



**LA REGULACIÓN
ADMINISTRATIVA
PROMETE TRAER
IDEAS INNOVADORAS**

DERECHO ADMINISTRATIVO

OCHOA MONZÓ	VALENCIA MARTÍN
BACA CALDERÓN	DANÓS ORDÓÑEZ
MARAVÍ SUMAR	GARCÍA GARCÍA
PAJUELO SUÁREZ	MENDOZA LUNA
PALACIOS BRAN	SALVATIERRA COMBINA
DOMÍNGUEZ HARO	ZEGARRA VALDIVIA
DIEZ SÁNCHEZ	PANTOJA BAUZÁ
RODRÍGUEZ ARANA	LINARES
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA	LEÓN RODRÍGUEZ
BOYER CABRERA	BACELLAR
FERNÁNDEZ CARTAGENA	SANZ RUBIALES
HUAPAYA TAPIA	GAMIO AÍTA
VIDAL PERDOMO	PÉREZ HUALDE
TASSANO VELA OCHAGA	GUZMÁN NAPURÍ
PIZARRO NEVADO	JIMÉNEZ MURILLO
OCHOA CARDICH	ROJAS MONTES
STUCCHI LÓPEZ RAYGADA	

**ASOCIACION
PERUANA DE
DERECHO
ADMINISTRATIVO**



**JURISTA
editores**

OCHOA MONZÓ - BACA CALDERÓN - MARAVÍ SUMAR - PAJUELO SUÁREZ
PALACIOS BRAN - DOMÍNGUEZ HARO - DIEZ SÁNCHEZ - RODRÍGUEZ ARANA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA - BOYER CABRERA - FERNÁNDEZ CARTAGENA HUAPAYA
TAPIA - VIDAL PERDOMO - TASSANO VELAOCHAGA - PIZARRO NEVADO
OCHOA CARDICH - STUCCHI LÓPEZ RAYGADA - VALENCIA MARTÍN
DANÓS ORDOÑEZ - GARCÍA GARCÍA - MENDOZA LUNA - SALVATIERRA COMBINA
ZEGARRA VALDIVIA - PANTOJA BAUZÁ - LINARES - LEON RODRIGUEZ
BACELLAR - SANZ RUBIALES - GAMIO AÍTA - PÉREZ HUALDE
GUZMÁN NAPURÍ - JIMÉNEZ MURILLO - ROJAS MONTES

DERECHO ADMINISTRATIVO

Presentación de

JORGE DANÓS ORDÓÑEZ

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



JURISTA
editores

**ASOCIACION PERUANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Edición: 2004

© **JURISTA EDITORES E.I.R.L.**
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú
Teléfono: 427-6688
Telefax: 426-6303

Composición y Diagramación:
Mirtha Ríos M.

ÍNDICE GENERAL

- A modo de presentación: Apuntes sobre el contenido del presente libro 21
- El Primer Congreso peruano de Derecho Administrativo y los nuevos alcances de esta disciplina en nuestro país 25

TEMA 1 EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

La permeabilidad de la actividad administrativa al uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones: Hacia la administración electrónica y el procedimiento administrativo electrónico

Josep Ochoa Monzó

- I. Introducción 35
- II. Las asíncronas relaciones entre derecho y tecnología 40
- III. La era digital llega a la Ley de Procedimiento Administrativo 44
- IV. Tecnologías informáticas y actividad administrativa no formalizada 55
- V. Mutaciones y adaptaciones del Procedimiento Administrativo a las tecnologías informáticas 60
 - a) Lugar 61

DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA (PLANTEAMIENTOS DE REFORMA DEL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO)

Roberto Palacios Bran

Abogado egresado por la Universidad Nacional de Trujillo.
Jefe de la Zona Registral Trujillo-SUNARP. Profesor de
Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego.
Conciliador Extrajudicial

Helder Domínguez Haro

Abogado egresado por la Universidad Nacional de Trujillo.
Jefe del Area Legal de la Zona Registral Trujillo-SUNARP.
Profesor de la Facultad de Derecho de la
Universidad Privada del Norte

“¿Y qué decir de las leyes imperfectas?. Hay leyes que no nos gustan porque no compartimos los valores que las inspiran y consideramos, por ejemplo, que es inicua la protección que se concede a los arrendatarios en perjuicio de los arrendadores. Pero esto es congruente e inevitable en una sociedad pluralista de intereses diversificados. Lo grave es cuando una ley, con independencia de sus intenciones, se expresan en términos confusos, contradictorios, haciendo imposible su aplicación y –sin beneficio de nadie– deja las cosas peor que estaban. Corren tiempos de legisladores ignorantes e insensatos que ponen a los profesores y jueces en aprietos muy delicados, ya que resultan de inteligencia y aplicación imposibles”.

*Alejandro Nieto y Tomás-Ramón Fernández
El Derecho y el Revés. Ariel, Barcelona 1998, pág. 70.*

I. ANOTACIÓN INTRODUCTORIA

No cabe duda de que la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, es un cuerpo sistemático que contiene aportes innovadores conforme con la doctrina y en comparación con las normas dispersas que le precedieron, una suerte de *“revolución copernicana en nuestra legislación administrativa”*¹. Tan es así que se inaugura una nueva etapa dentro del desarrollo y evolución del derecho administrativo peruano en coherencia con los principios democráticos de un Estado de Derecho².

1 OCHOA CARDICH, César. *Los principios del procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General*. En: Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional. Año 3, N° 4, Lima 2002, p. 70.

2 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *El proceso de elaboración y aprobación de la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. En: AA.VV. Comentarios a la Ley del

Una innovación que sale a la luz es, precisamente, su Título Preliminar, el mismo que reúne los principios básicos mínimos tendientes a establecer una adecuada actuación de la Administración Pública, de la autoridad administrativa en su relación jurídica con el administrado, usuario o interesado.

Empero, para los efectos de este trabajo, nos interesa sobremanera replantear el procedimiento administrativo actual recreando los principios de legalidad y del debido procedimiento, cuando se presentan conflictos entre la Constitución de 1993 y una ley, entre una ley y normas de inferior jerarquía.

II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE LEGALIDAD EN SEDE ADMINISTRATIVA

La ciencia del derecho y la norma positiva a nivel constitucional ha consagrado mecanismos de control jurídico cuando se contraviene la Constitución y una norma infraconstitucional. En el derecho patrio, la defensa de la constitucionalidad se realiza dentro un sistema denominado dual o paralelo por la doctrina³. Un control concentrado bajo la competencia de una jurisdicción especializada: el Tribunal Constitucional; y un control judicial de la constitucionalidad de las leyes o control difuso realizado por la jurisdicción ordinaria. Asimismo, el que se origina del control normativo de los reglamentos o normas de carácter general a través del proceso popular.

Procedimiento Administrativo General. Ara Editores, Lima, 2001, p. 33. Por su parte, el profesor y administrativista Espinosa-Saldaña prefiere hablar de un Estado Social y Democrático de Derecho. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *La Ley 27444: las razones de su puesta en vigencia y una breve mención a sus rasgos fundamentales*. En: Revista Jurídica del Perú. Año LII, N° 30, Trujillo, 2002, pp. 183 y 184. El abogado administrativista Morón Urbina, en una de sus primeras obras, divide la evolución del procedimiento administrativo en el Perú en dos etapas: a) etapa de dispersión procedimental y b) etapa de concentración procedimental. A la cual, obviamente, habría que agregar la nueva fase correspondiente a las bases para un derecho administrativo democrático. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Página Blanca, Lima, 1997, pp. 132-133.

3 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Marsol. Trujillo 1998, p. 27.

En buena cuenta la impartición de justicia constitucional se ha distribuido en el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. De los artículos 51° y 138° de la Constitución se desprende que el control difuso corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales: el juez práctica el control, inaplica la norma y consulta la inconstitucionalidad de dicha norma; incluso ni siquiera el Ministerio Público es competente para hacerlo⁴. Sin embargo, existen algunos autores que señalan que bajo el principio de supremacía y jerarquía de normas y vía interpretación extensiva del artículo constitucional 51°, cabría la posibilidad que los órganos de la administración pública en un determinado caso o cuando la norma sea manifiestamente inconstitucional apliquen el control difuso⁵.

Esta última postura es complicada, en tanto no existe disposición expresa y en tanto debemos precisar que la Administración Pública tiene su propio cuerpo normativo que le permite actuar. Dentro de ese contexto, ciertamente, está el principio de sujeción a la legislación de acuerdo al artículo 1.1. de la Ley N° 27444. El principio de legalidad, es el sometimiento de la Administración a la ley, desdoblándose en tres elementos esenciales: legalidad formal, sustantiva y teleológica⁶. Si bien al artículo referido menciona el respeto a la Constitución, la ley y al derecho, *“esta particularidad no es otra cosa que el reconocimiento de que la ley misma es tributaria de la constitución y que su cumplimiento es sólo posible en el mundo del derecho”*⁷.

4 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Grijley, Lima, 2003, p. 90.

5 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Control Difuso y Administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?*. En: Revista Jurídica del Perú. Año LII, N° 41, Trujillo 2002, pp. 35-62. Algunas instituciones gubernamentales han negado expresamente la posibilidad de realizar el control difuso, como es el caso de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Por medio de la Resolución N° 370-2003-SUNARP/SN, que aprueba la Directiva N° 009-2003-SUNARP/SN, señala en sus considerandos que ningún funcionario público puede inaplicar leyes o normas de menor rango, toda vez que el sistema jurídico nacional no regula expresamente el control difuso en sede administrativa.

6 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Lima, 2001, p. 27.

7 Juan Alfonso Santamaría Pastor citado por ROJAS LEO, Juan Francisco. *¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo derecho administrativo en el Perú?*. En: AA.VV.

Bajo este razonamiento, dentro de un procedimiento administrativo, la autoridad competente está en la obligación de acatar la ley vigente, de lo contrario su inaplicación podría ocasionar un caos jurídico o quiebre del ordenamiento jurídico. En ese sentido *"El procedimiento tiende, no sólo a la protección subjetiva del recurrente, sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y la justicia en el funcionamiento administrativo"*⁸.

El problema se suscita cuando es una ley manifiestamente inconstitucional y el funcionario está en una encrucijada del ser y el debe ser, en tanto no tiene un respaldo jurídico válido y cierto para solucionar dicha dificultad. Si técnicamente no es factible el control difuso jurisdiccional como nos enseña la doctrina constitucional, es entonces recomendable crear canales jurídicos materializados positivamente, que sean el "respaldo jurídico" para la autoridad administrativa; y ello implica replantear la figura del debido procedimiento en un marco permisible a la protección de los derechos fundamentales dentro del procedimiento administrativo, como veremos con detalle en las líneas que siguen.

Finalmente, en cuanto al control de legalidad normativa, el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamiento en el sentido de reconocer que los tribunales administrativos (órganos colegiados) tienen la competencia y la obligación de efectuar el control de validez de una norma infra legal (Expediente 1266-2001-AA/TC)⁹.

Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ara Editores, Lima, 2001, p. 123.

8 DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina. Bs. As. 1998, p. 895.

9 PANDO VÍLCHEZ, Jorge M. *La administración frente a la norma inconstitucional: ¿control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa?*. En: Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional. Año 3, N° 5, Lima 2002, p. 112.

III. SUSTENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PARA APLICAR PRELIMINARMENTE EL TEST DE CONSTITUCIONALIDAD

Tratando de plasmar un basamento jurígeno a la actuación administrativa a fin de que se respete la *lex fundamentalis*, se debe modificar el procedimiento administrativo común regulado por la Ley N° 27444, dándole la posibilidad a la administración para que eleve su decisión al órgano jurisdiccional competente y éste se pronuncie sobre la inaplicación de la ley al caso concreto. Si bien esta propuesta no es novedosa entre otras alternativas¹⁰, queremos dejar constancia de su viabilidad y de su fundamentación.

En efecto, si el órgano administrativo que viene conociendo de un procedimiento administrativo advierte de la existencia de una ley o norma con rango de ley contraria al Texto Constitucional, producto de haber sometido preliminarmente dicha norma legal al test de constitucionalidad, deberá pronunciarse por la suspensión del procedimiento administrativo y elevarlo al órgano jurisdiccional competente para que resuelva sobre la inaplicación de la ley al caso concreto. De prosperar la inaplicación de la ley, la autoridad administrativa dejará sin efecto la suspensión y seguidamente decidirá y emitirá la respectiva resolución administrativa sobre el petitorio del administrado.

Como se puede apreciar del modelo esbozado, la autoridad administrativa esta impedido de pronunciarse sobre la inaplicación de la norma, dicha labor sigue siendo de la *iurisdictio* ordinaria, detentadora del control difuso o llamado "incidental de inconstitucionalidad". En buena cuenta, lo que hace el funcionario público es formar un incidente para que los jueces realicen el control de la interpretación constitucional.

¹⁰ Cf. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *Op Cit* pp. 35-62. Este autor, hace interesantes propuestas, como el de adaptar al ámbito administrativo el instituto denominado cuestión de inconstitucionalidad regulado por la Constitución Española.

Cuando nos referimos al *test* constitucional en un primer momento por parte del órgano administrativo, significa que dentro del procedimiento administrativo, la autoridad administrativa examinará preliminarmente la constitucionalidad del texto legal, el encuadramiento de la ley a los valores, principios e institutos prescritos en la Constitución y producto de ese análisis, motivará la resolución de suspensión del procedimiento de ser el caso, como aspecto esencial de la sustancia del acto administrativo.

El tránsito del procedimiento en sede administrativa a sede judicial puede producir demora en su tramitación, empero con todo resulta ser el más adecuado cuando se trata de velar por el respeto al debido proceso, derecho de los actores intervinientes.

Consideramos que este es una solución intermedia y de real concreción, por el arraigo en nuestro derecho nacional de la tradición del control difuso en sede judicial, por cuanto probablemente no existe todavía una tendencia mayoritaria de revestirle -expresamente- a la autoridad administrativa la potestad de ejercer directamente el control difuso. Asimismo, este procedimiento puesta al debate delimitará (esa es nuestra intención) visiblemente las fronteras entre las atribuciones y potestades de los órganos de la administración pública y la judicatura.

La formación del "incidente" se enmarca dentro de un Estado Constitucional de Derecho o Democrático de Derecho¹¹, acorde con un derecho administrativo democrático señalado en párrafos anteriores, toda vez que el planteamiento descansa legítimamente en dos aspectos representativos:

a) Defensa de la Constitución y su fuerza normativa

Todos los ciudadanos, y con mayor razón los funcionarios y servidores públicos, tienen el deber de cumplir y hacer cumplir la Carta Constitucional, más aún cuando es transgredida. Incluso, tan importante labor existencial no requiere de norma expresa. En un

¹¹ Cf. DOMÍNGUEZ HARO, Helder. *La fenomenología estadual en una democracia de tipo constitucional*. En: Revista Jurídica del Perú. Año LIII, N° 52, Trujillo, 2003, pp. 69-77.

Estado de Derecho se ha previsto de los instrumentos jurídicos y procesales para conservar la normatividad constitucional, para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo y evolución de las propias disposiciones constitucionales, configurándose la llamada defensa de la Constitución¹².

La defensa de la Constitución es la expresión del principio de supremacía constitucional, de este supuesto se desprende su propia fuerza normativa y en honor a dicha fuerza suprema se debe respetar la plena vigencia del orden constitucional, de la validez de la norma constitucional¹³. En consecuencia la superioridad del Texto Constitucional sobre las normas legales y administrativas, con su correlato el principio de la jerarquía de las normas jurídicas, exige también en la *praxis* un tratamiento especial y específico por parte de las entidades del Estado distintas a las judiciales; es decir un procedimiento que haga factible la cristalización de la fuerza normativa, en un primer momento con la autoridad administrativa cuando tenga que anteponer la Constitución sobre la ley que la colisiona, contando con el apoyo de la judicatura.

Ergo, los principios y valores de un marco constitucional democrático inspiran mecanismos eficaces de defensa de la Norma Fundamental, los cuales pueden muy bien desarrollarse con la reforma descrita.

b) El debido procedimiento

Dentro de los principios procedimentales que ha considerado la Ley N° 27444, por primera vez se encuentra regulado taxativamente en su artículo IV, numeral 1.2. el debido procedimiento o debido proceso administrativo. Esto no quiere decir que antes de la vigencia de la Ley, no se aplicó tan importante principio. Su introducción al derecho administrativo se hizo a nivel jurisprudencial teniendo en cuenta el debido proceso jurisdiccional regulado en la Constitución.

¹² FIX ZAMUDIO, Héctor. *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, México, 1994, pp. 16-18.

¹³ Sobre el particular, es recomendable BIDART CAMPOS, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ediar. Buenos Aires, 1995.

de 1979 (como “garantías de la administración de justicia”) y nominadamente en la de 1933 (debido proceso dentro de los “principios y derechos de la función jurisdiccional”)¹⁴.

Si bien la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el debido proceso judicial que se aplica en sede administrativa (cuya ampliación tiene su origen en el concepto original del *due process of law*), por cuanto existen componentes comunes (motivar debidamente las resoluciones, derecho a la defensa, etc), también existen diferencias en sus ámbitos de aplicación (inmodificables como la cosa juzgada), como así se desprende también de la Ley N° 27444, en tanto dicha norma ha dotado de contenido al derecho al debido proceso administrativo

Siendo esto así y si el debido proceso es el conjunto de garantías indispensables para que un proceso pueda ser considerado justo¹⁵, como expresión del respeto a la dignidad humana¹⁶, entonces dentro de dicho derecho complejo debe reformarse la Ley N° 27444, agregando a su contenido otro elemento mínimo como es la facultad de la autoridad administrativa de suspender el procedimiento administrativo cuando existe incompatibilidad entre una norma constitucio-

¹⁴ Sobre este tema a nivel nacional, existe buen número de escritos, a modo ejemplificador nombraremos los siguientes: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Ara Editores. Lima, 2003, pp.409-454; GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana*. En: Revista Ius Et Veritas. Año XI, N° 22, Lima 2001, pp. 339-347; SAÉNZ DÁVALOS, Luis R. *La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional. N° 1, Lima, 1999, pp. 483-564; y del mismo autor, *Los procesos constitucionales como mecanismos de protección frente a resoluciones judiciales arbitrarias*. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana. *Derecho Procesal Constitucional*. Jurista Editores. Lima, 2003, pp. 133-157.

¹⁵ GUZMÁN NAPURÍ, Chistian. *Op. Cit.* p. 340.

¹⁶ Cfr. LANDA ARROYO, César. *Dignidad de la persona humana*. En: Revista Ius Et Veritas. Año X, N° 21, Lima 2000, pp.10-25; y DOMÍNGUEZ HARO, Helder. *Crítica al artículo 1° de la Constitución peruana de 1993 desde una perspectiva humanista*. En: PALOMINO MANCHEGO, José y VELÁSQUEZ RAMÍREZ, Ricardo. *Modernas tendencias del derecho en América latina*. Grijley. Lima, 1997, pp. 341-358.

nal y legal, hasta la decisión judicial; no obstante que en el debido proceso jurisdiccional el control difuso forma parte de su contenido.

Finalmente, la dignidad humana, identificada más con el derecho sustantivo (seguramente porque su estudio se ha originado dentro de dichos predios) al ser igualmente el sustento del derecho adjetivo, se instituye en el centro y eje del procedimiento administrativo, y como tal en el pilar de procedimiento incidental propuesto.

En suma, a través de este procedimiento administrativo-jurisdiccional se busca alcanzar la doble finalidad del procedimiento administrativo: la garantía de los derechos de los administrados y la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración, intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo¹⁷.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. T-II. Editorial Civitas. Madrid, 1998, p. 433.