



## La “relectura” de nuestro Derecho Administrativo desde las sentencias del Tribunal Constitucional peruano: Tratamiento jurisprudencial supra legal en el escenario *ius* administrativo<sup>1</sup>.

L. Alberto Huamán Ordóñez<sup>2</sup>

| INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO  | RESUMEN   |
|---|---|
| <p><b>Historia del artículo:</b><br/>Recibido el 10 de mayo de 2012<br/>Aceptado el 15 de junio de 2012</p> <p><b>Palabras claves:</b><br/>Derecho administrativo constitucionalizado<br/>Igualdad ante la ley<br/>Derecho de petición<br/>Vía de recurso<br/>Clausula general de libertad<br/>Debido proceso</p> | <p>El presente estudio analiza el impacto de las instituciones administrativas merced a las decisiones del Tribunal Constitucional que han gestado un cambio de visión en el entendimiento de su aplicación; para ello, se detiene en figuras señeras tales como la igualdad en la aplicación de la ley, vinculación positiva de la Administración al Derecho, orden público, debido procedimiento administrativo, motivación hasta llegar al principio de control jurisdiccional de la Administración Pública que es la clave en el enjuiciamiento de las actuaciones sometidas a potestades gubernativas de los poderes públicos.</p> <p><b>The “rereading” of our Administrative Law from the judgments of the Peruvian Constitutional Court: Supra legal jurisprudential treatment in the <i>ius</i> administrative scenario.</b></p> |

### Introducción

Nuestro Derecho Administrativo es visto en el escenario práctico del día a día como un derecho accesitario, en apariencia nada importante, enteramente solemne, ceremonial y hasta arbitrario al extremo tal que no es nada novedoso que, en la cátedra universitaria, donde precisamente nace ese acercamiento destinado a su enjundioso estudio se le vea como una asignatura más, la que se aprueba por el simple hecho de cumplir con la currícula, sin que exista mayor entusiasmo en su estudio que el meramente dirigido a cumplir con el dictado y la escucha del curso impartido quedando olvidado luego de conocerse los resultados finales del curso dados por el docente a cargo o, en su eventualidad, guardándose una aguda e inexplicable repulsa hacia él de haberse dado el caso de acudir a las tortuosas evaluaciones sustitutorias o, en el peor de los casos, desaprobar el mismo al punto que, una vez que el estudiante universitario ha egresado de las aulas universitarias, el

recuerdo del curso menos preferido ha sido el de Derecho Administrativo, hecho que inclusive se repite, como un ejercicio cíclico, para cualquier abogado ya en ejercicio donde la sola mención a lo administrativo sigue representando la sinonimia con aquello que pueda verse relacionado con lo tedioso, intrincado y hasta inoperante.

Empero, esta idea nada querida se contrapone a la realidad de quienes todos los días intervenimos en cuestiones vinculadas a esta rama, en apariencia nada importante, del Derecho ya que toda esfera de actuación de los particulares en calidad de administrados, así no sea querida, viene salpicada de profundas notas de esta rama jurídica. Así, institutos clásicos como el procedimiento (general o sectorial), la ejecución coactiva, la presunción de validez, la vía recursal, las nulidades de oficio como de parte del acto administrativo y un largo etcétera se convierten en temas imperiosos de tratarse en esta sede ya que la presencia de este derecho en nuestras vidas es irreprimible, no en vano, se ha dicho con evidente razón que el Derecho Administrativo

<sup>1</sup> Nota del autor: el presente trabajo recoge, salvo algunas ligeras modificaciones, lo expresado en un anterior trabajo con igual título, aparecido en: El Tribunal Constitucional reescribe el Derecho. Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho, Coordinador General: Juan Manuel Sosa Sacio (parte de la suscripción de la revista Gaceta Constitucional), Gaceta Jurídica S.A., 1ª edición, Lima, diciembre 2011.

<sup>2</sup> Abogado por la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo”. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo (Perú). Contacto: [e.abogados.chiclayo@gmail.com](mailto:e.abogados.chiclayo@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2229-9624>

acompaña al hombre desde su nacimiento hasta su última morada, la tumba. Ahora, el tratamiento de dichas figuras hace necesario analizarlas desde un punto de vista que no sea el habitual, esto es el legal, para ingresar en un escenario de mayor *amplitud* en el que se pueda apreciar el ingreso del Derecho Constitucional a lo administrativo garantizando un actuar objetivo dirigido al interés enteramente público. En esta línea de actuar público, el alejamiento de una mirada puramente legalista del Derecho Administrativo viene siendo desplazada hacia una órbita diferente; órbita ésta en la que el conjunto de decisiones emanadas de los poderes públicos requieren gozar de una presunción de constitucionalidad y ya no de la clásica presunción de legalidad del acto que nuestra norma en lo procedimental general recoge, con todo detalle, bajo el *nomen iuris* de presunción de validez.

A partir del enunciado como el establecido, resulta irrefutable señalar que cualquier toma de decisión gubernativa debe estar escoltada de dicho requerimiento ya que la ley no se revela, en un Estado Constitucional como el nuestro, como la solución a los vicios en que se incurra no solo en la generación de un acto administrativo o de un actuar formal sino en la ejecución del mismo a riesgo de contrariar derechos fundamentales.

Buenamente, a efectos de garantizar esta revolución silenciosa en el campo jurídico, nuestros tribunales de justicia y, en especial, el Tribunal Constitucional han sabido interpretar las líneas de este remozado Derecho, con lo que podemos apreciar en la actualidad una “relectura” de esta rama jurídica: el Derecho Administrativo constitucionalizado. Tal proceder lleva a un clima de cambios que permiten avizorar que tenemos un nuevo Derecho Administrativo, desde el cual no se ha renunciado al mantenimiento y consiguiente respeto y acatamiento de figuras jurídico procedimentales señeras tales como la consideración del acto mismo como voluntad de los entes públicos, la competencia, los requisitos de validez de las decisiones administrativas, las fuentes procedimentales y otras sino que, ahora, es posible invocar líneas de *ponderabilidad* (técnica constitucional) desde la cual se examine el proceder gubernativo. En tal sentido, tenemos por conveniente emitir algunas notas de importancia sobre el impacto de las decisiones del Tribunal Constitucional cuyo obvio contenido en Derecho Administrativo rebasa el puro aspecto procedimental para adentrarnos, con justeza, en los alcances constitucionales de ella en lo relativo, como el propio nombre del presente estudio así lo reconoce, a la *reestructuración* de dicha rama del Derecho; para tal fin, a diferencia del esquema habitual, hemos considerado alejarnos de los clásicamente invocados precedentes vinculantes de dicho ente supra legal para centrarnos en fallos que, no siendo controversiales o de gravitante importancia pública, también recogen importantes aspectos del Derecho Administrativo que bien viene al caso tratar.

## 1. TRATAMIENTO DESDE LA JURISPRUDENCIA DE DIVERSAS FIGURAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO O QUE, AUN SIENDO PRIVATIVAS DEL DERECHO

### CONSTITUCIONAL, SE ENCUENTRAN PODEROSAMENTE VINCULADAS A ÉL.

Por si misma, nuestra Constitución Nacional es un ser con vida pero sin expresividad. Sin embargo, este detalle no es impedimento para observar una lectura de la consabida figura del Derecho Administrativo a la luz del universo constitucional. A razón de tal carencia, la expresividad es aportada por el análisis jurisprudencial que puedan realizar un tribunal de justicia, uno de corte administrativo (esto conforme a lo ordenado en la STC N° 3741-2005-AA/TC) e inclusive el Tribunal Constitucional. Hemos creído conveniente tomar nota de diversas sentencias de este último, esto es, sentencias tribunales a efectos de analizar la lectura de diversas instituciones de Derecho Administrativo y de otras que, no siéndolo, se encuentran vinculados a éste; lectura que se hará *secundum Constitutionis*, esto es, desde una interpretación conforme a la Constitución de 1993.

#### 1.1. La igualdad ante la ley y sus manifestaciones: EL mandato de igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, dirigida al sujeto Administración Pública

Es indudable precisar la cita del artículo 2,2 de la Constitución de 1993, norma desde la cual se impone un mandato de proscripción de diferencias en razón de las personas, a menos que exista una causa de corte objetivo ya que la Constitución impone el tratar iguales a los que son iguales y diferentes a los que son diferentes, enunciado principista que se extiende, en cuanto inexorable deber, inclusive al sujeto Administración Pública. Respecto al aludido punto, se halla la determinación en el citado artículo supralegal desde el cual toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, por consiguiente nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole, dispositivo constitucional que encierra un mandato general, como se pasa explicar, dirigido a los principales actores del poder: el legislador, la judicatura y a la Administración. Se ha determinado lo señalado en la STC N° 0048-2004-PI/TC del Pleno del Tribunal Constitucional, a raíz de las regalías en materia minera, en cuyos fundamentos se enmarca el contenido del derecho a la igualdad ante la Ley y su irradiación al ámbito administrativo:

“Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe

apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”<sup>3</sup>.

En cuanto nos interesa, debemos decir que la igualdad en la aplicación de la ley es de apreciable contenido para la Administración Pública, ya que su actuar viene determinado desde las líneas del legislador. El fundamento pertinente de la STC N° 0004-2006-PI/TC, igualmente emitida por el Pleno del TC a razón del tema de la jurisdicción en lo militar, es expresivo en relación con lo administrativo y la igualdad: “Respecto de la segunda manifestación: la igualdad en la aplicación de la ley, si bien esta segunda manifestación del principio de igualdad no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencial, que se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y *administrativos*. Exige que estos órganos, al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley”<sup>4</sup>.

También consideramos de alto valor las glosas contenidas en la STC N° 1279-2002-AA/TC en donde el tema controversial se centraba en que la Administración Pública de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual pese a que las partes habían arribado a un acuerdo para cesar el conflicto tratado en sede de procedimiento trilateral, luego de un acto administrativo de gravamen que fue materia de apelación, no lo había aceptado confirmando el acto de gravamen contrariando de manera irrazonable un anterior proceder suyo en que sí había aceptado la solución extra procedimiento del denunciante y denunciado, que siendo anterior en el tiempo a los antes citados fallos igualmente reviste importancia, veredicto donde se llega a establecer con importantes argumentos lo que sigue:

“El derecho de igualdad, en efecto, no sólo se proyecta prohibiendo tratamientos diferenciados, sin base objetiva y razonable, en el contenido normativo de una fuente formal del derecho, sino también en el momento de su aplicación. Ella se ha de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedando proscritas, por tanto, diferenciaciones basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios, salvo que estas se encuentren estipuladas en la misma norma. Impone, pues, una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares. Esta dimensión del derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, los que son los llamados a aplicar las normas jurídicas. (...) Independientemente de cualquier consideración relacionada con el respeto de este derecho en el ámbito jurisdiccional, este Tribunal

Constitucional considera que, en sede administrativa, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano administrativo, al aplicar una misma ley, o una disposición de una ley, no lo haga de manera diferenciada o basándose en condiciones personales o sociales de los administrados. 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 (...)”<sup>5</sup>.

Por lo dicho con los antes glosados fallos del Tribunal Constitucional, cabe indicar que un accionar público idóneo es aquél que garantiza decisiones adscritas al Derecho Administrativo en unión del respeto de altos valores y principios constitucionales. Así, cuando la Curia peruana señala la no discriminación en lo administrativo, salvo excepciones razonablemente fundamentadas, exige no sólo exponer razones sino exponer el por qué de las mismas. De no hacerlo, podrá verificarse que la Administración ha obrado en arbitrariedad. La presencia de igualdad cuya dirección está destinada a la Administración Pública en la faz de igualdad en la aplicación de la ley, en la aplicación del clásico producto legislativo expone el considerar que los entes de la Administración laboran para asegurar el interés común en delegatio ex lege, en delegación del mandato del Parlamento a través de la ley formal o de los órganos que también producen ésta, bajo la forma de ley material.

## 1.2. La participación del administrado en los asuntos de la Nación y el ejercicio del derecho de petición. Interpretación de dicha interrelación

Clara es la Ley Fundamental peruana al establecer el derecho a la participación en los asuntos del país como derecho constitucional, pues es a través de tal dispositivo que encontramos otro que destaca por su agudeza en la relación jurídica administrado-Administración. Entonces, por los términos del artículo 2,17, toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación teniendo los ciudadanos, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum; participación no restrictiva de determinada esfera de actuación del particular ya que se está en presencia de una participación pluridimensional con lo cual, es este derecho, una garantía de control sobre la Administración, garantía que se conecta con el constitucional derecho de petición que implica el marco de acercamiento entre lo privado y lo público en tanto el artículo 2,20 de la Constitución Nacional prescribe por derecho de toda persona el formular peticiones, de manera individual o colectiva, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. La Constitución pues prescribe este último derecho, como se ha explicado, con el

<sup>3</sup> STC N° 0048-2004-PI/TC, f.d.m. 38 (Morales Dasso en representación de más de 5,000 ciudadanos vs. Congreso de la República por los artículos 1 al 5 de la Ley N° 28258, Ley de Regalía Minera).

<sup>4</sup> STC N° 0004-2006-PI/TC, f.d.m. 124 (Fiscal de la Nación vs. Congreso de la República por determinados extremos de la Ley N° 28665, Ley de

Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en materia Penal Militar Policial). El texto en cursivas nos corresponde.

<sup>5</sup> STC N° 1279-2002-AA/TC, f.d.m. 2 y 3 (Instituto Superior Tecnológico No Estatal Peruano de Sistemas, SISE vs. Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI). El texto en cursivas es nuestro.

artículo 2,20 diciéndonos que toda persona-ciudadano-administrado tiene el derecho a formular peticiones escrituradas a la Administración, cualquiera de las que desarrolla en su contenido la norma de desarrollo del derecho de petición, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)<sup>6</sup> sea de forma individual, sea colectivamente ante la autoridad llamada por ley quien, por escrito, se encuentra constreñida a dar una respuesta pública bajo responsabilidad dentro de los términos de ley, a tono con la regulación de la respuesta a ser otorgada, determinada en la norma de la materia.

Esta afirmación jurisprudencialmente se ha visto ratificada con la STC N° 0941-2001-AA/TC emitida a raíz de simultáneas omisiones de respuesta al pedido de pago del subsidio por gastos de sepelio y por fallecimiento del esposo de una administrado, quien fuera empleado municipal, en cuya construcción se recoge el núcleo duro del derecho de petición siendo que, para el Tribunal, dicho centro contiene: “(...) dos aspectos que aparecen de su propia naturaleza y por la especial configuración que le ha dado la Constitución al reconocerlo: el primer aspecto es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos a la autoridad, y el segundo, irremediamente unido al anterior, que es el que se refiere a recibir una respuesta del impetrado, respuesta que, de conformidad con lo previsto por la Constitución, debe necesariamente hacerse por escrito y dentro del plazo que la ley establezca”<sup>7</sup>.

Ese plano implica, como se ve con el fallo antes glosado con el llamado *núcleo duro* de todo derecho constitucional que, para el caso del derecho de petición éste implica fuertemente dos aspectos inseparables uno del otro:

- a) La formulación por escrito de un pedido a la autoridad pública.
- b) La obligación del poder público de dar una respuesta dentro de un plazo legal razonable.

Adviértase que entre el derecho recogido en el artículo 2,17 y aquel que podemos advertir en la redacción del artículo 2,20 existe un lazo umbilical que les une y que propone una sinergia, una simbiosis explicada en su raigambre constitucional. Como derecho constitucional, el derecho de petición se convierte en un medio de control del ciudadano sobre la Administración; por tanto, no sólo es un cauce de direccionalidad jurídica de la relación estamental ciudadanos-Administraciones Públicas (*relación especial de sujeción* le llama la doctrina administrativa) sino es la concretización de mayor evidencia para ejercitar otro constitucional derecho, cual es el de participación en los asuntos de la Nación, además de otros de naturaleza constitucional, como se verá con los fallos del Tribunal que procedemos a citar. Son de importancia los veredictos contenidos en la STC N° 1042-

2002-AA/TC, la STC N° 1797-2002-HD/TC y la STC N° 0343-2004-AA/TC. De los aludidos fallos procedamos a señalar que por el primero, esto es la STC N° 1042-2002-AA/TC, se construye el derecho bajo tratamiento como medio relacional entre poderes públicos y el ciudadano; así, en uno de sus fundamentos establece:

“El derecho de petición se constituye así en un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho. Así, todo cuerpo político que se precie de ser democrático, deberá establecer la posibilidad de la participación y decisión de los ciudadanos en la cosa pública, así como la defensa de sus intereses o la sustentación de sus expectativas, ya sean estos particulares o colectivos en su relación con la Administración Pública. De este modo, en determinados ámbitos, como los referidos a las peticiones individuales o colectivas que buscan el reconocimiento por parte de la Administración Pública de un derecho subjetivo, o en las cuales se solicite información o se formulen consultas, o que se solicite un acto graciable de la autoridad competente, el derecho en mención se constituirá en un medio ordinario para su efectiva realización; pero, en aquel ámbito en el cual existan mecanismos o recursos establecidos por una normativa específica para el ejercicio o tutela de un derecho subjetivo, tales como la acción penal privada o la acción civil ante órgano jurisdiccional, entre otros, se constituirá en un medio residual, que podrá cubrir ámbitos no tomados en consideración”<sup>8</sup>.

Bajo lo expuesto, dado que por intermedio del derecho de petición se posibilita la materialización de otro derecho también constitucional, el referido a la participación en los asuntos de la Nación, entonces el contenido esencial de este derecho se establece en dos aspectos:

“(...) En el caso del derecho de petición, su contenido esencial está conformado por dos aspectos que aparecen de su propia naturaleza y de la especial configuración que le ha dado la Constitución al reconocerlo: el primer aspecto es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente; y, el segundo, unido irremediamente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante”<sup>9</sup>.

El segundo de los veredictos del Tribunal enfatiza en amparo de la sentencia arriba citada, la interrelación entre el derecho de petición y el derecho, también constitucional, de acceso a la información pública junto a su instrumento procesal de eficacia, mecanismo representado por el proceso constitucional de hábeas data. El fundamento de la STC N° 1797-2002-HD/TC conviene en expresar el derecho de acceso

<sup>6</sup> Comprendiendo el derecho de petición administrativa inserto en el artículo 106 de la LPAG, las facultades de presentar solicitudes en sustento de un interés particular como general a favor de la colectividad, contradecir actos administrativos, requerir información pública, formular alguna consulta y presentar solicitudes de gracia a los poderes públicos.

<sup>7</sup> STC N° 0941-2001-AA/TC, fdm. 3 (Arévalo Soza vs. Concejo Distrital de Pavés).

<sup>8</sup> STC N° 1042-2002-AA/TC, fdm. 2.2.2 (Instituto Superior Tecnológico No Estatal Peruano de Sistemas, SISE vs. Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI). Los textos en cursivas son para reemplazar el subrayado en la sentencia en original.

<sup>9</sup> STC N° 1042-2002-AA/TC, fdm. 2.2.4 (Instituto Superior Tecnológico No Estatal Peruano de Sistemas, SISE vs. Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI).

a la información pública como modalidad reparadora del derecho de petición:

“En la medida en que el derecho de acceso a la información pública garantiza que cualquier persona, sin expresión de causa, pueda solicitar la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, éste termina constituyéndose en una modalidad o concreción del derecho de petición. Como sostuviera este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N°. 1071-1998-HD/TC, «del hecho de que su reconocimiento constitucional (del derecho de acceso a la información pública) se haya precisado independientemente del genérico derecho de petición, hay que comprender que la Constitución le ha querido brindar un tratamiento particularizado y también un medio de tutela distinto, como en efecto se ha previsto al incorporar como uno de los derechos protegidos mediante el hábeas data»<sup>10</sup>.

Finalmente, en la STC N° 0343-2004-AA/TC, la Curia contó con la oportunidad de enlazar al derecho de petición en tanto derecho relacional con el derecho de acceso a los recursos impugnativos de la norma procedimental, la LPAG o, de ser el caso, de normas especiales de regulación del procedimiento; derecho de acceso a la vía recursal en lo administrativo tal cual se constata con la cita pertinente:

“Por ello, es tarea de este Colegiado dilucidar si el requisito del pago de la suma de S/. 40.00 por concepto de derechos para interponer un recurso de reconsideración, constituye una afectación, no solo del derecho de petición o del derecho de defensa alegados, sino de cualquier otro derecho fundamental”<sup>11</sup>.

Prudencial es señalar que el derecho a acceder a los recursos a ser planteados en sede gubernativa contra todo accionar derivado del poder de imperio del Estado se desprende del propio derecho de petición. No en vano, la LPAG al desarrollar el espacio en que se desenvuelve el derecho dirigido a pretender algo de los poderes públicos ha tenido por conveniente incluir el relativo al decurso recursivo, derecho también denominado de acceso a la denominada en doctrina vía de recurso; a partir de allí el TC determina puntualmente: “Partiendo de la premisa de que el legislador, en su oportunidad, previó la obligatoriedad de la vía administrativa como requisito para el acceso a la justicia, ello significa que esta vía debe ser regulada de manera breve para ser compatibilizada con el principio pro actione, más aún cuando se impongan requisitos para su tránsito que tengan por objeto obstaculizar su recorrido y, de modo indirecto, limitar el acceso del interesado a la justicia ordinaria. (...) Consecuentemente, corresponde que en autos se determine si la reclamación presentada por la parte demandante en sede administrativa se encuentra relacionada con una acción de la administración o se debe a un pedido del administrado, así como si deriva de un acto de control o fiscalización distinto

del ordinario. Del escrito de fojas 1, queda plenamente acreditado que el acto administrativo reclamado mediante recurso de reconsideración deriva de una acción de control ordinaria impuesta por la Constitución, en el artículo 195.5, conforme a la modificación introducida por la Ley N.º 27680 y que anteriormente se encontraba regulado en el artículo 192.4 del texto constitucional, según su redacción original. Este Colegiado considera que en vista de que una imposición de multa es un acto por el que no se puede cobrar tasa alguna -por derivar de un acto de control ordinario-, con mayor razón no se puede pretender cobrar una tasa por el procedimiento de reclamación iniciado por la parte demandante en sede administrativa, por cuanto ello no solo se convertiría en una limitación innecesaria para el acceso a los recursos en tal sede, sino que, además, importaría una limitación a los derechos de acción y de acceso a la jurisdicción ordinaria, puesto que constituye un requisito para tal efecto haber agotado la vía administrativa, lo que en el presente caso no será posible, en tanto se siga exigiendo a la demandante el pago por un supuesto servicio adicional y distinto del ordinario”<sup>12</sup>.

Con las precisiones de estas tres sentencias de sede última constitucional en las que viene mostrada la potencialidad de la petición en tanto derecho *iusfundamental* hemos podido verificar que el derecho de petición se convierte en una herramienta ciudadana desde la cual la autotutela pública no es un poder omnímodo e inconstitucionalizable ya que cabe controlar al poder administrativo cuando se le exige un pedido a la Administración Pública sea contando con un derecho subjetivo o interés legítimo como cuando ello no es el caso, por ejemplo, cuando el administrado cuenta con el derecho de petición gracioso, el mismo que como nos lo explica la LPAG se agota en el propio *iter* del procedimiento.

### 1.3. La libertad del ciudadano versus la vinculación positiva de la Administración al Derecho. Perspectiva jurisprudencial del Tribunal Constitucional

La libertad y la legalidad son escenarios, respectivamente, de actuación de los privados como de los poderes públicos en los que se desenvuelve el espacio o atmósfera de actuación de cada uno de ellos, sujetos ambos al cometido de fines diferentes (lo público y lo privado) pero no incompatibles y reglas dispares que, de ninguna manera, representan ser sinónimo de descoordinación. La consagración de ambos institutos se refuerza por obra y gracia de los revolucionarios de 1789, lo que a su vez servirá como pivote a la formación del contencioso administrativo francés como nos lo señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>13</sup> dado que la libertad consiste, en franco sustento de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en poder hacer todo lo que no perjudique a otro asumiendo el disfrute de tales derechos un límite para su ejercicio, límite

<sup>10</sup> STC N° 1797-2002-HD/TC, f.d.m. 8 (Rodríguez Guitierrez vs. Paniagua Corzaao).

<sup>11</sup> STC N° 0343-2004-AA/TC, f.d.m. 2.2.2 (Carranza Madrona vs. Municipalidad Distrital de Lince).

<sup>12</sup> STC N° 0343-2004-AA/TC, f.d.m. 2.2.2 (Carranza Madrona vs. Municipalidad Distrital de Lince).

<sup>13</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: Curso de Derecho Administrativo, T. II, Palestra-Temis, Versión Latinoamericana en base a la duodécima edición, Lima-Bogotá, 2006, p. 1504.

consistente en la presencia de los derechos naturales; a contraparte la segunda, la legalidad, queda registrada en la figura de la voluntad general asentada a su vez en la idea madre del contrato social como instrumento racional de conjunción de voluntades humanas para vivir en sociedad. De cara al Derecho Constitucional peruano, el creador de la Ley Fundamental recoge en el texto supra legal del artículo 2,24,a) la llamada cláusula general de libertad siendo que por el dictado de la misma *toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; entonces, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*, la misma que es aplicable a los particulares y no a la Administración.

Tal regulación viene, nos explicamos, a establecer un esquema de actuación en las relaciones jurídicas entre particulares signadas por la libertad de actuar donde sea ésta la regla ya que como es la nota de HÄBERLE la libertad “significa esencialmente posibilidades”<sup>14</sup> y la intervención administrativa la excepción, pues sólo el orden público y las buenas costumbres (ambos conceptos jurídicos indeterminados de alta utilización en las relaciones civiles pero no privativas de ellos) vienen a regular, de primera mano, el accionar particular.

Toda intervención amparada en el poder de policía de los órganos administrativos ha de ser la mínima posible puesto que tiene por fin, únicamente, el encauzamiento saludable de las actividades de los *privatus*, por esto, el poder de policía no se convierte en un inflexible catálogo que explica u ordena, detalle a detalle, el accionar de la vida y el desenvolvimiento del ciudadano con su entorno social. Esta intervención admite a la ley (formal y material) como fuerza limitante y será solo desde ella que le compete al *privato* obedecer pues sin ella el primer recurso es la desobediencia civil, línea general construida desde la Francia revolucionaria. En detallada construcción de su jurisprudencia, el TC desde la STC N° 2235-2004-AA/TC donde se ventila la colisión entre el derecho al libre ejercicio de la profesión, derecho este extraído de otro de mayor envergadura: el derecho al trabajo, y la función pública como bien jurídico, estima que la libertad es un principio que impone a los privados hacer lo que la ley no les impide como, de la misma manera, no se halla el particular obligado a hacer lo que la norma no le ordena; mas ello, no explica un obrar absolutamente arbitrario (en realidad, un obrar basado en el abuso del derecho) de parte del propio ciudadano. El que viene enseguida es el argumento del Tribunal: “El Tribunal Constitucional, en diversas oportunidades, ha sostenido, sobre la base del principio general de libertad, que el ser humano, en principio, es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda. En ese sentido, si bien las limitaciones a los derechos fundamentales sólo pueden establecerse respetando el principio de legalidad, la interpretación de una limitación legalmente impuesta, deberá además, realizarse en términos

necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, *in malam partem*, de las normas que restrinjan derechos”<sup>15</sup>.

Para la doctrina, la libertad tenida por los particulares es una libertad condicionada a límites de interés público como de los derechos fundamentales de los demás, de allí que la fórmula de la reserva de Ley desarrolla los derechos en situación armónica. Así, FERNANDES DE OLIVEIRA opina lo siguiente: “La libertad jurídica nace con el individuo y se desarrolla con él. Es la parte de libertad natural que es devuelta al individuo a título de libertad jurídica. Dentro de esa libertad, dentro de la restricción del principio de legalidad por medio de las reglas de compatibilidad y de conformidad, restringiendo la actuación administrativa, todo desemboca en el principio de reparto de poderes, con la atribución del monopolio al Poder Judicial”<sup>16</sup>. Asimismo, de cara a la relevancia en el plano del Derecho Administrativo, la doctrina jurisprudencial de los procesos constitucionales no es ajena a esta percepción; a esto, la STC N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC en abundancia de diversos fundamentos, al tratar de los recursos y fondos de la Cooperación Técnica Internacional (CTI) y el control a llevarse a cabo de parte de la Administración pertinente explica el fenómeno de la intervención administrativa en la vida de los *privatus*. La cita es como sigue a continuación:

“97. El legítimo ejercicio del derecho de asociación no puede ser sancionado o penalizado ni puede acarrear consecuencias desfavorables. (...)”

99. En el mismo sentido, el artículo 96° de nuestro Código Civil establece que: «El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines son o resulten contrarios al orden público o las buenas costumbres».

100. En consecuencia se debe partir por establecer que constitucionalmente es válido desglosar una serie de finalidades o imperativos que podrían justificar algunas limitaciones en el disfrute efectivo del derecho de asociación, siempre con carácter excepcional y previsto en la ley: la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del crimen, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de otros. Las cuales podrían provenir legítimamente de la Administración del Estado, quien será la encargada de verificarlas y aplicar las sanciones que se deriven del incumplimiento.

101. Este derecho no es absoluto y hay que admitir que cuando una asociación, por sus actividades o las intenciones que declara expresa o implícitamente en su programa, pone en peligro las instituciones del Estado o los derechos y libertades de otros, la presente ley ratifica la facultad de la Administración Pública competente para proteger estas instituciones o personas. Sin embargo, se deberá verificar en las vías correspondientes la legítima utilización de dicho poder, de forma que se hilvane la necesaria integración entre

<sup>14</sup> HÄBERLE, Peter: El Estado Constitucional. Estudio introductorio de Diego Valadés, UNAM- Fondo Editorial PUCP, 2003, Lima, p. 52.

<sup>15</sup> STC N° 2235-2004-AA/TC, fdm. 8 (Chong Vásquez vs. Espinoza Gordillo y otra) del Pleno del Tribunal Constitucional.

<sup>16</sup> FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis: “Técnicas de defensa y participación de los administrados en Brasil”, traducción del portugués de Luis Miguel ARROYO YANES, en: Revista de Administración Pública, N° 131, Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, mayo-agosto 1993, p. 496.

los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos<sup>17</sup>.

En contraparte de la libertad, dada a los privados, permisiva de un hacer u omitir frente al cual es la ley el límite, aparece impuesta a la Administración una vinculación positiva con el Derecho pues es desde ella que puede únicamente actuar al ser el poder público una institución instrumental, dada de manera gravitante como exclusiva y excluyente, al interés general. En el caso peruano, la vinculación se impone desde los artículos 38, 43 y 44 de la Ley Fundamental, dispositivos desde los cuales se muestra un accionar vicarial. La ya citada STC N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC por ello es un palpitante ejemplo que toda intervención administrativa sobre el ámbito de libertad de los privados debe hacerse desde pautas constitucionales: “En ese sentido, dicho control no deberá obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que dicha actividad pueda desenvolverse. La Administración sólo puede realizar intervenciones legítimas sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos y aptos para la realización de estas actividades, con la finalidad precisamente de asegurarla y garantizarla para los terceros beneficiarios<sup>18</sup>”.

#### 1.4. El papel de la Administración Pública en la defensa de la Constitución Nacional

Establece el artículo 38 un mandamus genérico, tanto como general, de respeto a la Constitución que se expande, de manera poderosa, al cumplimiento de sus dictados en ella previstos alcanzando dicha redacción a todo ciudadano como a la propia Administración Pública, la que ni siquiera por tendenciosa invocación del principio de legalidad puede apartarse de dicho dictado supra legal. Así, todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, precepto cuya redacción, para que no quepan dudas, aconseja su obligatoriedad erga omnes. Tal por su generalidad no es un texto lírico, sino, una construcción que atiende a la consideración de la Constitución como una entera y completa norma jurídica y no más como norma política, anteriormente encargada de esbozar el proyecto constructivo de organización estatal; sino que, ahora establece un esquema orgánico, cuyo destino es el de la presencia de los derechos fundamentales de la persona como elementos fundantes de la convivencia social.

En el plano ius administrativo, el deber de defender la Constitución determina que, para la expedición de un acto, no se supere el clásico examen de validez desde el cual se entiende como presuntamente válido un acto administrativo hasta que las autoridades gubernativas o judiciales determinen lo contrario sino que se proceda a avanzar aún más allá; al punto tal que el actuar formal como material de la Administración se vea cubierto de una presunción de constitucionalidad.

<sup>17</sup> 16 STC N° 0009-2007-PI/TC, fdm. 97, 99 al 101 (Sirumbal Ramos y 8438 ciudadanos y Congresistas de la República).

<sup>18</sup> STC N° 0009-2007-PI/TC, fdm. 22 (Sirumbal Ramos y 8438 ciudadanos y Congresistas de la República).

En la resolución aclaratoria de la STC N° 3741-2004-AA/TC se sostiene que el constitucional artículo 38, amén de otros sean de raíz constitucional como no, otorgan firmeza a la primacía de la Carta Fundamental, siendo dicho razonamiento el que sigue:

“Que el artículo 38.º de la Constitución establece que «Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación»; asimismo, el artículo 44.º reconoce que «Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...); y el artículo 51.º prescribe que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...); asimismo, el artículo 1.1. del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que «Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...), y su artículo 10.º que «Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho (...) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas». Todo lo cual tiene como finalidad tutelar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos humanos, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>19</sup>”.

Al establecerse la rescatada redacción, ésta somete a todo poder, sea público, sea privado al respeto, cumplimiento y defensa de la Constitución pues estos elementos ínsitos de la redacción del texto deben entenderse como cumplimiento de la norma fundamental.

#### 1.5. El papel de la Administración Pública en servir de garante en cuanto entraña a la vigencia plena de los derechos fundamentales y la promoción del bienestar general. Mención a la figura jurídica indeterminada del orden público

En lo que interesa, el artículo constitucional 44 establece los deberes del Estado para con sus súbditos, empleando el nuevo lustre que le otorga MONTESQUIEU a la figura. Por esto, esta norma en su primer párrafo establece como *deberes primordiales del Estado, el de garantizar la vigencia plena de los derechos humanos así como el promover el bienestar general fundamentado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación*, lo cual permite apreciar que es también trabajo de nuestras Administraciones Públicas el buscar no solo el mero interés por el bienestar del ciudadano sino que ello implica también el respeto de sus derechos fundamentales a través de acciones de hecho o de derecho promocionales o abstencionistas. A través de esta norma constitucional, en la parte que nos atañe, se habla de la obligación de la Administración Pública de, por un lado, garantizar plenamente la realización, el desarrollo y consiguiente

<sup>19</sup> Resolución aclaratoria de la STC N° 3741-2005-AA/TC, fdm. 2 (Salazar Yarlenque vs. Municipalidad Distrital de Surquillo).

despliegue de los derechos fundamentales, lo que es parte de su nuevo cometido y, de la otra, promover el bienestar general, el cual desde la autotutela le impone no muy menudo trabajo más aún por la gravedad de imposición de la misma desde el propio orden jurídico y su probable confrontación frente a los derechos de la persona humana. El que el sentido de la Ley Fundamental del Perú en cuanto a esta parte de su regulación establezca lo antes dicho, no quiere decir que tengan los poderes públicos que calificar o juzgar el ejercicio de derechos fundamentales; sino, que la Administración tiene la labor de supervisión de los mismos con las restricciones establecidas *lex previae*, para que por ejemplo no colisionen con bienes jurídicos como el orden público o las buenas costumbres o, en su eventualidad, contra derechos de otras personas.

Obra en esta afirmación la STC N° 4938-2006-PA/TC, referida al derecho constitucional de asociación, desde la cual el Tribunal Constitucional determina que, para ejercitar este derecho fundamental, no se hace necesaria la autorización de la Administración Pública, es decir no hay necesidad de exigencia de autorización administrativa como cuando así se exigía en el Estado policía:

“(…) el derecho de asociación no requiere ningún tipo de autorización administrativa a efectos de configurarse como tal. Que, en todo caso, presuponga para los fines de su formalización el cumplimiento de determinados y específicos requisitos, no se debe interpretar como que la autoridad sea quien prima facie autoriza su funcionamiento, sino únicamente en el sentido de que ella supervisa su correcto desempeño de acuerdo a ley. Sin perjuicio de lo que más adelante se verá, es pertinente puntualizar que no es lo mismo ejercer el derecho de asociación (para lo cual, y como dijo, no se requiere autorización) que desplegar determinado tipo de actividades (lo que, en ciertos casos, sí supone autorización de por medio)”<sup>20</sup>.

Otro fallo del TC sirve para ilustrar el valor de la consonancia entre bienes jurídicos cuya protección se asigna a la Administración y los derechos subjetivos, propios estos de los particulares. Tal razonamiento viene contenido en la STC N° 3283-2003-AA/TC:

“El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad. (...) En ese contexto, el Estado puede establecer medidas limitativas o restrictivas de la libertad de los ciudadanos con el objeto que, en el caso específico de la defensa de valores como la paz o de principios como la seguridad, se evite la consumación de actos que puedan producir perturbaciones o conflictos. De allí que en

resguardo del denominado orden material -elemento conformante del orden público- el Estado procure la verificación de conductas que coadyuven al sostenimiento de la tranquilidad pública, el sosiego ciudadano, etc.”<sup>21</sup>.

La cuestión a nuestro entender, es muy delicada pues necesita barajar la imposición de deberes frente a bienes jurídicos, por un lado, y deberes frente a derechos subjetivos, del otro extremo; cuestión que, en el plano de su aplicación plantea no muy menudos problemas. Normalmente la realidad muestra de modo irreductible la prevalencia irrazonada y desproporcional de los primeros sobre los segundos; así, ante dicha realidad, el artículo 44 se orienta a la búsqueda de un cuadro armónico entre derechos subjetivos y bienes jurídicos ya que una primera impresión que pueda apreciarse entre intereses privados e intereses públicos de ningún modo puede llevar, de manera que podemos calificar como irreflexiva, a encontrar incompatibilidad entre ellos. Sin embargo, la referencia a la fórmula de la reserva de ley a la que se apela para buscar que el administrado cumpla con determinadas pautas jurídicas a efectos de hacer uso armónico de sus derechos asegura desde su construcción en la base del Derecho Público galo, construcción mantenida hasta la actualidad, no solamente un límite a la libre actuación de los particulares sino también y a contraparte, un límite a los límites de intervención de la Administración, pues será a partir de allí, “el límite del límite”.

#### 1.6. EL derecho al debido proceso aplicable a la relación administrado – Administración Pública. El debido procedimiento administrativo:

A este respecto, el artículo 139,3 señala como principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, empero, muy pesar de la literalidad de la norma supra legal, destáquese que la redacción del texto habla de lo jurisdiccional, con lo cual la remisión a un proceso se da por descontada. El Tribunal Constitucional, en habilidosa construcción *pro homine*, establece frente a la expresividad de la autotutela, la exigencia del debido proceso en lo administrativo o igualmente llamado debido procedimiento; el cual necesita del cumplimiento de reglas formales como plazos, competencia del agente público, la finalidad pública, entre otros: debido proceso formal como, además, de la necesaria carga de razonabilidad y racionalidad que implica toda decisión pública: debido proceso material. Es decir que el debido procedimiento administrativo se explica en no acudir inflexiblemente a lo que señala la norma sino establecer un esquema mental de ponderación para regular, fiscalizar, sancionar.

La Ley entonces no se convierte más en una plantilla cuyo uso es mecánico e inflexible, encadenado como Prometeo a un determinismo administrativo, esperando que la Administración devore las entrañas de los ciudadanos; sino que impone un actuar reflexivo sujetado a los derechos fundamentales.

<sup>20</sup> STC N° 4938-2006-PA/TC, fdm. 8 (Paz Soldán vs. vs. Zevallos Solano).

<sup>21</sup> STC N° 3283-2003-AA/TC, fdm. 30 (Taj Mahal Discoteque vs. Municipalidad Provincial de Huancayo).



Y es que el debido proceso en sede administrativa o debido procedimiento administrativo es, sin duda alguna, un derecho constitucional del administrado. Tal es la exposición del Tribunal Constitucional en importantes argumentos:

“El debido proceso: 22. El debido proceso, según lo ha establecido la doctrina en forma consolidada, es «un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos. [Bustamante Alarcón, Reynaldo, «El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo», Cit. por Javier Dolorier Torres en Diálogo con la Jurisprudencia, Año 9, número 54, marzo 2003, Gaceta Jurídica, Lima, pág.133]. Con similar criterio, Luis Marcelo De Bernardis define al debido proceso como «el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la justicia en el caso concreto».

23. Al respecto, este Colegiado en reiteradas ejecutorias ha establecido que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139.º de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, «judicial», sino también una «administrativa» y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, se extiende a «cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana» (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71). Es así como también la Corte Interamericana sostiene – en doctrina que ha hecho suya este Colegiado en la sentencia correspondiente al Exp. N.º 2050-2002-AA/TC– que «si bien el artículo 8º de la Convención Americana se titula «Garantías Judiciales», su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos» (párrafo 69). “(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un «juez o tribunal competente» para la «determinación de sus derechos», esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)]».

24. En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de

orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo –como en el caso de autos–, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

25. Como ya lo ha precisado este Tribunal en contaste jurisprudencia, el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo. Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquieren los derechos de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones. Es por ello que este Colegiado considera que el acto de la Administración mediante el cual se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas –y por tanto, también de Oficiales de la Policía Nacional del Perú–, debe observar las garantías que comprenden el derecho al debido proceso<sup>22</sup>.

#### **1.7. La motivación de las decisiones administrativas como necesidad de que los poderes públicos justifiquen la toma de una decisión sea ésta positiva o negativa para el interesado**

Motivar implica, como hemos venido señalando, explicar las razones fácticas y jurídicas de una toma de decisión sea esta administrativa, privada, jurisdiccional, legislativa, etc. A este respecto, el artículo 139,5 de la norma constitucional peruana señala como *principios y derechos de la función jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan*, motivación de la que se espera la expresión de un accionar subjetivo además de respetuoso de derechos fundamentales. En cuanto a lo primero, el TC ha ampliado como ha hecho con el arriba citado artículo 139,3 el radio de acción de la motivación del artículo 139,5 de la Constitución a no sólo lo jurisdiccional sino que este radio se ha expandido favorablemente a lo administrativo. La expansión en mención cuyo primer pilar lo puso la accionante constitucional Arellano Serquén al iniciar un proceso de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) es determinada en sus propios términos a través del contenido de lo decidido en la STC N° 0091-2005-AA/TC.

Esta no ha sido la primera y única vez en que el Tribunal último intérprete de la Constitución se pronuncia sobre ello. Así, por ejemplo, al tratarse en la misma sede jurisdiccional constitucional de amparo, el tema de la motivación en la actuación discrecional del CNM para la calificación del proceso de ratificación de jueces y fiscales, el TC en la STC N°

<sup>22</sup> STC N° 0090-2004-AA/TC, fdm. 22 al 25 (Calleghari Herazo vs. Ministerio de Defensa). Los textos señalados en cursivas se encuentran subrayados en el original del fallo constitucional.

3361-2004-AA/TC ha expresado en consonancia con un espíritu de apertura del artículo 139,5:

“La motivación es una exigencia que si bien es parte de las resoluciones judiciales, debe ser observada en todo tipo de procedimiento, a la luz del artículo 139.º, inciso 5) de la Constitución, como una «motivación escrita», pues, como lo prescribe el artículo 12º de la Ley Orgánica del PJ, todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, es decir, han de incluir expresión de los fundamentos en que se sustentan. En ese sentido, toda resolución debe ser congruente a fin de calibrar en ella la debida correlación entre los hechos presentados y la base normativa (debe ceñirse al *in dubio pro reo*, es decir, la interpretación de las normas debe ser a favor del procesado), que sustentan la decisión final y lo que ésta determina. Y es justamente la motivación la que permitirá medir la congruencia en medida adoptada, por constituir un medio eficaz de control sobre la actividad del juzgador que permite la verificación pública de su convencimiento último. La motivación servirá básicamente por dos razones: para la eficacia del control jurisdiccional *ex post* y para lograr el convencimiento del juez respecto a la corrección y justicia de la decisión del CNM sobre sus derechos como ciudadano. Por tanto, la resolución congruente, sustentada en la motivación, descubre su pedestal en su articulación con el criterio de razonabilidad, a fin de regular adecuadamente el «margen de apreciación» que tiene el consejero para resolver de manera final, pese a la sensatez y la flexibilidad que se le ha impuesto en el ejercicio de sus funciones”<sup>23</sup>.

Entonces bajo esta línea argumentativa, el Tribunal Constitucional exige a la Administración toda que exprese las razones de hecho y de derecho que la llevan a asumir una decisión en un determinado sentido y no en otro. En lenguaje de argumentación jurídica exige que ella no venga desnuda sino que anexo a ello se le añada un discurso justificativo; no basta o se hace necesario un discurso explicativo, donde obre una descripción de los hechos y del Derecho. Justificar la decisión administrativa es lo que diferencia una posición administrativa discrecional de una de corte arbitraria asumiendo así que discrecionalidad no es arbitrariedad como así han puesto énfasis en su explicación en diversos frentes los ibéricos GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Procedemos a la mención de otro fallo tribunalicio desde el cual la explicación del TC en sustento en la primera sentencia ya citada, es la que sigue respecto del derecho a un debido proceso en lo administrativo y la motivación de las actuaciones administrativas; entonces, por la STC N° 0294-2005-PA/TC, la Curia esboza un argumento *in favore* del administrado:

“Tal como ya lo ha señalado este Colegiado en la STC 00091-2005-AA/TC, el constituyente ha tenido un especial interés de vincular a todos los entes que ejercen el poder público en torno a la defensa de la persona humana y de su dignidad, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales. Ello incluye a la administración

tributaria, la que, en el marco de los procedimientos administrativos tributarios que lleva a cabo, debe respetar las garantías básicas de los derechos fundamentales de los que son titulares los administrados, entre ellos, especialmente, el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, que tal como lo ha recordado este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, es una garantía que, si bien tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable en el ámbito de los procedimientos administrativos, que tiene su formulación legislativa en el artículo IV, numeral 1.2., del Título Preliminar de la Ley 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General). En la referida sentencia, este Colegiado señaló que, entre estas garantías, el derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia y, a su vez, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado de que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. La motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de inmunidad en ese ámbito. Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, el Tribunal Constitucional enfatizó que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es, por sí sola, contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo”<sup>24</sup>.

El hecho de que la norma constitucional no precise una norma fija, exacta e indubitable que exija la motivación de los actos administrativos (o de modo más general del conjunto de actuaciones administrativas) no es óbice para dejar de exigir ello a una libérrima interpretación de los agentes públicos, más aún cuando los actos como las actuaciones de corte administrativo son la exteriorización intelectual como material de la voluntad de los poderes públicos de efectos jurídicos sobre los ciudadanos. Debe asumirse especial cuidado cuando el agente público proceda a formarse un juicio lógico (juicio entendido válidamente como razonamiento) ya que además de esto tiene que asumir la carga de un juicio valorativo (ponderación). Las normas jurídicas no son plantillas cuyo uso se aplique de manera rutinaria y mecánica, sino, son reglas que deben interpretarse de forma acorde con el Estado Constitucional del Derecho; sólo así la motivación de lo administrativo se convierte en un

<sup>23</sup> STC N° 3361-2004-AA/TC, fdm. 39 (Álvarez Guillén vs. CNM).

<sup>24</sup> STC N° 0294-2005-PA/TC, fdm. 4 (Balarezo Contratistas Generales S.A. vs. 4ª Sala del Tribunal Fiscal).

medio contralor de la actividad de los órganos de la Administración Pública.

### 1.8. El principio de control jurisdiccional de la Administración Pública. Universalidad de su positiva expansión:

Se sustenta para controlar la autotutela pública la constitucionalización de la jurisdiccionalidad sobre el actuar de la Administración en un precepto constitucional de gran valor, bajo esta lógica de control judicial sobre lo administrativo, el artículo 148 de la Constitución detalla que *las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa*, lo cual garantiza que la autotutela de la Administración si bien no necesita de otra fuerza para decidir y ejecutar por sí lo decidido, pueda ser objeto de control y seguimiento de su actuar, precisión *súper legal* que pese a su redacción inexacta acoge el principio de control jurisdiccional de la Administración Pública regulado en nuestro país en la normativa pertinente. Cabe sustentar que el objeto de este proceso regulado ahora en el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 modificada por el Decreto Legislativo N° 1067, Ley reguladora del proceso contencioso administrativo (TUO LPCA) se dirige a cuestionar *todas* las actuaciones administrativas<sup>25</sup> y, cuando se dice esto, no cabe alegar ningún resquicio ausente de control; siendo así, no se controlan solamente los actos administrativos o resoluciones administrativas como es el dictado del artículo 148 sino también las actuaciones administrativas donde se comprenden por supuesto las actuaciones materiales ilegítimas o vías de hecho, última figura esta que es la que aquí nos interesa.

Es el Tribunal de la Constitución quien en la STC N° 00026-2004-AI/TC, suscitada a razón de cuestionar la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, Ley N° 26979 modificada por la Ley N° 28165 (LEC), hace conocer que cuando la Ley Fundamental proclama la universalidad del control jurisdiccional como principio medular de la actividad jurisdiccional de lo contencioso administrativo como de los procesos constitucionales (de la libertad: amparo, hábeas data y hábeas corpus, cumplimiento como abstractos: procesos popular, de inconstitucionalidad) no hace distinción alguna que valga entre actos, o en realidad y con toda propiedad actuaciones, de sesgo administrativos emanados de los diferentes niveles gubernamentales, esto es derivados del Gobierno Central, Gobierno Regional o Gobierno Local, siendo que el artículo 148 se refiere a todo el conjunto de la Administración Pública, ergo a las Administraciones Públicas nacionales.

La cita de la jurisprudencia es como sigue:

“(…) la Constitución dispone, en su artículo 148, que las resoluciones administrativas que causan estado son impugnables mediante la acción contencioso-administrativa, la norma suprema no hace distinción entre resoluciones administrativas del gobierno central, de los gobiernos regionales y de los gobiernos locales. Dicha norma se refiere al conjunto de la Administración Pública (...)”<sup>26</sup>.

Del mismo modo gozamos el reciente veredicto también constitucional, contenido en la STC N° 0747-2006-PA/TC, donde señala el razonamiento del TC, la naturaleza del proceso al cual se le ha dado recepción supra legal desde el artículo 148:

“Las supuestas irregularidades cometidas por la administración están contenidas en una resolución que, como se ha mencionado ya, son consecuencia de la interposición del recurso de queja. En ese sentido, la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo [sic.], Ley N° 27584, señala tanto en sus artículos 1º y 3º, que, «(…) la acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148º de la Constitución Política, tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos o intereses de los administrados» y «las actuaciones de la administración pública solo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo»”<sup>27</sup>.

La judicatura al controlar el papel de la Administración se convierte en el guardián de los derechos fundamentales y en el límite del poder de autotutela ya que frente al juez y por virtud del principio de igualdad procesal, administrado y Administraciones Públicas asumen la calidad de partes procesales, sin privilegios uno frente a la otra. En la actualidad, el proceso contra la Administración de la LPCA viene alimentado de notas que no se detienen en un proceso destinado a cuestionar a cuestionar un acto o resolución administrativa como tal era la pretensión única barajada en el Código Procesal Civil (CPC) signada en el francés proceso al acto o proceso revisor: “impugnación de acto o resolución administrativa”; sino que, va dirigido en entero a un proceso de plena jurisdicción que busque en su planteamiento ya no tutelar la legalidad de la actuación administrativa (¡como si el juez fuese una instancia administrativa, un apéndice de la Administración!) sino a asegurar tutela jurídica al administrado, en defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos. Procede al respecto citar la argumentación tribunalicia del máximo y final interprete de la Constitución para señalar que el principio de control jurisdiccional de la Administración toma lugar ante afectaciones al administrado. Así la STC N° 3741-2005-AA/TC, generada a consecuencia de la interposición de un proceso de amparo por un cobro como medio para impedir el derecho al uso de la vía de recurso o de los recursos impugnativos en

<sup>25</sup> Sobre el proceso de la justicia administrativa remitimos al lector a HUAMÁN ORDÓÑEZ, L. Alberto: El proceso contencioso administrativo. Control jurídico de la Administración Pública y tutela jurisdiccional efectiva, Grijley, 1ª edición, Lima, 2010.

<sup>26</sup> STC N° 00026-2004-AI/TC, fdm. 4 (Municipalidad Provincial de Cañete vs. Congreso de la República por los artículos 2 y 23 de la Ley N° 26979, Ley del

Procedimiento de Ejecución Coactiva, modificados por la Ley N° 28165 y contra la 2ª y 7ª Disposición Final de la Ley N° 28165 que modifica e incorpora diversos artículos a la Ley N° 26979).

<sup>27</sup> STC N° 0747-2006-PA/TC, fdm 5 (Cine Comercial S.A. vs. Tribunal Fiscal y SUNAT).

sede administrativa, explica el papel del control de la Administración por parte de los Tribunales como principio constitucional-administrativo:

Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración

18. Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139.º de la Constitución, no sólo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a «(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana» (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

19. Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la administración confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio procedimiento administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la administración.

20. El recurrente sostiene, en efecto, que la exigencia del pago previo de una tasa para recibir y dar trámite a su escrito de apelación contra un acto administrativo que considera contrario a sus intereses, afecta su derecho de defensa en sede administrativa y, por tanto, vulnera el debido procedimiento administrativo. Por su parte, al contestar la demanda, la municipalidad emplazada aduce que dicho cobro es por la «(...) realización de un acto administrativo que deseaba efectuar el actor», el cual se encuentra plenamente reconocido en el TUPA y que, por ello, no puede ser inconstitucional. El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de la emplazada, puesto que el hecho de que un acto se sustente en una norma o reglamento no le otorga necesariamente naturaleza constitucional, ni descarta la posibilidad de que este Colegiado efectúe el control jurisdiccional. Esta tesis es, en todo caso, contraria al Estado Democrático, donde rige el principio del control jurisdiccional de la administración y en el que, desde luego, el parámetro de control, como ya ha quedado dicho, no es la Ley ni el reglamento, sino la Constitución<sup>28</sup>.

La nueva ordenación de la LPCA, empezada desde la Ley Nº 27584 con sus sucesivas modificaciones respecto de determinados artículos de la misma hasta las modificaciones hechas a través del legislador de facultades delegadas, el Poder Ejecutivo, con el Decreto Legislativo Nº 1067 y la sistematización actualmente en el Texto Único Ordenado de la norma de justicia administrativa, asegura un control en entero jurídico sobre el accionar de toda la Administración Pública en el Perú. Será a partir de la LPCA que el administrado ya no acudirá de corrido a la pética pretensión de nulidad e ineficacia del acto administrativo presente durante la primacía del clásico proceso al acto o, como le llamamos nosotros, del “proceso a la francesa” sino que puede ir más allá con un catálogo de pretensiones que no es cerrado sino abierto, esto es *numerus apertus* para abarcar pretensiones que cubran todo el control sobre el conjunto indeterminado de posibles actuaciones lesivas en contra del administrado. Ya la doctrina ha cuestionado en todos los términos las pretensiones de seguir entendiendo al contencioso administrativo en tanto proceso como un instrumento llamado a impugnar actos administrativos, cuando el universo materia de pretensiones procesales es amplísimo, abarcando el control jurídico de actos administrativos expresos como presuntos (referencia rígida a la técnica jurídico-administrativa del silencio positivo), el propio silencio negativo operando como ficción de condición procesal, tan igual como toda inercia u omisión de la Administración, como las actuaciones materiales, sea las no sustentadas en un acto administrativo o actuar formalizado tanto como aquellas que contando con él se desvían del procedimiento, las actuaciones en acción u omisión respecto al tema contractual público y aquellas actuaciones administrativas sobre el personal dependiente de la Administración<sup>29</sup>.

## Conclusiones

Como se ha podido rescatar del conjunto de fallos materia de análisis, el Derecho Administrativo nacional ha sufrido una profunda, amén de fecunda, transformación destinada a tratar las instituciones jurídicas merced a una interpretación a favor del administrado, del ciudadano. Acudimos pues a un escenario que, sin descuidar las garantías formales, se ve enriquecido con una visión auspiciante, labor en la cual el TC ha tenido muy importante intervención.

<sup>28</sup> STC Nº 3741-2005-AA/TC, f.d.m. 18 al 20 (Salazar Yarlenque vs. Municipalidad Distrital de Surquillo). Los textos precisados en cursivas en todo el veredicto constitucional son nuestros.

<sup>29</sup> Como sería en situaciones relativas a nombramientos de personal, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones,

subsídios y gratificaciones al igual que lo relativo a permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamientos relativos a los famosos “ceses colectivos”, entre otros, tal cual lo ha recalado el Tribunal.