

El debido proceso en el ejercicio y control de la potestad administrativa, con especial referencia al ordenamiento jurídico peruano

GUILLERMO CHANG CHUYES¹

RESUMEN

Este trabajo analiza la implantación del *due process* anglosajón en el ordenamiento jurídico peruano. Ello ha causado la expansión de las garantías procesales al ejercicio de toda potestad pública. De ahí que la separación de poderes que distingue el ejercicio y el control de la potestad administrativa se vincule más con la competencia de quien ejerce y quien controla.

Palabras clave: derecho constitucional, derecho procesal, derecho administrativo, potestad discrecional.

1 Doctor internacional en derecho por la Universidad de Valladolid, Valladolid, España. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Piura, Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura. Miembro de la Comisión de Indecopi de Piura, Perú. Árbitro de la Cámara de Comercio de Piura, Perú. Correo-e: guillermo.chang@udep.edu.pe Enlace Orcid: 0000-0002-6426-0421. Fecha de recepción: 5 de abril de 2026. Fecha de modificación: 27 de abril de 2026. Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2026. Para citar el artículo: Chang Chuyes, Guillermo, "El debido proceso en el ejercicio y control de la potestad administrativa, con especial referencia al ordenamiento jurídico peruano", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 36, 2026, pp. 99-134. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n36.05>.

Due Process in Exercise and Control of Administrative Power, with Reference to the Peruvian Legal System

ABSTRACT

This article examines the incorporation of Anglo-Saxon due process into the Peruvian legal system. This development has led to the expansion of procedural guarantees across the exercise of public power. In this context, the principle of separation of powers, which distinguishes between the exercise and review of administrative authority, becomes more closely associated with the allocation of authority between the body exercising such power and the body responsible for reviewing it.

Keywords: Constitutional Law, Procedural Law, Administrative Law, Discretionary Power.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento del debido proceso como principio estructural del Estado constitucional ha supuesto una transformación profunda en la comprensión y el ejercicio de las potestades públicas. En el caso peruano, la incorporación del *due process of law* en la Constitución de 1993 no solo reforzó las garantías en el ámbito jurisdiccional, sino que extendió su alcance a toda actuación estatal, incluyendo de manera decisiva el ejercicio de la potestad administrativa.

Esta expansión ha generado importantes desafíos teóricos y prácticos. En particular, obliga a replantear categorías clásicas del derecho administrativo, como la noción de procedimiento, su naturaleza jurídica y su relación con la teoría general del proceso. Asimismo, plantea interrogantes sobre el alcance de las garantías procesales en sede administrativa, la configuración de los principios que rigen la actuación de la Administración y los límites del control de sus decisiones.

En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo analizar el impacto de la recepción del *due process* en el ordenamiento jurídico peruano, especialmente en lo que respecta al ejercicio y control de la potestad administrativa. Para ello, se propone una reinterpretación del procedimiento administrativo desde una perspectiva procesal, destacando su carácter de relación jurídico-pública y su función garantizadora frente a los administrados.

De igual modo, el estudio examina cómo esta evolución incide en la configuración de los principios aplicables a la actuación administrativa, en la motivación de los actos administrativos y en los mecanismos de control, tanto administrativos como jurisdiccionales. Finalmente, se plantea una reflexión sobre la relación entre la Administración pública y la persona, resaltando la necesidad de orientar el ejercicio del poder público hacia la efectiva protección de los derechos fundamentales.

1. LA AMPLIACIÓN DE LA PROTECCIÓN PROCESAL AL EJERCICIO DE TODA POTESTAD PÚBLICA TRAS LA INCORPORACIÓN DEL *DUE PROCESS* EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

El término *debido procedimiento* se incorpora en la vigente carta magna peruana de 1993. El artículo 139.3 establece que el debido proceso y la tutela jurisdiccional son principios y derechos de la función jurisdiccional. Hasta la anterior constitución, de 1979 se hablaba de *garantías de la administración de justicia*. En principio, esta pequeña modificación no debió causar cambios profundos en el ordenamiento. Incluso, a decir de Abrahán García Chávarri², algunos elementos de la dimensión procesal de este principio ya se advertían en el artículo 233 de la Constitución de 1979, pero solamente para la potestad jurisdiccional.

Sin embargo, esta incorporación del uso castellanizado de la frase *due process of law* sí ha trasmutado el modo de entender las cuestiones procesales, justamente porque tiene un significado propio en el *common law*. Según Abrahán García Chávarri³, esta frase tiene un triple contenido conceptual propio del ámbito anglosajón. En primer lugar, *due* no solo es una condición de respeto formal a parámetros normativos previamente establecidos, sino que también comprende el intento de satisfacer consideraciones mínimas de respeto de ciertos valores como la justicia. Luego, *process* no se limita únicamente al ámbito de un proceso judicial, pues alcanza a cualquier actuación de quien cuente con autoridad, vinculada, en principio con la composición de conflictos. Finalmente, *of law* debe entenderse en un sentido amplio, esto es, como la conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

Ello explica que, a inicios de este siglo, el Tribunal Constitucional en la STC n.º 7289-2005-PA/TC haya señalado que el inciso 3 del artículo 139 de

2 Abrahán García Chávarri, "El juez predeterminado por ley como expresión del derecho fundamental a un debido proceso: Algunas anotaciones a su desarrollo doctrinario y jurisprudencial", *Foro Jurídico*, n.º 12, 2013, p. 311.

3 *Ibid.*, p. 310.

la Constitución, el debido proceso es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales. También, en la STC n.º 2802-2005-PA/TC, dio un paso de más: estableció la obligación del debido procedimiento a todo procedimiento administrativo. En el fondo, según Luis Castillo Córdova⁴, forma parte del contenido esencial al debido procedimiento recogido en el artículo 139.3: primero, la facultad de acceder a órganos de administración de justicia; segundo, el conjunto de garantías del proceso que promueven llegar a una solución justa; y tercero, la ejecución de una sentencia justa⁵.

Se puede apreciar que esta *anglozajonización* del modo de entender el debido proceso en la Constitución plantea el reto de establecer qué es el debido procedimiento tanto para el derecho procesal como para el derecho administrativo. En efecto, es un reto porque el principio de separación de poderes arrastró también a los procesos o procedimientos de cada uno de los poderes públicos. Es más, tanto el derecho procesal como el derecho administrativo contienen nociones distintas de proceso y procedimiento, como veremos a continuación. En ese sentido, abordaremos este tema analizando la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo, partiendo de su definición.

2. LA REINTERPRETACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

Antes de entrar en materia es necesario establecer qué es una definición. Menciona Juan José Sanguinetti que una definición es la expresión de la esencia de una cosa (especie) que se hace enunciando el género próximo y la diferencia específica⁶. Así, por ejemplo, el término *propiedad* se define como el derecho real (género) de usar, disponer, poseer y disfrutar una cosa (diferencia específica). En el caso del término *procedimiento administrativo*, la doctrina ha dado muchas definiciones, pero todas ellas de tipo descriptiva

4 Luis Castillo Córdova, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, vol. 2, *Estudios sobre algunos derechos fundamentales*, Puno: Zela Grupo Editores EIRL, 2020, pp. 510 y ss.

5 El mismo autor reconoce que además de esto, la propia carta magna tiene positivizados concretas manifestaciones del debido procedimiento en varias partes del artículo 139 y el 2.24. Sin embargo, basta con lo señalado para entender el ámbito de protección de este derecho.

6 Juan José Sanguinetti, *Lógica*, 7.ª ed., Navarra: Eunsa, 2007, p. 85.

o finalista⁷: se resalta para qué sirve, pero no se detalla el género ni la diferencia específica⁸.

Entrando a la cuestión del género, la primera cuestión es determinar a cuál pertenece. La búsqueda se debe realizar entre dos posibles opciones: (1) es parte de la teoría general del proceso, al igual que el proceso judicial y los legislativos⁹; o (2) es parte del acto administrativo, como uno de sus elementos¹⁰.

2.1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ES UN PROCESO

Respecto de la primera opción, Adolf Merkl¹¹, en 1927, sustentó que el proceso, por su propia naturaleza, puede darse en todas las funciones estatales¹². Así, el proceso es el camino –condicionado jurídicamente de algún modo,

7 *Ibid.*, p. 86.

8 Para un *status quaestionis* sobre las definiciones de procedimiento, *cfr.* Guillermo Chang Chuyes, "La conversión del procedimiento administrativo en proceso administrativo: El *aggionarmento* de una antigua propuesta su aplicación de en la actualidad", en Luis Castillo Córdova (ed.), *Los procesos en el sistema jurídico peruano*, Lima: Gaceta Jurídica, 2020, pp. 243-281.

9 Parte de la doctrina distingue el procedimiento como algo distinto del acto, pero sin acudir a la teoría general del proceso: Ramón Martín Mateo, *Manual de derecho administrativo*, 29.^a ed., Cizur Menor: Aranzadi, 2012, pp. 287-288; Jesús Fuentetaja Pastor, *Derecho administrativo europeo*, 2.^a ed., Madrid: Thomson Reuters, 2015, pp. 297 y ss.; Luis Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, 27.^a ed., Cizur Menor: Thomson Reuters, 2016, p. 377; Juan Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, t. II, 4.^a ed., Madrid: Iustel, 2016, pp. 23 y ss.; Miguel Sánchez Morón, *Derecho administrativo parte general*, 13.^a ed., Madrid: Tecnos, 2017, p. 485; Manuel Rebollo Puig *et al.* (dir.), *Derecho administrativo*, t. II, 3.^a ed., Madrid: Tecnos, 2018, p. 17; Germán Fernández Farreres, *Sistema de derecho administrativo*, vol. 1, 4.^a ed., Cizur Menor: Thomson Reuters, 2018, p. 663; Luciano Parejo Alfonso, *Lecciones de derecho administrativo*, 9.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 685; Antonio Martínez Marín, *Estudios sistemático del derecho administrativo*, Cizur Menor: Thomson Reuters, 2018, p. 749; José Esteve Pardo, *Lecciones de derecho administrativo*, 9.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 171.

10 Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, vol. 1, 13.^a ed., Madrid: Tecnos, 1999, p. 239; Catalina Escuin Calop, *Curso de derecho administrativo*, 3.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 217; Ramón Parada Vásquez, *Derecho administrativo I*, 19.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 193; David Blánquer Criado, *Derecho administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 346; Santiago Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, 4.^a ed., Madrid: BOE, 2015, p. 58; Eduardo García de Enterría *et al.*, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 14.^a ed., Madrid: Thomson Reuters, 2015, p. 450; Eduardo Gamero Casado *et al.*, *Manual básico de derecho administrativo*, 14.^a ed., Madrid: Tecnos, 2017, p. 208; José Miguel Bueno Sánchez, *Lecciones fundamentales de derecho administrativo*, 2.^a ed., Cizur Menor: Thomson Reuters, 2018, p. 513.

11 Adolf Merkl, *Teoría general del derecho administrativo*, Granada: Comares, 2004, pp. 272 y ss.

12 *Ibid.* p. 273.

más que por la mera indicación del fin del proceso— a través del cual “una manifestación jurídica de un plano superior” produce una “manifestación jurídica de un plano inferior”¹³. Según estas definiciones: el derecho procesal legislativo se dedica a desarrollar la constitución, el derecho procesal judicial a aplicar la ley en el caso concreto y el derecho procesal administrativo a dictar actos administrativos y reglamentos (aunque el autor reconoce que este tiene sus peculiaridades y aun no se ha desarrollado una teoría procesal del reglamento). De igual manera, en el ordenamiento jurídico español se han propuesto las mismas ideas. Así, en 1947, Manuel Ballbé Prúné¹⁴ propuso la unidad de proceso en todas las potestades públicas. Más recientemente, Francisco González Navarro¹⁵ sigue con las mismas ideas, aunque llegando a conclusiones distintas a las de estas líneas.

No les falta razón a estos autores la exposición de sus ideas. Pero, la doctrina no ha seguido sus pasos. Eduardo García de Enterría ha rescatado la importancia del planteamiento de Adolf Merkl. Expresamente señala que dicho autor realza la función garantizadora de ambos procesos y evita la jurisdiccionalización del procedimiento administrativo¹⁶. Sin embargo, las diferencias son profundas por la diversa naturaleza de los fines a los que una y otra sirven, y especialmente, por la distinta posición y carácter de los órganos cuya actividad disciplinan. En ámbito nacional, esta teoría también ha sido criticada. La doctrina peruana¹⁷ basa su crítica en los fines de cada una de las potestades, siguiendo la doctrina del derecho procesal. En efecto, mientras que la potestad jurisdiccional resuelve conflictos, la potestad administrativa no lo hace. Solamente Juan Carlos Morón Urbina¹⁸ admite la teoría de Adolf Merkl, basándose en un desarrollo de los estudios del proceso como institución, pero no entra en la cuestión de fondo.

Parece ser que las críticas a Adolf Merkl son correctas, pero no es así. La cuestión se centra en la distinción entre la potestad jurisdiccional y la potestad administrativa. Tanto Adolf Merkl, Eduardo García de Enterría y la doctrina nacional parten de concepciones incompletas sobre la naturaleza

13 *Ibid.* p. 274.

14 Manuel Ballbé Prúné, “La esencia del proceso: el proceso y la función administrativa”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1954, *in totum*.

15 Francisco González Navarro, *Derecho administrativo español*, Pamplona: Eunsa, 1997, p. 495.

16 Eduardo García de Enterría *et al.*, *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 445.

17 José Bartra Caveró, *Procedimiento administrativo*, 3.ª ed., Lima: Huallaga, 1994, p. 15; Gustavo Bacacorzo Cuba, *Comentarios a la ley de procedimientos administrativos*, 12.ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 1997, p. 40; Guillermo Guerra Cruz, *El procedimiento administrativo*, Lima: Marsol, 1999, pp. 29-30; Marco Cabrera Vásquez *et al.*, *Derecho administrativo y derecho procesal administrativo*, Lima: San Marcos, 2006, pp. 280-281.

18 Juan Carlos Morón Urbina, *Derecho procesal administrativo*, Lima: Rhodas, 1999, p. 40.

de cada una de estas instituciones. Todos tienen en claro la naturaleza del poder judicial (juzgar), pero no de la Administración pública. Por ejemplo, Adolf Merkl parte de la teoría residual¹⁹, con lo cual nunca usó una definición positiva de esta. Por su parte, Eduardo García de Enterría se centra en la personalidad jurídica de la Administración pública, sin definir sus funciones²⁰. La doctrina nacional tampoco hace una definición clara, a pesar de que alguno se suscribe a una concepción mixta de la misma²¹. Por otro lado, la doctrina procesal tampoco tiene claro cuál es la distinción entre la función del poder judicial y la Administración pública²². Al igual que en el caso anterior, precisan la potestad jurisdiccional, como acción de juzgar, pero no la Administrativa. La excepción es Juan Montero Aroca, quien estudia la potestad jurisdiccional en sí misma, en el ser y obrar de este poder del Estado. Aun con ello, su concepto de potestad jurisdiccional se podría calificar como orgánico-funcional: reconoce que el poder judicial es un órgano del Estado, pero que se dedica a juzgar²³.

La función de juzgar no es exclusiva del Poder Judicial. Como menciona Antonio Abruña Puyol, la Administración pública también juzga: no hace otra cosa al resolver los recursos que se interponen ante ella, o su intervención en los procedimientos trilaterales²⁴. Por otro lado, el Poder Judicial también lleva a cabo actividad materialmente administrativa: la jurisdicción voluntaria, y algunos de los órganos de su ámbito, justamente para garantizar el funcionamiento propio del Poder Judicial, también realiza funciones propiamente administrativas en materias de personal, contratos, bienes y en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el ordenamiento²⁵. Teniendo en cuenta estos hechos, las críticas no se sostienen.

La teoría de Adolf Merkl se puede sustentar si se parte de una concepción orgánica y jurídico formal de la separación de poderes. Siguiendo a Antonio Abruña Puyol²⁶, los poderes son organizaciones del Estado pero que se

19 Adolf Merkl, *Teoría general del derecho administrativo*, op. cit., p. 11.

20 Eduardo García de Enterría et al., *Curso de derecho administrativo*, op. cit., t. I, p. 52.

21 Antonio Abruña Puyol, *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, Lima: Palestra, 2010, pp. 63 y ss.

22 Para un *status quaestionis* de la discusión, cfr. Juan Monroy Gálvez, *Introducción al proceso civil*, Bogotá: Themis de Belaúnde & Monroy, 1996, pp. 224 y ss.; Hernando Davis Echandía, *Teoría general del proceso*, 3.ª ed., Buenos Aires: Universidad, 1997, p. 121.

23 Juan Montero Aroca et al., *Derecho jurisdiccional I*, 12.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 38 y ss., 110 y ss.

24 Antonio Abruña Puyol, *Delimitación jurídica de la Administración pública...*, op. cit., p. 109.

25 *Ibid.*, p. 112.

26 *Ibid.*, p. 100. A su vez, este autor se basa en José Luis Martínez López-Muñiz, *Introducción al derecho administrativo*, Madrid: Tecnos, 1984. En el mismo sentido Hernando Davis Echandía reconoce que la Administración puede juzgar y que el Poder Judicial puede

distinguen por el carácter jurídico formal de sus actos: la Administración pública emite actos con presunción *iuris tantum* de legalidad, esto es, sometido a la ley y controlado por el Poder Judicial; el Poder Legislativo emite actos con presunción *iuris tantum* de constitucionalidad, esto es controlado por su adecuación a la Constitución; y el Poder Judicial dicta actos con presunción *iure et de iure* de legalidad, esto es, cosa juzgada. Si esto es así, es lógico que puede existir un proceso como institución, con principios comunes al ejercicio de cualquier potestad, pero que se matizan teniendo en cuenta su carácter jurídico formal. Por lo expuesto, el procedimiento administrativo sería una especificación de este proceso.

Un tema adicional es determinar la naturaleza de este proceso. En el derecho administrativo, como se vio en líneas anteriores, no se ha entrado en esta cuestión, que ha sido siempre propia del derecho procesal. En esta rama del derecho, la discusión en torno a la naturaleza del proceso no es pacífica. Aun con ello, es importante entrar brevemente en la cuestión para dilucidar cuál es.

No se duda de la naturaleza jurídico-pública del proceso y la doctrina es unánime al respecto. Atrás quedaron las doctrinas privatistas de tipo contractual o cuasi contractual. La discusión se encuentra en si el proceso es una relación jurídica, una institución o una situación jurídica. Fue Claus von Bülow quien en 1868 explicó la naturaleza del proceso como una relación jurídica y esta es la doctrina mayoritaria. Su fundamento es la existencia de derechos y obligaciones entre los diversos sujetos procesales. Como señala Jaime Guasp Delgado²⁷, esta teoría tiene dos objeciones, de las cuales salen las otras teorías. La primera, sustentada por James Goldschmidt, señalada que no existen verdaderos derechos y obligaciones. Ante esta objeción, postula que el proceso es una situación jurídica, más que una relación. La segunda crítica, planteada por el mismo Guasp, señala que la teoría de la relación jurídica (incluso la de la situación), es insuficiente porque no existe una sola relación jurídica, sino varias (es dinámica). Por ello, lo que corresponde es que el proceso sea una institución, compuesta por un conjunto de relaciones jurídicas.

Independientemente del debate en el derecho procesal, queda claro que en un proceso existe una relación jurídico-pública, con prestaciones variables e iniciada por un acto de la potestad. En ese sentido, corresponde suscribir la teoría mayoritaria: el proceso es una relación jurídica. Las otras teorías no agregan un criterio novedoso, sino que tratan de realizar un matiz a la ya existente.

ejercer funciones administrativas, pero solamente describe la realidad, sin realizar una distinción conceptual. Cfr. Davis Echandía, *Teoría general del proceso*, op. cit., p. 121.

27 Jaime Guasp Delgado et al., *Derecho procesal civil*, Madrid: Civitas, 1998, p. 38.

Queda comprobar esta afirmación en la realidad jurídica administrativa. En ese sentido se debe analizar si en el derecho administrativo verdaderamente se genera una nueva relación jurídica distinta respecto de la relación jurídica existente de carácter material. Por ejemplo, si un administrado que se dedica a una determinada actividad supervisada por una Administración pública, ¿tiene una nueva relación jurídica cuando es fiscalizado, cuando inicia un recurso o cuando se le inicia un procedimiento administrativo sancionador? La respuesta a esta cuestión es afirmativa. En ambos casos, se genera un haz de derechos y obligaciones distintos a los de la relación material. Por ello, el proceso genera una nueva relación jurídica.

Finalmente, queda discutir la terminología: ¿proceso o procedimiento? La doctrina procesal es unánime al realizar esta distinción²⁸, pero normalmente desde un doble criterio. Por un lado, reducen proceso al ejercicio de la potestad jurisdiccional, siendo procedimiento para el ejercicio de cualquier otra potestad. Por otro lado, distinguen entre proceso como ciencia y procedimiento como técnica (o continente y contenido en palabras de Jaime Guasp). Teniendo en cuenta lo expuesto, si el ejercicio de la potestad administrativa es similar al de la jurisdiccional, la primera distinción no es válida: todas ejercen proceso, incluso la potestad legislativa. La segunda distinción es válida. El proceso administrativo se aplica en distintos procedimientos. Lo correcto por tanto es usar el término proceso administrativo y derecho procesal administrativo.

Por lo expuesto, podemos señalar que el término procedimiento administrativo es parte del proceso y a su vez, su naturaleza jurídica es ser una relación jurídica de derecho público. Por razones de respeto a la tradición, mantendremos el uso del término procedimiento administrativo.

2.2. NO TODO ACTO ADMINISTRATIVO IMPLICA UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Analizamos a continuación la segunda opción: la posibilidad que sea parte del acto administrativo. Tradicionalmente, la doctrina ha identificado al procedimiento como parte del elemento formal del acto administrativo, pero es harto sabido que no todo acto administrativo viene precedido de un procedimiento administrativo. Por ejemplo, el TUO de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, clasifica a los procedimientos administrativos en los que están sometidos a aprobación automática y

28 Cfr. Juan Monroy Gálvez, *Introducción al proceso civil*, op. cit., pp. 132 y ss.; Juan Montero Aroca et al., *Derecho jurisdiccional I*, op. cit., pp. 292 y ss.; y Jaime Guasp Delgado et al., *Derecho procesal civil*, op. cit., pp. 35-36.

los que están sometidos a silencio (positivo o negativo). En el caso de los primeros, cuya naturaleza jurídica es ser un acto tácito, se da esta situación.

La solución de este problema dependerá de la noción de acto administrativo que se adopte. Según Antonio Abruña Puyol²⁹, hay dos posturas sobre este término en el ordenamiento jurídico peruano. La primera que dicho autor defiende, define el acto administrativo como toda declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo dictado por una Administración pública en ejercicio de una potestad administrativa, productora de efectos jurídicos. Esta definición excluye los actos de los privados y la actuación material de la Administración pública e incluye los actos internos, los reglamentos y el contrato público.

Por otro lado, está el concepto restringido que defienden los profesores Raúl Bocanegra Sierra y Ramón Huapaya Tapia. Ellos definen el acto administrativo como aquello que tiene carácter regulador y función estabilizadora. Así, se excluyen: los que no tienen contenido regulador; los reglamentos (al ser normas jurídicas); los contratos, lo que no es declaración de voluntad; los actos materiales, la vía de hecho y la inactividad de la Administración pública. Aun con ello, en determinadas circunstancias, algunos de estos pueden considerarse como actos administrativos. Teniendo en cuenta lo expuesto, en esta segunda teoría no cabe calificar a los actos del procedimiento como administrativos porque solamente sería tal el último acto de la cadena. Esta definición queda descartada porque no se asemeja a la realidad. Muchos de los actos que realiza la Administración a lo largo del proceso tienen efectos jurídicos. Así, por ejemplo, el inicio de un procedimiento administrativo sancionador o el requerimiento de una fiscalización generan derechos y deberes en el administrado destinatario de ese acto administrativo.

Descartada esta última teoría, puede parecer que la primera definición, al igual que la segunda, hace hincapié en el acto definitivo y, por ende, no tendría en cuenta los actos realizados a lo largo de la cadena; pero esto no es así. Si pensamos en los ejemplos antes señalados –el requerimiento de una fiscalización, el recurso o el inicio de un procedimiento administrativo sancionador– se puede apreciar que también cumplen con la definición propuesta. La diferencia respecto del acto administrativo final es que estos actos sirven de instrumento para su emisión. Pero esta característica no implica que dejen de someterse a los requisitos de cualquier acto administrativo. Los ejemplos señalados deben cumplir con los requisitos propios del acto administrativo, como por ejemplo la motivación. Por ello, podemos concluir que el procedimiento administrativo está compuesto de actos administrativos,

29 Antonio Abruña Puyol, "Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo", *Revista Foro Jurídico*, n.º 15, 2016, pp. 250-271. Ambas posturas están detalladas en este artículo.

pero que en sí mismo no es un acto administrativo. Son un conjunto de actos, que tienen un orden específico durante una relación jurídica, pero que no se confunden con el acto administrativo definitivo o final. En fin, su género no es el acto administrativo.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos determinar un concepto de procedimiento administrativo: es una institución propia del derecho procesal consistente en una relación jurídico-pública compuesta por una serie de actos individuales propios de la potestad administrativa, ordenados a su ejercicio definitivo. Esta relación se caracteriza por ser autónoma y transitoria respecto de la relación material.

Desde el punto de vista negativo, es importante resaltar que todo trámite ante la Administración pública no implica necesariamente un proceso administrativo. Se ha señalado anteriormente que los actos de aprobación automática no tienen procedimiento; pero tampoco aquellos en los cuales se prevé directamente la emisión del acto definitivo, porque no existe una serie de actos administrativos. Es importante resaltar esto porque las Administraciones públicas peruanas tienen sus textos únicos de procedimientos administrativos, pero no todos los que aparecen ahí son verdaderos procesos. La nomenclatura del instrumento que compendia todas las posibles actuaciones de los órganos de esa Administración genera errores. Lo correcto hubiera sido denominarlos texto de trámites y procedimientos administrativos, distinguiendo, entre otros: los que no necesitan emisión de actos administrativos (como las comunicaciones previas), los actos sin proceso (e incluso con trámite) como los actos de aprobación automática y aquellos que sí lo tienen. Aquellos actos con trámite o con proceso, a su vez, podrían someterse a silencio administrativo.

3. PRINCIPIOS PROCESALES APLICABLES A TODOS LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica antes señalada, se debe replantear la naturaleza de los principios del procedimiento administrativo (mas no su contenido). Lo correcto es distinguir los principios aplicables al proceso de aquellos que son propios de la respectiva potestad. En ese sentido, seguiremos parcialmente a la doctrina procesal³⁰, quien distingue los principios comunes a todos los procesos de aquellos que son específicos de cada uno. Aun con ello, los principios comunes se han pensado en torno a los procesos

30 Juan Monroy Gálvez, *Introducción al proceso civil*, op. cit., p. 81; Juan Montero Aroca et al., *Derecho jurisdiccional I*, op. cit., pp. 318 y ss.; Jaime Guasp Delgado et al., *Derecho procesal civil*, op. cit., pp. 74-75; y Hernando Davis Echandía, *Teoría general del proceso*, op. cit., pp. 55 y ss.

judiciales y no teniendo en cuenta el ejercicio de otras potestades. De igual forma, toman principios que se aplican incluso al acto definitivo, pero en estas líneas queremos resaltar solamente aquellos que se aplican durante de la relación jurídica procesal.

En primer lugar, una breve referencia a los titulares de la potestad. En ese caso, son importantes estos principios: imparcialidad, independencia y sumisión exclusiva a la ley, inamovilidad y responsabilidad. El principio de imparcialidad y el de independencia³¹ son dos caras de una misma moneda: el primero mira a la inexistencia de la relación entre el titular de la potestad con los otros integrantes de la relación jurídico procesal administrativa, mientras que la independencia mira a la inexistencia de esa relación con personas e instituciones ajenas a la cuestión que se dilucida en el ejercicio de la potestad. El funcionario solamente está sometido al principio de legalidad. Por otro lado, se encuentra el principio de inamovilidad. Este principio resalta la importancia de que sea el mismo funcionario que dicta el acto definitivo el que acompañe todo el proceso para garantizar la unidad de la vista y garantizar la permanencia de la imparcialidad e independencia a lo largo de la duración del proceso. Finalmente, la responsabilidad personal de los actos del funcionario garantiza también esa sumisión al derecho.

Respecto de los intervinientes, podemos esbozar varios principios: pluralidad de posiciones e intereses, audiencia e igualdad. En primer lugar, es importante señalar que en un proceso administrativo puede haber una o muchas formas de participación de los administrados, de otras Administraciones públicas o de la misma, en una relación reflexiva. Así, puede haber una parte o muchas, e incluso meros intereses particulares o difusos. Por otro lado, está el derecho a ser escuchado por el funcionario titular de la potestad. Es importante resaltar que el derecho de defensa es exclusivo de algunos procedimientos, como el sancionador o el trilateral, pero no abarca a todos. Así, los administrados que participan en la contratación pública o la solicitud de una autorización o concesión, por ejemplo, no tienen derecho de defensa. Finalmente, se encuentra el derecho de igualdad en la participación del procedimiento, teniendo en cuenta el título bajo el cual se participa.

3.1. LA RELACIÓN JURÍDICA PROCEDIMENTAL

Toda relación jurídica procedimental se compone de los sujetos y el objeto del procedimiento. Siempre, estará presente la Administración pública en ejercicio de potestades y como destinatario, pueden estar: (1) ella misma en

31 A mayor abundamiento de la imparcialidad e independencia en el ejercicio de la potestad administrativa, *cfr.* Guillermo Chang Chuyes, "El conflicto de interés entre los funcionarios públicos y los consultores respecto del Estado: Entre la ética y el derecho", *Anuario de la Función Pública*, n.º 6, 2022.

una relación reflexiva, (2) otras Administraciones públicas y (3) los particulares. Los intervinientes en el procedimiento administrativo participan del mismo según capacidad, competencia y representación que su naturaleza jurídica pública o privada establezca para cada caso concreto. Un tema que la legislación define en cada caso concreto es la intervención en representación de intereses difusos.

En el caso de los administrados, la doctrina señala dos formas de intervención en el procedimiento: aquellos a quienes se refiere directamente el procedimiento y aquellos que ostentan una situación jurídica que puede verse afectada por la resolución. En el caso del ejercicio de la potestad administrativa, es importante abandonar un criterio judicial de intervención del administrado. Como ya se ha mencionado, esto subsiste en procedimientos como el trilateral o el sancionador, donde efectivamente existe derecho de defensa, pero no en otros como obtención de títulos habilitantes (como autorizaciones o concesiones) o la inscripción en determinados registros administrativos, donde no existe controversia.

Finalmente, algunas cuestiones sobre el objeto del procedimiento. Ni la legislación ni la doctrina administrativa han establecido una definición. La doctrina procesal ya citada es unánime en mencionar que, en el caso del proceso judicial, el objeto es la pretensión. Pero, como ya señalamos anteriormente, no en todo procedimiento existe una controversia. Por ello, lo correcto sería que, en el caso del procedimiento administrativo, el objeto sea la discusión en torno al supuesto de hecho de la norma que generará el acto definitivo. Esto es lo común a todo procedimiento administrativo. Por ejemplo, en el caso de la contratación pública, la fase *in fieri* no solo implica la determinación del precio. Las observaciones y consultas a las bases ayudan a determinar más en concreto la futura relación contractual.

3.2. LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El estudio del procedimiento administrativo se ha circunscrito a la relación entre la Administración pública y los particulares, siendo que las otras relaciones se han estudiado por algunas especialidades dentro del derecho administrativo tales como la organización administrativa, los convenios entre Administraciones públicas y el control, entre otros; pero, no de forma sistemática como un proceso. De igual manera, estas especialidades han hecho hincapié en la decisión final, pero no en el procedimiento administrativo que se realiza previo a la realización del acto definitivo. Muchas veces habrá que ver la distribución de competencias en las normas específicas de organización de Administración pública correspondiente para determinar la existencia del procedimiento administrativo. Esto es importante porque, como lo señalamos líneas arriba, el discurrir del procedimiento genera un haz de derechos y obligaciones.

Por ejemplo, no existe regulación expresa sobre el procedimiento para la emisión de un reglamento, aunque alguna doctrina establece una estructura de procedimiento para la emisión de este³². En el derecho nacional, el artículo 13 de la Ley n.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece algunas pautas respecto del procedimiento: elaboración por la entidad competente, respeto a la competencia y jerarquía, y publicación para recibir aportes por parte de la ciudadanía³³. El Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado por D. S. n.º 007-2022-JUS y la Guía Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades de Poder Ejecutivo, aprobado por Resolución Directoral n.º 002-2019-JUS/DGDNCR se centran en las formalidades del acto definitivo, pero no toma en cuenta el procedimiento. Teniendo en cuenta lo expuesto, habrá que ir al respectivo Reglamento de Organización y Funciones de la Administración pública competente para determinar los órganos por los cuáles debe discurrir el expediente. Tampoco se recoge cuál es la situación jurídica de los intervinientes durante el procedimiento, ya sean Administraciones públicas o particulares. Lo lógico, es que ambos participen bajo el régimen de interesados regulado en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Otro ejemplo pueden ser las denominadas traslaciones competenciales reguladas en los artículos 78 y siguientes del TUO de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Los casos de la delegación, avocación o encargo de gestión, e incluso el propio conflicto de competencias se regulan sin tener en cuenta el procedimiento para hacerlo. Lo mismo pasa con la colaboración entre Administraciones públicas reguladas en los artículos 87 y siguientes del mismo cuerpo normativo. Así, una conferencia

32 Cfr. David Blánquer Criado, *Derecho administrativo*, op. cit., p. 258; Ramón Martín Mateo, *Manual de derecho administrativo*, op. cit., p. 118; Santiago Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo...*, op. cit., t. VII, pp. 115 y ss.; Eduardo García de Enterría et al., *Curso de derecho administrativo*, op. cit., t. I, p. 217; Luis Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, op. cit., p. 134; Juan Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, op. cit., t. I, p. 294; Eduardo Gamero Casado et al., *Manual básico de derecho administrativo*, op. cit., p. 138; Miguel Sánchez Morón, *Derecho administrativo parte general*, op. cit., p. 209; Manuel Rebollo Puig et al., *Derecho administrativo*, op. cit., t. I, p. 241; Germán Fernández Farreres, *Sistema de derecho administrativo*, op. cit., p. 572; Luciano Parejo Alfonso, *Lecciones de derecho administrativo*, op. cit., p. 241; Antonio Martínez Marín, *Estudios sistemáticos del derecho administrativo*, op. cit., p. 134; José Esteve Pardo, *Lecciones de derecho administrativo*, op. cit., p. 64.

33 Específicamente, sobre el reglamento en el ordenamiento jurídico peruano, cfr. Antonio Abruña Puyol et al., "El reglamento: ¿Acto administrativo en el derecho peruano?", *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, n.º 11, 2010, pp. 71-92; Erick Vargas Guevara, "La publicación de proyectos de reglamentos: Un mecanismo a favor del administrado", en AA. VV., *El derecho administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*, Lima: Palestra, 2018, pp. 41-63.

o un convenio no se realiza por la mera decisión de un órgano, sino que se realiza por medio del devenir de muchos actos administrativos de varios órganos de las Administraciones públicas intervinientes.

Cabe señalar que la excepción es la regulación del procedimiento para la elaboración del Texto Único de Procedimientos Administrativos. En la actualidad, el Decreto Supremo n.º 079-2007-PCM y la Resolución de Secretaría de Gestión Pública n.º 005-2018-PCM-SGP regulan este procedimiento³⁴.

Aun con ello, podemos establecer unas fases comunes a todo procedimiento administrativo, respetando lo que tradicionalmente ha señalado la doctrina. Lo único que hacemos es extrapolar las fases tradicionalmente relacionadas con el procedimiento destinado al administrado a las otras relaciones jurídicas. En ese sentido, tenemos tres fases: (1) inicio, (2) desarrollo y (3) término.

La primera fase, es el inicio. Normalmente, la doctrina administrativista menciona, de forma descriptiva, que los procedimientos inician de oficio o a instancia de parte. No se han planteado más temas. La cuestión es determinar si la Administración debe plantearse realizar un saneamiento procesal como ocurre en el proceso judicial. El saneamiento es un principio procesal, a través del cual se confiere al juzgador una serie de facultades y deberes a fin de que sean resueltas in limine todas las cuestiones que pudieran entorpecer el pronunciamiento sobre el fondo o cuya dilucidación en determinado sentido, puede provocar la inmediata finalización del proceso³⁵. Menciona Montero Aroca³⁶ que las cuestiones a revisar son las siguientes: jurisdicción y competencia de la Administración pública, capacidad y representación de los integrantes de la relación procesal, acumulación de expedientes, litispendencia, inadecuación del procedimiento, defectos de los escritos presentados (de ser el caso) y circunstancias procesales análogas. Puede parecer que la fase inicial solamente se encuentra en aquellos procedimientos donde se juzga, como por ejemplo el sancionador o el trilateral. Pero, en verdad, la administración hace esto en otros procedimientos sin controversia. Un ejemplo de ello es la contratación pública. Durante el plazo de vigencia de la convocatoria, al realizar el registro de los participantes, va analizando si los posibles postores cumplen con los requisitos exigidos para tener tal calidad o quedan fuera del procedimiento de selección.

La segunda fase es el desarrollo o instrucción del procedimiento. Esta fase se caracteriza por la participación de todos los integrantes en la discusión en torno al supuesto de hecho de la norma que generará el acto

34 Cabe señalar que solamente los TUPA de los Gobiernos regionales y locales se aprueban por ordenanza, esto es por normas con rango de ley.

35 Juan Morales Godo, *Instituciones de derecho procesal*, Lima: Palestra, 2005, p. 306.

36 Juan Montero Aroca *et al.*, *Derecho jurisdiccional II*, op. cit., pp. 232 y ss.

administrativo definitivo. Para ello, es importante la actuación probatoria. Siguiendo a Concepción Barrero Rodríguez³⁷, la acción probatoria en el procedimiento administrativo no es similar a la del proceso judicial. En este último se debe probar la pretensión, lo cual también ocurre en el procedimiento administrativo sancionador o en el procedimiento trilateral, pero no en todos los procedimientos administrativos. En todo caso, lo que se busca es demostrar la existencia del supuesto de hecho que servirá para la emisión del acto definitivo. En el fondo, la acción probatoria está unida al elemento causal del acto administrativo y a la motivación del mismo³⁸. No existe diferencia, en principio, entre los principios de la actividad probatoria en sede administrativa y judicial.

La única pequeña gran diferencia es que la Administración pública tiene un privilegio respecto de la elaboración de medios probatorios: ella es capaz de elaborarlos directamente y estarán cubiertos por la presunción *iuris tantum* de legalidad de cualquier acto administrativo. En efecto, la potestad de fiscalización³⁹ busca comprobar si los administrados cumplen con sus deberes, obligaciones, prohibiciones y limitaciones establecidos en el ordenamiento jurídico, bajo un enfoque fiduciario. A su vez, el ejercicio de esta potestad puede estar enmarcada en un procedimiento administrativo. La cuestión aquí será buscar la mejor forma de regular el cuestionamiento de las actas de fiscalización durante la realización de un procedimiento administrativo.

Finalmente, se encuentra la etapa de terminación del procedimiento administrativo. Lo normal es que ocurra la emisión de un acto administrativo que cumpla con los requisitos de validez previstos por el ordenamiento jurídico. Aunque también pueden realizarse sin pronunciamiento sobre el fondo (por ejemplo, por desistimiento del interesado o caducidad) e incluso por formas de tipo convencional. Aquí se puede aplicar, además, el régimen de los silencios administrativos.

Un colofón a esta parte es la pretensión de establecer un procedimiento general o común a todas las Administraciones públicas. Esta cuestión surge porque en el derecho procesal, hay procesos que sirven de base para el

37 Concepción Barrero Rodríguez, *La prueba en el procedimiento administrativo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2001, p. 68.

38 Puede consultarse los siguientes trabajos dirigidos por el autor sobre cuestiones específicas de la actividad probatoria: Mario Palacios Panta, *La trasgresión de la presunción de veracidad en las propuestas presentadas por el postor en la contratación pública y la aplicación del principio de conservación del acto administrativo* (tesis de pregrado), Universidad de Piura, Piura, Perú, 2015; Katya Palacios Herrera, *Régimen de la prueba indiciaria en el ejercicio de las potestades administrativas y penales* (tesis de pregrado), Universidad de Piura, Piura, Perú, 2019.

39 Puede consultarse el siguiente trabajo codirigido por el autor: Noriko Okamura Garabito, *Apuntes sobre la naturaleza y régimen jurídico general de la fiscalización en el ordenamiento jurídico peruano* (tesis de pregrado), Universidad de Piura, Piura, Perú, 2019.

resto de los procedimientos. Por ejemplo, el proceso de conocimiento sirve de base para los otros procedimientos civiles: es el proceso modelo. Esto es posible en esta rama del derecho porque estamos hablando siempre de la misma actividad: juzgar. En el caso del derecho administrativo, es tal la variedad de cuestiones que debe resolver la Administración pública, que es imposible que exista un procedimiento administrativo base que sirva de modelo para todos. Incluso, la doctrina⁴⁰ ha pretendido que esto ocurra en la relación que existe entre Administración pública y administrado, estableciendo la posibilidad de un procedimiento administrativo común (o general en el caso peruano), pero ha sido imposible. Ahí también la variedad de procedimientos es infinita.

3.3. LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Dentro de la doctrina, solamente Fernando Garrido Falla se ha planteado el tema de la nulidad del procedimiento como un supuesto distinto a la nulidad del acto administrativo⁴¹. La doctrina procesal no ha sido ajena a esta cuestión, dado que han tenido que construir su concepto de nulidad abandonando las categorías de nulidad propias del derecho civil⁴². La cuestión

40 Hay tres posturas respecto de la existencia del procedimiento administrativo común en el derecho español. La primera, describe el conflicto entre este con los procedimientos especiales. En esa postura se encuentran: Eduardo García de Enterría, Eduardo Gamero Casado y Germán Fernández Farreres. Por otro lado, se encuentran los que afirman la existencia del procedimiento administrativo común: Concepción Barrero Rodríguez y José Esteve Pardo. Finalmente, Francisco González Navarro niega la existencia del procedimiento administrativo común. Suscribimos las razones de este último autor. Cfr. Francisco González Navarro, *Derecho administrativo español*, op. cit., pp. 542 y ss.; Eduardo García de Enterría et al., *Curso de derecho administrativo*, op. cit., t. II, p. 453; Eduardo Gamero Casado et al., *Manual básico de derecho administrativo*, op. cit., p. 429; Concepción Barrero Rodríguez, *La prueba en el procedimiento administrativo*, op. cit., p. 249; Germán Fernández Farreres, *Sistema de derecho administrativo*, op. cit., p. 671; José Esteve Pardo, *Lecciones de derecho administrativo*, op. cit., p. 176.

41 Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, *Parte general*, 15.^a ed., Madrid: Tecnos, 2010, p. 641. Incluso, publicaciones recientes sobre la nulidad no toman en cuenta la nulidad procesal. Cfr. Fernando López Ramón et al., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid: INAP, 2017. Para el caso peruano, Víctor Baca Oneto, "La Ley n.º 27444 de procedimiento administrativo general y la mal llamada nulidad de pleno derecho", *Revista Peruana de Jurisprudencia*, n.º 48, 2005.

42 Para un *status quaestionis* de la discusión, cfr. Jesús Miguel Hernández Galilea, *La nueva regulación de la nulidad procesal: el sistema de ineficacia de la LOPJ*, Oviedo: Forum, 1995, pp. 23-131. Para el caso peruano, Karla Vilela Carbajal, *Las nulidades procesales en el derecho procesal civil*, Lima: Pacífico, 2015, pp. 15-73.

aquí es dilucidar en qué consiste la causal de nulidad de vulneración al procedimiento administrativo establecida en muchas de nuestras legislaciones.

En la doctrina procesal, la nulidad, como bien señala Karla Vilela Carbajal⁴³, consiste en el instrumento procesal consistente en la valoración de la adecuación entre uno o más actos procesales y las normas que regulan su proceso de formación –esto entre las normas de procedimiento y los principios procesales básicos–, de modo que, apreciada una infracción, actúa la consecuencia jurídica prevista en la ley consistente en la eliminación del mismo. De lo expuesto se puede concluir que la nulidad procesal implica la vulneración de los principios procesales, más no el mero incumplimiento de las formalidades exigidas por el procedimiento. Todo vicio fuera de lo anterior está cubierto por el principio de conservación del acto administrativo. Así, al igual que en el derecho procesal, no es posible la anulabilidad en el procedimiento administrativo. Los principios los hemos señalado en el epígrafe 2 del presente texto. Básicamente la nulidad se centra en no permitir la participación de todos los involucrados en el procedimiento administrativo por parte del órgano decisor, en las condiciones que permite la ley; o en prescindir totalmente del procedimiento.

Por caminos distintos, Fernando Garrido Falla⁴⁴ llega a las mismas causales. Así, es necesario que el procedimiento administrativo permita a intervención de los propios actos internos administrativos y de los administrados. En estos supuestos, incluso, dependerá de la posición de que exige el procedimiento para ver si la participación es obligatoria o no. Así, no es lo mismo un dictamen vinculante o no vinculante o la participación de un administrado que es parte o cuyos efectos del acto definitivo recaen en él, respecto de la mera aplicación del principio de participación.

Pero no basta con analizar la causal de nulidad, sino también la aplicación del principio de conservación del acto administrativo. En ese sentido, es lícito preguntarse si la no participación de las partes es capaz de cambiar el sentido de la decisión del acto definitivo⁴⁵.

43 *Ibid.*, p. 73.

44 Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., pp. 642 y ss. El autor mantiene la distinción entre nulidad y anulabilidad que no se tiene en el derecho procesal y que, según lo expuesto en este documento, no se debe aplicar al procedimiento administrativo.

45 Sobre esta materia, *cfr.* Diego Méndez Vásquez, *El principio de conservación del acto administrativo*, 2.^a ed., Lima: Derecho y Sociedad, 2025, pp. 173 y ss.

4. UNA REINTERPRETACIÓN DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA

Teniendo en cuenta que el debido proceso es una institución transversal a todos los poderes públicos, surge una nueva cuestión: la separación de poderes ya no será la misma. Para esbozar nuestra propuesta, nos inspiramos en las ideas de Antonio Abruña Puyol y Adolf Merkl señaladas. Sin embargo, ello debe enmarcarse en lo dispuesto por la Constitución peruana, en especial por lo dispuesto en su artículo 1.º: la persona humana es el fin supremo del Estado y la sociedad.

4.1. LA RELACIÓN PERSONA-ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO PUNTO DE PARTIDA

Desde un punto de vista material, la relación entre la Administración pública y los ciudadanos, según José Luis Martínez López Muñiz⁴⁶ puede ser de dos formas. La primera es el uso de potestades administrativas directamente sobre los administrados para regular sus derechos (básicamente libertad y propiedad) o su uso para la prestación de bienes y servicios al ciudadano. Cabe señalar que esto se realiza respetando el principio de legalidad (tanto material como formal). De igual forma, esto se aplica independientemente de si estamos frente al contenido constitucional o no de un derecho subjetivo.

En el primer caso, nos encontramos ante el uso de la potestad para la ordenación de la libertad y la propiedad. Esto es consecuencia de la delimitación que hacen la Constitución y las leyes del contenido esencial y no esencial de los derechos subjetivos. Aquí se encuentran la actividad de regulación de derechos y libertades, también conocida como policía administrativa y la dispensa de ayudas y recompensas. Este poder de delimitación, otorgado y establecido por ley, permite prohibir determinadas actuaciones, asignar cargas y beneficios, e incluso distribuir riesgos entre los ciudadanos. El segundo caso es la prestación de bienes y servicios por parte de la Administración pública. Esto lo hace como un operador más en el mercado (actividad empresarial) o reemplazando a la totalidad de la oferta (concepto clásico de servicio público). Esta actividad prestacional se rige por lo dispuesto en el artículo 60 de la constitución que, a su vez, es aplicación concreta del principio de subsidiariedad establecido en el artículo 1.º de la carta magna⁴⁷.

46 José Luis Martínez López-Muñiz, *Proyecto docente, programa y fuentes* (manuscrito), 1984, pp. 1402 y ss.

47 Orlando Vignolo Cueva, *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal: Libertalización de sectores y el surgimiento de la Administración pública regulatoria en el Perú*, Lima: Palestra Editores, 2019, *in totum*.

Formalmente, las Administraciones públicas competentes realizan esta labor por medio de actividades normativas y no normativas. Las actividades normativas, de reglamentación y planificación, permiten a la Administración pública ordenar la iniciativa privada al interés general, por medio de normas dirigidas a la colectividad. La actividad no normativa, que se realiza a través de actos administrativos concretos, cumple la misma finalidad, pero a nivel individual. Dentro de esta actividad destaca la administración de títulos habilitantes, las órdenes, inspecciones, los registros, e incluso las intervenciones empresariales. A continuación, analizamos un par de ejemplos.

El primero de ellos es el derecho de propiedad. En esta parte seguimos a Jorge Veintimilla Vega⁴⁸. El derecho de propiedad, en su contenido esencial a nivel constitucional, está regulado en los artículos 2.16 y 70 de la carta magna. Ahí se reconoce un haz de facultades sobre las cosas que deben ser ejercidos en armonía con el interés general. Con esto se nota que el derecho no es ilimitado. Incluso, al señalar que se ejerce en armonía con el interés general implica una función social de la propiedad que va más allá del viejo principio romano *non laedere*. Respecto de este derecho, el Poder Público tiene un deber de abstención por medio del cual debe respetarlo, empero no se prevé una prestación positiva del Estado para su promoción. En caso el interés general exija un sacrificio al propietario, la carta magna prevé el procedimiento específico de expropiación forzosa.

Por otro lado, el contenido no esencial del derecho de propiedad también ha sido especificado por el Tribunal Constitucional. Como recopila el mencionado autor, cuestiones en torno a la acreditación de la propiedad o la posesión de los bienes no son parte del contenido esencial. Estas son reguladas por el Código Civil. Ya hemos señalado que no son cuestiones poco importantes, sino más bien que dependen de la concreta regulación infraconstitucional. También es contenido no esencial del derecho algunas cuestiones concretas sobre urbanismo para el caso de inmuebles urbanos. Las normas sobre esta materia permiten el ejercicio armónico del derecho de propiedad y su función social, como explica Bayona Alvarado⁴⁹.

Un segundo ejemplo es el derecho a la salud contenido en la carta magna. Como hemos señalado en otro lugar⁵⁰, el contenido constitucional del derecho a la salud regulado a lo largo del texto constitucional implica la libertad para escoger el tipo de tratamiento para poder recuperar la salud

48 Jorge Veintimilla Vega, *La expropiación forzosa e impuesto a la renta en el ordenamiento peruano* (tesis de pregrado). Universidad de Piura, Piura, Perú, 2016, *in totum*.

49 Daniel Bayona Alvarado, *Configuración jurídica de la propiedad en la potestad de planeamiento urbanístico*, (tesis de pregrado), Universidad de Piura, Piura, Perú, 2021, *in totum*.

50 Guillermo Chang Chuyes, "El derecho a la salud como derecho constitucional y servicio público", en AA. VV., *Derecho administrativo sanitario*, t. I, Bogotá: Universidad del Externado, 2021.

(dimensión subjetiva). Los pacientes pueden decidir usar la medicina tradicional, la medicina oriental o acudir al sistema nacional de salud. Es en este caso, a diferencia del derecho anterior, donde se ejecuta la dimensión objetiva y positiva del derecho fundamental porque el Estado debe brindar la prestación del servicio de salud. Sin embargo, las decisiones en torno a la organización y prestación de este servicio no son parte del contenido esencial, sino que forman parte del contenido no esencial. Aquí se nota con mucha claridad cómo el contenido no esencial depende de la concreta organización que el Estado ha realizado en torno a su actividad prestadora. En el mundo existen muchas formas de prestación del servicio de salud y el Perú ha optado por elaborar su propio sistema teniendo en cuenta una gran variedad de criterios positivizados en las leyes de la materia. Mas aún, si como dice la undécima disposición final y transitoria de la carta magna, las prestaciones públicas dependen del presupuesto público.

Este es justamente el punto de conexión respecto de la organización del Estado y la relaciones intra- e interadministrativas. La Administración pública y sus actos se justifican en tanto y en cuenta tengan a la persona humana como su fin, como lo indica la carta magna. Sin embargo, el interés general y los órganos que lo defienden han sido un mundo separado de los concretos derechos de los ciudadanos. Incluso, el interés general se ha convertido en el estandarte de ideologías que pretender implementar sus concretas ideas sin tener en cuenta la naturaleza humana y los concretos rasgos de la propia de la sociedad. Basta como ejemplo el discurso de Eduardo García de Enterría⁵¹ en su ingreso a la Real Academia Española para justificar la actualidad de estas ideas. En efecto, no puede haber un buen gobierno o Estado si no se vuelca en el bienestar real de sus ciudadanos.

Además de ello, nos interesa estudiar las concretas relaciones jurídico-administrativas inter- e intraadministraciones públicas. Los tratados y manuales de derecho estudian estas relaciones como ámbitos separados dentro del derecho administrativo. El paradigma siempre ha sido la relación que tiene como contraparte al ciudadano. Sin embargo, estas relaciones también se encuentran en juego los derechos ciudadanos, aunque a veces de forma indirecta. Recordemos el citado artículo 1.º de la carta magna y sus implicancias.

Así, por ejemplo, la fiscalización que realiza la Contraloría General de la República en torno al correcto uso del dinero público en cualquier Administración pública siempre debe estar destinado a mejorar todos los servicios que brinda el Estado en general. Empero, estos servicios no son fin en sí mismo, sino que están destinados a los concretos ciudadanos en el

51 Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Discurso leído el 24 de octubre de 1994 en el acto de recepción como académico de número en la Real Academia Española*, Madrid: RAE, 1994.

territorio de la república. Por otro lado, la organización del Estado peruano se basa en el principio de descentralización (subsidiariedad vertical) tal como lo disponen los artículos 43 y 188 de la Constitución. La finalidad de este principio es que el funcionario público más cercano al ciudadano (por acceso democrático o meritocrático) sea quien ejerza el poder público teniendo en cuenta sus concretas circunstancias. Obviamente esto genera una discrecionalidad en el Poder Legislativo y las Administraciones públicas para configurar su concreta organización. Sin embargo, no necesariamente se ha destinado al beneficio de los ciudadanos. No es necesario demostrar que esta concreta organización pública les afecta. Y ni qué decir del derecho que regula la situación de los funcionarios públicos. Incluso ahí, la exigencia es doble: la persona del ciudadano destinatario de la función pública y la propia persona del funcionario.

Por ello, es importante analizar cómo la primacía de la persona impacta en la concreta teoría de los actos jurídicos que realiza la Administración pública en el marco del principio de separación de poderes.

4.2. DENTRO DE LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO, LA PRIMACÍA DE LA PERSONA SE APRECIA EN LA MOTIVACIÓN

Hace unos pocos años, Sara Mesa⁵² publicó un pequeño libro denominado *Silencio administrativo*. Ambientado en Andalucía (España), nos cuenta la historia de Carmen, una mujer en situación de vulnerabilidad extrema que tiene que enfrentarse a procedimientos administrativos kafkianos para poder acceder a las ayudas públicas que la legislación autonómica ha establecido. Aun cuando no es un ensayo jurídico, describe muy bien lo que muchos ciudadanos viven. Esto es trasladable a realidades como la nuestra, donde muchos de nuestros compatriotas ostentan esta precariedad vital. Ahí se nota cómo a pesar del establecimiento de un verdadero derecho social por la ley, la Administración pública ha diseñado una serie de mecanismos que desde el punto de vista técnico son correctos, pero que son imposibles de usar para el beneficiario. La razón es obvia: la Administración pública no parte de la situación concreta del ciudadano.

Quizá alguno que conozca y comprenda la complejidad del ordenamiento jurídico español podría decir que en nuestro país no ocurren estos supuestos por la previsión legal de un instrumento jurídico que beneficia a los administrados: el Texto Único de Procedimientos Administrativos. Un instrumento como ese alivia mucho la relación entre ciudadano y Administración pública.

52 Sara Mesa, *Silencio administrativo. La pobreza en el laberinto burocrático*, Barcelona: Anagrama, 2019.

En los países en los cuales no existe, la relación es kafkiana como lo relata Mesa. Sin embargo, en el Perú esto no ha sido suficiente.

El caso que narra Mesa ejemplifica muy bien los problemas descritos en el apartado II: el nuevo régimen no ha sido la panacea prometida. En el fondo, con nuevas tecnologías, los problemas son los mismos y la solución sigue siendo la misma. Además de la cuestión moral de los gobernantes, interesa insistir en el uso de la potestad pública en beneficio real de los ciudadanos concretos dentro de los cánones que le otorga la teoría del acto jurídico para hacer pleno el estado de derecho.

En efecto, la cláusula del estado de derecho exige que la Administración pública cumpla con dos requisitos importantes: la razonabilidad de sus decisiones y el respeto a las formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico. Tanto la razonabilidad como las formalidades se manifiestan en los elementos del acto administrativo regulado en el TUO de la LPAG. No haremos un *status quaestionis* en torno a este tema que nos llevaría mares de tinta. Sin embargo, si es imperioso señalar que en la doctrina peruana se ha dedicado mucho papel a las formalidades. Abundan los comentarios a las leyes de procedimiento o a leyes sectoriales, siempre haciendo hincapié en el procedimiento. Sin embargo, la solución a este problema se encuentra en el propio TUO de la LPAG. Así, el principio de informalismo (artículo IV.1.6) y las reglas de conservación del acto administrativo (artículo 14) establecen criterios para salvar la validez de los actos por vicios no trascendentes⁵³.

En cambio, la razonabilidad de las decisiones no ha tenido cabida en nuestros debates. Y justamente es esto lo que se nota al leer un ensayo como *Silencio administrativo*: indigencia de razonabilidad por parte de la Administración pública. En el caso peruano, el TUO de la LPAG establece las exigencias del elemento teleológico en los artículos referidos a la motivación. En efecto, los artículos 3.4 y 6 hacen referencia a proporcionalidad y razonabilidad⁵⁴. Incluso, el artículo IV.1.4 establece el principio de razonabilidad como regla común a los actos de la Administración pública. En todos estos artículos se menciona la proporción entre los medios y fines de la decisión administrativa. En efecto, es ahí donde se comprueba si frente a una situación concreta, la Administración pública corrobora el supuesto de hecho establecido en las normas y aplica razonablemente las consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento jurídico respetando la jerarquía normativa. Esto es sencillo en los actos administrativos reglados, porque el margen de apreciación

53 Sobre el principio de conservación de los actos, *cfr.* Diego Méndez Vásquez, *El principio de conservación del acto administrativo*, *op. cit.*, *in totum*.

54 Entendemos que los principios de proporcionalidad y razonabilidad son los mismos en el Perú, siguiendo los argumentos de Castillo Córdova basados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *cfr.* Luis Castillo Córdova, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, *op. cit.*, pp. 359 y ss.

del funcionario público es casi inexistente. Sin embargo, la complejidad se encuentra en los actos discrecionales donde hay que analizar si la justificación de la Administración pública sirve verdaderamente al interés general.

Como menciona Castillo Córdova⁵⁵, el propio Tribunal Constitucional ha definido y establecido los requisitos para analizar el cumplimiento de este principio. Así, implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. A la sazón, cuenta con un triple juicio: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de idoneidad implica que el acto tenga un fin permitido por el ordenamiento jurídico y unos medios adecuados para el logro del fin. El segundo juicio implica examinar si la medida es lo menos restrictiva de los derechos que otras igualmente eficaces. El tercer juicio implica analizar las ventajas y desventajas de la medida tomada para buscar el equilibrio entre ambas.

La definición del principio de razonabilidad es clara. Sin embargo, se incide mucho en los fines y los medios, sin entender las posibles situaciones concretas de los destinatarios de los actos administrativos. Esto, que puede parecer implícito en cada uno de los juicios no ha sido lo suficientemente obvio como para tenerse en cuenta. En *Silencio administrativo* queda claro cómo es imposible para una indigente acceder a medios electrónicos para realizar un trámite y obtener medios probatorios, entre otros.

En nuestro país, la pandemia ha demostrado ese olvido de las situaciones concretas de los administrados. No se puede negar que medidas como el aislamiento social y la cuarentena sirven para combatir el contagio del virus. Sin embargo, el grueso de la población no estaba preparada para soportar esas medidas. Somos un país donde el 71 % de la población vive en la informalidad y obtienen sus ingresos diarios. Además, solo el 21,9 % de los hogares tiene cómo refrigerar sus alimentos. Por ello, muchas de las normas no han sido eficaces. En fin, siguiendo en palabras del texto de Saint Exupery, *nos han ordenado tirarnos al mar y no lo hemos podido cumplir*⁵⁶.

Por ello, es lógico proponer un matiz al principio de proporcionalidad para evitar medidas ineficaces. A los poderes públicos habría que exigirles que tengan en cuenta la concreta situación de los administrados, así como

55 *Ibid.*

56 Estas disposiciones han sido publicadas en decretos de urgencia que tienen fuerza de ley. Sobre ellos, al tener ese rango, no cabe proceso contencioso administrativo sino acción constitucional por sus efectos legales. Respecto del debate en torno a su posible impugnación judicial, *cfr.* Víctor Baca Oneto, *Los actos de gobierno. Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico*, Piura: Universidad de Piura, 2003; Eloy Espinosa-Saldaña, "Proceso contencioso administrativo: Evolución, balances y perspectivas", *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 11, 2012, pp. 11-20.

la posibilidad de proyectar el concreto impacto en estos. Recordemos lo que decía el rey al principito: el derecho a exigir obediencia es porque la medida es razonable. En concreto, la propuesta es hacer un matiz a los juicios de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de idoneidad podría quedar redactado de la siguiente manera: el juicio de idoneidad implica que el acto tenga un fin permitido por el ordenamiento jurídico y unos medios adecuados para el logro del fin teniendo en cuenta la concreta situación de los ciudadanos sobre los cuales recaerán esas medidas. Respecto del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, las ventajas y desventajas se deben analizar teniendo en cuenta los ciudadanos sobre los cuales recae la medida. Con este matiz, queda claro que los poderes públicos, en especial la Administración pública, debe atender las necesidades de las personas.

Un ejemplo de cómo esto no se ha tenido en cuenta es lo dispuesto por la Resolución Directoral n.º 160-2020/GOB.REG-DRSP-OEA emitido por el Gobierno Regional de Piura el 17 de abril de 2020. Independientemente de los vicios procedimentales que ostenta, esta resolución designó al Hospital de la Amistad Perú Korea II - Santa Rosa como único nosocomio para la atención de COVID-19 en la región Piura. Este hospital está ubicado en el distrito de 26 de octubre, dentro del perímetro de la ciudad de Piura. No es necesario ir a los datos estadísticos para darnos cuenta de que la región Piura tiene una población de más de 2 millones de habitantes y que un único hospital no será suficiente. Sin embargo, la decisión no ha tomado en cuenta que es una región poco concentrada. La capital, donde está ubicado el hospital, tiene un poco más de medio millón de habitantes. El resto de la población de la región vive en muchas provincias y en las zonas rurales. Con esto se demuestra que la medida no tomó en cuenta a las personas que debía proteger. Incluso, puede ser una causa que explique la alta tasa de mortalidad por esta pandemia en esa región.

Por otro lado, esto también evita que las decisiones tengan puntos de partida ideológicos. Ejemplo de ello fue el Decreto Supremo n.º 57-2020-PCM que estableció el enfoque de género para regular el desplazamiento de los miembros del hogar para satisfacer necesidades básicas durante la cuarentena. Así, unos días salían solo hombres y otros, las mujeres. Sin embargo, la medida duró una semana y fue revocada. Si no se parte de la realidad, las decisiones no se pueden ejecutar.

En conclusión, la realización del Estado de derecho y el cumplimiento de los fines del Estado exigen que los actos administrativos sean razonables y cumplan las formalidades que el ordenamiento jurídico prescribe para su validez. Sin embargo, esa razonabilidad y formalidades deben tener en cuenta los destinatarios de las decisiones públicas para que sean verdaderamente eficaces.

5. EL ALCANCE DEL CONTROL EN LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y JURISDICCIONALES EN BASE A LA COMPETENCIA

Desde el punto de vista procesal, la primacía de la persona en la motivación de los actos administrativos se controla por medio de recursos. Estos recursos, como bien señala Ana María Becerra⁵⁷, como modo de impugnación de los actos administrativos, pueden ser administrativos y judiciales. Los primeros, a su vez, pueden ser ordinarios y especiales. Los ordinarios se presentan normalmente ante la misma Administración pública que ha dictado el acto. Esto se ha regulado en los artículos 207 y ss. del TUO de la LPAG. Por su parte, los recursos especiales se presentan frente a otras Administraciones públicas de relativa independencia, fuera de la jerarquía. En este caso destaca el procedimiento trilateral regulado en los artículos 219 y ss. del TUO de la LPAG como regulación supletoria a todos estos procedimientos. A modo de ejemplo, podemos señalar el procedimiento de control que busca la eliminación de barreras burocráticas, regulado en el Decreto Legislativo n.º 1256; o el de legalidad de los contratos que se sigue ante el Tribunal de Contrataciones Públicas, regulado en la Ley n.º 32069, Ley General de Contrataciones Públicas; entre otros.

Finalmente, el recurso judicial corresponde con el proceso contencioso administrativo y se caracteriza por el ejercicio de potestades jurisdiccionales. Esto se regula en la Ley 27854, Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA). Sin embargo, también en sede judicial se accionan las garantías constitucionales que pueden recaer sobre actos administrativos: acción de amparo, en caso se afecten derechos constitucionales; acción de cumplimiento en la ejecución de actos administrativos; y acción popular para la impugnación de reglamentos. Esto último se regula tanto en la Constitución como en el Código Procesal Constitucional (Ley 31307).

En la actualidad, y desde el punto de vista del administrado, salvo requisitos formales, parecería que todas estas vías son intercambiables y logran el mismo control de la motivación de los actos administrativos. La tendencia es incluso a confundirlas por dos razones. Por un lado, todas son iguales desde el punto de vista procesal, especialmente tras la introducción del *due process*. Luego, todos tienen plazos cortos de caducidad del derecho de acción, a excepción de la vía constitucional. Por otro, se busca el mismo efecto: el control de legalidad de la actividad administrativa. De ahí que sea necesario recordar que la distinción se encuentra en la competencia material por la cual se realiza el control. Y en ese sentido, se puede observar que a medida que el órgano de control es más independiente, menos se evalúa la motivación.

57 Ana María Becerra Gómez, *La denominada "acción de nulidad" contra actos administrativos*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, pp. 90-91.

Con ello puede desprotegerse a muchos administrados, más aún, vencido el plazo de interposición de los recursos.

Tanto en el caso de los recursos administrativos como de los jurisdiccionales, utilizamos la propuesta metodológica de José María Rodríguez de Santiago⁵⁸, adaptándola a nuestro medio. En efecto, su propuesta se centra en el control judicial, sin embargo, pensamos que también se puede aplicar al control administrativo. El autor distingue entre reglas de conducta y reglas de control de la actuación jurídico-administrativa que se aplican, respectivamente, a la actuación de la Administración pública y al control de esta. En ambos casos, influyen los elementos reglados y discrecionales. En el caso de los actos reglados, la norma de conducta y la norma de control son simétricas: los órganos administrativos aplican la norma y el órgano de control verifica esta aplicación (control positivo). Básicamente hay una subsunción de la actuación de la Administración pública en la norma. Por su parte, los actos discrecionales son asimétricos. Los órganos administrativos determinan el modo en que deben actuar bajo la *dirección normativa* de la ley; mientras que el órgano controlador solamente analiza que esta decisión no haya salido de esta dirección (control negativo). Además de ello, en ambos casos, muchas veces la norma de control viene determinada por requisitos adicionales o la propia competencia material de los órganos frente a los que se interpone el recurso administrativo o jurisdiccional. Parafraseando el poema de Machado, la Administración pública es el caminante, la ley le determina el camino, la discrecionalidad le permite andar de cualquier forma dentro del camino, y el controlador, que no se salga del camino, según las competencias que tenga.

El primer grado de control es el recurso ordinario⁵⁹. Aun cuando parezca obvio, es menester recordar que este recurso se interpone contra actos administrativos mas no actuación material administrativa. En este caso, el órgano que controla no es independiente, sino que se inserta en una relación jerárquica bajo una misma competencia. Así, la Administración pública puede volver a examinar la decisión por completo, en principio. Sin embargo, la norma de control exige un requisito adicional. En efecto, el artículo 206.1 del TUO de la LPAG establece que se demuestre la violación, desconocimiento o lesión de un derecho o interés legítimo. En el fondo, exige un interés para obrar como requisito procesal para la admisión del recurso. Por ello, la verificación que haga el órgano de control del acto administrativo solo se centra en analizar la posible violación, desconocimiento o lesión del derecho

58 José María Rodríguez de Santiago, *Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid: Marcial Pons, 2015, *in totum*.

59 Aun cuando el recurso contenga elementos discrecionales, su control se asemeja al control simétrico descrito por José María Rodríguez de Santiago.

interés legítimo. Mientras tanto, el acto administrativo se presume válido, pudiendo causar daño a aquellos que no recurren en el plazo señalado por ley. Cabe señalar que esto se aplica tanto en el recurso de reconsideración (artículo 208 del TUO de la LPAG) como apelación (artículo 209 del TUO de la LPAG).

Otro modo de control administrativo es el recurso especial. En estos casos, queda claro que la norma de control es más limitada. Sigamos con los ejemplos antes mencionados. El primero de ellos es el proceso de eliminación de barrera burocrática. El artículo 3.3 del Decreto Legislativo n.º 1256 define la barrera como aquella actuación administrativa que impida el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado o que pueda afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas o principios que garantizan la simplificación administrativa. En ese sentido, existen dos supuestos de control: uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo exige ser un agente económico que accede o permanece en el mercado. El objetivo es una vulneración al principio de simplificación administrativa dentro de un procedimiento administrativo, con lo cual se exige la preexistencia de una relación jurídica procesal. En ambos casos, la protección se realiza contra actos administrativos y actuación material de la Administración pública. Aun cuando el artículo 3.3 tiene muchos matices, basta con esto para comprobar que el control es menor respecto de lo que implica un recurso, a excepción de la actuación material. Posteriormente, los artículos 3.11 y 3.10 regulan los efectos de la declaración de barrera: inaplicación al caso concreto o inaplicación con efectos generales. Sin embargo, ello no mella la competencia del órgano decisor para volver a emitir un acto administrativo (general o particular) sobre la misma materia. La competencia del órgano decisor se mantiene intacta.

Lo mismo ocurre con lo dispuesto en la Ley General de Contrataciones Públicas respecto al recurso de apelación ante el Tribunal de Contrataciones Públicas. En efecto, el artículo 70.2 señala que la nulidad –entiéndase procesal– dentro de un proceso de selección puede ser declarada por este tribunal en caso de apelación y deberá señalarse la etapa a la que se retrotrae el mencionado procedimiento. La competencia se mantiene en el órgano decisor respecto a otras controversias en torno a la fase *in fieri* del contrato.

Finalmente, la máxima independencia se encuentra en el proceso contencioso-administrativo o recurso jurisdiccional. Como bien señala Miguel Sánchez Morón⁶⁰, la tutela judicial efectiva no incluye un control de la bondad o idoneidad política, técnica o económica de la decisión discrecional. De ahí que sea lógico que el artículo 1.º del TUO de la LPCA señala, en

60 Miguel Sánchez Morón, "Función, límites y control de la discrecionalidad administrativa", *Ius et veritas*, n.º 43, 2011, p. 261.

concordancia con el artículo 148 de la Constitución, señale que el Poder Judicial realiza un control jurídico de la Administración pública y la efectiva tutela de los derechos de los e intereses de los administrados.

Sin embargo, como ya hemos mencionado existe una gran confusión entre el fin del proceso contencioso administrativo y el de las garantías constitucionales, que también son parte de la tutela judicial efectiva, pero a otro nivel en la jerarquía normativa. En efecto, en el nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley n.º 31307, se regula la acción de cumplimiento que, desde el punto de vista material, cumple una función de proceso contencioso administrativo ejecutivo elevado al plano de proceso constitucional. El artículo 65 de ese código establece que uno de los objetivos de esta acción constitucional es la ejecución de un acto administrativo firme. Esto se solapa con lo dispuesto en el artículo 40 del TUO LPCA que estable las reglas de ejecución de la sentencia. Otro solapamiento se ha dado entre la acción contenciosa administrativa y la acción de amparo. Es Javier Jiménez Vivas⁶¹ quien detalla la historia jurisprudencial en torno a este tema. Incluso, parte de los problemas detallados ahí han dado origen a los criterios de la actual regulación del código. De igual forma, se solapa el contencioso-administrativo con la acción popular respecto de los actos administrativos que son materialmente reglamentos. Esto ha sido resuelto por el I Pleno Jurisdiccional en materias constitucional y contencioso-administrativa de la Corte Suprema de la República. Este pleno permite que los actos administrativos que materialmente puedan ser reglamentos se impugnen por acción popular.

En la actualidad, tanto el artículo 7.º del Código, como su anterior versión, artículo 5.º de la Ley n.º 28237, establecen la improcedencia liminar del ejercicio del derecho de acción constitucional en tanto los hechos y la pretensión no estén vinculados al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Además, a renglón seguido, ambas normas impiden el ejercicio del derecho de acción constitucional ante la existencia de vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional invocado. La excepción es el proceso de hábeas corpus. En principio como no existe una jerarquía en los impedimentos, se pueden aplicar indistintamente. Bajo esta lógica, habrá vulneraciones al contenido esencial de derechos fundamentales que serán conocidos por la vía contenciosa administrativa.

Esta forma de regular el derecho de acción de los procedimientos constitucionales contradice su verdadero fin. Si lo que buscamos es una vía específica para proteger estos derechos fundamentales, no podemos restringir

61 Javier Jiménez Vivas, "El proceso contencioso administrativo peruano: Breve historia, presente y perspectivas futuras", *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 13, 2020, p. 70.

su acceso. Esto impacta directamente en la actuación realizada por la Administración pública porque puede entenderse como igualmente satisfactoria a la vía contencioso-administrativa. Más aún, el propio Código Procesal Constitucional reconoce, a renglón seguido, el privilegio de autotutela de la Administración pública como causal de improcedencia del derecho de acción constitucional. Con ello, el ciudadano afectado tiene complicado el acceso a la vía constitucional. Dependerá del uso misericordioso de la potestad del juez constitucional y, en última instancia, del Tribunal Constitucional para que su caso acceda a esta vía. Ello explica también la necesidad que ha tenido el supremo intérprete de la Constitución de crear vías específicas a raíz de casos concretos. Cabe señalar que la responsabilidad de esta situación la comparten el poder legislativo, por lo discordante de las normas, y el propio tribunal por no declarar el estado de cosas inconstitucional sobre esta materia.

Por ello, es importante tener en claro cuál es la distinción entre contenido esencial y no esencial de los derechos subjetivos de la persona. La importancia de esta distinción no es solo un tema de asignar la vía correspondiente para resolver un conflicto (constitucional u ordinaria). Definir esto también implica saber hasta dónde puede llegar la regulación de los poderes públicos. Así, como menciona Luis Castillo Córdova⁶², todos los derechos fundamentales tienen un contenido jurídico esencial, el cual es inexpugnable de modo absoluto por parte del poder público. Este *sancta sanctorum* de los derechos es reconocido, mas no creado por el derecho. Se fundamenta en la dignidad que tiene cada ser humano por el hecho de serlo. Los poderes públicos están al servicio del ciudadano y no del Estado o de los que ostentan en ese momento el poder público. Esto se nota con mayor énfasis en un ordenamiento jurídico como el peruano, donde debería regir el principio de primacía de la persona ya mencionado.

La distinción entre el contenido esencial y no esencial puede parecer difícil porque este último contenido *prima facie* es todo el derecho, a excepción del constitucional. El contenido esencial ha sido estudiado en el derecho constitucional porque en el fondo es lo mínimo indispensable para que el derecho sea tal. Se basa en estos bienes necesarios para la perfección del ser humano: materiales, espirituales, individuales y sociales. El contenido no esencial no es que no sea importante. Sin embargo, el ordenamiento jurídico puede concretizarlo de distintos modos. Esto que puede parecer abstracto se puede entender de forma más sencilla si imaginamos que la teoría de los derechos es como un círculo encerrado en otro más grande. El más pequeño (e interior) vendría a ser el contenido esencial del derecho, mientras que el

62 Luis Castillo Córdova, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, op. cit., t. I, pp. 241 y ss.

otro círculo (que circunda al más pequeño) sería el contenido no esencial. Recordemos los ejemplos en torno a los derechos de propiedad y salud explicados anteriormente.

A nivel constitucional, la delimitación del contenido esencial de un derecho se realiza, en primer lugar, por lo que define la Constitución, tanto en la disposición concreta (interpretación literal) como a lo largo del texto (interpretación sistemática), buscando una unidad de interpretación. Luego, se acude a las normas internacionales vinculantes sobre derechos humanos y a la jurisprudencia que sobre ella han emitido los tribunales internacionales con competencia para ello (cláusula internacional). A continuación, se toma como criterio el bien humano que se protege detrás del derecho fundamental (interpretación teleológica). Finalmente, se analizan las concretas circunstancias del caso concreto para justificar el alcance de protección constitucional (concordancia práctica).

Habiéndose determinado el contenido esencial, el derecho constitucional distingue la doble dimensión protegida del mismo. Por un lado, se encuentra la dimensión subjetiva que contiene las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que exige la abstención por parte del Poder Público. Esto es el *sancta sanctorum* antes señalado. Por otro lado, se encuentra la dimensión objetiva. Como señala Antonio Luis Martínez Pujalte⁶³, la dimensión objetiva o institucional de los derechos constitucionales tiene a su vez dos vertientes. Por un lado, la vertiente positiva o dimensión prestacional incluyen las concretas obligaciones de dar, hacer o no hacer impuestas a los poderes públicos por el texto constitucional. La segunda, la negativa, implica una prohibición del desaliento. Es decir, los poderes públicos deben favorecer el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

En ese sentido, respecto de este punto, podemos concluir que la distinción entre la vía constitucional y la vía ordinaria depende de la vulneración al contenido esencial de la constitución en su dimensión subjetiva. En ese sentido, la acción de amparo protegerá el contenido constitucional de la intromisión de la Administración pública, mientras que la acción de cumplimiento exigirá la ejecución de todo acto administrativo que proteja ese contenido constitucional. Todo lo demás, irá a la vía ordinaria, esto es el proceso contencioso administrativo.

De todo lo expuesto, podemos concluir que el control de la Administración pública está limitado muchas veces por la competencia material del órgano controlador y excepcionalmente será completo. El único control completo ser podría realizar por medio de la nulidad de oficio (artículo 213

63 Antonio Luis Martínez Pujalte, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Lima: Palestra, 2010, p. 86.

del TUO LPAG) o la revocación de actos administrativos (artículo 214 del TUO LPAG) que son privilegios de la Administración pública.

CONCLUSIONES

Como se evidenció en esta investigación, la inclusión de la lógica del *due process* en la Constitución de 1993 ha generado que se exijan garantías procesales al ejercicio de cualquier potestad pública. En ese sentido, es preciso concluir que el impacto de este fenómeno en el procedimiento administrativo implica la necesidad de distinguir entre los trámites y los procesos administrativos. En el caso de los trámites, no existe una relación jurídica procesal, con derechos y deberes, durante el ejercicio de la potestad administrativa, mientras que en el caso de los procesos esta relación sí existe.

Asimismo, como se ha desarrollado a lo largo del trabajo, ello hace que los procesos jurisdiccionales y los procesos administrativos tengan los mismos principios procesales durante su tramitación. De igual manera, es preciso concluir que, en el ámbito del control, los recursos que se puedan interponer no se distinguen por el proceso, sino especialmente por la competencia material del órgano de control.

En ese sentido, se advierte que, a medida que el controlador es más independiente, menor es el control, especialmente si la competencia del órgano que la ejerce es discrecional. Finalmente, como resultado del análisis realizado, el control pleno se efectúa por medio de la nulidad de oficio e incluso de la revocación, que constituyen privilegios de la propia Administración pública.

BIBLIOGRAFÍA

Abruña Puyol, Antonio. "Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo". *Revista Foro Jurídico*, n.º 15, 2016.

Abruña Puyol, Antonio, et al. "El reglamento: ¿Acto administrativo en el derecho peruano?". *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, n.º 11, 2010.

Abruña Puyol, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*. Lima: Palestra, 2010.

Baca Oneto, Víctor. "La Ley n.º 27444 de procedimiento administrativo general y la mal llamada nulidad de pleno derecho". *Revista Peruana de Jurisprudencia*, n.º 48, 2005.

Baca Oneto, Víctor. *Los actos de gobierno. Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico*. Piura: Universidad de Piura, 2003.

- Bacacorzo Cuba, Gustavo. *Comentarios a la ley de procedimientos administrativos*, 12.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1997.
- Ballbé Pruné, Manuel. "La esencia del proceso: El proceso y la función administrativa". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1954.
- Barrero Rodríguez, Concepción. *La prueba en el procedimiento administrativo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2001.
- Bartra Caverro, José. *Procedimiento administrativo*, 3.^a ed. Lima: Huallaga, 1994.
- Bayona Alvarado, Daniel. *Configuración jurídica de la propiedad en la potestad de planeamiento urbanístico* (tesis de pregrado). Universidad de Piura, Piura, Perú, 2021.
- Becerra Gómez, Ana María. *La denominada "acción de nulidad" contra actos administrativos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022.
- Blánquer Criado, David. *Derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Bueno Sánchez, José Miguel. *Lecciones fundamentales de derecho administrativo*, 2.^a ed. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2018.
- Cabrera Vásquez, Marco, et al. *Derecho administrativo y derecho procesal administrativo*. Lima: San Marcos, 2006.
- Castillo Córdova, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, vol. 2, *Estudios sobre algunos derechos fundamentales*. Puno: Zela Grupo Editores EIRL, 2020.
- Chang Chuyes, Guillermo. "El conflicto de interés entre los funcionarios públicos y los consultores respecto del Estado: Entre la ética y el derecho". *Anuario de la Función Pública*, n.º 6, 2022.
- Chang Chuyes, Guillermo. "El derecho a la salud como derecho constitucional y servicio público". En AA. VV., *Derecho administrativo sanitario*, t. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.
- Chang Chuyes, Guillermo. "La conversión del procedimiento administrativo en proceso administrativo: El *aggionamento* de una antigua propuesta su aplicación de en la actualidad". En Luis Castillo Córdova (ed.), *Los procesos en el sistema jurídico peruano*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- Coscolluela Montaner, Luis. *Manual de derecho administrativo*, 27.^a ed. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2016.
- Davis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*, 3.^a ed. Buenos Aires: Universidad, 1997.

- Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de derecho administrativo*, vol. 1, 13.^a ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- Escuin Calop, Catalina. *Curso de derecho administrativo*, 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Espinosa-Saldaña, Eloy. "Proceso contencioso administrativo: Evolución, balances y perspectivas". *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 11, 2012.
- Esteve Pardo, José. *Lecciones de derecho administrativo*, 9.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Fernández Farreres, Germán. *Sistema de derecho administrativo*, vol. 1, 4.^a ed. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2018.
- Fuentetaja Pastor, Jesús. *Derecho administrativo europeo*, 2.^a ed. Madrid: Thomson Reuters, 2015.
- Gamero Casado, Eduardo, et al. *Manual básico de derecho administrativo*, 14.^a ed. Madrid: Tecnos, 2017.
- García Chávarri, Abrahán. "El juez predeterminado por ley como expresión del derecho fundamental a un debido proceso: Algunas anotaciones a su desarrollo doctrinario y jurisprudencial". *Foro Jurídico*, n.º 12, 2013.
- García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Discurso leído el 24 de octubre de 1994 en el acto de recepción como académico de número en la Real Academia Española*. Madrid: RAE, 1994.
- García de Enterría, Eduardo, et al. *Curso de derecho administrativo*, t. II, 14.^a ed. Madrid: Thomson Reuters, 2015.
- Garrido Falla, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, Parte general, 15.^a ed. Madrid: Tecnos, 2010.
- González Navarro, Francisco. *Derecho administrativo español*, Pamplona: Eunsa, 1997.
- Guasp Delgado, Jaime, et al. *Derecho procesal civil*. Madrid: Civitas, 1998.
- Guerra Cruz, Guillermo. *El procedimiento administrativo*. Lima: Marsol, 1999.
- Hernández Galilea, Jesús Miguel. *La nueva regulación de la nulidad procesal: El sistema de ineficacia de la LOPJ*. Oviedo: Forum, 1995.
- Jiménez Vivas, Javier. "El proceso contencioso administrativo peruano: Breve historia, presente y perspectivas futuras". *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 13, 2020.

López Ramón, Fernando, et al. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2017.

Martín Mateo, Ramón. *Manual de derecho administrativo*, 29.^a ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2012.

Martínez López-Muñiz, José Luis. *Introducción al derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 1984.

Martínez López-Muñiz, José Luis. *Proyecto docente, programa y fuentes* (manuscrito), 1984.

Martínez Marín, Antonio. *Estudios sistemáticos del derecho administrativo*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2018.

Martínez Pujalte, Antonio Luis. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Lima: Palestra, 2010.

Méndez Vásquez, Diego. *El principio de conservación del acto administrativo*, 2.^a ed. Lima: Derecho y Sociedad, 2025.

Merkel, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004.

Mesa, Sara. *Silencio administrativo. La pobreza en el laberinto burocrático*. Barcelona: Anagrama, 2019.

Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Themis de Belaúnde & Monroy, 1996.

Montero Aroca, Juan, et al. *Derecho jurisdiccional I*, 12.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

Morales Godo, Juan. *Instituciones de derecho procesal*. Lima: Palestra, 2005.

Morón Urbina, Juan Carlos. *Derecho procesal administrativo*. Lima: Rhodas, 1999.

Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, 4.^a ed. Madrid: BOE, 2015.

Okamura Garabito, Noriko. *Apuntes sobre la naturaleza y régimen jurídico general de la fiscalización en el ordenamiento jurídico peruano* (tesis de pregrado). Universidad de Piura, Piura, Perú, 2019.

Palacios Herrera, Katya. *Régimen de la prueba indiciaria en el ejercicio de las potestades administrativas y penales* (tesis de pregrado). Universidad de Piura, Piura, Perú, 2019.

- Palacios Panta, Mario. *La trasgresión de la presunción de veracidad en las propuestas presentadas por el postor en la contratación pública y la aplicación del principio de conservación del acto administrativo* (tesis de pregrado). Universidad de Piura, Piura, Perú, 2015.
- Parada Vásquez, Ramón. *Derecho administrativo I*, 19.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Parejo Alfonso, Luciano. *Lecciones de derecho administrativo*, 9.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Rebollo Puig, Manuel, et al. (dir.). *Derecho administrativo*, t. II, 3.^a ed. Madrid: Tecnos, 2018.
- Rodríguez de Santiago, José María. *Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Saguinetti, Juan José. *Lógica*, 7.^a ed. Navarra: Eunsa, 2007.
- Sánchez Morón, Miguel. "Función, límites y control de la discrecionalidad administrativa". *Ius et veritas*, n.º 43, 2011.
- Sánchez Morón, Miguel. *Derecho administrativo parte general*, 13.^a ed. Madrid: Tecnos, 2017.
- Santamaría Pastor, Juan. *Principios de derecho administrativo general*, t. II, 4.^a ed. Madrid: Iustel, 2016.
- Vargas Guevara, Erick. "La publicación de proyectos de reglamentos: Un mecanismo a favor del administrado". En AA. VV., *El derecho administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra, 2018.
- Veintimilla Vega, Jorge. *La expropiación forzosa e impuesto a la renta en el ordenamiento peruano* (tesis de pregrado). Universidad de Piura, Piura, Perú, 2016.
- Vignolo Cueva, Orlando. *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal: Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración pública regulatoria en el Perú*. Lima: Palestra Editores, 2019.
- Vilela Carbajal, Karla. *Las nulidades procesales en el derecho procesal civil*. Lima: Pacífico, 2015.