un Estado constitucional, el respeto a los derechos fundamentales resulta un imperativo para la Administración pública, en virtud de la eficacia vertical de los derechos fundamentales.

²⁰³ Abruña Puyol. Delimitación Jurídica, pg 127.

²⁰⁴ Santamaría Pastor señala al respecto: "Esta conclusión es, podría decirse, de puro sentido común: pretender generalizar hoy en día el principio de vinculación positiva a los innumerables supuestos de actividad prestacional o de fomento que los Estados actuales realizan sería una pretensión escasamente realista; no hay parlamento en el mundo capaz de producir el volumen de normativa que exigiría la aplicación del régimen de vinculación positiva estas actividades, ni tiene sentido ni utilidad alguna limitar de modo tan riguroso la libertad de iniciativa de la Administración". Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo, I. Madrid: Iustel, 2004. pg 84.

constitucional, bajo este esquema Zagrebelsky expone al principio de legalidad en sus términos decimonónicos y las compara con el modelo del common law, refiriendo que el Estado constitucional es un auténtico “cambio genético” del Derecho de nuestro tiempo: “La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución”²⁰⁵. Sumado al pluralismo social tenemos que, en sus palabras, la función liberal de la ley tiene un nuevo rol social²⁰⁶.

Para Zagrebelsky la Administración pública es instrumental, y para los tiempos actuales requiere de un nuevo paradigma en el cual desenvolverse, siendo que el esquema de legalidad resulta insuficiente para el adecuado desarrollo de dicha entelequia. “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. (...)”²⁰⁷.

Creemos que las reflexiones del profesor italiano realizadas desde el Derecho constitucional, revelan de buena forma tanto el pasado de la legalidad, como exponen los riesgos que ese concepto decimonónico representa para sociedad complejas como la peruana, sin embargo, estimamos que el principio legalidad tal cual, puede sobrevivir en el marco constitucional, sin necesidad de ser absorbido por un principio de constitucionalidad, a los males que le atribuye a la legalidad: vinculación positiva, generalidad, abstracción e igualdad para una sociedad monoclase y excesivo positivismo jurídico son fenómenos que ya son discutidos en el ius-administrativismo, de no ser así el Derecho administrativo perdería su autonomía, y aun cuando es instrumental, no puede simplemente desvincularse de la realidad social que le circunda, atendiendo únicamente a los paradigmas neoconstitucionales.

D.8 POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Como vemos, uno de los tópicos más relevantes de la Administración pública es el control que se cierne sobre esta, a continuación, desarrollaremos uno de los elementos más relevantes de ese control, las potestades administrativas.

La potestad es un concepto de la teoría general del Derecho, es básicamente un sinónimo del concepto genérico de poder: capacidad de acción, En el Derecho administrativo importa en tanto que quien actúa es la Administración pública ejerciendo la función administrativa, actúa gracias a estas potestades administrativas.

²⁰⁵ Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. pg 34

²⁰⁶ Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil: “Sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las características clásicas de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el “mercado de las leyes”. Pg. 37.

²⁰⁷ Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. pg 40.

Como venimos de decir la Administración pública se caracteriza en el Estado de Derecho por estar constreñida, al ser un poder exorbitante se le debe de encorsetar en determinada medida.

Entonces, las potestades administrativas cuentan con determinadas características aceptadas por la doctrina que hacen su razón de ser, su lógica, sin estos elementos claros, las potestades pierden su esencia y, consecuentemente pueden ser mal utilizadas, estas son: su fuente es el mismo ordenamiento jurídico no nace de relación jurídica alguna, no cuenta con un contenido específico haciendo referencia a genéricos ámbitos de aplicación, no se dirige a un sujeto en particular, sino que solo implica una potencialidad de actuación, entonces no comporta ningún deber en concreto, se está en una “situación pasiva de inercia”²⁰⁸.

Partiendo del criterio de la vinculación negativa asumido, basta con que estas potestades sean atribuidas a los órganos administrativos para que estos se encuentren en la capacidad de actuar en base a los fines e intereses públicos que, por ley, están obligados a alcanzar. Conviene aclarar que, frente a potestades ablatorias de derechos, la vinculación es positiva, de acuerdo con lo señalado en nuestra Constitución y aun cuando no esté señalado de esta forma, se entiende que cuando los ciudadanos pueden ser dañados directamente por las potestades administrativas, los controles al respecto deben de ser extremos.

Estas potestades administrativas responden pues a una lógica de actuación teleológica de la administración: son otorgadas para que las administraciones cumplan con los diversos deberes que se les han encomendado por Ley. Como consecuencia de ello, los deberes otorgados a una entidad del Estado no pueden ser transmitidos, alienados o ser objeto de renuncia, pues ello iría contra la misma lógica de la norma que les atribuyó sus deberes.

Valga este espacio para aclarar que no asumimos que la Administración pueda o deba actuar sin tener en cuenta la ley o ir contra lo señalado por esta y/o el ordenamiento jurídico en general, lo que decimos es que las potestades administrativas no necesariamente deben estar expresas en una norma para considerar que están vinculadas al ordenamiento. Esto es, partiendo de que pueden existir grados de vinculación a la ley y al ordenamiento, no creemos necesario que la vinculación de la Administración y sus potestades a la ley deba de ser entendida en su sentido más riguroso, sino que baste con que esta pueda cumplir con los fines establecidos en esas leyes para considerar que la vinculación es correcta.

Entre las potestades más relevantes podemos contar a la potestad reglamentaria en virtud de la cual las propias administraciones pueden dictar actos de carácter general sobre determinada materia de su competencia, la potestad de autotutela, en virtud de la cual la propia administración puede decidir el derecho que le atañe y ejecutarlo, relacionada con la potestad de ejecución forzosa, entre otras. pero además tenemos potestades directamente ablatorias de derechos, como la potestad revocatoria

²⁰⁸ García de Enterría. Curso. Pg 479.

gracias a la cual el administrado puede verse desprovisto de un derecho válidamente obtenido en virtud de causas de interés público, o las potestades sancionadoras mediante las cuales se imponen castigos a los ciudadanos, otra potestad de potencial perjuicio es la potestad fiscalizadora.

Estas últimas requieren de un régimen especial de vinculación a la ley, un régimen de vinculación positiva como venimos de explicar, esto se revela por el perjuicio directo que ocasionarían en los administrados. Entonces, el régimen de las potestades administrativas es otro de los aspectos prevalentes del régimen del Derecho administrativo que no puede ser ajeno a nuestro régimen constitucional, como lo viene siendo, y como tal origina una serie de perjuicios no solo para los administrados sino para las entidades. Añadamos además que estas potestades pueden ser además discrecionales, e igualmente en ese caso, tenemos que encontrar su fundamento constitucional.

La inclusión expresa de las diversas potestades administrativas en la Constitución²⁰⁹ y la Ley es un ideal heredado del primigenio Estado de Derecho, sin embargo, hoy en día la dinámica social y la realidad estatal revelan como insuficiente o incorrecta esta inclusión. Pero esto no quiere decir que las potestades administrativas carezcan de justificación, recordemos que la Administración se justifica hoy en día por los fines señalados en el ordenamiento jurídico en su conjunto, lo que incluye los principios jurídicos, normas reglamentarias, etc²¹⁰.

En el caso peruano el problema es aún mayor, pues no existe una adecuada regulación constitucional o legal respecto de potestades tan relevantes como las de fiscalización o sanción y en general el concepto mismo de potestad suele ser confundido.

Esta sola omisión constitucional hace dudar tanto al legislador como al funcionario público de la necesidad no solo de la aplicación sino de la existencia misma de la potestad de sancionar o fiscalizar en sus diversos sectores, no olvidemos además la existencia de subsectores en los que los cuestionamientos ahondan aún más. Resulta pues necesaria una regulación uniforme sobre el ejercicio de las potestades administrativas a nivel nacional.

²⁰⁹ Por ejemplo, tanto las potestades sancionadoras y fiscalizadoras tienen regímenes dispares, siendo que, es conocida la técnica en otras latitudes de reconocerlas para todas las administraciones públicas desde el mismo texto constitucional. Si bien que se consignen en las Constitución no va a asegurar que se lleven a cabo acorde a derecho, en la práctica, por lo menos van a servir para al menos intentar que se apliquen de alguna manera, lo mismo sucede con su régimen de garantía, la Constitución peruana apenas recoge aspectos relativos a la potestad punitiva relativa al derecho penal, la que, si bien comparte un origen similar al del administrativo, no pueden ser tan idénticamente aplicados.

²¹⁰ Consecuentemente, existen zonas de la acción administrativa en las que la Administración Pública opera con grados diversos de libertad, que en algunos supuestos llegan a ser apreciables. Este fenómeno es más acusado en los sectores en los que la programación normativa es finalista o la acción pública programada debe operar en un contexto de gran número y diversidad de intereses, sobre la base del manejo de un gran volumen de información, a partir de criterios poco seguros o con arreglo a reglas y criterios técnicos o científicos especializados (es el caso de la planificación territorial o de la política educativa o de investigación), así como en los que, además, se ha desarrollado una alta sensibilidad (buen ejemplo es hoy el medio ambiente) o son, por su propia naturaleza, especialmente dinámicos y evolutivos (así, en la economía pg 265 Luciano Parejo, Alfonso. 5ta ed. Lecciones de Derecho Administrativo. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

D.9 REGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

En este apartado toca dar repaso rápido a la realidad de la Administración pública en el constitucionalismo peruano.

Si bien, al comentar sobre la Administración pública hemos hecho referencia a las carencias que existen en el Derecho constitucional nacional sobre aquella, en este último apartado corresponde exponer en su conjunto, qué es lo que *existe* sobre esa Administración pública en el régimen constitucional, cuáles son los elementos de ese derecho administrativo que se han tomado en cuenta a fin de formar una idea de lo que es la Administración pública para nuestro Derecho constitucional.

En principio, el régimen de la Administración pública no encuentra una definición clara en nuestra Constitución, ni por su concepto, fines, métodos, caracteres o medios de control, no puede verse sino desordenadamente un régimen de Derecho administrativo de la revisión del texto constitucional. Tal es la disparidad que pareciera que la Constitución se negase a regular un determinado régimen administrativo. Vale señalar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional ha contribuido en buena manera a dar forma al régimen administrativo.

El artículo 1° de la Constitución precisa que la persona humana y su defensa son el fin supremo de la sociedad y el Estado, lo que incluye a la Administración pública, esta visión que encierra el fundamento constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho que se desprende de nuestra carta impregna toda la Constitución, desde el artículo 2° en el que se aprecia que los derechos fundamentales son o propiciados, garantizados, normados o supervisados por el Estado, como en la regulación del régimen económico que preconiza una economía social de mercado.

En ese contexto, los principales sectores de la vida nacional encuentran alguna referencia en la Constitución siendo que el Tribunal Constitucional ha ido desarrollándolos a lo largo de los años. Esta referencia, sin embargo, suele estar relacionada únicamente al desenvolvimiento de los derechos fundamentales. Que no se malentienda, todas las acciones del Estado se justifican alrededor de los derechos fundamentales lo que se critica es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dado mayor relevancia a establecer garantías de tutela a los derechos más que a alcanzar condiciones de igualdad para el desarrollo de tales derechos.

Esta variable, sumada a la inexistencia de un régimen uniforme de Administración pública ocasionan que la labor de la Administración no se vea relacionada con la consecución de la realización de estos derechos fundamentales, si sumamos a esto el escaso desarrollo doctrinal que busque conciliar estos espacios, tenemos por resultado a una Administración que no se siente involucrada con la Constitución y un régimen constitucional que funciona desconociendo o denostando el régimen administrativo, el Derecho constitucional ve como meros formalismos,

frecuentemente perjudiciales, al Derecho administrativo, y este acusa al Constitucionalismo de abstracto y alejado de la realidad.

Uno de los aspectos que se suele discutir al hablar de constitucionalismo y Administración pública es el relativo a la confusión entre gobierno y Administración. Partiendo de la división de poderes y del ejecutivo como sede de la Administración se suele mezclar al gobierno y a la Administración (tanto como conceptos como en la praxis), la segunda como dependiente del primero, pese a que, en otras latitudes la separación de estos ámbitos se considera necesaria, la misma no se aprecia en nuestra Constitución²¹¹.

Esto lo demuestra el artículo 118° numeral 24° de la Constitución que precisa que es función del presidente de la República, ejercer las (...) *funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan*. Si bien de este artículo se desprende la existencia de una diferenciación de estos ámbitos, no se desprenden que estos sean independientes. Por supuesto, que como parte del texto constitucional el dispositivo citado debe ser objeto de interpretación a fin de poder obtener una norma constitucional, sin embargo, lo que pretendemos decir es que la misma redacción de ese texto constitucional puede llevar a confundir estos conceptos.

Es claro que la Administración requiere de la política nacional y sectorial para poder actuar en la realidad, actúa bajo su dirección, pero justamente para que ese actuar sea eficiente requiere de estar alejado del decisionismo político que conlleva el diario devenir de la política. En otras palabras, el gobierno determina las políticas para cada sector, estas deben ser implementadas por las administraciones públicas, estas políticas se desarrollan diariamente, pero eso no quiere decir que cada decisión que asuma la Administración sea política, pues esta dirige su dirección, pero no su actuar constante, la Administración pública es, entre otras, un fenómeno jurídico, y por ello está sujeta a todo el ordenamiento jurídico. La actividad de la Administración pública además de direccionada por la política está sustentada en los principios de derecho y en la concreción de los intereses públicos, es decir, la política no es el único elemento que la Administración pública ha de tomar en cuenta para asumir sus decisiones, solo es la base de la que parte²¹².

²¹¹ Analizando esta problemática en su Constitución, pero siendo tan símil a la peruana, Navarro y Sendin García señalan que: "La explicación es bien sencilla: en este país ha existido desde siempre una muy difusa, y en muchos casos inexistente separación entre Gobierno y Administración pública, o lo que es lo mismo, entre la política y la administración pública. (...) Esta situación es al mismo tiempo fruto y causa de la inestabilidad política y social que ha acusado el Estado nicaraguense a lo largo de su historia. Por lo que se refiere a lo primero, la rápida y traumática sucesión de regímenes políticos contradictorios ha dado al traste con toda posible tentativa de formar un aparato administrativo estable y neutral. Dice un conocido aforismo jurídico que el Derecho Constitucional pasa y el administrativo permanece, quien pretenda sostener la veracidad de dicha afirmación sin duda que no conoce Nicaragua, porque en este lugar el débil entramado administrativo existente en cada momento se ha ido esfumando al hacerlo el régimen político que lo sustentaba". Navarro, Karlos y Miguel Ángel, Sendin García, "Las bases constitucionales del derecho administrativo de Nicaragua" en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Managua: INEJ, 2010. Pg 310.

²¹² En nuestro país Danos Ordoñez ha precisado igualmente que: "La Administración como organización que forma parte del Poder Ejecutivo esta subordinada al Gobierno, lo que no significa que este al servicio del partido político de turno, porque se prevé que su misión institucional propia por mandato constitucional sea el servicio de la sociedad, del bien común y de los intereses generales". Ver: Danos Ordoñez, Jorge. "La constitucionalización de la administración pública" en Revista Peruana de Derecho Público n° 4 (2002), Pg 15.

El problema es que de la lectura de la Constitución la Administración parece estar subordinada constantemente a la política, subordinando la labor de la Administración pública al gobierno.

Sin duda este es un problema del constitucionalismo peruano, como venimos de decir el Derecho administrativo es un logro histórico surgido inicialmente en Francia, pero que en cada latitud ha tenido o debe de tener un “acta de nacimiento” un punto de inicio fáctico y/o conceptual. Esto es relevante pues recordemos que el Derecho administrativo no es solo la maquinaria de funciones públicas, no es solo los hombres y los escritorios con expedientes que atender, sino que está imbuido de determinados valores y principios que está obligado a realizar, sin la práctica y conciencia de estos valores nos queda solo el funcionamiento mecánico de los escritorios, actividad que, de no estar adecuadamente aislada de intereses ajenos al público, va a ser fácilmente manipulada.

En ese orden de ideas, no se reconoce en el ordenamiento constitucional peruano un punto de partida anterior a la Ley 27444 (2001) que pretenda desvincular a la Administración pública del gobierno. Es precisamente el rango constitucional de esta norma la que otorga un estatus primordial al principio de legalidad en nuestro ordenamiento, antes de esta no teníamos si quiera una norma que uniformice principios o criterios generales alrededor de la Administración pública que otorgue autonomía al Derecho administrativo. Todo esto explica porque nuestra Constitución (1993) no considera dicha diferenciación.

Entonces, si bien la Constitución reconoce algunas instituciones jurídico-administrativas y hace referencias a los servicios públicos, entre otras instituciones, no se puede decir que exista un régimen constitucional de Derecho administrativo y, peor aún, gracias a la confusión entre administración y gobierno, no se puede decir que la función administrativa peruana pueda encontrar sustento uniforme en la Constitución. Apareciendo subordinada al gobierno en el texto constitucional, la administración se suele asumir como parte de aquel, sin autonomía y sujeta a los vaivenes de la política, de esta forma nos resulta tan natural los cambios bruscos que se suelen dar en los gabinetes ministeriales sin que nos llegue a sorprender la antijuridicidad de estos.

El régimen del funcionariado público y la carrera administrativa en la Constitución se encuentran drásticamente flexibilizados, dejando casi todo su régimen a la ley, estableciéndose apenas determinados deberes para estos funcionarios. El Tribunal constitucional tampoco ha ahondado en su régimen jurídico, llegando a afirmar en las sentencias N.º 00025-2005-PI/TC y N.º 00026-2005-PI/TC (acumulados) que “una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto «función pública» exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado”. Por supuesto que, una interpretación constitucional no podría avalar regímenes funcionariales que no respeten el principio de igualdad, sin embargo, y dado el desorden que existen en lo que podríamos denominar el funcionariado público peruano, esta sentencia no aporta nada en lo relativo a un régimen uniforme, así pues, un régimen no consiste

solo en establecer determinados deberes para los trabajadores del Estado, sino que se deben de tomar en cuenta las pautas de institucionalidad con las que deben de contar las administraciones, todo esto no hace sino ahondar en la crisis de diversos regímenes con los que contamos y que explican en buena medida los defectos de la función pública peruana.

El objeto de la Administración pública peruana cuenta con una mención expresa en la Constitución, en concreto, el artículo 44° de la Constitución establece que uno de los deberes primordiales del Estado es promover el bienestar general.

Como sabemos, el bienestar general no es promovido únicamente por la Administración pública, sino que es un deber de todo el Estado, lo que particulariza a la función administrativa con relación al interés general es la forma de relacionarse con este, de esto ya se ha hablado anteriormente, la Administración pública se relaciona de forma directa e inmediata con ese interés público, tiene la misión de configurarlo. Valga señalar que si bien en nuestro Derecho hace falta un régimen de derecho administrativo como hemos señalado, en la práctica la función administrativa configuradora de la Administración se desarrolla con mayor amplitud que las denominadas funciones legislativas o judicial.

Es pues, la Administración pública la principal configuradora del bienestar público en el Estado peruano, por supuesto que, algunas entidades denominadas independientes o incluso el sector privado tienen una fuerte injerencia en dicha configuración, pero en lo que refiere a la función del Estado, es la Administración pública la protagonista en nuestro país tanto a nivel de la Administración central, como regional y local.

Este rol principal contrasta con los niveles de control que se expresan en nuestro régimen constitucional. Como ya señalamos, el control es un elemento central en la configuración de una Constitución, en lo que corresponde a la función administrativa el control se debe de condecir con las actividades de la Administración y su régimen en general, sin embargo, el régimen de control en el texto constitucional es dispar.

Son cinco los artículos constitucionales que desarrollan el control en esta sede. En principio el artículo 82° CP referido a la Contraloría General de la República, los artículos 96° CP y 97° CP referidos a la posibilidad de control del congreso de la República sobre la Administración, el artículo 148° CP referido al control judicial de la Administración y el artículo 162° CP relativo a la Defensoría del Pueblo y sus facultades de supervisión de cumplimiento de deberes estatales y prestación de servicios públicos.

Salvo la polémica suscitada respecto de las facultades sancionadoras de la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional no ha desarrollado en amplitud lo que su control debería de implicar. De esta forma se sigue partiendo del viejo dogma de poder – control, sin entender que un poder mal configurado va a ser controlado en vano, porque el mismo no sabrá corregir sus errores. Es lo que ocurre

en nuestra realidad, pasando el control de ser una actividad provechosa a una suerte de poder inquisidor que no apunta sino al mismo castigo.

El régimen de la contraloría referido a los recursos y bienes de las entidades estatales es distinto del control político ejercido por el Congreso de la República y, a su vez, distinto del control ejercido por la Defensoría del Pueblo que se encuentra referido a los servicios públicos brindados por el Estado. El control jurisdiccional por su lado se encuentra referido principalmente a actos emitidos contra los administrados (actos administrativos) y no la totalidad de actuaciones de la Administración. Con regulaciones que no se relacionan una con la otra estos dispositivos constitucionales y sus normas derivadas no parecen estar dirigidos a controlar eficientemente a la Administración pública y la función administrativa.

El control de la potestad reglamentaria no existe en nuestro ordenamiento constitucional, pues la acción popular (artículo 200° CP) es más bien un proceso de control difuso constitucional de dispositivos infralegales, en ese sentido, si bien se conceptualiza como un proceso de protección de los intereses generales, sostiene la misma lógica de protección de derechos fundamentales de todo nuestro ordenamiento constitucional.

Uno de los problemas transversales que ha aquejado siempre a nuestro país es la centralización exacerbada que nos rige, debido a ello, este fenómeno suele estar considerado en nuestra normativa, en concreto el artículo 188° CP de la carta magna precisa que la descentralización es una forma de organización democrática permanente del Estado, que es obligatoria y que es necesaria para lograr los objetivos fundamentales del país. Con todo, la descentralización nacional es un reto que excede los límites de la función administrativa, pues parte del proceso de dirección de la política de gobierno. En lo que nos atañe, los principios de organización administrativa, en su conjunto, no se encuentran coherentes en la Constitución, pues salvo la descentralización, no se hace mención de algún otro principio organizativo.

En el artículo 45° CP (o incluso en el artículo 2° CP, 24.a CP) se suele ver la constitucionalización del principio de legalidad en sede administrativa, pues este artículo sujeta la actuación de la Administración a la legalidad y constitucionalidad. Sin embargo, en ambos casos la referencia a la administración en sí es bastante indirecta y/o limitada ¿Esto es realmente un problema? Pues sí, recordemos una vez más que la Administración peruana en sí misma no requiere de un ordenamiento constitucional que la cree, pues esta se presenta en la realidad social de una forma, digamos, **espontanea**. O sea, las referencias constitucionales más que “*crear la Administración*”, en realidad sirven para ordenar las ideas constitucionales en torno a esta Administración y la hagan funcional.

Finalmente, uno de los aspectos más carentes de coherencia en nuestra Constitución es el régimen de los servicios públicos.

Del artículo 58° de la CP y de diversas sentencias del Tribunal Constitucional se comprende que los servicios públicos son un área de esencial por parte del Estado en el marco de una economía social de mercado. El régimen constitucional se completa con la designación de la dirección y gestión por parte de los ministerios (artículo 119° CP) y el rol de control de la Defensoría del Pueblo (artículo 162° CP).

La esencialidad de los servicios públicos viene marcada por la sentencia del expediente N° 00034-2004-AI, que precisa a grandes rasgos cuáles son sus elementos: a) Su naturaleza esencial para la comunidad, b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standar mínimo de calidad, d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

De esta forma, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que los servicios públicos son parte de los fines del Estado Social de Derecho y que deben de ser satisfechos directa o indirectamente por el Estado. En el desarrollo de las concesiones o de la protección al consumidor se deja ver también este rol de los servicios públicos.

El problema viene por la determinación en concreto de qué es un servicio público y cuál debe ser su régimen jurídico. En sede nacional tenemos la denominada Ley Marco de Organismos Reguladores (LMOR), esta asume cuales son los servicios públicos y determina las instituciones que los supervisan denominados *organismos reguladores*.

Este régimen particular dispone que los servicios públicos son los relativos a: agua y servicios de saneamiento, infraestructura de transporte, servicios de telecomunicaciones y gas y electricidad. Si se presta atención se podrá apreciar que lo común de estos servicios es que se prestan en virtud de redes.

El régimen de prestación de servicios de esta Ley es diferente del régimen común de prestación de servicios de las otras administraciones estatales.

Por la configuración de derechos, deberes y otras cargas, el régimen de la LMOR resulta más beneficioso para los trabajadores de estos organismos que para empleados de las otras administraciones que están a cargo de otros servicios.

Además, este régimen otorga mayores autonomías administrativas a estos organismos reguladores y, por consecuencia, están menos expuestos a los cambios políticos y “politiqueros” que suelen caracterizar la dirección de otros entes estatales.

La más relevante de estas autonomías otorgadas es la autonomía política, la que podría ser considerada una “*semiautonomía política*”, pues aún siguen dependiendo políticamente de la Presidencia del Consejo de Ministros. En buena medida, este régimen que asemeja hasta cierto punto el funcionamiento de estos organismos con el funcionamiento de una empresa privada es la razón por la que otras entidades estatales *han pretendido asumirse como organismos reguladores*.

Con la LMOR se han creado “*superadministraciones*” con las que se ha pretendido regular la prestación de los cuatro servicios públicos de carácter económico mencionados. Lo que en principio no tendría por qué ser criticable, sin embargo, planteado de esta forma, corresponde cuestionarse si es que esos cuatro servicios públicos son los únicos que merecen una atención prioritaria y un régimen que le otorgue mayores autonomías.

De esto se sigue que, en el régimen peruano existen *dos clases de servicios públicos*, los servicios regidos por la LMOR y aquellos sujetos a la “normativa ordinaria”²¹³, esto es a todas luces indebido y carece de sentido, además de ser potencialmente atentatorio de la igualdad. De todas formas, ambos “regímenes” están vinculados con lo estipulado en el artículo 119° de la Constitución antes mencionado, relacionado a la dirección del Consejo de Ministros en la prestación de los servicios públicos.

Una vez más, debido a la confusión constitucional entre gobierno y administración se puede asumir en principio la subordinación total de la Administración a los fines de la política de turno, salvo excepciones como vendría a ser la LMOR. Esto es, los servicios públicos, con excepción de los regidos por la LMOR, estarían sujetos a estas presiones surgidas de las pugnas políticas.

En la práctica funciona de tal forma, toda la gestión y dirección relativa a algún servicio está sujeta a los vaivenes de la política del partido de gobierno y la volatilidad de las diferencias políticas, lo que en realidad ancla el servicio a las controversias coyunturales o permanentes que el gobierno suele tener con los medios de comunicación o intereses privados, lobistas, etc.

Desde una postura ortodoxa puede afirmarse que la especialidad de los servicios de la LMOR se refiere únicamente a los “servicios públicos económicos” y no a los indirectos o abiertos al mercado como la salud o la educación, como si aquella denominación de “económicos” nublara la vista de la realidad por la que pasan esos denominados por la doctrina como “servicios impropios”. La doctrina peruana suele estar absurdamente enfocada en textos que no se condicen con su propia realidad, amparando regímenes que descuidan su propia seguridad y justicia. Es tan sencillo destacar el abandono de aquellos “otros servicios” como constatar que no existe un solo alto funcionario del gobierno central que acuda a los centros de prestaciones estatales de estos servicios, que haga uso de ellos. Es el Estado el mismo que reconoce en los hechos su decrepitud, pero sigue afirmando la rectitud de su trabajo.

Así, los servicios dirigidos por los Ministerios suelen estar en constante decadencia por no tener un régimen uniforme, y “privatizarse a la mala”, esto es, mediante la contratación temporal de trabajadores quienes jamás llegan a ser funcionarios públicos de acuerdo a norma, y que, en realidad, tampoco lo desean, pues el régimen

²¹³ Las comillas son necesarias pues esa normativa no es uniforme en ningún sentido, tanto en los referido al régimen de trabajo como los principios por los que se rige u otra disposición.

de estabilidad laboral del Estado peruano es aclamadamente indeseado por ser tan poco beneficioso en comparación con el régimen privado.

No solo eso, la política que corroe la Administración la hace actuar como su títere, “mostrándose eficiente” solo cuando los medios lo requieren. En el diario devenir nada funciona y los funcionarios suelen verse acorralados entre el temor a la política que los domina y un control de legalidad cuadrulado ejercido por la Contraloría.

Finalmente, el rol de la Defensoría del Pueblo como supervisor de la prestación de los servicios públicos no suele ser relevante para la opinión pública. La Defensoría suele ser señalada como el ente defensor de los derechos del ciudadano, tal vez por la forma taxativa en la que se entiende “defensor del pueblo”.

Su labor en sí se enfoca en dos tipos de actividades, recibir denuncias de casos particulares y emitir informes generales. En ambos casos su acción es muy limitada, llegando a restringirse a formular advertencias, recomendaciones, recordatorios de los deberes legales de las instituciones y sugerencias.

De esta forma, tanto para la resolución de casos particulares como para la tramitación de sus informes defensoriales, no existen medios de coacción lo suficientemente eficientes como para encaminar el comportamiento normal de la Administración controlada.

En un esfuerzo por reforzar al menos los resultados obtenidos en sus Informes Defensoriales, se emitió en el año 2012, una Guía para la gestión del cumplimiento de recomendaciones contenidas en Informes Defensoriales e Informes de Adjuntía, en la que se recoge, que además de las medidas de visibilidad pública de estos informes y de comunicaciones directas con la Administración involucrada, se adopten medidas legales para contrarrestar la falta de acción, demora o resistencia de las entidades²¹⁴. Estos medios son; inclusión del incumplimiento en el Informe Anual presentado ante el Congreso, elaboración de un Informe Extraordinario para el Congreso, presentación de una iniciativa legislativa, intervención como amicus curiae en procesos jurisdiccionales o administrativos, promoción de procesos constitucionales, puesta en conocimiento de la Contraloría o el Ministerio Público.

Salvo excepciones, no parece que ninguno de estos métodos sea realmente eficiente frente a administraciones que por su propia naturaleza se desenvuelven dinámicamente. Al no ser directamente vinculantes, los funcionarios cuestionados pueden optar por no atender a la Defensoría, o como suele pasar, dar respuestas evasivas o genéricas con tal de satisfacer el trámite sin más. Otro factor es la heterogeneidad de las instituciones analizadas en los informes defensoriales, la Defensoría simplemente no puede darse abasto para controlar el cumplimiento de todas las administraciones involucradas, quedando estos informes en documentos meramente semánticos, además, por la escasa difusión que tienen.

²¹⁴ Guía para la gestión del cumplimiento de recomendaciones contenidas en Informes Defensoriales e Informes de Adjuntía de la Defensoría del Pueblo, 2012 aprobado mediante Resolución Administrativa N° 079-2012/DP-PAD. pag 10.

Como vemos, la Constitución adolece de una regulación uniforme y sistemática de los institutos de Derecho administrativo, esto hace que el Derecho administrativo tal y como lo hemos planteado no sea eficiente, o mejor dicho no responda a los criterios de democracia y de orden social que son parte de nuestro régimen constitucional; en otras palabras, el Derecho administrativo visto como un instrumento pasivo bajo el imperio de los gobiernos no se condice con los fines para los que está instituido de acuerdo no solo con postulados dogmáticos sino con los fines establecidos en nuestro régimen constitucional. No se olvide que el poder que implica la Administración solo tiene justificación en cuanto realice los intereses públicos tutelados, los mismos que a su vez conllevan la misma realización de los derechos fundamentales²¹⁵.

D.10 CONCLUSIONES (SOBRE LAS RELACIONES ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA CONSTITUCIÓN)

La Administración pública es resultado de un **devenir histórico propio**, en nuestro caso, peruano. Las referencias a su origen europeo no constituyen nuestro objeto de estudio, sin embargo, estas fuentes nos ayudan a comprender la necesidad de mantenimiento de sus principios o su reforma.

El nexo constitucional de la Administración con la Constitución implica conocer y asumir la relevancia de las **dos posturas** sobre la Administración pública, esto es, las posturas objetivas o subjetivas.

A partir del conocimiento de alguna de las dos posturas, o una tercera ecléctica, **es posible relacionar a la Administración con las instituciones constitucionales**, no es posible predicar un régimen constitucional si primero no se conoce las implicancias teóricas de las administraciones públicas.

La vinculación del Derecho administrativo a la Ley implica en principio a su **vinculación al Estado de derecho**.

Una visión actual del Derecho administrativo y la Administración pública requiere asumir que **la vinculación de la Ley a la Administración es negativa o al menos mixta**, lo que quiere decir que no requiere el mayor grado de precisión en su vinculación a la Ley, pero siempre debe depender de ella.

La Administración pública actúa a través de las **potestades administrativas** que se les atribuye en virtud de la vinculación negativa a la legalidad.

²¹⁵ Esta relación de los intereses generales con los derechos fundamentales la explica Rodríguez Arana, Jaime: "Los derechos fundamentales, salvo el derecho a la vida, pueden estar sometidos, en determinados casos, a límites derivados del orden público, porque aunque sean muy importantes, no pueden ser el expediente para la comisión de delitos, obviamente. También puede delimitarse por razones de interés general: es el caso, dudoso, de la propiedad inmobiliaria y el plan urbanístico. Igualmente, expropiación forzosa, puede ser que su ejercicio deba ceder ante relevantes exigencias de la denominada utilidad pública o interés social. Se puede afirmar en este contexto, que ni el interés general, ni los derechos fundamentales son absolutos". Ver: El marco constitucional del Derecho Administrativo (El Derecho Administrativo Constitucional), en Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia N° 6 – 2011, Pg 254.

Las potestades se actúan siempre en un **sentido teleológico**, a fin de cumplir con los fines para las que se otorgan, no pueden pues, ir contra estos fines.

No existe una regulación uniforme sobre un régimen de potestades administrativas en particular, ni sobre sus causas o consecuencias, lo que ocasiona caos en la **práctica administrativa**.

Resulta necesario saber **qué es la Administración pública** en el régimen constitucional peruano a fin de alcanzar una tutela completa de los derechos fundamentales.

El artículo 118° numeral 24° de la Constitución puede llevar a confundir las esferas de actuación del **gobierno y de la Administración**, empero existen claras diferencias conceptuales y prácticas entre ambas, porque las actuaciones de la Administración pública se encuentran sujetas ineludiblemente al ordenamiento jurídico y al Derecho administrativo y no a los vaivenes de la política de la cual solo recibe su direccionamiento.

El Derecho administrativo como rama del Derecho requiere de **sistematicidad y coherencia** para poder desarrollar una dogmática eficiente, por ello, las referencias a instituciones o conceptos administrativos en la Constitución no son suficientes para concluir que existen bases constitucionales sistemáticas y coherentes del Derecho administrativo.

El **control** es un elemento central en la configuración de una Constitución, en lo que corresponde a la función administrativa el control se debe de condecir con las actividades de la Administración y su régimen en general, sin embargo, el régimen de control en el texto constitucional es dispar.

La regulación constitucional de otros aspectos o instituciones relativas a la Administración pública como el control del poder, la organización administrativa, el principio de legalidad o la prestación de los servicios públicos es incompleta o incoherente. Esto conlleva a la ineficiencia de la Administración y el Derecho administrativo y a su inadecuación al propio régimen constitucional²¹⁶.

Pese al caos y desorden del régimen administrativo en la Constitución es posible extraer algunas conclusiones respecto de la relación entre la Administración pública y la Constitución, ello en virtud de la **interpretación** de la Constitución.

²¹⁶ "La administración, a la que en el periodo del Estado liberal de derecho se le exigía solo la correcta aplicación del derecho y, con el desarrollo de las políticas sociales, pasó a requerírsele, cada vez más, eficacia y eficiencia distinta en cada uno de sus ramos y sectores de actividad – lo que explica la aparente pérdida por el derecho del monopolio de ordenación y explicación de la actividad administrativa –, le es demandada ahora, además, eficiencia en la eficaz realización del interés general conforme a su determinación por el derecho" Parejo Alfonso, Luciano. Perspectivas del derecho administrativo para el próximo milenio. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1998. Pg. 52.

3.2.3 ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

A. LA MANIFESTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El régimen de la Administración pública se completa con las actividades que esta despliega, esto requiere diferenciar las distintas formas en las que puede actuar y las actividades en que en concreto puede realizar. Toda distinción, por supuesto, tiene fines metodológicos.

A.1 FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A través de las formas jurídicas de la administración es que esta se va a presentar en la realidad, una primera característica es su diversidad, y aun cuando, en principio no existe un *numerus clausus*, sin embargo, se han dividido a las más comunes tratando de exponer un régimen jurídico particular para cada una.

Comúnmente todas figuras que mencionaremos se conceptúan por su diferencia con el acto administrativo, forma de actuación administrativa central de la Administración pública, sin embargo, consideramos que en particular deben distinguirse por dos factores siempre presentes en el Derecho administrativo: Las garantías de las personas cuando interrelacionan con la Administración y los intereses públicos que esta tutela y promueve²¹⁷.

A.2 HECHOS ADMINISTRATIVOS

Primero tenemos a los llamados hechos administrativos por una parte de la doctrina o actuaciones materiales de la Administración pública por otra. Básicamente, un hecho administrativo es cualquier tipo de actuación no declarativa, que como se señala en doctrina pueden ser de carácter humano, esto es, comportamientos materiales de los órganos de la Administración, o factores ("hechos de la naturaleza") pero que inciden en el comportamiento de la Administración. Estos hechos pueden provenir de un acto administrativo o presentarse con independencia de alguno. Lo cierto es que, pueden tener una incidencia tan importante en la realización de los intereses públicos y en la tutela de los derechos y garantías como cualquier acto administrativo.

²¹⁷ Con referencia a las actuaciones de la administración y su rasgo jurídico, Harmut Maurer ha señalado: "La actividad administrativa es, sobre todo, una actividad de conformación activa dirigida al futuro. Ello se advierte con claridad cuando dicha actividad consiste en ejecutar las leyes: aquello que el legislador que establece de forma general-abstracta debe ser "puesto en práctica" por la actividad administrativa. Tal actividad, sin embargo, no se agota con la ejecución de la ley, sino que incluye muchas otras funciones, no fijadas legalmente, que se desprenden del genérico encargo en cuya virtud se ejerce (como, p. ej., la construcción de carreteras, el sostenimiento de entidades privadas de asistencia social o el fomento de iniciativas culturales). La Administración, por tanto, puede y debe actuar por propia iniciativa y según su criterio. La Administración, por tanto, puede y debe actuar por propia iniciativa y según criterio. Queda siempre, en todo caso, vinculada a los límites jurídicos existentes y a las directrices que emanen del Gobierno". Maurer, Harmut. Derecho Administrativo. Parte General. Madrid: Marcial Pons, 2011. Pg 51.

Sobre su control nuestra Ley del Proceso Contencioso Administrativo, que plantea un proceso judicial, indica que pueden impugnarse sin requisito previo ni vía procedimental en sede administrativa. ¿Cuál es el motivo de que el control no sea necesario en sede administrativa? Básicamente de legado histórico, pues históricamente el contencioso-administrativo se consideraba la sede por excelencia para revisar actos administrativos, siendo que las vías de hecho no contaban con sede alguna, solo con la lógica actual de revisión de pretensiones y no ya solo de revisión de actos, es que la Ley del Contencioso-Administrativo ha incluido la revisión de las actuaciones materiales, además, Huamán Ordóñez explica como justificación del control de estos actos en sede judicial que “la falta de autorización jurídico-formal al proceder material, al convertir un accionar neutro en esencia en un actuar irregularmente grosero, habilita la necesidad de tutela jurisdiccional en un orden procesal que supere los plazos ordinarios, ante la ausencia de título jurídico que le permita accionar materialmente a la Administración en ostentosa contravención al todo jurídico, con importante mención al principio de juridicidad, pone el accionar administrativo obrando al mismo nivel del principio general de libertad, algo que no le está permitido hacer a los poderes públicos en cualquier nivel gubernamental”²¹⁸.

A.3 REGLAMENTOS

Los reglamentos administrativos tienen por carácter diferenciador el hecho de innovar el ordenamiento jurídico al crear normas generales y obligatorias dirigidas hacia el exterior de la Administración. Estas normas son impersonales y objetivas. Se ha dicho en doctrina que los reglamentos son materialmente administrativos, lo cierto es que, pese a la estrecha relación que tienen con la labor diaria de las administraciones, se encuentran sujetas de la misma forma que las leyes, al principio de igualdad, de ahí la necesidad de pasar por un proceso particular para su eficacia y vigencia. Todas estas características diferencian a los reglamentos de otras actuaciones de la Administración.

Pese a tener tales similitudes con las leyes, los reglamentos son dictados para facilitar o habilitar el funcionamiento normal de las administraciones públicas, para el desempeño fiduciario de las potestades administrativas, no son pues sino una forma particular del manejo del poder público. En sede nacional, solo se pueden revisar vía constitucional mediante la acción popular. Entonces ¿Por qué no se puede revisar en sede administrativa y/o judicial?²¹⁹ En realidad, no habría un motivo para no ser revisados al menos en sede judicial, aun mas por la trascendencia no solo en la consecución de intereses públicos sino también para los intereses de los administrados involucrados.

A.4 CONTRATOS

²¹⁸ Huamán Ordoñez, Luis Alberto. Contencioso administrativo urgente actuaciones enjuiciables y pretensiones procesales. La tutela diferenciada como garantía jurisdiccional de protección. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Pg. 100.

²¹⁹ Salvo el caso particular de revisión de acuerdo con la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas que veremos más adelante.

Los contratos son otro de los instrumentos para la consecución de intereses públicos, sin embargo, tienen por particularidad la intervención directa de particulares en su desarrollo. Esto debe quedar claro, pues el contrato tiene por finalidad que el Estado alcance un fin, de no ser así el contrato pierde su esencia²²⁰. Esto es, es bilateral²²¹ en su formación y desarrollo, pero unilateral en su finalidad, el privado es solo un colaborador de esa finalidad.

Esto no quita que la operación sea un intercambio, que la finalidad sea del Estado no obsta el beneficio del particular, este debe salir sin duda beneficiado del contrato, de otra forma, estaría generándose un abuso respecto de este, en los casos más extremos debería ser al menos indemnizado debidamente.

Otro asunto es la diversidad de las formas contractuales, tan complejo es que resulta una disciplina per se, como revela Cassagne, “el panorama que ofrece la contratación pública resulta tan complejo como variado, siendo difícil concebir un régimen jurídico unitario que agrupe y comprenda todas las formas contractuales a las que acude el Estado para alcanzar sus fines”²²².

Estos contratos pues, se pueden diferenciar en dos fases, el contrato in fieri y el contrato in facto esse, esto es, el contrato en su formación y el contrato en su ejecución. La diferenciación tiene por fin mostrar en que estas etapas se puede aplicar regímenes jurídicos distintos. Sin embargo, una como la otra se encuentran sujetas a la misma condición vicarial: satisfacción de intereses públicos objeto del contrato.

Por esta condición todo contrato debe ser objeto de control y, si bien las formas contractuales son diversas y por ello su control no puede ser idéntico, las sedes y alcances de ese control deben contar con criterios unificados.

A.5 ACTOS DE ADMINISTRACIÓN INTERNA

Los llamados actos de administración interna, o actos internos de la administración se caracterizan por la incidencia interna de sus efectos, esto es, sus efectos no afectan directamente a los administrados o simplemente no tienen efectos jurídicamente relevantes, volveremos más adelante con este punto.

Estas actuaciones, además, se rigen por los principios de unidad de acción y colaboración, ambos remiten a la idea central de la organización administrativa: los fines de la Administración se refieren siempre a la consecución de intereses públicos,

²²⁰ Ha dicho claramente Cassagne: “(...) a diferencia de lo que ocurre en los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi, interpretación equilibrio financiero, etc.)” Cassagne, Juan Carlos. 3ra ed. El contrato administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2009. Pg 16.

²²¹ Para Escola la esencia del contrato administrativo implica: “a) La existencia de un acuerdo de voluntades, aun cuando tal acuerdo pueda ser muy peculiar, del mismo modo como lo es en ciertos modernos contratos admitidos por el derecho civil; b) que esa declaración de voluntad común está destinada a reglar los derechos de las partes que intervienen en la celebración del contrato”. Escola, Héctor Jorge, Tratado integral de los contratos administrativos, I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977. Pg. 128.

²²² Cassagne. El contrato administrativo. pg 6.

por ello todos sus órganos deben dirigirse coherentemente hacia este, para ello no pueden tener “voluntades contrapuestas”, no pueden contradecirse y deben de colaborar permanentemente entre ellos. Se precisa en doctrina que estas actuaciones no generan derechos subjetivos y en general, que no comparten similitud con el régimen del acto administrativo, pese a que también son declaraciones. Finalmente, no pueden ser impugnados salvo en dos supuestos, causar indefensión y poner fin al procedimiento.

Lo cierto es que contrasta la voluminosa cantidad (y diversidad) de actos internos que se aprecian en la cotidianeidad del funcionamiento de la Administración con el régimen jurídico previsto para ellos. Su régimen se encuentra regido por el artículo 7º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, precisando que el objeto debe ser física y jurídicamente posible, la motivación es facultativa, entre otras. No existe, sin embargo, consecuencias jurídicas por su incumplimiento. Por supuesto, no se rigen por las normas del debido procedimiento, pues como veremos, salvo por excepciones, solo los actos administrativos se tramitan mediante el debido procedimiento administrativo.

Esto no quiere decir que puedan ser arbitrarios o emitidos contraviniendo alguna normativa u orden, lo que queremos dejar en claro es que el procedimiento administrativo no puede ser el único medio para una emisión justificada de las actuaciones del Estado.

Una de las diferencias que la doctrina suele señalar en relación con la diferencia entre actos administrativos y actos de administración interna, es que los actos administrativos tienen efectos directos respecto de los administrados, mientras que los de administración interna solo inciden indirectamente en ellos. Puede comprenderse que los efectos directos, son por ejemplo, una sanción, la autorización para realizar una determinada actividad, la adjudicación de una buena pro, pero respecto de los efectos indirectos poco se puede señalar, la emisión de un informe que recomienda el archivo de un procedimiento sancionador no tiene efectos directos, tan solo indirectos, pero si pese a ella se me sanciona en la resolución final, la pretérita recomendación de archivo, ¿Ya no tiene si quiera efectos indirectos? el cambio de funcionarios que analicen un expediente que haya incoado no me afecta directamente porque las obligaciones se mantienen tal y cual el funcionario anterior, pero si este nuevo funcionario a cargo no está debidamente capacitado, ciertamente mi caso ya no tiene las garantías anteriores, incluso con la designación de una empresa de notificación que pueda ser conocida por sendos incumplimientos normativos, ¿Puedo efectuar alguna actuación respecto de ello? La casuística es amplia, pero lo que queremos dar a entender es que la producción de efectos indirectos no va a ser en todo caso la misma, ciertamente se encuentra dentro del espacio de configuración discrecional de la administración, pero eso no quiere decir que el ciudadano no pueda reaccionar de alguna manera y simplemente ser un espectador por ser estos “efectos indirectos”. como vemos ni su configuración ni el régimen jurídico para controlar estos actos es claro, es probable que esto se deba, una vez más, al énfasis que la doctrina suele tener en la visión del Derecho

administrativo como garante de derechos perdiendo de vista toda la actividad que le da vida a la Administración pública en general.

A.6 ACTOS ADMINISTRATIVOS

Los actos administrativos son la figura por excelencia de entre las mencionadas y tal vez por ello, la más cuestionada. De entre todas las características que conforman su concepto podemos apreciar que todas son discutidas, felizmente, este no es un trabajo que busque finalizar estas cuestiones, por lo que haremos algunas referencias que estimamos pertinentes para nuestra labor.

El régimen del acto administrativo está regulado en nuestra Ley del Procedimiento Administrativo General y tiene el sentido histórico de la definición: declaración de voluntad de la Administración sujeta a control judicial. No está explícito, pero como señala Cassagne, el acto administrativo está relacionado a la búsqueda de los intereses públicos y a ofrecer garantías al administrado, estos dos elementos son los que legitiman al acto administrativo.

Sin duda el procedimiento administrativo comparte esta característica con el acto administrativo y es que, desde nuestro punto de vista, ambos conceptos se encuentran unidos histórica y lógicamente. Empero, sin ánimo de dar por sentada una posición, nos parece que, en principio la Administración podría prescindir de seguir un procedimiento administrativo para emitir un acto administrativo, recordemos que la obligación de los poderes públicos es, al fin y al cabo, actuar de manera justificada, sus potestades, regladas y discrecionales, solo valen si no son, pues, arbitrarias.

Entonces, el procedimiento administrativo es solo un instrumento para esa finalidad, una forma de garantizar la decisión administrativa. De no tener un procedimiento previamente establecido, si las administraciones expusieran de forma clara las justificaciones racionales y razonables de sus decisiones, estas seguirían siendo legítimas pese a la ausencia de esos procedimientos administrativos.

Por supuesto, esto es una hipótesis, pero el Derecho administrativo no se construye de esa forma, el Derecho administrativo, es siempre parte de su propia historia, la que explica el porqué de las formas de actuación de la Administración, teniendo a esta como sujeto estelar. El acto administrativo surgió históricamente en Francia para legitimar su impugnación, su cuestionamiento en el contencioso, primero de manera autocompositiva luego heterocompositiva. En este devenir de control siempre estuvo acompañado por el procedimiento administrativo como “una carga” para la Administración²²³, el procedimiento administrativo siempre ha sido la forma normal de garantizar las decisiones contenidas en los actos administrativos, de esta forma, la explicación histórica, es por ello, lógica en nuestros días, en adición, sería una

²²³ Santamaría señala que una de las causas del surgimiento de los procedimientos administrativos fue el Estado liberal de Derecho, precisando que “con esta fórmula se persiguió conjugar la existencia de una Administración fuerte con la garantía de los derechos de los ciudadanos y, sobre todo, la actuación de los agentes administrativos con sujeción al Derecho” Santamaría Pastor. Principios, II. Pg 24, 25.

tarea compleja idear una forma distinta de controlar los actos administrativos además de lo difícil de acostumbrar a los funcionarios a ello.

Nos referimos por supuesto al procedimiento administrativo como modelo paradigmático de nuestra Ley que es expresión del debido procedimiento administrativo, de tal forma, como señala Cassagne “El control que se desarrolla en el ámbito de la Administración Pública asume distintas modalidades pero en todos los casos se realiza a través del procedimiento administrativo, es decir, a través de una serie de actos orientados a la realización del control de legitimidad y de oportunidad, mérito o conveniencia y que sirven, al propio tiempo, de garantía de los administrados” en esa línea, los actos “de trámite son actos interconectados y anudados casualmente con la finalidad común de preparar la resolución final del procedimiento”²²⁴.

Sin embargo, existen posturas amplias del concepto de acto administrativo, que pretenden englobar a los actos de administración interna entre otros dentro del concepto de acto administrativo, pero estas posturas pierden de vista el sentido de separar metodológicamente las formas de actuación de la Administración pública, y en particular de separarlas del acto administrativo. Justamente el acto administrativo es un concepto nacido de la necesidad de brindar tutela a los administrados, de allí su estrecha relación con los procedimientos administrativos, pues estos funcionan como enteras garantías para esos administrados. Son las características del acto administrativo las que “configuran” al procedimiento administrativo como su forma paradigmática y constitucional de tutela dentro del debido procedimiento; entonces, los hechos administrativos, los reglamentos, etc al tener una estructura y régimen distintos deberían de tener un régimen de tutela distinto del procedimiento administrativo.

Por su lado, Huapaya Tapia introduce el concepto de acto administrativo regulador, introducido a su vez en España por el Profesor de la Universidad de Oviedo, Raúl Bocanegra²²⁵. Este concepto enfatiza el carácter decisor y regulador del acto de situaciones jurídicas derivadas de las relaciones con los administrados, asimismo se cumple con una función estabilizadora, esto es, garante de estos administrados.

Lo que podemos destacar de esta propuesta es la idea de poner en el centro del concepto de acto el uso de las potestades administrativas, sacándolo del foco recursivo que solía tener. Sin duda, el acto, para ser operativo, no debería de ser visto como un requisito para su impugnación en sede judicial, y menos para su control en cualquier instancia.

A ello toca sumarle que este nuevo criterio de acto regulador permite distinguir claramente lo que es en sí un acto administrativo y otorgarle un régimen propio, Huapaya²²⁶, siguiendo a Bocanegra, asevera que los actos concebidos como

²²⁴ Luciano Parejo, Lecciones de Derecho Administrativo, pg 317.

²²⁵ Bocanegra Sierra, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

²²⁶ Huapaya Tapia, Ramón, “Propuesta de una nueva interpretación del concepto de acto administrativo contenido en la lpag” en Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación Estudios y cuestiones. Lima: Ara Editores, 2013.

declaraciones de voluntad, juicio o conocimiento no deberían ser considerados como actos administrativos en sentido estricto pues, en realidad, todo acto es decisor, siendo que las declaraciones no son susceptibles de decidir. Esto es relevante pues, la doctrina en nuestro país asevera, sin mayores dudas que los actos de conocimiento o juicio de la administración son per se actos administrativos, prácticamente por el único hecho de plantearse a pedido de parte, de esta forma una certificación de no adeudo a una biblioteca pública sería un acto administrativo “de conocimiento”. El problema de fondo es que esta doctrina no ha llegado a diferenciar los caracteres particulares del acto administrativo, que, como señala Bocanegra, tiene un carácter eminentemente regulador, esto es, las actuaciones de conocimiento por ejemplo, o cualquiera que se le ocurra, podrán ser actos administrativos si es que cuentan con el carácter regulador, ello depende mucho del régimen del acto emitido, pero de cualquier forma, llegue a considerarse acto administrativo o no, debería de poder ser eventualmente objeto de algún tipo de control cuando afecte de alguna manera intereses particulares o incluso difusos.

B. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

B.1 NOCIONES PRELIMINARES

El uso de potestades administrativas en base a la vinculación negativa a la ley trae como consecuencia un fenómeno inevitable en el diario trabajo de la Administración pública. El fenómeno al que nos referimos tiene que ver con el aspecto teleológico de la administración contemporánea, nos referimos a la discrecionalidad administrativa²²⁷. La ecuación es simple, para que la Administración pueda satisfacer de la mejor y eficiente manera los objetivos que le son encomendados se encuentra obligada a realizar una serie variada de actuaciones, esta gran cantidad de actuaciones o son configuradas por el ordenamiento para dejar cierta libertad de apreciación a la administración o, simplemente no pueden ser anticipadas por las leyes o reglamentos u otro dispositivo del ordenamiento jurídico, en uno u otro de estos casos se dice que la Administración pública actúa discrecionalmente²²⁸.

Como señala Juan Carlos Cassagne esto tiene que ver con el proceso de creación, aplicación e integración del Derecho, siendo que ya no puede considerarse, como se hacía desde un estricto positivismo, que el ordenamiento no tiene vacíos o lagunas, y que valga la sola aplicación directa de la norma para la resolución de esos inconvenientes. Así es, para bien o mal, la realidad de la aplicación del ordenamiento ius-administrativo nos muestra que es muy frecuente observar situaciones totalmente imprevistas por las normas u otro tipo de disposiciones. En una situación tal, funcionarios públicos acostumbrados a desenvolverse en un positivismo decimonónico quedan paralizados al no encontrar un amparo legal directo frente a una determinada coyuntura, siendo ya normal, la renuncia asolapada a sus funciones

²²⁷ “Más que difícil, el del poder discrecional es el tema, el gran tema, porque interroga sobre todas esas cuestiones últimas a las que acabo de hacer alusión, para cuya respuesta se necesitan dos cosas que es muy difícil reunir: una intensa vivencia del Derecho y una importante formación teórica” Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. 5ta. Ed. De la Arbitrariedad de la Administración. Madrid: Thomson – Civitas, 2008. Pg 21.

²²⁸ Cassagne, Juan Carlos. El Principio de Legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009 pg 177.

argumentando que “no existe habilitación legal para actuar” o desentendiéndose del asunto con derivaciones a otras autoridades o dando respuestas redundantes²²⁹.

Como vemos, sostener posiciones positivistas de ese calado en una realidad como la peruana y ante la total desatención de estas realidades en los asuntos constitucionales, no lleva más que al abandono del ejercicio de las funciones de las administraciones públicas²³⁰.

“En el contexto jurídico-cultural e histórico en que se perfila el panorama de la discrecionalidad cabe precisar que la función de la Administración no se limita a la aplicación automática de las leyes que dicta el Legislativo. La finalidad esencial de la Administración es la de satisfacer las necesidades públicas de las personas que habitan en el territorio del Estado y aun, de sus nacionales fuera de él. En suma, la médula de la Administración es la de constituir una actividad servicial o vicarial para la realización del interés público o bien común”²³¹.

Por supuesto, cuando hablamos de actuaciones discrecionales no estamos hablando de actos contrarios a ley sino de actuaciones que no están previstas en alguna norma, pero se llevan a cabo porque gracias a ellas se ha de satisfacer un interés público determinado, la discrecionalidad, no olvidemos, es el instrumento de la Administración para el correcto desempeño de sus deberes²³². Así, la discrecionalidad es un margen de actuación que tienen las administraciones y/o funcionarios para decidir, de acuerdo con diversos criterios, la opción más conveniente al interés público. Se dice en doctrina pues, que se elige “entre alternativas igualmente justas” fundada en criterios de oportunidad.

B.2 CONCEPCIONES BÁSICAS SOBRE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Antes de continuar necesitamos señalar algunos puntos básicos sobre el concepto de discrecionalidad. Claro está que estas afirmaciones son solo generales, pues la

²²⁹ Al respecto María Diez señala que: “el funcionario administrativo, conjuntamente con el legislador y el juez, creador de derecho, tiene un arbitrio que es necesario, en tanto que es consubstancial al ser mismo del derecho. El órgano administrativo tiene arbitrio cuando impone a la norma de aplicación modalidades no previstas en la norma superior aplicada, con tal que no choque con alguna valla jurídica expresa o virtual” María Diez, Manuel, *Derecho Administrativo I*. Bueno Aires: Bibliográfica Omeba, 1963. pg 135

²³⁰ Vignolo Cueva, Orlando. *Discrecionalidad y Arbitrariedad Administrativa*. Lima: Palestra Editores, 2012. pg 225: “la discrecionalidad administrativa es una figura que se ha desenvuelto con altas dosis de polémica y enfrentamiento en la ciencia jurídico-administrativa (...). Sin embargo, hay un punto en común sostenido en todas las posturas opuestas que ha permitido darle relevancia a esta institución (...) esto es la importancia – cualitativa y cuantitativa – actual que tiene esta figura en el desenvolvimiento administrativo, imposible de ser negada y que promete quedarse por mucho tiempo más, al menos si seguimos entendiendo que el legislador no puede regular todo con la debida densidad y detalle, es más, nunca lo pudo hacer realmente”.

²³¹ Cassagne. *El principio de legalidad*. pg 180.

²³² “Así considerada la discrecionalidad – como un componente del poder -, su valoración es neutra, al igual que la del poder. No es intrínsecamente negativa, sino que depende de quien la utiliza. Puede dar lugar a abusos, pero también puede permitir un desenvolvimiento eficiente de la administración, y hacia ese objetivo debe ser guiada por el Derecho”. Boulin Victoria, Ignacio. *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2014. Pg 47 – 48.

misma idea de discrecionalidad es amplísima, no reduciéndose solo al Derecho administrativo²³³.

El punto de partida común es la concepción de la discrecionalidad como ámbito de libertad de la Administración pública.

Esta primera idea de espacio de libertad no puede ser entendida como la libertad que le corresponde a los particulares o como la idea de libertad que es punto de origen de los debates de filosofía política, entre otras razones porque la Administración no responde a los mismos intereses que los particulares ni se porta de la misma forma, siendo que su existencia es teleológica. Claro está que esta libertad de la Administración tampoco implica el uso contrario a Derecho de la misma.

Los tópicos relativos a esta libertad suelen ser vistos en dogmática iberoamericana franqueados por dos lados, las exigencias relativas al legislador y las atinentes a la jurisdicción, temas que tocaremos más adelante en cuanto sea correspondiente a nuestro tema.

La libertad a la que se hace referencia es en realidad la posibilidad de elegir, esto es, la Administración se encuentra en la posibilidad de elegir entre diversas opciones, en eso consiste la discrecionalidad. En base a esta idea existen otras más que hacen alusión a su configuración y, que finalmente podrán dar sustento al fenómeno de la discrecionalidad como uno inspirado en el constitucionalismo.

Primero, decimos que la discrecionalidad es un espacio de actuación, pero ¿Cuál es el momento para actuar este espacio? Recordemos que al hablar de discrecionalidad nos referimos a esta como predicado de un objeto. Estos objetos son las actuaciones de la Administración que ya hemos repasado, aunque sin duda el objeto paradigmático es el acto administrativo. Sin embargo, vale recordar que en tanto que todas las actuaciones de la Administración, y no solo los actos administrativos, se encuentran sujetas a derecho, en todas puede tener lugar el uso de potestades discrecionales lo que implicará, como veremos, que tengan una justificación, o sea, deben de contar con una debida motivación.

Se suele señalar que la discrecionalidad se puede presentar en la disyuntiva de actuar o no actuar de la Administración, que en buena medida es una cuestión sobre ejercer o no sus potestades. Un ejemplo es la potestad que tienen los policías de tránsito para ejercer o no la potestad de iniciar procedimientos sancionadores a los infractores dependiendo de diversas circunstancias siempre referidas a su contexto.

A su vez la discrecionalidad se puede encontrar en el momento de la elección de los criterios de actuación, esto es, una vez decidida a actuar, y ante la imprevisión

²³³ “El supraconcepto de discrecionalidad hace referencia a un determinado modo de operar, de actuar, de realizar algo, consistente en la adopción de decisiones dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento mediante la realización de una elección entre diferentes alternativas sobre la base de criterios extrajurídicos. Se trata, pues, de la adopción de decisiones de forma desvinculada del ordenamiento jurídico, realizando una elección entre diferentes alternativas, utilizando para ello criterios valorativos extrajurídicos”. Desdentado Daroca, Eva. Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Navarra: Editorial Aranzadi, 1999. Pg 70 – 71.

normativa, corresponde a la Administración elegir los argumentos para adoptar una solución u otra. Metodológicamente se puede separar la discrecionalidad en el criterio para decidir (argumentos) y la selección de uno de esos criterios (decisión), pero en los hechos la segunda es fruto de la primera, por supuesto, que, debe de existir una coherencia entre ambas.

¿Quién define este espacio de discrecionalidad?

En otras palabras, se plantea quién define que existe ese espacio de discrecionalidad. Existen dos posturas al respecto, que, sin embargo, nos parecen complementarias.

La discrecionalidad es un espacio propio de la Administración Pública. Partiendo de la idea de separación de poderes junto a la visión de carácter histórica que relatamos de García de Enterría, le corresponde a la Administración legítimamente actuar los espacios de configuración de los intereses generales siempre y cuando la entendamos en sus caracteres de función administrativa.

La discrecionalidad es un espacio definido por el legislador y tanto su ejercicio, por parte de la Administración, como su control, por parte de la jurisdicción, son limitados y guiados por este legislador. Quiere decir, que “la función de estudio (dogmático-constitucional) sobre los límites a los que la Constitución sujeta la atribución de potestades discrecionales a la Administración no pueda radicar sino en establecer el alcance de los principios constitucionales de los que dependa que el legislador programe la actuación administrativa con la densidad normativa necesaria para que los jueces puedan fiscalizarla – sin necesidad de desbordar los límites intrínsecos del control jurídico – con la intensidad que consideren constitucionalmente exigida”²³⁴.

Creemos que los espacios de discrecionalidad pueden o no pueden estar predeterminados por la Ley o simplemente presentarse fácticamente en la dinámica de la Administración, esta no puede renunciar ni ampararse en un vacío de la ley para actuar configurando el interés público en el caso concreto. El problema de este argumento lo señala Bacigalupo al precisar que existe una relación necesaria entre la configuración de estos espacios, que llama normas de conducta, y su debido control jurisdiccional configurado en las normas de control.

Entonces, la Administración solo puede actuar en tanto exista un marco jurídico dado por las normas de conducta, este espacio solo puede ser jurídico, valga enfatizar. El contencioso-administrativo solo podrá actuar controlando el acto administrativo en tanto que la norma de conducta programe con la suficiente densidad normativa estos límites de control, una vez más, únicamente jurídico. El control pues, que realizan los jueces, está siempre parapetado por lo jurídico, o sea, criterios relativos a la técnica o ciencia está fuera de cualquier control jurisdiccional.

²³⁴ Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., 1997. pg 79.

En conclusión, los espacios de discrecionalidad definidos ampliamente o específicamente encuentran su particular configuración en el ejercicio de las potestades administrativas, la consecuencia (o causa) de ello es su necesaria relación con el legislador en primer término y con el juez en segundo.

Esta conclusión deberá de matizarse en orden a los principios constitucionales anotados en la primera parte de este marco teórico, entendamos por ahora que la relación y control de la discrecionalidad no se limita solo a los actos administrativos, o solo a la ley y el juez, sino que está enraizada en las fuentes constitucionales del Estado social y democrático del Derecho peruano.

A grandes rasgos, los actos de la Administración cuentan con una estructura definida en dos partes, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, además de ser parte del análisis de esta conjunción la decisión finalmente adoptada. En qué parte de esta estructura actúa la discrecionalidad, esto es, ¿Dónde se ubica este espacio de libertad?

La doctrina distingue tres tipos de discrecionalidad, esto es, tres momentos en los que la discrecionalidad se presenta.

Primero, en los casos de los conceptos jurídicos indeterminados que mencionaremos más adelante, luego en los casos de indefinición en la consecuencia jurídica y finalmente los casos de la llamada discrecionalidad conformadora.

Pese a que se ha sustentado que en los supuestos de conceptos jurídicos indeterminados no existen espacios de discrecionalidad sino solo de elección de *un criterio correcto*, estimamos que al no existir previamente o jurídicamente una guía para la elección de este “criterio correcto” el espacio de ambigüedad característico de la discrecionalidad subsiste. Ejemplos de estos conceptos son los términos: interés general, estado de ruina, cuestión litigiosa.

Los casos de indefinición en la consecuencia jurídica son los referidos a una indeterminación de los criterios y/o la decisión del caso. Como señalamos, estos dependen inicialmente de la configuración establecida por el legislador, llamada por la doctrina, programación normativa. En todo caso, entendamos que esta programación puede ser extensa y más referida a los fines establecidos en esas normas, que a la literalidad.

Los casos de discrecionalidad conformadora también conocidos como casos “de discrecionalidad planificadora” (Planungsermessen), en los que la actuación administrativa está dirigida por programas finales y no por programas condicionales. (...) La peculiaridad de la discrecionalidad planificadora que se quiere identificar en este contexto es solo – según tratará de demostrarse en lo que sigue – que la creación o construcción del supuesto de hecho de la norma ha de llevarla a cabo la

Administración a través de un específico método (de una estructura racional consolidada y peculiar de argumentar jurídicamente) que es el de la ponderación”²³⁵.

Esta discrecionalidad conformadora se diferencia de otros supuestos de discrecionalidad por ser más amplia, el espacio de indeterminación es más intenso y por tanto su control más alejado de los límites jurídicos. Además, esta discrecionalidad se ubica en el supuesto de hecho siendo que la mayor de las veces ya existe una consecuencia jurídica predispuesta; o sea, lo que es discrecional es el supuesto de hecho.

En cualquiera de los tres casos la Administración se encuentra en la posibilidad de elegir los criterios a adoptar a fin de decidir una determinada actuación. Por supuesto, esta elección de criterios es amplia y se predica tanto de la posibilidad de no ejercer la potestad, de los casos de conceptos jurídicos indeterminados, de determinar la consecuencia jurídica de la actuación o del supuesto de hecho en el caso de potestades amplias como la de planificación.

¿En base a que criterios debería de actuar la Administración? Como no es este el espacio para abordar toda la temática referida a la discrecionalidad sino solo aquellos aspectos relativos a su constitucionalidad solo cabe decir que en cualquier hipótesis la Administración se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico, aunque como acepta Bacigalupo, la idea de “actuación conforme al derecho y sus principios” suele ser un análisis negativo de dicha juridicidad, “es decir, se limitan a excluir aquellas soluciones que desconozcan los valores jurídicos en ella consagrados, pero no indican positivamente cuál es la que se ha de adoptar entre aquellas otras que no adolezcan de tal vicio”²³⁶.

B.3 AMBITOS DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Frente a la diversidad conceptual del término y su carga histórica, cabe tomar como punto de partida conceptual la idea que esboza Baca Oneto al respecto al delimitar a la discrecionalidad como margen de libertad frente al legislador y frente al juez.

Lo cierto es pues que, la discrecionalidad implica, en tanto que espacio de libertad²³⁷ del funcionario público, un alto grado de incertidumbre, posición que es a todas luces contrarias al Estado de derecho que preconiza entre otros, la seguridad jurídica, de esta forma, estas potestades discrecionales de la Administración pública deben encontrarse en relación directa con el legislador y con el juez. Con el legislador pues en virtud del principio de legalidad es este quien otorga el marco jurídico para la acción de la Administración, sin perjuicio claro está del marco jurídico que brinda la Constitución a todo el Estado y sociedad en su conjunto. Y con relación al juez, pues

²³⁵ Rodríguez de Santiago, José María. Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa. Madrid: Marcial Pons, 2016. Pg 151.

²³⁶ Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad administrativa. pg 85.

²³⁷ Compartimos lo señalado por Orlando Vignolo en cuanto precisa que el término libertad en este contexto no puede ser análogo a la libertad predicada de los individuos. Ver: Vignolo Cueva, Orlando. Discrecionalidad, pg 136 – 137

es este el llamado a efectuar el control sobre los actos de la Administración en nuestro sistema jurídico.

Entonces, la libertad que se predica de la discrecionalidad viene franqueada por estos dos espacios: el legislativo y el judicial²³⁸, sin embargo, existen y han existido siempre diversas formas de acotar las libertades que implican la discrecionalidad, la determinación de los hechos, la limitación por los principios generales, la precisión de que ningún acto es totalmente discrecional, los conceptos jurídicos indeterminados, etc. Con gran acierto para su contexto, García de Enterría señalaba que “la historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la Constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho administrativo”²³⁹.

Con referencia a su relación con el legislador cabe aclarar que las potestades discrecionales siempre deben de encontrar una justificación en el sistema jurídico, lo que no quiere decir que estas potestades discrecionales siempre encuentren una habilitación directa de la norma²⁴⁰, como venimos de decir la realidad de la regulación ya sea vía legal o infra legal muestra que existen materias de incompleta regulación, o que siempre se presentan realidades que no estaba previstas en la norma, frente a ambas situaciones (además de los espacios de discrecionalidad previamente configurados por la normativa), la Administración pública no se puede quedar paralizada frente a un interés público que le reclama atención, la Administración pública actúa al compás de su sociedad, o simplemente no es útil a esta sociedad, no se justifica²⁴¹.

B.4 CONTENIDO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

El contenido de la decisión discrecional suele ser de consenso, así, se admite que la actuación discrecional tiene un contenido no jurídico, en todo caso como diría Desdentado, es una mezcla de juicio y voluntad del funcionario público, entonces, si bien la decisión debe ser acorde a Derecho, su contenido es extrajurídico. Sobre este punto, y como creemos en todo lo relativo a la discrecionalidad, hay que ser sumamente cuidadosos, estimamos que el contenido de la decisión discrecional no necesariamente va a ser “extra-jurídico en su totalidad”, o de “algo de juicio” y/o “algo de voluntad”, lo cierto es que, precisamente por lo flexible del concepto, caracterizar a priori el contenido como *50% voluntad, 50% juicio y 0% juridicidad* resulta

²³⁸ Con un énfasis en la labor del legislador en este asunto, Vignolo reclama que: “la habilitación de competencias discrecionales y los métodos para el censo judicial de éstas – sin dejar de reconocer su importancia – desunidas del análisis sobre la propia densidad de la correspondiente norma, no permiten alcanzar una explicación certera y completa de la institución (...)” Ver: Vignolo Cueva, Orlando. Discrecionalidad, pg 133.

²³⁹ García de Enterría, Eduardo, “La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo” en Democracia, Ley e inmunidades de poder. Lima; Palestra editores, 2004. Pg 30.

²⁴⁰ En contra Baca Oneto. Ver: Baca Oneto, Víctor Sebastián: Los Actos de Gobierno. Piura: Universidad de Piura, 2003. Pg 258 y ss.

²⁴¹ Si se suele hacer énfasis en la necesidad de justificación, motivación de los actos de la administración, es justo también reclamar la justificación primero de los medios con los que debe de contar la administración para actuar como de la justificación final de su actuación en base a las políticas y planificación previas.

apresurado, nosotros creemos que lo único que se puede decir certeramente sobre el contenido de las decisiones discrecionales es que comportan una actuación política. Esto por supuesto, y una vez más no implica que no sea jurídica y/o controlable por el juez, sino que es política en la medida que sirve para configurar un determinado interés público²⁴².

Vignolo Cueva lo expone de la siguiente forma: “Considero, en concordancia con el concepto que he defendido en el anterior acápite, que este proceso estimativo termina siendo una auténtica actuación de *configuración* de la realidad, recaída, obviamente, sobre los hombros de la organización administrativa; la cual, ante la falta de precisión y puntualización del legislador de lo exigido por el interés público, debido a la aparición de normas indeterminadas que simplemente lo delimitan y señalan (sin agregar ni las acciones o medios más eficaces a seguir, ni su sentido correcto o que debe ser satisfecho, ni sus límites), termina aceptando la remisión hecha por éste, para asumir y ajustar desde sus propios criterios, lo que mejor convenga al interés general previsto legalmente”²⁴³.

B.5 LIMITES A SU CONTENIDO POR EL LEGISLADOR

Una de las técnicas para restringir la discrecionalidad, fue la asunción de una figura que se entendía se escindía de la discrecionalidad, por tener, de acuerdo con lo que se estimaba, caracteres distintos a la discrecionalidad.

Esta técnica es la de los conceptos jurídicos indeterminados (CJI). Se ha afirmado, pues, que el legislador se vale de los conceptos jurídicos indeterminados para guiar el camino de configuración del interés público al funcionario, de esta forma el funcionario ya no tendría el mismo que configurar el interés público (como pasa en la discrecionalidad), sino que únicamente debería de optar por la opción que se considere calce de mejor forma con el CJI, así, en su extraordinaria conferencia de 1962, el maestro García de Enterría mencionó que “el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación”²⁴⁴.

Creemos sin embargo que conceptos como “interés público”, “debida diligencia”, “insumo esencial”, “interés nacional”, “plazo razonable”, “mero formalismo” entre otros no merecen recibir un trato idéntico; pues estos se ven condicionados no solo por el interés público tutelado en las normas en los que se encuentren, sino por el caso concreto al que se tengan que aplicar. Esto es, no creemos que exista una única solución en todos los casos de CJI porque simplemente nos parece imposible asumir que en todos los casos se pueda definir siempre con la misma facilidad que implican estos términos, por ejemplo, el *plazo razonable* para la finalización de un

²⁴² Sobre ello, Desdentado indica que “Tanto la discrecionalidad política del legislador como la discrecionalidad administrativa tienen en común que ambas implican que el sistema jurídico ha reconocido al legislador o a la Administración un poder de decisión, que se traduce en un poder de elegir, sobre la base de una valoración política, entre diferentes alternativas, todas igualmente válidas dentro del marco del Derecho”.

²⁴³ Vignolo Cueva, Orlando. Discrecionalidad. Pg 152.

²⁴⁴ García de Enterría, Eduardo. La Lucha contra las Inmunidades. pg 46.

procedimiento de evaluación previa por una solicitud, de digamos un servicio relacionado a salubridad puede ser el estipulado por la norma: 30 días hábiles, cosa contraria es pensar que esa misma solución sirva para los procedimientos de evaluación de instrumentos de gestión ambiental que resultan mucho más complejos, pero no solo eso, dependiendo del caso en concreto, 30 días hábiles puede no ser razonable para una autorización sobre salubridad si es que existe una determinada premura en la prestación del servicio relativo a las circunstancias particulares y viceversa respecto del procedimiento de aprobación del instrumento de gestión ambiental. En este punto alguien podría señalar que para cada uno de esos casos en concreto existe una única solución correcta sobre que se tiende por “plazo razonable” pero quien piensa de esa forma sin duda no reconoce la problemática de lo que implica enfrentarse a un caso real de resolución de un problema de procedimientos administrativos, lo que se quiere decir, pues, es que existen muchas variables a considerar en la resolución de un caso que las sola hipótesis aisladas que nos podemos plantear en una elucubración en abstracto.

Todo ello nos hace concluir que, en realidad, no existe mayor diferencia entre la generalidad de los casos de discrecionalidad administrativa de los de CJI, en ambos existen una indeterminación, por supuesto, que, dependiendo del caso, el CJI en cuestión podría ser fácilmente determinado y bien podría afirmarse para ese caso que existe una “única solución justa”. Lo que queremos dar a entender es que no podemos determinar a priori un régimen jurídico único para los conceptos jurídicos indeterminados²⁴⁵, pues estos pueden comportarse como verdaderos actos discrecionales como en los casos de mero vacío de la norma o podrían asemejarse a los actos reglados de aplicación prácticamente inmediata²⁴⁶.

En realidad, el problema de fondo de los CJI y el interés por establecer un régimen jurídico particular está relacionado a su control (judicial)²⁴⁷, por lo que se cuestiona si deben ser controlados de forma idéntica a los actos discrecionales, si deben ser

²⁴⁵ No podemos estar de acuerdo con lo señalado por Baca Oneto, quien establece que el régimen de los CJI es idéntico al de cualquier norma jurídica pues, siendo que los motivos de la decisión han sido establecidos por el legislador, estos deben ser objeto del mismo trato (jurídico) que cualquier otra norma, en consecuencia, el ámbito de los CJI es la mera interpretación normativa. Baca no estima que esa atribución es en realidad solo una “mecanismo de atribución de discrecionalidad administrativa” (tomado de Vignolo Cueva, Orlando. Discrecionalidad. Pg. 197.), y que, en realidad deja en la misma situación de incertidumbre al funcionario como si la misma norma no existiese, la sola recurrencia a la formalidad de la “atribución normativa” en nada cambia la realidad a la que se enfrenta el funcionario, y que, una vez frente al juez tendrá los mismos efectos, en el ejemplo dado, si no hubiese en el ordenamiento un plazo para resolver los procedimientos administrativos de autorización por salubridad, el término “plazo razonable” podría muy bien no existir y el funcionario seguiría obligado a resolver el caso en el plazo más eficiente de acuerdo a los principios generales de debido procedimiento o seguridad jurídica entre otros sino además por la misma defensa de los derechos y su posible caducidad bajo lo cual el funcionario se vería incurso en una falta a sus deberes funcionales aún más si los daños son irreparables, de esta forma, la existencia o no del concepto “plazo razonable” es hasta irrelevante frente a las obligaciones que establece el ordenamiento en su conjunto.

²⁴⁶ En todo caso, “la distinción entre la discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados es útil, ya que permite diferenciar los casos en que la norma confiere a la Administración capacidad de decisión de aquellos otros en los que solo ha de apreciar o valorar la presencia del supuesto de hecho” Laguna de Paz, José Carlos. Derecho Administrativo Económico. Navarra: Thomson Reuters – Civitas, 2016. Pg 181.

²⁴⁷ Sin olvidar lo que señala Boulin Victoria: “sin embargo, al menos desde una óptica temporal, el objeto del Derecho Administrativo parece consistir más en la regulación del ejercicio de la función administrativa – a fin de posibilitar su correcto desempeño – que, en el control judicial de la Administración, el cual se revela como un remedio tardío ante el fracaso de la gestión. En ese sentido conviene recordar que la revisión judicial no es el fin al que se dirige la actividad administrativa, sino un medio a través del cual se la fiscaliza”. Boulin Victoria, Ignacio. Decisiones razonables. Pg 44.

controlados de forma diversa, o si no deben ser controlados del todo, hablaremos pues ahora del control de los actos discrecionales.

B.6 LIMITES A SU CONTENIDO POR EL JUEZ

La segunda relación de la discrecionalidad es con el juez, de acuerdo con la evolución, una vez más, histórica del Derecho administrativo, la Administración pública ha contado con una administración activa y una contenciosa la que en realidad es una revisora de sus actos. Estas dos partes de la Administración conformaban lo que pasó a ser el comportamiento normal de la Administración pública, en Francia existe pues incluso hoy en día una institución denominada Consejo de Estado que tiene atribuidas potestades contenciosas, esto es de revisión judicial de la legalidad de los actos emitidos por la administración activa.

Recordemos que de acuerdo a la vinculación negativa de la Administración a la Ley (y a la Constitución de acuerdo al nuevo paradigma), esta no puede emitir actos contrarios a la normativa y el ordenamiento jurídico en general, en ese contexto y de acuerdo a nuestro marco constitucional, corresponde al juez determinar la legalidad de los actos emitidos por la Administración, esto atañe no solo a los actos reglados sino también a los discrecionales, y en general a todas las actuaciones de la Administración.

En nuestra opinión, no es posible hablar de actos discrecionales a secas, pues se debe tener en cuenta que estos pueden tener elementos reglados, normalmente los elementos formales del acto; de cualquier manera, la fórmula es la siguiente: todos los actos/actuaciones pueden ser controlados por el juez, esto es el poder judicial tiene la potestad de nulificar los actos reglados o discrecionales contrarios al ordenamiento jurídico²⁴⁸. Los elementos reglados del acto pueden ser anulados por el juez y sustituidos por lo que jurídicamente el juez considera adecuado a derecho, “por su juicio”; empero, los actos discrecionales en tanto que espacio propio de la administración podrán ser anulados en algunos casos, pero no ser sustituidos.

En concreto, se considera que en los actos discrecionales existen elementos que son reglados, respecto de estos, el juez puede anularlos y sustituir la decisión del funcionario por la suya (juicio). Respecto de los elementos discrecionales no podría hacerlo, pues como dijimos ese espacio es, en el marco de la legalidad²⁴⁹, un espacio propio de la Administración pública para que esta configure el interés público. En el fondo se aprecia la estrecha relación de la Administración pública con la consecución de los intereses públicos, es esta y no otra entidad la que tiene por deber y función

²⁴⁸ Por supuesto que las potestades del juez para controlar a la Administración no necesariamente se limitan a la nulidad per se, por ejemplo, el juez puede establecer un seguimiento de las actuaciones de la entidad administrativa sin que necesariamente se de la nulidad. Este es el caso de las sentencias en materia de extinción de dominio en las que se aprecia la limitación y seguimiento de los jueces (penales) de las decisiones discrecionales del PRONABI respecto de la disposición de los bienes objeto de extinción. Ver Compendio de Jurisprudencia de Extinción de Dominio, junio 2021, Procuraduría General del Estado.

²⁴⁹ Es importante la reflexión de María Diez en el sentido de establecer que la vinculación de la administración no es solo a la legalidad, sino a todo el ordenamiento jurídico, aun cuando sus conclusiones pueden llevarnos a sostener que el juez puede controlar (nulificar y sustituir) prácticamente todos los casos de discrecionalidad. Ver: María Diez, Derecho Administrativo. Pg 152 y ss.

la consecución de estos, esto se explica por el contenido material de la Administración pública.

El alcance de la revisión judicial se ha señalado comúnmente, tiene que ver con el límite entre legalidad y oportunidad: La legalidad es, básicamente, la adecuación de la medida al ordenamiento jurídico en su conjunto, aun cuando inicialmente se refería solo a la Ley, no olvidemos que la ley ha sido siempre el referente de actuación de la Administración pública. Por su lado, la oportunidad es la decisión subjetiva que se toma de acuerdo con un caso en concreto con la finalidad de satisfacer el mandato teleológico de la norma base de la decisión, “(...) la oportunidad es un criterio de valor. Se aprecia la misma con relación a normas de referencia, que pueden variar de una persona a otra, y que dependen de opiniones, de circunstancias, de la clarividencia, del estado de información, etc. En un cierto supuesto, dos personas, aun actuando de buena fe, pueden estimar, una, que la decisión tomada es la más oportuna en esas circunstancias, y la otra, que una decisión diferente sería más oportuna”²⁵⁰.

Por tanto, el juez podrá controlar el espacio de legalidad de la actuación administrativa, pero no la oportunidad de la decisión, esta es parte de las atribuciones de la Administración pública, la consecución de los intereses públicos es su deber jurídico.

Empero, este criterio de oportunidad señala Tomás Ramón Fernández, es artificioso y convenido a favor de la Administración resultando contrario al nuevo paradigma de constitucionalidad, en conclusión “la teoría del poder discrecional de la Administración debe, pues, construirse de nuevo, de arriba abajo en el sentido más literal de la expresión, es decir, a partir de los principios que consagra la Norma Fundamental”²⁵¹.

Lo señalado por el profesor español no deja de ser cierto, el paradigma constitucional que irradia a todo el ordenamiento impide sostener espacios exentos al Derecho, espacios en los que los poderes públicos puedan escudar actuaciones contrarias al Estado constitucional de Derecho; sin embargo, es también cierto que en un Estado de Derecho concebido para nuestras sociedades plurales, los poderes públicos cuentan con una serie de prerrogativas que los obligan a actuar en pos de la consecución de intereses públicos, y no solo pasivamente en la defensa de derechos fundamentales²⁵².

Es decir, la Administración necesita de ese espacio denominado discrecionalidad para configurar los intereses públicos de acuerdo con los criterios que le conciernan, pues es este también un mandato de los modernos Estados constitucionales²⁵³, es preciso pues variar la imagen de la Administración pública como “enemiga” de los

²⁵⁰ María Díez, Derecho Administrativo. Pg 150.

²⁵¹ Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. De la Arbitrariedad. Pg 80.

²⁵² Ver: Ponce Solé, Juli, “El control judicial del procedimiento administrativo y la garantía del derecho a una buena administración”, en Revista De Derecho Administrativo, N° 9, 2010.

²⁵³ “But if a court were to decide every question afresh, we would lose many of the advantages of having administrative agencies” citado en Laguna de Paz, José Carlos. Derecho Administrativo. pg 188.

derechos e intereses personales por una que coadyuva a la construcción de esos derechos y que salvaguarda los intereses que atañen a toda la sociedad civil.

Pese a lo antes expuesto, los problemas subsisten, aun aceptando que existe un espacio “extrajurídico” o de configuración política de los intereses públicos ajeno a la revisión judicial, quedan las preguntas: ¿Es que en ningún caso ni en ninguna medida se puede revisar ese espacio? ¿Cuál es el límite entre dichos espacios de legalidad y discrecionalidad? ¿No condiciona la configuración de la ley el alcance de dicha regulación? ¿Si la ley atribuye espacios de interpretación para la Administración pública, estos sí podrían ser controlados por el juez al tratarse de “interpretación jurídica”? ¿Impedir totalmente el control del juez no es en realidad, una forma de claudicar en el estado de derecho bajo una excusa de libertad que probablemente no se dé frecuentemente a favor de los ciudadanos? ¿Pueden tratarse de la misma forma los espacios de discrecionalidad en temas relacionados a gestión política que los casos de discrecionalidad que puedan afectar directamente a derechos fundamentales u otros derechos?

Todas estas cuestiones, son pues de índole no solo legal sino constitucional, esto es, los criterios para aproximarnos no deben de dejarse a la libre configuración de una ley u otra, que finalmente acaben por contradecirse, menos aún a las alejadas ordenanzas de los gobiernos locales, ayudaría en demasía al menos a acortar el debate, una previa y clara configuración constitucional, no solo por la seguridad de su texto sino por la elección de que principios y/o criterios deberían ser los preponderantes en estos casos y no solo por una protección de derechos fundamentales, sino con la finalidad de controlar el ejercicio del poder público y tratar de configurar su línea de acción de una forma sistemática²⁵⁴.

B.7 CONTROL DE LOS ACTOS DISCRECIONALES

Baca Oneto ha señalado que son dos los criterios a tomar en cuenta al momento de controlar los actos discrecionales, uno de ellos es la posibilidad de reducir la discrecionalidad a tal grado que solo quede una solución adecuada a Derecho, de esta forma se podría incluso sustituir la decisión de la Administración. El otro caso es el control por la motivación, así pues, en estos casos la motivación no sería solo un elemento de forma de la actuación administrativa, Baca señala que en tanto que la discrecionalidad consiste en la atribución a la administración de escoger los criterios a fin de decidir en un sentido u otro, esa elección se ve reflejada en una motivación, entonces la decisión finalmente adoptada depende de la justificación, de los motivos de la Administración para hacer su elección. “Así, la motivación, como expresión de las razones que han llevado a actuar a la Administración, no es una exigencia externa de la actuación discrecional (o un límite externo) sino la expresión de un elemento interno e inescindible de dicha actuación, en tanto la Administración no solamente elige entre diversas opciones posibles, sino entre distintos criterios de decisión. De allí la extraordinaria importancia que reviste este elemento en el control

²⁵⁴ Ver la introducción de Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad administrativa.

de la discrecionalidad”²⁵⁵. Este control sobre la motivación se plasma en lo que se denomina principio de interdicción de la arbitrariedad.

El origen de la idea de interdicción de la arbitrariedad es doctrinal, lo tomó García de Enterría del jurista alemán Leibholz y lo trasladó a su realidad ampliando su configuración inicial, este principio hoy en día ya es parte de la Constitución española pese a haber sido objeto de algunos cuestionamientos en dicho país²⁵⁶.

García de Enterría fundamenta que la interdicción de la arbitrariedad es un principio jurídico dado el carácter de principios ontológicos de los denominados Principios Generales del Derecho, con esto trata de evitar que esta interdicción sea utilizada únicamente de manera casuística, eventual, pretende que este principio informe a todo el ordenamiento jurídico “y, en fin, al precisar su pertenencia al derecho no sólo se precisa su validez jurídica, sino que también se salva su sentido de “razón artificial”, en la expresión referida, fruto de la experiencia de la vida jurídica y expresable en una técnica concreta de este carácter, sólo técnicamente precisable, lo que es otra expresión de su carácter objetivo”²⁵⁷. En el fondo se aprecia que se reúnen dos elementos en la base de este principio, la consecución de la justicia material por un lado y del otro el control de fondo que esta justicia reclama, control de todas las decisiones del Estado. Al momento de responder la crítica de un sector de la doctrina española a este principio, el profesor español cita al senador constituyente responsable de la inclusión de dicho principio en su Constitución: “Enlazo así con la segunda de las razones que tuve en cuenta al preparar mi enmienda: el deseo de abastecer en la mayor medida posible modalidades de control, es decir, técnicas jurídicas concretas, para someter a pautas jurídicas verificables el funcionamiento administrativo. Tantos años de insolencia del poder necesitaban numerosos y diversos correctivos, necesitaban la reprobación expresa, pero demandaban también las modalidades específicas que la técnica jurídica puede abastecer”²⁵⁸.

Cierra señalando que el fundamento ultimo de este principio tiene que ver con “condenar la falta de un fundamento objetivo”, pues se “exige que en cualquier decisión del poder público se hagan presente los valores superiores del ordenamiento jurídico”²⁵⁹.

Esta necesidad de fundamentos en las decisiones de los poderes públicos suele relacionarse con la necesidad de motivación o, mejor dicho, con la existencia de motivos que, precisamente, justifiquen esas decisiones.

²⁵⁵ Baca Oneto, Víctor. “La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en Revista de Derecho Administrativo n° 11, 2012. Pg. 187.

²⁵⁶ Rubio Llorente alegó que en realidad la interdicción de la arbitrariedad era un derivado del principio de igualdad y no más. Citado por García de Enterría en “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota, en Revista de Administración Pública n° 124, 1991.

²⁵⁷ García de Enterría en ¿Es inconveniente...? Pg 157 (Valga aclarar que cuando el autor se refiere a “razón artificial” se refiere a una razón jurídica).

²⁵⁸ García de Enterría en ¿Es inconveniente...? Pg. 222.

²⁵⁹ García de Enterría en ¿Es inconveniente...? Pg. 225.

El problema de fondo de este principio es en realidad, su contenido, en España, y luego irradiado a otras latitudes, se habla de figuras como la razonabilidad o la proporcionalidad, la motivación u análogos para definir su contenido. De acuerdo con las palabras de Lorenzo Martín-Retortillo ya citadas el objetivo de incluirlo en la Constitución española fue dotar de mayores herramientas de control a vistas de los años de “insolencia” del funcionamiento administrativo.

Son varios los autores españoles que recogen una serie de técnicas que giran en torno al control por el principio de interdicción de la arbitrariedad, en el fondo, este principio reúne a las técnicas de control de la discrecionalidad. Repasemos algunas ideas al respecto.

B.8 MOTIVACIÓN

La primera de las técnicas cuenta con sólidos antecedentes jurídicos, nos referimos a la motivación que, al menos en lo referido a los procesos judiciales, cuenta respaldo constitucional directo, sin embargo, el principio en sede administrativa encuentra asidero en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional como parte del debido procedimiento administrativo.

Es a través de la motivación que podemos determinar si un acto es arbitrario o no, es en la motivación donde se va a explayar la justificación de la decisión tomada por los poderes públicos, en nuestro caso, por la Administración pública. Cualquier análisis sobre la arbitrariedad de una medida pues requiere de la existencia de una motivación.

Sin ánimo de ahondar en el tema, debemos mencionar el tópico referido a motivación vs motivos y la temporalidad de la motivación.

Así la primera cuestión respecto de la justificación subyacente en la motivación implica comprender que esta, la motivación, es un elemento de forma de las actuaciones administrativas, de esta manera se plasma en nuestra ley de procedimiento, todo ello en tanto que el sustento en sí son los motivos que son el contenido de la motivación. Pero, si es que la Administración no brinda la motivación del acto, ¿Podríamos asumir que este si cuenta con los motivos del acto? De acuerdo a Baca Oneto la falta de motivación es “una pista de arbitrariedad”²⁶⁰, lo que implica que el acto podría ser anulado. La razón de la nulidad radica en que, el administrado afectado se vería en un estado de indefensión pues se vería impedido de argumentar contra el acto que considera ilícito al no conocer las razones de su emisión, como sabemos, el derecho de defensa es parte del debido procedimiento administrativo por lo que menoscabarlo es un vicio de fondo de cualquier procedimiento. De esta manera, si bien la motivación es un elemento de forma, reviste tal interés para otros derechos o intereses que cobra la suficiente entidad como para que se justifique la nulidad de determinadas actuaciones como si fuera un vicio de fondo.

²⁶⁰ Baca Oneto, Víctor. La discrecionalidad administrativa. Pg 194.

Otro asunto es el de la temporalidad de la motivación, es decir, que pasaría si al momento de emitir el acto no se da la motivación, pero en el transcurso del examen de nulidad (vía judicial) se solicita la motivación que haya sustentado dicha emisión y esta es brindada, pero con documentos emitidos posteriormente a la solicitud de nulidad, ¿Deben ser analizados estos elementos? ¿O podrían ser considerados “extemporáneos” por haber sido elaborados con fecha posterior a la denuncia? Partiendo de la misma premisa anterior, esto es que la motivación es un elemento formal, podemos colegir que mientras se brinden los motivos ya sea que hayan sido elaborados anteriormente a la solicitud de nulidad o lo hayan sido de manera posterior, no habría un vicio de fondo que afecte la decisión administrativa. Sin embargo, estimamos que, tanto en este caso como en el anterior, el foco debe centrarse en mantener incólume en debido procedimiento administrativo, en particular el derecho a la defensa, así que, si en el supuesto anterior una afectación al derecho de defensa justificaba la anulación del acto, en el presente de igual forma, entonces, si el aporte tardío de los medios probatorios mella de alguna forma la defensa de los administrados, el acto debería ser anulado²⁶¹.

Empero, creemos igualmente que esto no debe hacer ver al juez como una mesa de partes de los motivos y verificador de la fecha de emisión de las motivaciones, es parte de su tarea igualmente, tratar de conservar la validez de los actos de la Administración, no solo por los principios de informalismo o la conservación del acto, sino por la misma relevancia de los actos relativos a determinados intereses públicos, por ejemplo, dejar sin efecto un reglamento administrativo implica que la Administración deberá rehacer un trabajo que implica el uso vasto de recursos humanos y materiales. Si se tienen a la vista los motivos aun sea que han sido proporcionados tardíamente, el juez podría bien trasladarlos al administrado afectado a fin de que esta pueda realizar los descargos que considere, salvaguardando de esta forma su derecho, y en general, el juez deberá de tratar de solventar los defectos de motivación en la medida de lo posible.

Finalmente, un tema relativo a cómo se aprecia la legalidad en sede judicial que conviene tener en cuenta es el formalismo con el que suele verse este tema en los juzgados, esto tiene que ver con la práctica, por cierto, no solo judicial sino también administrativa, de resolver solo la nulidad de un caso sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, con la simple indicación de la remisión al funcionario emisor del acto. Por supuesto, si existe un amplio margen de discrecionalidad no resulta lógico que el juez pueda atribuirse potestades discrecionales, empero, si el ámbito de discrecionalidad ha sido reducido a cero, como explicaba Baca anteriormente, el juez no tendría porque no brindar una solución real al caso. Estimamos que cada vez que el juez, pese a tener un margen de discrecionalidad cero, no se pronuncia sobre el fondo, en realidad está ahondando en la arbitrariedad señalada, pues teniendo elementos para actuar no lo hace.

²⁶¹ Con argumentos parecidos a los nuestros, Desdentado subraya que “lo que es insoslayable es que los motivos existan y se den a conocer en un momento posterior, pues solo de esa forma será posible un control de arbitrariedad”, en Desdentado Daroca, Eva, “El principio de interdicción de la arbitrariedad”, en Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo I. Madrid: La Ley, 2010 Pg. 192.

B.9 RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

En el Derecho extranjero ya desde hace tiempo se ha venido recurriendo a la idea de razonabilidad, este particular elemento que parece tan alejado a lo que estimamos como jurídico tiene una relevancia para nosotros no solo teórica, sino que practica, el problema de esta noción y de su arribo a nuestras tierras tiene que ver no solo con la casuística en la que se expresa, sino que está emparentado con aspectos constitucionales de relevancia como ya veremos.

En la línea de la presente exposición la discrecionalidad es un espacio de carácter político en el que la Administración puede configurar los intereses públicos en el cumplimiento de sus deberes legales, sin embargo, no es una potestad ilimitada, la discrecionalidad tiene por historia el tratar de ser franqueada por diversos lindes, la doctrina española ha aportado el principio de interdicción de la arbitrariedad como intento por ajustar los límites a esta, la motivación es el vehículo en el que han de encontrarse los motivos, justificaciones que harán a la decisión administrativa discrecional en lugar de arbitraria, y el contenido de esta justificación es la racionalidad y la razonabilidad.

Partamos de entender que la razonabilidad se “opone” a la racionalidad, si bien el asunto de la relación entre una y otra son de gran calado, explicación que por cierto no es objeto de esta ponencia, podemos señalar que el esquema básico sobre el cual se trabaja en Derecho implica una determinada lógica racional, o “lógica jurídica” que no es otra cosa que la lógica silogística aplicada al Derecho, esta lógica en Derecho implica pues toda nuestra metodología, normas, principios, ponderación, subsunción, exegesis, Estado de Derecho, etc., elementos que a veces pueden ser contradictorios entre sí, por ejemplo la vetusta contienda del derecho positivo vs derecho natural, pero que se mueven todos en este orbe, en nuestro universo de Derecho, el predicado de *la supremacía de la Constitución*, es pues de una lógica jurídica. Como hemos explicado en el capítulo pasado esta forma de ver el Derecho se ha visto trastocada por la “lógica de lo razonable”, que, a grandes rasgos, es la utilización de criterios “de sentido común” que no entran en esa lógica formal que conocemos, lógica sujeta a la argumentación, la exposición de su justificación.

Como hemos señalado, esta idea de razonabilidad ha sido exportada por doctrina extranjera, pero, encontremos primero la “lógica” inicial que esta representa.

Tomás Ramón Fernández se pregunta ¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente? Como señala el autor²⁶² la racionalidad de la administración es algo tan obvio que lo damos por sentado, es el esquema racional fuertemente enraizado con las ideas de Max Weber, la persistencia en estas ideas o no, es algo que no toca examinar, por ahora basta decir que la racionalidad es parte del devenir diario de nuestras administraciones, es más esta racionalidad está fuertemente relacionada a diversos de los principios del Derecho administrativo, no olvidemos

²⁶² Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. De la Arbitrariedad. Pg 191 y 192.

que en general los principios de este Derecho tienen dos grandes fuentes: la idea de racionalidad weberiana y las ideas de simplificación administrativa, pero esto excede el propósito de estas líneas.

Guariglia concluye de forma interesante que racionalidad y razonabilidad ambas pertenecen al Derecho²⁶³, siendo no obstante conceptos diferentes. Mientras lo razonable es externo y se manifiesta en el uso de razones, lo racional es interno y responde a las reglas de la lógica ya sea para las actuaciones regladas como a las discrecionales, empero, la discrecionalidad se fundamenta también en la razonabilidad. Precisa finalmente que la razonabilidad “se expresa en la decisión administrativa, justificada a través de un razonamiento argumentativo, fundado, prudencial y dotado de una dimensión retórica (...)”²⁶⁴, trata pues de resolver asuntos cuando la lógica formal ya no es suficiente de acuerdo con lo que el maestro Recasens Siches llamaría la “lógica de lo humano”²⁶⁵.

Tales elementos, por supuesto, no pueden ser de fácil recibimiento en nuestro medio en donde lo que impera es un concepto estrecho de positivismo jurídico, muchas veces entendido como mero legalismo, pues, en el fondo estos son argumentos de Derecho natural, debido a que “el positivismo jurídico, por ende, en la concepción de Kelsen, se revela como un paradigma insuficiente, a través del cual se acota el conocimiento jurídico que permanece sujeto a la lógica formal, al margen de toda consideración esencialmente valorativa”²⁶⁶.

En consecuencia, “quizá esto no satisfaga a los espíritus cartesianos, a los que les gustaría contar con un sistema de reglas fijas, con un código argumental seguro y estable, válido para siempre. No lo hay, ni lo habrá, ni debe haberlo tampoco, en mi opinión. Esa imprecisión que a algunos o a muchos puede parecer una limitación del discurso jurídico es, por el contrario, una circunstancia afortunada y una garantía adicional, porque permite intentar en todo momento su reconstrucción y mantener, en consecuencia, siempre abierta la vía a la esperanza de soluciones mejores y más justas”²⁶⁷.

B.10 RAZONABILIDAD

La razonabilidad en el ámbito del Derecho administrativo tiene su origen en el Reino Unido con el asunto *Associated Pictures Houses Ltd. Versus Wednesbury Corporation* (1948) en virtud del cual se deslizó la posibilidad de revisar una decisión no solo en base a una lógica racional sino en base a “*lo que una autoridad razonable hubiera adoptado*”.

²⁶³ Guariglia, Carlos. “Razonabilidad y legitimidad en el derecho administrativo”, en *El derecho* n° 14, 2017: “(...) es decir que el conjunto de normas que lo integran - cualquiera sea su valor y fuerza – debe disponer de esos atributos, que, por otra parte, son aplicables a todo el Derecho”. Pg 3.

²⁶⁴ Guariglia, Carlos. Razonabilidad y legitimidad. pg 4.

²⁶⁵ Recaséns Siches, Luis. “El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica”, en *Diánoia*, n° 2, 1956.

²⁶⁶ Guariglia, Carlos. Razonabilidad y legitimidad. Pg 4, 5.

²⁶⁷ Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. De la Arbitrariedad. Pg 212.

Por supuesto, y como señala Ramon Fernández este criterio estuvo sujeto a diversas interpretaciones y en realidad es usado en el Reino Unido para la defensa de diversas causas. Laguna de Paz precisa que este test de “*unreasonableness*” implica la verificación de tres parámetros (Wednesbury test), verificar: “(i) Si la decisión ha sido adoptada tomando en cuenta factores irrelevantes (despido de profesora por el color de su pelo); (ii) si la decisión ha sido adoptada sin tomar en cuenta todos los factores relevantes; (iii) si la decisión es tan irrazonable que no hubiera sido adoptada por ninguna autoridad (Wednesbury unreasonableness)”.

Explica Laguna de Paz las dificultades prácticas respecto de la utilización del test en mención, que rivaliza con el principio de proporcionalidad, siendo que el de razonabilidad es más restrictivo que el de proporcionalidad, y este último podría acabar supliendo la decisión de la agencia administrativa. “La razón está en que la aplicación estricta del principio de proporcionalidad comporta el riesgo de que, en la ponderación de intereses, el juez sustituya a la Administración. Por su parte, la aplicación laxa del control de razonabilidad puede producir indefensión”²⁶⁸. Asimismo, la intensidad del test puede variar de acuerdo con los intereses en juego, esto es, si es un acto que afecta derechos fundamentales o si es un acto relacionado a temas políticos.

Es relevante igualmente el antecedente estadounidense denominado Doctrina Chevron, de acuerdo con este precedente de 1984 los jueces son deferentes con la interpretación realizada por la autoridad administrativa, esto es, ya no es solo el juez el encargado de interpretar la ley, lo es también la Administración respecto de las leyes que lo gobiernan²⁶⁹.

“Mientras que antes una corte determinaba cuál era la regla que una ley requería para un caso, después de “Chevron” solamente determinará si una interpretación hecha por una agencia es aceptable, y si lo es, deferirá la cuestión al criterio de la agencia”²⁷⁰.

La deferencia señalada no obstante será evaluada por el juez en dos pasos llamados “*Chevron Two-Step Test*”, el primero de ellos es una revisión de la habilitación legal de la actuación de la agencia, esto es, revisar si, por la vía legal se prevé de manera clara que debe hacer la agencia, “sin embargo, si una corte determina que el texto de la ley es silente o ambiguo, entonces el tribunal debe proceder con el segundo paso del test”²⁷¹. Así pues, si la ley no predetermina una solución al caso o esta es ambigua “el juez no puede imponer su propia comprensión, sino que debe limitarse a verificar si la interpretación es razonable y cabe dentro de la ley (a permissible construction of the statute)”²⁷².

²⁶⁸ Laguna de Paz, José Carlos. Derecho Administrativo. pg 186.

²⁶⁹ Ortiz, Daniel, “Doctrina Chevron: su significado en el derecho estadounidense y su aplicabilidad en la Argentina” en University of Virginia School of Law and Legal Theory Research Paper Series, 2012. Consultado el 20 de mayo de 2022, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2141250

²⁷⁰ Ortiz, Daniel, Doctrina Chevron.

²⁷¹ Chávez, David, “A first reference about Chevron deference: La doctrina central del Derecho Administrativo Norteamericano en su treinta y un aniversario”, en *Advocatus* 31. pg. 272.

²⁷² Laguna de Paz, José Carlos. Derecho Administrativo. Pg. 188.

Las relaciones pues de la razonabilidad con la discrecionalidad difiere en cada uno de los supuestos planteados, tanto en *Wednesbury* (Reino Unido) como en *Chevron* (Estados Unidos); de cualquier forma, ambas se basan en el examen de la razonabilidad de la medida administrativa, concluyendo en la posibilidad de controlar hasta determinado punto la discrecionalidad administrativa. De esta forma, “el principio de razonabilidad se revela como un límite a la discrecionalidad. Ello significa que la elección entre las varias opciones igualmente legítimas conlleva un acto volitivo razonable y, por consiguiente, aun cuando se trate de elección libre, la opción no es absoluta sino relativa porque se encontrará sometida al principio de razonabilidad”²⁷³.

B.11 PROPORCIONALIDAD

Finalmente se suele aludir a la proporcionalidad y el denominado test de proporcionalidad como un límite a las potestades discrecionales, al respecto es conocido que el mismo tuvo como primer fundamento el comentario de Robert Alexy a una sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sin obviar el posterior desarrollo del concepto, entendemos importante indicar los aspectos relevantes de esa primera configuración. Lo primero que salta a la vista, y que en realidad es la justificación de este principio es el hecho de remitirse directamente a la defensa de los derechos fundamentales, no solo de parte del poder del ejecutivo sino de todos los poderes públicos, el otro aspecto tiene que ver con lo que se denomina “ponderación”, que en pocas palabras tiene lugar cuando la interpretación de la norma tiene frente a frente a dos derechos fundamentales, en estos casos no se puede hablar más de subsunción o aplicación directa de la norma, sino que estas se deben de ponderar, solo así podremos resolver este entuerto, y a esa solución se llega por la ponderación²⁷⁴.

Las consecuencias de esta resolución analizada, señala Alexy tienen que ver con el posicionamiento de los derechos fundamentales como valores intrínsecos del ordenamiento, la eficacia horizontal y vertical de los derechos fundamentales y la necesidad de acudir a la ponderación para los valores y principios constitucionales que tienden a colisionar.

Culmina Alexy señalando que la ponderación no es sino una exigencia del principio de proporcionalidad el cual a su vez está integrado por los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, principios estos que apuntan a la idea de optimización, así “los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas”²⁷⁵. En esa línea, el principio de adecuación o idoneidad no sería otra cosa

²⁷³ Guariglia, Carlos. Razonabilidad y legitimidad. Pg 5.

²⁷⁴ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* n° 11, 2009: “(...) sino más bien que cuando la aplicación de normas del derecho civil condujera a la restricción de un derecho fundamental, siempre se exige que tenga lugar una ponderación de los principios constitucionales en colisión”. Pg 5.

²⁷⁵ Alexy, Robert, *Derechos fundamentales*. pg 8.

que la idea del óptimo de Pareto en el análisis constitucional, optimizar el beneficio de algo sin que llegue a perjudicar otro bien. La necesidad exige un razonamiento idéntico pues requieres que no haya otro medio que intervenga menos costosamente. Finalmente, la ponderación se expresa en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto el cual se debe constatar en tres pasos, en el principio debe constatar la importancia del principio afectado, en el segundo se debe constatar la importancia del principio beneficiado y en el tercero se averigua si la realización del principio beneficiado realmente supera en importancia al principio perjudicado.

C. DISCRECIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

En general los distintos ordenamientos han asumido estas reglas y otras a fin de controlar las actuaciones de las administraciones públicas, todo este esfuerzo es muy loable sin duda, pero lamentablemente es ajeno, pues nuestro marco jurídico frente a la actividad discrecional es tan frágil que apenas y el concepto “discrecionalidad” se menciona de soslayo en nuestra ley base de las administraciones públicas, la Ley 27444, que en realidad es una Ley que merecería ser parcelada en varias por la diversa temática que engloba, con una única norma general parece que todo el universo de lo administrativo es estándar y estrecho. Sin embargo, el escenario es distinto, tenemos a los principios generales, al régimen de actuaciones administrativas, a las potestades y su control, a la organización administrativa, bienes públicos, régimen de responsabilidad siempre confundido con las sanciones administrativas, entren otros tantos temas.

Pero volvamos a este caso, en materia de potestades discrecionales no existe regulación ni constitucional ni legislativa sobre estas potestades, no existe un régimen uniforme, tanto así que existe una generalizada sinonimia entre discrecionalidad y arbitrariedad, inaudito para cualquier ordenamiento a estas alturas. Otorga sin embargo alivio la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 090-2004-AC/TC que explaya sobre el tema brindando un concepto y distintos contenidos relacionados todos al interés público justificado siempre por una motivación que vendría a ser una contraposición de la arbitrariedad a la que asocia, entre otros, como comportamientos contrarios a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, llegando a ser elementos controlables en sede jurisdiccional.

Y sin embargo la práctica ius-administrativa siguen su curso pese a la no existencia de regulación o una uniforme, los fenómenos administrativos tienen lugar a diario tal y cual como en los Estados Unidos o España, pese a no tener la copiosa doctrina argentina o la jurisprudencia francesa, entonces ¿Cuál ha sido nuestro régimen administrativo referido a la discrecionalidad y su control?

C.1 CONTROL DE ARBITRARIEDAD

Sobre la arbitrariedad y su interdicción Vignolo Cueva ha indicado que “a diferencia de su par español, nuestra Constitución Política no recoge expresamente la interdicción de la arbitrariedad en su texto, sea como un principio o bajo la configuración de una disposición. Esta omisión, aunque no impide la utilización de la técnica, si produce una atenuación de la fundamentación y eficacia del control jurídico de los poderes públicos nacionales”²⁷⁶.

Como acepta Vignolo el concepto de arbitrariedad resulta ser usado en nuestra jurisprudencia constitucional como un “cajón de sastre”, esto pasa por ser un principio importado sin mayor reflexión, por cierto, que no se malentienda, en la doctrina española García de Enterría lo introdujo también de fuente extranjera, pero a diferencia nuestra, él desarrollo el principio y las aplicaciones prácticas partían de esta base, en nuestro caso, no puede funcionar si no existe una base coherente con un contenido particular, en nuestro país este principio que podría abrir la posibilidad a formas creativas que se encuentra aún en una fase de desarrollo básico, destacamos en todo caso a la sentencia del expediente N° 1279-2002-AA/TC que prohíbe a las administraciones emitir resoluciones arbitrarias: “Se prohíbe, así, la expedición por un mismo órgano administrativo de actos o resoluciones administrativas arbitrarias, caprichosas y subjetivas, carentes de una base objetiva y razonable que la legitime”.

De acuerdo con la sentencia recaída en el expediente N° 090-2004-AA/TC: “El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”.

Las sentencias de exp. N° 3075-2006-PA/TC y exp. N° 4241-2004-AA/TC que hacen referencia a la interdicción de la arbitrariedad como contenido del debido proceso, la sentencia de exp. n° 0023-2003-AI/TC que señala sucintamente que la función jurisdiccional es la última garantía de la protección de las personas frente a actos arbitrarios del ejecutivo o el legislativo o la sentencia de exp. N° 02409-2002-AA/TC que precisa que el Tribunal Constitucional es el encargado de la defensa de los derechos frente a cualquier arbitrariedad estatal, siendo particular el caso de la sentencia de exp. N° 0042-2004-AI/TC, en el que el Tribunal establece criterios para “guiar la discrecionalidad del Instituto Nacional de Cultura”.

Estas y otras más son el marco constitucional de la arbitrariedad en nuestro país, sin embargo, la mayoría de ellas no ahonda en las razones de la relación de la arbitrariedad con varios de los postulados señalados o como es que se operativiza esa relación.

C.2 RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

²⁷⁶ Vignolo Cueva, Orlando. Discrecionalidad. pg 92.

- **PRELIMINAR**

Por otro lado, los límites a la discrecionalidad abanderados por el principio de razonabilidad, mencionado en conjunto con el principio de proporcionalidad en la sentencia contenida en el expediente N° 090-2004-AA/TC, si no son desarrollados no tendrán mayor operatividad. Con honrosas excepciones las alusiones incluso legislativas a la razonabilidad y proporcionalidad son incoherentes, incompletas o insuficientes.

Tenemos como ejemplo al principio de razonabilidad incluido en el Título Preliminar de nuestra Ley de Administración pública, que poco tiene que ver con la razonabilidad que relatamos líneas atrás, tal y cual está redactado no es sino el principio de proporcionalidad²⁷⁷ tal y como se suele entender en la doctrina argentina²⁷⁸ y otras.

Pero las alusiones a la razonabilidad o proporcionalidad como límites a la discrecionalidad administrativa han tenido lugar, y preponderante, en nuestro ordenamiento jurídico. Daremos repaso a los principales.

- **REVISIÓN DE PROPORCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

En lo que se refiere a la proporcionalidad resulta conocida la difusión del test de proporcionalidad en diversas sentencias del Tribunal Constitucional, en principio la sentencia contenida en el expediente N° 2192-2004-PI/TC, que precisa que la ponderación debe ir acompañada de los juicios de necesidad y adecuación, concluyendo que el principio de proporcionalidad es el procedimiento que debe llevar a cabo el juzgador para fundar su razonamiento en virtud del principio de razonabilidad, la conocida STC de expediente N° 050-2004-AI/TC que bajo la denominación “test de razonabilidad” explica los tres subprincipios y la necesidad de seguirlos a fin de evaluar la intervención en un derecho fundamental y la STC expediente N° 0048-2004-AI en la que se detalla dicho test indicando que el subprincipio de idoneidad o adecuación implica que la intervención en el derecho fundamental afectado debe ser legítima y segundo que sea idónea para alcanzar la finalidad deseada, el subprincipio de necesidad que obliga a verificar que no exista ningún menos gravoso para el derecho fundamental para conseguir el mismo fin y, el principio de proporcionalidad strictu sensu según el cual se compara el derecho fundamental afectado con la medida adoptada la cual debe ser proporcional con el mencionado derecho.

²⁷⁷ De esta forma restringida lo entiende Alfieri Lucchetti Rodríguez, “Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas” en Revista de derecho administrativo, n° 7. Ver pg 485.

²⁷⁸ En doctrina peruana también se les suele analogar usualmente gracias a los enredados pronunciamientos de nuestro TC. Ver Castillo Córdova, Luis. La Constitución del Estado Constitucional, Lima, 2003. Consultado en: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2122?locale-attribute=en>

Bajo estos presupuestos básicos el Tribunal Constitucional ha desplegado el test de proporcionalidad con diversas consecuencias, sin embargo, no es este el lugar ni la finalidad del escrito exponerlas o resolverlas, pero sí resulta importante hacer algunas anotaciones pertinentes.

La primera es la relativa al contenido del principio de proporcionalidad en relación a sí mismo y al principio de razonabilidad, Castillo Córdova al analizar la relación entre estos dos principios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional encuentra que existe una falta de unidad en los criterios, no solo de diferenciación sino de concepción de cada uno siendo que a veces la razonabilidad es entendida como racionalidad, a veces como parte de la proporcionalidad, a veces este como parte de la razonabilidad, etc. A fin de dar por culminada esta confusión, Castillo considera que tanto proporcionalidad como razonabilidad significan lo contrario a arbitrariedad por lo que corresponde identificarlos como un único principio. A una conclusión parecida arriba Hermann-Josef Blanke llegando a afirmar que, dado el escaso desarrollo del principio de razonabilidad, acaba siendo un slogan más que un verdadero parámetro de *interpretación jurídica*²⁷⁹. Asimismo, tanto para Lucchetti²⁸⁰ como Indacochea²⁸¹, razonabilidad y proporcionalidad mantienen una relación de sinonimia.

El segundo aspecto para resaltar es la incidencia de este test de proporcionalidad en el control de la discrecionalidad. El análisis de proporcionalidad es relativo a derechos fundamentales, si se aprecia la referencia a Alexy realizada anteriormente, la cuestión de fondo es verificar si una afectación a un derecho fundamental está justificada, el fundamento del principio puede ser indirectamente el Estado de Derecho o el valor justicia, incluso la interdicción de arbitrariedad, pero el objeto en sí del test está referido a una esfera subjetiva en particular, de esta forma no sería posible que se aplique a decisiones en las que no se afecte directamente derechos fundamentales, el problema viene por observar que las actuaciones discrecionales pueden afectar derechos fundamentales incluso en su núcleo duro. Entonces, el test de proporcionalidad no es solo un asunto relativo a la protección de Derechos Fundamentales como se desprende de las corrientes neoconstitucionales, sino que tiene que ver con el aspecto político-volitivo que encierra la discrecionalidad administrativa. Para el análisis que continua nos referiremos tácitamente a situaciones en las que esté involucrada alguna decisión de la Administración en virtud de sus potestades discrecionales, pues no resulta de relevancia para nuestro estudio la casuística que sea solo relativa a la protección de derechos fundamentales o donde no sea parte del análisis la mencionada discrecionalidad.

²⁷⁹ Hermann-Josef Blanke, "El principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano", en Revista de Derecho Administrativo, n° 9, 2010. Pg 349.

²⁸⁰ Alfieri Lucchetti Rodríguez, Algunos alcances. Pg 488. Llega a relacionar la razonabilidad y proporcionalidad al enfatizar que: "De ahí que creemos que el análisis de la razonabilidad necesariamente deba garantizar que al momento de aplicar una decisión administrativa, se evalúe principalmente 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 del cometido estatal".

²⁸¹ Indacochea Prevost, Úrsula. "«Calle de las pizzas» y ponderación constitucional" en Revista De Derecho Administrativo, n° 5, 2008, Pg 292 y ss.

Asimismo, y de acuerdo con la metodología de análisis de proporcionalidad propuesta por nuestro Tribunal Constitucional primero se debe analizar la idoneidad de la medida restrictiva, el Tribunal ha señalado que se requiere que la medida adoptada tenga un fin legítimo socialmente y que sea adecuada para la consecución del fin. En esta primera etapa del test se aprecia ya un cierto grado de control de la discrecionalidad pues evaluar si la medida es adecuada al fin implica analizar el contenido de esa medida y la problemática que la rodea, solo de esa forma lograremos determinar si esa medida puede lograr su finalidad. Empero, ¿Con qué elementos cuenta el Tribunal para conocer el contexto, la problemática que rodea la decisión administrativa?, además ¿Con qué criterio puede colegir que esa decisión es idónea? En este espacio, sin embargo, se podría realizar un análisis de razonabilidad que sea finalmente válido con la intención de descartar alguna medida arbitraria.

El segundo paso del test consiste en determinar que la medida adoptada sea la menos restrictiva para el derecho fundamental, como se puede verificar fácilmente, esto nos lleva a evaluar la medida planteada por la Administración con otras, sin embargo ¿Cuáles serán esas otras medidas objeto de comparación? A pesar de que el mismo Tribunal ha aceptado alguna vez que esta evaluación se encuentra en la esfera de la discrecionalidad²⁸², sin mayores aclaraciones precisa la existencia de diversas alternativas entre las que se debe elegir.

Finalmente, el denominado test de proporcionalidad en sentido estricto exige una evaluación de grados, entre la medida que es idónea y necesaria y, la consecuente afectación al derecho fundamental, siendo que las ventajas deben de ser mayores que los perjuicios al derecho fundamental. Este análisis implica conocer de un lado los motivos de la actuación, problemática, medios de la administración, planificación de la administración, visión de la administración, su “idoneidad” y “necesidad” entre otros elementos, y de otro el contenido del derecho fundamental en juego.

Con relación al discernimiento respecto del derecho fundamental involucrado no existe mayores dudas: el control del Tribunal es absoluto, siendo que es uno de los fines de este Tribunal, sin embargo, realizar un control pleno del acto como si fuera la misma administración aún más cuando no existe siquiera una etapa probatoria en los procesos constitucionales, es una evaluación que excede los parámetros de un control convencional de discrecionalidad, y que, de acuerdo con lo que hemos expuesto, no es acorde a Derecho.

Las razones de esta evaluación pueden responder a muchas causas, y no es este el espacio para discutirlos, lo que queremos dejar en claro es que, en tanto que el esquema responde a una lógica de protección de Derechos Fundamentales, de raigambre neoconstitucional, los asuntos relativos a la discrecionalidad y a lo que podemos considerar su fuero, están denostados o tergiversados, simplemente no son tomados en cuenta, tanto así que Tribunal Constitucional puede revisarlos en su

²⁸² Ver expediente N° 2235-2004-TC.

plenitud sin limitaciones. Este test de proporcionalidad es en buena medida un análisis de discrecionalidad a plenitud.

Esta lógica de protección de derechos fundamentales *tout court* refleja una aversión a la Administración pública, una visión negativa de la Administración pública y del Derecho administrativo, un poder desbocado con el que no se puede tener mayor relación que el apaciguamiento de beligerancias, me cuestiono entonces ¿Para qué tenemos un Derecho administrativo? si la Administración pública solo es un mal, aunque sea necesario, o lo reformamos o nos deshacemos de ella, o dejamos que actúe y le otorgamos un régimen propio o solo tendremos mayores perjuicios que beneficios, hoy en día parece que la Administración del Estado *no pasa el test de proporcionalidad* en el sentido más amplio que este pueda tener.

- **REVISIÓN DE RAZONABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

Por su lado, la razonabilidad cuenta con dos antecedentes de aplicación en nuestro Derecho, el primero de ellos es el estándar denominado “consumidor razonable”, introducido en el precedente de observancia obligatoria incluido en la Resolución N° 102-97-TDC y en los Lineamientos aprobados mediante Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). El estándar de consumidor razonable es un parámetro de evaluación del comportamiento de los consumidores, este parámetro indicaba que estos debían de comportarse de una determinada forma en el mercado, de no ser así no podían ser tutelados por el régimen de protección al consumidor.

El consumidor razonable era aquel que se desenvuelve en el mercado actuando con una *diligencia ordinaria*, “aquel que se informa adecuadamente antes de hacer una adquisición (no sólo respecto de las cualidades del producto o del servicio, sino también, entre otros aspectos, su periodo de garantía), el que lee las fechas de los vencimientos en los alimentos y medicamentos, el que lee la posología y contraindicaciones de los mismos, el que lee antes de firmar los contratos, el que exige un comprobante de pago o factura por su adquisición, el paciente que pregunta qué tipo de anestesia se le va aplicar en una intervención quirúrgica, el consumidor que es alérgico que debe leer los ingredientes del alimento o cosmético que va a comprar para evitar una reacción negativa, el que va a un restaurant y sabe que es alérgico a un alimento determinado y le informa al mozo de ello para la preparación de su plato, el que no compra productos ni adquiere servicios de procedencia ilícita”²⁸³.

El criterio de consumidor razonable se sostiene sobre la obligación del proveedor de informar de los aspectos relevantes de la transacción al consumidor y por consecuencia a este consumidor se le responsabiliza por su actuar diligente en virtud de la información brindada, resultando que es el consumidor el responsable por los

²⁸³ Espinoza Espinoza, Juan, Derecho de los consumidores. Editorial Rhodas, 2006. Pg 23.

defectos en la adquisición del bien o la prestación del servicio objeto de la relación de consumo.

El criterio de consumidor razonable que actúa diligentemente en el mercado, como se aprecia, no tiene un contenido particular, sino que es circular respecto del mismo consumidor razonable.

A partir de una lógica “*económica*”²⁸⁴ INDECOPI uniformizó un tipo de comportamiento a fin de brindar protección jurídica a los consumidores, pero la simple idea de uniformización como la que plantea el estándar antes explicado falla de inicio porque no conoce la relevancia del análisis de los hechos no solo en el caso concreto sino en el contexto particular de la sociedad a la que se aplica²⁸⁵. Brindar tutela jurídica en base a un único estándar a personas sin tener en cuenta sus particularidades personales y sociales es brindar un trato igualitario injustificado.

Aún más cuando la asimilación tendría como justificación “que el mercado funcione adecuadamente”²⁸⁶, estas afirmaciones no hacen sino exponer la instrumentalización del consumidor en favor del mercado; que en la lógica económica el consumidor sea un agente del mercado no quiere decir que al trasladar esa afirmación al derecho este cumpla ese rol en la sociedad, con ese razonamiento en realidad no solo se instrumentaliza al consumidor sino también al Derecho en favor de un esquema económico. Una vez más, no se puede justificar la indefensión del “consumidor irrazonable” por el beneficio del mercado, al fin y al cabo, es la dignidad humana y los derechos fundamentales la justificación de toda entelequia humana, ya sea Derecho o Economía.

De igual forma, la idea de no proteger al “irrazonable” con la idea de “formar consumidores cuidadosos y responsables” no responde a la lógica del Derecho, los procedimientos o procesos jurídicos sin duda tienden a enseñar determinadas pautas de comportamiento a los procesados pero eso no puede ser el fundamento de un régimen jurídico en su totalidad, la idea de procesar es arribar al menos indirectamente a establecer una decisión basada en justicia, al menos una de acuerdo a un ordenamiento vigente, no a enseñar a las personas en una faceta determinada de sus vidas, como es su desempeño en el mercado, en consecuencia, aun cuando un consumidor compre una medicina con fecha de uso vencida, no se le deberá de dejar de tutelar indubitadamente, tampoco lo contrario, sino que deberé de analizar más en detalle el caso para tomar una decisión.

Entonces, la razonabilidad que se defendía con el estándar de consumidor razonable no tenía el objetivo de interdicción de la arbitrariedad, todo lo contrario, parecía promoverla pues con la sola constatación del cumplimiento de la obligación de información de parte del proveedor se eximían de la valoración de la justificación de

²⁸⁴ Entendida en un sentido deformado como el más básico de los utilitarismos.

²⁸⁵ Era de conocimiento la idea de la Sala de Protección al Consumidor de Indecopi de que, en principio el análisis del cumplimiento de las obligaciones del proveedor (y del consumidor) se deben de realizar “en abstracto”. Ver el precedente establecido en la Resolución N° 102-97-TDC.

²⁸⁶ Espinoza Espinoza. Derecho de los consumidores. pg 8.

otros hechos relevantes para la resolución de los casos. Hoy en día el estándar de evaluación ha variado en INDECOPI siendo que el Código de Protección y Defensa del Consumidor no habla del consumidor razonable ni de la diligencia ordinaria como pasaba con el Decreto Legislativo N° 1045, “la diferencia que se advierte entre consumidor razonable y consumidor medio estriba en que al primero de ellos le corresponde un papel activo, a fin de cautelar sus intereses; mientras que respecto al segundo, el papel activo lo tienen los proveedores (...)”²⁸⁷.

Como señalan Supo Calderón y Bazán Vásquez²⁸⁸, no es que el establecer un criterio de razonabilidad sea de por sí arbitrario, sino que este debe de poder comprender dos cosas: una, la misma realidad que circunda el caso y dos los criterios en particular que permitan tomar una decisión basada en esa realidad.

Precisamente toca hablar sobre la otra aplicación de la razonabilidad en el ordenamiento peruano y su relación con la discrecionalidad.

Una vez más INDECOPI, pero esta vez referido a la eliminación de barreras burocráticas. De acuerdo con la normativa de la entidad, el control para las denominadas barreras burocráticas que restrinjan u obstaculicen el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado debe pasar por un doble filtro: un análisis de legalidad y otro de razonabilidad.

Mientras que el estándar de consumidor razonable alude a un concepto genérico de razonabilidad, la razonabilidad de las barreras burocráticas es casi una copia del análisis de la doctrina Chevron estadounidense ya comentado.

El análisis inicia verificando la existencia de habilitación legal para la actuación de la administración, posteriormente se verifica si es que el administrado “ha aportado indicios” de la irrazonabilidad de la medida, solo si los ha aportado se inicia el análisis de razonabilidad. En este punto, el análisis de razonabilidad se divide en dos partes, primero se analiza si la medida es arbitraria y luego, si es que es proporcional. De cualquier forma, es la administración procesada la que debe de demostrar que la medida cuestionada es razonable aportando los correspondientes medios probatorios que lo acrediten.

El primer paso del análisis de razonabilidad consiste en descartar que la medida sea arbitraria, esto es que se acredite que la medida corresponde a un interés público tutelado por la Administración, y que la medida apunte a solucionar un problema relativo a dicha medida, se debe acreditar la existencia de ese problema.

²⁸⁷ Núñez Riva, Silvia Ysabel, “En consumidor protegido por el Código de Protección y Defensa del Consumidor”, en Actualidad Empresarial, n° 261, 2012. Pg 4.

²⁸⁸ Los autores estiman que en lo que se refiere a la garantía implícita, deben de considerarse criterios más allá del molde vacío de consumidor razonable, concluyendo que: “Eludir el contexto social y económico para el caso de las garantías implícitas nos puede llevar a adoptar, en algunas ocasiones, decisiones radicalmente arbitrarias contra los consumidores, generándose incentivos perversos para que los proveedores puedan omitir el traslado de cierta información relevante al momento de consolidarse una transacción”. Ver, Daniela Supo Calderón y Víctor Hugo Bazán Vásquez, “El deber de información y el estándar de razonabilidad en las garantías implícitas del consumidor”, en Forseti Revista de Derecho 8, n° 12, 2020. Pg 78.

El segundo paso es verificar que la medida sea proporcional, es decir, si la medida adoptada por la Administración es proporcional con los fines que se desean alcanzar. De acuerdo al Módulo Instruccional: “Eliminación de barreras burocráticas” en este paso se pueden analizar tres elementos: i) la evaluación de los beneficios y/o impacto positivo que genera la medida, los costos, el impacto negativo sobre cualquier agente involucrado y el impacto negativo sobre la competencia, ii) que la medida origine más beneficios que perjuicios, lo que conlleva a “colocar valores a los flujos de dichas variables, con el objetivo de representar un sistema de información para la toma de decisiones sobre alternativas posibles, cuyo objetivo radica en determinar cuál alternativa logra los objetivos al mínimo costo”²⁸⁹ y, iii) haber analizado otras medidas alternativas a fin de verificar que estas no son menos costosas que la adoptada.

Muchas de estas exigencias del examen de razonabilidad de INDECOPI se hayan recogidas en el Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, por lo que al tener rango de Ley son de ineludible cumplimiento. Pero vale la pena analizar este caso de razonabilidad.

Lo primero que salta la vista, es lo cercano que es del test de la doctrina Chevron inicialmente planteado. Esta semejanza inicial nos lleva a cuestionarnos si se ha realizado algún estudio que demuestre que realmente la doctrina Chevron es idónea para nuestro país o si se ha analizado su funcionamiento en su propia realidad. Habría que verificar además pues si el Decreto Legislativo N° 1256 “pasó el test de razonabilidad” previamente a ser implementado, por decirlo de alguna manera, recordemos que, tal y como se relata en el Módulo Instruccional: “Muchas veces las entidades optan por una medida que consideran más fácil de imponer porque: trasladan los costos a los administrados y/o agentes económicos afectados: la replican de otro ordenamiento jurídico sin analizar el contexto particular; la aplican de manera general sin identificar sus alcances e impacto; no realizan algún tipo de evaluación de impacto de la norma; no plantean los costos que significan sobre el mercado y sobre los administrados”²⁹⁰.

Por supuesto que, el examen de razonabilidad de INDECOPI ha variado desde su planteamiento inicial, y la evolución de Chevron en los Estados Unidos ha tenido serios reveses²⁹¹, pero eso no obsta a verificar la suerte de la institución que te sirvió de modelo a fin de tener un parámetro que te pueda servir para medir la idoneidad de la institución en tu sociedad.

Lo que debe de quedar claro de cualquier forma es que el análisis realizado por la Comisión y la Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI es un

²⁸⁹ Serie de Módulos Instruccionales, 01-2019 Eliminación de Barreras Burocráticas, INDECOPI, Lima, 2019. Pg 87.

²⁹⁰ Serie de Módulos Instruccionales pg 87.

²⁹¹ Jorge Pérez Alonso ha expuesto en lengua española no solo incongruencias teóricas de Chevron sino problemas de aplicación abarcando desde la misma extensión del principio pasando por la ambigüedad del marco de la deferencia y la complejización del análisis hasta la verificación de la contradicción entre el planteamiento inicial de chevron (incrementar la deferencia) y la actualidad de la doctrina (reducción debido a diversos factores). Ver: Pérez Alonso, Jorge. “¿El ocaso de chevron? Aude y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo”, en Revista de Administración Pública n° 184, 2011.

análisis de discrecionalidad a toda regla. Las potestades para realizar ese análisis son sin duda legales, sin embargo, recordemos que siempre que se habla del análisis de la discrecionalidad se alude a una entidad judicial como encargada de efectuarlo, como en el caso del test de proporcionalidad cuando nos referíamos a nuestro juez constitucional, el Tribunal Constitucional; sin embargo, ¿Es lógico que una entidad administrativa, en este caso INDECOPI, realice ese análisis de discrecionalidad de todas las entidades administrativas del Estado? No olvidemos que el problema de la revisión judicial de la discrecionalidad era que los jueces no cuentan con las atribuciones además de la experiencia y expertice para analizar el fondo de la decisión discrecional, ¿Pueden la Comisión y la Sala realizar el mismo análisis de discrecionalidad que los jueces? ¿Podrían exceder el análisis de los jueces en virtud de su posición como entidades administrativas? Existe un vacío al respecto, en realidad, no tendrían un freno constitucional, basta con una norma de carácter general para que se puedan atribuir las facultades que se consideren sin mayor análisis. Es más, el solo hecho de que estos órganos puedan analizar la discrecionalidad de cualquier entidad a nivel nacional parece ya configurar un exceso, pues si el juez no cuenta con el expertice político para verificar el fondo de una decisión discrecional que configura un determinado interés público, ¿Cómo así sí la tienen la Comisión y la Sala?, en los hechos el INDECOPI podría exceder los límites del control de discrecionalidad.

Otro aspecto relevante es que si este es un análisis de discrecionalidad y por lo tanto lo que se decida va a tener incidencia en el interés público subyacente, al menos la Sala debería de poder verificar todos los aspectos concernientes y no solo lo que aportan las partes, no resulta coherente que por el solo hecho de que la administración no aporta medios probatorios que acrediten que los motivos existieron antes de la toma de la decisión cuestionada, la Sala no necesariamente debería de señalar que fue una barrera, porque podrías realizar un análisis de reducción a cero de la discrecionalidad, esto es, que la administración no presente medios probatorios de la razonabilidad no convierte a la medida necesariamente en irrazonable, la Sala debería de, al menos, intentar conservar el acto cuestionado dada la relevancia que implica declararla barrera²⁹².

Sobre la motivación y los motivos, la Sala suele exigir que los motivos obren en documentos que sustenten la medida anteriormente a la fecha de la decisión, si se presenta sustento con fecha posterior, estos no son tomados en cuenta, lo que tiene como resultado que en la práctica las administraciones públicas no pasan la segunda etapa de la razonabilidad: el análisis de proporcionalidad, concluyendo en una necesaria nulidad de la medida. Es cierto que la Administración en cuestión pudo haber tomado la medida de manera apresurada o poco sustentada, pero de cualquier manera recordemos que la gran cantidad de actuaciones analizadas por INDECOPI son de carácter general, por lo que al anularlas (o inaplicarlas que es casi lo mismo que anularlas en los hechos), implica dejar un vacío en el ordenamiento, además de la incertidumbre en la que queda la propia administración al no saber cómo actuar

²⁹² El mismo cuestionamiento, pero a nivel judicial es expuesto por Desdentado Daroca. ver: Daroca, Eva, El principio de interdicción.

para que en próximos casos su medida no sea anulada, y es que, en los hechos una administración, INDECOPI, tal y cual estas mismas, les quita parte de su discrecionalidad.

- **BASES LEGALES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

El ordenamiento peruano carece de reglas generales relativas a la discrecionalidad, entonces, salvo el análisis ya mencionado, no existen normas que expresamente regulen las actuaciones discrecionales de la Administración.

Pese a ello, la Ley 27444 hace referencia al término “discrecionalidad” en las dos siguientes ocasiones:

i) **“Artículo 3°, numeral 3. Finalidad Pública:**

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

Y,

ii) **“Artículo 123.- Facultad de formular peticiones de gracia**

123.1 Por la facultad de formular peticiones de gracia, el administrado puede solicitar al titular de la entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición en interés particular (...)”.

De acuerdo con la primera referencia normativa, la discrecionalidad se generaría cuando la administración actúe más allá de los fines constitucionales y legales preestablecidos. Respecto de la segunda referencia, la discrecionalidad sería un espacio no regido por el ordenamiento jurídico, “libre” en tanto que anómico. En ambos casos el término “discrecionalidad” o carece de un encuadramiento jurídico o es antijurídico.

Sin embargo, en ninguna de estas ocasiones se hace referencia a la discrecionalidad con el contenido que la doctrina interpreta ni con el sentido que es parte de este marco teórico, tampoco resulta fácil encuadrar estas concepciones en el marco de la jurisprudencia constitucional señalada.

Como ha sido señalado la discrecionalidad cuenta con un sustento constitucional y es doctrinariamente reconocida como una técnica que permite circundar las potestades administrativas, en la normatividad podemos discernir dos tendencias:

- Discrecionalidad como límite a las potestades administrativas a fin de lograr la tutela de derechos fundamentales.
- Discrecionalidad como sustento de la realización de los objetivos constitucionales.

Desde este punto de vista el actual Estado social de derecho requiere de una Administración que se vincule no solo con la defensa de los derechos sino también que actúe como garantía de la real consecución de los fines constitucionales en base a valores constitucionales, destacando entre ellos la igualdad y dignidad de la persona humana²⁹³.

A nivel legal e infralegal el Perú cuenta con algunas normas que podemos relacionar con una de estas dos posturas de la discrecionalidad. Corresponde dar cuenta de las mismas:

C.3 DISCRECIONALIDAD COMO LÍMITE A LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS A FIN DE LOGRAR LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES:

El artículo III del Título Preliminar de la Ley 27444 precisa que una de las finalidades del régimen jurídico de la Administración pública es la garantía de los derechos e intereses de los administrados. En virtud de ello la norma construye todo ese régimen. Los actos de la administración su régimen de eficacia y validez, el procedimiento administrativo, su régimen de inicio, instrucción y finalización, el ejercicio de las potestades fiscalizadora y de sanción, entre otros tienen esa esencial finalidad: la actividad administrativa en general no podrá atentar contra los derechos individuales ni limitarlos injustificadamente.

Los Capítulos I, II y III del Título I de la Ley 27444, establecen el régimen de los actos administrativos, entre otros, mediante sus requisitos de validez, y una regulación de los requisitos de las notificaciones y las comunicaciones a los administrados en general. De esta manera, se limita la discrecionalidad en la emisión de los actos administrativos.

En el Título II de la Ley 27444, el procedimiento administrativo, desde una regulación reduccionista, atiende a los intereses, obligaciones o derechos de los administrados como su único fundamento, y prevé que este está conformado por actos y diligencias. Sabemos no obstante que los procedimientos administrativos responden a una lógica más amplia, pues estos también conforman a los intereses generales. En estos casos hablamos de discrecionalidad tanto en su faceta tutelar de derechos, como conformadora de intereses generales.

²⁹³ Parejo Alfonso llama a esta relación necesaria entre el Estado social de derecho, la realización de los fines constitucionales a través de la Administración, como "Estado social administrativo": "En la medida en que el Estado Social implica una intervención pública para la consecución de la igualdad real y, por tanto, un papel estatal activo de configuración social, que demanda la legitimación de éste también y especialmente en la eficacia, se presenta inevitable y principalmente como Estado administrativo". Parejo Alfonso, Luciano. El Estado social. Pg 230.

La clasificación y distintos regímenes de los procedimientos administrativos en aprobación automática y evaluación previa benefician a ambos fines y el uso de la discrecionalidad en esta clasificación también es relevante. En principio la previsión discrecional de la elección de parte de la Presidencia de Consejo de Ministros de cuáles son los procedimientos de aprobación automática. Previsiones para restringir el uso de la discrecionalidad son las incluidas en los artículos 32° y 34.4° de la Ley, el primero obliga a que las entidades consignen en los TUPA (Texto Único de Procedimientos Administrativos) todos los procedimientos que se lleven a cabo en la entidad, y el segundo establece la obligación trimestral de la publicación en la Central de Riesgos Administrativo de los administrados que hubieren presentado declaraciones, información o documentos falsos o fraudulentos.

El régimen reglado de la competencia administrativa es otro ejemplo de límites a la discrecionalidad administrativa, en particular, la Ley la delimita con el principio de presunción de competencia desconcentrada (artículo 73° de la Ley 27444). Este régimen cerrado está morigerado por lo establecido en el Decreto Supremo 054-2018-PCM, Decreto Supremo que aprueba los Lineamientos de Organización del Estado, al precisar que la previa asignación de funciones no implica una limitación en el cumplimiento de los mandatos asignados.

A través de la regulación del quorum para la sesiones y votaciones de los órganos colegiados se limita la adopción de decisiones mediante los criterios de mayoría simple, absoluta y calificada.

La motivación como elemento central de control de los actos de la Administración además de consagrada como parte del debido procedimiento en el Título Preliminar y explícita en el artículo 6° de la Ley 27444 se desarrolla a lo largo de la Ley, como fundamento de abstención de la autoridad administrativa (99.6° de la Ley 27444), como obligación de diversas situaciones en los órganos colegiados (108.1, 112.2 y 113.1 de la Ley 27444), como fundamento del inicio de oficio de los procedimientos (115° TUO de la Ley) como fundamento de la adopción de medidas cautelares (157° de la Ley 27444) o correctivas (246° de la Ley 27444), la fundamentación a la negativa de cumplir actos viciados de nulidad (12.2° de la Ley 27444), y la motivación tanto de los informes finales de instrucción como de las resoluciones finales en los procedimientos sancionadores siendo que incurre en falta administrativa el funcionario que rehúse este deber (261° de la Ley 27444).

El artículo 97° de la Ley 27444 cuenta con una redacción que podría ser objeto de una interpretación errada, este señala que ante un conflicto de competencias entre autoridades del poder ejecutivo es la Presidencia del Consejo de Ministros la que resuelve la controversia “*mediante decisión inmotivada*” recalcando que en ningún caso podrá ser llevada a los Tribunales. En este caso, podría pensarse que la Presidencia de Consejo de Ministros puede resolver esta cuestión de manera arbitraria o caprichosa, pero como ya ha quedado claro eso no es posible, y no solamente para las actuaciones que involucren directamente a administrados sino también para aquellas decisiones ad intra la administración. Lo que sí sucede es que

no siempre se ha de sustentar con la misma rigurosidad, estaremos entonces ante una gradualidad de la motivación, pero no ante su ausencia. En todo caso, hablaríamos de un ejercicio altamente discrecional de una potestad administrativa.

Esto en tanto que “las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico”²⁹⁴ siendo que es parte de sus principios de actuación el ejercer “con imparcialidad y neutralidad los poderes que les han sido conferidos”²⁹⁵. Como vemos aun cuando no existan derechos fundamentales o intereses particulares que tutelar directamente, la Administración no debe perder de vista los intereses públicos que correspondan. La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo citada establece una tipología de principios²⁹⁶ que exceden la visión unidimensional de Administración como tutelar de derechos fundamentales.

Por consecuencia, el artículo 97° de la Ley 27444 o cualquier otro de redacción similar no puede ser entendido como un espacio de arbitrariedad sino como un ejercicio de discrecionalidad en los términos descritos, esto es, siempre justificada, aunque no necesariamente por criterios de juridicidad sino por criterios de oportunidad y/o técnicos de ser el caso. Lo que implica, obviamente la determinación previa de los hechos determinantes.

Los dispositivos citados de manera ejemplificativa demuestran la existencia de un régimen de discrecionalidad administrativa como límite al control de las potestades administrativas, esta primera parte del régimen de discrecionalidad nacional pretende garantizar los derechos y libertades de los individuos, en realidad esta visión es una extensión de las filosofías liberales consecuencia de la primera interpretación del Estado de Derecho. Estas reglas pues reflejan esa primera parte del Estado de Derecho entendido como ámbito de libertad de los ciudadanos y sus actividades políticas y sociales, sin embargo, recordemos que esta interpretación solo es un prólogo a lo que hoy se entiende como Estado de Derecho y solo es una primera parte del Estado social y democrático de Derecho que inspira nuestra Constitución.

C.4 DISCRECIONALIDAD COMO SUSTENTO DE LA REALIZACIÓN DE LOS OBJETIVOS CONSTITUCIONALES

La discrecionalidad en esta faceta tiene también correlato en nuestra legislación, un régimen que, en virtud de una interpretación sustentada en la Constitución, puede desprenderse de la Ley 27444, como veremos a continuación:

²⁹⁴ Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE). -

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I.- Principio de legalidad

Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas.

²⁹⁵ Numeral 4 del artículo V del Título Preliminar de la LOPE.

Artículo V.- Principio de organización e integración

4. Ejercen con imparcialidad y neutralidad los poderes que les han sido conferidos

²⁹⁶ Ver el Título Preliminar de la LOPE.

La alusión al interés general del artículo III del Título Preliminar de la Ley 27444 no debe entenderse solo como un límite a las potestades discrecionales de la Administración pues estas potestades discrecionales son también una forma de realización de los fines políticos de la Administración encomendados por la Constitución siempre en el marco del ordenamiento constitucional y jurídico.

Es en ese marco en el que deben de entenderse los principios de la Ley empezando por el de Legalidad el cual marca su posicionamiento teleológico al señalar que las autoridades administrativas actúan de acuerdo con los fines para los que le fueron atribuidas sus facultades. Como sabemos, es la discrecionalidad la herramienta de la que se ha de valer la Administración para actuar para la consecución de estos fines públicos.

Sin olvidar que cualquier principio puede ser fuente de actuaciones discrecionales en el orden de ideas que hemos descrito, los textos de los numerales 1.3, 1.10 y 1.11 de la Ley 27444 referidos a los principios de impulso de oficio, eficacia participación hacen alusión a algunas potestades discrecionales que configuran los intereses públicos.

El principio de impulso de oficio (1.3 de la Ley 27444) relativo a la apertura de procedimientos administrativos permite a la Administración la realización y práctica de *actos que resulten convenientes* con la finalidad de resolver las cuestiones que se le planteen. Si bien el punto de partida original de este principio son los procedimientos en los que se afectan o pueden afectar directamente derechos o intereses particulares, nada impide o contraviene la idea de un impulso de oficio en procedimientos de administración interna o aquellos en los que se despliegue la denominada discrecionalidad conformadora.

Esos actos que resulten convenientes a fin de no dejar sin tramitar los procedimientos deben de compaginarse con la eficacia de los mismos. Es el numeral 1.10 de la Ley 27444 el que dispone explícitamente que se debe “hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental”, finalidad que deberá ser “una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio”. Recordemos que el régimen jurídico relatado no es una atribución de potestades discrecionales, pues estas requieren jurídica y políticamente ser atribuidas por la normativa concerniente, pero, los principios de esta normativa general señalan la forma en la que esta discrecionalidad ha de ser llevada a cabo. En este caso, la eficacia se refiere a la búsqueda del cumplimiento de los fines pese a determinados formalismos, una vez más, queda claro que la Administración no puede evadirse de resolver o tramitar las problemáticas que se le presenten con prácticas evasivas o dilatorias.

Finalmente, el principio de verdad material (1.11 de la Ley 27444) también se refiere directamente al ejercicio de potestades discrecionales al indicar que “en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual **deberá adoptar todas**

las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados (...)."

El principio de verdad material establece el deber de las administraciones de comprobar los hechos sobre los que han de determinar sus decisiones, es así porque entre otros motivos, la efectiva realización de los fines trazados por el gobierno y encomendado en la Constitución requiere el conocimiento real de las circunstancias sobre las que han de incidir tales decisiones.

Esto implica dos aclaraciones, la primera es que la Administración no puede tener por suficientes suposiciones del caso o concluir por analogía la verdad de los hechos. Siempre debe de contarse con los medios probatorios necesarios y estos deben ser objeto de un análisis racional.

La segunda aclaración es que el análisis de los hechos no siempre va a requerir el mismo grado de densidad. En casos sencillos en los que las normas establezcan como objeto de análisis un único hecho para llegar a su resolución, o en los casos en los que no existan intereses públicos o privados que puedan ser puestos en riesgo o, en general, situaciones en las que no se requiera un análisis complejo ya sea por el sujeto, objeto o interés público, la información requerida y su valoración deberán ser menores frente a casos en los que pueda ponerse en riesgo intereses públicos relevantes o derechos fundamentales de irreversible resarcimiento.

"En estos casos es especialmente útil la comprensión de las reglas procedimentales como mandatos dirigidos a la Administración, en ocasiones, en el sentido de que continúe la búsqueda de información y, en otras, en el sentido de que detenga la búsqueda de datos y decida con los que ya tiene, porque no es posible – ni compatible con la eficacia de la actuación administrativa – pretender decidir con un grado de seguridad absoluta"²⁹⁷.

Entonces, volviendo al numeral 1.11 de la Ley 27444 el uso de la discrecionalidad en estos casos, siempre en el marco previsto por alguna norma, va a ser medido dependiendo de la casuística, es en esos términos en que debe entenderse la referencia a la adopción de medidas necesarias por parte de la autoridad administrativa.

Cerramos con la alusión a los artículos IV.2 del Título Preliminar y 86.8 de la Ley 27444, el primero señala que los principios se consideran criterios interpretativos para resolver las cuestiones que se presenten o como parámetros para generación de nuevas disposiciones de carácter general e incluso para suplir vacíos²⁹⁸. Y el segundo precisa la relación de esa interpretación teleológica atiende a los fines públicos preservando los derechos de los administrados.

²⁹⁷ Rodríguez de Santiago, José María. Metodología. Pg 44.

²⁹⁸ Un ejemplo reciente en nuestro ordenamiento es la Resolución de Sala Plena N° 001-2021-SERVIR/TSC del Tribunal del Servicio Civil en la que se establecen criterios de graduación de sanciones en el marco de procedimientos disciplinarios en virtud de diversos principios del derecho administrativo sancionador.

Las previsiones normativas pues direccionan tanto a los actos reglados y discrecionales. Entiéndase aplicable a todo tipo de actuación administrativa, como hemos repasado tanto a los actos administrativos como los reglamentos o actos de administración interna, entre otros.

Como se aprecia estas disposiciones abarcan tanto los casos de discrecionalidad solo en la consecuencia jurídica y la de los conceptos jurídicos indeterminados como los más complejos de discrecionalidad conformadora o discrecionalidad en los supuestos de hecho.

C.5 CONCLUSIONES: LA RELACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD CON LA CONSTITUCIÓN

El **régimen de Derecho administrativo** se completa con las actividades que esta puede realizar tanto de manera interna (hacia su misma organización y procedimientos) como externa (en relación con los administrados u otras organizaciones).

En esa medida son relevantes las formas de actuación que esta adopte, teniendo en cuenta que el acto administrativo no agota el repertorio de estas formas. Cualquiera de las **formas de actuación de la administración** puede revestir importancia en la realización de los intereses públicos independientemente de cuál de estas se trate.

Ello no obsta a reconocer la importancia de los actos administrativos en la actuación de la Administración siendo que la doctrina ha desprendido otras formas de actuación a partir de la comparación con el régimen de los **actos administrativos**.

Lo esencial de dar cuenta de otras formas de administración además del acto administrativo es establecer **diferentes regímenes jurídicos**, esto dependerá de la forma en que se configuren dichos intereses y por consiguiente su régimen de control también será diverso.

Tanto en la previsión coherente y sistemática de los regímenes de las formas de actuación administrativa como en su debido control se aprecia un **déficit de regulación de estas formas de actuación**. Esto se aprecia de la revisión de la Constitución y legislación correspondiente.

Lo esencial de las formas de actuación administrativa es su carácter **de ejercicio de potestades administrativas**, el acto administrativo en particular es decisor respecto de los administrados, empero todas las formas se deben encontrar sujetas a un régimen de actuación y control de esas potestades.

La discrecionalidad administrativa **se presenta de forma diaria y normal** en el desenvolvimiento de la Administración pública, y tiene como primera consecuencia la necesidad de actuación de la entidad.

La discrecionalidad implica **la posibilidad de elegir** los criterios o el mismo ejercicio de potestades administrativas en manos de la Administración pública.

Sea cual sea la estructura de la actuación administrativa y el momento en el que se dé, el ejercicio de las potestades discrecionales requiere una **debida motivación**. El espacio de discrecionalidad siempre será **jurídico** en tanto que el ejercicio de estas potestades está sujeto a la Constitución y el ordenamiento en general.

Todos los actos discrecionales (incluso los que forman parte de los conceptos jurídicos indeterminados) requieren una **vinculación al legislador**, lo que va a incidir en su necesario **control por la jurisdicción** relativo a esos elementos de legalidad, la oportunidad no puede ser controlada por los jueces o cualquier ente ajeno a la misma Administración que ejerce la potestad discrecional.

La Administración **necesita de ese espacio denominado discrecionalidad** para configurar los intereses públicos de acuerdo con los criterios que le conciernan, pues es este también un mandato de los modernos Estados constitucionales.

La problemática relativa al ejercicio de la discrecionalidad, su régimen jurídico y su control son **de índole constitucional** por lo que su regulación no debería dejarse a la libre configuración de leyes especiales u otras normas generales.

En buena medida el desarrollo doctrinario de la discrecionalidad ha implicado la utilización de una serie de técnicas de control a fin de reducirla, siendo la motivación la central. Tanto el denominado principio de interdicción de arbitrariedad, como las técnicas de razonabilidad o proporcionalidad son algunas de las técnicas más conocidas en nuestro medio, sin embargo, cualquiera de estas u otras comparten la **necesidad de una justificación basada en el ordenamiento constitucional**.

No existe un régimen uniforme a nivel constitucional o legal sobre el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, sin embargo, esta ha venido siendo desarrollada pese a esa ausencia. La más importante referencia constitucional se encuentra en la STC N° 090-2004-AC/TC.

Las técnicas de proporcionalidad y razonabilidad referidas a la delimitación de la discrecionalidad tampoco cuentan con un **régimen legal o constitucional coherente** con las bases del Derecho administrativo, con el ejercicio de las potestades administrativas o con la Constitución, esto se observa de la configuración de ambas figuras tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como en el seno de algunas entidades administrativas. Esto ocasiona que se realicen análisis de revisión del ejercicio de la potestad discrecionalidad sin reconocer el marco constitucional de tal ejercicio.

El actual Estado social de Derecho requiere de una Administración que se vincule no solo con la defensa de los derechos sino también que actúe como **garantía de la real consecución de los fines constitucionales** en base a valores

constitucionales, destacando entre ellos la **igualdad y dignidad** de la persona humana.

Pese a estas ausencias o incoherencias constitucionales, la Ley 27444 contiene algunas normas que pueden ser interpretadas en el marco del régimen constitucional. En concreto, el régimen constitucional de las actuaciones discrecionales tiene un **doble significado**: Discrecionalidad como límite a las potestades administrativas a fin de lograr la tutela de derechos fundamentales y, discrecionalidad como sustento de la realización de los objetivos constitucionales.

El control y limitación del ejercicio de la discrecionalidad no solo es un instrumento para la garantía de los derechos fundamentales, es también un instrumento para la configuración de los intereses públicos, en cualquiera de estas dos facetas este control implica una debida motivación.

El **control del ejercicio de la discrecionalidad** para la tutela de los derechos fundamentales de las personas no solo está inspirado en el Estado de Derecho liberal primigenio, sino que es además expresión del Estado social y democrático de Derecho que rige nuestro régimen constitucional.

La discrecionalidad es la herramienta de la que se ha de valer la Administración para actuar en busca de la consecución de **finés públicos trazados por la Ley y en base a los valores y principios de la Constitución**.

En ese sentido, todos los **principios de Derecho administrativo**, los incluidos en la Ley y otros, han de informar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

Además de la tutela de derechos fundamentales mediante acciones de garantía, la discrecionalidad implica también promover la realización eficiente y eficaz de los intereses públicos, lo que ha de redundar en los mismos **derechos fundamentales** de las personas en un marco de igualdad y solidaridad de acuerdo con los fines del Estado social y democrático de Derecho.

Estas son las razones por las que se hace necesario reconocer e identificar cuáles son los fundamentos constitucionales del ejercicio de la discrecionalidad.

IV. METODOLOGÍA

Para el presente trabajo se ha considerado idóneo utilizar el **método dogmático jurídico**, ello a fin de mejor alcanzar la hipótesis y exponer de mejor manera los resultados de la investigación. En ese sentido, se recurre principalmente, al análisis de normas, instituciones y principios jurídicos. Además del análisis de doctrina nacional se utiliza doctrina extranjera, por la mayor discusión del tema que en la nuestra.

Asimismo, la investigación es **básica y aplicada**, básica en tanto que busca acrecentar los conocimientos teóricos en esta interrelación jurídico-constitucional basada en el texto constitucional, y aplicada en tanto que se nutre de esas teorías a fin de que puedan ser utilizadas en la praxis jurídica de los operadores jurídicos.

Para esto se ha trabajado con **fuentes documentales**; además de la Constitución, se toma en cuenta la legislación pertinente y la jurisprudencia constitucional, que parte de la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional en lo relativo al Derecho constitucional y, con relación al Derecho administrativo se ha revisado la legislación, jurisprudencia administrativa y doctrina, todo ello con el rigor y consistencia debidos. En virtud de ello, se puede señalar que se trata de una investigación interdisciplinaria o interáreas.

V. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

En el presente apartado, se presentarán los resultados de la investigación, que parten de los objetivos planteados, estos han sido contrastados con la hipótesis que se plantea en la presente investigación.

Después de presentar los resultados obtenidos, se detalla la nueva información generada a partir del desarrollo del trabajo de investigación.

En concreto el resultado está relacionado a la **identificación dogmática de los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales** de la Administración pública y **las relaciones que se generan entre esas potestades administrativas y el constitucionalismo**.

La identificación de estos fundamentos constitucionales es una consecuencia de la exposición de la relación entre Constitución y la Administración pública. Esto explica por qué se ha desarrollado el marco teórico en tres partes: Constitución, Administración pública y discrecionalidad administrativa.

Una vez expuestas las tres partes teóricas se puede colegir cuales son las relaciones entre las mismas, y esas relaciones muestran cuales son los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales.

Entonces, corresponde cuestionarse: *¿Cuál es la relación entre la Constitución y el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración?*

El punto de partida para el despliegue de cualquier actividad administrativa siempre será la forma de Estado de Derecho, en el caso del Derecho peruano, nuestra evolución jurídico constitucional preconiza el **Estado social y democrático de Derecho como paradigma** para lograr los fines establecidos por la misma Constitución.

Como se ha dicho, nuestro Tribunal Constitucional ha expresado que el Estado social y democrático de Derecho es un *“Estado que sin desconocer los intereses individuales, los integra a los intereses de la sociedad, bajo el entendido que la realización de los primeros no puede darse sin el concurso de los segundos”* (STC N° 0048-2004-PI/TC).

Esto es, la actividad de la Administración pública encuentra sus fundamentos en la Constitución, a partir de esta ha de ejercer sus potestades y en particular, sus potestades discrecionales.

De esta manera, la identificación de los fundamentos constitucionales ha de contribuir al desarrollo de la teoría del Derecho administrativo. Pero no solo a la

teoría, sino que también será el punto de partida de una visión más amplia del fenómeno empírico de la Administración pública peruana.

En ese sentido, de la investigación se desprende que ***el ordenamiento jurídico constitucional contiene los fundamentos necesarios para un ejercicio de las potestades discrecionales no solo como límite del actuar estatal sino como el promotor del bienestar social, todo esto en el marco de los fines del Estado social y democrático de Derecho.***

En conclusión, ***los fundamentos de la actividad de la Administración se encuentran en la Constitución*** o, mejor dicho, debemos acudir a la Constitución para poder encontrar el amparo de las actuaciones administrativas.

Por consecuencia, también las actuaciones discrecionales encuentran su fundamento en el régimen constitucional. De esta manera, aun cuando no exista en el texto constitucional un título, capítulo o artículo que mencione específicamente al ejercicio de las potestades discrecionales, ***por medio de la interpretación de la Constitución***, podemos concluir que ***es el constitucionalismo basado en el paradigma del Estado social y democrático de Derecho, el punto de partida de toda actuación discrecional.***

Es pues, gracias al ejercicio dogmático sobre el Derecho constitucional que podemos afirmar cuales son los fundamentos del ejercicio discrecional de la Administración pública.

Además, no debe olvidarse que hay una relación bidireccional entre la dogmática del Derecho administrativo y la Constitución.

Hablar de dogmática en el Derecho administrativo peruano es un tópico novedoso, en el presente caso, es la dogmática y la interpretación jurídica las que nos permiten conseguir nuestros resultados.

A partir del ***examen de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina*** referidas a la Constitución, la Administración pública y el ejercicio de sus potestades discrecionales se han encontrado algunas características que nos sirven para identificar los fundamentos del ejercicio de las potestades discrecionales en la Constitución.

Debe quedar claro que, si bien nos valemos de elementos de dogmática constitucional, este es un estudio sobre dogmática de Derecho administrativo, la cuestión es que partimos de la idea de la Constitución como base de la interpretación de toda rama de estudio jurídico.

La dogmática del Derecho administrativo puede partir de la división entre parte general y parte especial, en nuestro caso, la discrecionalidad administrativa es parte del estudio de la parte general. Es parte general también el estudio sobre el régimen del acto administrativo o sobre el procedimiento administrativo. Recordemos que los

estudios de la parte general incidirán de forma uniforme en diversas temáticas, por ejemplo, el estudio del régimen de validez del acto administrativo ha de incidir tanto en los actos emitidos en el régimen jurídico del Derecho ambiental como en el de Derecho de transporte vial.

Nuestro objetivo y resultados pues son parte de la parte general de la parte dogmática del Derecho administrativo y no está directamente relacionado a encontrar o analizar los ámbitos de referencia de la parte especial.

Los resultados de la investigación realizada en esos términos son los siguientes:

Los fundamentos jurídicos para el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública se encuentran en la Constitución y en concreto en sus siguientes caracteres: normativa, garante de derechos y libertades individuales, fundamento de las instituciones jurídico-políticas, límite y estándar de control de los poderes estatales y privados, que aspire a ser real y/o eficiente, de base en los ideales políticos de la sociedad y que se condiga con el sentimiento jurídico constitucional nacional.

Estos elementos nos permitirán colegir que la discrecionalidad administrativa no solo ha de tenerse por límite al poder ejercido por la Administración y su justificación sino también como punto de partida de su accionar, queremos decir que, ***la discrecionalidad no solo implica un parámetro para evaluar la constitucionalidad de las actuaciones administrativas, sino que es un instrumento para la efectivización de la misma Constitución.***

Las relaciones de estos fundamentos constitucionales con la Administración pública son las que han de demostrar que ***la relación entre Constitución y discrecionalidad administrativa no es casual, sino que es necesaria.*** Asimismo, estos fundamentos siempre encuentran su razón de ser en el Estado social y democrático de Derecho, paradigma de nuestro derecho nacional, y en concreto, establecidos como marco en nuestro constitucionalismo.

En consecuencia, la hipótesis: *“La identificación de los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública se relaciona con la consecución de los fines del Estado social y democrático de Derecho, al exponerse la relación entre Constitución y Administración pública”*, ha quedado demostrada en base los argumentos señalados.

Finalmente, los resultados se completan con la exposición del detalle de los fundamentos constitucionales en los siguientes términos:

- 1) **El ejercicio de las potestades discrecionales se relaciona con el carácter normativo de la Constitución** en tanto que:

Como venimos de decir *la Constitución es una norma jurídica*, aunque de caracteres particulares. Se dijo que siendo norma jurídica es fuente de derecho, y de entre todas, es la principal fuente de todo el ordenamiento.

A este respecto, la Constitución se vuelve la norma fundamental además de ser fuente de todo el ordenamiento, por lo que este ordenamiento responde al *principio de la interpretación conforme a la Constitución*. García de Enterría señala que esta supremacía jurídica obliga a interpretar todo este ordenamiento en virtud de los principios y reglas constitucionales.

Ha quedado dicho también que la idea de Constitución no reviste solo una faceta jurídica, esta es el punto de partida, pero no es su único aspecto, una Constitución que pretenda ser eficiente y eficaz no puede ser vista solo como norma.

Una primera conclusión a la que llegamos es que la Constitución reviste dos grandes apartados relacionados a una finalidad. Esta finalidad es *su relación con la persona humana y su dignidad* y los dos apartados son las herramientas para la consecución del fin.

La finalidad es de orden social en tanto que el hombre y su dignidad no existen en abstractos separados unos de otros, sino que viven en una sociedad, sociedad a la que se relaciona un Estado, que es el principal instrumento para desarrollar los dos aspectos aludidos.

Estos dos apartados son: (i) La Constitución como protectora de derechos individuales (llamada parte dogmática) y, (ii) La constitución como organización para la consecución de los fines que plantea (parte orgánica).

Ya hemos visto que la dinámica entre estas dos partes, que se entendían divididas, es necesaria y requiere del desarrollo jurídico y social para la real existencia de la Constitución.

Entonces el doble juego de derechos y responsabilidades se relaciona no solo con una parte u otra de la Constitución (dogmática u orgánica) sino que tanto los derechos a tutelar como los deberes a realizar tienen que ver con los sustentos dogmáticos y orgánicos de la Constitución.

En este punto la doctrina citada ha concluido la necesidad del Derecho administrativo en esta dinámica. Parejo Alfonso habla con énfasis del “Estado Administrativo” como propulsor de los deberes de igualdad y solidaridad insertos en el Estado social y democrático de Derecho, Ferrajoli sin referirse directamente al Derecho administrativo, precisa que las funciones administrativas son parte de una nueva división de poderes en la que el rol del Estado se funda en funciones de gobierno y de garantía. Para Aguiló los nexos externos e internos de la Constitución regulativa aluden tanto a los límites a las acciones del Estado contra los derechos fundamentales como al desarrollo de estos mismos derechos en un sentido de “desarrollo y corrección”.

Habiendo colegido que *el Derecho administrativo es parte del ordenamiento jurídico y por tanto las normas constitucionales le son vinculantes* y que, por ello, su interpretación, metodología y en general su dogmática y práctica no son tales si no las toma en cuenta, se concluye que la relación entre el Derecho administrativo y la Constitución:

- (i) *Es completa* en tanto que el Derecho administrativo debe implicar ambas partes de la Constitución, la relativa a la protección de los derechos fundamentales como la relativa a la búsqueda de consecución de intereses públicos.
- (ii) Las normas constitucionales son *inmediatamente aplicables*, ya sea por subsunción o ponderación en el ámbito del Derecho administrativo.
- (iii) Existe una *recíproca implicación* entre ambas ramas del Derecho.

En ese sentido, la discrecionalidad administrativa:

- (i) Es el espacio de libertad que mantiene la Administración. Reviste diversas formas de actuación de la Administración pública y está presente en la práctica administrativa. No puede ser reemplazada por la decisión de alguna entidad no competente para configurar los intereses públicos del caso concreto, pues de ser así, ese órgano incompetente estaría asumiendo funciones contrarias a la Constitución.
- (ii) Está sujeta al ámbito legal pero principalmente constitucional. Se legitima en la misma práctica administrativa atendiendo a las finalidades constitucionales, la legalidad es su marco de actuación teleológico.
- (iii) Se encuentra relacionada a las finalidades de la Administración pública siendo que es necesaria para la consecución en todas sus formas y momentos. Entre otros, implica el deber de actuar que mantiene la Administración.
- (iv) Por ello se encuentra sujeta a control ya sea de la misma Administración como judicial o aquel ente que se considere conveniente.
- (v) Implica la previa atribución legal, constitucional o en general normativa de potestades y la asunción de competencias para su efectivización.

2) El ejercicio de las potestades discrecionales se relaciona con el rol tutelar de los derechos e intereses individuales de la Constitución en tanto que:

En realidad, la totalidad de la organización estatal y la Constitución, no tienen otro fin que la garantía de los derechos fundamentales. Son los derechos fundamentales los que explican, además, toda la evolución del Estado social y democrático de Derecho, desgajar la idea de este modelo de Estado de la protección de los derechos fundamentales es dejarlo sin sentido.

Entonces, el rol de este modelo de Estado está elaborado para la consecución de los derechos fundamentales.

De esta manera, aun cuando se suele señalar en doctrina que los derechos fundamentales están relacionados solo con la parte dogmática, lo cierto es que también la parte orgánica está igualmente relacionada con los derechos fundamentales.

El problema pues, viene por la forma errada de entender los derechos fundamentales, pues se estima que este solo requiere de una protección tutelar o procedimental. Justamente, es el rol de Estado como propulsor social, lo que incluye nuevas posturas respecto de los derechos fundamentales. En estos nuevos planteamientos, tenemos a las actuaciones de la administración como centrales, de acuerdo con los objetivos planteados se ha logrado colegir dogmáticamente que *la Administración resulta un instrumento necesario para los fines de este nuevo modelo de Estado social y democrático.*

Hoy en día pues, la garantía de los derechos fundamentales, ya no se relaciona únicamente con una defensa reactiva frente a posibles lesiones por parte del poder público o poderes privados, sino que está relacionada a determinados valores como la solidaridad o igualdad, participación ciudadana, eficacia, eficiencia, entre otros.

De todo esto se colige una relación entre la Administración pública, el ejercicio de su discrecionalidad y los derechos fundamentales: *La Administración Pública y el ejercicio de sus potestades discrecionales son un fenómeno necesario para la consecución de los fines del Estado social y democrático de Derecho y por consecuencia para la efectivización de los derechos fundamentales.*

En ese sentido, la discrecionalidad administrativa:

- i) Su ejercicio implica el despliegue de los derechos fundamentales, ya sea para su tutela o para su consecución eficiente y eficaz.
- ii) Las técnicas de control y ejercicio de la discrecionalidad requieren estar fundamentadas en el régimen constitucional.
- iii) Existe una obligación de motivación intrínseca al ejercicio de las potestades discrecionales, motivos reconducibles siempre a los derechos fundamentales.

3) El ejercicio de las potestades discrecionales se relaciona con el control de la Constitución en tanto que:

El control en la Constitución es la expresión del equilibrio de fuerzas que debe de existir en la sociedad a fin de que esa misma Constitución pueda subsistir, este control pues, apunta a un ejercicio eficiente del poder público.

De esta manera, el control está relacionado con la limitación en el ejercicio del poder del Estado (y otros poderes) a fin de que se eviten o resarzan sus excesos, en este sentido el control tiene por finalidad la libertad de las personas.

Pero esta libertad, que puede ser entendida en los términos del Estado liberal de derecho, también justifica al Estado social y democrático de Derecho, entendiendo que esa libertad se consigue con acciones positivas de parte del Estado, con su eficacia.

Partiendo de ello, se entiende en la relación entre la actuación de la Administración pública y el control constitucional que:

- i) La Constitución tiene como finalidad los derechos fundamentales de las personas, y la consecución de esta finalidad implica el control de los poderes e intereses tanto del Estado como la sociedad.
- ii) El control es central en el régimen de la Administración pública pues informa sus principios jurídicos.
- iii) El ejercicio de las potestades administrativas siempre debe de estar sometido a control jurídico, lo que implica que su ejercicio debe de estar siempre justificado.

En consecuencia, con relación a la discrecionalidad administrativa:

- i) El espacio de libertad que implica la discrecionalidad es objeto de control tanto como cualquier actuación reglada de la Administración.
- ii) Un límite natural al control de la discrecionalidad es el carácter político de la misma, esto implica que no siempre el juez podrá sustituir la decisión discrecional de la administración.
- iii) El control sobre el ejercicio de las potestades discrecionales se debe entender tanto respecto de las actuaciones de tutela o limitación de esas potestades en la incidencia de los derechos individuales como en las actuaciones que impliquen la consecución de esos derechos fundamentales.
- iv) Las potestades discrecionales se ejercen en virtud de su inmediata finalidad legal, al estar vinculadas a estas, pero eso no conlleva a olvidar que su mayor vínculo es con la Constitución.
- v) El régimen de actuaciones de la Administración y regulación del ejercicio de sus potestades son la principal forma de control de la discrecionalidad administrativa, este control tiene una relación directa con los fines del ordenamiento constitucional, por ello todo régimen de ejercicio de potestades discrecionales se encuentra involucrado con esas finalidades.

4) El ejercicio de las potestades discrecionales se relaciona con los fundamentos de las instituciones jurídico-constitucionales de la Constitución en tanto que:

El énfasis que se pretende dar al rol de las instituciones puede ser resumido en dos aspectos:

- i) Las instituciones jurídico-administrativas parte de la Constitución, a saber, la función pública, la Administración pública, la responsabilidad

administrativa, ejercicio de potestades, etc. requieren justamente un texto constitucional coherente para que sobre este se desarrolle la práctica administrativa.

- ii) La Constitución misma como institución política. Este factor va a construir todo el régimen constitucional, pues al definir a la Constitución como institución la dotamos de unas formas y procedimientos constitucionales que deberán de tener la misma atención que la tutela reactiva de los derechos fundamentales.

En el punto i) nos referimos a la denominada parte estructural de la Constitución, si combinamos esto con el carácter dinámico de la Constitución tenemos que la coherencia de la Constitución con su sociedad es variable en el tiempo, y evidentemente, esto va a condicionar su legitimidad, y la posibilidad de su reforma o cambio.

Esto es un recordatorio de la lógica que debe envolver los sistemas constitucionales.

En consecuencia, se ha demostrado que la Administración pública es una de esas formas y/o procedimientos que limitan el poder y que garantizan las libertades. Entonces tomando en cuenta las características de la forma institucional (objetivo, organización y procedimientos resulta esencial), podemos señalar que la Administración es una institución y contiene diversas instituciones de carácter jurídico.

Con relación al punto ii), la Constitución requiere determinado grado de institucionalidad para la consecución de sus finalidades, una vez más relativa a los derechos fundamentales, lo particular es que esta institucionalidad debe informar a todo su cuerpo y a todo nivel, tanto jurídico, como político y social, aunque este punto excede los límites de este trabajo.

En ese sentido, el ejercicio de la discrecionalidad se fundamenta en la Constitución en tanto que:

- i) Entendiendo a las instituciones (constitucionales) como una amalgama de organización y procedimientos con una única finalidad, el ejercicio de las potestades discrecionales se presenta como una de las formas de materialización de la Constitución.
- ii) Estas instituciones constitucionales, interpretadas de manera coherente, son las que se requieren para la consecución de los fines del Estado social y democrático de Derecho.
- iii) La discrecionalidad administrativa es una herramienta necesaria para la consecución de estas finalidades, herramienta que se encuentra en manos de la Administración pública.
- iv) Los requerimientos de sistematicidad y coherencia de las instituciones contenidas en el régimen constitucional informan de la misma manera a las potestades discrecionales, de esta forma el ejercicio correcto de estas

potestades tiene como presupuesto la determinación correcta de estas instituciones.

- v) De la revisión del régimen constitucional y legal se desprende que no existe una regulación completa y sistemática de las instituciones de Derecho administrativo, asimismo, la jurisprudencia constitucional solo brinda algunas reglas sobre el ejercicio de la discrecionalidad.

5) El ejercicio de las potestades discrecionales se relaciona con la consecución de los intereses generales señalados en la Constitución en tanto:

La idea de interés público no es incompatible con los fines constitucionales. Esto es, cuando se habla en derecho administrativo de la consecución de los intereses públicos no se está diciendo que existen otros intereses fuera de los que importan al Estado y la Constitución.

El Estado social y democrático de Derecho, tiene como interés preponderante a todo aquel que atañe a los derechos fundamentales, como señala Jorge Prats, “el interés público es la promoción de los derechos fundamentales”²⁹⁹.

En consecuencia, las potestades administrativas se desarrollan teleológicamente, siendo que es la busca de este interés el que ha de legitimar sus actuaciones y no la aplicación cuadriculada de la legalidad.

La llamada vinculación negativa de la administración es la idónea a fin de realizar eficientemente los fines que se le trazan a la Administración aun cuando también sea aceptable una vinculación mixta de legalidad.

En consecuencia, respecto de la discrecionalidad:

- i) El ejercicio de las potestades discrecionales tiene como finalidad legal y constitucional la configuración de los diversos intereses generales relevantes para la sociedad y el Estado.
- ii) La protección y promoción de los intereses generales tiene un carácter político que excede el ámbito jurídico, pero ello no obsta a su control en diversas sedes, ese control entraña siempre la existencia de motivos de las actuaciones discrecionales.
- iii) El régimen para el ejercicio de las potestades discrecionales debe de ser entendido como uno relativo al Estado social y democrático de Derecho y por ello garante de los intereses públicos y no de intereses particulares, vedando la desviación de poder ya sea de parte del poder público o de poderes privados.

²⁹⁹ Prats, Jorge Eduardo. “Las bases constitucionales de la Administración pública” en La Administración Pública en el nuevo régimen constitucional en homenaje a Dr. Raymundo Amato Guzmán. Santo Domingo: Ministerio de Administración Pública, 2011.

- iv) Esto conlleva a promover condiciones de igualdad entre las personas, vetando los privilegios entre los privados y justificando los privilegios de la Administración.

6) El ejercicio de las potestades discrecionales se relaciona con la aspiración de una constitución real y fundada en bases históricas en tanto que:

De acuerdo con Heller la unidad y ordenación de la Constitución se realiza histórica y sistemáticamente. La Administración pública debe de verse entonces histórica y sistemáticamente a fin de ser parte de esa unidad y ordenación constitucional. “La dogmática jurídica del Derecho constitucional existe para servir al fin de una continuidad histórica y sistemática de la Constitución real, hacia este fin ha de orientar su método”.

Entonces, la Administración pública, herramienta de los fines constitucionales, debe partir de estas bases para la creación de su derecho.

De esta manera, tanto las instituciones administrativas extintas, como la evolución de las mismas deben de ser analizados a fin de alcanzar esos fines constitucionales. Además, se debe de tomar en cuenta la revisión de la eficacia de las normas jurídico-administrativas en sus respectivos momentos históricos.

De aquí parte la conexión entre esa historia constitucional y el contexto político y social. Como se ha revisado, la Constitución no solo es jurídica, sino también política, de esta manera, una Administración y las instituciones que la componen deben de reflejarse en la Constitución.

Ackermann o Fioravanti han pretendido sustentar históricamente sus constituciones, partiendo de un autoexamen histórico, esta es la manera en la que podemos aspirar a reconocer la conexión de nuestra administración con su realidad. Para la existencia de una Constitución es necesario el factor dinámico que proporciona la regulación del sistema político.

En ese sentido, se concluye respecto de la discrecionalidad administrativa que:

- i) El diario desenvolvimiento de la práctica administrativa y el consecuente ejercicio de sus formas de actuación requiere de la discrecionalidad administrativa.
- ii) En tanto que la Administración debe actuar de acuerdo con las finalidades establecidas en la Constitución (todas derivadas de la consecución de los derechos fundamentales) la práctica administrativa debe de llevarse a cabo acorde a ese régimen constitucional.
- iii) Entonces, el ejercicio de las potestades discrecionales encuentra su justificación en la Constitución, y viceversa, justamente esta Constitución se vale de estas potestades para la realización de sus fines.

- iv) La importancia del análisis histórico del régimen de Derecho administrativo en la Constitución radica en conocer factores de desarrollo de la normatividad, evolución de los valores, la eficacia de las medidas, entre otros. Además, este análisis nos permite reconocer el valor intrínseco de instituciones políticas derivado de una visión histórica, en nuestro caso, el conocimiento de las actuaciones administrativas relativas al ejercicio de la discrecionalidad.

7) El ejercicio de las potestades discrecionales se relaciona con la necesidad de alcanzar los sentimientos constitucionales nacionales en tanto que:

El elemento sentimental, que normalmente es denostado por el mundo jurídico, actúa en principio como fuente misma de la Constitución entendida en su verdadero sentido: jurídico-político.

El factor dinámico del sentimiento constitucional, siempre asociado a estímulos externos, entiéndase, sociales, influye de manera constante en el régimen constitucional y en su legitimidad.

Entiéndase pues, que el sentimiento constitucional requiere de un conocimiento previo de la realidad, en todo caso, de una interpretación de los hechos que acontecen en la sociedad.

En nuestro caso, el conocimiento de las actuaciones de la Administración pública no suele estar asociado a nuestro régimen constitucional, comprender la incidencia de esta relación entre Constitución y Administración Pública es una labor que compete tanto a jueces, legisladores, funcionarios públicos, y a la misma sociedad civil y la academia.

Desde nuestro punto de vista, las actividades y fines de la Administración pública y su relación con el régimen constitucional no son debidamente conocidos en la práctica y por lo tanto denostados, correspondiendo reelaborar esta relación y darla a conocer debidamente.

En consecuencia, la discrecionalidad:

- i) La gradualidad del análisis de discrecionalidad ha de variar siempre de forma proporcional a la relevancia que se otorgue a cada caso. La relevancia de la casuística objeto del ejercicio de las potestades discrecionales depende de la relevancia que el caso tenga en la sociedad, por ello, es necesario que exista un sentimiento constitucional capaz de valorar en su real dimensión dicha casuística. En ese sentido, el sentimiento es una forma de control y prevención de la desviación de poder.

- ii) Esto demuestra que los sentimientos constitucionales implican también unos sentimientos respecto de las actuaciones de la administración, todo ello ha de derivar del conocimiento que se tenga de ellas.
- iii) Por ello es importante conocer la necesidad e importancia de la labor de la Administración pública y del rol que cumple en esto el ejercicio de su discrecionalidad.

8) El ejercicio de las potestades discrecionales se relaciona con el ejercicio de los valores democráticos (políticos) de una sociedad abierta en tanto que:

El entendimiento más cabal de una relación entre la Constitución y la Administración pública viene por reconocer que la relevancia de esa relación encuentra fundamento en el Estado social y democrático de Derecho. A lo largo de este trabajo se ha dejado dicho eso, pese a que no corresponda explayar esos términos.

El entendimiento del término Estado social y democrático de Derecho trae aparejado diversos conceptos e ideas fundamentales para el constitucionalismo de hoy, se ha expuesto y comprobado que uno de esos términos es el de sociedad.

Tanto los intereses en juego como los poderes desplegados irradian tanto en el extremo liberal, como social y democrático y por ello importan a la Constitución.

Al ser la Administración una herramienta del constitucionalismo los fenómenos de intereses y poder que se desenvuelven en la sociedad importan al Derecho administrativo, como se dijo tanto a la parte especial como a la general.

La relación de reciproca influencia entre estas dos ramas del Derecho público se origina en ese vínculo con la sociedad.

De esta manera tanto las potestades administrativas como las formas de actuación en las que se expresa la Administración responden a hechos acontecidos en la realidad social. En general, todo fenómeno administrativo está siempre en relación con la sociedad ya sea formal o informalmente.

Esta sociedad plural implica la práctica de los valores sociales y democráticos en un contexto de sociedad abierta, esto es, una sociedad en la que sea posible discutir sus diversas problemáticas siempre sobre la base de valores y principios primarios.

En lo que atañe a la discrecionalidad esto quiere decir que:

- i) La vinculación negativa (o mixta) que se defiende resulta de entender a la discrecionalidad como un fenómeno subyacente a los fenómenos sociales.
- ii) El ejercicio de las potestades discrecionales en manos de la Administración se legitima en el cumplimiento de sus fines, los que siempre están vinculados a la sociedad.

- iii) La misma discrecionalidad implica un ejercicio de discusión y por ello es necesaria para la sociedad, la idea misma de libertad de configuración permite el manejo diverso de distintas situaciones.
- iv) El control de la discrecionalidad y la consecución de los fines constitucionales a través de la discrecionalidad resultan necesarios para la consecución de los fines constitucionales establecidos en el modelo de Estado social y democrático de derecho.

CONCLUSIONES

- 1) A la afirmación dogmática de la relación entre Constitución y discrecionalidad se llega entendiendo que:
 - La Constitución está **directamente relacionada con el Estado social y democrático de Derecho** ello se desprende de su texto y es reconocido por la jurisprudencia constitucional de nuestro Tribunal Constitucional.
 - Todo el régimen constitucional impregna a **las actividades de la Administración pública** siendo que esta está relacionada a todas las características de la Constitución descritas: Constitución como norma, como parámetro de control, como fenómeno político, como base del sentimiento constitucional, como fenómeno histórico, social y con vocación de plasmarse en la realidad e inspirarse en ella.
 - En el marco del ordenamiento jurídico nacional, los fines de la **Constitución** contienen a su vez los **fines de la Administración pública** e informan a todo el régimen de Derecho administrativo.
 - La realización de los **intereses públicos** por parte de la Administración se sustenta en la realización de los **derechos fundamentales**, esto es, la realización de los intereses públicos siempre ha de satisfacer directa o indirectamente los derechos fundamentales. Por ello las actuaciones de **la Administración pública están vinculadas** siempre a la consecución de estos derechos fundamentales.
 - La relación entre la Administración Pública y la Constitución se refleja en la relación entre esa Constitución y la discrecionalidad, por ello, siendo que la discrecionalidad es el **instrumento más idóneo con que cuenta la Administración pública** para la realización de sus fines, la Constitución se ha valer de la misma. Esto es, **la discrecionalidad también se va a fundamentar en la Constitución estableciéndose una relación necesaria entre ambas y un conocimiento recíproco**. La finalidad de esto es que se eviten abusos contra los derechos fundamentales en el ejercicio de las potestades discrecionales y que esta misma discrecionalidad sea un elemento coadyuvante de la consecución y satisfacción de esos mismos derechos.
 - En consecuencia, se concluye que existe una **relación de medio a fin** entre el ejercicio de la discrecionalidad administrativa de la Administración pública y la consecución de los fines de la Constitución. Estos fines constitucionales están siempre en directa relación con **los principios y valores del Estado social y democrático de Derecho**, por lo que la Administración pública se encuentra relacionada directamente a esta forma de Estado.

- Se desprende que **el ordenamiento jurídico constitucional contiene los fundamentos para el ejercicio de las potestades discrecionales** no solo como límite del actuar estatal sino como el promotor del bienestar social, lo que coadyuvará a la consecución de los fines del Estado social y democrático de Derecho.
- 2) Luego de esa revisión dogmática se puede afirmar que la **identificación** de los fundamentos constitucionales de la discrecionalidad permitirá, la **consecución de los fines del Estado social y democrático de Derecho**.
- 3) Se llega a comprobar la hipótesis al demostrar no solo la relación constitucionalmente ineludible entre discrecionalidad y el Estado social y democrático de Derecho sino al exponer dogmáticamente la real existencia de la problemática planteada. De esta forma se concluye que la relación entre Constitución y Discrecionalidad administrativa **es dogmáticamente necesaria y pragmáticamente ineludible**.
- 4) La relación entre Derecho constitucional (Constitución) y Derecho administrativo (Discrecionalidad Administrativa) está relacionada con **los fines del Estado social y democrático de Derecho** por lo que resulta necesario su mutuo reconocimiento y estudio.

RECOMENDACIONES

- 1) Explicar el Derecho administrativo desde los postulados de Derecho constitucional y la Constitución. Esto quiere decir, explicar tanto la praxis ius-administrativa como la dogmática ius-administrativa a partir de la interpretación constitucional, desde el modelo del Estado social y democrático de Derecho.
- 2) Se propone establecer ámbitos de referencia en la parte especial del Derecho administrativo en virtud de las actuaciones de la Administración pública, con la finalidad de sentar bases para el desarrollo de una parte general de Derecho administrativo desde la Constitución.
- 3) Reconocer que el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública encuentra su fundamento en la Constitución y el paradigma del Estado social y democrático de Derecho. Este reconocimiento implica que tanto a nivel pragmático como dogmático los agentes que interactúan con la Administración han de coadyuvar, directa o indirectamente, a la consecución de los fines constitucionales.
- 4) Se recomienda el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración teniendo en cuenta que esta tiene constitucionalmente dos finalidades: Evitar abusos en contra de los derechos fundamentales y coadyuvar a la consecución y satisfacción mediante acciones positivas de los intereses generales y esos mismos derechos.
- 5) Establecer a nivel legal y administrativo criterios uniformes de la actuación administrativa, tanto para el ejercicio de sus potestades regladas como para las potestades discrecionales.
- 6) Uniformizar el régimen del ejercicio de las potestades discrecionales en virtud de sus fundamentos constitucionales a fin de evitar disfuncionalidades en el ejercicio de dichas potestades.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Abruña Puyol, Antonio. Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano. Lima: Palestra, 2010.
- Ackerman, Bruce. We The People I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense. Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2015.
- Aguiló Regla, Josep. La Constitución del Estado Constitucional. Lima – Bogotá: Palestra - Temis, 2004.
- Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional n° 11, 2009.
- Aragón Reyes, Manuel. Estudios de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2009.
- Baca Oneto, Víctor Sebastián: Los Actos de Gobierno. Universidad de Piura. 2003.
- “La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en Revista de Derecho Administrativo n° 11, 2012.
- Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., 1997.
- Balbin, Carlos, Un derecho administrativo para la inclusión social, Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n° 58. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- Barahona Medina, Rubio Edenilson. La Constitucionalización del Derecho Administrativo en El Salvador. En Revista de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.
- Barnés, Javier, “La interacción entre la Constitución y el Derecho administrativo: límites y patologías”, en Constitucionalización del Derecho administrativo, XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
- Bazán, José Luis y Raúl Madrid, “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”, revista chilena de Derecho 18, n° 2 (1991)
- Beladiez Rojo, Margarita. Los principios jurídicos. Madrid: Tecnos, 1994.

- La vinculación de la administración al Derecho en Revista de Administración Pública.
- Bernales Ballesteros, Enrique, Para que la constitución viva. Lima: Editorial San Marcos, 2004
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. Derecho constitucional. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1965
- Bocanegra Sierra, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo. Thomson Civitas, 2006.
- Bonina, Nicolás y Nicolás Diana, La deconstrucción del derecho administrativo. México: Editorial Novum, 2012.
- Boulin Victoria, Ignacio. Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación, Buenos Aires: Marcial Pons, 2014.
- Brewer-Carías, Allan R. Bases Constitucionales del Derecho Administrativo en Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. El Derecho Público en Venezuela y Colombia, Vol. VII, 1984-1985, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- Buchely, Lina. Más allá del modelo weberiano: El debate sobre las burocracias y el estado. En Las burocracias. Una aproximación distinta a la manera en la que pensamos el Estado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2014.
- Burdeau, Georges. Derecho Constitucional. Madrid: Editora Nacional, 1981.
- Calamandrei, Piero, La Constitución inactuada. Madrid: Tecnos, 2013
- Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Palestra: Lima, 2010.
 - El Principio de Legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Marcial Pons. 2009.
 - El contrato administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2009.
- Cassese, Sabino. New Paths for administrative law: A manifesto en International Journal of Constitutional Law vol. 10 N° 3.
- Castillo Córdova, Luis. La Constitución del Estado constitucional, Lima, 2003.

- Cerna, Diego, Luis García, Félix Puémape, Paolo Sosa, Mauricio Rentería y Lucila Rozas. Acá no hay ventanillas. La burocracia de la calle en los programas sociales. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2017.
- Chávez, David, "A first reference about Chevron deference: La doctrina central del Derecho Administrativo Norteamericano en su treinta y un aniversario", en *Advocatus* 31.
- Chevallier, Jacques. "Le droit entre science administratif et droit constitutionnel", en *Le droit administrative en mutation*. Presses universitaires de France, 1993.
- Danós Ordóñez, Jorge. "La constitucionalización de la administración pública" en *Revista Peruana de Derecho Público* n° 4 (2002)
- Desdentado Daroca, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1999.
- La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- "El principio de interdicción de la arbitrariedad", en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo I*. Madrid: La Ley, 2010.
- Díez Manuel María: *Derecho Administrativo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 2006. Tomo I.
- Dippel, Horst. *Constitucionalismo moderno*, Marcial Pons, 2009.
- Duguít Leon, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Francisco Beltran Librería Española y Extranjera.
- Duverger, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.
- Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de los consumidores*. Editorial Rhodas, 2006.
- Esteve Pardo, José. *La Nueva Relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al Trasfondo de la Crisis*. Madrid: Marcial Pons. 2013.

- Eto Cruz, Gerardo, “El sentimiento constitucional peruano”, Ponencias desarrolladas IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional, tomo I, Arequipa: Editorial Adrus, 2008.
- Faye, Antoine. La définition du droit administratif: A la recherche du critere perdu. Lepetitejuriste.com.
- Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. De la Arbitrariedad de la Administración, 5ta. Edición Thomson – Civitas, 2008.
Del Arbitrio y de la Arbitrariedad Judicial. 1 ed. Madrid: Iustel, 2005.
- Ferrajoli, Luigi. Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. Editorial Trotta. Madrid. 2011.
 - Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta (Mínima Trotta), 2011.
- Fioravanti, Maurizio. Constitucionalismo, Experiencias históricas y tendencias actuales. Editorial Trotta, 2014.
- Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México 1962.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Lima – Bogotá: Palestra – Temis, 2006.
 - “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota, en Revista de Administración Pública nº 124, 1991.
 - Revolución Francesa y Administración Contemporánea. Capítulo I, Thomson Civitas, 1986.
 - La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos), en Revista de Administración Pública Nº 38.
 - La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. CIVITAS. Madrid. Reimpr. 2001.
 - La Lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Civitas – Thomson Reuters, 2009.
- Garrido Falla, Fernando, Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González. Tratado de derecho administrativo I, Madrid: Tecnos, 2005.

- Guariglia, Carlos. “Razonabilidad y legitimidad en el derecho administrativo”, en El derecho n° 14, 2017.
- Haberle, Peter. El estado constitucional. México: UNAM – Instituto de investigaciones jurídicas, 2016.
- Hakansson Nieto, Carlos, Curso de derecho constitucional. Lima: Palestra, 2009.
- Hamon, Francis y Michel Troper. 29 ed. Manuel Droit Constitutionnel, Paris: L.G.D.J., 2005.
- Hauriou, Maurice. Précis de droit constitutionnel. Librairie du Recueil Sirey. Paris, 1929.
- Heller, Hermann. Teoría del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- Hermann-Josef Blanke, “El principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano”, en Revista de Derecho Administrativo, n° 9, 2010.
- Hernando Nieto, Eduardo, “¿Constitucionalizar el derecho o politizar la Constitución? Amenazas, riesgos y peligros en el constitucionalismo contemporáneo” Derecho PUCP N° 71, 2013.
- Herrera Guerra, Carlos A. Entes administrativos reguladores independientes y credibilidad institucional. Ineficiencia y peligros para la democracia latinoamericana advertidos desde el sistema norteamericano que los creó, en Revista de Administración Pública N° 181, Enero – Abril, Madrid, 2010.
- La Despublicación del derecho administrativo. Instituto Peruano de Estudios sobre Administración Pública y el Estado. 2004.
- Huamán Ordoñez, Luis Alberto. Contencioso administrativo urgente actuaciones enjuiciables y pretensiones procesales. La tutela diferenciada como garantía jurisdiccional de protección. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Huapaya Tapia, Ramón: Propuesta de una nueva interpretación del concepto de acto administrativo contenido en la lpag” en Administración Pública,

Derecho Administrativo y Regulación Estudios y cuestiones. Lima: Ara Editores, 2013.

- Ibler, Martin. Pasado y presente de la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo en Alemania, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 50/51 (2005), S.5-21.
- Indacochea Prevost, Úrsula. “«Calle de las pizzas» y ponderación constitucional” en Revista De Derecho Administrativo, n° 5, 2008
- Jamanca Vega, Marco Antonio, La Constitución inacabada. Lima: Fondo editorial de la UNMSM, 2015.
- Laguna de Paz, José Carlos. Derecho Administrativo Económico. 1ª ed. Thomson Reuters, 2016.
- Landa Arroyo, César. La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Themis Revista de Derecho N° 69, 2016.
 - “El proceso de formación contemporáneo del estado peruano”, La Constitución diez años después. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989.
- Lasalle, Fernando ¿Qué es una Constitución? Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte. 1964.
- Levinson, Sanford. "How I Lost My Constitutional Faith", Maryland Law Review, 71, n° 4 (2012).
- Lowenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Editorial Ariel, 1979.
- Lucas Verdú, Pablo. El Sentimiento Constitucional. REUS S.A.: Madrid. 1985.
 - La Constitución en la encrucijada (palingenesia iuris politici) en Pensamiento Constitucional Año IV N° 4, 1997, Lima
- Lucchetti Rodríguez, Alfieri. “Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas” en Revista de derecho administrativo, n° 7, 2009.
- Magaldi, Nuria. Procura existencial, Estado de Derecho y estado Social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Martín- Retortillo Baquer, Sebastián. Instituciones de Derecho Administrativo, Thomson Civitas. 2007.

- “La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo”, estudio preliminar a El Ordenamiento Jurídico, de Santi Romano. Madrid: Editorial Reus S.A.
- Maurer, Hartmut: Derecho Administrativo. Parte General, Marcial Pons, 2011.
- Meilan Gil, José Luis, “La administración pública a partir de la constitución española de 1978”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 47.
- Mello do amaral Junior, “Veinte años de la Constitución brasileña de 1988”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 14 (2010).
- Mendonca, Daniel y Ricardo Guibourg. La odisea constitucional. Constitución, teoría y método. Madrid – Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004
- Mir Puigpelat, Oriol. El concepto de Derecho Administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional en Revista de Administración Pública Nº 162. Septiembre – diciembre 2003. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid.
- Montoya Chávez, Victorhugo, “Las sentencias del tribunal constitucional” Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú, tomo II, Lima: Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, 2014.
- Navarro, Karlos y Miguel Ángel, Sendin García, “Las bases constitucionales del derecho administrativo de Nicaragua” en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Managua: INEJ, 2010.
- Núñez Riva, Silvia Ysabel, “En consumidor protegido por el Código de Protección y Defensa del Consumidor”, en Actualidad Empresarial, nº 261, 2012.
- Nino, Carlos Santiago, 4ta reimp, Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires – Bogotá: Editorial Astrea, 2013.
- Ortiz, Daniel, “Doctrina Chevron: su significado en el derecho estadounidense y su aplicabilidad en la Argentina” en University of Virginia School of Law and Legal Theory Research Paper Series, 2012.

- Palomino Manchego, José F, “Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho”, Ponencias desarrolladas IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional, tomo I, Arequipa: Editorial Adrus, 2008.
- Parejo Alfonso, Luciano. Crisis y renovación en el Derecho Público. Lima: Palestra Editores, 2008.
 - “El estado social administrativo: Algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”, en Revista de Administración Pública n° 153.
 - Lecciones de Derecho Administrativo. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.
 - Perspectivas del derecho administrativo para el próximo milenio. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1998.
- Pérez Alonso, Jorge. “¿El ocaso de chevron? Aude y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo”, en Revista de Administración Pública n° 184, 2011.
- Planas, Pedro, Rescate de la Constitución. Lima: Abril Editores & Impresores, 1992.
- Prats, Jorge Eduardo. “Las bases constitucionales de la Administración pública” en La Administración Pública en el nuevo régimen constitucional en homenaje a Dr. Raymundo Amato Guzmán. Santo Domingo: Ministerio de Administración Pública, 2011.
- Prieto Sanchis, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, 2022.
- Ponce Flores, Galimberty. La Constitución antidemocrática. Puno: Zela Grupo Editorial E.I.R.L., 2020.
- Ponce Solé, Juli, “El control judicial del procedimiento administrativo y la garantía del derecho a una buena administración”, en Revista De Derecho Administrativo, N° 9, 2010.
- Quiroga León, Aníbal, “El modelo de la constitución de 1979”, en La constitución diez años después. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989.
- Recaséns Siches, Luis. “El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica”, en Diánoia, n° 2, 1956.

- Rivero, Jean. Páginas de derecho administrativo. Editorial Temis: Bogotá, 2002.
- Rodríguez Arana, Jaime. El marco constitucional del Derecho Administrativo (El Derecho Administrativo Constitucional), en Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia N° 6 – 2011.
- Rodríguez de Santiago, José María. Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. El marco constitucional del Derecho Administrativo en Colombia en A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional N° 31. Editora Fórum, 2008.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo, I. Madrid: Iustel, 2004.
- Santos Rodríguez, Jorge Enrique. “La transformación de la vinculación de la Administración pública a la legalidad” en Revista de derecho del Estado n° 18, 2006.
- Rosas Alcántara, Joel. El derecho constitucional y procesal constitucional en sus conceptos claves. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2015.
- Rubio Llorente, “La Constitución como fuente de derecho”, en Teoría de la Constitución, compilado por Miguel Carbonell. México: Editorial Porrúa – UNAM.
- Rubio, Marcial, “Los orígenes del estado burgués 1789 – 1848”, en Burguesía y Estado Liberal. Lima: DESCO, Centro de Estudios y promoción del desarrollo, 1979.
- Santa María Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo, Capítulo II, Tomo I, Iustel, 2004.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, Universidad Externado de Colombia, reimpresión marzo 2004.

- “Fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo colombiano”, Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n° 31. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- Schmidt Assmann, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo”, en Innovación y reforma en el derecho administrativo, editado por Javier Barnes. Sevilla: Editorial Derecho Global- Global Law Press, 2006.
- Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza editorial, 1996.
- Sosa Sacio, Juan Manuel, Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- Supo Calderón, Daniela y Víctor Hugo Bazán Vásquez, “El deber de información y el estándar de razonabilidad en las garantías implícitas del consumidor”, en Forseti Revista de Derecho 8, n° 12, 2020.
- Vedel, Georges. Les bases constitutionnelles du droit administratif en Études et documents du Conseil d’État, 1954
- Vélez García, Jorge. Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo. Santa Fe de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda Fondo de Publicaciones, 1996.
- Vermeule, Adrian. La abdicación del Derecho. Del Imperio del Derecho al Estado Administrativo. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018.
- Vélez García, Jorge: Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo. Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996
- Vignolo Cueva, Orlando. Discrecionalidad y Arbitrariedad Administrativa. Lima: Palestra Editores, 2012.
- V.V.A.A. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444. Ara Editores. Lima, 2001.
- V.V.A.A. La Constitución diez años después. Fundación Friedrich Naumann: Lima, 1989.
- Weil, Prosper y Dominique Pouyaud, 27^a. Ed. Le droit administratif. Paris: Presses Universitaires de France / Humensis.

- Weil, Prosper. Derecho administrativo. Madrid: Editorial Civitas, 1986.
- Wolf Paul, "Brasil en busca de una constitución moderna: La Constitución de la república de los estados unidos de Brasil como magna carta a la moda americana", Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 8, 2004
- Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta. 1999.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO	FORMULACION DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES
"Los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública y su relación con la consecución de los fines del Estado social y democrático de Derecho"	PROBLEMA GENERAL ¿Cómo es que la identificación de los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública se relaciona con la consecución de los fines del Estado social y democrático de Derecho?	OBJETIVO GENERAL:	HIPOTESIS PRINCIPAL:	Variable 1: Fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración.
		Identificar los fundamentos constitucionales para el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública en tanto que se relaciona con la consecución de los fines del Estado social y democrático de Derecho, ello como consecuencia de la exposición de la relación entre Constitución y Administración pública .	La identificación de los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública se relaciona con la consecución de los fines del Estado social y democrático de Derecho, al exponerse la relación entre Constitución y Administración pública .	Variable 2: Consecución de las finalidades del Estado social y democrático de Derecho.
				Variable 3: Potestades discrecionales como necesarias para la consecución de sus finalidades legales y constitucionales
				Variable 4: El planteamiento dogmático y el ejercicio práctico de la existencia de la Administración pública.
PROBLEMAS ESPECÍFICOS:		OBJETIVOS ESPECÍFICOS:	HIPOTESIS ESPECÍFICAS:	
a) ¿La consecución de los fines constitucionales del Estado social y democrático de Derecho está relacionada con el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública?		Demostrar que la consecución de los fines constitucionales del Estado social y democrático de Derecho está relacionada con el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública.	La consecución de los fines constitucionales del Estado social y democrático de Derecho está relacionada con el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública debido a que estas potestades tienen su fundamento en la Constitución .	
b) ¿Cómo se relacionan las potestades discrecionales de la Administración pública y la Constitución ?		Establecer la relación entre las potestades discrecionales de la Administración pública y la Constitución .	El ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública y la Constitución se relacionan como medios a fines, de esta manera, la consecución de los fines constitucionales del Estado social y democrático de Derecho <u>requiere</u> del ejercicio de las potestades discrecionales.	
c) ¿Cuáles son los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública?		Precisar los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración pública partiendo de la <u>relación</u> entre Constitución y Administración pública.	Los fundamentos constitucionales del ejercicio de las potestades discrecionales son aquellas características que emanan de la <u>relación</u> entre la Constitución y la Administración pública.	
d) ¿La <u>relación</u> entre la Constitución y la Administración pública es fundamento para el ejercicio de las potestades discrecionales en el Estado social y democrático de Derecho?		Exponer que la relación entre la Administración pública y la Constitución es relevante para la fundamentación del ejercicio de las potestades discrecionales en el Estado social y dem+D21:D25ocrático de Derecho.	La <u>relación</u> entre la Administración pública y la Constitución es el fundamento para el ejercicio de las potestades discrecionales pues estas se encuentran vinculadas a los principios y valores constitucionales que conforman el Estado social y democrático de Derecho desarrollado en la Constitución.	
e) ¿Cuál es la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional ?		El conocimiento recíproco entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo .	La relación entre Derecho constitucional y del Derecho administrativo se fundamenta en su conocimiento recíproco pues ambas ramas se vinculan en cuanto a fines y contenidos.	