

Revista Peruana DE

AÑO 3,

Nº 4

Enero-junio 2002

DIRECTOR

DOMINGO GARCÍA BELAUDE

SECRETARIO

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO



DERECHO PÚBLICO

Administrativo
y Constitucional



REVISTA PERUANA DE
DERECHO PÚBLICO

E D I T O R A J U R I D I C A G R I J L E Y

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 3, Número 4 • Enero-junio de 2003

Director

Domingo García Belaunde

Comité de Redacción

**Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren
Praeli, César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich**

Secretario de Redacción

José F. Palomino Manchego

Comité Asesor Internacional

Alemania	: Peter Häberle
Argentina	: Germán J. Bidart Campos, Agustín Gordillo, Néstor P. Sagüés, Alejandro Pérez Hualde
Brasil	: Luiz Pinto Ferreira, José Afonso Da Silva
Chile	: Humberto Nogueira Alcalá
Colombia	: Carlos Restrepo Piedrahita, Jaime Vidal Perdomo, Vladimiro Naranjo Mesa, Eduardo Cifuentes Muñoz
Costa Rica	: Rubén Hernández Valle
EE.UU.	: Robert S. Barker
España	: Pablo Lucas Verdú, Francisco Fernández Segado, Eduardo García de Enterría, Luciano Parejo Alfonso
Francia	: Louis Favoreu, Franck Moderne
Italia	: Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro
México	: Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés
Panamá	: César Quintero
Portugal	: Jorge Miranda
Venezuela	: Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Comité Consultivo Nacional

Alberto Ruiz-Eldredge

Alfredo Quispe Correa

Gustavo Bacacorzo



GRIJLEY

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Carátula de Nicolás Gracey

Solicitamos canje
Tauschverkehr erwünscht
Sollecitiamo scambio
We would like exchange
On prie de bien vouloir établir l'échange

Correspondencia editorial:
Av. José Gálvez 200 (Corpac)
Lima 27 - PERU
E-mail: jpalomino@terra.com.pe

Suscripciones, avisaje y distribución:
Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0883

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
Jr. Lampa 1154 - Lima 1, Perú
Telfs: 426 1631 • 427 3147 • 426 5417
Telefax: 427 6038
E-mail: grijley@terra.com.pe

SUMARIO

EDITORIAL	7
-----------------	---

ACTUALIDAD

SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

- Presentación	11
- JORGE DANÓS ORDÓÑEZ La constitucionalización de la administración pública	13
- SAMUEL B. ABAD YUPANQUI El acceso a la información pública: hacia una cultura de la transparencia.....	25
- CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ Los entes reguladores en la Constitución	37
- JUAN CARLOS MORÓN URBINA El derecho de acceso igualitario a los cargos públicos en el proyecto de ley de Reforma de la Constitución	49
- HEBERT TASSANO VELA OCHAGA La Administración Pública en el debate constitucional	61
- RAMÓN HUAPAYA TAPIA El proyecto de ley de reforma de la Constitución, la Constitución económica y la regulación económica como técnica de reversión del estatismo.....	69

ESTUDIOS

- GEORGES BURDEAU
Una supervivencia: la noción de Constitución... .. 91
- ALEJANDRO PÉREZ HUALDE
Servicios públicos y reforma constitucional... .. 105
- CÉSAR OCHOA CARDICH
Los principios del procedimiento administrativo en la Ley de
Procedimiento Administrativo General 127

NOTAS

- VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO
Reconstruir desde sus bases el régimen democrático... .. 167
- DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Cincuenta años de una gran revista
(La "Revista de Administración Pública" en el contexto
Iberoamericano) 171
- FRANCISCO MIRÓ-QUESADA RADA
Las constituciones de Iberoamérica 179
- AUGUSTO FERRERO C.
Homenaje a Andrés Aramburú Menchaca (1909-1996)... .. 181

- Normas para los colaboradores 187

EDITORIAL

En vista de los cambios recientes ocurridos en nuestra legislación, hemos optado por dedicar la parte principal de este número al Derecho Administrativo, que ha corrido a cargo de nuestro colega, el doctor Jorge Danós Ordóñez. Las colaboraciones que aquí se publican tocan temas de actualidad, y demuestran que ya en nuestro medio se cuenta con destacados cultores en esta disciplina, que en el pasado estuvo prácticamente abandonada, y relegada al esfuerzo individual.

En la parte central se incluyen estudios de interés general sobre la misma materia, y además un trabajo del célebre constitucionalista francés, G. Burdeau, que aparece aquí por vez primera en castellano.

La parte final se dedica a recoger diversos textos breves, que se incluyen en las habituales secciones que tiene nuestra revista.

En los próximos números tenemos programado continuar con esta línea de "especiales", así como dar a conocer textos pocos conocidos en nuestro medio, tanto nacionales como extranjeros.

Lima, junio de 2002.

El Director

ACTUALIDAD

PRESENTACION

El presente número contiene un conjunto de trabajos dedicados a analizar diversos aspectos del proyecto de Reforma Constitucional, que tienen implicancias en el Derecho Administrativo. Siendo la Constitución la norma fundamental de un Estado, todos los regímenes jurídicos, entre los que se encuentra el ordenamiento jurídico-administrativo, deben fundamentarse en dicha ley suprema, así como toda la organización administrativa del Estado.

La esencia del Derecho Administrativo que procura siempre el equilibrio entre las prerrogativas administrativas, que constituyen medios para garantizar la acción administrativa gestora de los intereses generales, y la salvaguarda de los derechos e intereses de los particulares, encuentra su basamento directo en la Constitución, porque las instituciones administrativas fundamentales deben modelarse y utilizarse a partir de los derechos y demás preceptos constitucionales. La famosa frase "el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado", quiere expresar que la base principal del Derecho Administrativo es el marco constitucional vigente. Por tanto, es evidente que existe una estrecha relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional.

Las colaboraciones pasan revista a diversos temas relativos a la consagración constitucional de la Administración Pública, como organización al servicio de los intereses generales, las bases para la reforma de la Administración Pública, la igualdad en el acceso a los cargos públicos, la protección del derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos, el derecho de acceso a la información pública, el régimen de los organismos reguladores de servicios

PRESENTACIÓN

públicos, la regulación económica como técnica de intervención del Estado en la economía y la posición de la Administración frente a las normas inconstitucionales.

Abrigamos la esperanza que las reflexiones aportadas por los autores sobre las nuevas orientaciones contenidas en el proyecto de reforma constitucional, sirvan de estímulo para un debate académico que permita dar un paso adelante en la construcción de las bases de nuestro Derecho Administrativo.

Lima, junio de 2002.

Jorge Danós Ordóñez

LA CONSTITUCIONALIZACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Jorge Danós Ordóñez (*)

Sumario: I. Introducción. II. Caracterización constitucional de la administración pública. III. Creación de organismos administrativos y control judicial de la administración. IV. La potestad reglamentaria. V. Descentralización y desconcentración administrativa. VI. Participación ciudadana en la administración pública. Bibliografía.

I. INTRODUCCION

La caída del régimen autoritario que gobernó el Perú en la década pasada ha dado lugar a un proceso de transición democrática para la restitución del Estado de Derecho, buscando recuperar las instituciones, valores y principios que lo identifican. Parte esencial de ese proceso es la necesaria reforma de la Constitución que permita superar los vicios y defectos de la Constitución de 1993 cuya vigencia y legitimidad fue severamente cuestionada por las acciones del propio Gobierno que sistemáticamente la vulneró.

Durante el presente Gobierno, la Comisión de Constitución del Congreso de la República ha elaborado un proyecto de Ley de Reforma total de la Constitución, en cuyo texto se contempla un Capítulo específico dedicado a establecer el marco constitucional de la Admi-

(*) Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

nistración Pública en el Perú, aplicable al universo de entidades administrativas, en los niveles nacional, regional y local, a diferencia de los precedentes constitucionales más recientes (las Cartas de 1979 y la de 1993) que se limitaron a establecer un Capítulo referido al régimen de la Función Pública circunscrito al tratamiento de los funcionarios y personal que presta servicios a la Administración, aspecto que también es desarrollado en el citado proyecto de Ley de Reforma en un Capítulo aparte.

II. CARACTERIZACION CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

El precepto que preside el Capítulo V del proyecto titulado "De la Administración Pública" establece lo siguiente:

"Artículo 86°.- La administración Pública sirve con objetividad a la protección de los intereses generales, garantizando los derechos e intereses de los administrados y actúa siguiendo los principios de eficacia, celeridad, legalidad y transparencia"⁽¹⁾

Con dicho texto se estaría por primera vez singularizando el régimen constitucional de la Administración Pública en el Perú, estableciéndose de manera expresa que su objetivo principal es la gestión de los intereses generales o colectivos que la propia Constitución o el ordenamiento jurídico le encomienda promover, tutelar o garantizar. Como señalan los profesores García De Enterría y Fernández a propósito de comentar el artículo 103.1 de la Constitución Española que consagra el régimen constitucional de la administración pública⁽²⁾: "...la administración pública actúa en función, no de un interés propio del aparato administrativo, sino de un interés de la comunidad, que es ajeno y absolutamente superior al interés de la administración como organización".

⁽¹⁾ Artículo 86° del proyecto, parcialmente inspirado en el artículo 103°.1 de la Constitución Española. Virtualmente propone constitucionalizar un texto que a nivel legislativo ya está consagrado en el artículo III del Título Preliminar de la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General Peruana – Ley N° 27444.

⁽²⁾ En: "Curso de Derecho Administrativo", tomo I, 8^{ta} Edic., Civitas, Madrid 1997, p. 437.

Desde una perspectiva orgánica o subjetiva, la Administración Pública esta conformada por un conjunto o agregado de organizaciones que constituyen un poder público institucionalizado. Forma parte del Estado, pero no sólo del Poder Ejecutivo, porque también está presente en los niveles de Gobierno Regional y Local, así como en los denominados organismos constitucionales. Aunque conviene precisar que las Regiones y las Municipalidades son entidades públicas no sólo administrativas sino también políticas porque sus autoridades son elegidas mediante sufragio directo, gozan de autonomía política lo que determina que sus relaciones entre sí y con el Gobierno Nacional se rijan no por el principio de jerarquía, sino por el de cooperación o coordinación, además de ostentar potestades legislativas en su respectiva circunscripción.

La proyectada consagración constitucional de la Administración Pública no le otorgaría carácter de organismo constitucional, como si sucede con aquellos organismos estatales autónomos que no forman parte de la clásica tríada de poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) y que reciben directamente de la Constitución sus caracteres básicos, es decir: su composición, órganos de gobierno y métodos de designación de sus miembros, estatus institucional y competencias, como es el caso del Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, El Banco Central de Reserva, etc., porque el concepto de Administración Pública alude a un conjunto de organizaciones creadas por ley y no por la Constitución, que generalmente aparecen construidas como sujetos singulares de derecho, es decir personas jurídicas.

El precepto proyectado permitirá que a futuro se diferencien mejor las funciones de carácter político con respecto de las funciones de tipo administrativo que corresponde adoptar al respectivo órgano de Gobierno, estas últimas para ser desarrolladas a través de su propia organización administrativa.

En el ámbito del Poder Ejecutivo, es decir del Gobierno Nacional, compete a este ejercer el papel director (motor o centro de mando) de la Administración Pública a su cargo. 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, lo cual debería tener como conse-

cuencia que en el futuro una Administración Pública debidamente institucionalizada (“profesionalizada”) pueda operar como eventual mecanismo de control interno, o freno, de eventuales excesos por parte del Gobierno.

Pero como se puede apreciar del texto del artículo 86° glosado, la propuesta del proyecto de Ley de Reforma Constitucional al consagrar los caracteres esenciales de la Administración Pública no parte de un criterio orgánico de la misma, ni presta atención a otras notas que muchas veces constituyen denominador común para definir a las características o funciones típicas de la Administración (“realiza una función de ejecución de las normas legales”, “ejerce potestades públicas de carácter exorbitantes”, etc.), mas bien, deliberadamente opta por priorizar la misión o los caracteres finalistas que definen a la Administración Pública: el servicio con objetividad a la protección de los intereses generales.

En el precepto proyectado la Administración Pública es caracterizada como una organización destinada al servicio de la sociedad, que existe porque es necesario desarrollar la función de satisfacer los intereses generales, los mismos que son definidos por los poderes democráticamente elegidos por los ciudadanos (Parlamento y Gobierno) y que pueden estar contenidos en normas legales, reglamentos, o en directivas e instrucciones que establezcan objetivos y prioridades.

Precisamente, la consagración de la misión constitucional de la Administración Pública de tutela de los intereses generales otorga legitimación al conjunto de poderes, facultades y prerrogativas que nuestro ordenamiento administrativo le reconoce, en mayor o menor medida, a los organismos que componen la Administración Pública, como es el caso de: la presunción de legalidad de los actos administrativos (Art. 9° LPAG); la autotutela ejecutiva de sus decisiones (Art. 192° LPAG); la potestad de declarar la nulidad de oficio sus actos (Art. 202° LPAG), etc., los que constituyen instrumentos necesarios para desempeñar la función de protección de los intereses colectivos.

Conforme al artículo proyectado la Administración Pública debe ejercer su rol en atención estricta al mandato de “objetividad”, lo que implica que debe atenerse a los hechos comprobados y a los datos de la realidad, evitando operar en beneficio personal del funcionario o de un grupo o clase social determinado, medidas que constituyen

una garantía para la correcta actuación de la Administración y para los ciudadanos.

Asimismo, por expreso mandato constitucional el cumplimiento de la función de tutela de los intereses generales deberá realizarse garantizando los derechos e intereses de los administrados, lo que significa que deberá ejercer las potestades asignadas no sólo en beneficio de los ciudadanos, sino además en armonía con sus derechos e intereses protegidos.

Asimismo, la propuesta de consagrar a nivel constitucional un conjunto de principios rectores de la actuación de la Administración Pública en general, significa el establecimiento de pautas que orientarán su funcionamiento, en orden al mejoramiento permanente de sus servicios para que respondan a las demandas de los ciudadanos ("eficacia"), a garantizar la simplicidad, oportunidad y agilidad de su actuación ("celeridad"), a actuar con pleno sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico en general, proscribiéndose toda actuación arbitraria ("legalidad") y a procurar el buen uso y manejo de los recursos públicos, así como la participación ciudadana en su gestión y control ("transparencia").

Adicional, al precepto objeto de comentario que enfatiza el carácter finalista de la Administración Pública al servicio a los intereses generales, el proyecto de Ley de Reforma Constitucional en el Capítulo correspondiente, contiene otros dispositivos referidos a otros aspectos de la Administración:

III. CREACION DE ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS Y CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACION

"Artículo 87°.- Los organismos con personería de derecho público son creados mediante ley. No podrán crearse entidades públicas, permanentes o temporales, que supongan duplicar otras preexistentes.

Toda actuación u omisión de la administración pública es susceptible de control por el Poder Judicial a través del proceso contencioso-administrativo conforme a la ley de la materia".

Como se puede apreciar el precepto glosado contiene dos párrafos con contenidos marcadamente diferenciados. El primer párrafo

esta referido a los aspectos orgánicos de la Administración. Se propone establecer una virtual reserva de ley con rango constitucional para la creación en el futuro de organismos administrativos, regla que hoy día en nuestro ordenamiento jurídico sólo esta consagrada de manera implícita, en el ámbito legal, en el segundo párrafo artículo 76° del Código Civil: "*La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación*". En la misma lógica de racionalizar el tamaño de la Administración Pública se propone prohibir la creación de entidades para desarrollar funciones que supongan duplicar competencias previamente asignadas a otras organizaciones administrativas preexistentes.

El segundo párrafo establece el control judicial de la legalidad de la actuación de la Administración Pública a través del proceso contencioso administrativo. A diferencia de las Constituciones precedentes (1979 y 1993) el proyecto propone consagrar el proceso contencioso administrativo no en el Capítulo referido al Poder Judicial, sino en el que desarrolla el régimen de la Administración Pública porque seguramente entiende que el control judicial de la Administración constituye una garantía esencial del Estado de Derecho para los ciudadanos, porque permite acudir a otro poder del Estado para que evalúe si la actuación de la Administración se ha realizado o no con sujeción al principio de legalidad.

La consagración constitucional del proceso contencioso administrativo garantiza que el legislador este impedido de aprobar normas que restrinjan el derecho de los particulares a poder cuestionar ante el Poder Judicial mediante dicho proceso las decisiones administrativas que los afecten.

Es importante resaltar que el párrafo proyectado a diferencia del precepto constitucional vigente que se refiere a "las resoluciones administrativas" como objeto del proceso contencioso administrativo, señala que constituyen decisiones impugnables el universo de actuaciones de la Administración Pública y la inercia o su comportamiento omisivo de la misma cuando constituya violación de un deber legal. En esta materia la nueva Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo N° 27584, vigente desde abril del 2002, se adelantó al proceso de reforma porque en su artículo 4° dentro de la relación de actuaciones impugnables mediante el proceso conten-

cioso administrativo ya consideró a “*la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública*”.

Asimismo, a diferencia también de las Constituciones precedentes se suprime el requisito que las resoluciones “causen estado” para ser susceptibles de impugnación mediante el proceso contencioso administrativo, lo cual implicaba que sólo se podía acudir a la tutela judicial luego de cumplido el requisito de agotar la vía administrativa mediante la interposición de los recursos previstos en la respectiva ley de procedimiento administrativo a fin de que la Administración determine de manera definitiva su voluntad. En adelante, constituirá una opción del legislador establecer mediante la correspondiente ley reguladora del proceso contencioso administrativo en que casos se exigirá o no agotar la vía administrativa como requisito de procedencia de la demanda.

IV. LA POTESTAD REGLAMENTARIA

“Artículo 88°.- La función reglamentaria de las leyes corresponde exclusivamente al Presidente de la República. Los organismos desconcentrados y descentralizados de la Administración Pública podrán expedir disposiciones procesales relativas a las competencias que sus leyes de creación establecen”.

El proyecto de precepto constitucional glosado propone ampliar la titularidad de la potestad para dictar disposiciones reglamentarias que en las Constituciones precedentes ha estado tradicionalmente restringida al Presidente de la República, para que también los organismos administrativos puedan dictar reglamentos, pero condicionado a que sus respectivas leyes de creación lo permitan y que únicamente se trate de reglamentos de contenido procedimental.

Como se sabe en nuestro ordenamiento jurídico, en los últimos 20 años han sido numerosas las disposiciones legales que encomiendan su desarrollo reglamentario a autoridades y entidades administrativas, no obstante que las Constitución atribuyen dicha potestad en forma directa al Presidente de la República. En materia tributaria han sido frecuentes las veces que el Código Tributario y otras leyes tributarias han habilitado directamente a la Administración Tributaria

para desarrollar aspectos importantes de la tributación mediante reglamentos dictados por su titular. Así sucede también con los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos y las concesiones de infraestructura pública de transporte a los que la ley marco que los regula les atribuye amplias potestades reglamentarias para dictar normas sobre las obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios, normas de procedimiento e incluso tipificar infracciones y determinar las correspondientes sanciones administrativas.

La acotada dispersión subjetiva del poder reglamentario que se ha experimentado en la práctica en nuestro medio ha querido ser recogida, pero sólo en medida muy limitada, por el proyecto de Reforma Constitucional, porque como se puede apreciar restringe el contenido propio de los reglamentos que puedan dictar los organismos administrativos facultados por su ley de creación para que solo puedan versar sobre aspectos meramente de procedimiento, omitiendo la posibilidad que pueda facultársele a dictar reglamentos de tipo "organizativo".

En nuestra opinión de aprobarse el precepto proyectado ya no permitiría, como sucede el día de hoy, que a futuro la ley que regule un determinado sector o materia pueda facultar a un Ministerio o a una entidad administrativa para dictar las respectivas normas reglamentarias, porque conforme al citado proyecto se requiere que la potestad este consignada en la ley de creación de la respectiva entidad y además que este circunscrita a los temas de procedimiento que regulan su actuación.

El proyecto, en sintonía con los precedentes constitucionales, parece referirse únicamente a los reglamentos de carácter ejecutivo, es decir a aquellos que se limitan a contemplar cuestiones de detalle o a adoptar las medidas estrictamente necesarias para la aplicación de la ley sin que se pueda añadir a los preceptos de ésta otros nuevos no justificados por dicha necesidad. Por tanto omite referirse a los denominados reglamentos "autónomos", es decir aquellos que puede expedir el Gobierno en un determinado ámbito material exclusivo que por mandato constitucional el legislador no puede invadir, como es el caso de las tasas y aranceles que conforme a la Constitución compete su creación y fijación de la cuantía al Poder Ejecutivo mediante un Decreto Supremo.

V. DESCENTRALIZACIÓN Y DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA

“Artículo 89º.- La ley determinará las formas adecuadas de descentralización y desconcentración administrativas, sin menoscabo de la eficacia y unidad de dirección de la Administración Pública, así como de las facultades de supervisión y tutela asignadas a los organismos competentes”.

El precepto proyectado constitucionaliza los mecanismos de descentralización y desconcentración funcional como medidas que la ley puede disponer para promover el acercamiento de la Administración Pública a los ciudadanos, a fin de que desempeñe sus actividades con mayor eficacia en la protección de los intereses generales.

La descentralización consiste en el traspaso de funciones desde un ente administrativo a otros entes administrativos creados como personas jurídicas para que realicen de manera más ágil las funciones que constituían el cometido de otros entes públicos. La desconcentración, en cambio, es entendida como el traspaso de competencias o bloques de atribuciones de un órgano a otro dentro de una misma organización administrativa (a diferencia de la descentralización que opera sólo entre dos personas jurídicas) a fin de que las decisiones no se adopten en la cúspide de la organización administrativa, sino más bien los escalones inferiores, más próximos a los problemas reales y por ello en mejores condiciones para atenderlos.

Al respecto es importante diferenciar la descentralización funcional o administrativa a que se refiere el precepto objeto de este comentario con respecto de la descentralización territorial que es la prevista en el Capítulo correspondiente de la Constitución vinculada a la asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales. La descentralización territorial aparte de tener un tratamiento específico en otro Capítulo de la Constitución, parte de la premisa de que los gobiernos regionales y locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, por tanto ejercen funciones y competencias que le son directamente asignadas por la Constitución o por las normas de desarrollo Constitucional de la materia (la Ley de Bases de Regionalización y la Ley Orgánica de

Gobiernos Regionales), y no porque les haya sido transferidas por el Gobierno Nacional y sus entes administrativos en virtud de políticas de descentralización meramente administrativa o funcional.

La consagración en el ámbito constitucional de la descentralización administrativa implica de modo implícito la aceptación de la legitimidad de la actual existencia y futura creación de nuevos organismos públicos dotados de personalidad jurídica propia, dependientes del Gobierno Nacional, a los que se les confiere competencias y atribuciones en orden a su cometido principal de tutela de los intereses generales.

Pero el precepto proyectado además de consagrar a los mecanismos de descentralización y desconcentración administrativa también enuncia de manera implícita otras dos reglas, igualmente de suma relevancia para la estructura de la organización administrativa: nos referimos a los principios de "eficacia y unidad de dirección de la Administración Pública" y a las potestades "de supervisión y tutela asignados a los organismos competentes".

En virtud de la primera regla enunciada, la puesta en práctica de políticas de descentralización y desconcentración administrativas no debería menoscabar en ningún caso la eficacia en la actuación de la Administración Pública (porque precisamente el objetivo es mejorar su funcionamiento), ni alterar lo básico de las potestades de dirección de los órganos jerárquicamente superiores de la organización administrativa con el objeto de garantizar la misión de tutela de los intereses generales.

Asimismo, se contempla en el ámbito constitucional la posibilidad implícita de que ley pueda asignar competencias de supervisión y de tutela sobre el conjunto de organismos que conforman la Administración Pública a otros entes públicos.

VI. PARTICIPACION CIUDADANA EN LA ADMINISTRACION PUBLICA

"Artículo 90°.- La participación ciudadana en la actuación de la Administración Pública comprende el derecho a presentar peticiones, la asistencia a audiencias públicas, el acceso a los archivos y registros administrativos y a la fiscalización de los actos de la Administración Pública, de acuerdo a ley".

El último de los preceptos proyectados referidos al régimen de la Administración Pública en la Constitución consagra el derecho constitucional a la participación ciudadana en el funcionamiento de la Administración Pública que puede tener múltiples manifestaciones: ya sea el ejercicio del decimonónico derecho de petición ciudadana ante la Administración; la posibilidad de asistir a las audiencias públicas que la Administración deba convocar en cumplimiento de las leyes que así lo establezcan (en la determinación de tarifas de servicios públicos, en las consultas sobre proyectos para modificar la zonificación urbana, etc.); el acceso a los archivos y registros administrativos a fin de garantizar la transparencia en el funcionamiento de la Administración; y la posibilidad de ejercer la fiscalización ciudadana de la actuación de la Administración, derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos para resguardar que la actividad de la Administración se desenvuelva dentro de los cauces democráticos del Estado del Derecho y en atención a su misión esencial de tutela de los intereses generales y que le permitirá a la Administración adquirir progresivamente mayor legitimidad ante la ciudadanía a la que debe servir.

BIBLIOGRAFIA

- Miguel Beltrán De Felipe. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Tecnos 1995.
- Allan Brewer Carías. "Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en la Constitución de 1999". V Jornadas Internacionales Allan Brewer Carías.
- Allan Brewer Carías. El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia. En: *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje a Marienhoff*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998
- Carmen Chinchilla Marín. Dos grandes momentos en cien años de Derecho Administrativo: la década de los cincuenta y la Constitución de 1978. En: *El Derecho español en el siglo XX*. Marcial Pons. Garrigues Andersen. Madrid 2000.
- Alfredo Gallego Anabitarte. *Constitución y personalidad jurídica del Estado*. Tecnos 1992.
- Rafael Gómez - Ferrer Morant. "Influencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo". RAP Nº 150. 1999.

- Enrique Linde Paniagua. *El derecho del poder. Una reflexión sobre el Derecho Administrativo*. Colex 1999.
- Luciano Parejo Alfonso. "Gobierno y administración pública en la Constitución Española". En: *La administración pública española*. Dir. Jaime Rodríguez Arana. Madrid. INAP. 2002.
- Sebastián Martín Retortillo. *Administración y Constitución*. IEAL Madrid 1981.
- Luciano Parejo Alfonso. *Eficacia y Administración. Tres estudios*. MAP. Madrid 1995.
- Jaime Rodríguez -Arana Muñoz. *Derecho Administrativo y Constitución*. Cemci-TAL- Madrid 2000.
- Miguel Sánchez Morón. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Tecnos 1994.

EL ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA: HACIA UNA CULTURA DE LA TRANSPARENCIA

Samuel B. Abad Yupanqui (*)

Sumario: I. Introducción. II. La ley de acceso a la información pública. III. ¿Se requiere reglamentar la ley de acceso a la información? IV. Reflexiones finales: avanzando hacia una cultura de la transparencia.

I. INTRODUCCION

Una de las características esenciales de un Estado democrático es la publicidad de sus actos y la transparencia de la administración estatal sobre la gestión de los asuntos públicos. Ello implica que los funcionarios y funcionarias del Estado rindan cuentas sobre las decisiones que adoptan y que las personas puedan solicitar y acceder a la información que obra en poder de las entidades estatales. En este sentido, los funcionarios y servidores públicos deben ser considerados como gestores de una organización creada al servicio de la ciudadanía, encontrándose expuestos permanentemente a la fiscalización que la sociedad ejerce.

De esta manera, un Estado democrático debe poner a disposición de la ciudadanía en forma accesible todos los datos relacionados con la gestión de los asuntos públicos y reconocer el derecho

(*) Defensor Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú

fundamental de las personas a solicitar y obtener la información que obra en su poder. Y es que la transparencia en la actuación de la administración pública contribuye a combatir la corrupción y produce una mayor confianza de la ciudadanía en sus autoridades públicas. Asimismo, al facilitarse la fiscalización de la gestión pública, se logra una participación informada y se fomenta una vigilancia ciudadana conocedora de lo que ocurre en el Estado.

Precisamente, el contenido y alcances del derecho de acceso a la información han sido desarrollados por la Constitución, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y las leyes. En efecto, de acuerdo al artículo 2 inciso 5) de la Constitución toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido.

A pesar de ello, en el Perú se constata una antigua "cultura del secreto", expresada en la renuencia de las autoridades a proporcionar información sin justificación razonable. Esta situación no sólo es incompatible con la esencia de un régimen democrático, sino que ha tenido negativas consecuencias, pues ha permitido la existencia de poderes secretos y ocultos que han carecido de todo tipo de control y ha fomentando la corrupción en el país, tal como ocurrió durante el gobierno del Ingeniero Alberto Fujimori. Por ello, resulta esencial en una etapa de transición a la democracia garantizar el acceso a la información en poder de las entidades públicas, pues ello garantiza la transparencia y permite que la ciudadanía este informada de lo que acontece en el país.

II. LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

El Decreto Supremo 018-2001-PCM, publicado el 27 de febrero del 2001, dictado durante el gobierno de transición, diseñó un procedimiento especial para que las personas pudieran acceder a la información, que se caracterizó por tratar de ser expeditivo y garantista. Asimismo, durante dicho gobierno se dictó el Decreto de Urgencia 035-2001, que reguló el acceso ciudadano a la información sobre finanzas públicas.

Durante el régimen actual, un paso importante -aunque incompleto- para garantizar el derecho de la ciudadanía a estar informado,

lo dio la citada Ley 27806, Ley de transparencia y acceso a la información pública, publicada el 3 de agosto del 2002. La ley contenía aspectos positivos, sin embargo, introdujo ciertas restricciones que condujeron a que la Defensoría del Pueblo interpusiera una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra algunos dispositivos de dicha ley y que el Congreso de la República haya aprobado una reforma a través de la Ley 27927 publicada el 4 de febrero del 2003.

La Ley 27806, modificada por la Ley 27927, ha sido fruto de un trabajo singular en el Congreso de la República, pues para su elaboración recibió y acogió sugerencias procedentes de diversas instituciones. A nivel de la sociedad civil, por ejemplo, el Consejo de la Prensa Peruana y el Instituto Prensa y Sociedad formularon importantes aportes. Asimismo, la Defensoría del Pueblo contribuyó a este esfuerzo con diversos informes y opiniones remitidos al Congreso de la República. Todo ello ha hecho que se trate de una norma que fomenta el acceso ciudadano a la información y la transparencia en las entidades públicas. Precisamente por ello, muchas de sus disposiciones han tratado de ser bastante detalladas, pues se ha pretendido impedir que la "cultura del secreto" pueda ampararse en normas poco claras e imprecisas.

1. El procedimiento para acceder a la información pública

La Ley de transparencia y acceso a la información pública regula en su artículo 11 el procedimiento de acceso, precisando que la entidad pública deberá brindar la información solicitada en un plazo no mayor de siete días útiles, el cual se podrá prorrogar en forma excepcional por cinco días adicionales, si existen circunstancias que hagan inusualmente difícil reunir la información solicitada. De no mediar respuesta en los plazos establecidos el solicitante puede considerar denegado su pedido. Un aspecto relevante nos parece lo mencionado por el artículo 12 al indicar que "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, las entidades de la Administración Pública permitirán a los solicitantes el acceso directo y de manera inmediata a la información pública durante las horas de atención al público".

La información que se puede solicitar a una entidad pública puede haber sido producida por ella o encontrarse en su poder aunque

no la haya producido directamente. Así lo dispone el artículo 10 de la Ley según el cual:

“Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales”.

Asimismo, nos parece particularmente importante lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley según el cual el solicitante sólo debe abonar “el importe correspondiente a los costos de reproducción de la información requerida” y, además, que expresamente se indique que “cualquier costo adicional se entenderá como una restricción al ejercicio del derecho regulado por esta Ley, aplicándose las sanciones correspondientes”. De esta manera, no pueden exigirse pagos especiales por concepto de “derecho de búsqueda o de información”, sino que sólo deberá pagarse el costo real de la fotocopia o de la impresión del documento solicitado.

2. Medidas para promover la transparencia en el Estado

La Ley contiene un conjunto de disposiciones que tratan de promover la transparencia en la administración estatal. Y es que el Estado no sólo debe entregar la información que las personas le soliciten expresamente, sino además, debe dictar medidas que pongan a disposición de la ciudadanía la información y que garanticen, de esa manera, el escrutinio público y la vigilancia social.

En esta dirección, se establecen diversas obligaciones a las entidades de la Administración Pública. Entre ellas podemos mencionar:

- La designación de un funcionario en cada entidad que sea responsable de entregar la información (artículo 3), así como de un funcionario responsable de la elaboración de los portales de Internet (artículo 5);

- La obligación de prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información (artículo 3);
- La obligación de contar con Portales de Transparencia que difundan en los plazos previstos por la ley a través de Internet los datos generales de la entidad que incluyan las disposiciones y comunicados emitidos, su organización, organigrama y procedimientos; las adquisiciones de bienes y servicios que realicen; y la información adicional que la entidad considere pertinente (artículos 5 y 25);
- La prohibición de destruir la información que posea la entidad (artículo 18);
- La obligación de la Presidencia del Consejo de Ministros de remitir un informe anual al Congreso de la República dando cuenta de las solicitudes de información atendidas y no atendidas. La Presidencia del Consejo de Ministros deberá reunir de todas las entidades de la Administración Pública dicha información (artículo 19);
- la publicación trimestral de información sobre finanzas públicas y la obligación de remitirla a la vez al Ministerio de Economía y Finanzas para que sea incluida en su portal de Internet.

De esta manera, de acuerdo con la Ley el Estado tiene la obligación de adoptar medidas básicas que promuevan la transparencia en la actuación de las entidades de la Administración Pública. Ello implica una decidida voluntad política de un cambio que conlleva a la vez la asignación de un presupuesto razonable que contribuya a estos fines.

3. Responsabilidad por la negativa arbitraria de brindar acceso a la información

A manera de antecedente, podemos señalar que el Decreto Supremo 018-2001-PCM dispuso que el incumplimiento de lo establecido en dicha norma por funcionarios o servidores de las entidades del sector público daba origen a las sanciones que correspondan establecidas en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Re-

muneraciones del Sector Público y el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Esto se dispuso porque es un deber de la administración y de las autoridades, funcionarios y servidores públicos otorgar la información requerida por cualquier persona, salvo cuando dicha información se encuentre dentro de las excepciones taxativamente previstas en la Constitución o en leyes especiales.

Por su parte, la Ley de transparencia y acceso a la información pública señala que

“Los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta Ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de Abuso de Autoridad a que hace referencia el Artículo 377 del Código Penal”.

El citado artículo del Código Penal establece que:

“El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta día-multa”

Resultaba indispensable establecer responsabilidades ante el incumplimiento de las obligaciones establecidas por la citada ley para evitar la subsistencia de una “cultura del secreto”. Por lo demás, nos parece que la norma no ha sido lo precisa que hubiera sido deseable para establecer las sanciones que en estos casos resulte pertinente imponer.

4. La reforma a la Ley de Acceso a la Información: su Texto Único Ordenado

Como se ha indicado la Ley 27806 fue modificada por la Ley 27927, cuyo Texto Único Ordenado (TUO) ha sido aprobado a través del Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, publicado el 24 de abril del presente año. La Ley 27927 efectúa cambios importantes, cuyos aspectos más saltantes son los siguientes.

En primer lugar, elimina el párrafo del artículo segundo de la Ley 27806 según el cual “Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

responden las solicitudes de información a través del Ministerio de Defensa y del Ministerio del Interior, respectivamente". Ello restringía el acceso a la información pues al indicar que tales entidades públicas responderán a través de sus Ministerios, no sólo centralizaba la información y dificultaba su acceso, sino que establecía un privilegio no previsto por la Constitución. En efecto, según la norma constitucional toda persona tiene derecho a recibir de "cualquier entidad pública" la información que requiera, es decir, directamente – sin intermediarios– y sin establecer un tratamiento especial hacia las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Desarrolla de mejor manera las excepciones al acceso a la información, especialmente aquellas referidas a la seguridad nacional, que se caracterizaban por su amplitud y ambigüedad (artículos 15, 15-A, 15-B y 15-C). Además, establece un plazo de clasificación y un procedimiento de desclasificación. Adicionalmente, elimina la excepción relativa la "información interna de las entidades de las Administración Pública" prevista por el artículo 15, inciso d) de la Ley 27806, cuya imprecisión no era compatible con una cultura de la transparencia.

Modifica el párrafo final del artículo 15 de la Ley 27806 según el cual "la información contenida en las excepciones señaladas en este artículo son accesibles para el Congreso de la República, el Poder Judicial y Ministerio Público, con las limitaciones que señala la Constitución". Dicha norma omitía toda referencia a dos órganos constitucionales autónomos que tienen competencia constitucional para acceder a la información. Nos referimos a la Contraloría General de la República, que podría acceder a información sobre adquisiciones de armamento militar considerado secreto, y a la Defensoría del Pueblo. La nueva ley incluye a ambas instituciones corrigiendo tal omisión.

La versión original de la Ley de Acceso establecía que las personas jurídicas privadas que gestionen servicios públicos "sólo están obligadas a facilitar la información referida a la prestación de los mismos a sus respectivos organismos supervisores". Asimismo, no mencionaba en forma expresa a las empresas públicas. Ello restringía injustificadamente el acceso a la información pública. Y es que no existe fundamento objetivo y razonable para negar la entrega directa de información sobre la prestación de los servicios públicos por las empresas prestadoras o para negar información de las empresas pú-

blicas cuyo presupuesto es del Estado. La Ley 27927 modifica esta situación pues señala que “las empresas del Estado están sujetas al procedimiento de acceso a la información establecido en la presente ley” (artículo 8) y que las empresas que prestan servicios públicos están obligadas a informar “sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce” (artículo 9). Esto último constituye un avance, aunque reconocemos que la norma pudo referirse a otros aspectos, como por ejemplo, la información sobre las utilidades de tales empresas.

La nueva versión del artículo 17 de la Ley es mucho más precisa, cuando establece que el solicitante “deberá abonar solamente el importe correspondiente a los costos de reproducción de la información” y agrega que “cualquier costo adicional se entenderá como una restricción al ejercicio del derecho regulado por esta ley, aplicándose las sanciones correspondientes”. Con ello, queda claro que cualquier cobro adicional, por ejemplo un supuesto “derecho de trámite”, resulta ilegal.

En definitiva, resulta positiva la preocupación del Congreso de la República de promover la transparencia al aprobar una reforma a la ley que desarrolla el derecho de acceso a la información pública.

III. ¿SE REQUIERE REGLAMENTAR LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACION?

Como se ha indicado la Ley 27806, modificada por la Ley 27927, ha tratado de incluir normas bastante detalladas, a fin de evitar que la “cultura del secreto” pueda ampararse en normas poco claras e imprecisas. De ahí que en estricto la reglamentación de la Ley no resulte indispensable, pues sus disposiciones son de aplicación inmediata –salvo aquellas que establecen plazos para la implementación de Portales de Transparencia– y dejan un margen reducido o nulo para la reglamentación.

En todo caso, como ello fluye de un mandato previsto por la propia Ley (Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final) habría que hacerlo con el mayor cuidado posible, respetando lo dispuesto por el artículo 118 inciso 8) de la Constitución, a fin de evitar que los principios que orientan dicha Ley pudieran verse des-

naturalizados, tal como ha ocurrido en otros países. En ese sentido, consideramos que existen aspectos que no requieren un desarrollo reglamentario como, por ejemplo, lo relativo a las excepciones al acceso a la información. Ellas no deberían ser reglamentadas pues la ley contempla los aspectos básicos que determinan en qué casos una entidad pública puede negarse a brindar información. El artículo 18 de la Ley es muy claro al respecto, al disponer que *“No se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente ley”*. Por lo demás, de prosperar la idea de aprobar un Reglamento, el mismo no debería repetir lo dispuesto por la Ley y limitarse a desarrollar aquellos aspectos que resultan verdaderamente indispensables y que aportan a una mayor transparencia en las entidades públicas. Asimismo, el proyecto de Reglamento debería ser publicado previamente en el diario oficial con la finalidad de fomentar la transparencia en una materia tan relevante y, además, para que la ciudadanía y las instituciones interesadas puedan efectuar los aportes y sugerencias necesarios.

Un aspecto que podría ser reglamentado está referido a la designación de los funcionarios encargados de brindar información, a que aluden los artículos 3 y 8 de la Ley, lo cual debería hacerse respetando criterios de competencia, inmediatez y descentralización a fin de facilitar el acceso ciudadano a la información. Actualmente, preocupa constatar una interpretación de la Ley según la cual las entidades públicas designan a un solo funcionario, con sede en la ciudad de Lima, como el único encargado de brindar la información a nivel nacional. Ello no sólo centraliza el acceso a la misma sino que desnaturaliza dicho derecho para quienes solicitan información desde el interior del país. Consideramos que el Reglamento debería señalar que las entidades públicas que cuenten con oficinas en el interior del país, deben designar a funcionarios responsables en cada una de tales oficinas a fin de garantizar el acceso inmediato y cercano de la población a la información.

Asimismo, el Reglamento podría señalar las medidas básicas que el Estado debe adoptar para garantizar y promover la transparencia en la actuación de las entidades de la Administración Pública, a que se refiere el artículo 3 inciso 2) de la Ley. Entre ellas, y con independencia de las ya señaladas por la Ley, podría mencionarse que las entidades públicas deberán colocar en un lugar visible los nombres

y cargos de los funcionarios responsables de brindar información, contar con formatos de solicitud de información bilingües, conforme al artículo 48 de la Constitución, diseñar Portales de Transparencia uniformes, amigables y accesibles, incluso para personas con discapacidad, contar con una oficina o un espacio para brindar información inmediata, entre otras medidas.

El artículo 12 de la Ley señala que las entidades públicas permitirán a los solicitantes *“el acceso directo y de manera inmediata a la información pública durante las horas de atención al público”*. Al respecto, el Reglamento podría señalar que la información a que se refiere el referido artículo y que debe ser accesible a la ciudadanía a través de una oficina o un espacio en la propia entidad pública, por lo menos es aquella comprendida en los artículos 5 y 25 de la Ley, es decir, los datos generales de la entidad, la información presupuestal, las adquisiciones de bienes y servicios, la información sobre finanzas públicas, entre otras. Para brindar esta información no se requiere esperar a contar con un Portal de Transparencia sino que bastaría un texto impreso que esté a disposición de cualquier persona que requiera tal información.

Finalmente, respecto al procedimiento, éste se encuentra suficientemente detallado en el artículo 11 de la Ley. Sin embargo, creemos que el Reglamento podría incluir un principio que permita suplir las deficiencias que puedan presentarse en los pedidos de información. Así por ejemplo, podría señalar que el funcionario que recibe el pedido de información subsanará la omisión en que incurra el solicitante si es que éste no identifica debidamente al funcionario responsable de brindar la información. En caso que la entidad respectiva no haya cumplido con designarlo, la solicitud presentada deberá ser canalizada al funcionario que tenga la información en su poder, sin perjuicio del cumplimiento de los plazos previstos por la Ley.

IV. REFLEXIONES FINALES: AVANZANDO HACIA UNA CULTURA DE LA TRANSPARENCIA

El avanzar hacia una “cultura de la transparencia” exige superar una serie de obstáculos que aún subsisten. En principio, lamentablemente en los hechos la información tiene un costo que no siempre corresponde al servicio brindado, pues muchas veces las entidades

públicas exigen pagos exagerados. Asimismo, la información se encuentra centralizada en Lima y no siempre es fácil garantizar el acceso a la misma a nivel nacional. De otro lado, muchas veces los funcionarios públicos pretenden ampararse en las excepciones al acceso a la información pese a que ello no se justifique. Ello evidencia que todavía un importante sector de servidores públicos consideran que la información es de su propiedad, olvidando que ella pertenece al público. Se trata de un problema formativo y cultural que es imprescindible cambiar. A ello se agrega que no existe un sistema de archivos que en la práctica funcione de manera uniforme y eficaz en todas las instituciones públicas, y tampoco se han desarrollado a cabalidad los Portales de Transparencia en todas las entidades públicas. Por lo demás, existe un gran desconocimiento de importantes sectores de la población de que el acceso a la información pública es un derecho humano y no una concesión graciosa de la administración.

Para revertir esta situación se requiere de un esfuerzo conjunto y permanente de las propias instituciones públicas y de la ciudadanía. Por un lado, denunciando y sancionando las conductas arbitrarias de quienes no brindan la información solicitada. Para ello, el control a cargo de los jueces a través del hábeas data y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo resulta fundamental. De otro lado, interiorizando en los propios funcionarios y servidores públicos la transparencia como regla esencial que debe guiar su actuación y, además, fomentando la educación y vigilancia ciudadana. La adopción de políticas públicas que fomenten la transparencia en la administración y eliminen o reduzcan sustancialmente los costos existentes – por ejemplo, pagando sólo el precio real de la reproducción del documento solicitado – son imprescindibles para este propósito. Por lo demás, ha sido positiva la decisión del Congreso de reformar la ley de acceso a la información. Esperemos, ahora, que las autoridades y funcionarios públicos la acaten y de esta manera contribuyan a este esfuerzo conjunto que permita que la información esté al alcance del público, tanto en Lima como en el interior del país, para ir construyendo una democracia transparente, moderna y eficiente al servicio y con la vigilancia de la propia ciudadanía.

LOS ENTES REGULADORES EN LA CONSTITUCION

Christian Guzmán Napurí (*)

Sumario: I. Introducción. II. Orígenes de los entes reguladores. III. Autonomía. IV. Funciones de los organismos reguladores. 4.1. Supervisión. 4.2. Función reguladora. 4.3. Función normativa. 4.4. Función de fiscalización. 4.5. Función de resolución de controversias. 4.5. Resolución de reclamos. IV. Limitaciones y alternativas al empleo de organismos reguladores. V. Validez de su incorporación a un texto constitucional.

I. INTRODUCCION

Los entes reguladores son organismos públicos descentralizados, que gozan de personalidad jurídica de derecho público interno y que poseen autonomía administrativa, financiera y técnica. Son organismos creados para el marco regulatorio y por lo tanto deberán regular y/o controlar aspectos jurídicos y técnicos, y atender las relaciones entre los usuarios-consumidores y las empresas privadas prestadoras de servicios públicos.

En este orden de ideas, el proyecto de constitución, en principio con al intención de asegurar la autonomía de los entes reguladores y establecer sus funciones, transformaría dichos organismos en entes

(*) Abogado especialista en Derecho Público. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en las áreas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura.

constitucionales autónomos, al consignarlos en el articulado del citado proyecto⁽¹⁾. En el marco de ello es que estableceremos el análisis que nos ocupa en esta ocasión

II. ORIGEN DE LOS ENTES REGULADORES

Los organismos reguladores surgen de la necesidad de descentralizar las funciones fiscalizadoras que realiza el Estado respecto a determinadas actividades. Asimismo, surgen para supervisar la prestación de servicios públicos por parte de la actividad privada, una vez que su prestación ha sido autorizada. Los organismos reguladores funcionan ahí donde la solución del mercado no es posible. En esta medida reemplazan al mercado y simulan la solución que el mismo daría de poderse aplicar. Como lo señala la doctrina, la regulación económica se justifica no solo en la existencia de monopolios naturales, sino también en la información asimétrica y en la necesidad de asegurar al continuidad y regularidad del servicio público. En consecuencia, lejos de las posiciones tradicionales de la regulación económica, los organismos reguladores deben funcionar apoyando al mercado y no en contra de él.

Los entes reguladores no son ninguna novedad. Surgen a fines del siglo XIX en los Estados Unidos a fin de regular, controlar y fiscalizar, proteger los derechos de los usuarios, los prestadores del servicio, así como el interés público⁽²⁾. Ya desde entonces había quedado clara la necesidad de que dichos entes gozaran de autonomía –cons-

⁽¹⁾ Proyecto de Constitución:

Artículo 108°.-

La ley califica como servicios públicos aquellas actividades que son necesarias para satisfacer necesidades de interés colectivo. Su regulación es facultad exclusiva del Estado, de acuerdo a ley.

Los organismos reguladores de los servicios públicos e infraestructura de uso público son personas jurídicas de derecho público, con autonomía dentro de sus respectivas leyes orgánicas. Son funciones de estos organismos supervisar, regular y fiscalizar la prestación de los servicios públicos, las tarifas, la racional utilización de la infraestructura nacional de uso público, y cautelar los intereses de los usuarios, los inversionistas y del Estado.

⁽²⁾ Kresalja, Baldo: "El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos", en: *Themis*, N° 39. Lima, PUCP, 1999, p. 71.

tituían las denominadas *agencies*– y que se encontraran debidamente especializadas. De hecho, en los Estados Unidos los directores de las agencias son nombrados por el Presidente, pero con la aprobación del Senado, lo cual les otorga cierto consenso e independencia. Sin embargo, en el caso norteamericano las agencias no habían sido diseñadas para efectos de paliar los efectos de las privatizaciones, puesto que las actividades reguladas estuvieron originariamente en manos privadas.

III. AUTONOMIA

Según la Ley Marco de Organismos Reguladores, los entes reguladores gozan de autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Esta autonomía tiene por finalidad asegurar que los citados entes no sean afectados por las empresas reguladas, el poder político o los grupos de interés. Ello implica que no exista vinculación alguna o interés alguno del ente regulador o sus miembros en la actividad regulada ⁽³⁾.

En el caso peruano, los entes reguladores se encuentran adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros y no al sector al que pertenecerían por la naturaleza de la actividad regulada. Inicialmente, las normas legales adscribían los organismos reguladores al ministro del sector al que correspondía la actividad regulada. El cambio que venimos señalando se dio para evitar la influencia de dicho sector en el organismo regulador e impedir que los conflictos de competencia sean resueltos por quien es a la vez juez y parte ⁽⁴⁾. En la práctica, la relación de tutela administrativa puede generar cierta influencia que en el caso de los entes reguladores motivaría una actuación ineficaz. Y es que, una vez que el Estado ha otorgado una concesión, no es adecuado que el mismo la fiscalice de manera directa, al ser, repetimos, parte de dicho contrato de concesión. Es neces-

⁽³⁾ Pérez Hualde, Alejandro: "Constitución Nacional y control de los servicios públicos", en: *Revista Jurídica del Perú*, Nro. 32, Trujillo, Normas Legales, Marzo 2002, p. 71.

⁽⁴⁾ Richard Martín Tirado: "Análisis de la 'función normativa' de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos". En: *Ius et Veritas*, N° 24. Lima: PUCP, Año XII, 2002, pp. 94-95.

rio, como resultado, crear organismos autónomos, encargados de actuar como árbitros de la ejecución de dichos contratos y del comportamiento de los operadores del servicio.

Sin embargo, en la práctica los entes reguladores están sometidos a una triple presión, que pone en riesgo su funcionamiento eficiente. En primer lugar, la presión que proviene de la propia autoridad política, interesada en la toma de decisiones de una forma determinada. Desde su creación, algunos de los aspectos más cuestionados de estos organismos devienen de su conformación y modo de funcionamiento, fuertemente vinculados a los intereses y alianzas de los gobiernos de turno. Si bien fueron diseñados bajo la figura de entidades autárquicas, a los efectos de garantizar la autonomía respectiva, la injerencia del Poder Ejecutivo en el nombramiento de los cuerpos directivos y del Ministerio de Economía sobre los recursos presupuestarios, permiten hablar, más que de autonomía, de una independencia formal.

En segundo lugar, la presión de las propias entidades reguladas, las mismas que se encuentran interesadas en estar sujetas al menor control posible, pero a la vez en impedir el ingreso de nuevos competidores⁽⁵⁾. La contracara de los claros signos de captura política que explican estos fenómenos es la captura empresarial. El contacto frecuente entre entes y prestadores del servicio y la mayor capacidad de presión de los grupos económicos va unida a la ausencia de participación institucionalizada de las asociaciones de usuarios en los entes reguladores, como contrapeso necesario para contrarrestar esta situación. Las disparidades se refuerzan por el hecho de que la información requerida para el control proviene fundamentalmente de las propias empresas que elaboran informes periódicos y los elevan a los entes, profundizando así la clásica problemática de las asimetrías de información ampliamente tratadas por la literatura regulatoria.

Finalmente, los entes reguladores se encuentran sometidos a la presión de los usuarios del servicio público, que desean que se proteja sus derechos, que en buena cuenta es una de las funciones del organismo regulador. Esta presión se hace aun más intensa a través de asociaciones u organismos conformados por usuarios de servicios públicos.

⁽⁵⁾ Baldo Kresalja, *Op. cit.*, p. 76.

IV. FUNCIONES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

La tarea a desempeñar por un ente regulador, en consecuencia, no es fácil. El mandato de maximizar los beneficios sociales significa, en la práctica, equilibrar diferentes objetivos que muchas veces resultan contradictorios entre sí. Por ejemplo, los entes regulatorios deben evitar conductas anticompetitivas o monopólicas, y para ello deben regular con mano firme. Por otro lado, el ente regulador no debe ceder frente a la tentación de inmiscuirse en los aspectos operativos de la empresa, y con ello, perjudicar al mercado.

Fundamentalmente, el ente debe mantenerse dentro de lo establecido por el marco regulatorio, para mantener y fomentar la seguridad jurídica, dado que inevitablemente cualquier interferencia indebida repercutirá negativamente en la gestión de las empresas, dificultando y encareciendo su financiamiento, que es a lo que generalmente se denomina riesgo regulatorio. Los costos de la regulación, entonces, no solo son asumidos por los operadores del servicio, sino también por los propios usuarios, a través del sistema impositivo y las propias tarifas.

En este orden de ideas, y de acuerdo a la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Actividad Privada, los entes reguladores poseen las siguientes funciones:

4.1. Supervisión

La supervisión implica la verificación del cumplimiento de las obligaciones aplicables a los operadores del servicio público regulado. En general, estas obligaciones provienen de diversas fuentes, como pueden ser:

- Legales: Obligaciones provenientes de la Ley e incluso de la norma constitucional.
- Contractuales: Que provienen de los contratos celebrados entre el Estado y los prestadores del servicio, en particular los de privatización y concesión. Los organismos reguladores se convierten en los supervisores de la ejecución de los contratos antes referidos y de las actividades posteriores a la privatización.
- Técnicas: Obligaciones derivadas de normas reglamentarias generadas por el propio ente regulador, en uso de su facultad

normativa. En general, dichas normas reglamentarias contienen reglas relativas a la calidad del servicio, a los mecanismos de prestación y a los procedimientos a seguir.

Asimismo, el ente regulador supervisa el cumplimiento de los actos administrativos emitidos por dichos organismos, resoluciones que operan con carácter más bien particular.

4.2. Función reguladora

Esta función implica la determinación de tarifas, en general a través de topes máximos. La fijación de tarifas permitiría asegurar el establecimiento de las mismas de manera acorde con el mercado, a través de criterios técnicos, de tal forma que el ente regulador establezca cual sería la tarifa adecuada.

La función reguladora configura quizá la función más polémica de los entes que venimos describiendo. Ello dado que no es razonable determinar precios administrativamente si es que el servicio se encuentra sometido al régimen de libre competencia, puesto que el mercado establecerá la tarifa más eficiente. Desafortunadamente, en muchas oportunidades se emplea el control de precios por motivos políticos, sin que existan razones técnicas que lo justifiquen y cuando el mercado puede definir de manera adecuada el nivel de precios⁽⁶⁾.

Asimismo, el procedimiento de fijación de tarifas, tal como está diseñado, presenta algunos defectos que deben ser subsanados. En este ámbito, la información relevante dentro de este procedimiento nunca se hace pública. Además, ninguna de las partes debe fundamentar sus estudios ni decisiones y tampoco los cálculos que dan por resultado las nuevas tarifas es replicable por terceros. Más aún, el regulador no tiene propiamente la obligación de mostrar cómo y por qué llegó a las tarifas que finalmente decreta. Esta falta de transparencia impide que la fijación de tarifas quede sometida al escrutinio público e impide que terceros afectados, entre ellos las demás empresas de la industria y los usuarios, puedan evaluar y observar las decisiones regulatorias. Por lo tanto, se necesita que las bases del

⁽⁶⁾ Gaspar Ariño Ortiz: *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 40 y ss.

estudio, la información utilizada y los procedimientos de cálculo se hagan públicos una vez finalizado el proceso a través de todos los medios disponibles actualmente. Es en el controvertido ámbito de la regulación de los servicios telefónicos en el que se hace más plausibles las dificultades que venimos refiriendo.

Asimismo, el proceso de fijación de tarifas no soluciona razonablemente el problema de información asimétrica entre empresas reguladas y la autoridad, que se ve exacerbado por la inexistencia de una sistema de contabilidad regulatoria que permita recabar continuamente información estandarizada. Una vez analizados todos los problemas que genera la regulación de tarifas, queda claro que la misma debe establecerse excepcionalmente, siendo dicha regulación una tarea que debe asignarse fundamentalmente al mercado y no a un ente estatal.

4.3. Función normativa

La función normativa permite dictar reglamentos y normas para regular la prestación del servicio⁽⁷⁾. Los reglamentos de los organismos reguladores complementan la regulación económica efectuada por la Ley, y a la vez, complementan las obligaciones de los prestadores del servicio resultantes del contrato de concesión. Las normas emitidas por los entes pueden ser técnicas o jurídicas, en virtud del enfoque que establezcan y se refieren fundamentalmente a la calidad y las modalidades de prestación de los servicios. Y es que los reglamentos emitidos por los organismos reguladores conforman un clásico ejemplo de reglamentos autónomos, puesto que no reglamentan ley alguna. Ello no justifica, sin embargo, que no exista una norma legal que autorice la emisión reglamentaria ni que la emisión de los mismos no se sujete a determinados parámetros.

Es evidente, además, que dichos reglamentos no pueden afectar situaciones jurídicas que se encuentran reservadas a la Ley. Ello tiene su origen en el hecho de que solo por Ley puede restringirse derechos fundamentales. A ello hay que agregar el hecho de que la fun-

⁽⁷⁾ Artículo 3º de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

ción supervisora y por ende, la función fiscalizadora, se basan en las obligaciones que provienen de los reglamentos existentes, en particular respecto a los operadores del servicio.

Sin embargo, la Ley N° 27631 modifica el inciso c) del artículo tres de la Ley Marco de Organismos Reguladores, estableciendo que la función normativa incluye la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en las normas, aprobando su propia escala de sanciones, dentro de los límites establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del sector al que pertenece el Organismo Regulado. Esta norma afecta de manera directa principios administrativos establecidos por la doctrina, la jurisprudencia y la Ley de Procedimiento Administrativo General, como el principio de tipicidad, que explicita que solamente por ley puede tipificarse infracciones y determinarse sanciones. La función normativa, entonces, se transforma en un elemento adicional a discutir en el funcionamiento de los organismos reguladores.

4.4. Función de fiscalización

La actividad fiscalizadora implica imponer sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones materia de supervisión. Dichas sanciones están determinadas por las normas que regulan el servicio en cuestión y el funcionamiento del ente regulador del cual se trate.

Esta función genera también algunos inconvenientes, derivados del control que el ordenamiento jurídico debe realizar de la actividad sancionadora del Estado. Existe un conjunto de garantías que son aplicables al procedimiento administrativo sancionador que pueden considerarse similares a las aplicables al proceso penal. Principios tan importantes como los de legalidad, tipicidad, razonabilidad, *non bis in ídem* y causalidad son también pertinentes respecto a las sanciones que aplica la Administración Pública.

4.5. Función de resolución de controversias

Los entes reguladores concilian intereses de las empresas o entidades y los usuarios. Ello ocurre en ejercicio de la función cuasijurisdiccional de la Administración Pública y como mecanismo

para permitir la solución de los conflictos en el ámbito administrativo y que los mismos lleguen de manera limitada al Poder Judicial. Como resultado, los organismos reguladores asignan derechos, imponen deberes, modifican relaciones y situaciones jurídicas y establecen sanciones.

Para ello existe un Tribunal de Solución de Controversias en cada organismo regulador, el mismo que se encuentra encargado de la solución de los conflictos que se generen. La resolución emitida por el tribunal agota la vía administrativa, es de obligatorio cumplimiento y genera precedente de observancia obligatoria. Según la Ley, el Tribunal de cada organismo Regulador estará conformado por cinco (5) miembros designados por resolución suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, por el Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro del sector al que pertenece la actividad económica regulada.

Sin embargo, dichos tribunales administrativos no poseen carácter jurisdiccional, sino administrativo, siendo sus resoluciones susceptibles de ser impugnadas ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo. A este nivel existen ciertas limitaciones que es preciso apuntar. En primer lugar, la falta de especialización del Poder Judicial para el manejo de los procesos judiciales respecto a cuestiones técnicas referidas a la prestación de los servicios públicos, que va ligada a la ausencia de salas o tribunales especializados a su interior. En segundo lugar, el desconocimiento de las potencialidades de un nuevo proceso contencioso administrativo, que permite establecer mecanismos de plena jurisdicción.

4.5. Resolución de reclamos

Evidentemente, los entes reguladores resuelven los reclamos de los usuarios respecto a los servicios que regulan y en relación con las empresas que los prestan. Es necesario, sin embargo, que el usuario realice la acción previa, que consiste en la presentación del reclamo ante el prestador del servicio. Para efectos jurídicos, el procedimiento se inicia ante dicho prestador, lo cual pretende servir también como mecanismo de filtro para que únicamente los reclamos realmente importantes sean tramitados por el ente regulador.

IV. LIMITACIONES Y ALTERNATIVAS AL EMPLEO DE ORGANISMOS REGULADORES

Como lo hemos señalado, la razón de ser de los entes reguladores estriba en la autonomía que los mismos tienen, a fin de operar como árbitros de la prestación del servicio. Sin embargo, existen ciertas limitaciones que impiden que dicha actuación sea eficiente. En primer lugar, es necesario hacer mención a la influencia del poder político en el funcionamiento de los citados entes. Como resultado, el rol arbitral al que hacemos referencia se encuentra desvirtuado. Una solución estribaría en exigir –como en el esquema norteamericano– el nombramiento conjunto de los miembros de los consejos directivos por parte del Presidente y el Congreso. Ello, sin embargo, no es absoluta garantía de imparcialidad.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta la necesidad del control sobre la propia regulación a fin de evitar que ésta termine por asfixiar a los operadores, y como resultado, a los propios usuarios. Como lo hemos señalado reiteradamente, la regulación es costosa, y le cuesta en especial a los usuarios y a la sociedad en su conjunto.

El problema de la captura del organismo regulador.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta el riesgo de captura por el sector regulado al cual hemos hecho referencia líneas arriba. Las empresas reguladas pueden, por un lado, intentar reducir la regulación que se ejerce sobre ellas, y por otro lado, presionar para el incremento de controles para quienes pretenden incorporarse al mercado, a fin de reducir la competencia.

Asimismo, las empresas pueden manipular la regulación a fin de que la misma se aplique a otros sectores que en el mediano plazo pueden competir con dichas empresas⁽⁸⁾. En consecuencia, la regulación económica, lejos de favorecer al usuario, o al adecuado funcionamiento del mercado, terminaría favoreciendo únicamente a ciertas empre-

⁽⁸⁾ Un ejemplo interesante de esto puede encontrarse en la manipulación empleada por los operadores norteamericanos de ferrocarriles al interior de la famosa Comisión Interestatal de Comercio a fin de que la regulación se aplique también al transporte por carretera. Sobre el particular, Milton Friedman: *Libertad de Elegir*, Barcelona, Grijalbo, 1980, p. 275-277.

sas –no a todas, como es obvio– que son las que han adquirido el control de la citada regulación. La regulación se convierte en un mecanismo para proteger intereses privados a costa del interés público ⁽⁹⁾.

Ahora bien, la necesidad de las empresas privadas de reducir la competencia tiene relación directa con el hecho de que mientras más reducido es el grupo que actúa en su propio interés, resulta más efectivo en la obtención de los resultados respectivos. Mientras más conexos sean los intereses en juego mayor será la posibilidad de hacer efectivos los mismos en la práctica ⁽¹⁰⁾. Como obvio resultado, a los operadores de los servicios les resulta más sencillo influir en el organismo regulador que a los usuarios, considerando además los costos de transacción que ello entraña. Incluso la propia regulación se convierte en un bien susceptible de poseer un valor de mercado y de someterse a las leyes de la oferta y de la demanda.

Lo que venimos analizando nos lleva a constatar una realidad evidente: mientras mayor sea la cantidad de operadores de un servicio mucho más difícil resultará que los mismos se pongan de acuerdo. Los grandes grupos no actúan a favor de los intereses de grupo, sino a favor de sus propios intereses. Como resultado, mientras mayor sea la cantidad de entidades reguladas, el riesgo de captura tenderá a ser menor. Ahora bien, como la competencia será más plausible, y a la vez, los costos de la regulación serán mayores, será necesario reducir la intensidad de la regulación, lo cual favorecerá a la sociedad en su conjunto.

V. VALIDEZ DE SU INCORPORACION A UN TEXTO CONSTITUCIONAL

Ahora bien, resulta inadecuado incluir referencias a los organismos reguladores en una norma constitucional, tal como lo hace el proyecto de Constitución, puesto que tal previsión limita seriamente las posibilidades de modificar el esquema establecido, de acuerdo

⁽⁹⁾ Lluís Cases Pallares: *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 29 y ss.

⁽¹⁰⁾ Sobre el particular: Mancur Olson: "La lógica de la acción colectiva", en: *Diez Textos de Ciencia Política*. Barcelona: Ariel, 1992, p. 204.

con los requerimientos económicos. Ello ocurre dada la especial configuración de los organismos reguladores, cuya existencia tiene sentido en tanto el mercado no pueda regular eficientemente los servicios públicos. Una vez que el libre juego de la oferta y la demanda pueda asegurar la prestación de los servicios - así como reglar la calidad y el precio - la intensidad de la regulación estatal deberá disminuir seriamente, hasta reducirse al mínimo indispensable. La configuración actual de los organismos reguladores resulta provisional, susceptible de ser modificada una vez que el mercado establezca sus propias regulaciones.

En este orden de ideas, el establecimiento de organismos reguladores en un texto constitucional configura un esquema demasiado rígido. A su vez, los convierte en organismos constitucionales autónomos, tal que una modificación importante a su configuración orgánica y sus funciones implicaría una reforma constitucional, con las dificultades que ello conlleva. El establecimiento de los organismos reguladores como entes constitucionales, tal como lo venimos señalando, generaría ciertas desventajas, derivadas de la rigidez con las que se les dotaría, lo cual no permitiría establecer modificaciones en su composición y funciones ante los cambios que ocurren en el mercado⁽¹¹⁾. Desde este punto de vista administrativo, los cambios que pretenden aprobarse separan a los entes reguladores del plano sectorial, operando en paralelo a los demás poderes del Estado.

Una constitución, de conformidad con lo establecido por un grueso sector de la doctrina, es una norma que se aprueba con vocación de permanencia, de tal forma que no resulta adecuado normar situaciones que por definición pueden cambiar en el tiempo. La concepción del régimen económico en una constitución parte de la necesidad de establecer lineamientos generales, que permitan el funcionamiento adecuado de las fuerzas del mercado y el libre accionar de la iniciativa privada. Establecer un régimen rígido de intervención estatal no permite lo que venimos señalando.

⁽¹¹⁾ Ejemplos de esta técnica puede encontrarse en la Constitución argentina, en su artículo 42°. Sobre el particular: Pérez Hualde, *Op. cit.*, p. 71.

EL DERECHO DE ACCESO IGUALITARIO A LOS CARGOS PUBLICOS EN EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA CONSTITUCION ^(*)

Juan Carlos Morón Urbina ^(**)

"(...) La obra del legislador no es completa cuando ha dado solamente tranquilidad a un pueblo: aun estando éste contento, falta todavía mucho por hacer. Es necesario que las instituciones acaben la educación moral de los ciudadanos. Respetando sus derechos individuales, manteniendo su independencia, no turbando sus ocupaciones, debe, sin embargo, procurarse que consagren su influencia hacia las cosas públicas; llamarles a que concurran con sus determinaciones y sufragios al ejercicio del poder; garantizarles un derecho de vigilancia por medio de la manifestación de sus opiniones y, formándoles de este modo por la práctica a estas funciones elevadas, darles a un mismo tiempo el deseo y la facultad de poder desempeñarlas".

Benjamín Constant, "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos". (Palabras finales en su discurso pronunciado en el Ateneo de París, 1819)

^(*) Un análisis general sobre este derecho fundamental, lo realizamos en "El derecho constitucional de acceso igualitario a los cargos públicos", publicado en nuestra colección de ensayos *Derecho Procesal Administrativo*, Volumen II, Editorial Rodhas, 2000.

^(**) Profesor Derecho Administrativo PUC.

Sumario: I. Planteamiento del tema. II. Delimitación del derecho. III. Titulares del derecho. IV. Contenido del derecho. V. Naturaleza del derecho. VI. Efectos de este derecho sobre el régimen de la administración pública. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El proyecto de Ley de Reforma de la Constitución prevé la reinstalación del derecho constitucional de acceso igualitario a los cargos públicos en el modo siguiente:

“Artículo 93.- La función pública se desarrolla conforme a los principios de imparcialidad, probidad, actuación orientada a los fines de la administración, e independencia de su ejercicio. Existe igualdad de acceso a la función pública en consideración de los méritos, sin discriminación ni preferencia alguna. (...)”.

Con esta propuesta el legislador se reconcilia con este derecho fundamental, que fuera exigido por los pueblos desde los albores de nuestro Estado contemporáneo y, ha merecido ser acogido prácticamente en todas las declaraciones internacionales de orden general y específico ⁽¹⁾ sobre derechos humanos.

En efecto, el derecho al acceso a las funciones o a los cargos públicos apareció desde la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 (Artículo 6.- (...) Como todos los ciudadanos son iguales a sus ojos, todos son igualmente admisibles a las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin más distinción que la de sus virtudes y sus talentos), fue reiterado luego tanto en la Declaración e los derechos del hombre y del ciudadano del 24 de junio de 1793 (Art. 18) como en la Constitución francesa de 1793 (Art. 5); y actualmente es reconocido prácticamente por todas las Constituciones del mundo.

Nos informa Bartolomé FIORINI (Derecho Administrativo, Tomo I, p. 702) que este derecho político surgió durante la brega de la revo-

⁽¹⁾ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 21; Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Art. 25 literal c); Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 23, numeral 1, literal c); Convención Interamericana contra la Corrupción, Art. III, fracción 5.

lución francesa como una expresión de *“repulsa a una época en que la función pública correspondía a una clase y como signo de privilegio”*; por lo que a partir de su reconocimiento, se concibe que las funciones públicas no son, ni pueden serlo, privilegio exclusivo de una clase, del partido político favorecido electoralmente, ni de grupo alguno de la sociedad, ni tampoco puede ser obtenido por medios venales: pues todo ciudadano tiene el derecho a aspirar a ellas.

Ciertas formas de ingreso a la función pública, que en su momento fueron considerados válidos, tales como la herencia, los vínculos familiares, la compraventa, el arriendo, el sorteo, tienen hoy para nosotros un valor puramente histórico y anecdótico, puesto que están en pugna con el moderno concepto del Estado, de gobierno republicano y de la Administración Pública.

Sin embargo, esta decisión colisiona con las prácticas y costumbres de los gobiernos nacionales, como por ejemplo, la de considerar prácticamente un derecho de la militancia de los partidos políticos de turno, el copamiento de los cargos públicos de todo nivel. Esperemos que de esta colisión surja la única consecuencia posible jurídicamente: la eliminación de esta malsana práctica política y su enjuiciamiento, a través de los mecanismos de control constitucional.

II. DELIMITACION DEL DERECHO

Con carácter operativo hacemos nuestra la definición siguiente de FIORINI (op. cit., p. 792) acerca de este derecho, como aquel derecho público subjetivo bien delimitado y justificado al empleo estatal que representa el reconocimiento que hace la Constitución a los habitantes de tener acceso igualitario en las oportunidades en que el Estado lo requiera de acuerdo a las normas que lo reglamenten para mayor eficacia de las prestaciones y mayor garantía para la idoneidad.

Lo cual no quiere decir que para acceder a la función pública, el ciudadano deje de lado las condiciones de capacidad que la ley pueda razonablemente exigir; si no que todo ciudadano, sea cualquiera la forma de su nacimiento, clase, raza, sexo, posición familiar, filiación u opinión política, cuando cumpla con esas condiciones objetivas de capacidad, puede aspirar en condiciones de igualdad a todos los empleos, sin discriminación alguna. A su vez, este derecho tam-

poco significa que el Estado quede obligado a conceder empleos a quienes se lo requieran, sino sólo a participar en plano de igualdad cuando exista la necesidad de dar cobertura a algún cargo.

La doctrina admite dos vertientes de este derecho, en función del tipo de cargos sobre los cuales puede ser ejercido: en el campo de los cargos representativos, que da origen a su estudio por el derecho electoral y parlamentario particularmente en cuanto al régimen de igualdad para el sufragio pasivo y activo, y, en el campo de los cargos no representativos, esto es, en los cargos administrativos propios de la Administración Pública orgánica, que da origen a su estudio por el derecho administrativo en cuanto debe normar el régimen de la función pública de modo tal a fin que preserve el derecho de todo ciudadano para el acceso igualitario a los cargos públicos.

III. TITULARES DEL DERECHO

Es bastante claro que los titulares de este derecho son los ciudadanos en sentido estricto, esto es, aquellos quienes poseen la calidad de ciudadanía suficiente como para calificarlos con interés directo y legítimo para actuar en los asuntos públicos y cargos funcionales del Estado. Así se deriva tanto de la trayectoria histórica de este derecho como del propio tenor de los tratados y convenios internacionales sobre el tema, que hemos glosado. No obstante, la ciudadanía no la podemos identificar necesariamente con la nacionalidad, por cuanto, las legislaciones señalan con frecuencia matices, que hacen permitir incorporar en la ciudadanía a no nacionales, en cuyo caso, la titularidad del derecho también les comprenderá (por ejemplo, en las elecciones municipales)

Por ende se descarta que este derecho pueda ser asumido por personas jurídicas, incluyendo los partidos políticos.

IV. CONTENIDO DEL DERECHO

La consagración de este derecho, en el ámbito constitucional, busca acabar con cualquier exclusión en cuanto al desempeño de actividades que involucren función pública, que por su mismo carácter de ser públicas han de estar abiertas a la posibilidad de ser ejercidas por cualquier ciudadano que cumpla los requisitos exigidos por la

Ley. Quedaran así definitivamente calificadas como inconstitucionales, y, por ende, controlables mediante las acciones de garantía, cualquier discriminación por razón de la religión, ideología, sexo, legitimidad del nacimiento, familiaridad, vinculación política, y las preeminencias no justificadas de algunas personas para desempeñar funciones públicas.

En otras palabras, a partir de esta consagración constitucional no cabe impedir que en razón de su ideología, pueda acceder a un cargo diplomático, policial o militar, o que una mujer sea ministro, o registrador de la propiedad, como tampoco un hijo ilegítimo puede verse obligado a hacer constar tal circunstancia en cualquier solicitud de acceso a cargo público o una profesión cualquiera.

Conviene en primer momento a fin de descartar equívocas interpretaciones, clarificar con precisión qué supuestos no son amparados por este derecho.

Pues bien, ¿qué no comprende este derecho? Fundamentalmente han existido dos ideas equivocadas sobre su contenido, que conviene aclarar, que en absoluto este derecho no involucra:

- Una pretendida facultad absoluta de todos los ciudadanos para desempeñar directamente cualesquier función pública específica. La verdad es que el derecho sólo consagra la posibilidad de participar igualitariamente en los procesos de selección y no un derecho a ocupar determinada función pública.
- Una pretendida facultad para obtener determinados beneficios o contraprestaciones en particular por el ejercicio de una función pública. Tales aspectos son derivaciones del régimen laboral propio y no emanan de este derecho de acceso.
- El derecho público subjetivo de todos los ciudadanos para participar, al margen de sus habilidades o condiciones objetivas, en cualquier proceso de selección, por su sola condición de ser ciudadano. Por lo contrario, este derecho es perfectamente compatible con el establecimiento de requisitos razonables con la función que se ha de desarrollar.

Delimitando de esta manera aquellos aspectos no comprendidos por este derecho, nos queda por enunciar cuales sí son las facultades que derivan del derecho de acceso igualitario a las funciones

publicas. Para ello la doctrina sintéticamente afirma que consagran una *situación jurídica de igualdad de los ciudadanos*:

- En el acceso a los cargos públicos.
- En la permanencia en los cargos públicos.
- En el ejercicio de los cargos públicos.

4.1. Un Derecho al tratamiento igualitario para el acceso a la función pública

La primera relación espontánea que apreciamos entre el derecho de igualdad en el acceso a la función pública, con algún otro derecho humano tradicional es con el de igualdad.

En efecto, la fuente principal de este derecho, es el tradicional derecho de igualdad, del cual deriva y acaso su origen haya sido sólo una concreción o una aplicación a un caso específico. De hecho, muchas de las constituciones que actualmente la acogen la ubican próxima al derecho a la igualdad (Ej. Alemania, Italia, Grecia, etc.). Si este derecho se agotara con un tratamiento igualitario, podríamos manifestar que su existencia en sí mismo es superflua. Sin embargo, debemos advertir que se trata de un derecho que a diferencia del derecho clásico de la igualdad se proyecta no sólo como un derecho ante la aplicación de la ley, sino como un derecho exigible al propio legislador, o lo que es lo mismo una igualdad en la ley.

Pero eso no es todo. Con la consolidación del Estado democrático, la exigencia de este derecho individual se ha convertido en uno de los vértices de la participación política de las minorías, y como tal las declaraciones y convenios la consagran como un derecho político de participación, y no solo como un derecho individual a la mera igualdad formal.

Este derecho es perfectamente compatible con que la ley señale requisitos y condiciones necesarios y objetivos para ingresar a los cargos y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Por ello, la fórmula elegida por el legislador en el proyecto hace expresa mención a los méritos.

El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca re-

quisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, o requisitos subjetivos, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales.

Para asegurar la igualdad, por otra parte, es indispensable que los procedimientos de selección sean abiertos y generales, dentro de los cuales, los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamento objetivo y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca.

4.2. Derecho de permanencia en la función pública

La situación paritaria de los ciudadanos es consagrada por este derecho, para garantizar su acceso efectivo a la función pública y, por ende, a participar en el ejercicio del poder público.

Pero ello, no debe llevar al equívoco de pensar que únicamente protege la posibilidad de postulación a un cargo o el derecho de ingreso. Por el contrario, para reportar una situación efectiva para el ciudadano, este derecho debe proyectarse a lo largo del transcurso de la relación funcional, entendiéndolo como un ámbito protegido para la permanencia tanto en el cargo como en su ejercicio, pues, de otro modo, sería muy fácilmente vaciado de contenido por sus opositores.

De tal modo, existe consenso en señalar que el derecho a acceder a la función pública comprende también el de permanecer en tal estatuto jurídico en condiciones de igualdad con los requisitos que señalan las leyes.

En ese sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia constitucional española quien ha establecido fundamentalmente la siguiente doctrina:

“(…) ningún reparo cabe oponer a la proyección del principio de igualdad no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas, sino también a todo lo largo de la duración de la relación funcional o asimilada a estos efectos (entre otras, SSTC 15/1988, fundamento jurídico 2, con remisión a la STC 75/1983 y 47/1989, fundamento jurídico 2), siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo” (STC 192/1991, fj 4).

Sustentada en esta proyección del derecho al acceso igualitario a la función pública, podemos derivar algunas sencillas, pero importantes reglas:

- La necesidad de existir previsión legal expresa para fijar las causas de cese de la función pública, puesto que se intenta evitar que se afecte el derecho mediante la remoción de la función sin mediar causas legales o sin seguir el procedimiento legalmente previsto en la normativa con carácter general. (SSTC 10/193, 28/1984, 133/1989, 136/1989 y 7/1992.
- Limitar los supuestos en que autoridades con representación política, deje de pertenecer al cargo por decisiones distintas a la voluntad de sus electores. SSTC 5/1983 y 10/1983.
- Finalmente, comprendiendo nuestro derecho la consagración de todas estas facultades, es concordante concluir que el derecho de acceso igualitario a la función pública también comprende la facultad de *contestar*, mediante la acción de garantía correspondiente contra los actos de poder (de creación de normas o de aplicaciones de ellas) que impidan o menoscaben las condiciones de igualdad en el acceso, permanencia y ejercicio de la función pública.

No debemos pasar por alto, que para el Comité de Derechos Humanos, el acceso a la administración pública basado en los méritos, la igualdad de oportunidades y la estabilidad en el cargo, garantiza también el libre desempeño del cargo, alejado de toda injerencia o presión política (Observación general N° 25, párrafo 23). Desde esta perspectiva, el respeto del derecho de acceder a las funciones públicas y al principio de no-discriminación, obliga a las autoridades estatales, al momento de seleccionar a quienes ingresan al sector público, a evaluar únicamente la capacidad y los méritos de quienes participan en los concursos de admisión.

V. NATURALEZA DEL DERECHO

La doctrina ha establecido que en la naturaleza de este derecho participan dos elementos que lo caracterizan: es un derecho fundamental de configuración legal y tener un carácter reaccional. Veamos cada uno de estas notas tipificantes:

La primera calificación de *derecho fundamental de configuración legal*, se debe a que la ley aparece indudablemente como medio para que el ejercicio pueda ser efectivo, en una suerte de deber positivo específico que al Estado le corresponde asumir para darle cobertura, límites, y procedimientos necesarios a este derecho de acceso a cargos públicos.

Como bien expresa la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para la vigencia de este derecho se exige la legislación correspondiente, que consagre las condiciones de igualdad en el acceso para los cargos públicos. Así, nos expresa, que: "*La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal*".

Respecto a la naturaleza de *derecho reaccional*, se afirma que la consagración de este derecho no conlleva en realidad un derecho sustantivo que pueda hacer exigible a favor del titular alguna prestación o obtención patrimonial, sino que se trata de un status especial de derecho político dirigido a impugnar ante la autoridad jurisdiccional los actos del poder que hayan podido impedir o menoscabar aquel acceso en condiciones igualitarias. Según se anota en esta característica, nos encontramos frente a un derecho fundamental cuya posibilidad de acción que brinda es la de cuestionar cualquier acto legislativo o administrativo.

VI. EFECTOS DE ESTE DERECHO SOBRE EL REGIMEN DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Conforme a su naturaleza, este derecho fundamental conlleva un determinado perfil en la Administración Pública, particularmente en lo que atañe al régimen de los empleados públicos. Perfil que se concretan en determinadas reglas que tanto el Legislador al establecer el régimen normativo, como los operadores de la normativa una vez aprobada al aplicarla, deben cumplir.

A continuación algunas pautas sobre ellas:

- El Estado, a partir de la consagración constitucional de este derecho, tiene algunos deberes positivos concretos: tales como, or-

ganizar las vías necesarias para dar cabida al derecho. (Carrera pública, procesos transparentes de selección de personal, incorporación de reglas de renovación periódica en cargos públicos, etc.). Para ello, el legislador goza de un amplio margen para la regulación del sistema de acceso, para la fijación de los méritos y capacidades que se han de considerar en el caso en concreto, todos ellos, razonables y objetivos. La unificación del régimen laboral del funcionario y servidor público, para superar el dobleamiento de regímenes que existen actualmente, en carrera pública y régimen laboral privado.

- La existencia del derecho de acceso igualitario a los cargos públicos, limita la discrecionalidad del detentador del poder público para elegir a quienes han de ocupar cargos públicos o funciones en la Administración (respecto a los profesionales de la Administración Pública), y la discrecionalidad del legislador ordinario para organizar el marco legal de los procesos de selección de funcionarios y empleados públicos (requisitos, condiciones de elegibilidad, exigencias para las inscripciones, etc.). Como bien expresa la Corte Constitucional Colombiana sobre este derecho:

“El acceso al servicio público mediante concurso que determine méritos y calidades, es una manifestación concreta del derecho a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos. La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado” (Sentencia No. 041/95 de la Corte Constitucional de Colombia).

- El régimen laboral del empleado público debe garantizar el acceso en condiciones de igualdad a la función pública, debiendo ser razonables y objetivos los criterios y procedimientos para acceder a ella.
- Dentro de la administración pública deben proscribirse todas las prácticas, actos administrativos o convencionales que atentan contra el derecho de acceso igualitario a los cargos públicos por consistir en privilegios o actos discriminatorios (por ejemplo, el nepotismo, pruebas restringidas, convocatorias ad personam, la

acumulación de cargos públicos, establecimiento en pactos colectivos de cláusulas sobre cargos hereditarios, etc.). En ese sentido, debe regularse un sistema uniforme de acceso transparente e igualitario a las funciones públicas. La ley sólo podría incluir factores objetivos de selección basados en razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal

- Las causales para la inelegibilidad en algún cargo deben ser expresas, así como los requisitos para acceder a ellos. No pueden ser establecidos en vía reglamentaria.
- Para cautelar la vigencia del derecho luego del acceso a la función, las causales de separación deben ser expresadas en la legislación, la interpretación para su aplicación, ha de ser del modo que menos restrinja la existencia de este derecho.

BIBLIOGRAFIA

- Fossas Espadaler, Enric. 1993, "El derecho de acceso a los cargos públicos". Colección: Temas Clave de la Constitución Española (Dirigida por Pedro de Vega). Editorial Tecnos, España.
- Garcia-Trevijano, Garnica, Ernesto. "Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública". Revista de Administración Pública, N° 121, Enero - Abril 1990. Centro de Estudios Constitucionales.
- Guillen Carames, Javier y Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel. "El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las administraciones públicas de los estados miembros". En: Revista de Administración Pública, No. 146, pp. 467a 499, Mayo-Agosto 1998.
- Pulido Quecedo, Manuel. "Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas. (Comentario a la STC 47/1990, de 20 de marzo)". Revista Española de Derecho Constitucional, Año 10, N° 30, Setiembre-Diciembre 1990.
- Pulido Quecedo, Manuel. 1992 "El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución". Serie Monografías Civitas. Parlamento de Navarra/Civitas. Madrid.
- Guillen Carames, Javier y Fuentetaja Pastor, Jesús A. "El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones públicas de los Estados miembros". Revista de Administración Pública, N° 146, mayo-agosto 1998.

- J. Santamaria Pastor. Comentarios al Art. 23.1. de la Constitución del Estado. En: Comentarios A La Constitución Española De 1978 (Dirigida por F. Garrido Falla). Civitas, Madrid, 1980, p. 293.
- F. Garrido Falla. Comentarios al Art. 23.2. de la Constitución del Estado. En: Comentarios A La Constitución Española De 1978 (Dirigida por F. Garrido Falla). Civitas, Madrid, 1980, p. 298 y 299.
- Sánchez Morón, M. Comentario al artículo 23.2 C.E. En Comentarios a las Leyes Políticas, Tomo VIII, p. 283.
- Entrena Cuesta, Rafael. El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional. En Estudios Sobre La Constitución Española, t. III, pp. 2600 y ss.

LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL

Hebert Tassano Velaochaga

Actualmente, el Perú se encuentra en medio de un debate constitucional que tiene por finalidad dar al Perú, nuevamente, una nueva Constitución. Dentro de este debate que se lleva a cabo principalmente dentro del Congreso de la República, queremos referirnos a un punto que consideramos esencial en la estructura del Estado y es el tema de la Administración Pública, tomando en cuenta que la Constitución es la ley fundamental de un Estado y la "guía" para su gobernabilidad y en la cual deben quedar claros y bien sustentados todos los aspectos del mismo.

La constitución fija los límites y define las relaciones entre los "poderes" legislativo, ejecutivo y judicial del Estado, estableciendo así las bases para un adecuado gobierno, mediante un equilibrio de "poderes" o mejor dicho de funciones. Además de ello, también garantiza a los ciudadanos determinados derechos. Así, la Constitución es un conjunto de reglas en materia de gobierno y de la vida de la comunidad.

Siendo la Administración Pública, el instrumento a través del cual se ejercita el poder del Estado, ejecutando con mayor o menor eficiencia las decisiones del gobierno de turno, desarrollando las acciones de normar y regular, las actividades del Estado, la producción, la gestión social etc., la Constitución debe definir las líneas maestra sobre las cuales se debe construir y regular la Administra-

ción Pública, garantizando así, que la gestión del Estado sirva para la protección y servicio de los interés generales y no de los particulares, actuando bajo ciertos principios, como son los de eficiencia, planificación, legalidad, transparencia y servicio al ciudadano.

En nuestro país, la Administración Pública y por tanto el régimen de carrera pública o servicio civil se ha visto fuertemente debilitado, no existiendo un verdadero régimen de servicio civil que sirva de base para la labor que realiza el Estado, algo con lo cual cuenta todo Estado moderno.

En la actualidad existen diversos Regímenes de contratación del personal que labora para el sector público, con condiciones y remuneraciones diversas, sin criterios uniformes para el ingreso y salida de personal. Actualmente en el Gobierno Central coexisten principalmente tres Regímenes de contratación de personal: el de los nombrados y contratados bajo el régimen laboral público (Decreto Legislativo No. 276), los contratados bajo el régimen laboral privado (Decreto Legislativo No. 728) y los contratados mediante servicios no personales. Estos Regímenes se sujetan a principios, criterios y normas disímiles entre sí: el régimen público, de naturaleza estatutaria, está regido por el derecho administrativo; el régimen privado, de naturaleza contractual, se regula por el derecho laboral; a los contratos de servicios no personales no corresponde ninguna regulación legal específica, cuyo contenido no está regulado legislativamente.

Las restricciones en las normas de austeridad, que durante la década pasada prohibieron el nombramiento y contratación de personal para las tareas de naturaleza permanente, han dado lugar a la falta de sinceramiento en los Cuadros Analíticos de Personal (CAP) y consecuentemente en los Presupuestos Analíticos de Personal (PAP). El resultado ha sido el uso desmedido de contratos bajo la modalidad de servicios no personales.

No hay en la actualidad una entidad que centralice la información de quiénes son, dónde están y cuánto ganan quienes trabajan para el Gobierno Central y los niveles remunerativos del sector público dependen de la modalidad de contratación del personal.

Desde siempre, los servidores y funcionarios públicos estuvieron sujetos a un régimen laboral distinto a los trabajadores de la acti-

vidad privada, situación que tiene sustento y clara acogida tanto en la Constitución de 1979 como en la de 1993.

En la década de los ochenta, fueron expresamente unificados dentro del régimen de la actividad privada todos los trabajadores de las empresas del Estado.

A mediados de la década de los noventa, dentro de un proceso de reforma del Estado que quedó trunco, una serie de entidades e instituciones públicas comenzó también a migrar hacia el régimen laboral privado: entre ellas, algunas totalmente nuevas –como INDECOPI, OSINERG, CONASEV; otras reconstituidas– como la Contraloría General de la República, SUNAT y Aduanas; e incluso algunas instituciones paradigmáticamente públicas y estatales como el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

Hasta ahora nunca se ha efectuado examen o balance alguno acerca del impacto que esta migración ha tenido, ni su costo, ni lo que significa en términos de ventajas e inconvenientes.

Podemos dar aquí algunas ideas, el régimen laboral privado aporta, en teoría, una mayor flexibilidad en la administración de los recursos humanos, a partir sobre todo de la posibilidad de fijar con libertad las remuneraciones, establecer las categorías, determinar las funciones y aplicar directamente sanciones. El régimen público es, en ese sentido, más rígido y estratificado.

Sucede, empero, que en muchas organizaciones que hoy actúan como privadas en lo laboral subsisten métodos y sistemas heredados del otro régimen, de modo que se ha creado una mixtura constituida, no por lo mejor de cada uno de dichos Regímenes, sino probablemente por lo más negativo que uno y otro puedan tener. Se llega así a un sistema que se administra como público pero cuesta como privado.

Dentro de ese proceso se ha ido diluyendo el concepto de “carrera pública” y se ha perdido toda iniciativa centralizada en materia de capacitación, calificación y desarrollo de cuadros profesionales, encargo que ha quedado dentro de la órbita de decisión de cada entidad, dentro de un panorama presupuestal que en gran número de casos ha caído en el abandono.

Correlativamente con lo anterior, el Estado no puede renunciar al ideal de formar y mantener cuadros altamente calificados y capacitados, adecuadamente remunerados y con vocación de permanencia.

La alta rotación de los cuadros, fruto de la falta de incentivos y de garantías de estabilidad, genera altos costos para el Estado, porque desperdicia todo lo invertido en capacitación (que es aprovechado por terceros y aún por la actividad privada) y obliga a nuevas y costosas inversiones en la capacitación de los reemplazantes.

En esa línea, sin embargo, es indispensable precisar el grupo funcional al que debe ir orientado el esfuerzo de captación y retención del personal. En la visión elemental del problema, la Administración es vista como un conjunto de personas escasamente motivadas, mal remuneradas y con bajos rendimientos laborales, cuya imagen se sintetiza en la expresión despectiva de burócratas. Esa visión simplista ignora u omite considerar que hay en el Estado funcionarios altamente especializados y calificados, con un régimen de dedicación personal que desborda el simple cumplimiento del deber y que no recibe, por lo general, una compensación acorde con sus esfuerzos.

Es fácil advertir que la actual Ley de Bases, no obstante distinguir grupos y niveles, les confiere un trato igualitario, separando sólo al personal que genéricamente se conoce como "de confianza". Es necesario estudiar fórmulas que, sin descuidar al personal subalterno, ofrezcan incentivos y garantías al personal técnico y profesional con miras a incrementar su desarrollo laboral, asegurar su permanencia en el servicio y remunerar en base no sólo del nivel del cargo, sino del desarrollo profesional del funcionario, en un proceso continuo de capacitación permanente, y de sus méritos objetivamente calificados. Es necesario que quede claramente establecido cuales son los cargos políticos o de confianza, siendo lo deseable que cada vez sean menos. Asimismo, hay cargos públicos que deben contar con proceso transparentes de designación.

Lo descrito anteriormente, demuestra la necesidad de reformular el tema de la Administración Pública y para ello debemos aprovechar el debate constitucional, para que desde ahí se inicie esta reforma y modernización de este aspecto del Estado.

A nivel de Latinoamérica, existe hoy un amplio consenso sobre la necesidad de mejorar la calidad del gobierno como condición in-

dispensable para asegurar el crecimiento económico y la estabilidad democrática (Banco Mundial 1997). También hay un claro acuerdo sobre la importancia de contar con funcionarios públicos más eficientes, honestos y responsables para alcanzar dicho objetivo (BID 1994). En donde hay menos acuerdo y menos claridad, sin embargo, es en cómo lograrlo. En el caso de América Latina, algunos piensan que el mayor obstáculo para un mejor gobierno es fundamentalmente de orden cultural. Otros enfatizan problemas de carácter técnico. El diagnóstico importa, pues condiciona el tipo de estrategias a utilizar para maximizar las posibilidades del cambio. Así, si lo que se subraya es lo cultural, ello llevará –al menos en el corto plazo– a adoptar acciones que se centren en alterar las orientaciones valorativas de los funcionarios a través de campañas de comunicación y cursos de motivación, por ejemplo. Si se considera, en cambio, que el problema es técnico, el esfuerzo tenderá a concentrarse en la investigación y el análisis sobre modelos óptimos y mejores prácticas, en materia de administración de recursos humanos del sector público.

En años recientes ha aumentado el reconocimiento con respecto a la importancia de los factores políticos como condicionantes del éxito o fracaso de las reformas orientadas a fortalecer la capacidad general de acción del gobierno y, en particular, a mejorar el perfil y el desempeño de los funcionarios que lo integran. Si bien, como resultado de ello, se han producido ya estudios específicos sobre el tema, no existe aún claridad suficiente sobre el peso relativo de los distintos tipos de condiciones y estrategias que inciden sobre la distribución de poder entre los opositores y los partidarios de la reforma.

Hay autores y enfoques que enfatizan la centralidad de las instituciones políticas para explicar diferencias entre países en la capacidad de los reformadores para vencer la resistencia de los grupos que se oponen a las reformas. Si bien, para una revisión de los principales enfoques para el estudio de este tema, hay variaciones que tienden a considerar que la concentración del poder en el ejecutivo facilita el cambio. Así, por ejemplo, suelen pronosticar que a mayor disciplina y menor fragmentación partidaria –así como a mayor control del ejecutivo sobre el congreso– mayores serán las posibilidades de instrumentar la reforma.

Otras perspectivas subrayan la importancia de variables estructurales e internacionales, en particular, el aumento en la movilidad

de capital y el tránsito hacia economías más abiertas y competitivas. Estos factores son utilizados para explicar el fortalecimiento de actores tales como los inversionistas privados y los acreedores externos, capaces y dispuestos a presionar al gobierno para mejorar su desempeño. El aumento del poder de estos grupos y la fuerte vulnerabilidad política de los gobernantes frente a sus decisiones sirve, así, para explicar la introducción y el considerable éxito de reformas dirigidas, por ejemplo, a reducir los costos de las transacciones económicas (la administración de aduanas y ciertos procedimientos judiciales como garantías de crédito y redención de deudas, entre otros), o para proporcionar mayor confianza a esos actores a través de acciones que eleven la transparencia y el nivel de competencia profesional en el manejo del presupuesto, la oferta monetaria y el tipo de cambio, entre otros.

Algunos estudios sobre reformas de segunda generación y, en particular, sobre los sistemas administración del personal público, sugieren que las ideas que orientan las reformas y las estrategias de instrumentación empleadas por sus impulsores suelen ser también muy importantes para explicar variaciones en el grado de éxito entre países y sectores. Los que subrayan el papel de las ideas insisten en que éstas resultan relevantes debido a que condicionan la visibilidad de las reformas, así como su contenido específico y su grado de adecuación a los problemas que enfrentan las burocracias y los burócratas de la región. Por ello, tienden a enfatizar la necesidad de entender mejor cómo y quién participa en el diseño intelectual del cambio. Los trabajos sobre estrategias de instrumentación suelen destacar, por su parte, la utilidad de acciones capaces de alterar distribuciones de poder adversas a la reforma.

Por todo lo anterior, se debe repensar la función que debe cumplir el Estado, definiendo claramente cual es el rol que va a tener, sobre esto hay diversas teorías y planteamientos sobre los cuales el presente artículo no nos permite ampliarnos, de ahí y en base a ello pasar a reformular la estructura del Estado (numero y tamaño de Ministerios, Organismo Constitucionales, ubicación de Organismos Reguladores, etc) y sobre la base de este nuevo esquema plantear un nuevo régimen de carrera pública para los funcionarios y profesionales en el que se mantengan y establezcan requisitos de ingreso por concurso público, que ponga el debido énfasis en la profesionalización

y se otorguen garantías de permanencia, pero adecuando las normas remunerativas y sancionatorias a un esquema más acorde con sistemas más modernos de relaciones laborales, así como la necesidad de implantar una Gestión de Recurso Humanos para toda la Administración Pública, todo ello con la finalidad de evitar que la Administración Pública sea "capturada" por el partido de turno o por los grupos de poder, sirviendo en estos casos a fines particulares y no generales, evitando caer en procesos de corrupción. El contar con una adecuada Administración Pública es un factor fundamental para el proceso de consolidación democrática del país.

Esperamos pues, que estas líneas sirvan para tomar real conciencia de lo que significa la Administración Pública para el desarrollo de un Estado, la problemática por la cual atraviesa nuestra carrera administrativa y la necesidad de recoger y estructurar una nueva idea de la misma, partiendo desde la norma organizacional y fundamental que es la Constitución.

EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA CONSTITUCION, LA CONSTITUCION ECONOMICA Y LA REGULACION ECONOMICA COMO TECNICA DE REVERSION DEL ESTATISMO

Ramón Huapaya Tapia (*)

Sumario: I. Liminar: La intervención del Estado en la economía: el dilema entre equidad y eficiencia. II. Subsidiariedad y Solidaridad como principios que explican el rol del Estado en la Economía. III. Aspectos saltantes del Proyecto de Reforma de la Constitución Económica. IV. Inversión Extranjera. V. La regulación económica como técnica de reversión del intervencionismo estatal en la economía. VI. Regulación económica como actividad de ordenación y limitación de conductas. VII. Colofón: La Constitución Económica y la reversión del estatismo.

Los debates producidos con ocasión de la reforma constitucional, nos invitan a efectuar algunas reflexiones con respecto a un concepto tan complejo como interesante: las relaciones entre el concepto de Constitución Económica y las técnicas de reversión del estatismo en el ámbito de la economía. Por tal motivo, el presente trabajo pretende plantear los aspectos más saltantes derivados de la formulación del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso de la República.

(*) Profesor de la Universidad de Lima. Adjunto de docencia del curso Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. LIMINAR: LA INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA: EL DILEMA ENTRE EQUIDAD Y EFICIENCIA

FUNCIONES DEL ESTADO SEGÚN EL BANCO MUNDIAL

	Corregir las disfunciones del mercado			Aumentar la equidad
Intervención Mínima	Suministro de bienes públicos puros: Defensa Orden Público Derechos de propiedad Gestión macroeconómica Salud Pública			Protección de los pobres Programas de lucha contra la pobreza. Socorro en casos de catástrofe..
Intervención Moderada	Abordar las externalidades: Educación Básica. Medio Ambiente	Regular los monopolios: Regulación de los servicios públicos. Políticas antimonopolio.	Corregir la información imperfecta: Seguros. Reglamentación Financiera Protección al consumidor	
Intervención Dinámica	Coordinación de la actividad privada: Fomento de los mercados Iniciativas relativas a todo un sector			Redistribución: Redistribución de activos

Este cuadro resumen y sus ideas fuerzas están contenidos en el capítulo Introdutorio del Informe del Banco Mundial para el año 1997, "El Estado en un mundo cambiante". En buena cuenta, los planteamientos que contiene el referido Cuadro se explican en la medida que, en términos económicos, los roles capitales del Estado se desenvuelven en un dilema existente entre la búsqueda de la eficiencia en el desarrollo de los mercados y el aumento de la equidad en la población. Al respecto, consideramos que este dilema puede traducirse en que actualmente la actividad del Estado discurre entre los cauces establecidos por la vigencia del principio de subsidiariedad y el principio de solidaridad.

En tal sentido, se ha explicitado que existen tres fórmulas o modelos de Estado, en relación con su grado de intervención en el desarrollo de las actividades económicas, y con las variables de aumento de eficiencia, y de la equidad, como puntos cardinales de orientación de la actividad económica.

Así, existe un Estado de *intervención mínima*, en el que la actuación del Estado, en cuanto a la búsqueda de eficiencia, responde a un imperativo de Estado mínimo o "Estado policía". Así, este tipo de Estado sólo se remite a la formulación de políticas macroeconómicas básicas (estabilidad monetaria, políticas tributarias y arancelarias, entre otras), y en la provisión de bienes públicos básicos (o puros para la literatura económica), como lo son el servicio de administración de justicia, las relaciones exteriores, la defensa nacional, la preservación del orden interno, y el cumplir funciones de gobierno mediante la articulación de una entidad instrumental como lo es la Administración Pública. De otro lado, en relación con el aspecto de aumento de la equidad, el Estado de intervención mínima refiere a un Estado que asegura la vigencia de un mínimo de derechos sociales fundamentales (salud, educación, seguridad social, trabajo), así como la implantación de programas de socorro y auxilio en caso de emergencias o catástrofes naturales.

También se reconoce la existencia de un tipo de Estado de *intervención moderada*. Aquí podemos hablar ya de un Estado regulador, puesto que conjuntamente con su papel de vigilante del ejercicio de actividades económicas por parte de los privados, se aprecia un rol conciliador de los intereses de los consumidores (específicamente su tutela), así como la defensa de los intereses generales o públicos a los que sirve toda actividad estatal. Así, este Estado regulador responde a principalmente, la regulación y control de los monopolios naturales y la implantación de políticas de defensa de la libre y leal competencia. Es sabido que los monopolios naturales son aquellas situaciones fácticas en las que para determinada industria, resulta más eficiente la presencia de una sola empresa prestadora de un bien o servicio, generalmente por la presencia de costos hundidos o *sunk costs*. Este es el caso generalmente de las obras públicas de infraestructura (carreteras, puertos, aeropuertos), y los servicios públicos tradicionales (provisión de agua, desagüe y alcantarillado, telefonía fija, y distribución de energía

eléctrica). Toda vez que estas actividades, tan indispensables para la vida en sociedad, son consideradas como monopolios naturales, al existir un solo prestador, pueden darse situaciones de abusos por parte del productor (precios elevados o distorsionados, carencia de estándares de calidad, políticas de discriminación de usuarios), lo que hace necesaria la intervención del Estado a efectos de crear condiciones de competencia en tales mercados donde existen los monopolios naturales. La herramienta que emplea el Estado para tal fin es la denominada regulación económica.

De otro lado, el Estado Regulador tiene otro modo de actuación en los mercados, mediante la herramienta de las políticas de libre y leal competencia. Es sabido que existen dos modelos económicos ideales, cuales son el de competencia perfecta y el de monopolio. Justamente entre estos dos modelos, discurren los comportamientos de los mercados en la vida real, puesto que se acepta que el modelo común y corriente es el de la denominada competencia imperfecta, donde existen operadores dominantes y pequeños productores que pelean por los distintos segmentos de los mercados a los que abastecen. Esta *competencia* de estos productores por lograr alcanzar participación en el mercado, interesa al Estado, puesto que justamente en la medida que se logre alcanzar, se lograrán importantes resultados, como la libre interacción de los agentes de la oferta y la demanda, la libre fijación de los precios, y la obtención de mejores condiciones para el consumidor en el mercado. En tal sentido, el Estado cuida y vigila, en su rol regulador de los mercados, que esta competencia sea *libre, leal y dentro de los márgenes de la legalidad*. Así pues, el Estado cumple su rol regulador de los monopolios naturales (a través de las herramientas de la regulación económica), así como de los mercados en general, que responden al modelo de competencia imperfecta (para lo cual se emplean las herramientas de las políticas de libre y leal competencia).

De otro lado, el Estado de intervención *moderada*, en su relación con la obtención de modelos de aumento de la equidad en la población, es un Estado que interviene más activamente en la consecución de objetivos de bienestar en la población. De esta manera, este modelo de Estado garantiza los derechos económicos sociales, pero a su vez, interviene en su prestación directa (mediante el asegu-

ramiento de determinados niveles de educación gratuita, por ejemplo, de prestaciones de salud, y de seguridad social, como pensiones de jubilación, entre otros). En tal sentido, este Estado cumple con su rol solidario, pero también en consonancia y respeto con un imperativo de subsidiariedad. Así mismo, este tipo de Estado se caracteriza por brindar ayudas económicas a determinadas actividades económicas, mediante el establecimiento de subsidios y medios de fomento para el desarrollo de determinadas actividades económicas.

Por último, el modelo de Estado de intervención *activa*, denota una relación más intrínseca del Estado en su rol de autoridad, puesto que un Estado que busca directamente la eficiencia, a través de la formulación de planes estratégicos nacionales, políticas de gobierno y de Estado, así como una incidencia fuerte de promoción y planeamiento concertativo de las actividades de los agentes privados. Este es un Estado regulador, y que a la vez cumple con roles promotores del desarrollo de los mercados a fin de alcanzar la eficiencia, mediante una política activa de planeamiento estratégico y de desarrollo concertado. Así también, este modelo de Estado de intervención activa, busca el ideal de aumentar la equidad, mediante la implantación de políticas activas de desarrollo sostenible de la población, como por ejemplo lo son medidas de establecimiento de seguros de desempleo, planes de construcción de viviendas, y de asumir roles empresariales para la gestión de programas de apoyo a los más necesitados.

Cabe resaltar que una idea que debe permanecer es que estos roles del Estado no son adoptados en un criterio exclusivo y excluyente, sino que la evaluación del Banco Mundial apunta a servir de criterio taxonómico para clasificar los posibles roles del Estado. Allí es donde radica su utilidad, puesto que se configura como un criterio sistemático para identificar de manera muy didáctica, las funciones que, en relación con la actividad económica, debe cumplir el Estado. En tal sentido, este cuadro elaborado por el Banco Mundial no debe ser entendido como un armario de compartimientos estancos, sino que el haz de cometidos y políticas económicas que contiene puede ser empleado de manera conjunta, en función de los cometidos de eficiencia y equidad, lo que se traduce en términos jurídicos como el dilema entre subsidiariedad y solidaridad.

II. SUBSIDIARIEDAD Y SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIOS QUE EXPLICAN EL ROL DEL ESTADO EN LA ECONOMIA

La tensión existente entre los principios de subsidiariedad y solidaridad como principios rectores del régimen económico en la Constitución, han marcado la línea a seguir en cuanto a la orientación del modelo económico de la Constitución. Si bien semánticamente, se mantiene la expresión de que la Constitución de 1993 defiende los principios del sistema de "economía social de mercado", la Constitución vigente contiene ciertamente una gran diferencia con la anterior en cuanto a los principios generales, la estructura, y la ideología subyacente al sistema económico.

El término "economía social de mercado" (en adelante, ESM), es de origen alemán, encontrando sus bases en la obra del economista Wilhem Röepcke. Comprende un significado plural, en cuanto se establece un intermedio entre el sistema de economía de mercado (de tendencia liberal), y el sistema del estado de bienestar. Se ha considerado que el sistema de ESM tiene un origen eminentemente pragmático, puesto que su afirmación en Alemania produjo el denominado "milagro alemán", que fue el de la reconstrucción del sistema económico de dicho país luego de la Segunda Guerra Mundial.

En dicho orden de ideas, la ESM concilia los postulados del sistema de economía de mercado (protección de la libertad de empresa, del derecho de propiedad, de la libertad de circulación de bienes, personas y capitales, así como la promoción de la inversión privada, y el mantenimiento del rol subsidiario del Estado en la economía), con los que le impone el otro gran valor constitucional: la solidaridad, que se manifiestan en la tabla de principios contrapuestos que señalamos a continuación:

SUBSIDIARIEDAD	SOLIDARIDAD
La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado.	Bajo el régimen de ESM, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

<p>El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas.</p>	<p>El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.</p>
<p>Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público; a trabajar libremente; y a la propiedad y a la herencia.</p>	<p>Toda persona tiene derecho a la salud, a la seguridad social, al acceso a prestaciones de salud y de pensiones, y a la educación. Asimismo, toda persona tiene derecho al trabajo. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.</p>
<p>Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público de manifiesta conveniencia nacional.</p>	<p>El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.</p>
<p>El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.</p>	<p>La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio, ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.</p>
<p>La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.</p>	

RAMÓN HUAPAYA TAPIA

<p>La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres.</p>	<p>Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.</p>
<p>El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.</p>	<p>En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.</p>
<p>El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.</p>	
	<p>El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población.</p>
<p>El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.</p>	<p>El derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.</p>
<p>En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.</p>	<p>Dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.</p>
	<p>La Ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.</p>

En realidad, la Constitución Económica, como concepto, no sólo está limitada a regular los principios generales del régimen económico en la Constitución, sino que a nuestro entender, la Constitución Económica abarca los siguientes conceptos:

- Regulación normativa de los derechos fundamentales económicos y sociales.
- Regulación normativa de las bases fundamentales de los derechos prestacionales.
- Regulación normativa de los Principios Generales del Régimen Económico.
- Regulación normativa de los bienes jurídicos constitucionales que sirven de base al sistema de ESM (subsidiariedad estatal, defensa de la competencia, protección al consumidor, libertad de empresa, libertad de contratación, inviolabilidad de la propiedad, libertad de acceso al mercado, solidaridad estatal, garantía de los derechos prestacionales (salud, educación, seguridad social, pensiones), defensa del medio ambiente y de los recursos naturales, regulación de la estructura básica del sistema tributario y presupuestal, de la moneda y de la banca, así como del régimen agrario y de las comunidades campesinas).
- Regulación de las garantías constitucionales de protección a los derechos y libertades económicas, así como de las instituciones fundamentales del sistema económico.

La concepción de la Constitución como una norma jurídica, deja de lado aquellas ideas expresadas en el sentido de que los derechos fundamentales civiles y políticos son los que tienen una garantía completa respecto de su efectividad y vigencia; mientras que los derechos económicos y sociales, son de naturaleza programática y requieren de disponibilidad presupuestaria para su efectividad, siendo calificados como “derechos de eficacia restringida”. La realidad indica que la Constitución es *in totum*, una norma jurídica, que a partir de su vigencia, despliega sus efectos en orden a la efectividad de los derechos y estructuras que regula al más alto nivel normativo.

En tal sentido, así como en otras materias, en la económica, tanto los poderes públicos, como toda la ciudadanía están obligados a respetar los preceptos constitucionales que establecen garantía de los

derechos y libertades económicas, como de los deberes de actuación estatales en la materia.

Ahora bien, tradicionalmente se ha entendido que la subsidiariedad estatal y la solidaridad son principios antitéticos, desligados uno del otro y que su existencia no es compatible. Así, del lado socialista, se rezuman dichos contra el "neoliberalismo salvaje" "el capitalismo despiadado" "el capitalismo enemigo del pueblo", mientras, del lado liberal, se habla de evitar "el Estado benefactor" "el Estado elefantiásico" "el Estado asistencialista" "la ineficiencia estatal en la asignación de recursos escasos".

Entendemos que la solidaridad y la subsidiariedad sean conceptos eminentemente jurídicos. Pero trasladados al ámbito económico, encuentran reflejo en los conceptos de eficiencia y equidad. De un lado, se busca que tanto la actuación estatal y de los individuos en el mercado responda a postulados de eficiencia (en el entendido de la premisa del individuo maximizador de beneficios, que busca la satisfacción de sus intereses privados o de grupo), mientras que para la provisión de bienes públicos y semipúblicos, así como para superar las desigualdades existentes entre las personas, se impone la concepción de la equidad, como un referente que debe ser observado en la adopción de políticas económicas en orden a lograr la satisfacción del bien común.

III. ASPECTOS SALTANTES DEL PROYECTO DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ECONOMICA

Así las cosas, consideramos que los aspectos fundamentales a tratar en la reforma del Régimen Económico son los siguientes:

Principios Generales

En materia de principios generales creemos que deben mantenerse los escasos avances que en la materia se produjeron con la Constitución de 1993. En dicho orden de ideas, es útil mencionar que debe mantenerse la mención al sistema de economía social de mercado. Por dos cuestiones, una, de tradición constitucional, otra, la más importante, porque la ESM tiene un rango de principio teleológico, que a la vez sirve de pauta interpretativa para el sistema económico en su conjunto.

Como lo entiende la mejor doctrina de Derecho Público Económico, el sistema de ESM responde a una determinada concepción del Estado y de la Sociedad. Así, la ESM reconoce como propios los principios del libre mercado, a saber, la libertad de concurrencia y de competencia en el mercado, la protección del consumidor, la libre fijación de los precios, así como la intervención subsidiaria del Estado, como su rol regulador de la economía. Sin embargo, como su propio nombre lo indica, la ESM adecúa las bases del libre mercado a las exigencias de la solidaridad, o la búsqueda de la equidad entre los ciudadanos, garantizando la vigencia de los derechos económicos y sociales, imponiendo la exigencia de garantizar ciertos derechos prestacionales, y activando la participación estatal en la economía cuando ello resulte necesario, ya sea por motivos de emergencia económica, y también para ejercer su rol promotor de la economía en salud, educación, obras de infraestructura, servicios públicos, entre otras actividades que resultan primordiales para obtener el bienestar de la población en general.

Así, como lo hemos ya mencionado, el pilar básico sobre el que se desarrolla la ESM es el de la libertad de empresa, por lo que debe garantizarse este derecho fundamental. En una ESM la iniciativa juega a favor de los privados, siendo que la intervención estatal debe darse en defecto o falta de aquélla, nunca en su reemplazo. La subsidiariedad estatal, no debe verse reducida a establecer una regla en materia de actividad empresarial, sino que debe entenderse como un principio base del sistema. El Estado interviene en la economía de diversas maneras (otorgando licencias, autorizaciones, estableciendo reglas, otorgando subvenciones, tipificando ciertas conductas como infracciones punibles o sancionables, etc.), por lo que la subsidiariedad implica que el Estado retroceda en su ámbito de actuación, dejando el mayor ámbito de libertad posible a la iniciativa privada. Ese es el real significado de establecer la regla de la posición preferente de la iniciativa privada en materia económica, así como el de garantizar la libertad de empresa.

Sin embargo, no debe dejarse de lado que es necesario enfatizar en que las libertades económicas se ejercen en armonía con el bien común y con el orden público económico, concepto que debemos recoger de la experiencia chilena, y que indica, antes que todo, respeto de las bases fundamentales del sistema: libre competencia, protec-

ción al consumidor, libre fijación de precios, prohibición del abuso de posiciones dominantes, e igualdad de trato entre las inversiones nacionales y extranjeras, privadas y nacionales.

Otro principio fundamental es el de defensa de la competencia. La competencia es el principio base que permite el desarrollo de la ESM. Pero la competencia debe ser libre y leal para ser reconocida como tal. En tal sentido, se busca garantizar en sede constitucional los factores que permitan de un lado, la libre concurrencia (esto es, la igualdad de oportunidades para que los factores de la producción accedan al mercado), y del otro, la libre y leal competencia (el correcto ejercicio de las libertades económicas en el mercado, de donde se recoge el concepto de que la fijación de los precios es resultado de la libre confluencia de la oferta y la demanda en el mercado). En tal sentido, se prohíbe el abuso de posiciones dominantes en el mercado (con lo que se descarta la prohibición per se de los monopolios); las prácticas restrictivas de la competencia (toda la gama de prácticas que distorsionan o impiden la competencia); y la formación legal de monopolios (los monopolios legales).

De otro lado, otro principio fundamental del sistema de ESM es el de tutela del consumidor. Debe distinguirse aquí dos conceptos, distintos pero complementarios. La defensa del consumidor es distinta del concepto de protección del consumidor. La defensa es en intereses propios, esta función la ejercen las diversas organizaciones y asociaciones de consumidores y usuarios. De otro lado, la protección del consumidor es la que ejercen los organismos estatales con competencia para ello, como lo son la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, la SBS, y los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos. En tal sentido, con el fin de evitar confusiones semánticas, es conveniente reemplazar el término "defensa de los consumidores y usuarios", por el más propio de "tutela de los consumidores y usuarios", por que el Estado tiene una labor de tutela de los intereses que responde al concepto de soberanía de los consumidores y usuarios en el mercado, que usualmente ven desconocidos sus derechos ante las diversas empresas prestadoras de bienes y servicios en el mercado. Pero el término tutela, va más allá, puesto que implica también el rol de arbitrar intereses contrapuestos, de un lado los de los consumidores, y de otro lado el de las empresas, por lo que la labor de tutela del consu-

midor y del usuario, implica que el Estado asume un rol activo en la preservación del derecho a la información, y a la libertad de elección de los bienes y servicios de su preferencia, pudiendo escoger entre varias opciones, sin poner en riesgo su salud o integridad física al adquirir un bien o disfrutar de un servicio.

De otro lado, cabe también efectuar la precisión de distinguir entre el término consumidor y el de usuario. El consumidor es la parte demandante en una relación de mercado, y concurre a éste para ver satisfecha sus necesidades mediante la adquisición de un bien o la prestación de un servicio, por lo que goza de la tutela estatal de la garantía de su derecho a la información y a la libertad de elección en el mercado. Sin embargo, la garantía del Estado no alcanza a que efectivamente el bien o servicio requerido sea prestado, puesto que no existe un derecho subjetivo establecido del consumidor a obtener del mercado determinado bien o servicio.

Esta situación descrita, varía cuando se trata de los servicios públicos, puesto que en éstos casos existe un derecho subjetivo a la prestación del servicio que es garantizado por el Estado, por lo que en el campo de los servicios públicos conviene referirse al término "usuario", como un consumidor cualificado, en cuanto tiene el derecho subjetivo de exigir la prestación de un servicio calificado como público en cuanto lo demande. Acierta en tal sentido la Constitución cuando prescribe que el Estado defiende los intereses de los consumidores y usuarios, distinción que creemos debe mantenerse.

Otro principio fundamental es el del Estado subsidiario. La Constitución de 1993 lo establece en términos que han sido elogiados por la doctrina extranjera⁽¹⁾, puesto que se consagran de un lado dos vertientes de la subsidiariedad: de un lado una garantía positiva: entendida como el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, estableciéndose una suerte de reserva constitucional *pro privato*; y de otro lado una garantía negativa: el derecho al Estado empresario subsidiario, en el cual sólo por defecto o insuficiencia de la iniciativa

⁽¹⁾ Cfr. FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo: *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Ediciones de la Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile, 2001, página 63 y ss.

privada el Estado está autorizado a intervenir en el mercado mediante la creación de empresas públicas.

En tal sentido, sólo se autoriza el ejercicio de actividad empresarial al Estado, siempre y cuando exista un alto interés público y una manifiesta conveniencia nacional, que justamente se presentan en defecto o insuficiencia de la iniciativa privada en orden a abastecer la demanda de un determinado bien o servicio de primera necesidad.

Nos parece adecuada la regulación del Estado subsidiario en la Constitución de 1993, la misma que se ve complementada con la disposición que establece que la actividad empresarial, pública o privada, recibe el mismo tratamiento legal. No obstante, el artículo constitucional, merece la inclusión de un agregado que indique que "*Las empresas públicas, en el desarrollo de sus actividades, no utilizarán prerrogativas de imperio, de conformidad con las leyes de la materia*".

IV. INVERSION EXTRANJERA

El tratamiento constitucional de las garantías a la inversión nacional y extranjera, es complemento adecuado del establecimiento de las libertades económicas individuales. Así, creemos que es conveniente mantener el tratamiento de las garantías de la inversión nacional y extranjera establecidas en el artículo 63° de la Constitución de 1993.

Ahora bien, sería necesario determinar a nivel constitucional que todo tipo de controversias, con excepción de las referidas a asuntos calificados por ley como de orden público, son susceptibles de resolución mediante arbitraje de derecho público, como modalidad especial del arbitraje que permite resolver en sede arbitral conflictos derivados de relaciones jurídicas en las que el Estado tenga algún interés.

V. LA REGULACION ECONOMICA COMO TECNICA DE REVERSION DEL INTERVENCIONISMO ESTATAL EN LA ECONOMIA

La regulación económica en sí, constituye un concepto propio de la Economía. Se parte de una distinción didáctica entre los con-

ceptos de *Economics of Regulation* (asociada al control de los monopolios naturales) y el de *Economics of Antitrust* (concepto asociado a la rama de la economía que estudia la implantación de políticas de libre y leal competencia en los mercados en general). El efecto práctico de tal distinción metodológica es que la regulación económica, es la rama de la ciencia económica que estudia el control de los mercados en los que se presentan situaciones de monopolio natural (asociadas, como hemos dicho, a la provisión de obras públicas de infraestructura, y la prestación de servicios públicos). Como tal, en términos económicos, la regulación es concebida como la *acción de los poderes públicos, a través de un sistema de agencias administrativas, en los mercados sometidos a una situación de monopolio natural, a efectos de corregir sus fallas o deficiencias, dentro de un imperativo de subsidiariedad estatal.*

En tal sentido, la acción de los poderes públicos, implica que el Estado, a través de sus poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) actúa sobre el mercado, en la medida que el Estado se ocupa del mercado. Sin embargo, la regulación, en principio es encargada a determinadas agencias administrativas, esto es, que es dada a la Administración Pública, pero no son entidades cualquiera, sino que se constituyen como entidades neutrales, independientes, que arbitran entre intereses contrapuestos, a la manera de una administración meramente técnica. Estas entidades, en la experiencia peruana son los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos y el INDECOPI.

Hemos explicado ya que la acción de los poderes públicos, incide en la vigencia del rol de autoridad del Estado, puesto que el Estado árbitro del mercado, busca dar solución a las fallas del mercado existentes (abuso de posiciones dominantes, información asimétrica, externalidades, entre otras), puesto que los mercados sujetos a regulación, no pueden componer sus problemas mediante la aplicación de la competencia, porque ésta no existe o es insuficiente para lograr el normal funcionamiento del mismo. En esa medida, existen justificaciones económicas indispensables que le otorgan razón de ser a la regulación económica.

Finalmente, las acciones de regulación económica que tomen las agencias administrativas deben responder a un criterio de vincula-

ción al principio de juridicidad (esto es, respeto a la Constitución y al sistema jurídico en general), luego un respeto de los principios fundamentales de la Constitución Económica, y finalmente el cumplimiento de los postulados presente en los principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad. El respeto de la subsidiariedad, se remite a este concepto como un criterio de reparto de competencias económicas entre el Estado y la Sociedad Civil. En tal sentido, las medidas regulatorias deben respetar un criterio de subsidiariedad, puesto que no pueden asfixiar la iniciativa privada, ni tampoco desalentarla, sino que deben promoverla y respetar sus espacios de actuación. Por ello es que, el empleo de herramientas de regulación (fijación administrativa de precios, implantación de estándares de calidad técnica, entre otros), debe responder a un criterio de subsidiariedad, y de reconocimiento de que existe un interés totalmente legítimo del agente ofertante, en maximizar sus beneficios. En tal sentido, las medidas regulatorias establecen estándares de actuación, pero tampoco pueden encubrir políticas dirigistas o que distorsionen la actividad de los agentes de los mercados sujetos a regulación. En esa medida, la regulación económica debe ser subsidiaria, puesto que debe respetar el libre desarrollo de las actividades de los ofertantes, con una lógica pro competencial, pero también no debe renunciar a su rol de autoridad, de garante del interés público, y de ente tutelante de los consumidores.

Finalmente, la actuación de las agencias de regulación debe responder a criterios de proporcionalidad y de razonabilidad. En una lógica económica, la proporcionalidad responde a un criterio de proporción entre los medios y los fines a obtener mediante la actuación de una autoridad administrativa. Es sabido que el fin último de toda entidad administrativa es el servicio de los intereses generales, y en esa medida, toda actuación de las agencias administrativas debe responder a dicho servicio. Pero la consecución de estos fines debe usar medios proporcionales a los fines. Para obtener esa finalidad servicial, se deben emplear medios adecuados, que respeten los derechos de los administrados y de las empresas sujetas a la férula de la entidad reguladora. La proporcionalidad, así es un imperativo de medida y de una proporción justificativa entre la finalidad a conseguir mediante la actuación administrativa y los medios que emplea dicha actuación.

Finalmente, la razonabilidad responde a un imperativo de racionalidad económica en la adopción de medidas económicas por parte de las agencias administrativas. Es un imperativo que todo hombre, racionalmente económico, es un maximizador de beneficios. En tal sentido, corresponde afirmar que las medidas a conseguir mediante la actuación administrativa, deben ser racionales, puesto que deben responder a una lógica de racionalidad económica, de una maximización de beneficios de los agentes del mercado sometido a regulación, esto es tanto, consumidores como productores.

VI. REGULACION ECONOMICA COMO ACTIVIDAD DE ORDENACION Y LIMITACION DE CONDUCTAS

Usualmente, y en algunas lecturas se identifica a la regulación económica, con el poder de policía administrativo, o la actividad de ordenación y limitación de conductas de los agentes económicos. Sin embargo, esta es una visión un poco sesgada, puesto que el poder de policía se enmarca en una perspectiva unilateral, de imposición, reglamentarista. En cambio la regulación tiene una lógica consensuada, de un rol arbitral del Estado en la ordenación de las actividades de los agentes económicos sometidos a regulación. En tal sentido, la regulación emplea términos del poder de policía administrativa, pero aún así, la imposición de medidas reglamentarias, de inspección y de sanción, herramientas propias del Derecho Administrativo, constituyen un modo parcial, una parte de la regulación económica, que de por sí es un concepto mucho más amplio.

Regulación económica y la defensa del interés público

La regulación económica es ejercida por entidades administrativas especiales, esto es, las agencias de regulación y de protección de la competencia. En esa medida, como entidades de la administración, tienen el fin de servicio de los intereses generales. Sin embargo, la actividad de regulación compone, o arbitra entre intereses contrapuestos, puesto que tiene que conciliar los intereses de maximización de beneficios de las empresas o del lado de la oferta, los intereses de los consumidores o usuarios, y la misión de servicio de los intereses generales. En esa medida, la actividad de regulación, no solamente tiene como misión defender el interés público (garantizar las institu-

ciones de la economía social de mercado, los principios de la Constitución económica, la defensa de la legalidad), sino que también tiene que velar por los intereses de productores y demandantes. En tal sentido, la actividad de regulación, en tanto actividad administrativa, no puede identificarse únicamente con la defensa del interés público, sino que es una actividad de composición de intereses que aparecen contrapuestos, mediante la utilización de las técnicas del derecho administrativo.

La actividad administrativa de regulación como caracterización de la función arbitral o reguladora del Estado en el mercado

Luego, de haber desechado algunas acepciones normales que se tienen de la regulación, debemos dar nuestro propio concepto de ella. En tal sentido, la regulación económica es entendida como una nueva forma de actividad administrativa, puesto que difiere del clásico rol de ordenación y limitación de conductas económicas en defensa del interés público o el interés general. Se trata de conciliar la actividad de entidades administrativas, que deben ser *neutrales e independientes en el ejercicio de sus funciones técnicas*, puesto que tienen una labor de composición o solución de intereses contrapuestos, de los ofertantes, de los consumidores y del respeto del interés público. En tal sentido, a actividad de regulación económica es una actividad a más consensuada, que reglamentada, a más conciliadora de intereses, que impuesta unilateralmente. En tal sentido, la actividad de regulación económica es una expresión de la función arbitral o reguladora del Estado en el mercado, puesto que, las agencias administrativas de regulación, a través del uso de herramientas del Derecho Administrativo, cumplen un rol de tutela o protección de un determinado mercado, a través de la composición de sus fallas, integrando las actividades de los agentes de la producción, con la finalidad de lograr la eficiencia económica, en una lógica promotora de la competencia.

Pues bien, la regulación económica, expresada en términos jurídicos, es una herramienta de acción de los poderes públicos en la economía. Pero posee características especiales, puesto que es de aplicación excepcional a la regla general de la libre competencia. Por la intensidad con que opera en los mercados (estableciendo estándares

y reglas de actuación de los agentes económicos), debe arbitrar los intereses de los factores de la producción (empresas y consumidores), así como la misión de gestión del bien común y garantía del interés público que tiene el Estado. La regulación no se asemeja a una mera imposición de reglas, o a una reglamentación intensa de actividades. La regulación económica es un instrumento de acción de los poderes públicos en la economía, pero no puede asemejarse a una actividad de imposición unilateral, no sugiere la idea de la mera imposición de una norma, sino *arbitrar entre intereses contrapuestos, velar por el funcionamiento de un mercado, es una suerte de ordenación concertada del mercado.*

Así, el producto de la regulación no es parecido a la imposición de un Reglamento, sino más bien es producto de una autoridad imparcial (un regulador), que es una suerte de árbitro o juez, que busca la solución más justa y equánime que permita el desarrollo de las acciones de los agentes del mercado. *La regulación, por tanto, no es sino el arbitramento de las actividades de los agentes económicos en el mercado en una situación en la que aparecen fallas en el mismo.* Pero no sólo se trata del buen funcionamiento del mercado en abstracto; sino que han surgido otros valores que son susceptibles de tutela mediante la regulación: la protección de los usuarios y el servicio del interés público. En tal sentido, la regulación es instrumentada en organismos autónomos, neutrales y apolíticos: los organismos reguladores, que pueden ser asimilados a "árbitros" de las actividades que regulan: deciden entre los intereses de los productores, los consumidores y el Estado, no para darle la razón a uno sólo de ellos, sino para lograr el equilibrio de ese sistema, aproximación que se obtiene mediante la actuación consensuada o mediadora de los intereses de los agentes económicos de un sistema.

VII. COLOFON: LA CONSTITUCION ECONOMICA Y LA REVERSION DEL ESTATISMO.

Finalmente, una reflexión final apunta a señalar que el objetivo principal de la Constitución Económica no es la de convertirse en un sistema cerrado de normas que obstruyan el desarrollo de las actividades económicas de los particulares, sino que debe crear condiciones que permitan la sustentabilidad del desarrollo económico y que

se establezcan los títulos habilitantes (así como los límites suficientes) de la intervención estatal, en orden a lograr los objetivos de satisfacción del bien común y el respeto de la dignidad humana, como parámetros fundamentales que justifican la existencia del Estado.

BIBLIOGRAFIA

Amplia, aunque como principales textos podríamos señalar los siguientes:

- Ariño Ortiz, Gaspar y otros: *Principios de Derecho Público Económico*. Segunda edición. Comares. Granada, 2001.
- Ariño Ortiz, Gaspar y otros: *El nuevo servicio público*. Marcial Pons. Madrid, 1997.
- Ariño Ortiz, Gaspar: *Economía y Estado*. Marcial Pons. Madrid, 1993.
- Cassagne, Juan Carlos: *La intervención administrativa*. Segunda edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1994.
- Cassagne, Juan Carlos: *Derecho Administrativo*. Volúmenes I y II. Séptima edición. Lexis-Nexis. Buenos Aires, 2002.
- Cases Pallares, Lluís: *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Marcial Pons. Madrid, 1995.
- Fermandois Vöhringer, Arturo: *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Ediciones de la Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile, 2001.
- Magide Herrero, Mariano: *Límites Constitucionales a las Administraciones Independientes*. INAP. Madrid, 2001.
- Martín-Retortillo Baquer, Sebastián: *Derecho Administrativo Económico*. La Ley. Madrid, 1989.
- Muñoz Machado, Santiago: *Servicio Público y Mercado*. Volumen I. Los Fundamentos. Editorial Civitas. Madrid, 1998.
- Sosa Wagner, Francisco (Coordinador): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

ESTUDIOS

UNA SUPERVIVENCIA: LA NOCIÓN DE CONSTITUCION ^(*)

Georges Burdeau

Que los juristas tienen una clara conciencia de la evolución que afecta a su disciplina, lo viene a testimoniar claramente, si ello fuera necesario, el propio título de este *Melanges*. Pero, a decir verdad, los estudios aquí reunidos no hacen sino sistematizar un movimiento que orienta a nuestra generación, desde el momento en que ella tomó contacto con el mundo jurídico. Personalmente, no recuerdo haber hallado una sola noción «sana», entre todas las que forman las bases de nuestro Derecho.

Desde el instante en que mis maestros me iniciaron en su ciencia, me introdujeron a un universo patológico. Sólo había cuestiones de crisis, alteraciones y decadencias. El dominio del Derecho Público parecía el más aquejado. Por ello, el mal que socavaba los nobles conceptos del Derecho Constitucional, no escatimaba esfuerzos en minar las prosaicas nociones del Derecho Administrativo. Ahora bien,

(*) El presente trabajo se publicó en 1956 y tiene la siguiente ficha: "Une survivance: la notion de Constitution" en *L'Évolution du Droit Public, Études offertes à Achille Mestre*, Ed. Sirey, Paris, 1956, págs. 53-62. La traducción del francés al castellano la realizó Anthuanet Limas Martínez y la revisión técnica ha corrido a cargo de Domingo García Belaunde y César Landa Arroyo. La viuda del eminente jurista, Mme Burdeau, ha autorizado la presente traducción, por gestión cordialísima del prof. Franck Moderne (N. del D.)

si creemos en los estudios recientes, no parece que la epidemia haya perdido virulencia. Alteración del contrato, crisis de la función pública, crisis de la noción de servicio público, crisis de la administración pública, crisis del contencioso (¿quién hallará el legendario país en donde la regla de oro de la separación de las autoridades se ha aproximado a las fórmulas mágicas de los cuentos de hadas?) La constatan los especialistas del Derecho Administrativo, mientras que, por su parte, los constitucionalistas diagnostican con inquietud los diversos síntomas de las deficiencias de la organización gubernamental que resume la triple crisis de la autoridad, del parlamentarismo y de la democracia. Es fácil asociar con cada uno de estos males, el nombre de los autores que los han estudiado. Tanto es así que los trabajos de los juristas de nuestro tiempo, se presentan como una serie de análisis clínicos, poco aptos para calmarnos respecto de la longevidad de nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, sería un exceso concluir del deterioro de las instituciones, la decadencia del Derecho. Es un hecho que todas las instituciones que constituyen el armazón de nuestra vida política y social, son viejas. Viejas en el doble sentido del término: primero por su antigüedad, y luego por el debilitamiento de su vitalidad. Vivimos de una herencia donde los recursos se reducen sin cesar, porque éstos ya no se encuentran a la medida de las necesidades de nuestra época.

Herencia de la filosofía del siglo XVIII, que sobre el plano constitucional nos ofrece sólo fórmulas desfasadas, herencia de la base administrativa del Estado liberal, que es incapaz de poder enmarcar la proliferación de actividades del Estado moderno.

Los juristas se esfuerzan por reformular las nociones que nacieron en otro universo: su formación los predispone a esta ingrata tarea, pero podemos contar con su realismo —del que ya nos han dado numerosas pruebas— para hacer obra creadora y construir nuevos conceptos.

El Derecho que abandona las instituciones caducas, aceptará someterse a ellas desde el momento en que reconozca la comprensión de sus exigencias. Producto de la vida colectiva, no conocerá la decadencia. Su dinamismo está intacto; sólo le faltan instituciones adecuadas para disciplinarlo (es la obra de los políticos) y las teorías aptas para expresarlo (es la función de los juristas).

Entre todas las nociones cuyo deterioro o decrepitud observamos, hay sin embargo una, cuya decadencia no podemos aceptar alegremente. Es la noción de Constitución. Cuando todo evoluciona y pasa, los juristas, y con ellos la sociedad toda, necesitan al menos de una norma estable, cerrada e inmutable, si no en el contenido, al menos en cuanto a su autoridad. Esta norma no puede ser más que la ley fundamental, la *Grundnorm*, que es a la vez el centro y el punto de unión del universo jurídico que, sin ella, se disolvería en una infinidad de recomendaciones sin coherencia y sin valor obligatorio.

Claro está, que yo no reclamo para la noción de Constitución, una suerte de privilegio, que la pondría al abrigo de adaptaciones requeridas por la evolución de las ideas y de las costumbres o hábitos políticos.

Sólo constato, que ni en los hechos ni en los espíritus, las constituciones no ocupan más ese lugar preponderante que corresponde a su significado jurídico. Evidentemente, se siguen redactando algunas, pero parece que así cumplimos un rito donde el sentido está perdido y, de la misma manera, hacen gestos de supervivencia en un medio en donde son incapaces de imponer sus leyes.

* * *

La causa que está en cuestión no es ni la extrema movilidad de las disposiciones constitucionales, ni los atentados –ellos ocurren en todos los tiempos– que ellas sufren, debido a la actividad de los gobiernos. No se trata de evocar las crisis constitucionales, pero sí de observar la decadencia que golpea el concepto mismo de Constitución. Primero, es evidente que los regímenes políticos no pueden más ser identificados por el análisis de las constituciones en vigor en los países en donde ellas funcionan. Las normas constitucionales son una cosa; y aquellas que la vida política observa, son otra. Indudablemente, entre el diseño oficial del régimen tal como lo consignan los textos, y la práctica seguida por los gobiernos, ha habido un desfase, pero al menos esta discontinuidad era sensible a los espíritus. Unos se esfuerzan para minimizarlo, mientras que otros sólo denuncian una violación del Derecho.

Al parecer, hoy en día es natural que un Estado tenga dos formas de gobierno: una válida para los catálogos, conforme a los cánones

nes clásicos que respetan los manuales. La otra innominada, tributaria de las contingencias, sometida a las fluctuaciones de las relaciones de fuerza, a los cambiantes métodos de los dirigentes. No se puede decir que haya violación de la Constitución, en tanto que sus disposiciones parezcan lejanas y gratuitas. Si el Presidente de los Estados Unidos orienta la política extranjera por unos acuerdos en forma simplificada, si las Comisiones del Congreso se inmiscuyen en la Administración, si la separación de poderes cede su lugar a la concentración de la autoridad, ¿decimos que la Constitución fue violada? No, por supuesto, ya que la Constitución norteamericana no es más una norma, sino un símbolo.

Y cuando leemos en la Constitución soviética, que el órgano superior del poder del Estado en la URSS es el Soviet Supremo, evidentemente, soñamos que es por lo menos sorprendente que pueda ejercer tal poder con sólo reunirse algunas horas al año. Pero no consideramos como violación de la Constitución, el hecho de que el poder real esté en el lado distinto al que se le ha situado. Igual en Francia: quienes lamentan el ascenso ejercido por los partidos o denuncian la hegemonía de las coaliciones de intereses privados, se enfrentarían a la indiferencia de la opinión, si hicieran ver el hecho de que estas fuerzas, no obstante ser decisivas, no están previstas en la Constitución a nombre de los órganos que reflejan la voluntad del pueblo.

La verdad es que las Constituciones no alcanzan a encuadrar las manifestaciones de la vida política. Ésta se desarrolla al margen de sus disposiciones, y es esto lo que explica la preferencia actual por los estudios de Ciencia Política. De otro lado, de todas las definiciones que hemos propuesto, hay una convicción que permite alcanzar la realidad allí donde el Derecho Constitucional como disciplina científica, no ofrece al examen más que principios "librescos" o reglas desprovistas de todo significado concreto. Al límite que llegamos, como en los Estados Unidos, a considerar estos problemas como dominios ajenos al del *political scientist* y al del jurista.

En esta impotencia de las constituciones, de no poder regular incluso las modalidades de realización de la función gubernamental, sino simplemente de rendir cuenta de ello, hay un fenómeno que traspasa largamente los límites de una evolución y la acerca a los caracteres de una crisis. Hay la no adaptación de un concepto a una realidad, para la cual no fue imaginada.

Durante siglos, los factores decisivos de la política han sido algunas personalidades o algunas oligarquías cerradas. Por una parte, los progresos del pensamiento jurídico y, por otra, el desarrollo de la sensibilidad de los gobernados, han permitido institucionalizar el comportamiento de los dirigentes y de someterse ellos mismos al estatuto abstracto del órgano del Estado. Entonces, todo se decidía en el seno de las agencias oficiales de la autoridad política: por la voluntad del Rey, en el acuerdo con sus concejos, y, luego cuando el sistema representativo se generalizaba, por la voluntad del Ejecutivo, con el consentimiento de las Cámaras. Sobre un medio así, limitado, la Constitución extendía más fácilmente su dominio que el que había creado.

Seguramente, la actitud de la colectividad no era indiferente. Pero para ser eficaz, la Constitución debía actuar obligatoriamente para la mediación de los «poderes públicos». Desde luego, este universo no siempre se movía conforme a una perfecta docilidad en función a la norma del Derecho, pero era un universo jurídico. Todos los elementos eran las instituciones y las leyes en equilibrio, como aquellas que gravitan y se leían en los códigos, en donde se apreciaba a la vez un carácter esquemático y preciso. En resumen, el aparato constitucional encierra en sus principios y en sus procedimientos, la plenitud de la vida política, cuyo campo, relativamente estrecho, después de todo, se prestaba a esa delimitación.

El advenimiento de las formas modernas de la democracia, donde en algunos casos se le califica –democracia real, democracia social, democracia gobernante– tuvo como resultado permitir el acceso a la escena política de factores que, hasta aquí, sólo actuaban indirectamente por personas intermediarias. Y lo que se interponía eran precisamente las instituciones, los órganos, todo este aparato estatal a través del cual estaban canalizados, transformados y disciplinados los impulsos políticos.

Aun en la democracia clásica, la masa popular intervenía sólo bajo los trazos de un soberano alegórico, de quien era fácil traspasar la voluntad en los moldes constitucionales.

La democracia contemporánea –y a decir verdad, igualmente en las dictaduras plebiscitarias– restituye a la actividad política una espontaneidad que la aproxima a sus inicios y donde técnicamente,

es difícil no ver una regresión jurídica. En efecto, el artificio cede frente a lo elemental, el sistema está recubierto por las improvisaciones, las ya mencionadas hasta aquí, contenidas en el despreciable dominio de hecho que recubre con su exuberancia el jardín civilizado del Derecho.

Lo que cuenta ya no son más las sabias teorías de los publicistas, ni la sutileza de las disposiciones de procedimientos constitucionales. Es el hombre, su psicología, su condición social y económica, sus sueños, sus cóleras y sus ilusiones, porque es él quien aislado o integrado a las masas, determina los límites del poder, sus medios y sus propósitos.

Respecto a la fuerza de esta naturaleza, parece que la noción de Constitución ha caducado. A semejanza de una función intuitiva o visceral, la política no sufre de otras leyes que aquellas de las posibilidades y de las necesidades.

* * *

Jurídica y políticamente, la Constitución es creadora del orden y de la unidad. Jurídicamente, introduce en la multiplicidad de reglas el principio de jerarquía, presentándose como la norma primigenia, en donde todas las otras se originan. Así, ella es la condición de la existencia de un « sistema » jurídico, si es verdad que sólo hay un sistema en el desarrollo de un principio.

Políticamente, la expansión de una idea de Derecho, legítima el poder destinado a ser el instrumento que unifica las fuentes de inspiración política, instituyendo los órganos de la autoridad. Sin duda, la razón de ser esencial de la Constitución es la de limitar al poder, pero en la medida que lo limita, lo consagra: Es el poder y no a ningún otro que la Constitución le otorga la puesta en valor del poder del Estado.

Hay que atenerse a la enseñanza, al menos no puesta en duda, de la Teoría General del Derecho: la noción de Constitución recae sobre un triple fundamento. Por una parte, la unidad de un sistema jurídico donde las normas privilegian el monopolio de la coacción estatal. Por otra parte, la oficialización de una idea de Derecho sostenida por la inspiradora del orden social por realizar un poder que,

en contrapartida de su consagración legal, acepta someterse a las garantías donde su ejercicio está asegurado.

A tales cimientos, la Constitución debe su carácter esencialmente estático. Ella legaliza de alguna manera un estado de hechos que resulta del equilibrio existente en un momento dado, entre las fuerzas políticas del país. Como toda norma de Derecho que sistematiza lo que es estable, sistematiza un orden el cual, sin duda, no está impedido de evolucionar, pero no está autorizado a transformarse, salvo por el desarrollo de sus principios internos. Ahora bien, la época de transición en la cual todos sentimos más o menos claramente que estamos comprometidos, no ofrece a las constituciones, suficientes bases seguras para permitirles someter a su imperio la totalidad de la vida política.

1. Lo primero que debemos aceptar es que la estructura social, no es favorable al establecimiento de un sistema único de normas jurídicas escalonadas, según la fórmula clásica de la pirámide. Algunos sectores de la vida social, en el dominio del trabajo y particularmente de la actividad sindical, están regidos por normas resultantes de un proceso de creación espontánea, y que es difícil de esta manera unir a las normas que encuentran su punto de partida en la Constitución.

Evidentemente, si sólo se tratase de una autonomía formal de los instrumentos de creación de este Derecho, el atentado contra la unidad del sistema jurídico no sería grave. Podríamos admitir que lo benefician una delegación implícita para colaborar al desarrollo de la reglamentación positiva. Solamente el Derecho que se elabora así, al margen de las agencias oficiales, pone frecuentemente en obra los principios que, si no son contrarios, al menos son ajenos a aquellos que inspiran la legislación. Sólo basta para convencerse, comparar, por ejemplo, las normas constitutivas de la disciplina sindical, con las fórmulas del Código de Trabajo. En este caso, no es solamente la unidad formal, es la unidad fundamental del sistema jurídico la que está quebrantada. La pirámide ya no cobija, en la abertura de sus líneas convergentes, sino sólo una parte del orden en vigor. Ya no todo el Derecho procede de la Constitución.

Pero es en otra dualidad donde el carácter unificador de la Constitución se encuentra aún profundamente afectado: es la que separa

la sociedad interna de la comunidad internacional. Aunque los argumentos que tienden a no hacer reconocer como una norma supranacional a la *Grundnorm* sean algo persuasivos, no pueden impedir que las constituciones no sean tributarias de creencias y de estructuras sociales internas. Desde el centro de impulsión de los diferentes sistemas jurídicos, les falta firmeza. No sabemos si conviene situarla al interior de este mundo cerrado que es el Estado o, al contrario, de ponerlo en dependencia de las exigencias de la comunidad internacional.

Actualmente, el conflicto que opone la soberanía en su doble sentido teórico (soberanía del Estado) y político (soberanía nacional) a los imperativos que condicionan el establecimiento de un orden jurídico supraestatal, no es más que un aspecto de este desgarramiento de la unidad del sistema jurídico, donde es inseparable la noción de Constitución.

Con respecto a un orden jurídico universal, la noción de Constitución no puede ser más que un anacronismo. Pero, en la medida que los constituyentes, sensibles a este hecho, se esfuerzan en subordinar la norma constitucional a la norma internacional, desnaturalizan la noción de Constitución, pero sin reforzar la eficacia del principio supranacional. Cuando, por ejemplo, la Constitución japonesa de 1946 declara (art.9) que: «el pueblo japonés renuncia para siempre a la guerra en calidad de derecho soberano de la nación, a la amenaza o al uso de la fuerza como medio de arreglar sus diferencias con los otros países». Y cuando agrega que: «con este fin, las fuerzas de tierra, de mar y de aire, así como todo potencial de guerra, serán suprimidos para siempre», ¿creemos entonces, que el orden pacífico internacional está consolidado? Por lo menos es dudoso, y por su parte, la autoridad de la Constitución se encuentra amonada, ya que los dirigentes estiman que la coyuntura internacional exige el rearme, restableciendo un ejército en violación del artículo 9.

2. La noción de Constitución no encuentra más en el clima político social del mundo occidental, los propios elementos para suministrarle el cimiento inquebrantable que es la oficialización de una idea de Derecho.

Sin duda, jamás los textos constitucionales han estado más enriquecidos en disposiciones relativas a la filosofía del régimen. Pero

esta misma prolijidad, llama a sospecha a la autoridad acerca de los principios en que se afirma; porque, si estuvieran verdaderamente arraigados en la mentalidad del grupo social, no sería necesario proclamarlos con tanta insistencia. En realidad, se trata mucho más de formular promesas, que expresar la consistencia ideológica de la sociedad presente.

Ahora bien, cada Constitución no es un trazo puesto al futuro; es el armazón jurídico de una colectividad que se concibe en un momento dado de su evolución. Cuando las constituciones clásicas anunciaban, en las Declaraciones de Derechos, las creencias de la época, procedían a una constatación. Actualmente ellas son las que definen el contenido de la libertad. Que esta definición corresponda a una realidad auténtica, es otra cosa; pero en todo caso, la tenía como un antecedente indiscutible, a partir de la cual era posible disponer del ejercicio del poder.

Con las constituciones contemporáneas, la situación es diferente. No solamente la idea de Derecho de las cuales se reclama, es en la mayoría de los casos, una anticipación, y; además, en su misma consistencia, es tan confusa, tan acogedora, que asocia principios muy contradictorios como para servir de armadura a un sistema social homogéneo y, por consiguiente, a un mecanismo gubernamental eficaz.

Es bien sabido, que toda idea de Derecho –representación de un orden social deseable– traduce una visión anticipada del futuro. Pero, esta representación no puede ser adoptada como línea directriz del comportamiento de un Poder legal; desde donde ella encuentra, –en el orden establecido, las creencias, el tipo de economía dominante, el estilo de las relaciones jurídicas, etc...– una suerte de realización que no supone el recurso de los procedimientos revolucionarios. La idea de Derecho institucionalizado, se ejecuta por técnicas legales.

Ahora bien, en los años posteriores a la última guerra, el mito de la revolución a través la ley, ejerció sobre los espíritus una tal seducción, que creíamos que bastaba con fijar a los gobiernos un objetivo revolucionario, para que sean capaces de alcanzar ese orden.

Era cosa de olvidar que, precisamente, porque era revolucionario, requeriría de otros procedimientos distintos de aquellos que

ofrece la ley, donde lo propio en una democracia, es consensuar. Si la ley era pactar, era abusivo hablar de revolución. Y si la revolución no era por la ley, entonces no era más que un verbalismo de agitación electoral.

Sea cual fuere el valor de esta falsa "idea clara", el tema de la revolución por la ley, ha incitado a los constituyentes a inscribir en los textos que elaboraban, la promesa de una revolución que los dispensaba de ejecutarla ellos mismos. La organización constitucional de un poder de Derecho destinado a una labor revolucionaria, se arriesgaba fuertemente a ser inestable. Pero hay más: a este mismo poder le faltaba la autoridad que se suponía tenía la obra que se esperaba de él. En efecto, desde que remitimos al legislador ordinario el cuidado de hacer una revolución, no había razón para restringirle el campo. Y es así como la idea de Derecho, en la medida precisamente en que estaba apartada de las posibilidades, de exigencias y de reacciones del medio real, fue enriquecida de elementos muy variados, y frecuentemente contradictorios.

Esta yuxtaposición de principios heterogéneos, fue decorada con el título de filosofía pluralista. Aún admitiendo que esta calificación esté justificada, resulta que el pluralismo así comprendido, puede difícilmente servir de infraestructura espiritual a una construcción constitucional, ya que, si el pluralismo puede ser válido como fuente de inspiración, es impropio para servir de regla o norma de acción, sobre todo cuando, como aquí es el caso, atañe a los objetivos por alcanzar.

En estas condiciones, las normas relativas al encuadramiento de la función gubernamental, no pueden más que sufrir la incertidumbre de las labores que le son asignadas, ya que es un error creer que los mecanismos constitucionales son neutrales en sí mismos.

En realidad, son estrictamente tributarios de la obra, a la cual se les destina: la incapacidad de las asambleas representativas frente a los problemas del planteamiento o del control de la vida económica, es una prueba de ella. Otra prueba sería la esterilidad de las normas destinadas a asegurar la estabilidad gubernamental desde el momento que se admite que los propósitos de la política estatal, son subordinados a las fluctuaciones del programa de los partidos.

Así, por no expresar, tácita o expresamente, los imperativos de una idea de Derecho precisa y coherente, la Constitución no puede más que proponer los procedimientos que serán o no utilizados, según una u otra fuerza política sea momentáneamente preponderante.

El pluralismo conduce a la relatividad de las normas constitucionales, que no son más que recetas apreciadas o desacreditadas, según las circunstancias. La noción de Constitución toma entonces un carácter fluido en donde ella se disuelve.

Sólo hay constituciones en función de una opinión política firme. En la medida que las opciones están subordinados a las contingencias, la Constitución no es más que un homenaje formal entregado a las tradiciones jurídicas, una coartada que disimula mal la primacía del hecho sobre el Derecho.

3. Finalmente, hoy en día, en la decadencia que atenta contra la noción de Constitución, está el último motivo que la lleva a la imposibilidad de responder a su razón de ser, según las doctrinas políticas.

Históricamente, la Constitución ha sido un instrumento de limitación del poder. Son los gobernados que la imponen a los gobernantes, con el fin de protegerse contra la arbitrariedad. Sin duda, la idea de un pacto contractual no sobrevivió ante el esfuerzo del pensamiento revolucionario, para hacer de la Constitución una ley promulgada unilateralmente por la voluntad del soberano. Pero esta ley, la establece el grupo social a la usanza de los dirigentes que emanan de él, que sin embargo le son exteriores.

En resumen: la idea de Constitución supone la diferenciación entre gobernados y gobernantes; responde a la intención de fijar al poder un Estatuto que no dependa del mismo poder.

Ahora bien, la democracia contemporánea, esa que yo califico de democracia gobernante, tiende a realizar la identificación de los gobernados con los gobernantes. Que un propósito como éste, sea o no susceptible de traducirse en los hechos, no es el problema. Pero está claro que quedaría sólo como un deseo, que implica, para la noción de Constitución, un cambio de plan donde no es seguro que pueda acomodarse.

En efecto, en la perspectiva clásica, el soberano está debajo de la Constitución (un pueblo siempre tiene el derecho de cambiar la forma de gobierno, afirman a la vez Rousseau y la Declaración norteamericana); los gobernantes, al contrario, le están subordinados. Todo está claro entonces, en tanto que están vinculados por la ley, establecida por éstos: la función gubernamental se realiza según los planes y en los límites previstos por la Constitución. Pero ¿cuál podría ser el sentido de ésta cuando el soberano gobierna? El del principio de auto-limitación, de donde se sabe lo vano que puede ser aplicarlo al Estado.

¿Diremos entonces que en tanto que él gobierne, el pueblo está sometido a la Constitución, mientras que el soberano es superior? La realidad es que la norma desaparece, por falta del sujeto al que ella obliga.

Entiendo bien que podríamos objetar este punto de vista pesimista, que la norma constitucional está hecha para los agentes del soberano que, aun en la democracia gobernante, son distintos al pueblo mismo. Esta observación no sólo restituye a la noción de Constitución una razón de ser, de la cual el régimen la priva. En efecto, la democracia gobernante reposa sobre el postulado de que la norma vale por su origen y no por su forma.

La voluntad popular preexiste a su manifestación a través de los órganos calificados; ella misma, formada en la colectividad, asume un carácter imperativo que reduce al personal gubernamental a registrar dócilmente sus deseos. En estas condiciones, lo que cuenta, es menos el respeto del procedimiento, al término del cual debe aparecer la voluntad popular, que el hecho que la decisión tomada a nombre del Estado sea aquello que implica la voluntad del pueblo, desde ahora imperativa. La fuerza de las disposiciones constitucionales no es más que condicional. Se las presume para garantizar la identificación de los gobernados a los gobernantes, pero la presunción puede decaer, si el soberano se estima traicionado. En estos términos, la Constitución no es más el origen y el fundamento del orden jurídico: no es más que el eslabón —útil, pero no lógicamente indispensable— en el proceso de cumplimiento de la voluntad popular. Esta concepción, que es inseparable del régimen de la democracia gobernante, conduce a privar a la Constitución de su valor de ley fundamental. Su autoridad jurídica se encuentra puesta en balance con la autori-

dad igualmente jurídica de la voluntad colectiva, anterior a toda intervención de sus procesos de expansión constitucionales.

Y es aquí donde se explica el lugar desigual que los poderes de hecho ocupan en la vida política contemporánea. Seguramente siempre estuvieron activos, pero las ideas modernas relativas a la democracia, les confieren una seguridad que hasta hace poco no podían pretender.

En efecto, los mecanismos constitucionales tienden a fijar las condiciones en las cuales se forma, al mismo tiempo que se expresa, la voluntad nacional. Jurídicamente, no es tanto que los órganos regulares no hayan conocido su sustancia. Pero, sí admitimos que esta voluntad tiene consistencia y fuerza obligatoria en la colectividad sociológicamente considerada, los poderes legales ya no tienen el monopolio de su revelación. Los poderes de hecho, al contrario, podrían pretender dar una expresión mucho más auténtica, ya que están más cerca del medio concreto donde ella se asienta. ¿Cómo poder impedirles que reclamen por la estrechez de los vínculos que los unen a las aspiraciones de los grupos sociales, para que reivindiquen una legitimidad cuya noción de Constitución tiene por objeto privarlos de ella?

Finalmente –y aquí hay una pregunta a la cual el jurista teme responder– podemos preguntarnos: si el concepto de Constitución, no es en este punto solidario con la filosofía racionalista que la conduce a su perfección, y que no tiene más destino en una época donde los únicos valores dotados de prestigio social son aquellos que magnifican la vida en sus fuerzas elementales y espontáneas. Si así fuere, la Constitución reuniría al ciudadano sobre las tristes riberas donde se encuentran las ideas puras. Este edificio racional construido para seres de razón, no sería más que un templo alegórico habitado por sombras.

SERVICIOS PUBLICOS Y REFORMA CONSTITUCIONAL ^(*)

Alejandro Pérez Hualde ^(**)

Sumario: I. Introducción. II. La inclusión del tema en la Constitución. III. En la Constitución peruana vigente. *A)* Protagonismo estatal sobre servicios públicos. *B)* Protección del "usuario". *C)* La prestación de servicios públicos por empresas privadas. *C)* El control de los servicios públicos. *E)* Los municipios y los servicios públicos locales. III. Los servicios públicos en la eventual reforma constitucional. *A)* Derechos protegidos. *B)* Marco regulatorio. *C)* Entes reguladores. *D)* Instrumentos eficaces de reclamo. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

Hemos sido invitados a este querido país hermano del Perú para analizar y discutir temas vinculados a la reforma constitucional ya que la misma se encuentra incorporada en la agenda del Congreso de la República para tiempos próximos.

El tema que nos ha convocado es el relacionado con el tratamiento de los servicios públicos en el texto constitucional porque en nume-

^(*) Ponencia al VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional. (Piura, agosto de 2002).

^(**) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, profesor Titular Efectivo de Derecho Administrativo II, Universidad Nacional de Cuyo, profesor de Doctorado de la Universidad de Mendoza, y profesor del postgrado de Especialización en la Regulación de los Servicios Públicos en la Universidad Austral (Buenos Aires), República Argentina.

rosas constituciones recientes se encuentra expresamente tratado; así sucede en la constitución de España, del Brasil, de Argentina, y en numerosas constituciones de provincias argentinas, etc.

Cabe preguntarse: ¿es necesario que el texto constitucional asuma compromisos o definiciones en esta materia?, ¿es prudente hacerlo? En su caso, ¿debe determinar cuáles son los servicios públicos, cómo y quién los presta, cómo y quién los controla, bajo qué régimen jurídico?

Adelantamos nuestra opinión en sentido favorable a la definición de algunas pautas fundamentales. En especial porque el acceso a los servicios públicos es un derecho esencial del habitante de nuestro suelo que debe ir acompañado de las garantías que los textos constitucionales modernos contemplan para esos derechos de rango fundamental. Asimismo, la importancia del volumen comercial que implica la explotación de la prestación de estos servicios públicos hace que cualquier definición sobre sus sujetos y modalidades de prestación ponga en evidencia toda una definición del Estado en materia de principios de libertad de empresa, de inversiones extranjeras, de rol del Estado, etc.

Este enfoque debe ser desarrollado sobre la base de las advertencias que sabiamente nos formula Troncoso Reigada cuando afirma, contestándole a Otto Mayer, que *"es al contrario, el Derecho administrativo es el que pasa, porque es resultado de la ideología cambiante del Legislador, mientras que el Derecho constitucional es el que permanece y el que define los rasgos de la Administración pública, limitando la libertad del legislador"* y sigue ... *"el Derecho administrativo tiene sus bases en el Derecho constitucional, por lo que es incorrecto aceptar acríticamente conceptos y principios preconstitucionales sólo por el mero hecho de que estén consolidados en la doctrina administrativa"*⁽¹⁾.

(1) Antonio Troncoso Reigada, *Dogmática administrativa y Derecho constitucional: el caso del servicio público*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 57, septiembre/Diciembre de 1999, p. 97. Contesta a Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, 2da. ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 17 y sgs.

II. LA INCLUSION DEL TEMA EN LA CONSTITUCION

Toda constitución, ya sea por sus referencias directas o por su omisión en el tratamiento, contiene una posición, nunca neutral, sobre el tema de los servicios públicos.

Se trata de la asunción de un compromiso ideológico que consiste en admitir que la cobertura de determinadas necesidades debe –o no– ser garantizada a la generalidad de los habitantes del país y si, para lograr ese resultado, debe ser sometida a un régimen especial de derecho público. A la vez, también implica una definición sustancial el determinar si esa cobertura debe ser prestada en forma directa por el Estado, o si puede ser satisfecha por un particular, nacional o extranjero, bajo un control –de mayor o menor calidad y alcance– garantizado por el régimen jurídico público en cuyo marco debe desenvolverse.

La cobertura de las necesidades que la comunidad ha considerado que deben ser sometidas a un régimen de servicio público, distinto de aquél que imponen las reglas normales del libre mercado, puede ser efectuada tanto por el Estado como por personas del sector privado. Por su parte, también es objeto de definición si esa prestación, estatal o privada, puede efectuarse en condiciones de privilegio o monopolio o si, por el contrario, en caso alguno está permitido el monopolio.

No es nuestro objetivo detectar la presencia de una noción conceptual de servicios público en el texto constitucional. Es importante destacar que son numerosos los conceptos que la doctrina ha brindado sobre el servicio público. Desde posturas subjetivas al extremo de considerar que todo servicio prestado por el Estado es servicio público hasta nociones denominadas “*esencialistas*”, según crítica de Gordillo⁽²⁾, que pretenden definirlo desde las características propias y esenciales de la necesidad a cubrir.

⁽²⁾ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, 4º edic., *La defensa del usuario y del administrado*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. VI-32; polémica destacada por Troncoso Reigada, ob. cit., p. 95, entre Villar Palasí y García de Enterría en España.

Resulta muy interesante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España que en sentencia sobre servicios televisivos manifiesta que «*la calificación de servicio público, es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar -en términos de igualdad y efectividad- determinados derechos fundamentales de la colectividad, pero no es, en absoluto, una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos -los de comunicar libremente el pensamiento y la información- que la 'publicatio' limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar*»⁽³⁾. Esta concepción lleva a la doctrina a sostener que «*la actividad de prestación de un servicio esencial no es una actividad que por su naturaleza sea pública o administrativa; sólo es pública en la medida en que ha sido declarada como tal por el Legislador*»⁽⁴⁾.

Coincidimos en una concepción dogmática jurídica que surge de la expresión de la norma positiva que somete la prestación a un régimen exorbitante con la finalidad de asegurar la cobertura de la generalidad de los habitantes en condiciones apropiadas de igualdad, continuidad, sometidas a una regularidad que asegure esos objetivos y que, en determinadas circunstancias, llega a su obligatoriedad. No se trata, entendemos, de una pura formulación formal o positiva, caprichosa, sino de la expresión del legislador, responsable máximo de la función gubernativa, vinculada a la política por excelencia, que encarna las prioridades y valores del Estado en un momento y lugar dados.

Por esta razón, no haremos en la norma Fundamental un esfuerzo de definición que tampoco hacemos respecto de los servicios públicos en otro orden de la realidad jurídica. Solo nos limitaremos a detectar la presencia o no de ese régimen exorbitante y buscar con qué grado de detalle es precisado por el orden constitucional.

⁽³⁾ STC 206/1990, de 17 de diciembre, referida en Tomás Gui Mori, *Jurisprudencia constitucional 1981-1991. Estudio y reseña completa de las sentencias del TC*, Civitas, Madrid, 1992, p. XV-479; este fallo es analizado también, aunque desde otro enfoque doctrinario, por Julián Valero Torrijos, *El concepto de servicio público a la luz de la constitución*, en Ciberrevista de Derecho Administrativo, abril-junio, 1997, Universidad de Murcia, p. 10.

⁽⁴⁾ Troncoso Reigada, ob. cit., p. 104.

Así como ocurre con el elemento definitorio de carácter normativo, que es esencia del dominio público según la doctrina pacífica, del mismo modo, es también aquí de responsabilidad grave⁽⁵⁾ del legislador el expresar cuáles necesidades hacen imprescindible su sometimiento a un régimen de derecho público como única forma de asegurar su cobertura a la generalidad de la población. Se trata, precisamente, de una manifestación palpable del sometimiento de los intereses particulares al interés general⁽⁶⁾.

Por estas razones es que la prestación, que tiende a cubrir las necesidades referidas, deba tener caracteres extraordinarios –como la exigencia de que esa cobertura alcance a todos los habitantes sobre la base de determinadas condiciones– y que el prestador esté sometido a exigencias especiales que son impuestas por el ejercicio de determinados privilegios.

En todos los casos, el prestador del servicio público se encuentra en una situación diferente a la de cualquier persona que cubre una necesidad requerida por el mercado. Correlativamente, también el usuario de ese servicio se encuentra en una posición distinta, normalmente más débil, que el consumidor de cualquier otro producto disponible en el mercado.

De ahí que la “creación” del servicio público es el acto de reconocimiento de que se ha presentado una necesidad de tipo general, apreciable económicamente, que lleva a la necesidad de someter a los medios para satisfacerla a un régimen de derecho público, a reglas de intervención estatal, extrayendo dicha actividad de la normativa común comercial en que se encuentra. Se ha dicho que «*la calificación de servicio público de una actividad la sustrae a la aplicación de todas o alguna de las reglas del mercado*»⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Ver nuestro *La responsabilidad del Estado y del concesionario en el contrato administrativo de concesión de servicios públicos*, en *Contratos administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral de Derecho*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 175 y sgs.

⁽⁶⁾ Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo chileno y comparado. El servicio público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, p. 58.

⁽⁷⁾ Juan Miguel de la Cuétara Martínez, *Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa (Un ensayo de prospectiva jurídica)*, en Gaspar

Por esta razón es que el prestador privado, que conviene con la Administración el asumir la responsabilidad de prestar un servicio público, aparece como sujeto de una concesión de prerrogativas o de privilegio. Privilegios que, en una comunidad democrática únicamente admiten base legal formal y estricto control de su empleo.

Los distintos conceptos que la doctrina brinda del servicio público se reflejan de igual modo en la noción de contrato de concesión. Si la visión es profundamente estatista, tendremos que el Estado es el prestador natural del servicio público y lo hace de modo "directo" o "indirecto". Este segundo método es, ni más ni menos, que la concesión o licencia a un particular para que preste el servicio. En esta corriente se encuentra el texto de la constitución del Brasil (art. 21) donde se establece que "*compete a la Unión*" ... "*explotar directamente o mediante concesión*" ... los distintos servicios públicos.

El resultado de la satisfacción de la necesidad pública sometida al régimen exorbitante debe ser desligado de quien la preste, así lo sugiere Marienhoff⁽⁸⁾. De ahí, entonces, que consideramos que no es adecuada la terminología que apunta a la definición de la prestación como "directa" o "indirecta" del servicio por parte del Estado.

En todo caso, la prestación directa por el Estado es un extremo máximo en la escala de la determinación del grado necesario, que debe ser siempre el mínimo imprescindible, para asegurar el resultado social de cobertura garantizada fijado por el legislador.

De lo expuesto surge que el texto constitucional puede o no brindar los indicadores fundamentales y básicos para determinar, legislativamente, si la estructura jurídica fundamental admite el someter la cobertura de determinadas necesidades del conjunto social, que no son las vinculadas a las funciones esenciales del Estado, a un régimen de derecho público. Luego deberá determinar si la satisfacción de esas necesidades puede ser realizada por una persona ajena al Estado invistiendo facultades y privilegios propios del sector pú-

Ariño y ots., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Universidad Autónoma de Madrid, 1997, p. 69.

⁽⁸⁾ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 20.

blico. Asimismo, finalmente, deberá trazar un sistema de dirección y control de esta actividad desde el sistema político y administrativo.

III. EN LA CONSTITUCION PERUANA VIGENTE

El texto constitucional ⁽⁹⁾ es muy rico en referencias y en elementos de análisis para reflexionar acerca de la visión que el Perú pone en evidencia desde su Carta Fundamental acerca de los servicios públicos.

No se trata de una pretensión catalogadora o clasificadora para tratar de adaptar la riqueza original de la normativa pública local a algún esquema ideal o a un modelo preconcebido. Solo perseguimos facilitar el análisis que nos permita reflexionar sobre los institutos fundamentales en esa materia para –desde allí– elaborar respuestas propias y enriquecedoras de la realidad jurídica que nos compromete; sobre todo cuando nos aproximamos a una reforma constitucional.

A) Protagonismo estatal sobre servicios públicos

No obstante la observación de Fernández Segado, quien manifiesta que la constitución del Perú *“ha alterado de un modo más que notable el modelo económico al optar, lisa y llanamente, por un modelo ortodoxamente liberal”*⁽¹⁰⁾, entendemos que del texto vigente surge claramente que el art. 58 reserva al Estado tres actitudes posibles: garantizar la libre iniciativa privada, orientar el desarrollo sobre la base de los principios del estado social de derecho y actuar en determinadas materias.

El principio general de reconocimiento de la libre iniciativa inscribe al texto constitucional como de aquellos que respetan un sistema de libertad al que se le imponen los límites tradicionales del

⁽⁹⁾ No hemos tenido oportunidad de consultar otra legislación peruana sobre la materia. Nuestras breves reflexiones se basan en el contenido que nos brinda el texto constitucional exclusivamente considerado.

⁽¹⁰⁾ Francisco Fernández Segado, *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, Editorial Grijley, Lima, 1994, p. 56; el autor cita en su apoyo también a Marcial Rubio Correa.

pensamiento más liberal según el art. 59 como son el de moralidad, salubridad y seguridad; no por ello implica un alineamiento completo en la ortodoxia liberal. El mismo texto se encarga de aclarar ese extremo.

La facultad estatal de orientar hacia el desarrollo nos coloca de por sí ante un Estado en modo alguno prescindente. Por el contrario, esa finalidad de "orientar"⁽¹¹⁾, que a los efectos que aquí nos interesan significa "dirigir" o "encaminar", podría servir de base –si no lo ha sido ya– para diversos grados de "orientación" con el solo límite de la razonabilidad, la buena fe y la desviación de poder, de un modo conceptual. Cuando una medida legislativa es "orientadora" significa una lisa y llana intervención en el comportamiento de las variables económicas.

Señala, con acierto, Baldo Kresalja R. que hay "otros servicios que la Constitución no menciona expresamente, pero en los cuales el Estado, siempre bajo el principio de subsidiaridad, está no sólo autorizado sino, creemos, obligado a promover y hasta a participar"⁽¹²⁾.

Finalmente, el tercer grado, que de por sí debería ser excepcional y de interpretación restrictiva, atribuye al Estado peruano la facultad de "actuar" en "áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

Decimos que "debería" porque, fuera de toda ortodoxia liberal–la norma constitucional del art. 58 antepone el término "principalmente" lo cual excluye la interpretación de excepción rigurosa y coloca en el terreno de las posibilidades jurídicas ordinarias otro tipo y clase de "actuaciones".

El verbo "actuar", que significa en nuestra lengua, según el diccionario de la Real Academia, "poner en acción", "ejercer funciones

⁽¹¹⁾ Según el Diccionario de la Real Academia Española orientar es: "colocar algo en posición determinada respecto a los puntos cardinales; determinar la posición o dirección de algo respecto a un punto cardinal; informar a alguien de lo que ignora y desea saber, del estado de un asunto o negocio, para que sepa mantenerse en él; dirigir o encaminar a alguien o algo hacia un lugar determinado".

⁽¹²⁾ Baldo Kresalja R., *El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos*, en Themis, n° 39, 1999, p. 81.

propias de su cargo u oficio", "obrar, realizar actos libres y conscientes", compromete al Estado peruano a una actitud de protagonismo y –a la vez– de responsabilidad política fundamental.

En una primera conclusión, afirmamos que el texto actual de la constitución obliga al Estado peruano a "actuar" en el terreno de los servicios públicos. No solo no puede ser prescindente sino que –además– está comprometido a realizar actos de intervención directa en esa materia. En otras palabras, la materia de los servicios públicos no está librada al libre juego o comportamiento de las reglas del mercado⁽¹³⁾ porque, siempre dentro de su marco normativo el Estado "actúa" en forma directa y permanente. Esta concepción en nada se condice con una sociedad liberal ortodoxa sino, por el contrario, con un Estado fuertemente protagonista y comprometido con fines de bien común⁽¹⁴⁾.

Claro está que no es posible evitar, en nuestras realidades latinoamericanas, tan propensas al desequilibrio⁽¹⁵⁾, aquellos que, en función de sus intereses, "interpretan la constitución a partir de construcciones doctrinales previas a las que tratan de ajustar el texto de aquélla, en lugar de interpretarla utilizando sus propios conceptos y principios, que es la única manera correcta de hacerlo"⁽¹⁶⁾.

La presencia de adhesiones al sistema de economía de mercado a través del reconocimiento a la iniciativa privada (art. 58) y a la libre empresa (art. 59) no hacen más que servir de marco y de referente de interpretación a un texto que en materia de servicios públicos no se

⁽¹³⁾ Entendemos que no ocurre, respecto de los servicios públicos, el abandono de las mayorías necesitadas a las "implacables leyes del mercado" que destaca García Belaunde en *La nueva constitución del Perú*, en García Belaunde y Fernández Segado, *La Constitución peruana ...*, ob. cit., p. 25.

⁽¹⁴⁾ Ver nuestros *El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar*, Depalma, Buenos Aires, 1997; *Constitución y economía*, Depalma, Buenos Aires, 2000; y más recientemente, *Constitución Nacional y control de los servicios públicos*, La Ley, 29-05-2001, p.1; también en Revista Jurídica del Perú, n° 32, año LII, marzo de 2002.

⁽¹⁵⁾ Domingo García Belaunde, *El liberalismo como frenesí*, en *La Constitución en el péndulo*, Editorial UNSA, Arequipa, 1996, p. 222.

⁽¹⁶⁾ Santiago Muñoz Machado, *Servicio público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998, p. 113.

puede enrolar en alguno de los extremos ideológicos. En otras palabras, si bien puede presentarse una aplicación concreta teñida por intereses económicos que ponga el acento en determinados compromisos de libertad adoptados sanamente por el Texto Fundamental, y desde allí propiciar un verdadero apartamiento del negocio respecto del contenido esencial mismo que implica el servicio público, no por ello podemos enrolar erróneamente al texto constitucional.

Una segunda conclusión que se puede extraer del texto es que la norma adopta una terminología que contiene un compromiso ideológico preciso. La norma se refiere con claridad a los servicios como «*públicos*» enrolándose en una corriente que considera al Estado titular de los mismos o, al menos, de la potestad de determinarlos y someterlos a un régimen jurídico específico también denominado de derecho «*público*».

La mención del «*usuario*» en el art. 65 confirma también la nota que compromete ideológicamente al texto constitucional con una posición doctrinaria determinada puesto que «*se es usuario solo frente a la administración pública titular de la competencia para la prestación del servicio u obra de utilidad común de que se trate*»⁽¹⁷⁾. A la luz de esta norma es que se ha afirmado que la legislación especial pertinente dirigida a la protección de consumidores y usuarios tiene fundamento constitucional⁽¹⁸⁾.

B) Protección del “usuario”

La norma del art. 65 de la Constitución peruana establece que “*El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población*”.

Esta distinción del texto, que por un lado refiere a “*usuarios*” y por otra a “*consumidores*” tiene gran relevancia porque no es igual la situación de uno y de otro⁽¹⁹⁾. No establece consecuencias jurídicas

⁽¹⁷⁾ Rodolfo Carlos Barra, *Contrato de obra pública*, tomo 1, Parte General. Consofos. Concesión de obra pública, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1984, p. 346.

⁽¹⁸⁾ Kresalja, ob. cit., p. 82.

⁽¹⁹⁾ Ver en nuestro *Constitución Nacional y control ...*, ob. cit., p.1.

distintas para uno y otro caso, como sí lo hace el art. 42 de la constitución de Argentina⁽²⁰⁾, pero de todos modos se comprueba un tratamiento diferente. Ello es así porque en el art. 162 se encomienda a la Defensoría “supervisar” ... la “prestación de los servicios públicos”; como dijimos, solo se es usuario de servicios públicos.

En este caso la garantía constitucional se extiende al derecho a la información, que según el texto argentino debe ser “adecuada y veraz”, y a su salud y seguridad. La descripción del art. 65 no debe tomarse como taxativa ya que en el concepto de “interés” están comprendidos otros aspectos de la relación jurídica de usuario a prestador del servicio público.

En ese orden, cuando la norma reza “defiende el interés de los consumidores y usuarios”, se está incluyendo a los intereses personales como también a los intereses económicos⁽²¹⁾. Personales como la libertad de elegir, a un trato equitativo y digno como los que incluye expresamente la normativa constitucional argentina (art. 42 CN).

Esta garantía se ve completada con otra que aparece en general dentro del art. 61 donde dice: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

⁽²⁰⁾ Dice el art. 42 mencionado: “Protección y defensa de usuarios y consumidores. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen el derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”

⁽²¹⁾ Antes que el art. 42 de la constitución argentina lo incorporara expresamente en 1994, la constitución española ya contemplaba la protección de los intereses económicos en su texto del Art. 51.1: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Huelga destacar la plena aplicación de este artículo en un terreno como es el de la prestación de los servicios públicos donde la posición dominante del prestador es inevitable y su abuso muy frecuente.

La norma pone especial preocupación en los monopolios y establece un compromiso de combatirlos y de no autorizarlos ni establecerlos siquiera por ley. Entendemos que se refiere a los monopolios legales y no a los naturales ya que éstos son normalmente inevitables. Frente a ellos solo caben dos actitudes: asumirlos por el Estado, como lo prevé la constitución española⁽²²⁾, o controlarlos estrictamente, como se lo propone el art. 42 de la constitución argentina.

Es –en algunos casos– inevitable el monopolio en la cobertura de un servicio público; en especial en los que cuentan con complejas estructuras de instalación domiciliaria como el gas, el agua y los servicios sanitarios. Solo la asunción directa por el Estado o el muy estricto control pueden evitar que se vean transgredidas las garantías constitucionales de combatir el abuso de posición dominante que este importante artículo de la constitución reconoce y garantiza a los habitantes del Perú.

C) La prestación de servicios públicos por empresas privadas

El texto constitucional presenta en su art. 60 una regla general que tiene a excluir la empresa pública como instrumento de aquel actuar del Estado habilitado, en materia de servicios públicos, por el art. 58, ya que señala que *“sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”*.

La referencia a que sólo *subsidiariamente* podrá recurrir a este instrumento nos hace pensar que en principio los servicios públicos deben ser prestados por empresas privadas. Esto se ve confir-

⁽²²⁾ Dice en su art. 128.2 que *“Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”*.

mado por el art. 92 donde se incluye entre las incompatibilidades de los congresistas su pertenencia a una empresa prestadora de servicios públicos⁽²³⁾.

Una interpretación estricta podría llevar a sostener que esta norma está en contradicción con el contenido del art. 119 que dice: *“La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo”*. La gestión de un servicio implica indudablemente su prestación en todos los aspectos. ¿Quiere decir que, a pesar de lo estatuido en los artículos mencionados antes, la prestación de los servicios públicos es estatal?

Tenemos la convicción de que la duda surge porque la Constitución hace un manejo equívoco de los conceptos de servicio público⁽²⁴⁾. Cuando se refiere al servicio público en el Título III *“Del Régimen Económico”* lo hace en sentido estricto, de servicios públicos económicos, mientras que cuando lo hace en el art. 119 lo hace en el sentido amplio y francés del término. Es decir, comprendiendo todas las funciones del Estado constituidas por los deberes de la administración en general, aquellas que hacen a las tareas propias de la administración pública. De allí que la norma le atribuya a los ministros dicha responsabilidad de dirección y gestión.

La constitución vigente del Perú propicia la explotación de los servicios públicos por empresas privadas. Este sentido tienen las normas que se comprometen a evitar el monopolio (art. 61), a someter bajo regímenes jurídicos similares a empresas privadas y públicas (art. 60)⁽²⁵⁾, y a equiparar el trato a inversiones de capital nacional

⁽²³⁾ Dice la norma en su parte pertinente que *“la función de congresista es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos”*.

⁽²⁴⁾ En este razonamiento seguimos a Kresalja, ob. cit., p. 80, quien destaca que *“los clásicos servicios vinculados a la salud y asistencia social (arts. 7 y 9), seguridad social (arts. 10 y 11) y educación (art. 17) sí se encuentran expresamente incorporados mas no con la calificación de servicios públicos”*.

⁽²⁵⁾ Dice: *“La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”*.

y extranjero (art. 63) ⁽²⁶⁾. Esta conclusión se ve corroborada por la imposición del principio de legalidad formal (art. 60) para habilitar al Estado al ejercicio de una actividad empresarial como la que supone la explotación de un servicio público.

C) El control de los servicios públicos.

En cuanto al control de los servicios públicos la Constitución posee un doble sistema de protección: un de tipo general o difuso atribuido como responsabilidad al Estado en general. El art. 65 establece que *"el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios"*. El Estado es comprensivo de todo el Estado del Perú; en todas sus formas y en todos sus órganos de poder ⁽²⁷⁾.

El texto constitucional también posee una referencia muy concreta entre las atribuciones de la Defensoría del Pueblo. Dice el art. 162: *"Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía"*.

En este caso sí están diferenciadas aquellas actividades que se refieren al cumplimiento de los *"deberes de la administración"* de lo que es la *"prestación"* de los servicios públicos.

Esta norma consolida claramente la independencia que debe poseer quien controla el funcionamiento de los servicios públicos de aquella otra autoridad pública que contrató a esa empresa particular. Esto es así porque en la tarea del control de la prestación del servicio se sujeta no sólo a la empresa prestadora sino también a la administración contratante que debe exigir el cumplimiento de las condiciones en que otorgó la concesión.

⁽²⁶⁾ Dice: *"La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones"*.

⁽²⁷⁾ Algo similar ocurre con el término *"autoridades"* empleado por el art. 42 de la constitución argentina. Sobre su alcance ver Carlos Alberto Guajardo, *Algunas reflexiones sobre la protección a consumidores y usuarios y al mercado en el nuevo art. 42 de la Constitución nacional*, en Jorge Sarmiento García y otros, *La reforma constitucional interpretada*, con prólogo de Pedro J. Frías, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 20.

La norma instauro la titularidad del Estado, en general para la defensa y en concreto a través de un órgano independiente como la Defensoría del Pueblo, sobre las facultades de control. Y atribuye éstas en el contexto de la obligación de *“defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad”*.

El texto nos invita a la reflexión de que el control de la Defensoría no será neutral en modo alguno sino, por el contrario, comprometido en la defensa del usuario ⁽²⁸⁾.

Otra reflexión nos lleva a la conclusión de que el control se ha diseñado como externo y no con carácter participativo a través de organizaciones de usuarios. Claro está que nada impide el funcionamiento de éstas a través de los mecanismos propios de asociación pero, en este aspecto, la norma constitucional se diferencia de otros textos como el de la constitución argentina (art. 42) que pone especial énfasis en este instrumento.

E) Los municipios y los servicios públicos locales

La Carta Magna peruana ha previsto que *“Las municipalidades tienen competencia para: ... 4. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad”*.

La razón fundamental que autoriza el sostenimiento del municipio como responsable principal y más directo de los servicios públicos es, precisamente, el mismo concepto funcional de servicio público que le permite detectar las necesidades públicas gracias a su privilegiada inmediatez en el trato con la realidad comunitaria.

Esta realidad ha llevado a que, en el Derecho Público provincial argentino, algunas constituciones provinciales atribuyen esa responsabilidad al Estado en general sosteniendo que el reconocimiento o creación de un servicio público es una facultad del Estado provincial o municipal. Pero las constituciones de algunas importantes provincias de la República Argentina reconocen que se trata de una facultad *originariamente* municipal ⁽²⁹⁾. No obstante ello, no faltan consti-

⁽²⁸⁾ Sobre el alcance de este control efectivo ver Kresalja, ob. cit., p. 82.

⁽²⁹⁾ Así lo disponen las provincias de Corrientes (art. 163), San Juan (art. 251), San Luis (art. 258), Santa Cruz (art. 150) y Santiago del Estero (art. 220).

tuciones provinciales que reconocen esa facultad municipal únicamente por delegación expresa de la Provincia⁽³⁰⁾ mientras que otras, en otro extremo, le atribuyen al municipio la facultad de «municipalizar»⁽³¹⁾ servicios⁽³²⁾.

Consideramos un acierto este reconocimiento de competencias al municipio efectuado por la Carta Magna peruana en su art. 192 donde, como lo ha señalado la doctrina, el rol del municipio es fuertemente intervencionista en la materia de los servicios locales⁽³³⁾.

III. LOS SERVICIOS PUBLICOS EN LA EVENTUAL REFORMA CONSTITUCIONAL

La constitución vigente, como hemos visto, posee numerosas normas y referencias a los servicios públicos. Entendemos que las suficientes como para caracterizar al texto como uno de aquellos comprometidos con la defensa del interés general cuando se trata de la cobertura de las necesidades de relevancia para la comunidad.

Tampoco cabe duda del sometimiento de la actividad a normas de derecho público. La constitución vigente no es neutral o desentendida del problema de los usuarios y de sus necesidades de protección especial.

De lo dicho surge que la normativa se inscribe en las modernas tendencias al respecto y que han seguido las constituciones como el art. 90 del Tratado de la Unión Europea en el que se los menciona como «*servicios de interés económico general*»⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Así lo prevén las constituciones de las provincias del Chubut (art. 234) y de Tucumán (art. 113).

⁽³¹⁾ Jaime Sánchez Isac, *Teoría y práctica de las concesiones de servicios locales*, Bayer Hnos., Barcelona, 1992.

⁽³²⁾ Está previsto así por las constituciones de las provincias del Chaco (art. 196) y de Río Negro (art. 88).

⁽³³⁾ Kresalja, ob. cit., p. 81.

⁽³⁴⁾ Gabriella M. Racca, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, en Giuseppe Pericu y ots., *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè Editore, Milano, 1995, p. 277.

Pero consideramos que no debe desperdiciarse la oportunidad para establecer una serie de principios que ordenen la situación institucional que ya surge del mismo texto vigente. Estamos convencidos del acierto de las palabras de Diego Valadés quien señala que *“los intensos cambios que generan los nuevos hallazgos científicos, los nuevos desarrollos tecnológicos, las nuevas elaboraciones doctrinarias, las nuevas demandas sociales, reclaman también nuevas expresiones jurídicas. Un derecho rezagado no sirve”*⁽³⁵⁾.

Podríamos considerar oportuno introducir en el texto algunos conceptos:

A) Derechos protegidos

Sería adecuado introducir una enumeración no limitativa pero que comprendiera algunos aspectos relacionados con la libertad de elección y la protección de los intereses económicos de los usuarios. Asimismo, el texto debería prever mecanismos de participación efectiva de los usuarios en los controles de los servicios públicos. La falta de previsión expresa en el texto de la constitución de Argentina ha llevado a que la participación de los usuarios, no obstante estar prevista en forma expresa en la norma, se ha limitado a una pequeña invitación a integrar comités sin capacidad de decisión y de carácter meramente asesor.

B) Marco regulatorio

El texto constitucional debería sentar bases más precisas para la elaboración por el legislador del marco regulatorio que cada uno de los servicios públicos debe tener antes de su contratación o licencia a particulares. Este punto reviste particular importancia porque es la definición del terreno donde funciona el control de la policía del servicio público que es el que sirve de marco de contención y garantía de la calidad del servicio más allá de cómo haya sido contratado en el caso concreto por la autoridad administrativa ejecutiva.

⁽³⁵⁾ Diego Valadés, *Sistema normativo y entorno político*, en *Constitución y política*, 2da. ed., Universidad Autónoma de México, 1994, p. 17.

Es el vehículo mediante el cuál se pueden prever algunos abusos provocados por la realidad tangibles de nuestros países donde, en la contratación de la prestación por empresas privadas de los servicios públicos, se han tenido en miras otros fines distintos a la satisfacción de la necesidad considerada por el Legislador de tanta importancia como para someterla a un régimen público. Es común la persecución de objetivos de comercio exterior, de promoción de inversiones, de eficiencia económica, de necesidades coyunturales de caja, etc. que nada tienen que ver con la necesidad concreta de los usuarios y de los aspirantes a serlo.

C) Entes reguladores

Es la oportunidad para dejar las bases que permitan el condicionamiento del rol de los entes reguladores de cada uno de los servicios públicos. De este modo es importante que se garanticen desde el texto constitucional algunos aspectos importantes como: la independencia efectiva del ente de control (tanto del particular concesionario como de la administración pública concedente controlados); la determinación de sus competencias policiales y de sanción; los mecanismos de participación de usuarios en general, a través de las audiencias públicas, y en particular, a través de canales institucionales permanentes de consulta y decisión; y la especialidad y profesionalidad del ente. Reviste particular preocupación la prevención de la posibilidad de "*captura*" del órgano regulador por las empresas prestadoras como lo advierte acertadamente Kresalja⁽³⁶⁾.

Este último punto es de particular interés. Existe una tendencia moderna, incorporada en la constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a unificar el control en un solo ente único para todos los servicios.

Nada más inapropiado. La conformación del ente público único puede llevar al fracaso que asegura el descontrol de los servicios por las siguientes razones:

1. por su origen carece de independencia política ya que el criterio de designación no es el técnico y de capacitación en determinada área de los servicios sino solo de naturaleza política;

⁽³⁶⁾ Kresalja, ob. cit., p. 97.

2. porque el órgano caracterizado por su integración política ya existe en las comisiones parlamentarias del Congreso; con lo cuál obtenemos una superposición de funciones que en ninguno de los casos representa el interés concreto provocado por determinado servicio en particular;
3. la extensión de las competencias, a todos los servicios, hace incontrolable su eficiencia respecto de alguno de ellos en concreto;
4. la amplitud de la función hace que el usuario se encuentre aun más alejado de cualquier posibilidad de reclamos que puedan ser resueltos en tiempos razonables;
5. la extrema complejidad de cada uno de los servicios provoca la necesidad de contar con subcomisiones que cumplan con aquellos requisitos de especialidad y profesionalismo respecto de cada uno de ellos, con lo cuál se multiplica personal y burocracia.

Podríamos señalar más razones pero con las expuestas basta para reflexionar acerca de la inconveniencia del instituto del ente único.

Por el contrario, el ente especializado y con facultades reales de control, permite que quienes lo integran cumplan con las funciones que la ley les encomiende; porque –además– es posible controlar –a su vez– su propia tarea de control con parámetros más concretos y comprobables.

D) Instrumentos eficaces de reclamo

Atento al rango reconocido de carácter esencial del derecho de los habitantes a acceder a servicios públicos razonablemente eficientes y de calidad, es imprescindible dotar esta garantía de instrumentos eficaces como alguna acción rápida y expedita para su defensa judicial en caso de que la autoridad administrativa no brinde respuesta adecuada en forma inmediata.

La constitución de Argentina (art. 43) ha incorporado a los usuarios afectados, a las organizaciones de éstos y al Defensor del Pueblo como legitimados expresamente para el ejercicio de la acción de amparo⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Sobre este punto y desde el enfoque constitucional ver María Angélica Gelli, *Los derechos de usuarios y consumidores en la Constitución Nacional*, en Asociación

IV. CONCLUSIONES

La realización de una reforma constitucional es un momento propicio para reflexionar acerca de instituciones como los servicios públicos donde de lo que se trata es de lograr un marco propicio para su prestación en condiciones razonables acordes a cada realidad puntual propia e intransferible.

En nuestra experiencia argentina los resultados son dispares porque la reforma llegó tarde; cuando se habían concesionado importantes servicios en condiciones ruinosas y políticamente desacertadas. De algún modo la reforma constitucional de 1994 ayudó en alguna medida y en algunos aspectos muy limitados.

Debemos tener presente permanentemente que la sola normativa, por ocurrente e iluminada que ésta parezca, no mejorará las condiciones de prestación de los servicios públicos posibles a un pueblo determinado. Solo podrá brindar el marco normativo propicio para que la comunidad pueda extremar sus posibilidades al máximo dentro de un sistema que asegure el cumplimiento de los extremos necesarios e imprescindibles que debe cumplimentar un servicio público: igualdad, generalidad, regularidad, continuidad y obligatoriedad.

Por el contrario, la sola normativa inadecuada, que no se adapta a la realidad local, de un modo franco y razonable, sí puede constituirse en un serio escollo que dificulte –y hasta impida– a un pueblo contar con los servicios públicos posibles que merece y que de otro modo tendría a su alcance.

El actual sistema de prestación de servicios públicos a través de empresas privadas, comúnmente transnacionales, nos coloca ante dilemas cuya resolución acertada es vital. Algunos de ellos, sin pretender agotar un listado son los siguientes:

- A) pareciera que no hay otra posibilidad que optar entre una distribución local corrupta e injusta de utilidades disminuidas por la ineficiencia en el manejo de la empresa local de prestación del servicio público, y una gran eficiencia de explotación por la em-

Argentina de Derecho Constitucional, *Comentarios a la reforma constitucional*, Buenos Aires, 1995, p. 224/225.

presa foránea que distribuye la totalidad de los recursos generados en el extranjero;

- B) debemos tener conciencia de que si pretendemos controlar la prestación de los servicios y sus resultados acordes con la intención del legislador y de la población destinataria, debemos sacrificar el desproporcionado precio que pagan los interesados por la concesión de explotación en territorios inmensos y desproporcionados, por plazos absurdamente prolongados y con controles mínimos por sus limitaciones de hecho;
- C) es muy importante saber que si las garantías pretendidas y los capitales de respaldo exigidos son demasiado grandes las empresas que vendrán tendrán más poder que el Estado mismo y que sus órganos de control;
- D) hay que tener en cuenta el ejemplo de otros países que demuestra que las "garantías" que brinda el prestigio o el volumen internacional de la firma oferente, llegado el caso y frente a la crisis, que es la eventualidad que se pretende proteger, esos capitales no responden en modo alguno ni garantizan resultado ni suma alguna; las únicas garantías que deben computarse son las efectivamente constituidas realmente dentro del territorio nacional en forma tangible y de disponibilidad inmediata;
- E) entre otros elementos de juicio, hay que ponderar que existen controles de limitaciones a la vinculación entre prestadoras de servicios públicos, ya sea entre empresas que deberían permanecer independientes por ser competidoras o poseedoras de tramos de un mismo servicio (generadores con transportistas y distribuidores) que no será posible realizar en modo eficiente por la defectuosa información;
- F) finalmente, debemos ser conscientes de que una vez entregado el servicio éste se constituye en un rehén imposible de recuperar en términos razonables y –por ello mismo– imposible de regular con nuevas normas o exigencias; normalmente, es muy difícil hacer cumplir las reglas impuestas con anterioridad.

Sabiamente señala Kresalja ⁽³⁸⁾: *"la incorporación de la competencia económica en la gestión de la mayoría de los servicios públi-*

⁽³⁸⁾ Kresalja, ob. cit., p. 96.

cos económicos no hace en absoluto necesario abandonar la publicatio". Nosotros agregamos, a más libertad más control.

El desafío está planteado. Consideramos oportuno cerrar estas reflexiones con las advertencias agudas de Karl Loewenstein: *"las declaraciones siguen siendo pretenciosos catecismos de unos postulados socioeconómicos, culturales y educacionales que en ninguna parte alcanzan la categoría de derechos subjetivos que el individuo pueda ostentar contra el Estado o, lo que es lo mismo, que impliquen deberes del Estado de realizar y poner en ejecución el programa mediante la legislación positiva"*⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Karl Loewenstein, *La constitución en vivo: teoría y práctica*, en J. Blondel, M. Duverger, y ots., *El gobierno: estudios comparados*, Alianza Universidad, Alianza Editorial, Madrid, 1981, p. 208.

LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

César Ochoa Cardich

Sumario: I. Principios Generales del Derecho y Principios Generales del Procedimiento. II. Una nueva propuesta de clasificación de principios: Principios del Procedimiento derivados de Principios Constitucionales. III. Principios Generales No Constitucionalizados de gran relevancia en el procedimiento. IV. La Ley del Procedimiento Administrativo General y la codificación de los Principios Generales. V. Los Principios Generales del Procedimiento en la jurisprudencia constitucional peruana.

I. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO

Como cuestión preliminar debe precisarse el concepto de “principios procedimentales”. Para algunos prevalece un enfoque axiológico, para otros predomina un enfoque descriptivo de las directrices bajo las cuales el legislador ha normado el procedimiento. Asimismo, el criterio de que los principios del procedimiento como los Principios Generales del Derecho en su versión procedimental ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ López Menudo, Francisco. “Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo”, en: Revista de Administración Pública, núm. 129, setiembre-noviembre de 1992, Madrid, p. 23.

Si asumiéramos el enfoque descriptivo, se asumiría como principios del procedimiento administrativo a las opciones o soluciones técnicas adoptadas por el legislador y plasmadas en la Ley. Entonces tendríamos que resignarnos a reconocer como tales a una serie de pseudoprincipios ⁽²⁾.

Nuestra perspectiva asume el criterio de que los principios procedimentales son una proyección de los Principios Generales del Derecho, tema que requiere igualmente una reflexión previa como cuestión preliminar.

⁽²⁾ Fue el caso del denominado capítulo I ("De los Principios Generales") introducido al Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos por la Ley N° 26654. Este capítulo de "Principios Generales" fue una norma antitécnica y no contiene en rigor principios del procedimiento administrativo. Salvo que optemos por considerar como principios a reglas como las del artículo V que establece que toda autoridad del Estado debe cumplir con los plazos señalados por la ley y no podrán exigir requisitos que no estén establecidos en los dispositivos legales vigentes. En realidad se trata de un capítulo que incorpora pseudoprincipios puesto que como sabemos ese capítulo fue introducido por la Ley N° 26554, cuyo objetivo no era mejorar la legislación administrativa sino el de prestarle un sustento supuestamente jurídico a una inconstitucional segunda reelección del Jefe del Estado. Así, el referido capítulo de "Principios Generales" introdujo un artículo III que estableció en su segunda parte que cuando una norma de Derecho Público condiciona el ejercicio de un derecho a hechos anteriores, sólo se tienen en cuenta los iniciados con posterioridad a la fecha de vigencia de la referida norma. Este pseudoprincipio fue incorporado para servir de sustento a la Ley N° 26657 que pretendió una "interpretación auténtica". Esta inconstitucional ley de caso único aprobada para que su destinatario esté habilitado para ejercer por tres veces consecutivas la Presidencia de la República interpretó que la reelección "está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional". Es evidente que el texto del citado artículo III, al margen de no ajustarse a una interpretación lógica de la norma, es enteramente ajeno al procedimiento administrativo. Su incorporación a la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos -LNGPA- supuso que su aplicación está circunscrita a los procedimientos administrativos, y de manera supletoria, y de ningún modo a los procesos electorales. Como lo precisó la sentencia N° 322 del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable, por unanimidad de los votos emitidos (magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) la Ley N° 26657, para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia de la República en el año 2000, del Sr. Alberto Fujimori: "Puede apreciarse, en consecuencia, que el ámbito de aplicación de las normas glosadas se circunscribe a los actos administrativos, de modo que no es aplicable al caso presente, porque la elección presidencial no constituye un acto administrativo, sino político, realizado por el pueblo soberano y no por un órgano del Estado".

Consideramos que los Principios Generales del Derecho no son máximas empíricas o fórmulas rituales sino principios ontológicos que surgen de la praxis jurídica y que han sido codificados o incorporados a las leyes. En España, es célebre la definición de De Castro en el sentido que constituyen "el aire mismo en el que jurídicamente se vive" ⁽³⁾. Como se ha dicho expresan y articulan técnicamente los valores centrales, las representaciones jurídicas generales o las opciones básicas de cada sistema jurídico ⁽⁴⁾. Así, García de Enterría, considera que "no son meras máximas empíricas o sacramentales, sino justamente principios ontológicos (y no sólo lógicos)" ⁽⁵⁾. Para este autor "expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad" ⁽⁶⁾.

Para quienes estiman que la eficiencia económica, prevalece sobre todos los valores, los Principios Generales del Derecho son un factor de ineficiencia económica e incertidumbre jurídica. Lejos de ello, vienen a ser como la bocanada de aire que requiere el sistema jurídico para poder mantener su validez y vigencia, posibilitando la flexibilización del mismo ⁽⁷⁾. Los Principios Generales del Derecho no sólo cumplen una función supletoria sino que cumplen una función de dar todo su sentido y presiden toda la interpretación de las normas escritas ⁽⁸⁾. Es decir, cumplen una función informadora del ordenamiento jurídico ⁽⁹⁾.

⁽³⁾ De Castro, Federico. *Derecho Civil en España*. Parte General. IEP, Madrid, 1949, p.421.

⁽⁴⁾ Leguina Villa, Jesús. "Principios Generales del Derecho y Constitución" en: *Revista de Administración Pública*, núm. 114, setiembre-noviembre 1987, Madrid, p. 8.

⁽⁵⁾ García de Enterría, E., cit., por Leguina Villa, Jesús, op. cit., p. 10.

⁽⁶⁾ García de Enterría, E. y Fernández, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 5ª edición, Madrid, Cívitas, 1989.

⁽⁷⁾ Jiménez Vargas-Machuca, Roxana. *El principio de la buena fe*. Texto inédito que será próximamente publicado en Argentina y que nos fuera proporcionado gentilmente por la autora, profesora de Derecho Civil de la Universidad de Lima.

⁽⁸⁾ García de Enterría, E. y Fernández, T.R. op. cit. p.79.

⁽⁹⁾ Suay Rincón, José. "La doctrina de los Principios Generales del Derecho y su contribución al desarrollo del Derecho Administrativo". En: *La protección jurídica del ciudadano*. Tomo I, Cívitas, Madrid, 1993, p. 383.

Como señala Suay, en el Derecho Administrativo los Principios Generales del Derecho han conocido un desarrollo espectacular: están directamente vinculados al origen de esta disciplina ⁽¹⁰⁾ desde la antigua jurisprudencia del Consejo de Estado francés que los va desarrollando como la más importante fuente de legalidad ⁽¹¹⁾.

Nuestra nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, reconoce la posición de los Principios Generales del Derecho dentro del sistema de fuentes del procedimiento administrativo en el artículo V del Título Preliminar. Entendemos que en rigor debe referirse fundamentalmente a los Principios Generales del Derecho en su proyección procedimental o sea los Principios del Procedimiento Administrativo.

II. UNA NUEVA PROPUESTA DE CLASIFICACION DE PRINCIPIOS: PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DERIVADOS DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Las tipologías y clasificaciones pueden ser muy diversas, según el punto de vista que se adopte. Su validez está en función de la utilidad que proporcione al investigador o al docente para explicar una determinada materia.

Asumiendo ese enfoque debemos precisar previamente cuales son los Principios Generales del Derecho en la Constitución de 1993: Principios Constitucionales a los que denominaremos "simples", Principios Constitucionales vinculados a derechos fundamentales y libertades públicas, Principios Constitucionales de la función jurisdiccional y Principios Generales de la Constitución Económica. Cabe anotar que a diferencia de la jurisprudencia constitucional española nuestro Tribunal no se ha pronunciado expresamente acerca de los Principios Generales del Derecho ⁽¹²⁾. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional si ha desarrollado los

⁽¹⁰⁾ Ibidem, p.389.

⁽¹¹⁾ Ibidem, p.392.

⁽¹²⁾ Hakansson Nieto, Carlos. "La posición constitucional de los Principios en la Carta de 1993". En: Revista de Derecho, Universidad de Piura, vol. I, 2000, Piura, p.75.

Principios del Procedimiento Administrativo como analizaremos más adelante.

Entre los que denominaremos Principios Constitucionales Simples ubicamos a los Principios de dignidad de la persona humana (artículo 1°); supremacía normativa de la Constitución (artículo 138°); de sujeción a la Constitución (artículo 38°); de irretroactividad (artículo 103°); de jerarquía normativa y publicidad normativa (artículo 51°), de razonabilidad ⁽¹³⁾ y de seguridad jurídica ⁽¹⁴⁾.

Como Principios Constitucionales vinculados a los derechos fundamentales consideramos al Principio de igualdad, vinculado al derecho de igualdad ante la ley previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución; al Principio de Legalidad Sancionadora vinculado al derecho a no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley, reconocido en el literal d) del inciso

⁽¹³⁾ Reconocido implícitamente en la norma constitucional que asigna al Presidente de la República la potestad reglamentaria de las leyes "sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas; y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones (inciso 8 del artículo 118°). A nivel administrativo, supone que las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a su finalidad. Donde no hay proporcionalidad, no hay razonabilidad" (Hutchinson, Tomás, op. cit., p. 27). Nuestro Tribunal Constitucional ha citado a Dromi, Roberto, con relación a este principio. Así, en el caso "Margarita Tupayachi Luna c./ Rector de la Universidad Andina del Cuzco", Expediente N° 292-97-AA/TC, sentencia publicada en el diario oficial "El Peruano", el TC sostuvo que: "Que como lo señala el autor argentino Roberto Dromi: 'Todo acto de la Administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen. Tiene que haber una relación lógica y proporcionada entre el consecuente y los antecedentes, entre el objeto y el fin. Por ello, los agentes públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho y el derecho aplicable y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden público' (Derecho Administrativo, pag. 766, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995)".

⁽¹⁴⁾ Si bien no está previsto explícitamente es en gran medida una síntesis de los anteriores. Puede detraerse del artículo 3° de la Constitución que prevé que la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo I ("Derechos fundamentales de la persona") "no excluye los demás que la garantiza ni de otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicano de gobierno" disposición inspirada en la novena enmienda de la Constitución americana.

24 del artículo 2º de la Constitución y el principio de presunción de inocencia, que constituye un derecho subjetivo reconocido en literal e) del inciso 24 del precitado artículo 2º, que a su vez es un principio con valor normativo igualmente directo⁽¹⁵⁾.

Con relación a los Principios Constitucionales de la función jurisdiccional, el artículo 139º de la Norma Suprema considera indistintamente derechos y principios en 22 incisos. Con relación al derecho al debido proceso hay que destacar a los Principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, el principio de *especificidad*, que se deduce del inciso 8 del artículo 139º, cuando prevé que no se puede dejar de administrar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley⁽¹⁶⁾, el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (el principio de legalidad en materia sancionadora), el principio de no ser penado sin proceso judicial (vinculado al principio de no indefensión y al derecho de defensa), el principio de aplicación de la ley más favorable en caso de duda o conflicto entre leyes penales (*el principio indubio pro reo*), el principio de no ser condenado en ausencia (vinculado al principio de no indefensión), el principio de no indefensión (o principio de contradicción, conectado directamente con el derecho al *debido proceso*)⁽¹⁷⁾, el principio *non bis in idem* (nadie puede ser sometido a

⁽¹⁵⁾ López Menudo, Francisco, op. cit. p. 49

⁽¹⁶⁾ Hakansson Nieto, Carlos, op.cit., p. 95.

⁽¹⁷⁾ La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional peruano, como analizaremos más adelante en acápite aparte, ha reconocido *el derecho al debido proceso*, tanto en sede judicial como en sede administrativa, aun cuando la norma constitucional específica -artículo 139º- está ubicada en el capítulo dedicado al "Poder Judicial". Los autores del reciente anteproyecto de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos utilizan el concepto "debido procedimiento", tratándose de este derecho en sede administrativa, el mismo que no se ajusta a la doctrina del Tribunal Constitucional peruano. La nueva LPAG recoge esta formulación como principio del procedimiento administrativo en el artículo IV del Título Preliminar. Preferimos referirnos al derecho al *debido proceso en sede administrativa* como lo prevé el artículo 29º de la Constitución colombiana de 1991. Este derecho al debido proceso tiene diversos aspectos, reconocidos como derechos constitucionales en el artículo 139º: derecho al juez natural, derecho a una decisión motivada, derecho de defensa (cuyo desarrollo como principio corresponde al principio de prohibición de la indefensión o principio de contradicción), derecho a la instancia plural (o derecho al recurso en la

una pluralidad de procesos por los mismos hechos, que es previsto como la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada y que da sustancia al principio de *cosa juzgada*), el principio de que toda persona debe ser informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención (en rigor es un derecho inherente a la libertad y seguridad personal).

En esa dirección desarrollamos la siguiente clasificación de principios del procedimiento conectados o derivados de principios constitucionales.

La primera manifestación del principio de *igualdad* está recogida en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General con la definición de principio de imparcialidad ⁽¹⁸⁾. Asimismo, con regla del

doctrina). Cabe anotar que al amparo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14^o), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXVI) se constituye como un derecho fundamental el debido proceso. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce diversos derechos consustanciales al derecho al debido proceso. En el artículo 7.5 reconoce el derecho de toda persona a ser juzgada dentro de un plazo razonable; en el artículo 8.1 reconoce el derecho a ser oído, con las debidas garantías dentro de un plazo razonable, en el artículo 8.2 reconoce como derechos subjetivos el de presunción de inocencia y el derecho de toda persona, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. En los incisos 3, 4 y 5 del referido artículo 8^o se reconocen respectivamente los siguientes derechos: a que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción alguna; el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos; y que el proceso penal sea público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

⁽¹⁸⁾ El inciso 1.5 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General define a este principio que las autoridades actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela

precedente administrativo (artículo VI del Título Preliminar de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444) que supone igualdad de trato en la aplicación de la ley por la Administración. Asimismo, puede desarrollarse en el procedimiento administrativo a través del principio *prior tempore potior in jure*, en el orden de incoación y despacho de los expedientes⁽¹⁹⁾. La nueva Ley del Procedimiento Administrativo General LPAG, Ley N° 27444 en el inciso 1 de su artículo 148° lo recoge sin excepciones pero lo incorpora como una manifestación del principio de *celeridad*. Así, esta norma prevé que la tramitación de casos de una misma naturaleza, *se rige rigurosamente por el orden de ingreso pero cabe subrayar el matiz que supone la frase "casos de una misma naturaleza"*. En la misma dirección, el inciso 2 del artículo 45° de la LPAG prevé que las entidades no pueden establecer pagos diferenciados para dar preferencia o tratamiento especial a una solicitud distinguiéndola de las demás de su mismo tipo, ni discriminar en función al tipo de administrado que siga el procedimiento. En su dimensión subjetiva de derecho está prevista en el inciso 1 del artículo 55° de la LPAG que reconoce la precedencia en la atención del servicio público requerido, guardando riguroso orden de ingreso. Cabe anotar que al tener una dimensión subjetiva de derecho cabría aceptar el supuesto que el particular renuncie a su aplicación estricta en un caso concreto si conviniese a su derecho de defensa o para una mayor de eficacia procedimental.

Así, el principio constitucional de *no indefensión* tiene sus manifestaciones en el procedimiento administrativo a través de los siguientes principios:

a) Principio de *recurribilidad* universal de los actos del interesado

Supone la posibilidad de recurrir contra todo acto definitivo⁽²⁰⁾. El inciso 1 del artículo 109° de la nueva LPAG prevé que frente a un

igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

⁽¹⁹⁾ López Menudo, op. cit., p. 52.

⁽²⁰⁾ A este respecto, seguimos a Julio Rodolfo Comadira. *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada "cosa juzgada administrativa"*, Ed. Astrea,

acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su *contradicción* en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o suspendido sus efectos.⁽²¹⁾ En la doctrina se aplica no sólo al acto administrativo de contenido decisorio que generan efectos jurídicos sino también a los actos de trámite cuando determinan la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión. La nueva LPAG reconoce este criterio en el inciso 2 del artículo 206º. Pensemos en un acto que declara el abandono del procedimiento, el mismo que no tiene contenido decisorio en el sentido sustantivo de resolver sobre intereses, obligaciones o derechos de los particulares respecto a la Administración pero que determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento⁽²²⁾. El artículo 191º de la Ley del Procedimiento Administrativo General prevé el derecho a su impugnación.

Buenos Aires, 1981, pp. 174-175) quien distingue con precisión los conceptos de "acto definitivo", "acto firme o consentido" y "acto que causa estado". Así, este autor señala que: "..., el acto definitivo, también denominado acto principal, originario, conclusivo o final, es aquel que resuelve, directa o indirectamente, la cuestión de fondo planteada en un procedimiento, reflejando la voluntad concreta de la Administración y produciendo los efectos jurídicos deseados por ella con relación a dicha cuestión, y se opone conceptualmente al acto preparatorio o de mero trámite, que ni contiene ni expresa la voluntad de la Administración acerca de aquella cuestión, ya que concurre meramente a formarla...Acto que 'causa estado' es aquel acto definitivo con relación al cual se han agotado las instancias de recurso en sede administrativa, o bien, aquel acto definitivo que no es susceptible de recurso alguno en dicha sede. Es pues, el acto que se halla en 'estado' de ser impugnado ante la justicia y se opone conceptualmente a aquel que es susceptible a aquel que es susceptible de recursos obligatorios en vía administrativa y al que es firme por algunas causas determinantes de dicho efecto...Acto firme es, por último, aquel acto consentido por el sujeto afectado, expresa o tácitamente, sea que resulte esta última del vencimiento de los plazos legales o reglamentarios establecidos para su recurrimiento administrativo o judicial, o de cualquier otra forma de expresión de voluntad aquiescente con el acto, o bien, aquel acto que no es susceptible de revisión judicial por expresa y objetiva imposición normativa. Esta clase de actos se opone, pues, al que es susceptible de ser impugnado administrativa o judicialmente".

⁽²¹⁾ A nuestro criterio, el concepto de contradicción corresponde a un principio distinto al de recurribilidad universal de los actos. En rigor corresponde aludir al derecho de recurrir en la vía administrativa.

⁽²²⁾ El artículo 191º de la nueva Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General prevé que la declaración de abandono debe ser notificada y contra ella procederán los recursos administrativos pertinentes.

Asimismo, un acto de trámite por el cual se deniegue la actuación de una prueba es un supuesto de acto que genera indefensión. Con relación a las medidas provisionales la doctrina considera que deben ser impugnables de acuerdo a este principio⁽²³⁾. La LPAG al regular las medidas cautelares, prevé en el inciso 2 del artículo 146° que podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a *instancia de parte*, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

b) Principio "*in dubio pro actione*" que consiste en una regla general de la interpretación más favorable para el ejercicio de las acciones. Está vinculado con el principio de *informalismo* a favor del particular y al principio de subsanabilidad. Se desarrolla en la necesidad de una interpretación flexible de los requisitos de legitimación⁽²⁴⁾. La LPAG lo recoge pero con la denominación de principio de informalismo en el numeral 1.6 del artículo IV del Título Preliminar. Así, se considera que si no consta la fecha de notificación del acto impugnado o la de la presentación del recurso, debe entenderse que ha sido interpuesto dentro del plazo⁽²⁵⁾.

c) Principio de *subsanabilidad* de los actos de los interesados. Prevista en el artículo 46° la LNGPA que establece que cuando en cualquier momento del proceso se advierta que los interesados no hubieran cumplido con todos los requisitos necesarios, la Administración podrá, de oficio, notificarlos para que dentro de un plazo prudencial puedan subsanar las omisiones. La LPAG, en su artículo 125° prevé que deben ser recibidos todos los formularios o escritos presentados, no obstante incumplir los requisitos establecidos en la Ley,

⁽²³⁾ Rebollo Puig, Manuel. "Medidas provisionales en el procedimiento administrativo". En: *La protección jurídica del ciudadano. Estudio en homenaje al profesor Jesús González Pérez*. Tomo I. Civitas, Madrid, 1993, p. 709: "Negar por tanto, la posibilidad de un recurso autónomo es negar el control de esa actividad de la Administración y el acceso a la justicia, produciendo indefensión, máxime cuando las medidas provisionales son ejecutivas y ejecutorias, desplegando inmediatamente sus efectos sobre el administrado".

⁽²⁴⁾ López Menudo, op.cit. p. 53.

⁽²⁵⁾ Hutchinson, Tomás. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, op. cit., p. 28.

que no estén acompañados de los recaudos correspondientes o se encuentren afectados por otro defecto u omisión formal prevista en el TUPA –Texto Unico de Procedimiento Administrativos–, que amerite corrección. En un solo acto y por única vez, la unidad de recepción al momento de su presentación realiza las observaciones por incumplimiento de requisitos que no puedan ser salvadas de oficio, invitando al administrado a subsanarlas dentro del plazo máximo de dos días hábiles. Otra aplicación práctica del principio establece que es excusable la calificación errónea de los recursos, no siendo obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter, conforme al artículo 213º de la LPAG. En ese mismo sentido, la equivocación del nombre del destinatario del recurso tampoco afecta su admisibilidad y procedencia.

d) Principio de *contradicción*. Como señala la jurisprudencia española: “supone la existencia de la posibilidad de hacer valer, dentro del procedimiento, los distintos intereses en juego, así como en segundo término, que esos distintos intereses puedan ser adecuadamente confrontados por sus respectivos titulares antes de adoptarse una decisión definitiva...”⁽²⁶⁾.

En el proceso penal supone que cada actuación que se lleve a cabo dentro del proceso en orden al esclarecimiento de los hechos ha de ser trasladada al inculpado pueda emitir su opinión sobre ella. Cabe anotar que para el Derecho Administrativo Sancionador los principios jurídicos penales son de aplicación, con matices, a las sanciones administrativas⁽²⁷⁾.

Este Principio tiene diversas manifestaciones en el procedimiento administrativo en la nueva LPAG: derecho a ser citado y oído si se tiene interés legítimo (inciso 1 del artículo 60º); derecho a formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, en cualquier momento del procedimiento (inciso 1 del artículo 161º) de-

⁽²⁶⁾ Citada por López Menudo, Francisco, op. cit., p. 54.

⁽²⁷⁾ Suay Rincón, José. “La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador”. En: Revista de Administración Pública, núm. 123, setiembre-diciembre de 1990, Madrid, p.163. En nuestro medio, ya han sido recogidos en reiterada jurisprudencia administrativa del Tribunal de Adquisiciones y Contrataciones del Estado.

recho a proponer medios de prueba (inciso 2 del artículo 162° y 166°); la expresión de los recursos que proceden, el órgano ante el cual deben presentarse los recursos y el plazo para interponerlos como requisitos de la notificación de los actos administrativos (artículo 24°.1.6); la interdicción o prohibición de la *regla solve et repete*,⁽²⁸⁾ cuando se prevé que la recepción o atención de una contradicción no puede ser condicionada al previo cumplimiento del acto respectivo.

Como principio lógico que resulta un corolario del principio de contradicción debemos citar al de *congruencia* que supone la estricta correlación entre la petición o pretensión y la resolución administrativa. Está recogido parcialmente en el artículo 187°.2 de la LPAG prevé que la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el interesado decidirá sobre todas las cuestiones planteadas en el proceso⁽²⁹⁾.

e) Principio de *publicidad*. Este principio es aplicable a todos los poderes públicos. La Constitución en su artículo 51° consagra este principio como esencial para la vigencia de toda norma del Estado. La cognoscibilidad de las decisiones del Estado es una de las manifestaciones fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho. Su aplicación a la Administración Pública supone que ésta está

⁽²⁸⁾ Como señala Garrido Falla, Fernando (*Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p.716-718) de la ejecutividad del acto administrativo y la subsiguiente posibilidad, en su caso, de la ejecución forzosa, se ha llegado a inferir la consecuencia de que la impugnación de cualquier acto administrativo que implique liquidación de un crédito a favor del Estado sólo es posible si el particular se aviene previamente a realizar el pago que se discute. El requisito del previo pago afecta el derecho de recurrir supone un injustificado privilegio administrativo que debe ser considerado derogado por incompatibilidad con el derecho de tutela judicial reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución.

⁽²⁹⁾ Cabe referirnos a la técnica de la *reformatio in peius*, que faculta al órgano jurisdiccional ante el que se interpone el recurso contra una sanción a agravarla. En aplicación del principio de congruencia es inadmisibles esta técnica en la vía judicial por la obligación de congruencia. A nuestro juicio, la nueva LPAG ha tomado partido en contra de la *reformatio in peius* en el artículo 187°.2 que preceptúa que en los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, *sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial* y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar un nuevo procedimiento, si procede. Consideramos que debe ser prevista la prohibición de la *reformatio in peius* dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa.

inmersa en un mandato general de transparencia en su actuación⁽³⁰⁾ que facilita la cognoscibilidad de los actos del procedimiento por los interesados, que está reconocido como derecho fundamental de la persona dentro del Título I de la Constitución peruana de 1993.

Así, se reconoce en el inciso 5 del artículo 2º como derecho fundamental de la persona solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que supone el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. Este derecho está protegido mediante la acción de hábeas data, prevista en el inciso 3 del artículo 200º de la Norma Suprema. El derecho de acceso del ciudadano a los archivos y registros administrativos no sólo es un derecho del ciudadano, es un principio del funcionamiento de la Administración Pública⁽³¹⁾.

A nivel del procedimiento administrativo son manifestaciones del principio de publicidad en la nueva LPAG: el derecho de acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley (artículo 55º.3); el derecho solicitar la información que obra en poder de las entidades siguiendo el régimen previsto en la Constitución y la Ley (artículo 110º.1)); deber de notificar al interesado en su domicilio (artículo 21º.1); régimen de publicación de los actos administrativos (artículo 23º); el período de información pública para resolver acerca del otorgamiento de licencias o autorizaciones para ejercer actividades de interés general (artículo 185º. 2).

f) Principio del *debido proceso en sede administrativa*. Como principio derivado del principio constitucional del debido proceso

⁽³⁰⁾ Su precedente más remoto se halla en la Ley sueca de 5 de abril de 1949 sobre el acceso a los documentos públicos

⁽³¹⁾ Embid Irujo, Antonio. "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en vísperas de su consagración legislativa". En: *La protección jurídica del ciudadano*. Tomo I, Cívitas, Madrid, 1993, p. 729.

en sede judicial, previsto en el artículo 139°.3 de la Constitución de 1993. Cabe anotar que esta norma se refiere en su segundo párrafo al principio del juez y del procedimiento predeterminado, la jurisprudencia constitucional ha interpretado que en sede administrativa supone seguir el procedimiento legalmente preestablecido, respetándolo en cada una de sus etapas, trámites y actuaciones. Asimismo, sus principales manifestaciones están vinculadas al principio de no indefensión.⁽³²⁾ La enumeración de las garantías del debido proceso debe ser ilustrativa y no taxativa porque comprenden todos aquellos principios que garanticen el principio de no indefensión⁽³³⁾. Asimismo, consideramos como manifestaciones de este principio: la motivación como requisito de validez del acto administrativo (artículo 3°.4 de la LPAG)⁽³⁴⁾.

Otras manifestaciones del *debido proceso penal* son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador: la *presunción de inocencia*⁽³⁵⁾

⁽³²⁾ Hutchinson, Tomás, op. cit., p. 30-31, considera como aspectos del *debido proceso adjetivo* el derecho a ser oído, derecho a ofrecer y producir prueba y el derecho a una decisión fundada. A su vez el artículo IV.1.2 señala que el principio del debido procedimiento comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión fundada en Derecho.

⁽³³⁾ Hakansson Nieto, C., op. cit., p. 87.

⁽³⁴⁾ La motivación del acto administrativo es una garantía contra la arbitrariedad. Por ello nos parece incomprensible que el artículo 14°.2 .1 de la LPAG preceptúe que el acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación está afectado por un vicio no trascendente, prevaleciendo la conservación del acto. ¿Un acto cuya parte considerativa no guarde relación de congruencia con su parte resolutive no está viciado de nulidad? Cabe tener en cuenta que el concepto de arbitrariedad de la Administración como equivalente a la falta de motivación del acto administrativo de Fernández. Tomás Ramón (*De la arbitrariedad de la Administración*. Cívitas, Madrid, 1994, p. 82): "La motivación de la decisión comienza pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque sino hay motivación que lo sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario..."

⁽³⁵⁾ En el caso "Felícita Julia López Gonzáles c./ Ministro del Interior", Exp. N° 333-96-AA/TC, el Tribunal Constitucional peruano consideró que la aplicación de la sanción administrativa por la presunta comisión de delito contra la fe pública "constituye una violación de su derecho constitucional a la presunción de inocencia, reconocido en el literal "e" del inciso 24) del Artículo 2° de la Constitución Política del Estado, pues, no habiéndose declarado judicialmente su responsabilidad penal me-

que, entre otras manifestaciones en el procedimiento administrativo sancionador, supone que las actas de inspección carecen de presunción de certeza puesto que supondría una inversión de la carga de la prueba a favor de la Administración y en contra del particular. En aplicación del derecho fundamental de presunción de inocencia las actas de inspección de la Administración tienen el valor probatorio que ha medirse a la luz del principio de la libre valoración de prueba⁽³⁶⁾; Asimismo, son aplicables los principios de orden penal, con matices, al Derecho Administrativo Sancionador⁽³⁷⁾: el principio de legalidad, el principio de tipicidad, el principio *non bis in idem*, el principio de culpabilidad, el de retroactividad benigna⁽³⁸⁾ y la prohibición de *la reformatio in peius*.

diante resolución judicial, se tomó la presunta comisión de dichos ilícitos penales como hecho determinante para disponerse la sanción de pase a la situación de disponibilidad, olvidándose que dicha presunción formal opera en nuestro ordenamiento jurídico, no porque el sometido a un proceso penal pruebe su inocencia, sino porque mientras no se pruebe su responsabilidad penal mediante resolución judicial firme, habrá de presumirse la inocencia de la comisión de los delitos imputados”.

⁽³⁶⁾ Aguado y Cudola, Vincenc. *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*, Cívitas, Madrid, 1994, p. 174 y sigts.

⁽³⁷⁾ El punto de partida de esta doctrina es el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre (TEDH) en el caso Öztürk contra la República Federal Alemana. Es el caso de un inmigrante turco que colisionó contra un vehículo estacionado siendo castigado con una multa administrativa, de acuerdo con la legislación alemana. No conforme con la multa el Sr. Abdulkaki Öztürk interpuso recurso ante el juez de primera instancia. Durante la tramitación del proceso Öztürk se desistió de su recurso quedando firme la decisión administrativa, y le exigieron además de la multa, las costas del proceso, incluyendo en ellas los honorarios del intérprete. En este extremo, el recurrente impugnó la decisión judicial, al amparo del artículo 6º, inciso 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La defensa del Estado alemán argumentó que el referido artículo 6º no era aplicable al caso por cuanto el quejoso no se encontraba en el supuesto de *charged with a criminal offense*. En este caso, el TEDH señaló que “una falta del tipo de la del Sr. Öztürk sigue perteneciendo al derecho penal en una gran mayoría de los Estados contratantes, como en la República Federal Alemana hasta la entrada en vigor de la legislación 1968/1975: considerada como ilegal y reprehensible, se le sanciona con penas” (párrafo 53). El TEDH ratificó la concepción actualmente prevaleciente en la doctrina que las penas y las sanciones administrativas constituyen dos subespecies del género de las “sanciones punitivas”, por lo que los principios de orden penal son aplicables, con matices, al Derecho Administrativo Sancionador.

⁽³⁸⁾ El principio de legalidad en materia sancionadora supone que no pueden imponerse sanciones administrativas por normas inferiores a la ley (artículo 230º. 1

III. PRINCIPIOS GENERALES NO CONSTITUCIONALIZADOS DE GRAN RELEVANCIA EN EL PROCEDIMIENTO

Incluimos aquí a Principios Generales no incluidos en el texto constitucional peruano, aun cuando están irradiados por los valores constitucionales. Algunos de ellos sí están reconocidos en otros textos constitucionales. Consideramos a los siguientes:

- a) Principio de exigencia del procedimiento mismo. Cuando la Administración quebranta el marco legal genera y promueve operaciones materiales restrictivas o cercenadoras de los derechos individuales se configura una "vía de hecho"⁽³⁹⁾. En consecuen-

de la LPAG). El principio de tipicidad que prevé que sólo constituyen conductas sancionables las infracciones previstas mediante su tipificación como tales, sin admitir tipos abiertos, interpretación extensiva o analogía (artículo 230°.2 de la LPAG). El principio *non bis in idem* que supone que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena o sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento (artículo 230°.10 de la LPAG). Supone la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos pueden ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos y que la Administración debe "respetar, cuando actúe a el planeamiento fáctico que los tribunales han realizado" (Sentencia del Tribunal Constitucional español 77/1983, de 3 de octubre). El principio de culpabilidad exige la concurrencia de dolo o culpa en el autor de la infracción administrativa. El principio penal de retroactividad benigna, reconocido en el artículo 103° de la Constitución, es aplicable al Derecho Administrativo Sancionador prevé la ley posterior más favorable a infracciones cometidas con anterioridad a su entrada en vigencia (artículo 230°.10 LPAG).

⁽³⁹⁾ Grecco, Carlos . "Vías de hecho administrativas", en: revista "La Ley", T. 1980-C. Doctrina, Buenos Aires, pp. 1203- 1212. El Consejo de Estado francés formula la doctrina de la vía de hecho para atenuar el principio de la independencia de la Administración Pública de la jurisdicción ordinaria y que se justificaba por la idea de que así como la existencia de un acto administrativo genera la apertura del proceso contencioso y la atribución competencial de la jurisdicción administrativa, la ausencia de aquél cuando se practicaba una operación material por organismos administrativos vulneradora de derechos individuales, determina la desaparición de la causa que legitima la intervención del juez administrativo y el fundamento que obstaculizaba la competencia del juez ordinario. Los presupuestos de la vía de hecho en la doctrina o legislación argentina han sido: a) comportamiento material de la Administración; b) irregularidad del comportamiento administrativo, ya sea por falta de decisión administrativa previa o por ejecución de un acto administrativo estando pendiente algún recurso de los que en virtud de norma expresa implican la suspensión de actos ejecutorios y la ejecución de un acto administrativo pendiente de notifica-

cia, se quebranta este principio que está estrechamente vinculado al Principio de Legalidad de la Administración.

- b) Principio de Legalidad de la Administración. Constituye uno de los principios capitales del Estado de Derecho. Al no derivarse la Administración de la emanación del soberano sino devenir originada de una creación abstracta del Derecho se encuentra sometida a la ley que supuestamente expresa la voluntad general de los pueblos. La doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la Ley ("positive bindung")⁽⁴⁰⁾ reivindica un antiguo principio de la Revolución Francesa y consagrado normativamente en el párrafo 3º del artículo 20º de la Ley Fundamental de Bonn que somete al Poder Ejecutivo a la Ley y al Derecho. El artículo IV. 1.1 de la LPAG consagra al principio de legalidad con la siguiente definición: "Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas". En el procedimiento administrativo se derivan dos consecuencias fundamentales previstas en los incisos 1 y 5 del artículo 3º de la LPAG: el acto administrativo será producido por el órgano competente y que antes de su emisión el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento previsto para su generación.

ción; c) irregularidad del acto administrativo, a diferencia del presupuesto anterior la irregularidad deriva no ya de la operación administrativa considerada en sí misma, sino que proviene de la decisión o acto administrativo que se ejecuta (hipótesis calificadas como inexistencia virtual por carecer el autor de toda competencia administrativa, como ocurre en la usurpación de funciones, o situaciones verificadas aun cuando emanan de una autoridad administrativa, la decisión es enteramente ajena a la aplicación de un texto normativo); d) atentado o lesión de una libertad pública o del derecho de propiedad.

⁽⁴⁰⁾ Hutchinson, Tomás. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1987, p.26 señala que: "Así surge, en contraposición a lo que es propio en general de los sujetos privados, que la Administración no puede obrar sin que el ordenamiento la autorice expresamente. Frente al principio *permissum videtur id omne quod non prohibitum*, que domina, en general, la vida civil, es propio del régimen de la Administración el apotegma *quae non sunt permissa prohibita intelliguntur* (...) El principio de legalidad es de la esencia del Estado de Derecho. Significa negativamente que ninguna actividad administrativa debe contrariar a una norma jurídica vigente".

- c) El Principio de objetividad, es interpretado como una directriz que se refiere a la actividad de la Administración Pública objetivamente considerada, a diferencia de la imparcialidad, que corresponde a la dimensión subjetiva. Este principio obliga la exacta ponderación de los intereses en juego en el procedimiento administrativo ⁽⁴¹⁾. Está reconocido expresamente en el artículo 103° 1 de la Constitución española de 1978 ⁽⁴²⁾.
- d) El Principio de imparcialidad, referida al aspecto subjetivo de la persona del funcionario público. Consiste en el deber de actuar neutralmente sin favoritismos ⁽⁴³⁾. En consecuencia, está estrechamente vinculada al principio de igualdad. Son manifestaciones de este principio: el deber de abstención del funcionario que tenga facultad resolutoria o cuyas opiniones sobre el fondo del procedimiento puedan influir en el sentido de la resolución (artículo 88° de la LPAG) y la promoción de la abstención a pedido del particular (artículo 89°.2 de LPAG).
- e) El Principio de interdicción de la arbitrariedad. Reconocido en el artículo 9°.3 de la Constitución española de 1978 ⁽⁴⁴⁾. Es una garantía contra el vicio de desviación de poder (“détournement

⁽⁴¹⁾ López Menudo, Francisco, op.cit., p. 52.

⁽⁴²⁾ Se trata de una norma que debería tenerse en cuenta como antecedente en una futura reforma constitucional peruana. Declara: “La Administración Pública sirve con *objetividad* los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

⁽⁴³⁾ En ese sentido, Suay Rincón, José. Op. cit., pp. 171-172, considera que la Administración en el procedimiento administrativo sancionador actúa como juez y parte, por lo que propone para garantizar el principio de imparcialidad que no sólo se debe separar a la autoridad instructora y la autoridad decisoria sino que adicionalmente se debe dotar a la resolución formada por la autoridad instructora de un cierto efecto vinculante, al objeto de impedir a la autoridad decisoria transformar *in peius* los términos de la acusación.

⁽⁴⁴⁾ Esta norma recoge los Principios Generales del ordenamiento constitucional español. Así, declara que: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorable o restrictivas de derecho individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la *interdicción de la arbitrariedad* de los poderes públicos”.

de pouvoir")⁽⁴⁵⁾. Una manifestación del principio lo encontramos en el inciso 3 del artículo 3º de la LPAG que prevé a la finalidad pública como un requisito de validez de los actos administrativos. Asimismo, está relacionado el deber de motivación de los actos que igualmente está recogido como requisito de validez en el inciso 4 del precitado artículo 3º.

- f) El Principio de tutela del interés público. No es opuesto a los anteriores pero sí es la contraparte de los mismos, dentro de la estructura bipolar sobre el que reposa el Derecho Administrativo. Aun cuando no es un principio que se derive directamente de principios constitucionales la Norma Fundamental contiene disposiciones que encomiendan al Estado velar por fines de interés público⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ El acto administrativo es una manifestación del fin de interés público. La consagración del fin de interés público es un resultado de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. La falta de adecuación de entre los móviles que inspiraron la actuación administrativa y el fin se consideró vicio de nulidad por *détournement de pouvoir*. Como señala Alibert, citado por Garrido Falla, Fernando (Tratado de Derecho Administrativo, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 669-670): "La desviación de poder es el hecho del agente administrativo que, realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legislación, usa de su poder en casos, por motivos y para fines distintos de aquellos en vista de los cuales este poder le ha sido conferido. La desviación de poder es un abuso de mandato, un abuso de derecho. Puede un acto administrativo haber sido realizado por el funcionario competente con todas las apariencias de regularidad y, sin embargo, este acto discrecional realizado, que el funcionario calificado tenía el derecho estricto de realizar, puede estar afectado de ilegalidad si su autor ha usado de sus poderes para un fin distinto que el interés general o el bien del servicio". La doctrina acerca de la desviación de poder había sido recogida en el artículo 38º de la LNGPA que previó que el contenido de los actos administrativos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquellos. La nueva LPAG prevé en el artículo 3º.3 que es requisito de validez del acto administrativo la finalidad pública, es decir, 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.

⁽⁴⁶⁾ Así, el artículo 65º de la Constitución dentro del capítulo de "Principios Generales del Régimen Económico" prevé que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. De ahí que existe un reconocimiento constitucional al interés público o social, cuya protección está a cargo del Indecopi y de los entes reguladores de los servicios públicos, que consideramos indispensables en el nuevo Derecho Administrativo Económico pero sometiendo su eficiencia al marco del respeto a los derechos fundamentales.

Son manifestaciones de la tutela del interés público dentro de la LPAG: el derecho de las personas naturales o jurídicas de presentar petición o contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, aduciendo el interés difuso de la sociedad (artículo 108°.1); la autoridad competente debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a la regular tramitación del procedimiento (artículo 145°); determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal (artículo 145°); así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida (artículo 145°); la responsabilidad funcional por incumplimiento de plazos (artículo 143°); los procedimientos administrativos se desarrollan de oficio (artículo 144°); los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, serán realizados de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento de evaluación previa (artículo 159°); adopción de medidas cautelares (artículo 146°); el contenido de los actos puede incluir otras cuestiones que hayan sido apreciadas de oficio (artículo 5°.4); aun cuando opere el silencio negativo se mantiene la obligación de la Administración de resolver expresamente, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho de los recursos administrativos respectivos (artículo 188°.4); la facultad de la Administración de limitar el desestimiento y continuar el procedimiento si se considerase que la acción suscitada por la iniciación del procedimiento extrañase interés general (artículo 189°.7); facultad de declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos, siempre que agraven el interés público (artículo 202°);

- g) El principio de participación pública en el procedimiento. Supone un salto cualitativo en el procedimiento administrativo: la extensión del control al procedimiento de formación y producción de los actos. Su finalidad es hacer copartícipes del contenido de la decisión a los ciudadanos. Lo más relevante de la aplicación de este principio es que facilita penetrar más que en las motivaciones jurídico formales, en las políticas de la Administración y

procurar la difusión de la información. Así, la participación mas que sustituir a la burocracia quiebra el principio fundamental de la dominación burocrática sobre la sociedad: el secreto funcional (47).

La LPAG recoge el principio de participación pública pero no se trata de la participación de aquellos que ven afectada directamente una situación jurídica suya sino la de los portadores de los intereses difusos y de los usuarios de servicios públicos quienes mediante audiencia pública pueden sumarse al procedimiento cuando el acto al que conduzca sea susceptible de afectar sus derechos o intereses (artículo 182º).

- h) Principio de buena fe. En la doctrina hay diversos enfoques con relación a la buena fe (48). A nuestro juicio, es un Principio General aplicable tanto en el ejercicio de un derecho como en el cumplimiento de un deber. Es inspirador tanto para los actos de la Administración como para los del particular (49). Conforme al Derecho Civil debe distinguirse dos grandes tipos o vertientes de la buena fe: subjetiva y objetiva (50). La buena fe subjetiva ampara la apariencia jurídica y el título oneroso para asegurar la seguridad del tráfico comercial, "obliga al Derecho a proteger a quienes de buena fe han adquirido un bien o un de-

(47) Sánchez Morón, Miguel. "Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978". En: *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por los profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría, Cívitas, Madrid, 1984, p. 680-681.

(48) Jiménez Vargas Machuca, Roxana, op.cit.: "Hay quienes consideran que la buena fe es un principio, otros que hay varias clases de buena fe, todas ellas de naturaleza diferente, otros que se trata de un standard jurídico, otros señalan que se trata únicamente de la ausencia de mala fe, otras la asocian directamente con la ignorancia y el error, otros con la solidaridad, con sinceridad, fidelidad (pues proviene del latín *fides*), veracidad, etc.". La autora conceptúa a la buena fe como un Principio General distinguiendo sus dos grandes tipos: la buena fe objetiva cuando se trata de deberes y la buena fe subjetiva cuando se trata de derechos. La Ley del Procedimiento Administrativo General en el inciso 1.7 del artículo IV del Título Preliminar recoge la buena fe objetiva bajo la denominación de "Principio de presunción de veracidad".

(49) Sentencia del Tribunal Supremo español de 24.1.90.

(50) Jiménez Vargas Machuca, Roxana. Op. cit.

recho”⁽⁵¹⁾. En esta vertiente subjetiva es incorporado en el artículo 12°. 1 de la LPAG que prevé que la declaración de la nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe, en cuyo caso operará a futuro. En su vertiente objetiva se manifiesta como un criterio para juzgar la conducta del sujeto a fin de determinar si se encuentra en concordancia con las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto⁽⁵²⁾.

Así, son manifestaciones de esta vertiente objetiva en la LPAG: los procedimientos de aprobación automática (artículo 31°); la presunción de veracidad de las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos y la información incluida en los escritos y formularios que presentan los administrados para la realización de los procedimientos administrativos (artículo 42°). Dentro de esta vertiente objetiva, la LPAG incluye a la buena fe como deber en la conducta procedimental del administrado (artículo 56°. 1)⁽⁵³⁾.

- i) Principio de no agravación. En doctrina este principio se dirige efectivamente para proteger a los particulares de la imposición de excesivas y superfluas cargas, impuestas por los poderes públicos para el ejercicio de sus derechos. En Italia se encuentra en armonía con la más moderna lectura del texto constitucional, según la cual los derechos de las personas constituyen el fundamento del ordenamiento y la autoridad puede -sólo en la medi-

⁽⁵¹⁾ Borda, Guillermo. “El principio de la Buena fe”. En: *Libro Homenaje a Javier Vargas*. Academia Peruana de Derecho. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 288, cit. por Jiménez Vargas Machuca, Roxana, en op. cit.

⁽⁵²⁾ Jiménez Vargas Machuca, Roxana. Op. cit. La autora precisa que el criterio objetivo de la buena fe es recogido en el artículo 168° del Código Civil que prevé que el acto jurídico debe ser interpretado “de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”. A nuestro juicio, la declaración jurada en el procedimiento administrativo jurídico unilateral al que se aplica el principio de la buena fe, de modo que la veracidad de la declaración de voluntad determina la constitución de sus efectos jurídicos.

⁽⁵³⁾ Una manifestación particularizada del principio de la buena fe en la conducta procedimental del administrado está prevista en el ámbito de las notificaciones. El artículo 27°. 1 de la LPAG prevé que la notificación defectuosa por omisión de alguno de sus requisitos de contenido, surtirá efectos legales a partir de la fecha en que el interesado manifiesta expresamente haberla recibido, sino hay prueba en contrario.

da que sea necesario- limitar el ejercicio de los poderes o de las facultades relativas a esos derechos⁽⁵⁴⁾.

Dentro de la LPAG son manifestaciones del principio de no agravación: la regla de que sólo procede establecer derechos de tramitación en los procedimientos administrativos, cuando su tramitación implique para la entidad la prestación de un servicio específico e individualizable a favor del administrado, o en función del costo derivado de las actividades dirigidas a analizar lo solicitado (artículo 44°.1); el monto del derecho de tramitación es determinado en función al importe del costo que su ejecución genera para la entidad por el servicio prestado durante toda su tramitación y, en su caso, por el costo real de producción de documentos que expida la entidad (artículo 45°.1); derecho del administrado a que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible (artículo 55°.10); régimen de fedatarios para autenticación de documentos (artículo 127°); obligación de las entidades de recibir sucedáneos documentales (artículo 41°).

- j) Principio de eficacia. Es un Principio General que el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General define en el artículo IV 1.10 que los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En la doctrina engloba a su vez a otros principios: informalismo, celeridad y la conservación del acto en el procedimiento.

En ese sentido, el informalismo está explícito en el artículo 10°.3 de la LPAG que prevé que son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho los actos que no cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición. El vicio invalidante debe ser esencial para configurar la nulidad del acto administrativo. Asimismo, son manifestaciones del

⁽⁵⁴⁾ Masucci, Alfonso. "Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el procedimiento administrativo en Italia" en: Documentación Administrativa, núm. 248-249, mayo-diciembre de 1997, Madrid, pp. 315-316.

informalismo el deber de las entidades de proporcionar directamente los datos e información que posean sea cual fuere su naturaleza jurídica o posición institucional, a través de cualquier medio, sin más limitación que la establecida por la Constitución o la ley (artículo 76.2); la regla de que los procedimientos administrativos se desarrollan de modo sencillo y eficaz sin reconocer formas determinadas, fases procesales, momentos procedimentales rígidos para realizar determinadas actuaciones o responder a precedencia entre ellas (artículo 144°); la conciliación o transacción extrajudicial en los procedimientos trilaterales (artículo 228°).

El principio de economía procedimental y celeridad tiene como sus manifestaciones: reglas para la celeridad en la recepción (artículo 118°); regla de expediente único (artículo 150°); la regla de que en una sola decisión se dispondrá el cumplimiento de todos los trámites necesarios que por su naturaleza corresponda, siempre y cuando no se encuentren subordinados entre sí sucesivamente subordinados en su cumplimiento, y se concentrarán en un mismo acto todas las diligencias y actuaciones de pruebas posibles, procurando que el desarrollo del procedimiento se realice en el menor número de actos procesales (artículo 148°.2); la regla de que cuando sea idéntica la motivación de varias resoluciones, se podrán usar medios de producción en serie (artículo 148°.5); acumulación de procedimientos en trámite que guarden conexión (artículo 149°).

El principio conservatio acti expresado en la regla de que cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento de sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto (artículo 14°.1); la nulidad de los actos sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados entre sí (artículo 13°.1); la nulidad parcial de los actos (artículo 13°.2); la no necesaria invalidez de los actos del funcionario incurso en abstención (artículo 91°.1); rectificación de errores materiales o aritméticos del acto administrativo, con efecto retroactivo, en cualquier momento (artículo 201°.1).

IV. LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL Y LA CODIFICACION DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

La nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, norma que introduce una revolución copernicana en nues-

tra legislación administrativa, fue publicada el 11 de abril del 2001 y que conforme a su Cuarta Disposición Transitoria y Final entra en vigencia a los seis meses de su publicación se define jurídicamente distinta a su antecedente legislativo: El Texto Unico de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 002-94-JUS. Esta ley no fue una Ley *común*, pues su propio texto, como el de su antecedente el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos de 1967, en su artículo 1° reconocía la existencia de procedimientos especiales y se autodefinía como ley supletoria.

La nueva Ley al denominarse del "Procedimiento Administrativo General" no debiera ser –como no lo fueron sus precedentes normativos– un Código de un procedimiento-tipo aplicable a todos los procedimientos administrativos. La LPAG debiera ser una ley *para* los procedimientos. En ese sentido, no debe pretenderse a través de una ley del "Procedimiento Administrativo General" una ordenación rígida y formalista de un procedimiento unitario en el que se den todas estas actuaciones como etapas del mismo. Así, no debe regular la iniciación, los plazos y términos, la ordenación, instrucción y terminación como etapas preceptivas de un procedimiento, sino como tipos de actuaciones que pueden o no aplicarse con arreglo a la naturaleza y a las singularidades propias del procedimiento en cuestión.

En esa dirección correcta lo define el artículo II.2 del Título Preliminar de la LPAG que declara que: Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.

Asimismo, surge un primer problema de aplicación de ese concepto: si todo lo normado en la LPAG debe ser considerado común. Entendemos que sus alcances debieran estar limitados a aspectos fundamentales del procedimiento en armonía con la definición de la ley como general. En ese sentido, los principios generales del procedimiento son puntos de referencia sobre los cuales entendemos que deben girar los alcances del concepto de "procedimiento administrativo común".

Si analizamos el texto de la LPAG se advierte que la opción del legislador es la de sugerir y hasta fijar un procedimiento-tipo. Así, entra a una prolija y minuciosa regulación de ciertos temas y materias como órganos colegiados (subcapítulo V del capítulo II del Título I); participación de los ciudadanos (capítulo VII del Título I); los procedimientos especiales (Título IV) siendo desarrollado el procedimiento trilateral a un nivel de detalle que es incompatible con el concepto de ley general y supletoria.

Discrepamos del criterio asumido por la LPAG de incluir en su texto una codificación de Principios Generales del Procedimiento Administrativo. Como hemos señalado el desarrollo de los Principios Generales del Derecho ha sido una creación jurisprudencial en Francia, siendo en consecuencia, preferible optar en esta materia por un desarrollo judicialista en base a la jurisprudencia de los tribunales administrativos y del Tribunal Constitucional, quien pese a sus limitaciones a raíz de la destitución de tres magistrados independientes produjo algunas relevantes ejecutorias ⁽⁵⁵⁾.

Sin perjuicio de ello, con relación a los Principios del Procedimiento Administrativo recogidos en el artículo IV del Título Preliminar consideramos técnicamente correctas las definiciones incorporadas a los principios del debido procedimiento (en el art. IV 1.2, aunque preferimos referirnos al debido proceso en sede administrativa), al impulso de oficio (en el art. IV 1.3 aun cuando lo consideramos mas propiamente como una manifestación del principio de tutela del interés público), el de razonabilidad (art. IV 1.4), el de imparcialidad (en el art. IV 1.5, aun cuando su definición es más acorde con el

⁽⁵⁵⁾ En ese sentido, cabe citar los conceptos respecto a la tendencia de codificar los Principios Generales del Derecho, de Carlos Hakansson, op. cit: "Sin embargo, ¿no sería alterar la naturaleza de los principios? ¿No son acaso tan jurídicos como las normas? Los principios son producto de una tarea jurisprudencial que no tiene límites. Por otro lado, si los principios constitucionalizados se convierten en criterio legal, ¿qué ocurre con aquellos que no fueron incorporados? ¿Se podría afirmar que sólo se reconocen aquellos que inspiran el Derecho Peruano? Creemos que se trata de otra desventaja del legalismo, su intento de convertir la constitución en un código omnicompreensivo". Si bien esta es una cuestión opinable tratándose de los Principios Constitucionales, no cabe duda que la tarea jurisprudencial del Tribunal Constitucional es siempre fundamental en esta materia. A nuestro juicio, la LPAG no debe constituir un código omnicompreensivo ni sustituir al rol de la jurisprudencia en materia de la definición y desarrollo de los Principios del Procedimiento Administrativo.

principio de igualdad), el principio de eficacia (en el art. IV 1.10, que engloba para la doctrina a los principios de informalismo y de celeridad y a nuestro juicio, también al de simplicidad, recogidos en los incisos 1.6, 1.9 y 1.13 respectivamente del art. IV), y el principio de participación (art. IV 1.12).

Con respecto al principio del debido procedimiento (art. IV 1.2) la Ley afirma que se rige por los Principios del Derecho Administrativo y que la regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo ⁽⁵⁶⁾.

No coincidimos con que se haya incluido al nivel de Principios las reglas de presunción de veracidad (Art. IV, 1.7) y el denominado principio de conducta procedimental (Art. IV 1.8) ⁽⁵⁷⁾. En realidad no son Principios sino manifestaciones particularizadas en el procedimiento del Principio General de Buena Fe, aplicable en tanto en Derecho Privado como en Derecho Público, y que en sus dos vertientes objetiva y subjetiva es reconocido y desarrollado en el articulado de la propia LPAG.

Mientras que no se incorpora explícitamente al Principio de Buena Fe se eleva al rango formal de Principio a la regla "privilegio de

⁽⁵⁶⁾ Lo que conlleva precisar cuáles son los Principios Generales del Derecho Administrativo. Así, Suay Rincón, José, *La doctrina de los Principios Generales del Derecho y su contribución al desarrollo del Derecho Administrativo*, cit. condensando la doctrina sobre la materia precisa cuáles son los Principios Generales del Derecho: "Entre los iuspublicistas, el abanico suele ser más amplio. Así, Villar-Palasi cita el principio de igualdad, la seguridad jurídica, la proporcionalidad, la equidad y la buena fe, junto a otros que parecen merecer igual consideración, como el principio de audiencia de parte, la prohibición de *venire contra factum proprium*, o la cláusula *rebus sic stantibus* en materia de contratación. Leguina reconoce por tales los que enumera el artículo 9.3 C.E., como el principio de legalidad, la irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, la publicidad y jerarquía de las normas, la responsabilidad o la interdicción de la arbitrariedad. Estos principios son expresión de un Estado de Derecho, pero tampoco se agotan con ellos todos los principios generales, ni siquiera son los únicos que derivan del Estado de Derecho. Asimismo, Parada agrega la regla anglosajona *ultra vires* (todo poder está limitado y debe ser ejercido de forma razonable), y dos reglas derivadas de la *natural justice*, como son el principio de audiencia y la neutralidad de los órganos decisión".

⁽⁵⁷⁾ Este último está inspirado en el denominado principio de conducta procesal previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil. En nuestro concepto, es una manifestación particularizada del principio de buena fe en el proceso civil.

controles posteriores" (art. IV 1.16) derivada del supuesto principio de presunción de veracidad. A nuestro juicio, es una regla adoptada por el legislador cuyo sentido es contingente, siendo modificables por la libre voluntad del legislador sin que por ello se afecte una idea de razón y justicia comúnmente compartida ⁽⁵⁸⁾.

Asimismo, es particularmente notoria la ausencia del Principio de *no agravación*, en tanto se elevan al rango formal de Principios a la regla de la predictibilidad (artículo IV 1.15) que es definida como un deber de la autoridad administrativa: la de brindar a los administrados o a sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cual será el resultado final que se obtendrá. En rigor este derecho de información es una manifestación particularizada y subjetiva del principio de publicidad.

No se incorpora expresamente el principio de igualdad así como el de objetividad, empero se eleva a nivel del principio al denominado de "uniformidad" (art. IV 1.14) el cual es definido implícitamente como un deber jurídico de la Administración: el de establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en regla general y que toda diferenciación deberá basarse en criterios *objetivos* debidamente sustentados.

Igualmente es redundante la elevación a nivel de principio del deber jurídico de la Administración de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas (art. IV 1.11) al que se define como principio de *verdad material*. En rigor, se trata de una consecuencia y desarrollo de los principios de tutela del interés público, reconocido por la doctrina y el de impulso de oficio, previsto por la propia Ley en el artículo IV 1.3.

Finalmente, debemos expresar nuestra discrepancia con el texto del artículo VIII del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento

⁽⁵⁸⁾ López Menudo, Francisco, op. cit. p. 60.

Administrativo General en su inciso 1 cuando establece que las autoridades administrativas no podrán de dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; y que en tales casos acudirán a los principios del procedimiento previstos en la LPAG. Los Principios Generales tienen una función supletoria o integradora de las lagunas existentes y se aplican en defecto de ley o costumbre. Si se positivizan en el texto de la Ley es evidente que ya no tienen una función supletoria o integradora sino fundamentalmente informadora dando sentido e interpretación a las normas.

V. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA

Coincidimos plenamente con el criterio de que los Principios están más a gusto en el mundo de las sentencias, cuando son invocados por los jueces⁽⁵⁹⁾. Su desarrollo es más enriquecedor en el análisis de las sentencias y en la doctrina que encorsetados en las codificaciones.

Así, con relación al principio del *debido proceso en sede administrativa* existe reiterada y rica jurisprudencia del Supremo Intérprete de la Constitución. En el caso de la "Empresa de Transportes Andrés Avelino Cáceres c./Municipalidad Provincial de Huánuco"⁽⁶⁰⁾, el TC sostuvo en el fundamento cuarto de la sentencia que precisa: "Que, este Colegiado considera oportuno precisar que el Debido Proceso Administrativo, supone en toda circunstancia el respeto por parte de la administración pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocados en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el Artículo 139° de la Constitución del Estado (verbigracia; jurisdicción predeterminada por la ley, derecho de defensa, pluralidad de instancias, cosa juzgada, etc.). Tales directrices o atribuciones en el ámbito administrativo general normalmente se encuentran reconocidos por conducto de la ley a través de los diversos procedimientos de defensa o reconocimiento de derechos y situaciones jurídicas, por lo que su trasgresión impone como

⁽⁵⁹⁾ Hakanson Nieto, Carlos. Op.cit. p. 97.

⁽⁶⁰⁾ Exp. N° 026-97-AA/TC. Sentencia publicada en "El Peruano" 16.10.98.

correlato su defensa constitucional por conducto de acciones constitucionales como la presente”.

A este respecto, hay que matizar la aplicación del principio del debido proceso administrativo con relación a los derechos al juez natural, la pluralidad de instancias y la cosa juzgada, conceptos que no son necesariamente aplicables, sino en todo caso con matices y peculiaridades propias dentro del procedimiento administrativo.

Sin perjuicio de ello, en otros casos similares el TC ha invocado otros principios, lo que demuestra que los Principios del Procedimiento no están en una relación de compartimentos estancos sino por el contrario en estrecha interrelación y complementariedad entre sí. Así, en el caso “Francisco Díaz Cardozo c./ Ministerio de Agricultura y la Oficina de Normalización Previsional”⁽⁶¹⁾ referido a la anulación de oficio de una resolución administrativa vencido el plazo legal afectando la cosa decidida en el procedimiento administrativo⁽⁶²⁾.

En el caso “César Flores Castillo c./ Ministerio del Interior”⁽⁶³⁾ referido a una Resolución Suprema que dispone el pase a la situación de retiro por causal de “renovación”. En ese caso, como en otros análogos de oficiales de la Policía Nacional, el TC sin decirlo explícitamente considera que la invocación de esta causal para el pase a la situación de retiro no es un acto discrecional de la Administración, y por tanto exento de control judicial sino de un acto plenamente fiscalizable y revisable en sede judicial, Este acto, debe sujetarse a principios de objetividad e imparcialidad y a una debida motivación basada en una evaluación técnica. La aplicación de los principios de objetividad e imparcialidad son indesligables del concepto del debido proceso en sede administrativa. Así, en el fundamento tercero la sentencia en cuestión afirma que: “..., fluye de autos que la Resolu-

⁽⁶¹⁾ Exp. N° 831-98-AA/TC. Sentencia publicada en “El Peruano” 14.9.99.

⁽⁶²⁾ El concepto de cosa decidida ha encontrado acogida en nuestro medio. Mientras que la doctrina argentina se refiere a la “cosa juzgada administrativa”, en el Derecho Peruano ha sido acogido el criterio sostenido Bacacorzo, G., op. cit., T. II, p. 603 quien afirma que no puede haber cosa juzgada. En sus términos: “Y no hay ni puede haber juzgamiento porque éste comprende exclusiva y excluyentemente al Poder jurisdiccional y también si lo hubiera resultaría innecesario y ocioso que fuera cumplido por los Poderes del Estado”.

⁽⁶³⁾ Exp. 968-97-AA/TC. Sentencia publicada en el diario “El Peruano” el 16.6.98.

ción Suprema N° 0057-97-IN/PNP, que dispuso el pase del demandante de la situación de actividad como Mayor de la Policía Nacional del Perú, a la de retiro por causal de renovación –prevista en el Decreto Legislativo N° 745- fue expedida basada en la propuesta personal del Director General de la Policía Nacional, no acreditándose en autos que se haya sometido al demandante a una evaluación técnica, objetiva e imparcial de su trayectoria a dicha institución policial, habida cuenta que, por su tiempo de servicios y edad, el actor al momento de su pase a retiro, estaba habilitado para continuar en la carrera policial”.

El Tribunal Constitucional considera que la inobservancia de las normas de esenciales procedimiento por la Administración vulnera el derecho constitucional al debido proceso en sede administrativa. Esta situación jurídica que es una causal de nulidad del acto administrativo es considerada por el TC como vulneración al derecho al debido proceso. Así, tratándose de un caso trasgresión por la Administración Municipal del procedimiento establecido en el Reglamento para el otorgamiento de Licencias de Construcción, Control y Conformidad de Obra, caso “Zoila Rosa Núñez Cayotopa c./ Municipalidad Distrital de Amarilis”⁽⁶⁴⁾ el Tribunal declaró que: “en el supuesto de que, como afirma la demandada, la sanción de demolición se debe fundamentalmente a que la demandante no obtuvo la licencia de construcción antes de iniciar las obras, es preciso tener en cuenta que aquella no observó el procedimiento establecido en el Reglamento para el otorgamiento de Licencias de Construcción, Control y conformidad de Obra aprobado por Decreto Supremo N° 25-94-MTC del seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, ...”.

En el caso “Empresa de Transportes y Turismo Aeropuerto Internacional S.A. c./ Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A.”⁽⁶⁵⁾ en que se cuestionaba la legalidad de un procedimiento administrativo de concurso público, por contravención a las Bases y a normas legales y reglamentarias aplicables, el Tribunal

⁽⁶⁴⁾ Exp. N° 1142-98-AA/TC. Sentencia publicada en el diario “El Peruano” el 22.7.99.

⁽⁶⁵⁾ Exp. N° 295-97-AA/TC. Sentencia publicada en el diario “El Peruano” el 28.1.2000

Constitucional consideró que: ..., y en la medida en que la regla de respeto a los procedimientos preestablecidos implica observancia elemental de aquellos supuestos mínimos que rodean a todo proceso y que no son otros que los que nacen de la misma Constitución y del reconocimiento que ésta realiza de los diversos derechos fundamentales, el haberse detectado inconstitucionalidades al interior del Concurso de Méritos N° 001-96-CC. convierte el mismo en irregular o atentatorio del derecho al debido proceso y, por extensión, del derecho de la libertad de empresa de la demandante. En tales circunstancias, la demanda es amparable hasta los límites que supone el sometimiento de la empresa demandante a un nuevo concurso donde, por el contrario, se garantice a plenitud la observancia de las normas preestablecidas para su realización”.

Con relación al principio de *contradicción* el Tribunal ha producido una frondosa jurisprudencia, pero invocando otros conceptos afines. En el caso “Blanca Lucy Borja Espinoza c./ Alcalde de la Municipalidad Melgar” ⁽⁶⁶⁾ el Tribunal consideró que la ejecución de una sanción antes del vencimiento del plazo para impugnar constituye una violación del derecho de defensa. Así, el Tribunal sostiene que “Que, por el contrario, resulta particularmente arbitrario, que habiendo sido notificada dicha resolución con fecha veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y cinco y existiendo por tanto, el derecho de recurrir de la misma dentro del plazo de quince días, conforme al artículo 98°, o en su caso 99° del Texto Unico Ordenado Normas Generales y Procedimientos Administrativos o Decreto Supremo N° 02-94-JUS, la emplazada haya emitido por anticipado, esto es, el dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y cinco, la Resolución de Alcaldía N° 1137-95-A-MDMM, dispuso la clausura del local perteneciente a la recurrente, ya que tal circunstancia es atentatoria del derecho al debido proceso, y particularmente del derecho de defensa”.

En la misma línea jurisprudencial el TC sostuvo que en el procedimiento administrativo se debe llamar para que se apersonen a éste a los sujetos con legítimo interés. Caso contrario se vulnera el dere-

⁽⁶⁶⁾ Exp. N° 298-96-AA/TC. Sentencia publicada en el diario “El Peruano” el 22. 5.98.

cho de defensa; Así, en el fundamento tercero: "Que, no sucede lo mismo, a juicio de este Colegiado, si de lo que se trata es de evaluar si en el trámite de dicho procedimiento administrativo se ha respetado el derecho constitucional de defensa de la entidad actora, reconocido en el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, ya que la Resolución Directoral N° 234-96-EM/DGE, de fecha once de noviembre de mil novecientos noventa y seis, expedida por la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, al ser la resultante de un procedimiento administrativo donde también se discutía la titularidad que venía ejerciendo acerca de la misma gestión, el Comité Central de Electrificación de la urbanización "El Cortijo", exigía que, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 24° del Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, en dicho procedimiento se citase y oyese a esta última entidad, lo que al no suceder, y haberse expedido un acto administrativo que en forma directa afecta sus derechos e intereses, ha generado una afectación al ya referido derecho constitucional de defensa".

Asimismo, el derecho de defensa es reconocido plenamente como aplicable hasta en el procedimiento coactivo. En el caso "Constructora Inmobiliaria Valle del Sur S.R.Ltda. c./ El Ejecutor Coactivo del Instituto Peruano de Seguridad Social" ⁽⁶⁷⁾ el Tribunal sostuvo que "... por todo lo dicho y considerando que el procedimiento coactivo contenido en el Decreto Ley N° 17355 contiene diversas normas que no permiten un efectivo ejercicio del Derecho Constitucional de Defensa y que en su aplicación viene ocasionando abusos sobre los administrados, como sucede en el presente caso propósito del reclamo contra el Ejecutor Coactivo del IPSS, resulta procedente la inaplicación para el caso concreto de los artículos 3°, 6°, 7°, 8° y 11° del antes citado Decreto Ley, de conformidad con el Artículo 3°, de la Ley 23506 y 5°, de la Ley N° 2539".

Con relación al principio de *publicidad* cabe citar el caso "Gladys Isabel Chacón Malpartida c./ Subregión de Pasco" ⁽⁶⁸⁾. En este caso se

⁽⁶⁷⁾ Exp. N° 461-96-AA/TC. Sentencia publicada en el diario "El Peruano" 18.12.97.

⁽⁶⁸⁾ Exp. N° 805- 96-AA/TC. Sentencia publicada en el diario "El Peruano" el 2.12.98.

afirmó la estrecha conexión entre el deber de notificar al administrado, manifestación fundamental del principio de publicidad en el procedimiento, con el derecho de defensa. Así, el Tribunal sostuvo: "Que, en la expedición de la Resolución Gerencial N° 077-94-GSR-P del cuatro de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, que declara nulo y sin efecto legal alguno el Concurso de Méritos en el cual participó la demandante, se ha violado el debido proceso y, no está acreditado que esta resolución haya sido notificado debidamente a la demandante con el fin de que pudiera interponer sus recursos impugnativos, sometiéndola así a indefensión, violándose su derecho a usar los medios adecuados para su defensa, que le ampara el inciso 23) del Artículo 2° de la Constitución Política del Estado".

En el caso de un trabajador público cesado por proceso de evaluación de personal el Tribunal asumió curiosamente el principio laboral de *indubio pro operario*, al amparo del inciso 3) del artículo 26° de la Constitución en vez de aplicar el principio procedimental *indubio pro actione*. Así, fue en el caso "Niker Jhon Salinas Alejandro c./Presidente de la Comisión Reorganizadora de la Universidad Nacional 'Hermilio Valdizán'" ⁽⁶⁹⁾.

Con relación al principio de *legalidad de la Administración* la jurisprudencia del Tribunal ha señalado que el funcionario debe limitarse a las funciones de su competencia previamente establecidas. Así en el caso "Asociación de Comerciantes Héroe Alto de la Alianza c./Comité de Administración de la Zona de Tratamiento Comercial de Tacna" ⁽⁷⁰⁾ el Tribunal señaló que: "Que, en mérito de lo expuesto, el principio invocado por el demandante supuestamente conculcado 'Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe' no se aplica en las relaciones jurídicas de derecho público, en el cual el funcionario tiene que limitarse a las funciones de su competencia expresamente establecidas".

En la misma dirección, en el caso "Tulio Delfilio Bermeo Turchi c./ Titular de Pliego del Poder Judicial" ⁽⁷¹⁾ el Tribunal precisó que:

⁽⁶⁹⁾ Exp. N° 284-97-AA/TC. Sentencia publicada en el diario "El Peruano" el 1.12.98.

⁽⁷⁰⁾ Exp. N° 135-96-AA/TC. Sentencia publicada en el diario "El Peruano" el 10.9.98.

⁽⁷¹⁾ Exp. N° 430-98-AA/TC. Sentencia publicada en el diario "El Peruano" el 28.9.99.

“... debemos recordar que el Derecho Administrativo tiene dos principios fundamentales: el de interés público y el de legalidad; conviene para el presente caso, saber el concepto doctrinario del segundo principio, que se basa en el aforismo romano *legem patere quam feciste* (“soporta la ley que hiciste”), esto que significa que la Administración Pública debe ser el ejemplo del cumplimiento de la ley y no debe actuar arbitrariamente”.

Asimismo, respecto a la relación del principio de legalidad y el procedimiento administrativo cabe citar la ejecutoria del Tribunal Constitucional correspondiente al caso “Cooperativa de Servicios Especiales Mercado República de Venezuela Ltda. c./ Municipalidad Provincial del Callao”⁽⁷²⁾. En ese caso se solicitaba la inaplicación de multas por el carácter obligatorio de la adquisición de una cartilla sanitaria. Sobre el particular, el Tribunal señaló que el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, establece en su artículo 30° que las entidades públicas sólo podrán cobrar los derechos que consten en el Texto Único de Procedimientos Administrativos -TUPA- aprobado por la respectiva entidad, por la realización de los procedimientos administrativos. Así, conecta el principio de legalidad con el principio de *interdicción de la arbitrariedad*, en el fundamento séptimo que precisa que: “... la Constitución Política del Estado enuncia los principios básicos que rigen el ordenamiento jurídico conforme al cual deben proceder las entidades públicas, tal es el caso del principio de legalidad, según el cual, en general, todos los poderes públicos están sometidos a la ley y, en particular, la actuación administrativa debe ajustarse en todo a dicho ordenamiento, tanto en sus procedimientos formales como en los objetivos de su actuación; relacionado con dicho principio está el de interdicción de arbitrariedad, pues es precisamente la actuación de la administración dentro del ordenamiento jurídico lo que permite excluir los comportamientos arbitrarios”.

El principio de *objetividad* es desarrollado por la jurisprudencia constitucional estrechamente conectado con el debido proceso en sede administrativa. Así, en el caso “Graciela Soledad Monteza Tapia c./

⁽⁷²⁾ Exp. N° 601-98-AA/TC. Sentencia publicada en el diario “El Peruano” el 29.7.2000.

Presidente del Consejo Nacional Penitenciario”⁽⁷³⁾ sobre cese por evaluación de personal el Tribunal sostuvo: “Que, en consecuencia, este Colegiado estima que al no haberse evaluado al demandante con criterios objetivos y dentro de un procedimiento en el cual se respetara el debido proceso administrativo, se han vulnerado los derechos constitucionales invocados por la demandante”.

Respecto al principio de *imparcialidad* el Tribunal considera que se afecta cuando en ciertos casos y con matices no se garantiza adecuadamente una instancia plural en sede administrativa. Así, en un caso en que el órgano administrativo que aplicaba una sanción concentraba la competencia revisora de los recursos de apelación y de revisión así como del recurso de queja, el Tribunal consideró que se afectaba el principio de imparcialidad. Fue el caso “Juan Pedro Vaca Avalos c./ Presidente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad”⁽⁷⁴⁾.

Con relación al principio de *interdicción de la arbitrariedad*, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se le conecta con los principios de objetividad, razonabilidad y el derecho al debido proceso. En el caso “Valentín Capcha Martínez c./ Presidente de la Comisión Reorganizadora del Instituto Nacional Penitenciario” la sentencia se fundamentó en este principio, siguiendo el *ratio decidendi* de otras ejecutorias. Así, el Tribunal señaló que “..., la invocación de causas que justifiquen una decisión como la contenida en la Resolución de la Presidencia de la Comisión Reorganizadora N° 192-96-INPE/CR.P no puede ser ejercida de modo abstracto o indeterminado, sino como resultado de hechos concretos debidamente acreditados. Obrar en sentido contrario supone (...), una trasgresión del principio de interdicción de la arbitrariedad que como contenido se desprende del principio de razonabilidad o, lo que es lo mismo, de la dimensión sustantiva del derecho al debido proceso”⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷³⁾ Exp. N° 390-98-AA/TC. Sentencia publicada en el diario “El Peruano” el 22.1.99.

⁽⁷⁴⁾ Exp. N° 408-97-AA/TC. Sentencia publicada en el diario “El Peruano” el 17.5.99

⁽⁷⁵⁾ Exp. N° 514-98-AA/TC. Sentencia publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 11.2.2000.

El principio de interdicción de la arbitrariedad también es invocado en casos de declaración de nulidad de oficio de actos administrativos fuera de los plazos legales. Así, el Tribunal sostuvo: "... , que el ejercicio de la actuación de la Administración Pública se encuentra sujeto al estricto acatamiento del principio de interdicción de la arbitrariedad, principio este que se constituye como obvia consecuencia de que la República del Perú se haya constituido como un Estado Democrático de Derecho, en donde el gobierno no se encuentra residenciado en la voluntad de los hombres, sino, precisamente, en el gobierno de las leyes, empezando naturalmente, desde la *Lex Superior*, la Constitución Política del Estado, y los valores materiales (los derechos fundamentales) con lo que en ella se encuentra subyacente" en el caso "Mario Diómedes García Soria c./ Ministerio de Agricultura" ⁽⁷⁶⁾.

La debida motivación de los actos administrativos está estrechamente interrelacionada con el principio de interdicción de la arbitrariedad y con el derecho al debido proceso. A este respecto, hay reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En ese sentido, en el caso "Asociación de Pensionistas de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú c./ Marina Guerra del Perú" ⁽⁷⁷⁾ el Tribunal sentó el criterio jurisprudencial en el sentido de que: "... , la Administración Pública, para resolver, decidir o dejar sin efecto derechos o beneficios cuyo ejercicio tuvo su origen en un acto jurídico como en el presente derecho pensionario al mes de octubre de mil novecientos noventa y tres, que venían percibiendo los pensionistas precisados en la demanda. Esta falta de motivación y fundamentación de un acto administrativo afecta el Artículo 139º inciso 5) de la Constitución Política del Perú que obliga a cumplir tales presupuestos. Esta norma prescrita en el Capítulo Poder Judicial se aplica por analogía al Capítulo Poder Ejecutivo y a todo acto de la Administración Pública en general".

Con relación al principio de *tutela del interés público* el Tribunal considera que éste debe ser acreditado cuando la Administración lo

⁽⁷⁶⁾ Exp. N° 706-98-AA/TC. Sentencia publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 28.9.99.

⁽⁷⁷⁾ Exp. N° 1223-97-AA/TC. Sentencia publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 2.12.98.

invoca para adoptar una decisión administrativa. Así, en el caso "Víctor José Plasencia Santillán y otro c./ Director Regional de Salud de la Libertad" ⁽⁷⁸⁾ de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo, el Tribunal consideró que: "..., ello sólo era posible en la medida que exista agravio al interés público, situación que, sin embargo, no han demostrado en modo alguno los demandados de la presente causa, apareciendo, por el contrario, de los autos que las resoluciones directorales N° 0176-91-UDES/LL y N° 264-92-IN-A/UP han sido emitidas conforme a criterios razonables o justos".

⁽⁷⁸⁾ Exp. N° 744-97-AA/TC. Sentencia publicada en el diario "El Peruano" el 7.9.99.

NOTAS

RECONSTRUIR DESDE SUS BASES EL REGIMEN DEMOCRATICO ^(*)

Valentín Paniagua Corazao

Señora Rectora de la Universidad de Lima.

Señor Presidente de la Corte Suprema de la República.

Señor Presidente del Tribunal Constitucional.

Señora Fiscal de la Nación.

Señor presidente del Jurado Nacional de Elecciones.

Distinguidos magistrados de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

Dignatarios en general del Estado, aquí presentes.

Señores Decano y profesores de la Facultad de Derecho.

Señor doctor don Domingo García Belaunde.

Es muy grato para mí retornar a esta Universidad, donde compartí inquietudes y afanes académicos, durante muchísimos años –como lo ha recordado tan generosamente la señora Rectora–, en torno del Derecho Constitucional, con numerosas promociones de

(*) Discurso del presidente de la República, Valentín Paniagua Corazao, en el acto inaugural del Seminario Internacional "Constitución y Democracia en los umbrales del siglo XXI" en el auditorio de la Universidad de Lima, el 2 de mayo de 2001. Publicado en el diario oficial "El Peruano" de 3 de mayo de 2001.

jóvenes a lo largo de más de una década. Lo es más, todavía, porque me ha permitido reencontrar a ilustres maestros extranjeros de quienes hemos aprendido tanto y con algunos de los cuales compartimos, asimismo, angustias y también afanes por devolverle al país el régimen constitucional del que ahora disfruta. A ellos quisiera decirles que la experiencia que ahora vivimos, es en parte, fruto del sembrío generoso de ideas e inquietudes que aquí hicieron en pro de la libertad y de la justicia.

A quienes nos visitan por primera vez, deseo expresarles mi más caluroso saludo de bienvenida, en nombre del noble y hospitalario pueblo del Perú, que lucha ahora, valerosamente, por construir su democracia, en medio de la tempestad. A ellos también nuestro reconocimiento por sus enseñanzas que, como sus obras y su fama, naturalmente, los preceden.

Llegan todos, a este certamen académico, en una hora auroral. Es tiempo de sembrío, pero también de debate, de propuesta, y, naturalmente, de creación. Este es, sin duda, un momento crucial para el Perú, como lo son los dos temas centrales del Seminario.

Permítanme una breve reflexión en torno de la coyuntura histórica que vive el Perú. La historia ha querido enfrentar al Perú a un reto enorme que implica, en la práctica, una suerte de refundación republicana. Hay que liquidar, total y definitivamente, una autocracia personal que pisoteó los valores y principios fundamentales del orden social y político, que destruyó el equilibrio de poderes y las bases morales que le servían de sustento, y que, por fin, debilitó también las bases éticas de la convivencia social, desconociendo las instituciones de la sociedad civil, y creando un clima de permanente confrontación social y política.

Es preciso, por ello mismo, relegitimar y devolver credibilidad al Estado de Derecho, reconciliarlo con la sociedad, como paso previo para asegurar la reconciliación entre los peruanos entre sí. Y es que es indispensable reconstruir, desde sus bases, el régimen democrático. Hay que lograr una democracia eficaz, que eche las bases del bienestar nacional, sin desmedro de la libertad. Esta no es una aspiración teórica nacida del sueño de los constitucionalistas: es la lectura más elemental de la realidad a la luz del resultado electoral.

El pueblo no ha dado mayoría a ninguna de las fuerzas contendientes. Deberán, pues, concertar. Es inevitable crear una democracia de consenso, dialogante y concertadora. Es decir, una democracia gobernante y no gobernada ni enfeudada al arbitrio o capricho de alguno o de algunos. Una democracia enraizada en la sociedad, con vocación dinámica de participación en el quehacer nacional y con la fuerza necesaria, no sólo para cooperar con el Estado, sino para inspirar su acción, frenar sus excesos y movilizar el país en torno de grandes aspiraciones nacionales, mediante la concertación y el diálogo. Se requieren, sin duda, acuerdos mínimos que garanticen la gobernabilidad de la coyuntura. Pero, son perentorias también definiciones de estructura que tienen que hacer, no nos engañemos, incluso con el pacto social político fundamental que es la Constitución.

¿Qué tipo de Constitución requiere el Perú para crear instituciones estables y capaces de garantizar la justicia y la libertad de su pueblo y para asegurar, al mismo tiempo, su propia vigencia e imperio? ¿Qué tipo de democracia fundar para lograr, además de un clima de libertad, seguridad y participación, un mínimo de condiciones materiales y espirituales para esa enorme porción de nuestra población que vive en extrema pobreza? ¿Cómo afirmar el muy débil sentimiento constitucional que desfallece siempre frente a las inevitables crisis del régimen constitucional, o las explicables ineficiencias de nuestras débiles e inexpertas instituciones democráticas? Vivimos, sin duda, un momento constituyente que está requiriendo definiciones.

He allí algunas inquietudes que, por cierto, son comunes a otros pueblos libres de América, cuyo horizonte aparece siempre nublado por la amenaza siniestra de la autocracia. Yo no quiero añadir, desde luego, un nuevo tema al debate electoral, pero creo que es pertinente proponerlo aquí, para que la academia estudie, reflexione y sugiera. El Perú lo necesita. Estoy seguro que la historia lo agradecerá.

Qué oportuno es, pues, este Seminario, y cuán apropiada la temática que abordará. Mi más cordial felicitación a la Universidad de Lima, a la Facultad y a los organizadores por ese acierto, y mi reconocimiento a quienes, ahora, aquí mismo, lo alientan y animan con su presencia y le darán brillo con sus reflexiones y exposiciones. Un

empeño como éste sólo puede y debe tener éxito y, por eso, es innecesario que formule voto alguno.

Sí creo indispensable hacer una petición. Pedirles que miren el Perú en su perspectiva histórica y que vean, en sus frustraciones, no el fracaso, sino sólo el desfallecimiento circunstancial de la ilusión republicana por la que nuestros antepasados dieron su vida, y que, recogiénola, la lancen como una bandera desplegada al futuro para guiar y conducir a un pueblo que, hace 200 años, invocando a Dios, apostó por un futuro de justicia y libertad para todos los peruanos, y le ofrezcan, como fruto de sus reflexiones, alguna luz para reencontrar ese destino al que, a pesar de todas las vicisitudes, no ha renunciado ni renunciará jamás.

Declaro inaugurado el Seminario Internacional "Constitución y Democracia en los Umbrales del Siglo XXI".

CINCUENTA AÑOS DE UNA GRAN REVISTA
(LA "REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"
EN EL CONTEXTO IBEROAMERICANO) (*)

Domingo García Belaunde ()**

Son pocas las veces que una comunidad académica tan sólida, tan unida y sobre todo, con tantos objetivos comunes, se reúne para celebrar el quincuagésimo aniversario de una gran revista, como es la de Administración Pública, fundada allá por los años de 1950, en el marco de actividades del entonces denominado "Instituto de Estudios Políticos", bajo la dirección de Francisco Javier Conde, al que hay que agradecer el haber hecho tanto en favor de la cultura en general, y del Derecho público en particular.

Y más aún, cuando gran parte de sus gestores, los responsables de que ella andase, tuviese vida y no desfalleciese, están todavía entre nosotros, señalando el camino, y a los cuales, a todos ellos, debe extenderse el homenaje que el día de hoy les tributamos.

Como son muchos los que tienen justos títulos para compartir este homenaje, y como tampoco es dable mencionar algunos para silenciar a otros, nada más adecuado que condensarlo en su mentor

(*) Intervención en el Congreso "El Derecho Administrativo ante el nuevo siglo" organizado en homenaje al 50º aniversario de la RAP (Madrid, 21 y 22 de marzo del 2000).

(**) Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica y de la Universidad de Lima (Perú).

y actual director, don Eduardo García de Enterría, que ha vivido de cerca, primero como Secretario, y luego como Director desde 1987, los vaivenes de esta importante Revista. Y si queremos adicionar algunos nombres, recordar a quienes en los primeros tiempos, fueron secretarios adjuntos: Fernando Garrido Falla, Jesús González Pérez y Alejandro Nieto.

* * *

Cincuenta años no los cumple cualquiera. Y cuando se cumplen, gozando de buena salud, bien vale la pena celebrarlo. Pero, por cierto, creo que los que deben hacerlo, y con justeza, son precisamente aquellos que con sus esfuerzos, contribuyeron a que se haga realidad. Y con esto me quiero referir no sólo a los académicos, sino también a quienes desde las más humildes labores de redacción, corrección de pruebas y demás tareas administrativas, la hicieron posible, en todos estos largos años, tan convulsos y sobre todo tan distintos entre sí, y en donde hemos visto morir muchas cosas.

Y en estos fastos, muy merecidos por cierto, que tocan y pertenecen a la comunidad administrativista española, y a todos sus amigos, seguidores, lectores y entusiastas, quiero adherirme con palabras de agradecimiento y de gratitud por todo lo que nos enseñaron, a los que desde el otro lado del Atlántico, encontraron en sus páginas un aliciente, una enseñanza, un espaldarazo o una novedad transmitida con el mejor ánimo.

¿Qué representa, pues, una Revista, como la de Administración Pública, que ha vivido cincuenta años?

Si hacemos una ligera revisión histórica de nuestras publicaciones jurídicas, vemos que ellas han sido variadas, han respondido a diversos intereses, y han tenido por lo general, una vida breve. En alguna de sus numerosas cartas a sus corresponsales hispanoamericanos, Unamuno, allá por los años de 1920, recomendaba a uno de ellos, que más valía tener una revista de corta duración, pero de calidad, a una de larga vida, pero anodina y sin espíritu. Y agregaba que esa era la alternativa que normalmente acompañaban a nuestras publicaciones periódicas. Y eso nos recuerda en algo la leyenda del Aquiles homérico, que prefirió una vida breve pero heroica, a una

vida larga, pero sin esplendor. Pero claro, toda norma y todo paradigma tienen sus excepciones y la RAP es una de ellas.

Dentro del espectro de una vida humana, la "Revista de Administración Pública" tiene una vida larga, si tomamos como referencia el promedio de vida revisteril en el mundo iberoamericano, pues no muchas le alcanzan, y muy pocas la superan.

En realidad, la primera revista jurídica de amplia irradiación en el mundo ibérico, o por lo menos en el español y latinoamericano, es la "Revista de Legislación y Jurisprudencia" que en 1852 funda José Reus y García, y que tendrá una vida que largamente excede el siglo.

Pero, cabe advertir que se trata de una revista general, y no especializada, como por lo demás eran todas las publicaciones del siglo XIX y muchas más en el siglo XX. Y otras surgen en otros ámbitos, si bien la mayoría, con vida efímera.

La "Revista de Administración Pública" ha forjado, lo que algunos de sus miembros, en estricta justicia, ha llamado "generación de la RAP". No sé si a estas alturas, bien podríamos hablar de *generaciones*, esto es, en plural, porque –por lo menos para quienes vemos el Derecho Administrativo español desde el exterior– la tarea de la RAP no se ha agotado, sino que continúa con el mismo vigor que antes, y aun más, con mejores perspectivas, hoy que, tras la caída del muro de Berlín y la creciente globalización, avanzan cada vez más los ideales del Estado de Derecho, que implica, como se sabe, una administración eficiente, cauteladora de los intereses del Estado y del administrado. Y esto en el ámbito doméstico, como en el más amplio y promisor de la Unión Europea.

* * *

Tarea no menos importante que ha tenido la RAP en estos años, ha sido el tratamiento jurídico de los problemas del Estado, que si bien hoy parece una verdad de Perogullo, no lo era hace algunos años. Recordemos que durante décadas, generaciones enteras de españoles y latinoamericanos vivieron adormecidos, cuando no dopados, con los cursos de Derecho Político, que eran una entelequia indescifrable, rara mezcla de historia, sociología, ciencia política, filosofía y algunas ramas más, revueltas todas ellas, sin un mínimo nivel de sincretismo que hubiera sido deseable.

Con tales antecedentes, era realmente raro que se afrontase el fenómeno del Estado con todo rigor, si bien los hechos pronto se encargaron de demostrar que sí podía hacerse en otros ámbitos. La RAP, desde muy pronto, se lanzó a la tarea de emplear las mejores herramientas conceptuales para afrontar el estudio de la administración y del Estado, como ampliamente se ha comprobado. De ahí, a hacerse presente en el momento de la transición política, a la muerte del Caudillo, había un solo paso.

El texto constitucional de 1978, representando muchas cosas, significa también la presencia del escalpelo jurídico en el desarrollo de las instituciones y la consagración de los conceptos, que en buena medida se deben a la influencia de la RAP. Ocioso es repetir la gran influencia que tuvo este texto fundamental, ampliamente difundido –en sus primeras versiones– con la visita del Rey Juan Carlos a los antiguos virreinos de México, Lima y Buenos Aires, así como la influencia de las instituciones modernas del constitucionalismo europeo que ella recogía, y que tuvieron vasta influencia en el continente latinoamericano.

* * *

Ahora bien ¿qué puede decirse del Derecho Administrativo en el mundo latinoamericano? Es evidente que en estos países, la influencia de la Revolución norteamericana y de la Revolución francesa fue muy importante, y sobre eso, creo que no tiene sentido insistir demasiado. Pero es claro que la influencia francesa se manifestó sobre todo en el ámbito del Derecho Administrativo, que se difunde en su versión originaria –recordemos que en aquella época la educación comprendía necesariamente el francés en el período escolar –y en algunas versiones al castellano. Incluso hay autores, como Paul Pradier-Fodere, que se traslada a nuestro continente, y funda, en el caso del Perú y en 1875, la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, siguiendo el modelo francés.

Los estudios de Derecho Administrativo, son pues, abrevados en manuales franceses, y así será durante parte del siglo XIX y principios del siglo XX. Más tarde, sobre todo en el ámbito platense, la influencia del derecho norteamericano en materia administrativa será muy fuerte. Y si bien esa influencia no desaparece del todo, es justo recordar

que desde los años cuarenta del siglo XX, los autores españoles van a tener un espacio preferente en las lecturas que hacen nuestros maestros y nuestros alumnos en el continente latinoamericano.

Mención especial merece la atención que la RAP brindó a la dogmática administrativa española, que no obstante ser receptora de influencias diversas, llegó a conformar una normativa sugerente y ejemplar que se colocó en leyes tales como las de procedimiento administrativo, jurisdicción contenciosa-administrativa y expropiación. Estas leyes y sus comentarios doctrinarios, han ejercido una larga influencia sobre la legislación que muchos países latinoamericanos, han sancionado en los últimos años (México, Costa Rica, Perú, etc.)

Desde el punto de vista de las revistas o publicaciones periódicas, es evidente que el público se alimentaba de las revistas generales, como las que hemos mencionado, y en algunas otras de larga estirpe, publicadas, sobre todo, en México, Brasil y Argentina.

Tímidamente en algunos lugares se incursiona-antes y todavía ahora –en revistas de Derecho Público– que en la actualidad existen en los Estados Unidos y en algunos países europeos (como Italia, Francia y Alemania) en donde se mezclan temas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo (los otros derechos públicos, como es el caso del derecho internacional y el derecho penal, prefieren, por lo general, tener sus propias revistas especializadas).

En el caso concreto del Perú, un grupo de profesores de las universidades Católica, San Marcos y de Lima, especialistas en constitucional y en administrativo, nos hemos reunidos para editar, en este semestre del nuevo milenio, una revista con esa tesitura. Y para esa tarea hemos convocado a algunos colegas españoles y latinoamericanos que nos acompañan en esta oportunidad.

Si bien es cierto que hay algunas revistas que tratan aspectos del Derecho Público y también del Derecho Administrativo (como es el caso de la muy importante "Revista Mexicana de Derecho Comparado" y la reciente editada por la UNAM, denominada "Cuestiones Constitucionales", así como la "Revista de Derecho Público" editada en el Uruguay desde la década del 90), lo concreto es que en nuestra

América, no existe propiamente una tradición de publicaciones en Derecho Administrativo. En rigor, y salvo las publicaciones esporádicas o eventuales que nunca faltan, y dejando de lado alguna que otra publicada en el Brasil (en especial, la "Revista de Direito Administrativo", editada desde 1945 por la Fundación Getulio Vargas), el contingente más grueso proviene de la Argentina, en donde es evidente que ello es fruto de una tradición acendrada, de una seriedad en la investigación y de una vocación alerta a todos los problemas, como se comprueba en la vasta y muy rica producción de esa comunidad académica, seguramente la más importante de Latinoamérica, y en la que no me explayo, pues algunos de sus más distinguidos representantes se encuentran entre nosotros.

En la Argentina creo que hay que destacar la "Revista de Derecho Administrativo", que desde 1989 dirige Juan Carlos Cassagne; la "Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", con más de doscientos números, y "Actualidad en el Derecho Público", que comenzó a publicarse en 1994 y que dirigen Guillermo Andrés Muñoz y Jorge L. Salomón.

Esto significa que en el idioma castellano y en nuestra América, es la Argentina la que cuenta con el mayor contingente de publicaciones periódicas en materia administrativa, lo que es claro síntoma de la vitalidad de esa comunidad académica. Pero salvo este caso, y algunas publicaciones aisladas y muchas veces eventuales, no existe nada en Latinoamérica, que pueda tener la misma consistencia y empuje. Por cierto, la comunidad argentina tiene una presencia en el resto de nuestros países, que no puede ponerse en cuestión, pues goza de gran predicamento.

Pero más allá no hay nada. Y por eso cabe preguntarse porqué en países como los nuestros, muchos de ellos aun no librados del Estado elefantiásico de épocas pasadas, que arrastran una onerosa y muchas veces lenta administración, no han fomentado o creado institutos y publicaciones que reflejen, encauzen y difundan sus preocupaciones sobre el Estado y la Administración. Esto es algo difícil de explicar, pero quizá lo sea por el estado del país o por la ausencia de hombres decisivos en cada momento. Pero hay excepciones, y así se explica el esfuerzo casi solitario que en Venezuela tiene la "Revista de Derecho Público", muy volcada a lo administrativo, que con tesón sostiene Allan R. Brewer-Carías, desde hace algunos años.

Pero constatada esta ausencia de publicaciones, con las excepciones que nunca faltan, y que además no hacen más que confirmar la regla, viene aquí a cuento el papel de la RAP.

España tiene una posición privilegiada, que se ve, hoy en día, muy claramente en el ámbito internacional, como lo acredita la política exterior que lleva a cabo, con singular éxito, el jefe de Estado. España se encuentra en Europa (recordemos que antes muchos eran los que lo negaban), pero con un pie en América. Es además, por inevitables razones geográficas, el punto de ingreso a la vieja Europa, con el atractivo de la comunidad de lengua, religión, costumbres e historia compartida.

Si la RAP representa un ineludible punto de referencia para la doctrina y la práctica administrativa españolas, y si además ella recoge, como lo ha hecho siempre, los aportes y avances más significativos del continente europeo, y además las novedades del mundo latinoamericano (muchos de sus autores clásicos, desde Rafael Bielsa en adelante, han tenido eco en sus páginas) es indudable que la RAP cubre un vacío largamente sentido, constituyendo un vínculo de unión entre ambos mundos. Por un lado, representa la información precisa, puntual y rigurosa de lo que sucede en el mundo administrativo. Por otro, recoge lo mejor de lo que pasa en España, con las aportaciones europeas y se convierte también en recipiendaria de lo mejor que pasa en nuestra América. Y como prueba de ello, el actual Consejo Asesor cuenta entre sus miembros a un distinguido amigo y colega nuestro: León Cortiñas Peláez, amigo de España, uruguayo de nacimiento y residente en México desde hace algunos años.

* * *

Lectura obligada para todos aquellos que quieran internarse en los meandros del Estado, la RAP ha cumplido con creces la tarea que con entusiasmo le asignaron sus fundadores hace ya medio siglo.

Bienvenida sea esta Revista en un aniversario más.

Mis felicitaciones por sus primeros cincuenta años de vida.

Madrid, 18 de marzo de 2000.

LAS CONSTITUCIONES EN IBEROAMERICA (*)

Francisco Miró Quesada Rada

Cuando se ha dado inicio a un proceso de reforma constitucional en el Perú, se realizó en México el Séptimo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ha sido el Congreso de mayor participación al que he asistido, porque además de la presencia de expertos españoles y latinoamericanos, fueron convocados franceses, italianos, polacos y estadounidenses. Hubo 140 delegados extranjeros, 100 mexicanos y se inscribieron 1.000 estudiantes.

Cabe resaltar la presencia de Valentín Paniagua (Perú), Rodrigo Borja (Ecuador) y Miguel de la Madrid (México), ex presidentes y catedráticos de esta disciplina del Derecho que en los últimos años ha adquirido cada vez mayor importancia.

Durante su intervención el doctor Paniagua se refirió a la transición que hay entre la democracia y la reforma constitucional, y explicó que una Constitución es la carta democrática en cuanto instrumento eficaz para la protección del Estado de Derecho y del sistema democrático. Sostuvo que toda transición es un proceso necesariamente prolongado, que busca la generación de ciudadanía y una sociedad más justa, indicando que la reforma constitucional es producto de la transición, pero para lograr este objetivo es necesario el consenso. Es importante resaltar el discurso inaugural de Diego Valadés, destacado constitucionalista mexicano y director del Instituto de Estudios

(*) Publicado en "El Comercio", 4 de marzo de 2002.

jurídicos de la Universidad Autónoma de México, que tuvo a su cargo la organización del Congreso, cuando afirmó que las constituciones han sido reformadas o sustituidas y sus enunciados reflejan considerables avances; pero el registro social no necesariamente corresponde a los postulados normativos.

Cuando se fundó en 1974 el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, se dio inicio a la construcción de una doctrina constitucional iberoamericana. Esta doctrina ha sentado las bases para las reformas constitucionales de la región, pero también ha influido sustancialmente para que esas propuestas se reflejen en los textos fundamentales.

En lo que atañe al Perú, ha causado satisfacción la elección del doctor Domingo García Belaunde como vicepresidente del organismo máximo que congrega a los constitucionalistas de Latinoamérica. La filial peruana del Instituto Iberoamericano congrega a los constitucionalistas más destacados del país. Ha contribuido como institución con sus aportes y asesoría a la elaboración de la Constitución de 1979 y actualmente la mayoría de sus afiliados asesora a la Comisión de Constitución del Congreso, encargada de elaborar el texto reformado de la Carta vigente.

Lo que ha sucedido en los últimos veinte años es que América Latina ingresó a un proceso de democratización, en el cual la única ruptura que se conoce es el golpe de Estado de Alberto Fujimori. Este proceso de democratización sirvió para que se desarrollase un conjunto de cartas magnas, llamadas a consolidar, normar y definir las características de un Estado democrático y social de Derecho. Pero, como sucede en procesos políticos que requieren un encuadramiento jurídico, para el caso específico de la mayoría de naciones latinoamericanas, siempre ha quedado la interrogante entre la compatibilidad de los enunciados normativos constitucionales y la realidad social. ¿Cual de ellos debe primar? El hecho es que cuando estos enunciados normativos se aplican a la realidad observamos que las sociedades se acercan cada vez más al ideal de justicia y de libertad, que constituyen la meta de toda sociedad civilizada, es decir, más humanizada.

**HOMENAJE A
ANDRES ARAMBURU MENCHACA
(1909-1996) (*)**

Augusto Ferrero C.

Señor Decano:
Señores ex Decanos:
Estimados colegas:

Distinguida concurrencia:

No podía haber acuerdo más justo y oportuno que el tomado por la Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Lima para rendir homenaje hoy a quien fuera su distinguido Decano en los aciagos momentos del golpe de Estado ocurrido hace diez años. Entonces, gracias a él, esta casa y, en particular este recinto, foro de divulgación jurídica, se convirtió en el palacio de las leyes, acogiendo en su seno al Congreso legítimamente elegido y ominosamente defenestrado. En efecto, en acto histórico, el Congreso de la República se reunió para declarar la vacancia de la Presidencia de la República, y en este Auditorio, erigió en sustitución de su ocupante a quien la Constitución señalaba para reemplazarlo. Desgraciadamente, la opinión pública fue manipulada mostrando un apego al gobierno absoluto, que como decía Tocqueville, guarda proporción directa con el desprecio que se profesa por el país. Aquella resolución legislativa

(*) Discurso leído en el homenaje rendido en el Colegio de Abogados de Lima el 2 de abril de 2002.

pudo cobrar vigencia sólo ocho años después, por la misma causal imputada, al ser nuevamente declarada por el Poder Legislativo.

Ese gesto gallardo de hace una década fue posible gracias a la entereza de nuestro Decano Andrés Aramburú Menchaca, quien con visión histórica y respeto irrestricto a los principios que inspiran la democracia y el Estado de Derecho, prestó su apoyo, al timón de nuestra Institución, para brindar todas las facilidades que el momento y la situación requerían. Quienes lo acompañaron en su Junta Directiva, recuerdan que en aquellos días infaustos, cuando el Colegio fue acordonado por la policía, el Decano comunicó al responsable que él saldría como correspondía hacerlo a un hombre de Derecho y de acuerdo a la investidura otorgada por los abogados de Lima. Así lo hizo. Felizmente, tuvimos el privilegio de consagrarlo como nuestro Decano en el invierno de su vida, ya octogenario, no siendo ello óbice para que diera, como demócrata cabal, un ejemplo de integridad, librando su batalla final en contra de la autocracia y a favor del respeto a la Constitución. Hoy, nuestro Colegio tiene la cara en alto, al haber sido la principal institución que se constituyó en baluarte contra la dictadura, en ocasión angustiosa, que forma parte de nuestra historia y nuestra lucha por la dignidad nacional.

La trayectoria estudiantil de Andrés Aramburú está íntimamente ligada a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la cual fue Profesor Emérito. En ese centro cuatricentenario obtuvo todos sus grados académicos: Bachiller en Historia, Filosofía y Letras, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas y Doctor en Derecho, así como el título profesional de Abogado. Y fue también a ella a la que dedicó la mayor parte del magisterio de la enseñanza, dictando la cátedra de Derecho Internacional Público; disciplina que sería su pasión y en la cual se constituiría como conspicuo estudioso y analista. Debo pensar que el único mérito para que la Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, y en especial su Decano, me hayan conferido el honor de pronunciar el discurso de orden en esta ocasión, no es otro que el haber sido alumno del homenajeado en dicha casa de estudios y en el curso citado. Más tarde, cuando ejercimos el Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, aceptó, a nuestra solicitud, regentar la cátedra de dicha especialidad y, precisamente, nos cupo la inmensa satisfacción de imponerle, dos meses antes de su fallecimiento, cuando se encontraba en perfecto

estado de salud, la distinción de Profesor Extraordinario de la Universidad de Lima.

En el campo jurídico internacional, Aramburú Menchaca fue un arduo defensor de la posición peruana sobre el Derecho del Mar, patentado por el histórico Decreto que firmaron José Luis Bustamante y Rivero y Enrique García Sayán, como Presidente de la República y Ministro de Relaciones Exteriores, respectivamente, y que posteriormente sustentaron los internacionalistas Alberto Ulloa Sotomayor y Raúl Ferrero Rebagliati.

Además de la cátedra, Andrés Aramburú mantuvo una activa vigencia como Juez del Tribunal Permanente de Arbitraje Internacional de La Haya. Asimismo, formó parte del panel de Árbitros y Conciliadores del Centro Internacional para la Solución de Controversias derivadas de inversiones del Banco Mundial, del panel de Árbitros Extranjeros de la Corte de Arbitraje de Londres, así como de la Comisión Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores. En lo diplomático, fue Embajador del Perú en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Delegado del Perú ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. En lo político, fue un destacado miembro de la Asamblea Constituyente, que dictó la Carta de 1979, de cuya Comisión de Relaciones Internacionales fue Presidente, y Secretario de la Comisión Principal. Para entender este periplo de varias inquietudes, resulta ilustrativo citar sus propias palabras: "He sido profesor por vocación, abogado por necesidad y político por casualidad". Quizás, por modestia, le faltó decir: periodista por ingenio y diplomático por elegancia y sapiencia.

Su vocación jurídica ha sido heredada por sus hijos Andrés, prematuramente fallecido, y Manuel Aramburú Irigoyen, así como por sus nietos Manuel Diego y María Gracia Aramburú Izaga y Pablo y Valerie Aramburú Gardener, quienes continúan su huella profesional en el Estudio que él fundó, como estela de un hogar ejemplar formado con Lala Irigoyen, y de cuyas hijas se desprenden también promisorias estirpes.

Un aspecto relevante que cabe destacar es el de su actividad como periodista. Sus contribuciones frecuentes en *El Comercio* -siempre los viernes- constituyen una muestra de su vastísimo saber, acompañado de una elegante prosa, que lo llevó a formar parte de la Acade-

mia Peruana de la Lengua. En un artículo –¿Por qué los viernes?– explica que al escribir esos días cumplía con una tradición familiar, pues así lo había hecho durante muchos años su padre, quien fue director de *Mundial*. A su vez, su abuelo fue director de *La Opinión Nacional*, siendo calificado por Raúl Porras Barrenechea como el periodista de la defensa nacional.

Hombre fino, afable, de una ostensible bondad, Andrés Aramburú Menchaca poseyó una amplia cultura, de la que hacía gala en sus artículos periodísticos. En tres de ellos, revelando un profundo conocimiento histórico, hizo una ardiente defensa de la letra de la primera estrofa del himno nacional, la cual, sostenía, tenía que respetarse como tal por reflejar un momento histórico y porque así la cantaron nuestros próceres y nuestros héroes. Coincidió, así, con Ricardo Palma, autor sobre una tradición en relación al tema, quien decía que debía acatarse la letra como sagrada reliquia que nos legaron los que con su sangre fecundaron la libertad y la República. Sin duda, como lo reconoció nuestro homenajeado, se trata de una materia debatible, que cuenta con opiniones respetables y versadas a favor y en contra. Muchas veces se ha pensado en cambiar la letra del himno por resultar inaparente en nuestros días o denigrante en general. Como el tema es motivo de discusión actualmente en el Parlamento, hemos querido destacar el parecer ilustrado de nuestro homenajeado para que sea debidamente ponderado por el legislador.

La ucronía es la reconstrucción lógica aplicada a la historia, dando por supuesto acontecimientos no sucedidos, pero que habrían podido suceder. Responde al razonamiento contrafáctico que tanto ha divulgado en nuestro medio Francisco Miró Quesada Cantuarias. Andrés Aramburú nos decía que “las ucronías no son sólo para llover sobre la leche derramada sino para llamar la atención sobre el tiempo y las oportunidades perdidas, sobre lo que pudo ser y no fue y sobre lo que se puede recuperar”, para así realizar lo que pudo hacerse y no se hizo.

El razonamiento contrafáctico más corriente en el Perú en los últimos años consiste en preguntarse qué hubiera ocurrido si una confabulación de tendencias, por su alergia a Vargas Llosa –por no decir encarnizada envidia por su talento–, no hubieran bloqueado su ascenso en 1990 apoyando a Fujimori. Nosotros creemos que se

habrían abierto entonces las puertas de todos los países del mundo. Y el Perú hubiera ganado una década, pues en 1995 hubiéramos elegido Presidente a Javier Pérez de Cuéllar, y así nuestro país habría escogido para regir su destino a sus dos más preclaros y prestigiosos hijos a nivel internacional en el siglo XX; ambos, miembros honorarios de este ilustre Colegio. Y hubiera evitado sumirse –como diría Chocano– en el estercolero de la historia.

Diez años después del imperio de un régimen autocrático que avasalló sistemáticamente todas las instituciones nacionales, hemos visto, anonadados, una corrupción que no tiene precedentes en la historia del Perú. Cuánta razón tenían quienes, como nuestro homenajeado, advirtieron los riesgos del rompimiento constitucional. El mejor tributo que podemos rendirle hoy a nuestro Decano Andrés Aramburú es, precisamente, ofrecerle este homenaje en las actuales circunstancias, en que se ha recuperado la democracia y que, parafraseando al Presidente Fernando Belaunde, la Constitución impera, la Ley rige y la Libertad reina en La República.

NORMAS PARA LOS COLABORADORES DE LA «REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO»

- 1) Sólo se publicarán trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerán artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
- 2) Se recibirán artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
- 3) La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible, los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
- 4) La Revista sólo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idiomas extranjeros, podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
- 5) Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
- 6) Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posibles, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre de autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
- 7) Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un ejemplar, y de ser posible, un diskette word for windows, versiones 5, 6 o 7.
- 8) La dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
- 9) A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y 12 separatas.
- 10) El autor cuya colaboración haya sido publicada, se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino tres meses después de aparecida en su versión original.

Notas

Esta Revista se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley
E-mail: grijley@terra.com.pe,
el día 13 de julio de 2003 al conmemorarse el
aniversario del nacimiento
del constitucionalista Domingo García Belaunde
(Lima, 13-VII-1944)

Así, por no expresar, tácita o expresamente, los imperativos de una idea de Derecho precisa y coherente, la Constitución no puede más que proponer los procedimientos que serán o no utilizados, según una u otra fuerza política sea momentáneamente preponderante.

El pluralismo conduce a la relatividad de las normas constitucionales, que no son más que recetas apreciadas o desacreditadas, según las circunstancias. La noción de Constitución toma entonces un carácter fluido en donde ella se disuelve.

Sólo hay constituciones en función de una opinión política firme. En la medida que las opciones están subordinados a las contingencias, la Constitución no es más que un homenaje formal entregado a las tradiciones jurídicas, una coartada que disimula mal la primacía del hecho sobre el Derecho.

3. Finalmente, hoy en día, en la decadencia que atenta contra la noción de Constitución, está el último motivo que la lleva a la imposibilidad de responder a su razón de ser, según las doctrinas políticas.

Históricamente, la Constitución ha sido un instrumento de limitación del poder. Son los gobernados que la imponen a los gobernantes, con el fin de protegerse contra la arbitrariedad. Sin duda, la idea de un pacto contractual no sobrevivió ante el esfuerzo del pensamiento revolucionario, para hacer de la Constitución una ley promulgada unilateralmente por la voluntad del soberano. Pero esta ley, la establece el grupo social a la usanza de los dirigentes que emanan de él, que sin embargo le son exteriores.

En resumen: la idea de Constitución supone la diferenciación entre gobernados y gobernantes; responde a la intención de fijar al poder un Estatuto que no dependa del mismo poder.

Ahora bien, la democracia contemporánea, esa que yo califico de democracia gobernante, tiende a realizar la identificación de los gobernados con los gobernantes. Que un propósito como éste, sea o no susceptible de traducirse en los hechos, no es el problema. Pero está claro que quedaría sólo como un deseo, que implica, para la noción de Constitución, un cambio de plan donde no es seguro que pueda acomodarse.

SUMARIO

EDITORIAL

ACTUALIDAD SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Presentación

JORGE DANÓS ORDÓÑEZ

La constitucionalización de la administración pública

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI

El acceso a la información pública: hacia una cultura de la transparencia

CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ

Los entes reguladores en la Constitución

JUAN CARLOS MORÓN URBINA

El derecho de acceso igualitario a los cargos públicos en el proyecto de ley de Reforma de la Constitución

HEBERT TASSANO VELA OCHAGA

La Administración Pública en el debate constitucional

RAMÓN HUAPAYA TAPIA

El proyecto de ley de reforma de la Constitución, la Constitución económica y la regulación económica como técnica de reversión del estatismo

ESTUDIOS

GEORGES BURDEAU

Una supervivencia: la noción de Constitución

ALEJANDRO PÉREZ HUALDE

Servicios públicos y reforma constitucional

CÉSAR OCHOA CARDICH

Los principios del procedimiento administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo General

NOTAS

VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO

Reconstruir desde sus bases el régimen democrático

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Cincuenta años de una gran revista
(La "Revista de Administración Pública" en el contexto Iberoamericano)

FRANCISCO MIRÓ-QUESADA RADA

Las constituciones de Iberoamérica

AUGUSTO FERRERO C.

Homenaje a Andrés Aramburú Menchaca (1909-1996)

Normas para los colaboradores

