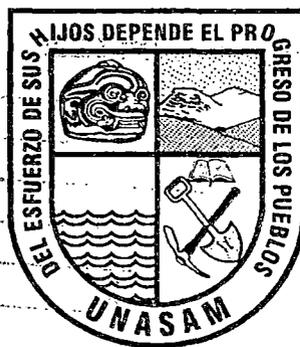


**UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD FRENTE
A LAS ACTUACIONES ABUSIVAS Y DISCRIMINATORIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Responsable de la investigación:

Bach. CERVANTES TARAZONA MARISOL

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz - Perú

2016

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento, a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, en especial al Dr. LUIS W. ROBLES TREJO por su apoyo incondicional como patrocinador de tesis durante el tiempo de la ejecución y la elaboración del informe final.

DEDICATORIA

Dedico este proyecto y toda mi carrera Universitaria a mi madre Teodora Tarazona Ponte y mi padre Félix Cervantes Joaquín gracias a ellos soy quien soy hoy en día, fueron los que me dieron ese cariño y calor humano necesario, son los que han velado por mi salud, mis estudios, mi educación, alimentación entre otros, son a ellos a quien les debo todo, horas de consejos, de regaños, de reprimendas, de tristezas y de alegrías de las cuales estoy muy seguro que las han hecho tanto con todo el amor del mundo para formarme como un ser integral y de las cuales me siento extremadamente orgulloso.

Con mucho cariño a mi hermana Yeny Cervantes Tarazona y a mis hermanos Wilson Cervantes Tarazona y Alex Cervantes Tarazona los cuales han estado a mi lado, compartiendo esos secretos y aventuras que solo se puede vivir entre hermanos, dándome la fortaleza en los momentos más difíciles.

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I	
EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	
1.1. Descripción del problema	15
1.2. Formulación del problema	21
1.2.1. Problema general	21
1.2.2. Problemas específicos	21
1.3. Importancia del problema	22
1.4. Justificación y viabilidad.....	23
1.5. Formulación del objetivos.....	26
1.5.1. Objetivo general	26
1.5.2. Objetivos específicos	26
1.6. Formulación de hipótesis	27
1.6.1. Hipótesis general.....	27
1.6.2. Hipótesis específicas	27
1.7. Variables	28
1.8. Metodología	29
1.8.1. Tipo y diseño de investigación	29
1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....	30
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....	30

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información	31
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información	32
1.8.6. Validación de la hipótesis	33

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	35
2.2. Bases teóricas	38
2.2.1. El principio de interdicción de la arbitrariedad	38
2.2.2. La Justificación [motivación] de las decisiones en el Estado constitucional	39
2.2.3. El Estado constitucional como un modelo discursivo	47
2.2.4. El principio de interdicción de la arbitrariedad en el derecho peruano	48
2.2.5. Discrecionalidad	52
2.2.6. Justificación	54
2.2.7. La administración pública en el Perú	58
2.3. Definición de términos	65

CAPÍTULO III

RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN

3.1. Discrecionalidad administrativa	71
3.2. Discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado	81
3.3. Discrecionalidad y arbitrariedad	93
3.4. El principio de interdicción de la arbitrariedad como límite a la administración pública	95

3.5. La vinculación del principio de interdicción de la arbitrariedad con el principio de igualdad.....	101
3.6. Principio de interdicción de la arbitrariedad en el Perú	103

CAPITULO IV

VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Validación de la hipótesis general.....	109
4.1.1. Motivación de la actuación administrativa y principio de interdicción de la arbitrariedad: Legitimación democrática de la administración pública.....	109
4.1.2. Principio de interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad y proporcionalidad de los actos administrativos.....	112
4.1.3. Legitimidad y afirmación democrática de las administración pública.....	114
4.1.4. Actuaciones administrativas contrarias al derecho de igualdad ante la ley.....	117
4.2. Validación de las hipótesis específicas	120
CONCLUSIONES.....	131
RECOMENDACIONES.....	134
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	136

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue analizar la relación entre el principio de interdicción de la arbitrariedad y las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública en el Perú; para lo cual se realizó una investigación dogmática, transversal, explicativa, no experimental, careciendo de delimitación temporal y espacial el problema por el tipo de investigación realizada. La unidad de análisis estuvo constituida por el análisis de la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección de datos las fichas y ficha de análisis de contenido respectivamente. Entre los métodos empleados tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica. La investigación ha demostrado la importancia del principio de interdicción de la arbitrariedad a favor de la justificación de las decisiones de los poderes públicos –administración pública-, constituyéndose como límite al ejercicio del poder; en consecuencia el respeto de este principio exige que las decisiones contenidas en las Resoluciones Administrativas se funden en base a razones objetivas, más no se tolerará aquellas decisiones que se basen en la voluntad o en el capricho de la autoridad pública puesto que la misma devendrá en una decisión arbitraria e ilegítima por ello el principio de interdicción de la arbitrariedad opera como un poderoso correctivo frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública cuando ejercen potestades discrecionales (abuso o exceso de discrecionalidad).

Palabras claves: Estado, Interdicción de la arbitrariedad, Discrecionalidad, Administración Pública, Abuso, Discriminación.

ABSTRACT

The aim of the research was to analyze the relationship between the principle of prohibition of arbitrary and abusive and discriminatory of the Government of Peru proceedings; for which a dogmatic, cross, explanatory non-experimental research, lacking temporal and spatial delimitation of the problem by the type of research was conducted. The unit of analysis consisted of analysis of the doctrine, jurisprudence and regulations. The signing and content analysis were used as techniques, using data collection instruments tabs and tab content analysis respectively. Among the employees we have to exegetical method, hermeneutics, legal arguments. Research has shown the importance of the principle of prohibition of arbitrary justification for the decisions of public power - Administration publicly, becoming limit the exercise of power; therefore respect for this principle requires that the decisions contained in the Administrative Resolutions merge based on objective reasons, most not those decisions based on the will or the whim of public authority be tolerated since it will become in an arbitrary and illegitimate decision why the principle of prohibition of arbitrary functions as a powerful corrective against unfair and discriminatory practices of public administration when exercising discretionary powers (excess or abuse of discretion).

Keywords: State, Prohibition of arbitrary, Discretion, Public Administration, Abuse, Discrimination.

INTRODUCCIÓN

El poder que determinados funcionarios o servidores públicos ostentan dentro de las actuaciones de la administración pública, genera en algunas oportunidades, el espacio pertinente para extralimitarse en el ejercicio de sus potestades y realizar determinados actos que vulneran los derechos de los administrados. Este acto que es realizado por una autoridad o funcionario estatal, que se considera desde el administrado, como carente de razón, de lógica, es percibido como una actuación arbitraria, revestida de injusticia; y, siendo el Estado el encargado de garantizar el bien común, nos encontramos en un escenario donde es el mismo Estado el que avala o solapa la arbitrariedad en su actuación.

Afortunadamente, esta actuación arbitraria se encuentra proscrita para las entidades de la Administración Pública; sin embargo, es innegable la recurrencia en la percepción del administrado de que estos actos se presentan, y lo más nefasto aún, es que los funcionarios y servidores públicos aprovechan su potestad discrecional para efectivamente cometer arbitrariedades en su actuación.

Es en este panorama se ha desarrollado la presente investigación relacionado al Principio de Interdicción de Arbitrariedad, con el ostentoso fin de que los funcionarios y servidores públicos, asuman su rol en la búsqueda del bien común y a favor del administrado, y consecuentemente sean garantes del Estado Constitucional de Derecho.

La arbitrariedad es definida por Guillermo Cabanellas como acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno, con abuso de poder, fuerza, facultades o influjos. Por su parte nuestro Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC) ha establecido que, el concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica

En consecuencia se trata de una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica. Concretamente toda actuación de la Administración Pública que es arbitraria se constituye en antijurídica, y como tal, debe ser expulsada de la actuación del Estatal, en un marco de Estado Constitucional de Derecho.

En ese sentido el artículo 43° de la Constitución consagra como principios de nuestro Estado constitucional y democrático el de separación de poderes, la forma republicana de gobierno y el carácter inderogable de los derechos humanos. Estos principios, que constituyen el núcleo esencial de nuestra Constitución y fundamento político de las relaciones entre gobernantes y gobernados, inspiran también como componente obligatorio, las relaciones entre quienes según los

procedimientos establecidos en la Constitución, son los llamados a gobernar. En esa perspectiva, no sólo la actuación de los órganos que ejercen función jurisdiccional debe estar ajustada a derecho, sino también las de aquellos que llevan a cabo función política como administrativa.

De lo que se desprende que el ejercicio de cualquiera de las funciones Estatales, legislativa, jurisdiccional, gubernamental, ejecutiva o administrativa, tienen que desarrollarse respetando los principios de separación de poderes, forma republicana de gobierno y obediencia a los derechos humanos, como pilares elementales del Estado social y democrático de Derecho, que hemos asumido como forma de gobierno.

En el Estado social y democrático de Derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana. Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad.

Es decir, la actuación del Estado, por el modelo de gobierno que asumimos, siempre debe enmarcarse en el reconocimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos y ciudadanas, mandato que exige del Estado una actuación que busque

satisfacer las necesidades o incertidumbres del administrado, siendo ese el marco para la actuación de todos los funcionarios y servidores públicos.

Por ello, que nuestra Constitución Política de nuestro País, en el artículo 103° proscriba el Abuso del Derecho. También se encuentra recogida en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil vigente; establece que el Estado no ampara el ejercicio abusivo de un derecho; esta prohibición surge de la necesidad de corregir las desigualdades o injusticias que se podrían generar en el ejercicio de cualquiera de las funciones del Estado.

El ejercicio o la omisión abusivos de un derecho se presenta únicamente en el caso en que se produzca una injusta o indebida agresión en contra de un tercero, que si bien posee un legítimo interés existencial que esgrimir en su favor frente a tal agresión, carece sin embargo de una expresa norma del Derecho positivo que le permita, en ese nivel de Derecho, fundamentar su posición. En esta situación, la persona afectada debe recurrir al principio general bajo comentario, es decir, al que significa que la ley no ampara el ejercicio o la omisión abusivos de un derecho subjetivo cuando se afecta antisocialmente un legítimo interés que no se encuentra protegido por norma expresa del Derecho positivo.

Es este marco, el que sustenta que un funcionario o servidor público, está impedido constitucionalmente de realizar una interpretación discrecional abusiva que colisione con los derechos o interés del administrado, por el contrario, nuestro ordenamiento constitucional y legal, rechazan este tipo de comportamiento o actuación.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que, la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias (STC Exp. N°03167-2010-PA/TC). Ello implica que el pronunciamiento de la administración pública debe desarrollar una justificación lógica en los hechos, conductas y el derecho que motiva el acto a pronunciarse.

Este principio obliga a la administración pública a emitir actos de manera justa, legítima y proporcional. Esto significa que los actos a emitirse tienen que darse dentro de la competencia asignada a los órganos, órganos persona u organismos de la administración; y, mantener una proporción entre los medios y los fines de la norma a invocar.

Por lo que el principio de Interdicción de la Arbitrariedad significa un pilar básico del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, por lo que no podría entenderse que el otorgamiento de una potestad administrativa a un órgano, servidor o funcionario público lo faculta para una actuación arbitraria. La proscripción de la arbitrariedad alcanza a todos los actores públicos, estableciendo la obligación que dan sustento a las decisiones adoptadas en ejercicio de las potestades conferidas, como única manera de permitir un control de razonabilidad de las mismas.

La prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. En esencia, el principio de interdicción de la arbitrariedad ha venido operando como un poderoso correctivo frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de las administraciones públicas cuando ejercen potestades discrecionales (abuso o exceso de discrecionalidad).

En ese contexto se ha elaborado el presente trabajo, estructurado en cuatro capítulos: el Capítulo I, está referido al Problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología. En el Capítulo II, está referido al marco Teórico de la Investigación, en el cual en base a la técnica del Fichaje y análisis de contenido se elaboró el sustento teórico-doctrinario de nuestra investigación. El Capítulo III, está referido al trabajo de campo de la investigación, en la cual se procedió al recojo de información vinculante a nuestro tema y en base a las variables de investigación, los mismos que fueron luego analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la validación de la Hipótesis, el cual en base a los resultados obtenidos se procedió a realizar la discusión de los resultados en base al marco teórico y luego se procedió de determinar los fundamentos que justifican la validez de las hipótesis.

La titulado.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

La gestión pública en especial la peruana no gozan de un especial reconocimiento debido a sus usos y prácticas que se han institucionalizado, tan es así que se han planteado el múltiples oportunidades proceso de reforma del estado y más recientemente se ha precisado que de lo que se trata es de la modernización del Estado más que una reforma, pero subsisten las críticas a su desempeño. Cambiar de la perspectiva de un estado patrimonialista a uno por resultados es un objetivo planteado, pero cabe indicar que esta es un postulado que deviene de la extrapolación de prácticas privadas, es en este contexto que se desarrollan políticas de participación ciudadana que encuentran no muy pocas dificultades en su articulación con la administración pública peruana.

Por otro lado, la Constitución peruana de 1993 no ha recogido de manera textual el principio de interdicción de la arbitrariedad, como si lo hace la Constitución española de 1978. Sin embargo, el Tribunal Constitucional a través de la STC N° 0090-2004-AA “caso Juan Carlos Callegari Herazo”, ha materializado dicha noción en contraposición al concepto de arbitrariedad.

Así ha dicho el intérprete de la constitución que: “... El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (vide supra), “una decisión arbitraria,

contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica”.

Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como “discrecionales”, no pueden ser “arbitrarias”, por cuanto son sucesivamente “jurídicas” y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la “crítica racional”.

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad”. Estando a los términos de la aludida sentencia, tenemos que el principio de interdicción de la arbitrariedad en una acepción clásica surge como la antítesis de la justicia material y el derecho, mientras que desde una percepción moderna se manifiesta a través de la violación del contenido esencial del derecho a la motivación de las decisiones.

Ahora bien, el artículo 1º de la Constitución establece que “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. De la norma acotada se colige que “el hombre”, ser libre, es el fin de la existencia de la sociedad y del Estado, ya que el respeto a su dignidad constituye el límite a toda intervención sobre sus derechos. Puesto que, como dice Bernal, “la declaración principista de este artículo... es de la mayor importancia en cuanto delimitación del marco conceptual de toda la Constitución, precisión de sus alcances y ubicación de los contenidos orientadores para su interpretación”.

Por otro lado, en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución se ha regulado el Derecho constitucional a la motivación de las decisiones, así también, en los artículos 3º y 43º se ha recogido al principio democrático como modelo de organización del poder y como una forma de ejercicio del poder así organizado.

Como sabemos, en el Estado constitucional los derechos fundamentales de la persona son límites en el desarrollo de la actividad estatal y en el desenvolvimiento de los particulares, debido a que la plena vigencia de los indicados derechos es una de las notas más típicas de éste; por consiguiente, dicho paradigma implica también que la defensa de la persona y el respeto a su dignidad

irradia a cada uno de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 2º de nuestra carta magna, pues, son los derechos fundamentales –precisamente- a través de los cuales se evidencia dicho fin del Estado y la sociedad.

Bajo estas premisas, resulta obvia la existencia –aunque sea de manera implícita- del principio de interdicción de la arbitrariedad en nuestro ordenamiento, principalmente, en su acepción moderna. Y es que, el principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora.

En este sentido, como señala Pedro Grande, “el principio de interdicción de la arbitrariedad, obliga a fundar en razones objetivas toda decisión que venga de cualquier poder público...”¹. De allí que, cuando hablamos de interdicción de la arbitrariedad nos encontramos ante una cláusula general, un principio, que está destinado a desterrar todo intento de arbitrariedad en la actuación pública.

Por ello, la actuación pública conforme a las normas vigentes en nuestro país se rige el principio de legalidad, concepto que admite la existencia de actos reglados y de actos no reglados o discrecionales. Respecto a los actos discrecionales, dice el Tribunal Constitucional, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo².

¹ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (2010). *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*, Palestra Editores, Lima, p. 23.

² STC EXP. N° 0090-2004-AA/TC, FJ. 11.

Ahora, la existencia de actos discrecionales permite al ente administrativo la realización de gestiones que se adecúen a las circunstancias de cada caso. Al decir de nuestro Tribunal constitucional, “la discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal”³.

Asimismo, anota el intérprete de la Constitución que, “la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor. La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.

Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales.

La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión. La discrecionalidad menor es

³ STC EXP. N.º 00312-2011-PA/TC, FJ. 4



aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley”⁴.

En consecuencia, la discrecionalidad en el ejercicio de la función jurisdiccional trae consigo el que a través de su labor el Juez configure la norma para la solución del caso en concreto; asimismo, el Juez está facultado para denunciar la inconstitucionalidad de una norma ya sea expulsándola del ordenamiento o inaplicándola en un determinado caso. En otras palabras, la existencia de discrecionalidad en la interpretación y aplicación del derecho coadyuva a la revitalización de las normas vigentes. Empero, la discrecionalidad no se ejerce al margen de la Constitución o de la ley, puesto que la discrecionalidad ha de basarse en los grados de autorización otorgados por ellas⁵.

De allí que, “la discrecionalidad queda sujeta a las siguientes limitaciones: a) en los casos de los grados de discrecionalidad mayor la intervención jurisdiccional se orienta a corroborar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la forma de manifestación jurídica constitucional o legal de dicha prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de las formalidades procesales; b) en los casos de los grados de discrecionalidad intermedia y menor aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad”⁶. Y es que como ha subrayado el Tribunal Constitucional, “la proscripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es

⁴ STC EXP. N° 0090-2004-AA/TC, FJ. 11

⁵ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (2003). *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 159-161.

⁶ *Ibidem*.

decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte” (STC EXP. N° 0090-2004-AA/TC, FJ.11).

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cuál es la justificación para considerar al principio de interdicción de la arbitrariedad como mecanismo de legitimación frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública en el Perú?

1.2.2. Problemas específicos

- a. ¿Cuál es el desarrollo dogmático y jurisprudencial del principio de interdicción de la arbitrariedad frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública en el Perú?
- b. ¿Por qué un modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, como el Estado peruano, proscribire la arbitrariedad en la actuación de la administración pública?
- c. ¿Qué presupuestos elementales exige la dogmática y jurisprudencia respecto a la interdicción de la arbitrariedad frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública?
- d. ¿Cuál es la exigencia constitucional de la administración pública respecto al principio de interdicción de la arbitrariedad en el marco del Estado Constitucional?

1.3. Importancia del problema

El poder que determinados funcionarios o servidores públicos ostentan dentro de las actuaciones de la administración pública, genera en algunas oportunidades, el espacio pertinente para extralimitarse en el ejercicio de sus potestades y realizar determinados actos que vulneran los derechos de los administrados. Este acto que es realizado por una autoridad o funcionario estatal, que se considera desde el administrado, como carente de razón, de lógica, es percibido como una actuación arbitraria, revestida de injusticia; y, siendo el Estado el encargado de garantizar el bien común, nos encontramos en un escenario donde es el mismo Estado el que avala o solapa la arbitrariedad en su actuación.

Afortunadamente, esta actuación arbitraria se encuentra proscrita para las entidades de la Administración Pública; sin embargo, es innegable la recurrencia en la percepción del administrado de que estos actos se presentan, y lo más nefasto aún, es que los funcionarios y servidores públicos aprovechan su potestad discrecional para efectivamente cometer arbitrariedades en su actuación.

1.4. Justificación y viabilidad.

1.4.1. Justificación teórica

El presente problema tuvo un desarrollo teórico doctrinario sustentado en la TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES⁷, las mismas que justifican la investigación y el desarrollo del marco teórico de la investigación.

1.4.2. Justificación práctica

Buscó justificar la importancia del principio de interdicción de la arbitrariedad como mecanismo de legitimación frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública en el Perú. En ese sentido el Tribunal Constitucional ha establecido el principio de la interdicción de la arbitrariedad, esto es, la prohibición de la arbitrariedad por cualquiera de los organismos e instituciones públicas del Estado. Se prohíbe el ejercicio del poder estatal que no respete sus competencias y facultades establecidas por las leyes.

La negativa de otorgar una licencia municipal, la aplicación de una multa administrativa por cualquier ente del Estado o la negativa de reconocer derechos, son algunos ejemplos de actos administrativos que se emiten en ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública. Las resoluciones y decisiones que se adopten siempre deberán observar los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica, motivación y debido proceso, entre otros.

⁷ Vid. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (2011). *Teoría de los Derechos Humanos*, Editorial Griljey, Lima.

El Tribunal Constitucional ha definido que, “a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho, y b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad”⁸. Lo contrario a una resolución justa es una decisión arbitraria, lo contrario a la razonabilidad es una decisión arbitraria. Una resolución justa y razonable será aquella que observe el marco normativo de las competencias y atribuciones del ejercicio de la autoridad pública.

Se evitan los actos arbitrarios de la administración del Estado cuando éstos se encuentren motivados, esto es, que se sustenten en razones y no constituyan la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte. Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Y además, entre las razones y la decisión administrativa que se adopte, necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia.

1.4.3. Justificación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

⁸ STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC, FJ. 11.

1.4.4. Justificación metodológica

Se aplicó la metodología de la investigación jurídica y científica de la investigación jurídica en cuanto al tipo y diseño de investigación, siguiendo sus orientaciones metodológicas tanto en la planificación, ejecución y control. Así mismo se empelara el diseño metodológico propio de la investigación jurídica dogmática⁹.

1.4.5. Justificación técnica

Se contó con el soporte técnico y logístico, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2013.

1.4.6. Viabilidad

- **Bibliográfica:** Se contó con acceso a diversas fuentes de información tanto bibliográficas y hemerográficas, así como virtuales, las que se encuentran identificadas.
- **Económica:** Se contó con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que genere la investigación, los mismos que estuvieron detallados en el ítem presupuesto del proyecto de tesis, la misma que fueron autofinanciados por el responsable de la investigación.
- **Temporal:** La investigación se ejecutó durante el periodo correspondiente al año 2015.

⁹ RAMÍREZ ERAZO, Ramón (2010). *Proyecto de Investigación / Cómo hacer una tesis*, Fondo Editorial AMADP, Lima, pp. 465 y ss.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Analizar los argumentos de justificación para considerar al principio de interdicción de la arbitrariedad como mecanismo de legitimación frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública en el Perú.

1.5.2. Objetivos específicos

- a. Describir el desarrollo dogmático y jurisprudencial del principio de interdicción de la arbitrariedad frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública en el Perú.
- b. Explicar por qué un modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, como el Estado peruano, proscribire la arbitrariedad en la actuación de la administración pública.
- c. Identificar y explicar los presupuestos elementales exige la dogmática y jurisprudencia respecto a la interdicción de la arbitrariedad frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública en el Perú.
- d. Fundamentar la exigencia constitucional de la administración pública respecto al principio de interdicción de la arbitrariedad en el marco del Estado Constitucional.

1.6. Formulación de hipótesis

1.6.1. Hipótesis general

El principio de interdicción de la arbitrariedad es un argumento fuerte a favor de la justificación de las decisiones de los poder públicos - autoridades públicas, jueces, fiscales-, ya que el respeto de este principio implica la fundamentación en base a razones objetivas las que justifiquen la decisión, más no se tolerará aquellas decisiones que se basen en la voluntad o en el capricho de la autoridad pública puesto que la misma devendrá en una decisión arbitraria e ilegítima por ello el principio de interdicción de la arbitrariedad ha venido operando como un poderoso correctivo frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de las administraciones públicas cuando ejercen potestades discrecionales (abuso o exceso de discrecionalidad).

1.6.2. Hipótesis específicas

- a. Existe un desarrollo dogmático y jurisprudencial realizado por juristas y el Tribunal constitucional respecto al contenido y sus alcances del principio de interdicción de la arbitrariedad frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública en el Perú.
- b. El carácter vinculante y normativo de la constitución dentro de un modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, como el Estado peruano, constituye la razón por la que se proscribe la

arbitrariedad en la actuación de la administración pública.

- c. Los principios de razonabilidad, debido procedimiento, y la obligación de motivación, constituyen los presupuestos elementales exige la dogmática y jurisprudencia respecto a la interdicción de la arbitrariedad frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública.
- d. La prohibición de que los actos de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se sustenten en razones y no se produzcan como mera expresión de la voluntad del órgano u órgano persona que los dicte, el cual constituye en una exigencia constitucional de la administración pública.

1.7. Variables

V. Independiente:

Principio de interdicción de la arbitrariedad

V. Dependiente:

Actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

- a. **Tipo de investigación:** Corresponde a una a una investigación **jurídica dogmática teórica**¹⁰, cuya finalidad es profundizar y ampliar los conocimientos que presenta el problema sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad como mecanismo de legitimación frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública en el Perú.
- b. **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada **No Experimental**¹¹, debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no posee grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad fue analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.
- c. **Diseño General:** el diseño **transversal**¹², toda vez que se realizará el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, periodo del 2015.
- d. **Diseño específico:** Se empleó el diseño **descriptivo-explicativo**¹³, toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas sobre principio de interdicción de la arbitrariedad

¹⁰ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Editora Princeliness, Lima, pp. 54 y ss.

¹¹ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

¹² HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*, Editorial McGrawHill, México, p. 151.

¹³ *Ibíd.*, p. 155.

como mecanismo de legitimación frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública en el Perú.

1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

1.8.2.1. Población

- **Universo Físico:** Careció de delimitación física o geográfica, ya que estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional en general.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática y la jurisprudencia constitucional.
- **Universo temporal:** El periodo de estudio correspondió al 2015.

1.8.2.2. Muestra

- **Tipo:** No Probabilística
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Doctrina y jurisprudencia penal.
- **Unidad de análisis:** Documentos (Doctrina y Jurisprudencias).

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

- **Ficha de análisis de contenido.** Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones en la jurisprudencia.

- **Documentales.** Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información de la doctrina.
- **Electrónicos.** La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación.
- **Fichas de Información Jurídica.** Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente en el momento oportuno, empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información comprendió en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearan las siguientes: Para la fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de la fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleará la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para la obtención de datos de la presente investigación se realizó a través del método cualitativo lo que permitió recoger información para su valoración y análisis sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no persiguió la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y

significados del problema.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio. El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la fichas y ficha de análisis de contenido, los que nos permitió recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del **análisis cualitativo**¹⁴, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Donde un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística¹⁵.

¹⁴ BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*, Editorial Trillas, México, p. 43.

¹⁵ ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía Metodológica para la elaboración del proyecto de investigación jurídica*, Editorial FFECAAT, Lima, p. 74.

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y variables.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.6. Validación de la hipótesis

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos será mediante fue la **argumentación jurídica**¹⁶. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (...) no se acepta una hipótesis

¹⁶ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima.

mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (...)"¹⁷.

¹⁷ RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Editorial Grijley, Lima, p. 129.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP-UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos manifestar que la presente investigación será un aporte al entendimiento de la problemática jurídica sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública en el Perú.

Realizado la búsqueda se ha podido encontrar a nivel internacional los siguientes trabajos pertenecientes a: CABRERA RABIÉ Mariangel (2004). “El derecho a la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad administrativa” Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho En definitiva, en la cual concluye que: Los órganos de la Administración del Estado no solo deben actuar ajustados a la ley y al ordenamiento jurídico en general, sino que también a la razón, especialmente en su actividad promocional y en el ejercicio de sus facultades discrecionales; la razonabilidad de sus decisiones constituye un límite a su actuar. En el artículo 19 N° 2 inciso 2° de nuestra Constitución Política de la República podríamos decir que está recogida la idea de interdicción de la arbitrariedad consistente en que los órganos del Estado no pueden tratar a las personas según su libre consideración.

Si bien es claro que se rechaza la arbitrariedad, el principio de interdicción de la arbitrariedad como tal no parece estar incorporado a la doctrina nacional como en otros países, es por ello que tomaremos en cuenta la doctrina española para definir dicho principio. Así se ha expresado que dicho principio tiene un doble significado: uno en sentido genérico y otro en sentido más concreto. En el primer sentido se considera como correlativo de la idea ya antigua que ve en la arbitrariedad el reverso o el negativo de la Justicia y el Derecho, su prohibición constitucional juega el papel de una cláusula de cierre del sistema que se corresponde con la fórmula “Ley y Derecho” y que, por lo tanto, comprende todo lo que es contrario a aquélla o éste, se encuentre o no especificado en otros preceptos constitucionales; en sentido más concreto, arbitrario y, por lo tanto, constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de o ajeno a toda razón capaz de explicarlo.

SERRA CALLEJO, Javier (1989). “Control de la arbitrariedad judicial y el art. 24.1 de la Constitución Española”, Universidad de Valladolid, España, donde el autor plantea que: El art. 9.3 CE garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principio fundamental en un Estado de Derecho del que tanto el TC como la jurisdicción ordinaria (1) han hecho un amplio uso. En el presente trabajo nos limitaremos a analizar el significado de esta garantía en el ámbito judicial y su virtualidad en el recurso de amparo constitucional. A nuestro entender, el término arbitrariedad tiene, en el campo citado, una doble dimensión: - una primera, que es sinónimo de "irreflexión o irrazonabilidad en la aplicación

de la ley", y cuya sanción se centra en el art. 24.1 CE, - y una segunda, que debe combatirse por la vía del art. 14 CE, y que equivale a "discriminación".

A nivel nacional se ha podido encontrar el trabajo de: MIMI MIRANDA, José Luis (2013). "Límites a las facultades discrecionales de la Sunat otorgadas por el Código Tributario peruano", Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Escuela de Postgrado. La presente investigación aborda específicamente los temas relacionados a los límites explícitos e implícitos a las facultades discrecionales de la SUNAT otorgadas por el Código Tributario Peruano. Se entiende por límites explícitos, las facultades discrecionales de la Administración Tributaria que han sido conferidas expresamente en la Ley (Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario - Interés Público y el marco de la ley); mientras que por límites implícitos, aquéllos que por ser supletorios (Norma IX del TP del CT) o porque resultan de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico (Constitución Política del Perú de 1993 , Principios Generales del Derecho, Principios del Derecho Tributario, Principios del Derecho Administrativo, Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444) no resultan de aplicación directa. Los principales límites implícitos a las facultades discrecionales de la Administración Tributaria son: el respeto de los derechos fundamentales, la motivación –como parte del principio del debido procedimiento administrativo-, el principio de proporcionalidad o razonabilidad, el principio de interdicción a la arbitrariedad, y el principio de interdicción a la excesividad, entre otros. De los resultados obtenidos de la presente investigación, se acredita la necesidad de convertir a los límites implícitos en explícitos, esto es, incorporarlos expresamente como límites de aplicación directa en el CT, de forma tal que se evite su

inaplicación, en base a una interpretación literal de la norma tributaria. Finalmente, consideramos que la conclusión principal de esta investigación es que “Dado su carácter constitucional, toda la Administración Pública, incluyendo la Administración Tributaria, debe someterse a la aplicación directa y no supletoria de los principios que regulan el procedimiento administrativo, por lo que debe modificarse la Norma IV y IX del TP del CT”.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El principio de interdicción de la arbitrariedad

Autorizada doctrina apunta que, “el valor de cada precepto de la Constitución depende, en definitiva, del significado que le den sus intérpretes-operadores. La letra podrá decir claramente una cosa, la intención del constituyente podrá haber sido bien definida..., pero, en última instancia, la cláusula constitucional regirá del modo con que sea interpretada y aplicada”¹⁸.

Precisamente, a través de la interpretación de las normas constitucionales, nuestro Tribunal Constitucional ha incorporado diversas figuras que antes de sus fallos eran inexistentes para nuestro ordenamiento, al menos de manera explícita. El principio de interdicción de la arbitrariedad –precisamente- es uno de esos novísimos conceptos añadidos por el supremo intérprete de la Constitución¹⁹.

¹⁸ PEDRO SAGÜES, Néstor (2004), *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 34.

¹⁹ CASTILLO CORDOVA, Luis (2009). “*La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*”, en: *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos Fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, p. 23.

Contrario a lo que sucede entre nosotros, en el ordenamiento jurídico español se ha recogido de manera explícita a este principio. Justamente, la Constitución española de 1978 en el inciso “3” de su artículo 9º señala que, “la Constitución garantiza el principio de... la interdicción de la arbitrariedad”²⁰.

Hoy en día la labor del juez ha variado notablemente, no es más la boca que pronuncia las palabras de la ley, sino que en muchos casos puede expulsar del ordenamiento aquellas leyes que son contrarias a la Constitución, asimismo, puede inaplicarlas cuando evidencie en su aplicación una transgresión al contenido de la norma suprema del Estado²¹.

Dada la importancia que ha adquirido la función jurisdiccional – especialmente la justicia constitucional- se requieren de mecanismo que limiten el ejercicio de dicha potestad; de esta manera no podría tolerarse una decisión jurisdiccional que se base en explicaciones o en los móviles de su autor, pues, una decisión ha de estar fundada en razones objetivas²².

2.2.2. La Justificación [motivación] de las decisiones en el Estado constitucional

Sin lugar a dudas, como anota Atienza, resulta una obviedad la relación que existe entre el Estado Constitucional y la argumentación jurídica, pero, quizá no sea tan obvio como hay que entender dicha relación²³. Ahora bien, por “Estado

²⁰ Constitución Española de 1978.

²¹ LÓPEZ GUERRA, Luis (2001). *El poder judicial en el Estado Constitucional*, Editorial Palestra, Lima, p. 44

²² *Ibíd.* p. 85

²³ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Barcelona, p. 28.

constitucional”, enseña el citado profesor , “no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una constitución (o incluso una constitución en sentido formal, sin un texto constitucional) con ciertas características: la constitución del “Estado constitucional” no supone sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales..., sino la existencia de ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, interpretación y aplicación del derecho”.

Es decir, “el Estado constitucional se contrapone así al Estado “legislativo”, puesto que ahora el poder legislativo (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado”²⁴.

En otras palabras, el Estado Constitucional o Estado Constitucional de derecho implica ante todo: el cambio en “las condiciones de validez de las leyes dependientes ya no solo de las formas de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales” ; asimismo, en el Estado constitucional el papel del juez sufre una importante alteración, ya que, aplicará “la ley sólo si es constitucionalmente válida”, pues, la interpretación y la aplicación que haga de la ley “son siempre, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida durante la denuncia de su inconstitucionalidad”²⁵.

Finalmente, el Estado Constitucional implica también que los derechos consagrados en la constitución constituyen un límite impuesto a los poderes de la

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier (2011). *Argumentación Jurídica e Interpretación*, Editorial Grijley, Lima, p. 100.

mayoría, los que ya no podrán verlos sólo como límites, sino que también deberán verlos como parte del contenido de sus actos²⁶.

De allí que, acertadamente, se sostenga que, el Estado constitucional “representa un fórmula del Estado de Derecho, ...su más cabal realización, pues si la esencia del Estado de Derecho es el sometimiento del poder al Derecho, sólo cuando existe una verdadera Constitución ese sometimiento comprende también al legislativo”²⁷.

Así, la constitución, como dicen Gascón y García, “ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad “cualificada” (el poder constituyente) es la norma “más alta”, por lo que también la ley queda sometida a la Constitución, que se convierte en su parámetro de validez”²⁸.

Es decir, ya no es sólo la norma suprema dirigida a condicionar de forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley, sino que es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social. La Constitución del “Estado Constitucional” es una Constitución que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico, condiciona la aplicación

²⁶ RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel (2011). *Creación judicial y Derechos Fundamentales*, ARA Editores, Lima, p. 131.

²⁷ AGUILÓ, Josep (2004). *La constitución en el Estado Constitucional*, Editorial Themis – Editorial Palestra, Bogotá-Lima, p. 50.

²⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ob. Cit., p. 24.

de la ley a su compatibilidad con los valores y principios constitucionales; asimismo, es una Constitución materializada, pues es susceptible de concretización a través de la interpretación. Es la ley de leyes, -la más importante de ellas- cuya efectividad esta jurisdiccionalmente garantizada. Es decir, es una Constitución entrometida, que abarca todo el quehacer jurídico²⁹.

En palabras de Comanducci, “una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”³⁰. En ese sentido, la Constitución del Estado constitucional “responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos; es decir, asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología.

De allí que la Constitución impone al legislador dos tipos de límites: los límites formales y los límites materiales: “Límites Formales: mediante normas que disciplinan el procedimiento de formación de la ley, de manera que el órgano legislativo no puede legislar si no es en conformidad con el procedimiento establecido por la Constitución. Límites materiales: mediante normas que vinculan el contenido de las leyes futuras de manera que se prohíbe al legislador la aprobación de leyes que tengan un determinado contenido”³¹.

Es por ello, por ejemplo, que el legislador ya no puede ver en los derechos fundamentales un límite negativo o un deber de respeto en el desarrollo de su

²⁹ AGUILÓ, Josep. Ob. Cit. p. 51.

³⁰ COMANDUCCI, Paolo (2009). *“Formas de (Neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”*, en: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Barcelona, p. 76.

³¹ AGUILÓ, Josep. Ob. Cit. p. 52.

función, sino que los debe estimar como una exigencia de desarrollo y concreción. Ya que, “el orden jurídico legítimo ya no será aquél que simplemente respeta los derechos, sino aquél que desarrolla en positivo todas las exigencias normativas derivadas de los derechos”. En otras palabras, “la ley, un tiempo medida de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación”.

Como escribe Luís Prieto “las actuales Constituciones principialistas asumen de forma resuelta la función de modelar el conjunto de la vida social, y por eso las relaciones entre legislación y jurisdicción ya no pueden presentarse de manera estrictamente jerárquica, sino de un modo más complejo que tampoco puede calificarse de simétrico: las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional de principios que efectúa este último”³².

Es decir, la jurisprudencia ya no bebe en las fuentes constitucionales a través de la ley, sino que lo hace directamente, sobre todo en aquellas fuentes que incorporan los principios sustantivos y derechos fundamentales. Para el TC la Constitución es una norma fundamental insuflada de valores y principios. La Constitución refiere su supremo intérprete: “... es una norma jurídico-política sui generis. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir”³³.

³² PRIETO SANCHIS, Luis (2002). *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo, y Ponderación Judicial*, Palestra Editores, Lima, p. 45.

³³ CASTILLO CORDOVA, Luis. Ob. Cit., p. 32.

Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, prima facie, una norma política. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo. Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma jurídica³⁴.

En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.

La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad.

Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de

³⁴ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo (2010). *El valor normativo de la constitución*. Disponible en http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_constitucional/interpret_constitu/15-26.pdf. Visitado el 15 de agosto de 2015.

coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto³⁵.

Por otro lado, el Estado Constitucional implica la existencia de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, ahora, un ordenamiento constitucionalizado, debe de cumplir con las siguientes condiciones al decir de Ricardo Guastini³⁶:

- La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
- La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”).
- La “sobreinterpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).
- La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
- La interpretación adecuadora de las leyes.
- La influencia de la Constitución sobre el debate político

Como se habrá podido apreciar la labor del juez esta revestida en el marco del Estado Constitucional de una importante misión: ser el guardián de la

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ GUASTINI, Ricardo (2009). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano*, en: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, Barcelona, p. 49.



Constitución. De allí que, si van a ser los jueces quienes han de decirnos que es y que no es constitucional, entonces tiene necesariamente que existir una herramienta que nos permita controlar el ejercicio de dicha potestad.

El ejercicio del poder en el Estado constitucional se encuentra limitado, ya sea el poder legislativo, el ejecutivo o el judicial, están sometidos a ciertos límites que constriñen sus alcances, así también han de justificarse en forma más exigente. De esta manera, el Estado Constitucional trae consigo el incremento en la tarea argumentativa de los órganos públicos.

En este sentido, anota Atienza, “el ideal del Estado Constitucional (...) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza”. Por ello, dice el profesor, resulta “bastante lógico que el avance del Estado Constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos”. Y es que, en el Estado constitucional las decisiones “públicas tienen que estar motivadas, razonadas, para que de esta forma puedan controlarse”³⁷.

La exigencia de la motivación como una forma de control está fuertemente vinculada con la legitimidad del poder, puesto que, el criterio de legitimidad no es aquí de carácter carismático, ni tradicional, ni sólo formal-procedimental, sino que, en una amplia medida, exige recurrir a consideraciones materiales, substantivas. Esto es, a los valores y principios contenidos en nuestra Constitución.

³⁷ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel Ob. Cit., p. 32.

De allí que, podemos advertir, que así como se ha dotado de grandes facultades a los jueces en el marco del Estado constitucional, también se les ha impuesto una gran carga argumentativa, puesto que, ya no bastará con la invocación a la ley o a la competencia para decidir, sino que a ellos ha de unirse las razones objetivas ofrecidas como justificación de la decisión.

Para el profesor Grandez, “la justificación se presenta como una poderosa herramienta de auto legitimación... para el poder jurisdiccional. Justificando cada una de sus decisiones, el juez ordinario y el juez constitucional logran conectar su potestad jurisdiccional con la democracia misma y sus valores expresados en la Constitución. La justificación de las decisiones del Juez Constitucional, se presenta en este punto, no sólo como legitimación de su propio actuar, sino como punto de contención sobre las críticas que suelen hacerse a la forma en que desarrolla su accionar frente a los demás poderes”³⁸.

Justamente, la necesidad de legitimar la función jurisdiccional a través de la justificación de las decisiones puede ser concretada a través del principio de interdicción de la arbitrariedad, tal cual lo demostraremos a lo largo de este trabajo.

2.2.3. El Estado constitucional como un modelo discursivo

El Estado constitucional, relega al baúl de los recuerdos al Estado decisionista, para dar paso al Estado discursivo. Hemos señalado, que la justificación de las decisiones es algo innato al paradigma del Estado

³⁸ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. Ob. Cit., p. 24.

Constitucional, puesto que, la legitimidad en el ejercicio del poder ya no se agota en el dato normativo, esto es, la ley, así como tampoco se agota en la competencia del agente, sino que además se requiere la expresión de razones objetivas que coadyuven a la justificación de la actuación.

Si como se suele afirmar, el Estado Constitucional implica de alguna manera un Estado judicialistas, es decir, un Estado en el cual los jueces son los actores que dinamizan el ordenamiento a través de la concretización de los valores y principios constitucionales, entonces, se entiende el porqué de la exigencia de una mayor carga argumentativa³⁹.

En este sentido, el ordenamiento resultante del nuevo constitucionalismo, experimenta cambios de relevancia en su estructura y en su dinámica interna, que afectan intensamente al papel de la jurisdicción y del juez. Este paradigma, añade el magistrado español, “implica no solo un cambio en la relación legislador/ley-juez, sino que produce consecuencias relevantes en el plano de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia judicial⁴⁰”.

2.2.4. El principio de interdicción de la arbitrariedad en el derecho peruano

La Constitución peruana de 1993 no ha recogido de manera textual el principio de interdicción de la arbitrariedad, como si lo hace la Constitución española de 1978. Sin embargo, el TC a través de la STC núm. 0090-2004-AA “caso Juan Carlos Callegari Herazo”, ha materializado dicha noción en contraposición al concepto de arbitrariedad.

³⁹ AGUILÓ, Josep. Ob. Cit., p. 52.

⁴⁰ *Ibidem*.

Así ha dicho el intérprete de la constitución que: "... El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, "una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica".

Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como "discrecionales", no pueden ser "arbitrarias", por cuanto son sucesivamente "jurídicas" y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la "crítica racional".

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo

carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

Estando a los términos de la aludida sentencia, tenemos que el principio de interdicción de la arbitrariedad en una acepción clásica surge como la antítesis de la justicia material y el derecho, mientras que desde una percepción moderna se manifiesta a través de la violación del contenido esencial del derecho a la motivación de las decisiones.

Ahora bien, el artículo 1º de la Constitución establece que “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. De la norma acotada se colige que “el hombre”, ser libre, es el fin de la existencia de la sociedad y del Estado, ya que el respeto a su dignidad constituye el límite a toda intervención sobre sus derechos.

Puesto que, como dice Bernal, “la declaración principista de este artículo... es de la mayor importancia en cuanto delimitación del marco conceptual de toda la Constitución, precisión de sus alcances y ubicación de los contenidos orientadores para su interpretación”⁴¹.

Por otro lado, en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución se ha regulado el Derecho constitucional a la motivación de las decisiones, así también, en los

⁴¹ BERNAL BALLESTEROS, Enrique (1999). *La constitución de 1993. Análisis comparado*, Editora RAO, Lima, p. 649.

artículo 3° y 43° se ha recogido al principio democrático como modelo de organización del poder y como una forma de ejercicio del poder así organizado.

Como sabemos, en el Estado constitucional los derechos fundamentales de la persona son límites en el desarrollo de la actividad estatal y en el desenvolvimiento de los particulares, debido a que la plena vigencia de los indicados derechos es una de las notas más típicas de éste; por consiguiente, dicho paradigma implica también que la defensa de la persona y el respeto a su dignidad irradia a cada uno de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 2° de nuestra carta magna, pues, son los derechos fundamentales –precisamente- a través de los cuales se evidencia dicho fin del Estado y la sociedad.

Bajo estas premisas, resulta obvia la existencia –aunque sea de manera implícita- del principio de interdicción de la arbitrariedad en nuestro ordenamiento, principalmente, en su acepción moderna. Y es que, el principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora.

En este sentido, como señala Grandez⁴², “el principio de interdicción de la arbitrariedad, obliga a fundar en razones objetivas toda decisión que venga de cualquier poder público”. De allí que, cuando hablamos de interdicción de la arbitrariedad nos encontramos ante una cláusula general, un principio, que está destinado a desterrar todo intento de arbitrariedad en la actuación pública. Conviene, no perder de vista que, tal cual lo ha señalado Marcial Rubio, nos

⁴² GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. Ob. Cit., p. 56.

encontramos ante un concepto incorporado a nuestro ordenamiento a través de la jurisprudencia del TC.

2.2.5. Discrecionalidad

La actuación pública conforme a las normas vigentes en nuestro país se rige el principio de legalidad, concepto que admite la existencia de actos reglados y de actos no reglados o discrecionales. Respecto a los actos discrecionales, dice el TC, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo.

Ahora, la existencia de actos discrecionales permite al ente administrativo la realización de gestiones que se adecúen a las circunstancias de cada caso. Al decir de nuestro TC, “la discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal”.

Asimismo, anota el intérprete de la Constitución que, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor. La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.

Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales. La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión. La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley⁴³.

La discrecionalidad en el ejercicio de la función jurisdiccional trae consigo el que a través de su labor el Juez configure la norma para la solución del caso en concreto; asimismo, el Juez está facultado para denunciar la inconstitucionalidad de una norma ya sea expulsándola del ordenamiento o inaplicándola en un determinado caso. En otras palabras, la existencia de discrecionalidad en la interpretación y aplicación del derecho coadyuva a la revitalización de las normas vigentes.

Empero, la discrecionalidad no se ejerce al margen de la Constitución o de la ley, puesto que la discrecionalidad ha de basarse en los grados de autorización otorgados por ellas. Asimismo, la discrecionalidad “requiere mayor fuerza en argumentos”. Es decir, existe una mayor carga argumentativa. De allí que, “la discrecionalidad queda sujeta a las siguientes limitaciones: a) en los casos de los

⁴³ STC, Exp. N° 00535-2009-PA/TC

grados de discrecionalidad mayor la intervención jurisdiccional se orienta a corroborar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la forma de manifestación jurídica constitucional o legal de dicha prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de las formalidades procesales; b) en los casos de los grados de discrecionalidad intermedia y menor aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad”.

Y es que como ha subrayado el TC, “la proscripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte”⁴⁴.

2.2.6. Justificación

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, posee un doble carácter: por un lado, “en su manifestación del debido proceso, comprendiendo no sólo el iter procesal (también denominado en nuestro país como debido proceso formal, y que abarca entre otros derechos, el del juez competente, el de ser oído, el de probar, el de impugnar, así como el de contar con una decisión debidamente motivada, etc.), por el otro como el resultado mismo de tal actividad, es decir, la decisión, exigiendo que ésta sea objetivamente justa producto de lo que se ha denominado debido proceso sustantivo, además de correcta”.

Finalmente, subraya, “el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales integra aquél de carácter fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

⁴⁴ STC, Exp. N° 0090-2004-PA/TC

Este derecho constitucional ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico peruano, concretamente en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución como un derecho y principio de la Función Jurisdiccional, asimismo, se encuentra regulada como un deber de los jueces, así como un requisito de validez de las resoluciones judiciales en los artículos 50° inciso 6, 121° y 122° inciso 4 del Código Procesal Civil.

En este orden de ideas, debemos señalar que, la motivación de las resoluciones tiene una doble naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que constituye tanto un derecho respecto a las partes, y al mismo tiempo un deber respecto al Juzgador. Este derecho-deber [la motivación] supone que las resoluciones judiciales han de venir apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, cual ha sido su ratio decidendi.

Es por ello que acertadamente se señala que “la finalidad de resguardar una debida motivación, [...], es garantizar al justiciable que la decisión que ha obtenido -sea o no favorable a sus intereses-, es producto de un razonamiento correcto, en el que además se han tomado en consideración los valores y principios que gobiernan la vida en sociedad, y que deben encontrarse contemplados en la Constitución Política que nos rige, dando lugar a una decisión socialmente aceptable y objetivamente justa; todo lo cual está en aptitud de conocer al revisar los fundamentos de lo decidido” .

De lo dicho, se colige que la motivación cumple su finalidad en dos dimensiones: dimensión endoprocesal y la dimensión extraprocesal.

En la dimensión endoprocesal la motivación cumple básicamente tres funciones: por la primera, se permite a la parte agraviada con la decisión la posibilidad de su impugnación, pues, al conocerse las razones objetivas que han fundado lo decidido el impugnante podrá rebatir cada una de dicha razones a efectos de obtener su revocatoria o su nulidad. Por la segunda, se exige en el juez la expresión de razones objetivas, esto es, de justificaciones, más no explicaciones o móviles, pues a través de esta función se postula una forma de auto control de la decisión. Finalmente, por la tercera se permite al órgano revisor efectuar un control adecuado de la resolución cuestionada.

A diferencia, de la aludida dimensión, en la dimensión extraprocesal la motivación permite el análisis de las incidencias de la decisión en la opinión pública, es decir, se busca la aceptación social de la decisión.

El derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales ha dicho TC, en la STC núm. 04295-2007-HC, es: "...una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso".

Ahora bien, la violación del contenido esencial del derecho a la debida motivación no puede ser imputada a cualquier error, pues, el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, en palabras del TC, en los siguientes supuestos: "... a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de

las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo consistente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa. c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas; que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como lo ha establecido este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N° 1291-2000-AA/TC, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de

su control en sede constitucional. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)”.

2.2.7. La Administración Pública en el Perú

2.2.7.1. Generalidades

El término “Administración Pública” se identifica de modo tradicional con el Estado. De igual manera, en los diccionarios de términos jurídicos se menciona a la Administración Pública como “el Poder Ejecutivo en acción con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos”.

En la legislación peruana, el concepto de Administración Pública ha ido variando con el transcurrir de los años, por lo que resulta pertinente hacer una evaluación de los textos de las normas que han regulado el tema administrativo a efectos de poder apreciar el mencionado concepto.

2.2.7.2. La administración pública en la doctrina

En la doctrina se puede citar a Mularz⁴⁵, quien acuña una definición de “Administración Pública” como: “... aquella organización que el Estado utiliza para canalizar adecuadamente demandas sociales y satisfacerlas, a través de la

⁴⁵ MULARZ, Jordán (2009). “*Teoría de la Administración I: Paradigmas y debates en torno a la Reforma Administrativa.*” Esta información puede consultarse en la siguiente página web: <http://www.monografias.com/trabajos13/parde/parde.shtml#que>. Visitado 14 de agosto de 2015.

transformación de recursos públicos en acciones modificadoras de la realidad, mediante la producción de bienes, servicios y regulaciones.

Este concepto de administración pública nos muestra lo diverso que es esta “organización”, en el sentido de que incluye en su seno diferentes espacios y especialistas que se ocupan específicamente de una tarea, y que su interdependencia hace muy difícil establecer que se debe reformar y que no, y por ende realizar una reforma administrativa no es tarea de unos pocos, sino que abarca a todo el conjunto de ella y también a la sociedad como destino final de los “output” que ella produce”.

En esa misma línea Bonnin señala que: “...la administración pública es la que tiene la gestión de los asuntos comunes respecto de la persona, de los bienes y de las acciones del ciudadano como miembro del Estado, y de su persona, sus bienes y sus acciones como incumbiendo al orden público”⁴⁶.

Para Muñoz Amato, la Administración Pública es: “... un conjunto de ideas, actitudes, normas, procesos, instituciones y otras formas de conducta humana que determinan como se distribuye y ejerce la autoridad política y como se atiende los intereses públicos”⁴⁷.

Finalmente, en la doctrina se precisa que: “La Administración Pública es el contenido esencial de la actividad correspondiente al Poder Ejecutivo, y se refiere a las actividades de gestión, que el titular de la misma desempeña sobre los bienes

⁴⁶ BONNIN, Charles-Jean (2004). *Principios de Administración Pública*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 23

⁴⁷ MUÑOZ AMATO, Pedro (1957). *Introducción a la Administración Pública*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 45.

del Estado para suministrarlos de forma inmediata y permanente, a la satisfacción de las necesidades públicas y lograr con ello el bien general; dicha atribución tiende a la realización de un servicio público, y se somete al marco jurídico especializado que norma su ejercicio y se concretiza mediante la emisión y realización del contenido de actos administrativos emitidos ex profeso”⁴⁸.

2.2.7.3. La administración pública en la legislación peruana

En la actualidad, en materia de Derecho Administrativo, la doctrina considera que, cuando la Administración Pública ejerce función administrativa, lo debe hacer a través de las formas jurídicas que le están permitidas. Estas formas son: reglamentos, actos administrativos, contratos administrativos, actos de la administración y por último los hechos administrativos.

Estas manifestaciones de la administración pública pueden ser efectuadas tanto por: (i) Organismos, (ii) Órganos y (iii) Personas-órgano⁴⁹, las mismas que pueden ser estatales o privadas. Si bien estas explicaciones técnicas pueden parecer del todo claras, en la práctica y, sobre todo, en la legislación positiva, podemos observar una gran confusión conceptual, tal vez producto del “efecto pendular” de la legislación y de la decisión política que toman los gobiernos en determinadas épocas.

⁴⁸ Cfr. <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/021128143527.htm>

⁴⁹ Se entiende por Organismo a aquel ente sea estatal o no que cumple una función determinada y que goza de personería jurídica, por ejemplo, los ministerios. Por Órgano se entiende a aquella oficina o departamento que, necesariamente, debe pertenecer a la estructura de un organismo. Ejemplo de ello lo tenemos en la Dirección General de Administración de un Ministerio. Finalmente, por Persona-Órgano se entiende que es aquella persona que, para efectos de la Administración Pública, ejerce determinadas funciones. Como ejemplo de ello, podemos mencionar al Superintendente de Banca y Seguros. Estos temas pueden ser revisados en el artículo titulado, elaborado por ALVA MATTEUCCI, Mario (1993). “*El Tránsito de la D.G.C. a la SUNAT*”, en: Revista Derecho y Sociedad N° 7, Lima, pp. 67-72.

Si se hace un recuento de la legislación peruana para verificar el concepto de “Administración Pública”, podemos mencionar a los siguientes dispositivos:

A. El Decreto Supremo N° 006-67-SC

Conocido como el Reglamento de Normas de Procedimientos Administrativos, consideraba como administración Pública únicamente al Poder Ejecutivo (Presidencia, Consejo de Ministros y Ministerios); a las entidades del subsector público independiente incluidas las empresas estatales; y, por último, a los gobiernos locales representados por los municipios.

Como vemos, el concepto de Administración Pública es restrictivo y sólo se menciona al sector estatal excluyéndose al sector privado que también ejercía función administrativa a través de sus organismos, órganos y persona-órgano. Pero, la decisión política, al margen de que ejercieran o no función administrativa, fue excluirlos.

B. La Ley N° 25035

Conocida también como la Ley de Simplificación Administrativa, amplía considerablemente el concepto de Administración Pública. “Comprende a los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, las reparticiones de éste último, las entidades, instituciones u órganos a los que la Constitución les confiere autonomía, las instituciones públicas descentralizadas, las empresas de Derecho Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, los Organismos Descentralizados Autónomos y, en general, las entidades de Derecho Público del Estado en cuanto ejerzan funciones administrativas. Como vemos, esta norma

excluye a los no estatales. Esto debido a que hubo un insuficiente manejo del concepto de Administración Pública”⁵⁰.

C. El Decreto Legislativo N° 757

Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, reconoce como entidades de la Administración Pública a los ministerios, instituciones y organismos públicos y a otras instituciones de la administración pública de cualquier naturaleza, sean dependientes del gobierno central, gobiernos regionales o locales. Como apreciamos, nuevamente se excluyó al sector no estatal que también ejerce función administrativa.

D. El Decreto Ley N° 26211

Elevó a la categoría de Ley al Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Con ello, el Poder ejecutivo lo retiró de su esfera de dominio, es decir, ya no podía modificarlo por vía reglamentaria. Ello equivale a decir que sólo podía hacerlo a través de la emisión de una norma con rango de Ley. Posteriormente, se dictó el Decreto Supremo N° 02-94-JUS, el cual aprobó el Texto Único de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

Aquí se plasmó un concepto de Administración Pública mucho más amplio y acorde con la doctrina en materia administrativa. La Administración Pública comprende instituciones públicas o privadas que presten servicios públicos,

⁵⁰ ALVA MATTEUCCI, Mario (1993). “*El Concepto de administración pública*”, Artículo publicado en el Diario Oficial El Peruano. Página Opinión – Derecho, B-14, Edición del jueves 13 de mayo, Lima.

incluidas las universidades. Se incluye, pues, al sector no estatal, situación que era impensable años atrás.

E. La Ley N° 27444

Ley del Procedimiento Administrativo General. Es la norma que actualmente regula los procedimientos administrativos en el país y, en palabras de ELOY ESPINOZA-SALDAÑA, ésta tiene una vocación didáctica y pedagógica. Por ello, señala que: "... en ocasiones esta norma tiene una redacción bastante más próxima a la de un manual de Derecho Administrativo, ya que su innegable preocupación por proporcionar a la Administración y a los administrados múltiples elementos e insumos destinados a facilitar una cabal interpretación de sus preceptos le ha hecho recoger una explicación detallada sobre una serie de temas, además de consignar una larga lista de conceptos que en la mayoría de las normas existentes en el Derecho Comparado no están recogidos expresamente, pues se dan por conocidos y presupuestos"⁵¹.

Al revisar el texto del Artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General observamos que, para los fines de la presente norma, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública al Poder Ejecutivo incluyendo a los Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; al Poder Legislativo; al Poder Judicial; a los gobiernos regionales y locales; a los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes les confieren autonomía; también, a las demás entidades y organismos,

⁵¹ ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy (2012). "*La Ley N° 27444: Las razones de su puesta en vigencia y una breve mención a sus rasgos fundamentales*". Disponible en sitio web: <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/la-ley-27444-las-razones-de-su-puesta.html>. Visitado el 21 de setiembre de 2015.

proyectos y programas del Estado cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de Ley que las refiera a otro régimen; y, finalmente, las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Como se aprecia, aquí se mantiene la tendencia de considerar dentro del concepto de Administración Pública no solo a las entidades estatales, sino también en el caso de los particulares, sobre todo en el caso que se presten servicios públicos o se ejerza una función administrativa. Observemos entonces que, en la práctica, “...no sólo existe Administración Pública en el Poder Ejecutivo, sino en gran parte del Estado e incluso en entes privados que desempeñan funciones administrativas por habilitación del Estado. Del latín “ad-ministrare”, que significa servir, o de “ad manus trahere” que alude a la idea de manejar o gestionar”.

Es pertinente citar a Morón Urbina⁵², quien manifiesta sobre este tema que, no se trata de un concepto unitario de lo que se conceptúa como Administración Pública aplicable a todos los ámbitos normativos e incluso para todo el ámbito del Derecho Público. Este catálogo no es opuesto ni deroga los contenidos del término Administración Pública establecidos para fines presupuestarios, de la contratación pública, o para fines de régimen laboral público. Se trata,

⁵² MORÓN URBINA, Juan Carlos (2002). *Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, p. 18.

exclusivamente, de un concepto para identificar a cuales entidades le serán aplicables las normas de esta Ley.

2.3. Definición de términos⁵³

- **Arbitrariedad.-** Definida por Guillermo Cabanellas como acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno, con abuso de poder, fuerza, facultades o influjos (Cabanellas, 1981). Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que, el concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica (STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC). Concretamente toda actuación de la Administración Pública que es arbitraria se constituye en antijurídica, y como tal, debe ser expulsada de la actuación del Estatal, en un marco de Estado Constitucional de Derecho.
- **Derechos fundamentales.-** Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana⁵⁴.

⁵³ Vid. BASTOS PINTO, Manuel (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima; FLORES POLO, Pedro (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental*, Editorial Grijley, Lima.

⁵⁴ *Ibidem*.

- **El Abuso del Derecho.-** Cuya proscripción se encuentra recogida en el artículo 103° de la Constitución Política de nuestro País, y, en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil vigente; establece que el Estado no ampara el ejercicio abusivo de un derecho; esta prohibición surge de la necesidad de corregir las desigualdades o injusticias que se podrían generar en el ejercicio de cualquiera de las funciones del Estado.
- **El ejercicio o la omisión abusivos de un derecho.-** Se presenta únicamente en el caso en que se produzca una injusta o indebida agresión en contra de un tercero, que si bien posee un legítimo interés existencial que esgrimir en su favor frente a tal agresión, carece sin embargo de una expresa norma del Derecho positivo que le permita, en ese nivel de Derecho, fundamentar su posición. En esta situación, la persona afectada debe recurrir al principio general bajo comentario, es decir, al que significa que la ley no ampara el ejercicio o la omisión abusivos de un derecho subjetivo cuando se afecta antisocialmente un legítimo interés que no se encuentra protegido por norma expresa del Derecho positivo. Es este marco, el que sustenta que un funcionario o servidor público, está impedido constitucionalmente de realizar una interpretación discrecional abusiva que colisione con los derechos o interés del administrado, por el contrario, nuestro ordenamiento constitucional y legal, rechazan este tipo de comportamiento o actuación.
- **El Principio de Interdicción de la Arbitrariedad.-** El principio de Interdicción de la Arbitrariedad significa un pilar básico del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, por lo que no podría entenderse que el otorgamiento de una potestad administrativa a un órgano, servidor o

funcionario público lo faculta para una actuación arbitraria. La proscripción de la arbitrariedad alcanza a todos los actores públicos, estableciendo la obligación que dan sustento a las decisiones adoptadas en ejercicio de las potestades conferidas, como única manera de permitir un control de razonabilidad de las mismas. La prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho.

- **En el Estado social y democrático de Derecho.-** En el Estado social y democrático de Derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana. Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad. (García Toma, 2005). Es decir, la actuación del Estado, por el modelo de gobierno que asumimos, siempre debe enmarcarse en el reconocimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos y ciudadanas, mandato que exige del Estado una actuación que busque satisfacer las necesidades o incertidumbres del administrado, siendo ese el marco para la actuación de todos los funcionarios y servidores públicos.

- **Estado Constitucional de derecho.-** Es un sistema normativo complejo en el que leyes están subordinadas no sólo a normas formales sobre su producción sino también a normas sustanciales, esto es, a los derechos fundamentales establecidos en la constitución. Por eso, las condiciones de validez de las normas son también sustanciales, con el resultado de que mientras el respeto del procedimiento formal es suficiente para asegurar su existencia o vigencia, la validez de las mismas exige coherencia con los principios constitucionales⁵⁵.
- **Estado de Derecho.-** El artículo 43° de la Constitución consagra como principios de nuestro Estado constitucional y democrático el de separación de poderes, la forma republicana de gobierno y el carácter inderogable de los derechos humanos. Estos principios, que constituyen el núcleo esencial de nuestra Constitución y fundamento político de las relaciones entre gobernantes y gobernados, inspiran también como componente obligatorio, las relaciones entre quienes según los procedimientos establecidos en la Constitución, son los llamados a gobernar. En esa perspectiva, no sólo la actuación de los órganos que ejercen función jurisdiccional debe estar ajustada a derecho, sino también las de aquellos que llevan a cabo función política como administrativa. (STC Exp. N°00156-2012-PHC/TC). De lo que entendemos que el ejercicio de cualquiera de las funciones Estatales, legislativa, jurisdiccional, gubernamental, ejecutiva o administrativa, tienen que desarrollarse respetando los principios de separación de poderes, forma republicana de gobierno y obediencia a los derechos humanos, como pilares

⁵⁵ *Ibíd.*

elementales del Estado social y democrático de Derecho, que hemos asumido como forma de gobierno.

- **Motivación del acto administrativo.-** Todo acto administrativo debe contener una motivación adecuada y congruente, lo que significa que un pronunciamiento de la administración pública se constituye en arbitrario cuando carece de motivación o tiene una motivación aparente; cuando existe falta de motivación interna del razonamiento, existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas iniciales que establece el funcionario o servidor en su decisión, o, cuando existe incoherencia narrativa; la presencia de deficiencias en la motivación externa, premisas no confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica; motivación insuficiente; y, motivación sustancialmente incongruente. El deber de motivar constituye una garantía para los administrados frente a la arbitrariedad de una manifestación del poder público, cuyo objetivo es garantizar que los actos administrativos no se encuentren justificados en la mera sensibilidad de los funcionarios o servidores públicos que representan a los órganos u organismos del Estado.
- **Principio de Razonabilidad.-** Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que, la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho.
- **Principio del Debido Procedimiento.-** El numeral 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, establece que forma parte del debido procedimiento administrativo el derecho del administrado a obtener una decisión motivada

y fundada en derecho. Dicha motivación debe efectuarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en concordancia con lo establecido por en el numeral 4) del artículo 3° de la invocada ley. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias (STC Exp. N°03167-2010-PA/TC). Ello implica que el pronunciamiento de la administración pública debe desarrollar una justificación lógica en los hechos, conductas y el derecho que motiva el acto a pronunciarse. Este principio obliga a la administración pública a emitir actos de manera justa, legítima y proporcional. Esto significa que los actos a emitirse tienen que darse dentro de la competencia asignada a los órganos, órganos persona u organismos de la administración; y, mantener una proporción entre los medios y los fines de la norma a invocar.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Discrecionalidad administrativa

Sobre el tema de la discrecionalidad administrativa se ha escrito mucho, sin embargo, no existe un consenso en la doctrina sobre el concepto de la misma, sino por el contrario existen numerosos debates sobre el tema y encontramos que existen diversas definiciones que tratan de darnos un alcance sobre lo que es discrecionalidad. Una de las definiciones más conocidas sobre la discrecionalidad es la que se basa en la relación que existe entre la ley y la actividad administrativa, de tal forma que la discrecionalidad aparece como consecuencia de la regulación que la ley hace de las potestades administrativas. Según esta definición se debe distinguir entre potestades regladas y discrecionales.

Cuando la Ley determina expresa y específicamente cada una de las condiciones del ejercicio de la potestad de la Administración estaremos ante una potestad reglada. Es decir, la Administración no podrá realizar apreciación subjetiva alguna, pues la potestad que tiene el órgano administrativo está preestablecida en la ley, donde se especifica quién es la autoridad competente para obrar, cuál su obligación de obrar y, cómo debe de obrar⁵⁶.

En estos casos, la actuación de la Administración se limita a aplicar la Ley, sin que pueda realizar juicio subjetivo alguno. Es decir, la Administración actúa de una manera casi automática, “si no fuera porque el proceso aplicativo de la

⁵⁶ Cfr. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA (1979), Tomo XI, BRISKILL, Buenos Aires.

Ley, por agotadoras que sean las previsiones de ésta, rara vez permite utilizar con propiedad ese concepto, ante la necesidad de procesos interpretativos que incluyen necesariamente valoraciones, si bien éstas no sean desde luego apreciaciones subjetivas”⁵⁷.

Cabe mencionar, que el Tribunal Constitucional Peruano se ha pronunciado sobre la competencia reglada⁵⁸, considerándola como aquella en que la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad predeterminan en forma concreta la conducta que el operador o agente político debe ejecutar, estableciendo expresamente las condiciones, formas y procedimientos que deberán seguirse. Es decir, el margen de decisión que tiene el Estado en la competencia reglada es mínimo, pues ante el cumplimiento de todos los requisitos señalados en la ley, el Estado debe pronunciarse. De otro lado, al estar predeterminada la conducta del operador en las normas, el ciudadano va a poder saber de antemano la decisión que adoptará el Estado.

Sin embargo, es difícil que se pueda regular con precisión toda la actuación de la Administración, por ello la ley le da a la Administración la posibilidad que pueda operar dentro de márgenes de discrecionalidad. Como señala Davis, nadie sabe cómo redactar leyes que tengan respuesta para todos los casos y para todos los hechos, por lo que la mejor manera de encontrar respuestas es dejar que los administradores las busquen conforme se vayan presentando lo casos⁵⁹. Es

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, p. 491.

⁵⁸ Expediente N° 0013-2003-CC-TC, de fecha 29 de diciembre de 2003.

⁵⁹ Citado por BELTRÁN DE FELIPE, Miguel (1995). *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, pp. 25-26.

imposible que la Administración pueda prever los casos que se van a dar en el futuro.

Además, no debe olvidarse la complejidad de las sociedades y los cambios constantes que se dan en la sociedad de hoy, a nivel social, económico, entre otros, lo cual no permite que se dicten normas estables y estrictas; caso contrario, sería atar a la Administración y no permitir que actúe de manera eficiente ante las demandas de la sociedad⁶⁰. A diferencia de la facultad reglada, en la facultad discrecional la Ley no señala cómo debe actuar la Administración, sino más bien remite la integración de la norma a una apreciación subjetiva de la propia Administración.

Sobre la discrecionalidad, García de Enterría nos dice que: “... es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”⁶¹.

Cabe señalar que la apreciación subjetiva que realiza la Administración no se da al margen de la Ley, pues es la propia Ley la que expresamente lo dispone así. Por ello, la discrecionalidad es considerada un caso típico de remisión legal, en que “la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa (...)

⁶⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2011). “*Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa*”, en: *Ius Et Veritas*, N° 43, Lima, p. 263.

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Ob. Cit., p. 497.

analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares”⁶².

La indiferencia es característica de la discrecionalidad, que se da porque la norma no ha regulado todas las condiciones del ejercicio de la potestad, lo cual lleva a que la Administración realice una interpretación, y elija entre varias opciones, pero dicha elección no podrá hacerse únicamente tomando en cuenta la norma habilitante, sino que deberá tenerse en cuenta todo el ordenamiento jurídico. Por ello, Desdentado manifiesta que no puede considerarse que la discrecionalidad administrativa se mueva en un ámbito de indiferencia relativa⁶³.

Para Santamaría Pastor, la discrecionalidad supone la creación de un ámbito de indiferencia jurídica, donde la Administración puede elegir entre diferentes soluciones, todas ellas igualmente válidas. La indiferencia a que se hace referencia es relativa, toda vez que la decisión que se tome debe respetar los principios constitucionales que establecen el marco de actuación de la Administración y los principios generales del Derecho⁶⁴.

Consideramos que debe tenerse en cuenta que la opción que elija la Administración no solo se va a tomar teniendo en cuenta la norma habilitante, no solo los principios constitucionales que sirven de marco para el actuar de la Administración, sino todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, si la solución de

⁶² *Ibíd.* p. 492

⁶³ DESDENTADO, Eva (1999). *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, 2da. edición, Aranzadi, Navarra, pp. 56-57.

⁶⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2000). *Principios de Derecho Administrativo*, V. 1, 3ra. edición, Centro De Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 399.

un determinado caso estuviera dentro del ordenamiento jurídico, y la Administración no realiza elección alguna, no existiría discrecionalidad.

Otra forma de definir a la discrecionalidad es considerándola como un poder delegado. El poder discrecional se observa en la delegación cuando el “autor de la norma delegante no puede prever ab initio las variadísimas circunstancias de todo tipo en que ésta tendrá que ser aplicada, y en consecuencia, no tiene más remedio que facultar a las autoridades inferiores para que (...) elijan la solución que estimen más adecuada”⁶⁵. Cabe mencionar, que dicha elección es totalmente libre, toda vez que el autor de la norma delegante deberá incluir determinadas pautas generales, de lo contrario la delegación se convertiría en una renuncia simple.

Dicha posición encuentra sus raíces en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, para quien en el derecho siempre existe una indeterminación de la norma superior que permite un margen de apreciación por parte de las autoridades administrativas o judiciales que van a aplicar la norma, esto es, de discrecionalidad, la cual puede deberse a la vaguedad del lenguaje o a las lagunas del derecho.

Para Kelsen, la norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no lo puede hacer al detalle dado que no se puede regular todo, existiendo un margen de libertad de apreciación, concebida como una especie de marco que es necesario llenar. Además, dicho autor señala que hay casos en los que el autor de la norma superior adrede deja ese margen de discrecionalidad, lo cual se observa cuando se da una norma general, siendo la

⁶⁵ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2012). “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”, en: Revista de Administración Pública N° 187, Madrid, p. 151.

norma individual la que continuará el proceso de determinación del derecho. Por ejemplo, el caso de un parlamento que dicta una ley para obligar a la población a tomar ciertas medidas en caso de epidemia, a efectos de que no se propague la enfermedad; para lo cual delega en un órgano administrativo las facultades de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas a tomar⁶⁶.

Sin embargo, no puede considerarse que la discrecionalidad de la Administración surja como producto de la vaguedad del lenguaje o de las lagunas del derecho, pues es la propia ley la que permite que exista una apreciación por parte de la Administración, es decir, existe una remisión de la propia ley. Otra forma de concebir a la discrecionalidad ha sido considerando solo al interés público o general en relación a otros intereses múltiples y heterogéneos en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, Giannini define la discrecionalidad como la valoración o apreciación por la Administración del interés público, que se concreta en una dialéctica entre intereses que realiza el órgano administrativo competente. Dicha dialéctica consiste en que el órgano administrativo actúa para la consecución de un interés primario (el interés general) dado por lo general por el ordenamiento, debiendo al actuar ponderar o comparar qué intereses secundarios (públicos o privados) merecen ser tomados en cuenta o merecen ser sacrificados para la consecución del interés primario⁶⁷.

⁶⁶ Kelsen, Hans (1982). *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, 18va. edición, Universitaria, Buenos Aires, pp. 164-165.

⁶⁷ Giannini, Massimo Severo (1939): *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milán, pp. 72 y ss. Citado por Beltrán de Felipe, Miguel. Ob. Cit., p. 27.

Sin embargo, la posición antes mencionada puede ser objeto de crítica, pues la Administración en cada caso solo tendría una sola salida y es buscar el interés público, es decir, no existiría la posibilidad de que la Administración escoja entre varias alternativas, ésta ya no tendría elección alguna, sino un solo objetivo, con lo cual ya no podría hablarse de discrecionalidad.

La discrecionalidad en la doctrina también ha sido concebida por Desdentado como un supra concepto, que pertenece a la Teoría General del Derecho, que abarca la discrecionalidad del legislador, discrecionalidad administrativa y discrecionalidad judicial; conteniendo el concepto de discrecionalidad solo los rasgos básicos de las formas de discrecionalidad precisadas. El supra concepto solo hace referencia a un determinado modo de operar “consistente en la adopción de decisiones dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento mediante la realización de una elección entre diferentes alternativas sobre la base de criterios extrajurídicos”⁶⁸.

En el caso de la discrecionalidad administrativa, estaremos frente a un poder de decisión otorgado a la Administración por el legislador, quien le da la posibilidad de elegir, solo a éste, entre diversas alternativas que se encuentran en el conjunto del ordenamiento jurídico. En este caso estamos hablando de que la Administración está legitimada para el desarrollo de una determinada política de actuación⁶⁹.

Otra forma de concebir a la discrecionalidad es como la libertad, independencia que tiene la Administración frente al Poder Judicial y al Poder

⁶⁸ DESDENTADO, Eva. Ob. Cit., p. 71.

⁶⁹ *Ibidem*

Legislativo. En ese sentido, la discrecionalidad ha sido definida como el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por una ley, ni puede ser controlada plenamente por un tribunal⁷⁰.

Es decir, para esta posición la discrecionalidad otorga a la Administración un ámbito propio, en la que actúa con autonomía y sin interferencia tanto del Poder Judicial como del Poder Legislativo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Administración no tiene libertad como la tienen los privados, es más no puede actuar con total libertad, pues la Administración siempre tendrá que actuar dentro de los parámetros establecidos por la ley.

Asimismo, la discrecionalidad ha sido considerada como una figura jurídica, en la que existe un margen de libertad, entendido en sentido figurado, que tiene el Gobierno (Administración Pública) para escoger entre diversos criterios o motivos (técnicos, económicos, ambientales, etc.) el que sea más adecuado al interés general. Dicho margen de libertad se da frente al legislador y los jueces, para su actuación de dirección política. Cabe indicar, que la intervención de los jueces solo será para verificar que las decisiones se encuentren conforme al ordenamiento jurídico, más no para sustituir el contenido del acto por sus propias valoraciones⁷¹.

Para Vignolo, la discrecionalidad es vista como un fenómeno de naturaleza bifronte “de perfecta correspondencia entre los poderes públicos involucrados,

⁷⁰ Citado por. DESDENTADO DAROCA, Eva. Ob. Cit., p. 59.

⁷¹ BACA ONETO, Víctor Sebastián (2003), *Los actos de gobierno. Un estudio sobre la naturaleza y régimen jurídico aplicado al ordenamiento peruano*, ARA Editores, Lima, pp. 151 -152.

conformado, a su vez, en su interior por un margen de independencia administrativa aplicable a las relaciones que surjan entre ésta y los Poderes Legislativo y Judicial”⁷².

Para dicho autor, la discrecionalidad implica ese margen de libertad otorgado por la norma, dada por el legislador que establece especiales consideraciones en las labores de fiscalización judicial sobre los actos discrecionales producidos por la Administración. Lo trascendental para dicho autor, es la relación que existe entre el Poder Legislativo y la Administración, siendo importantísimo el papel del legislador pues es quién otorga la potestad discrecional y el ámbito de la libertad a la Administración, así como, quién termina determinando las posibilidades de control del Poder Judicial.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Peruano ha considerado a la discrecionalidad como aquella competencia en donde la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad enuncian el ejercicio de una facultad política, empero dejan en libertad al operador o agente para elegir el curso del acto estatal⁷³.

En una sentencia posterior la ha considerado como una herramienta jurídica que va a permitir a la Administración realizar una gestión de acuerdo a las necesidades de cada momento, toda vez que “los entes administrativos gozan de libertad para decidir (...) dado que la Ley, (...), no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo (...). La discrecionalidad tiene su

⁷² VIGNOLO CUEVA, Orlando (2012). *Discrecionalidad y Arbitrariedad Administrativa*, Palestra Editores, Lima, pp. 139-140.

⁷³ Expediente N° 0013-2003-CC-TC, del 29 de diciembre de 2003.

justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad”⁷⁴.

En base a lo señalado, se puede afirmar que para el Tribunal Constitucional la discrecionalidad es una herramienta jurídica que otorga al Estado un margen de elección para la toma de decisiones, sin embargo, dicho margen no es ilimitado, sino que tiene que basarse en el ordenamiento jurídico.

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional hace referencia a la “libertad”⁷⁵ que tiene la Administración para decidir, ésta no debe entenderse como la libertad que tienen las personas, quienes son titulares de derechos fundamentales y pueden hacer todo lo que la ley no prohíbe, conforme lo dispone el literal a. del inciso 24° del art. 2° de la Constitución Política; pues el Estado no tiene derechos⁷⁶, y su libertad implica que solo puede hacer lo que la ley le permite.

En base a todas las definiciones antes expuestas, podemos considerar a la discrecionalidad administrativa como la libertad de decisión (en sentido figurado) que la Ley le otorga a la Administración, para que ante un determinado caso

⁷⁴ Expediente N° 0090-2004-AA-TC, del 05 de julio de 2004.

⁷⁵ Sobre el tema. Clavero Arévalo nos dice que el principio de la autonomía de la voluntad supone libertad de actuación en lo no prohibido por la ley, mientras que la potestad discrecional de la Administración supone libertad de actuación cuando la ley autoriza dicha libertad. Si bien ambas suponen el reconocimiento de un margen de libertad en el ordenamiento jurídico, en el caso de la autonomía de la voluntad se reconoce por vía general, salvo en los casos prohibidos; mientras que en el caso de la potestad discrecional se va concediendo en forma dosificada para cada caso concreto. *Vid.* CLAVERO ARÉVALO, Manuel (1952). “*La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 7, Madrid, p. 89.

⁷⁶ Existe pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el sentido que los órganos del Estado no tienen derechos o facultades por su propia naturaleza, sino competencias previas y taxativamente señaladas por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad; por lo que no les alcanza lo previsto en el numeral 24, inciso a) del artículo 2° de la Constitución. (Expediente N° 3283-2003-AA-TC, del 15 de junio de 2004).



pueda optar entre varias soluciones por aquella que sea más conveniente para el interés general. Es decir, si la Administración no puede elegir entre varias alternativas la que conviene a un caso concreto no sería discrecionalidad.

Además, debe señalarse que la decisión por la que opte la Administración deberá basarse en el ordenamiento jurídico, no solo en lo establecido en la norma habilitante; y, deberá expresar las razones objetivas que la sustenten, explicando los fundamentos de hecho y de derecho en forma coherente.

Cabe precisar, que esa libertad de decisión que tiene la Administración, que se va a plasmar en un acto administrativo, solo puede referirse a determinados elementos discrecionales, pues algunos son elementos reglados, como son básicamente: i) la existencia misma de la potestad; ii) la extensión; iii) la competencia para actuarla, la cual está referida a un determinado órgano de la Administración y iv) el fin⁷⁷. Cabe mencionar, que estos elementos reglados son los que pueden ser controlados jurisdiccionalmente.

3.2. Discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado

En la doctrina no existe consenso respecto a la diferencia o relación que existe entre el concepto de discrecionalidad y el de los conceptos jurídicos indeterminados⁷⁸, sino que por el contrario existen diversas posiciones.

⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Ob. Cit., p. 493.

⁷⁸ La utilización de los conceptos jurídicos indeterminados en las leyes tiene muchas ventajas, según DESDENTADO, como son: i) al legislador le es imposible regular todo al detalle, para ello necesitaría conocer con antelación los casos que se darían en el futuro, lo cual no es factible, por lo que es necesario utilizar conceptos con cierto grado de indeterminación; ii) los conceptos jurídicos al ser indeterminados dan flexibilidad a la norma, pues permiten una apreciación del concepto en cada caso concreto; iii) en la utilización de dichos conceptos existe una racionalidad económica,

Una revisión de la bibliografía sobre la relación de discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado permite distinguir entre dos grupos que se distinguen por su respuesta a la pregunta si los conceptos jurídicos pueden o no dar lugar a la discrecionalidad administrativa. Un primer grupo afirma categóricamente que la existencia de conceptos jurídicos indeterminados no da lugar a discrecionalidad. Mientras un segundo grupo afirma la posibilidad que dicho concepto dé lugar a discrecionalidad administrativa, precisando las condiciones bajo las cuales los conceptos jurídicos indeterminados pueden dar lugar a discrecionalidad o haciendo uso de una distinción entre tipos de conceptos jurídicos indeterminados.

Un autor representativo del primer grupo es García De Enterría para quien los conceptos jurídicos indeterminados no dan lugar a la existencia de discrecionalidad por parte de la Administración. Al respecto dicho autor señala que en las leyes muchas veces se utilizan conceptos jurídicos imprecisos, como por ejemplo: utilidad pública, necesidad, entre otros, sin determinarse en la ley con exactitud sus límites, dado que no admiten una cuantificación rigurosa; sin embargo, es claro que la ley intenta delimitar un supuesto concreto. La aplicación de dichos conceptos es un caso de aplicación de la ley⁷⁹.

Lo característico de los conceptos jurídicos indeterminados, para García De Enterría, es la existencia de una única solución justa, pues se da o no se da el

toda vez que muchas veces es difícil que los legisladores se pongan de acuerdo para la aprobación de un proyecto de ley, siendo los costes de transacción muy elevados. Asimismo, la utilización de dichos conceptos tiene desventajas y son: i) desplazamiento del centro de poder hacia los cuerpos de aplicación de la ley, porque la ley no es clara al tener conceptos jurídicos indeterminados; ii) la interpretación y aplicación de una norma es difícil al utilizarse conceptos indeterminados, imprecisos. Cfr. DESDENTADO, Eva. Ob. Cit., pp. 103-104.

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. Cit., p. 496.

concepto en un caso concreto; es decir, o hay utilidad pública o no la hay; de igual forma, existe o no existe la necesidad. Y su estructura está conformada por: a) un núcleo fijo o zona de certeza, en la que los datos son precisos; b) una zona de imprecisión o halo de concepto, la cual es más o menos precisa; y c) una zona de certeza negativa, en la que la posibilidad de una solución justa es excluida totalmente. Siendo en la zona de imprecisión o halo de concepto donde se presenta la dificultad para precisar la solución justa, otorgándose en dicha zona a la Administración un margen de apreciación e interpretación de la ley, el cual no implica libre voluntad por parte de la Administración⁸⁰.

Adicionalmente, el autor precitado nos dice que existen conceptos jurídicos indeterminados que incorporan: i) nociones de experiencia que se verifican apreciando los hechos, como por ejemplo si un edificio está o no en ruina. En este caso, el juez puede controlar la aplicación del concepto en forma ilimitada; y, otros conceptos incorporan ii) conceptos de valor que implican juicios de valor técnicos o políticos; en los cuales el juez solo podrá realizar control de los límites.

Sin embargo, en la doctrina existen autores que no están de acuerdo con la posición antes señalada, pues consideran que los conceptos jurídicos indeterminados dan lugar a que exista discrecionalidad por parte de la Administración, difiriendo en la naturaleza y el alcance de dicha discrecionalidad en el caso de distintos conceptos jurídicos indeterminados.

Un primer autor de este segundo grupo es García – Trevijano Fos, para quien hay discrecionalidad cuando se trata de la aplicación de determinados

⁸⁰ *Ibíd.* p. 499.

conceptos jurídicos indeterminados, en los cuales la Administración debe establecer criterios más precisos, como unidades de medida, realizando de esta forma una actividad creativa. Nos da como ejemplo el caso de una norma que establece que podrá otorgarse gratificación especial a los funcionarios de la oficina X que hayan rendido; en este caso, la Administración establecerá lo que se va a entender por “haber rendido” estableciendo los criterios para el otorgamiento de la gratificación⁸¹.

Adicionalmente, el autor antes mencionado considera que existe discrecionalidad cuando la Administración tiene que hacer una valoración ante determinados conceptos indeterminados, como sucede con el caso de los conceptos de necesidad, urgencia, entre otros. Es decir, la Administración tendría que hacer una valoración de determinados componentes del acto discrecional y no simplemente una comprobación.

Otro autor que considera que existe discrecionalidad por parte de la Administración en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados es Sánchez Morón, quien afirma que ésta se da cuando se realiza una valoración, siempre que dicha valoración no incurra en la zona de certeza negativa, es decir, no exceda los límites materiales del concepto. En dichos casos, los tribunales no pueden sustituir las valoraciones realizadas por la Administración.

La Administración al ejercer la potestad discrecional deberá completar una norma imprecisa en el proceso aplicativo. “Lo que ocurre es que el grado de discrecionalidad será en estos supuestos menor que en otros, dado que el proceso

⁸¹ GARCÍA – TREVIJANO, Fos (1968). “*Tratado de Derecho Administrativo*”, en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 193.

administrativo de valoración se halla condicionado y restringido por el concepto indeterminado, es decir, porque, con todo, la norma reguladora de la potestad es menos imprecisa, contiene un criterio valorativo necesario”⁸².

El tema de los conceptos jurídicos indeterminados, para Desdentado, no debe verse desde la óptica de la unidad de solución o de la pluralidad de soluciones, que en doctrina se usa para definir a la discrecionalidad administrativa, tal como lo hace García de Enterría, pues es una perspectiva inadecuada para abordar el tema. La aproximación al tema de la relación entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado tampoco puede llevarse a cabo sin hacer una distinción entre tipos de conceptos jurídicos indeterminados, que permite una precisión de alcances de noción de discrecionalidad.

Para la autora precitada la mera existencia de conceptos jurídicos indeterminados no da lugar necesariamente a discrecionalidad como en García – Trevijano Fos. Para ello la autora propone distinguir entre dos conceptos de discrecionalidad, por un lado la discrecionalidad instrumental y por otro la discrecionalidad fuerte, cada uno asociado a un tipo de concepto jurídico indeterminado distinto, cada uno con un alcance distinto.

Desdentado sostiene con carácter general que: “en la aplicación e interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados (indeterminados en el contexto del ordenamiento jurídico y no en el uso normal del lenguaje) surge la discrecionalidad, pero esta es una discrecionalidad puramente instrumental”⁸³.

⁸² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, p. 53.

⁸³ DESDENTADO, Eva, Ob. Cit., p. 124.

Esta discrecionalidad instrumental o jurídica es aquella que “sirve para poder interpretar y aplicar el Derecho, es decir, para realizar una actividad jurídica (...) consistente en la determinación del significado de las palabras empleadas por los textos legales y en la determinación de cuál haya de entenderse a su correcta aplicación”⁸⁴.

Es decir, en la aplicación e interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados está presente necesariamente un grado de discrecionalidad porque inevitablemente existe un ámbito de libertad para la interpretación y aplicación concreta de estos conceptos jurídicos que no aparece, ni podrá aparecer, completamente determinada por el ordenamiento jurídico. Pero esta discrecionalidad instrumental es un tipo menor de discrecionalidad, ya que ella aparece como un elemento secundario⁸⁵, y es instrumental en tanto sirve a otro fin, el de poder interpretar y aplicar el Derecho.

Esta discrecionalidad originada en la aplicación práctica de los conceptos jurídicos indeterminados en tanto característica del ejercicio de función jurisdiccional es una discrecionalidad jurídica y que por tanto está plenamente controlada por los jueces.

Como sostiene Desdentado: “...la determinación final de cuál es la interpretación y aplicación correcta de un concepto jurídico indeterminado

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 125.

⁸⁵ Se trata de discrecionalidad menor en tanto ella aparece como un elemento secundario originado tanto en las deficiencias y limitaciones propias del proceso de toma de decisiones del ser humano, como en la introducción inevitable de elementos subjetivos en la concreción y aplicación de palabra cuyo significado no está completamente determinado. Cfr. DESDENTADO, Eva, *ob. cit.*, p. 124.

corresponde a los tribunales, que, por tanto, en principio, pueden controlar plenamente y sustituir la decisión administrativa”⁸⁶.

Sin embargo, existen casos en los que la ley o norma contiene otro tipo de conceptos jurídicos indeterminados, tales como como utilidad pública, interés social, entre otros, a los que denomina conceptos indeterminados jurídicos-políticos, cuya apreciación y aplicación: “requiere fundamentalmente de (...) valoración del interés público, de elección de una determinada política de actuación, del establecimiento de escalas de objetivos y prioridades, e incluso de concepciones políticas, en la medida que se trata de palabras que admiten diversas concepciones, según la perspectiva política que se mantenga”⁸⁷.

En este tipo de conceptos jurídicos indeterminados se requiere que la Administración necesariamente realice “elecciones de política administrativa, valoraciones acerca de qué es más conveniente para la satisfacción del interés público o incluso decisiones de organización interna”⁸⁸. En el caso de estos conceptos, denominados jurídico-políticos, sí existe discrecionalidad propiamente dicha por parte de la Administración, se trata de una discrecionalidad de primer nivel otorgada por el mismo ordenamiento jurídico a la Administración para la aplicación de este tipo de conceptos. Discrecionalidad a la que denomina discrecionalidad fuerte, en contraposición a la instrumental.

En el caso de la discrecionalidad fuerte el papel de control judicial en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es mucho más reducido que en

⁸⁶ *Ibíd.* p. 133.

⁸⁷ *Ibíd.* p. 128.

⁸⁸ *Ibíd.*em.



el caso, del tipo de concepto jurídico que da lugar a la discrecionalidad instrumental. Así, los jueces y tribunales pueden y deben verificar que las decisiones tomadas estén enmarcadas dentro del marco general delimitado por el concepto jurídico indeterminado. Pero establecido esto, la elección final que adopte la Administración dependiente de objetivos, prioridades, criterios de política administrativa, debe ser respetada por los tribunales, lo cual es consecuencia del Principio de separación de funciones y pluralismo político⁸⁹.

En suma, la existencia de conceptos jurídicos indeterminados del primer tipo no atribuye poderes discrecionales propiamente dichos a la administración, sino a lo más a un tipo figurado del mismo. La discrecionalidad administrativa propiamente dicha es posibilitada solo por un tipo de concepto jurídico indeterminado, el denominado concepto indeterminado jurídico-político que da lugar a la discrecionalidad fuerte.

Para Vignolo la aproximación al tema del concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad pasa por reconocer que no todos los conceptos jurídicos indeterminados son iguales pues no todos tienen la misma configuración y naturaleza jurídica, teniendo cada uno un tratamiento jurídico distinto. En esto concuerda con varios autores, incluida Desdentado, pero lo hace a partir de una perspectiva de la articulación entre Poder Legislativo y la Administración ligada a su definición de discrecionalidad.

Así el autor distingue también entre dos tipos de concepto jurídico indeterminado. Un primer tipo de concepto jurídico indeterminado es el que no

⁸⁹ *Ibíd.* p. 129

atribuye discrecionalidad administrativa porque la norma no le permite ponderar intereses en un caso concreto. La labor de ponderación de intereses ha sido llevada a cabo por el legislador y aparece plasmada en la norma misma, por lo que la actuación de la Administración aparece completamente predeterminada por la norma⁹⁰.

Un segundo tipo de concepto jurídico indeterminado es el que lleva a operaciones interpretativas en un sentido amplio por parte de la Administración. En este caso, la discrecionalidad administrativa aparece habilitada a favor del órgano administrativo competente por la norma misma, la cual hace uso del concepto jurídico indeterminado como medio de implementar estos poderes discrecionales para que el poder público pueda determinar libremente el interés general.

Pero en la implementación de esta labor, a contraposición de los conceptos jurídicos indeterminados del primer tipo, se requiere necesariamente recurrir a criterios extrajurídicos. Al respecto Vignolo sostiene que: "... los conceptos que atribuyen discrecionalidad forjarán una decisión que deberá acudir, obligatoria y necesariamente, a criterios extrajurídicos, que la justifiquen (pueden ser todos o no)"⁹¹.

Dicho autor nos explica que esto se debe a que "el ejercicio de la discrecionalidad supone la participación de la Administración del interés general, y que este se determina a partir de los intereses concurrentes. En consecuencia, los argumentos que justifican el ejercicio de la discrecionalidad de la Administración

⁹⁰ VIGNOLO, Orlando, Ob. Cit., p. 218.

⁹¹ *Ibíd.* p. 215

han de dirigirse a justificar la concreta ponderación de dichos intereses que realice la Administración”⁹².

Y es que para que la Administración pueda formar su decisión deberá necesariamente llevar a cabo diversas operaciones de la valoración y oportunidad apoyadas en un conjunto de elementos de naturaleza política, sociológica, económicas, científicas, etc., las cuales caen fuera del alcance de la interpretación jurídica, de la propia norma.

Para Vignolo “la labor hermenéutica en general, no se utiliza (...) de ninguna manera en la práctica de estos conceptos jurídicos indeterminados, ya que la definición administrativa del interés general a partir de la ponderación de los intereses en juego (...), aparecida en estos casos, desde la propia remisión normativa (...) exige que este poder público lleve a cabo elecciones de política administrativa”⁹³.

Así, la discrecionalidad de la Administración al utilizar este tipo de conceptos jurídicos indeterminados deberá fundamentarse en criterios extra-jurídicos, los cuales no se encuentran en la norma habilitante, por lo que no pueden ser objeto de interpretación jurídica.

Pero esta libertad ha sido otorgada por la misma norma, de ahí que a diferencia de Desdentado en el caso de su concepto jurídico político que da lugar a discrecionalidad fuerte, no es el concepto jurídico indeterminado el que da origen a la discrecionalidad, sino esta se encuentra contenida en la norma y hace

⁹² MAGIDE HERRERA, Mariano (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid, p. 215.

⁹³ VIGNOLO, Orlando, ob. cit., p. 216.

uso del concepto jurídico para implementarla, ella misma no es otra cosa que expresión de discrecionalidad, definida por el autor como “fenómeno de naturaleza bifronte de perfecta correspondencia entre los poderes públicos involucrados”⁹⁴.

Finalmente, cabe mencionar que, los conceptos jurídicos indeterminados han sido definidos por el Tribunal Constitucional Peruano como conceptos o expresiones utilizados por las normas en que los límites y términos del enunciado no aparecen perfectamente definidos y que, sin embargo, resultan compatibles con el principio de legalidad mientras puedan concretarse utilizando criterios lógicos, técnicos o de experiencia⁹⁵.

Dicha definición fue dada en el caso de la empresa Rama Fibra del Perú S.A. que fue sancionada al consignarse en una guía de remisión “fardos de algodón blanco”, sin describir con detalle los bienes transportados, considerándose que se vulneró lo dispuesto en el artículo 17° del Reglamento de Comprobante de Pago. Sin embargo, en dicho reglamento sólo se establece que las guías de remisión deben indicar la “descripción detallada” del bien transportado, sin determinar el quantum del detalle, por lo que el Tribunal consideró que se trataba de un concepto jurídico indeterminado.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha señalado que la discrecionalidad tiene grados: mayor, intermedia y menor; considerado a los conceptos jurídicos indeterminados como una discrecionalidad de la Administración, pero intermedia, “... donde el margen de arbitrio se encuentra

⁹⁴ *Ibid.* p. 139

⁹⁵ Expediente N° 1198-2002-AA-TC, del 06 de diciembre de 2002.

condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión”.⁹⁶

De nuestra revisión de la bibliografía nos queda claro que la determinación de la naturaleza y alcances de la discrecionalidad, así como su relación con los conceptos jurídicos indeterminados requiere establecer una diferenciación entre dos tipos de conceptos jurídicos indeterminados. No todos los conceptos jurídicos indeterminados son iguales pues no todos tienen la misma configuración y naturaleza jurídica, difiriendo en los criterios de aplicación y mecanismos de control institucional, en suma, teniendo cada uno un tratamiento jurídico distinto.

La discrecionalidad propiamente dicha aparece asociada solo a un tipo particular de concepto jurídico indeterminado, donde este último aparece dando lugar a la discrecionalidad fuerte como en Desdentado, o siendo el concepto jurídico indeterminado expresión misma de discrecionalidad como en Vignolo.

En este tipo de concepto jurídico indeterminado la actuación de la Administración no aparece, ni puede aparecer, completamente predeterminada por la norma ya que su aplicación requiere como condición sine qua non la recurrencia a criterios extrajurídicos, que no están en la norma, por lo que no pueden ser objeto de interpretación jurídica, implicando un rol mucho más restringido para los jueces y tribunales en el control de esta discrecionalidad. Pero esta amplia libertad discrecional de la Administración debe entenderse no como un acto volitivo propio ejercido libremente sino un margen de libertad establecida por la norma misma.

⁹⁶ Expediente N° 0090-2004-AA-TC, del 05 de julio de 2004.

3.3. Discrecionalidad y arbitrariedad

La arbitrariedad implica ausencia de cualquier tipo de sustentación, justificación legal o razonamiento, es el “Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”⁹⁷, mientras que la discrecionalidad, es la libertad de decisión (en sentido figurado) que tiene la Administración, en virtud de la ley, para que ante un determinado caso pueda optar entre varias soluciones por la que sea más conveniente para el interés público.

La Administración es un poder público y como tal un poder funcional otorgado en consideración a intereses ajenos a los de su titular; es un poder obligado a justificarse en su ejercicio, a dar cuenta cumplida de éste. Por ello, la Administración, como poder público, debe sustentar objetivamente sus acciones⁹⁸.

La actos discrecionales de la Administración deben estar debidamente motivados, pues debe tenerse en cuenta que “el ejercicio de la potestad discrecional presupone una opción entre varias posibles, y una razonabilidad en un marco socio – cultural determinado, pero precisamente por ello, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es lo que

⁹⁷ Diccionario de la Real Academia Española en: <http://lema.rae.es/drae/?val=arbitrariedad> (visitado el 01 de abril del 2015).

⁹⁸ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2006). *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*, Palestra, Lima, p. 144.

garantiza que se ha actuado racionalmente y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales ...”⁹⁹.

La motivación no es una simple formalidad, pues es fundamental a efectos de que el administrado tome conocimiento de las razones que sustentan la decisión de la Administración, para que de ser el caso, pueda ejercer su derecho de defensa. Es una obligación que tiene la Administración al ejercer su potestad discrecional, es una exigencia de la cual no puede prescindir “no solo porque permite a la Administración omitir las razones que le asisten, sino porque deja inerme al administrado, perjudicando sus posibilidades de impugnación tanto en vía administrativa, como ulteriormente, en la vía jurisdiccional; dificultando con ello el subsiguiente control judicial”¹⁰⁰.

La diferencia entre lo discrecional y arbitrario está en que “... (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso (...) mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, sino (...) la conocida sit pro ratione voluntas o la que (...) denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad”, según Resolución del Tribunal Supremo de España del 13 de julio de 1984¹⁰¹.

Para el Tribunal Constitucional Peruano lo arbitrario está proscrito por el Derecho y puede ser considerado como: a) decisión caprichosa, vaga e infundada

⁹⁹ RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOZ, Jaime (2011). “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”, en: Revista de Derecho PUCP, N° 67, Lima, p. 227.

¹⁰⁰ DIEZ SÁNCHEZ, Juan José (1992). *El Procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, p. 255.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Ob. Cit., p. 95.

desde la perspectiva jurídica; b) decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica¹⁰².

En base a lo indicado podemos afirmar que la discrecionalidad y la arbitrariedad son conceptos totalmente diferentes. No pudiéndose equiparar la discrecionalidad con la arbitrariedad, pues este último es un acto contrario al Derecho, a la justicia, inmotivado o carente de fundamentación objetiva.

3.4. El principio de interdicción de la arbitrariedad como límite a la Administración Pública

Antes de desarrollar el contenido de este principio, se parte del significado etimológico de la palabra arbitrariedad, la cual proviene del latín “arbitrium”, que cuya traducción literal significa arbitrio¹⁰³, esta última palabra hace alusión a la facultad de regir la propia conducta del sujeto que puede ser un particular o el Estado, la cual se concretiza con la adopción de una decisión con preferencia de otras, mediante la libre valoración personal de todas las opciones posibles.

Existe una tendencia a relacionar la arbitrariedad con la injusticia, la razón de lo anterior descansa en considerar a la arbitrariedad como una la inadecuación que tiene un acto o mandato imperativo, emitido por un órgano de autoridad con respecto a una o varias normas de carácter general, que deben regir en la situación en que dicho acto se produce, lo anterior supone que acto arbitrario es aquel que está en contra de la esencia del derecho, dicho lo anterior se entiende que cuando

¹⁰² Vid. Expediente N° 0090-2004-AA-TC, del 05 de julio de 2004.

¹⁰³ NICOLLIELO, Nelson (2004). *Diccionario del latín jurídico*, Editorial B de F, Buenos Aires, p. 36. La definición dada por el autor se refiere a una traducción literal de la palabra.

un particular obra en contra de la ley, su comportamiento es ilegal, pero en cambio cuando el Estado, obra en contra de la ley su actuación es arbitraria siempre y cuando no se incurra en una ilegalidad.¹⁰⁴

Sin embargo, la pequeña línea entre la antijuricidad y la ilegalidad de los actos de la administración es tan delgada que se ha de tomar en cuenta, el aporte del Filósofo Luis Recasens Siches, que plantea lo siguiente: “Parece que, en sentido estricto, se llama arbitrarios a los mandatos antijurídicos con irresistible fuerza impositiva e inapelables dictados por órganos del poder público; y que, en cambio, propiamente, los actos antijurídicos de los poderes públicos, que son rectificables y sancionables por otra instancia superior de éstos, merecen en puridad la calificación de ilegales”.¹⁰⁵

De ahí que al entender a la arbitrariedad como una voluntad conforme a la elección propia, esto supone la existencia previa de una ley, puesto que la potestad de la voluntad no se haya en la ley, sino la simple potestad, de ahí que no puede existir una arbitrariedad sin la existencia de la ley¹⁰⁶, porque es necesario conocer la potestad tanto en su sentido positivo como negativo para verificar que efectivamente la aplicación de la misma está en contra de la ley misma.

Sin embargo, lo anterior solo sirve para clarificar la calificación de actos antijurídicos de los ilegales, pero descartando todos los actos ilegales de la administración, un acto antijurídico propiamente dicho es aquel que sigue siendo

¹⁰⁴ VON IHERING, Rudolf (1978). *El Fin en el Derecho*, Editorial Heliastra, Buenos Aires, p. 176.

¹⁰⁵ RECASENS SICHES, Luis (2008). *Tratado general de filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, pp. 213 -214.

¹⁰⁶ VON IHERING, Rudolf. Ob. Cit., p. 176. “no hay arbitrariedad si antes el pueblo no ha reconocido la fuerza bilateralmente obligatoria de las normas públicas”.

legal, pero se aparta de la finalidad de la norma vigente y valida en el tiempo; y en las circunstancias en las que se ha dictado, por ello que la desviación de poder, es una manifestación concreta de la vulneración al principio de prohibición de la arbitrariedad.

De ahí que el concepto de arbitrariedad, de forma clara expresa la necesidad de la existencia una ley y que el acto sea contrario al a su esencia, por tanto “la arbitrariedad se trata de la conducta del Estado (en sentido lato) contraria a la esencia de la ley, ya sea por desviación o por exceso de poder”¹⁰⁷ y no en contra de la ley misma, puesto que esto configuraría una ilegalidad del acto de la administración.

Pero se advierte que el carácter de arbitrariedad descansa en la persona que tenga capacidad de decisión dentro de la administración para dictar una decisión y no en la antijuridicidad de su acto.¹⁰⁸ Esto debido a que la persona natural, por si misma no puede dictar un acto decisorio a menos que este facultado para ello, es decir que se encuentre ejerciendo un cargo de autoridad dentro de la administración, y los actos que dicte en el ejercicio de sus funciones, ha de entenderse que solo son determinados por la ley.

Una vez establecido lo que se entiende por arbitrariedad, es importante el origen de su concreción jurídica como principio constitucional; la noción de

¹⁰⁷ ROMERO PEREZ, Jorge Enrique (1999). *Derecho administrativo general*, Editorial EUNED, Costa Rica, p. 72. El autor relaciona la desviación de poder en el sentido que este concepto determina que la actividad estatal se aparta de sus fines programáticos.

¹⁰⁸ RECASENS SICHES, Luis. Ob. Cit., p. 213. “Pero adviértase también que la calificación arbitrario no se aplica a todos los actos que son contrarios al Derecho, sino solamente a aquellos actos que proceden de quien dispone del supremo poder social efectivo y que se entienden como antijurídicos; es decir, a los actos antijurídicos dictados por los poderes públicos, con carácter inapelable.”

interdicción de arbitrariedad fue acuñada por el autor Gerhard Leibholz en año 1928, para ofrecer un criterio con el cual ponderar el respeto por el legislador por el principio de igualdad¹⁰⁹, la cual consiste en la prohibición de establecer diferenciaciones carentes de razón justificada, de lo ahí se desarrolla uno de los principios que en la actualidad limita a los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones.

El principio interdicción de arbitrariedad, es conocido en la doctrina del derecho administrativo como el principio de objetividad, racionalidad o no arbitrariedad de la administración¹¹⁰; sin perjuicio de la denominación que se le otorgue, la esencia es la misma, es una garantía al administrado y un límite a la administración pública en el ejercicio de sus funciones.

Es un mecanismo correctivo frente a las actuaciones abusivas o discriminatorias de la administración en el ejercicio de potestades discrecionales; es una garantía de los administrados frente a los actos de la administración pública, que exige un ejercicio objetivo de sus funciones, y la total consideración del llamado interés público al momento de que el funcionario público dicte un acto, en ejercicio de sus facultades delegadas por el Estado.

Este principio, en el derecho español ha sido utilizado por los tribunales contenciosos para tres cuestiones importantes: a) como límite a la libre estimación

¹⁰⁹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo (1991). “¿Es Inconveniente o Inútil la Proclamación de la Interdicción de la Arbitrariedad como Principio Constitucional?”, en: RAP, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 124, Madrid, pp. 211-212. “El principio de igualdad significaría, en definitiva, de acuerdo con ello, la prohibición de la arbitrariedad, de las diferenciaciones carentes de una razón de ser justificada”.

¹¹⁰ LEGUINA VILLA, Jesús (1987). “Principios Generales del Derecho y Constitución”, en: Revista de Administración Pública, Nº 114, Madrid, pp. 31-32. “El principio de objetividad, de racionalidad o de interdicción de la arbitrariedad de la Administración Pública ha operado como un poderoso correctivo frente a actuaciones abusivas.

de los hechos por la Administración; b) como elemento del concepto de ilegalidad por desviación de poder que su vulneración implica, y c) como garantía del principio de igualdad.¹¹¹ Estos elementos son los que se consideran al momento de determinar una vulneración a este principio, en consecuencia la simple alusión de prohibir una arbitrariedad resulta ambigua si se interpreta de forma literal el principio, pero estos elementos ayudan a identificar la posibilidad de vulneración del principio.

Aplicando lo anterior al ámbito del derecho administrativo, entienden que la arbitrariedad es: “la toma de una decisión no sujeta a las exigencias legales sino fruto de una mera oportunidad no amparada por las normas jurídicas o, peor aún, es consecuencia del capricho subjetivo o del puro voluntarismo de la autoridad pública”.¹¹²

Para el TC expresa que: “la arbitrariedad implica la carencia de fundamento alguno de razón o de experiencia, convirtiendo en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad”¹¹³; de ahí que el concepto está ampliamente relacionado con la manifestación de actos injustos e inmotivados, que al aplicarlo al plano de la administración pública, constituyen el llamado abuso de poder.¹¹⁴

¹¹¹ La interdicción de la arbitrariedad deberá de estar amparada en cualquiera de los elementos que el autor establece como los requisitos para establecer una violación al principio de la arbitrariedad. *Ibidem*.

¹¹² GARBERI LLOBREGAT, José y BUITRON RAMIREZ, Guadalupe (2008). *El Procedimiento Administrativo Sancionador*, Editorial Tirand lo Blanch, Valencia, p. 469.

¹¹³ La fundamentación ha de estar amparada en la razón y en la objetividad, estos pilares son los determinantes para evitar decisiones carentes de razón y por tanto arbitrarias.

¹¹⁴ *Vid.* MARTINEZ MORALES, Rafael (1997). *Derecho administrativo, diccionarios jurídicos temáticos*, Vol. 3, Editorial Harla, México. “Abuso de poder: Actuación de algún servidor público

Este principio vincula no solo a la administración pública, sino a todos los órganos del Estado tanto al órgano jurisdiccional y legislativo; el primer fundamento se sustenta en la teoría de la división de poderes, la cual establece que existe un sistema de pesos y contrapesos, que limitan el poder del Estado creando mecanismos de control tanto interno como externos; y por lo tanto las actuaciones de los órganos del estatales no podrán ser arbitrarias porque están sometidas a la legalidad constitucional de sus actos.¹¹⁵

El segundo fundamento que se encuentra en el texto de la constitución, en su art. 45, el cual establece de manera esencial que todos los ejerzan el poder - funcionarios tanto civiles y militares- lo hacen con las responsabilidades y limitaciones de la constitución y las leyes; en consecuencia están sometidos a la constitución y están obligados a respetar y hacerla cumplir, sobre todo en los actos que ellos emitan¹¹⁶; por tanto, este principio configura un límite a las potestades del Estado en general y no solo está referida al ámbito de la administración pública. La relación que posee con el principio de seguridad jurídica, el TC, ha expuesto que la interdicción de la arbitrariedad, es una manifestación del principio de seguridad jurídica, y lo hace al expresar que:

rebasando los límites que el orden jurídico le fija para el ejercicio de la función pública a su cargo; con ello cae en arbitrariedad e ilegalidad”.

¹¹⁵ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier (2007). *Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, p. 8. “(...) Bajo el principio de división de poderes en el que según el diseño de Montesquieu el poder debe tener un sistema de frenos y contrapesos para que el poder limite al poder, se entiende que los tres poderes clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) tienen igual peso y valor, de tal manera que existe una relación respetuosa que permite al Estado ejercer plenamente las funciones generalmente consensuadas en donde el Legislativo legisla, el Ejecutivo ejecuta y el Judicial resuelve las controversias que son sometidas bajo su tutela. En este ejemplo clásico, de ejercicio republicano y democrático, precisamente es esta división de poderes la que evita que el poder se acumule y se cometan arbitrariedades (...)”

¹¹⁶ *Vid.* Artículo 38 y 45 de la Constitución Política del Perú de 1993.

“Existen diversas manifestaciones de la seguridad jurídica (...); una de ellas es justamente la interdicción de la arbitrariedad del poder público y más precisamente de los funcionarios que existen en su interior. Estos se encuentran obligados a respetar los límites que la ley prevé de manera permisiva para ellos, al momento de realizar una actividad en el ejercicio de sus funciones. Un juez está obligado a respetar la ley y sobre todo la Constitución al momento de impartir justicia. Sus límites de actuación están determinados por una y otra. Obviar el cumplimiento de una norma o desviar su significado ocasiona de manera directa violación a la Constitución y, con propiedad, a la seguridad jurídica”¹¹⁷.

En este punto, es claro que el principio constitucional de no arbitrariedad posee una estrecha relación entre la aplicación del precedente, y especial énfasis del precedente administrativo; porque el mismo fenómeno que ocurre en sede judicial, sucede en la administración pública en el ejercicio de sus potestades principalmente discrecionales; por tanto el precedente administrativo, tiene la finalidad de controlar la discrecionalidad de los actos, al evitar que los mismos sean arbitrarios y perjudiciales para los administrados.

3.5. La vinculación del principio de interdicción de la arbitrariedad con el principio de igualdad

La relación es estrecha entre ambos principios, no debemos de olvidar que entre los principios constitucionales no existe una jerarquía interna, por lo que

¹¹⁷ La interdicción de la arbitrariedad, para el TC es considerada como una manifestación del principio de seguridad jurídica, sin embargo este principio sin perjuicio que sea autónomo o no, cubre el aspecto que por sí sola la seguridad jurídica no alcanza a cubrir. De la misma forma, aunque la sentencia citada habla de la funciones de un juez, esta también es aplicable a los órganos administrativos, puesto que también los órganos administrativos son aplicadores del derecho y están vinculados a lo preceptuado en la Constitución y demás leyes de la república.

ambos al estar en un plano igualitario de apreciación y de aplicación, se deben de considerar complementarios en tanto se respete la igualdad se considera que la actuación del Estado no es arbitraria.

En el derecho Español este principio es otra cara de los principios de igualdad y seguridad jurídica, desde la perspectiva del control de los órganos del Estado; de ahí que la STCE 83/84, de 24 de julio de 1984, ha afirmado que el principio de igualdad en la ley obliga al legislador a “no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferenciales reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma (...) a no anudar consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados”.¹¹⁸

En este orden de ideas, este principio también está delimitado a cuestiones específicas dentro del control del Estado, así por ejemplo el Tribunal Constitucional ha establecido que solo puede enjuiciar “la desproporción entre el fin perseguido (por el legislador) y los medios empleados para conseguirlo cuando esa falta de proporción implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza”¹¹⁹. Por consecuencia, si los actos de la administración son discriminatorios, desiguales y carentes de un razonamiento

¹¹⁸ DÍEZ-PICAZO, José María (1982). “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”, en: Revista de Administración Pública, Nº 98, Madrid, p. 9. “El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizado por el artículo 9 de la Constitución, es, en definitiva, la otra cara de los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. Trata de proteger los mismos valores, pero desde el punto de vista de los poderes públicos, prohibiéndoles conductas desiguales y desleales”

¹¹⁹ Los fines del Estado están programados en los principios constitucionales que los rigen y dan soporte, entre ellos están la legalidad, la igualdad, la no arbitrariedad, y la legítima confianza, relacionada ampliamente con el principio de interdicción de la arbitrariedad.

objetivo y racional, solo entonces se consideran arbitrarios, y por ello dichos actos son anulables¹²⁰.

Se establece que la prohibición de la interdicción de la arbitrariedad, al vincularla con el principio de igualdad, concretiza uno de los fundamentos de la vinculación del precedente administrativo, en cuanto frente a una situación en la cual se está en ejercicio de una facultad discrecional, la aplicación de dicha facultad deberá ser igual, en aquellos casos en donde se haya establecido que son similares, mediante la valoración de los elementos objetivos y subjetivos del hecho¹²¹.

Al aplicar las protestas administrativa discrecional, sin mediar razonamiento alguno, nos encontramos frente a un acto arbitrario, el cual a su vez es un acto desigual, por lo tanto al ser desigual a la luz del ordenamiento jurídico constitucional, es al mismo tiempo un acto anulable, por no respetar la legalidad constitucional.

3.6. Principio de interdicción de la arbitrariedad en el Perú

La figura de la interdicción de la arbitrariedad fue dada a conocer por el alemán Leibholz, para quien dicha figura tenía por objeto que las normas legales dadas por los legisladores no sean arbitrarias y atenten contra la libertad

¹²⁰ La nulidad establecida por los actos discriminatorios, ha de ser verificable por las razones legales, puesto que en la misma ley existen excepciones que deben de ser comprobadas.

¹²¹ LEGUINA VILLA, Jesús. Ob. Cit., p. 31. El autor hace referencia al derecho Español, y lo hace al exponer de forma literal que: "Como criterio general, el Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que la interdicción de la arbitrariedad está estrechamente vinculada al respeto del principio de igualdad, de suerte que los poderes públicos incurren en arbitrariedad cuando en su actuación provocan discriminaciones o desigualdades carentes de una justificación objetiva y razonable



individual. Según García De Enterría, Leibholz en su obra *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, en el año 1959, “construye el tema de la vinculación del legislador al principio de igualdad ante la Ley, como una prohibición del establecimiento de normas arbitrarias”¹²².

Cabe mencionar, que la interdicción de la arbitrariedad ha sido recogida como principio en la Constitución Española de 1978, en el numeral 9.3 del artículo 9º, en la que se señala que: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Uno de los primeros que escribió sobre la interdicción de la arbitrariedad en España fue García De Enterría para quien el principio recogido en la Constitución Española debe ser entendida como “Proscripción formal de un tipo de mando, de poder, entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta (...) la exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón para toda decisión en la que el poder se exprese”¹²³. Para dicho autor, la Constitución solo acepta como único poder legítimo a aquel que proviene de una voluntad racional.

Para Lorenzo Retortillo, Senador autor de la iniciativa de incluir el Principio de Interdicción a la Arbitrariedad en la Constitución Española, dicho principio

¹²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1989). “*Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 29, Madrid, p. 168.

¹²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Ob. Cit.*, p. 518.

constituye un mecanismo más de control de los poderes públicos, no para quitarles la libertad de actuar, sino erradicar la arbitrariedad; lo cual sería positivo al momento de informar sobre la actuación del aparato público¹²⁴.

En el caso del Perú, el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad no ha sido recogido por la Constitución de 1993; sin embargo, dicho principio ha sido reconocido y usado por el Tribunal Constitucional en varias sentencias, estableciendo qué se debe entender por dicho principio, realizando con ello una construcción de dicho principio a nivel jurisprudencial.

El Tribunal Constitucional, en su desarrollo jurisprudencial, ha considerado sobre el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad lo siguiente:

a) “De conformidad con el artículo 45° de la Constitución, el Tribunal estima que el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 895 (...) vulnera el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, al calificar como terrorista a quien integre o sea cómplice de una banda armada (...) el elemento que ha de caracterizar este tipo de ilícito es la finalidad política y/o ideológica de la agrupación organizada”¹²⁵. Es decir, dicho principio prohíbe que el legislador cambie la calificación de terrorista a alguien que no cumple con el tipo de ilícito penal, pues el ser integrante de una banda armada que no tiene finalidad política y/o ideológica es un ilícito penal común.

¹²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991). “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como Principio Constitucional?. Una nota”, en: Revista de Administración Pública, N° 124, Madrid, pp. 221-224.

¹²⁵ Expediente N° 0005-2001-AI/TC, del 15 de noviembre de 2001.

b) Dicho principio surge del principio del Estado de Derecho y que tiene un doble significado, relacionado netamente con la arbitrariedad y que es: “a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho y b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”¹²⁶.

c) Es un límite a todo poder público, al señalar que la Constitución al reconocer el Estado democrático y social de derecho ha incorporado el principio de interdicción de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta, poniendo así un límite a todo poder público¹²⁷.

d) Ante una posible arbitrariedad, que supuestamente transgrede derechos constitucionales, debe permitirse la revisión del acto, por ello señaló que “debe examinarse el grado de razonabilidad o arbitrariedad en su argumentación, lo que en doctrina se denomina debido proceso material o sustantivo; y la hipótesis de que, tras la eventual vulneración del proceso de donde se deriva, este se haya convertido en irregular y permita la opción de control mediante el presente proceso constitucional”¹²⁸.

e) La falta de motivación está asociada con la arbitrariedad, señalando que el “...Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición

¹²⁶ Expediente N° 0090-2004-AA/TC, del 05 de julio de 2004.

¹²⁷ Expediente N° 1803-2004-AA/TC, del 25 de agosto de 2004.

¹²⁸ Expediente N° 2347-2004-AA/TC, del 18 de febrero de 2005.

impuesta por la Ley N° 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo”¹²⁹.

f) El Principio de Interdicción de la Arbitrariedad se relaciona con el Estado constitucional democrático, indicando que “El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora”¹³⁰.

El principio bajo estudio ha sido considerado vulneración de otros derechos fundamentales, cuando se señala que el Consejo Nacional de la Magistratura al emitir la decisión de no ratificación en el cargo de Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, lo ha hecho “sin motivación alguna y sin respetar, entre otros, sus derechos a la dignidad, a la integridad moral y al libre desarrollo de la persona, al honor y la buena reputación, a la motivación de las resoluciones, así como al principio de interdicción de la arbitrariedad”¹³¹.

h) La Corte Suprema incluso se encuentra sujeta al principio de interdicción de la arbitrariedad, como cualquier poder público y, que es un principio que se deriva a su vez de los principios de Supremacía Constitucional y del Estado de Derecho¹³².

¹²⁹ Expediente N° 0091-2005-PA/TC, del 18 de febrero de 2005.

¹³⁰ Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, del 28 de febrero de 2006.

¹³¹ Expediente N° 1050-2006-PA/TC, del 14 de marzo de 2006.

¹³² Expediente N° 3151-2006-AA/TC, del 17 de septiembre de 2008.

i) Los principios del procedimiento administrativo como son los Principios de Participación y de Predictibilidad, establecidos en artículo IV de la Ley que los N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General han sido considerados como una expresión del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.¹³³

Como se observa de las resoluciones antes mencionadas, existe un reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad a nivel jurisprudencial. Sin embargo, no existe un concepto claro del principio antes mencionado; pues para el Tribunal Constitucional en algunos casos estamos ante un principio constitucional, en otros, ante un concepto que va de la mano con otros principios, o como un límite del poder público. Pero aun teniendo en cuenta que ya existe un reconocimiento por el Tribunal Constitucional del principio antes mencionado, consideramos conveniente que sea incluido como principio constitucional, de esta manera sería conocido por todos y sobretodo respetado.

¹³³ Expediente N° 04012-2009-PHD/TC, del 08 de enero de 2010.

CAPITULO IV

VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. Validación de la hipótesis general

Las hipótesis formuladas ha quedado validada; existiendo argumentos razonables y fundados que justifican que el principio de interdicción de la arbitrariedad es un argumento fuerte a favor de la justificación de las decisiones de los poder públicos -autoridades públicas, jueces, fiscales-, ya que el respeto de este principio implica la fundamentación en base a razones objetivas .las que justifiquen la decisión, más no se tolerará aquellas decisiones que se basen en la voluntad o en el capricho de la autoridad pública puesto que la misma devendrá en una decisión arbitraria e ilegítima por ello el principio de interdicción de la arbitrariedad ha venido operando como un poderoso correctivo frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de las administraciones públicas cuando ejercen potestades discrecionales (abuso o exceso de discrecionalidad); siendo las siguientes:

4.1.1. Motivación de la actuación administrativa y principio de interdicción de la arbitrariedad: Legitimación democrática de la administración públicas

Las administraciones públicas, en el contexto del Estado democrático y constitucional de Derecho, están más necesitadas que nunca de explicarse y darse a entender frente a los ciudadanos. Los administrados, por su parte, ante los privilegios posicionales de los poderes públicos, esperan que, al tomarse una decisión, sea lo suficientemente fundada y razonada, para comprender los

verdaderos fines y propósitos de la misma y, eventualmente, hasta para prestar su colaboración en su debida implementación o ejecución (gobierno y administración por consenso).

Las administraciones públicas deben ser casas de cristal, traslúcidas y transparentes, de tal manera que el ojo fiscalizador ciudadano pueda penetrar y escrutar todos sus intersticios y, si es necesario, demandar mayores explicaciones de las actuaciones tomadas, así lo imponen principios constitucionales de gran importancia como los de transparencia y publicidad¹³⁴. Pero, por sobre todo, las decisiones administrativas deben ser y, no solo aparentarlo, producto de un procedimiento razonablemente pausado en el que se ponderen todos los presupuestos fácticos y jurídicos que concurren en su adopción, de manera que sea un verdadero producto de la reflexión y la deliberación para garantizar su pleno acierto.

En la medida en que las administraciones públicas expliquen, racionalmente, sus decisiones contarán, más fácilmente, con la aceptación o aquiescencia de la ciudadanía, con lo que se fortalecerán y legitimarán democráticamente¹³⁵. Los poderes públicos se deben a los ciudadanos y no deben tomar decisiones antojadizas o carentes de fundamentación e imponerlas autocráticamente, el Derecho Administrativo y, en particular, la Teoría General del Acto Administrativo, ha creado una serie de instituciones para garantizar el

¹³⁴ JINESTA LOBO, Ernesto (2006). *Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa*, Editorial Juricentro, San José, p. 39

¹³⁵ "(...) la idea de legitimidad concierne ante todo y sobre todo al derecho de gobernar. La legitimidad es el reconocimiento del derecho de gobernar. En este sentido, trata de aportar una solución a un problema político fundamental, aquel que justifica simultáneamente el poder político y la obediencia" COICAUD, Jean-Marc (2000). *Legitimidad y política. Contribución al estudio del Derecho y la Responsabilidad Política*, Homo Sapiens Ediciones, Rosario, p. 21.

derecho de los ciudadanos a conocer las razones que mueven a las administraciones públicas para la adopción de una determinada resolución, tales como el motivo y la motivación, entendidos como elementos del acto administrativo. Incluso, a partir del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Administrativo¹³⁶, hoy día, en materia de procedimiento administrativo – parte especial del Derecho Administrativo–, se estudia, con particular esmero, la motivación de las resoluciones administrativas como un componente más del contenido esencial del derecho fundamental y humano al debido proceso y a la defensa.

Por último, siempre desde la perspectiva, apuntada –constitucionalización del Derecho Administrativo- han surgido un entramado de valores y principios de rango constitucional que obligan, fuertemente, a las administraciones públicas en la dirección apuntada, tales como el pluralismo, de interdicción de la arbitrariedad, de la transparencia y la publicidad, el democrático, el de participación y los de objetividad e imparcialidad.

Los poderes públicos, ante tales obligaciones y deberes, de rango constitucional, deben convencer, razonablemente, a los administrados de los fundamentos, motivos y circunstancias que los impelen a tomar una decisión específica para la satisfacción del interés general.

Consecuentemente, el motivo, la motivación del acto administrativo, la obligación de motivar las resoluciones administrativas de gravamen y los principios constitucionales democrático, participación, objetividad e

¹³⁶ JINESTA LOBO, Ernesto (2012). “*La construcción de un Derecho Administrativo Común Interamericano*”, en: *El Derecho*, N° 12, año L, marzo, Buenos Aires, pp. 1-5.

imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad, transparencia y publicidad, tienen, hoy, no solo una vertiente reaccional o negativa, que, desde luego, habilitan al administrado para impugnar la resolución carente de tales requisitos o que infringe tales principios generales, sino, también, un rol positivo para persuadirlo sobre las virtudes de una decisión y obtener así el consenso ciudadano, su participación en su plena ejecución y lograr que los poderes públicos se legitimen democráticamente.

Pese a los ingentes esfuerzos de la dogmática del Derecho Administrativo por racionalizar a las administraciones públicas, es todavía posible hoy escuchar el clamor de algunos juristas valientes, por razones coyunturales ocasionalmente prolongadas en el tiempo, en contra de la injusticia notoria, la arbitrariedad y la irrazonabilidad de los poderes públicos, al dictar decisiones administrativas fundamentales carentes de motivación o sustento, de ahí que, particularmente, en el entorno latinoamericano, el tema siempre tendrá plena actualidad y vigencia.

4.1.2. Principio de interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad y proporcionalidad de los actos administrativos

La regulación de los elementos constitutivos de carácter sustancial objetivos (motivo, contenido y fin) o subjetivos (competencia, legitimación e investidura) y formales (procedimiento y motivación) del acto administrativo, tienen por objeto racionalizar la función o conducta administrativa y, sobre todo, dotarla de logicidad o razonabilidad, evitando que las administraciones públicas sorprendan a los administrados con actos contradictorios, absurdos, desproporcionados o irracionales.

Un aspecto de primer orden en todo acto administrativo es la proporcionalidad en sentido estricto entre los medios empleados por la administración pública respectiva y los fines que se pretenden lograr con éste, así como la idoneidad o necesidad de su contenido y, desde luego, cuando resulta aflictivo o de gravamen, la ponderación de su intervención o impacto mínimo.

Precisamente por lo anterior, ha surgido en el Derecho Constitucional contemporáneo, como uno de los principios rectores de la función administrativa el de la interdicción de la arbitrariedad, de acuerdo con el cual la conducta administrativa debe ser suficientemente coherente y razonablemente sustentada en el bloque de legalidad, de modo que se baste y explique por sí misma.

En nuestro ordenamiento jurídico constitucional tal principio dimana de lo establecido en el artículo 45° de la Constitución Política al preceptuar que “Quienes ejercen el poder lo hacen con las responsabilidades y limitaciones de la Constitución y las leyes” Es decir que, los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella.

No sobra, por lo demás, advertir, que la arbitrariedad no debe ser confundida con la discrecionalidad administrativa, esto es, con la posibilidad que tiene todo ente u órgano público de escoger entre varias opciones o soluciones (contenido), todas igualmente justas, ante el planteamiento de una necesidad determinada (motivo) y el uso de conceptos jurídicos indeterminados para atender un problema (motivo) los cuales suponen un margen de apreciación positiva y

negativa y un halo de incertidumbre, pero que, en último término, admiten una única solución justa.

4.1.3. Legitimidad y afirmación democrática de la administración pública

De la regulación prolija, por la legislación ordinaria, del motivo –elemento sustancial objetivo- y de la motivación –elemento formal- resulta evidente la aspiración universal de legitimar democráticamente a las administraciones públicas cuando ejercen sus potestades o competencias frente a los administrados. Se trata de dos figuras de la tradicional Teoría General del Acto Administrativo que tienen plena raigambre en una serie de valores y principios de carácter constitucional como el pluralismo, el democrático, de interdicción de arbitrariedad, imparcialidad y objetividad, de participación, transparencia y publicidad y de juridicidad o legalidad o la cláusula del Estado de Derecho¹³⁷.

Por su parte, el principio de la interdicción de la arbitrariedad, en particular, sea que se encuentre expresamente plasmado en una cláusula constitucional como que sea recogido o desarrollado por una jurisprudencia constitucional progresista y sanamente activista, también, representa el último eslabón en procura de someter, sustancialmente, a los poderes públicos a la ley y el Derecho, en general al ordenamiento jurídico, y de que se den a entender ante los ciudadanos cuando ejercen sus prerrogativas y competencias.

¹³⁷ Vid. MEILÁN GIL, José Luis (2007). “*Administración pública para la democracia*”, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, Revista Jurídica Interdisciplinar internacional, Nº 11, Coruña, pp. 493-506.

Los administrados, como la parte más vulnerable e inerme frente al ejercicio de las prodigiosas potestades públicas, tienen el derecho de conocer la razones que impulsan a los poderes públicos a tomar una decisión administrativa, primero, por cuanto, pueden quedar convencidos de los argumentos y, segundo, por tener el pleno derecho de impugnar, tanto en sede administrativa como jurisdiccional (tutela judicial efectiva), los fundamentos fácticos y jurídicos que adopta una administración pública específica para tomar una determinación. Se trata de una regla elemental dentro de un Estado democrático de Derecho que no puede ser soslayada, bajo ningún concepto o circunstancia.

Los poderes públicos, dentro del contexto marcado por los fenómenos de la gobernanza democrática¹³⁸, la sociedad de la información o del conocimiento y de la globalización jurídica¹³⁹, deben convencer a los administrados y no imponerse a éstos. Convencer, significa exponer con detalle las razones que conducen a tomar una determinación, haciendo ver que son racionalmente objetivas y no obedecen a un mero capricho o veleidad de un funcionario público.

Esta labor de persuasión, significa que las administraciones públicas, para legitimarse y afirmarse democráticamente, en su labor de ejecución de la ley y de regulación, deben acudir a argumentos razonables y aceptables que convencan a los ciudadanos de la toma de una decisión. Significa que los poderes públicos no pueden cometer injusticias notorias, tomando una resolución administrativa sin

¹³⁸ AGUILAR VILLANUEVA, Luis (2009). *Gobernanza y gestión pública*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 134.

¹³⁹ MEILAN GIL, José Luis (2011). *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*, Global Law Press, Sevilla, p. 89; CASSESE, Sabino (2012). *La globalización jurídica*, Marcial Pons-INAP, Madrid, p. 112.

exponer sus razones, habida cuenta que la injusticia notoria no es Derecho y constituye una clara arbitrariedad.

En definitiva, el Derecho Administrativo y, en particular, la Teoría General del Acto Administrativo, ha ido acuñando una serie de figuras suficientemente decantadas y asentadas, como lo son los elementos sustanciales o materiales, entre los que destaca el motivo, y los formales, donde descuella la motivación, para procurar que los poderes públicos se den a entender ante los ciudadanos, logrando una menor resistencia y, correlativamente, una mayor aceptación en la ejecución de sus determinaciones y obteniendo una gestión administrativa más democrática a la que los administrados decidan someterse libre y voluntariamente, todo lo cual garantiza un mayor acierto (principios constitucionales de eficacia y eficiencia)¹⁴⁰ en el ejercicio de la función administrativa.

A lo anterior, se agrega, de manera más reciente, el desarrollo del principio de la interdicción de la arbitrariedad con un rango y jerarquía constitucional que obliga, fuertemente, a los poderes públicos para darse a entender y ser razonables y, en suma, para evitar actuaciones injustificadas o arbitrarias.

Por su parte, el novedoso derecho a una buena administración¹⁴¹, de los que son titulares los administrados o ciudadanos, también le impone a los poderes públicos darse a entender y explicar, con razonabilidad suficiente, las razones para

¹⁴⁰ JINESTA LOBO, Ernesto (2009). “*Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las Administraciones Públicas*”, en: Constitución y Justicia Constitucional, Colegio de Abogados-Sala Constitucional y Escuela Judicial, San José, pp. 133-144.

¹⁴¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2006). *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 33-49; SOUVIRÓN MORENILLA, José María (2011). *Sentido y alcance del derecho a la buena administración, todos en El Derecho a una buena administración y la ética pública*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 98.

adoptar una decisión administrativa. Parece que ante el principio democrático incorporado, expresa o razonablemente implícita en casi todas las constituciones rígidas y escritas contemporáneas, debe replantearse la tesis kelseniana según la cual las Administraciones públicas deben operar según criterios autocráticos¹⁴². Es evidente que la “cláusula constitucional de Estado democrático”, también, permea y proyecta su eficacia, sin excepción, respecto de las Administraciones Públicas¹⁴³.

Lo anterior significa que si la soberanía reside en el pueblo –conglomerado de ciudadanos o administrados– los poderes públicos administrativos se deben a éste. Si las administraciones públicas son organizaciones vicariales o al servicio de las instancias políticas que representan al titular formal de la soberanía – pueblo-, deben, entonces, convencer y explicarse razonable y fundadamente para afirmar su legitimidad democrática indirecta.

4.1.4. Actuaciones administrativas contrarias al derecho de igualdad ante la ley

a. Arbitrariedad

Si conectamos el principio de interdicción de la arbitrariedad con el derecho a la igualdad, concluiremos que la Administración del Estado actúa de un modo arbitrario cuando otorga un tratamiento diferenciado carente de fundamentos a ciudadanos que no se encuentran en situaciones de hecho distintas, o cuando el

¹⁴² KELSEN, Hans (2002). *Esencia y valor de la democracia*, Editorial Comares, Granada, pp. 77-84 y 127-129.

¹⁴³ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1991). *Fundamentos de derecho administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 235.

trato desigual tenga una finalidad contraria a los valores y principios constitucionales, o no exista proporcionalidad entre la acción diferenciadora y la finalidad perseguida; en definitiva, cuando no este fundada sobre una base objetiva y razonable.

En este punto es preciso destacar que esta idea de interdicción de la arbitrariedad, que garantiza la igualdad ante la ley, lo cual no significa que a un particular se le vulnere dicho derecho cada vez que la Administración del Estado actúe de un modo injustificado, pues quien alegue su violación debe haber sido tratado de una manera distinta que aquellos que se encuentran en una situación similar a él, lo que establece requisitos adicionales como son la pluralidad de entes susceptibles de ser comparados a partir de parámetro o tertium comparaciones, no bastando por si sola la arbitrariedad de un actuar administrativo.

b. Ilegalidad

Complementando lo anterior, tampoco se vulnera necesariamente el derecho a la igualdad ante la ley cuando la Administración del Estado actúa en forma contraria al principio de legalidad, esto es, fuera de los márgenes que la ley le establece, ni tampoco toda vez que se afecta la igualdad de trato se lesiona el de legalidad. El principio de legalidad que rige la actuación de los órganos de la Administración del Estado, aun cuando estos actúan en uso de sus facultades discrecionales es de notable importancia en este ámbito, pues asegura un gobierno institucionalizado, dando vida al Estado de Derecho, pero en ningún caso su sola infracción produce un quiebre del derecho a la igualdad ante la ley.

En consecuencia, si un órgano administrativo actúa fuera de la órbita de sus facultades, esto es, de manera ilegal, y dicha actuación no significa una diferencia de trato entre ciudadanos en similares circunstancias, no es procedente la interposición de un amparo por el particular afectado con la medida ilegal, pues como mecanismo de protección de derechos fundamentales que es dicho recurso, a falta de aquellos derechos en general, y del derecho a la igualdad en particular, no se justifica; por lo tanto, deberá recurrirse a la nulidad del acto administrativo u otro proceso legal o constitucional, pero no a la acción de amparo de derechos fundamentales.

En el sentido que venimos expresando, cuando se trata de determinar la arbitrariedad o ilegalidad de una actuación de un órgano del Estado, constituye razón suficiente para establecer que una actuación es ilegal el determinar que ella excedió las facultades detentadas por el órgano cuya actuación es impugnada (esto es obvio). Si tal actuación ilegal constituye una discriminación (si además de ser ilegal es discriminatoria, configura un atentado a la igualdad ante la ley, del mismo modo que lo constituye una discriminación arbitraria”.

c. Trato discriminatorio y arbitrario

Hemos visto que una actuación administrativa puede ser ilegal o arbitraria, incluso en algunos casos puede participar de ambos caracteres, pero lo importante al momento de determinar si existe una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley es constatar que en el caso concreto la autoridad ha hecho diferencias en el tratamiento que otorga a un ente, las cuales carecen de

justificación, señalando el ofendido que se encuentra en una misma situación fáctica que aquellos a quienes la autoridad trato de un modo más favorable.

El constituyente al reconocer a igualdad y proscribir los actos discriminatorios prohibió expresamente estas conductas por parte de los órganos administrativos, con el objeto de evitar la concesión de privilegios injustos a favor de determinadas personas o grupos de personas en desmedro de otras, las cuales al carecer de razones objetivas y razonables resultarían odiosas a la conciencia colectiva.

Es posible concluir en este punto que el derecho a la igualdad ante la ley se vulnera en definitiva, cuando órganos de la Administración del Estado realizan un tratamiento igualitario a quienes se encuentran en situaciones distintas, o trata de forma diferente a quienes de hecho se encuentran en similares condiciones, sin que exista una justificación razonable, es decir, cuando se ha configurado una discriminación arbitraria, sólo en este caso, el particular lesionado, a quien se le ha dado un trato discriminatorio, podrá recurrir de protección ante los tribunales de justicia con el objeto de restablecer el imperio de su derecho a la igualdad.

El extender la aplicación de este derecho a otros casos nos parece una mala práctica pues hace perder el verdadero sentido del derecho y lo que es peor, del medio que el constituyente ha entregado a los particulares para su protección.

4.2. Validación de las hipótesis específicas

La hipótesis específica a) formulada fue la siguiente: *“Existe un desarrollo dogmático y jurisprudencial realizado por juristas y el Tribunal constitucional*

respecto al contenido y sus alcances del principio de interdicción de la arbitrariedad frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública en el Perú". Hipótesis que ha quedado JUSTIFICADO, de conformidad a los siguientes argumentos:

- a. Existe la necesidad de tener el principio de interdicción de la arbitrariedad como una técnica o mecanismo más de control o fiscalización de los poderes públicos inherente al Estado de Derecho. Consecuentemente, el principio de interdicción de la arbitrariedad no está contenido en el de igualdad ante la ley, por cuanto la ruptura de ésta, ciertamente, es un caso de arbitrariedad pero no el único. Arbitrariedad es sinónimo de injusticia ostensible y la injusticia no se limita a la discriminación.
- b. La actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o las leyes, que obedece al mero capricho o voluntad del agente público. La prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho.
- c. En esencia, el principio de interdicción de la arbitrariedad ha venido operando como un poderoso correctivo frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de las administraciones públicas cuando ejercen potestades discrecionales (abuso o exceso de discrecionalidad). En lo que se refiere a la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad en el ámbito de la potestad reglamentaria, debe indicarse

que al ser ésta, naturalmente, discrecional, el principio prohibitivo de la arbitrariedad cumple un papel de primer orden.

La hipótesis específica **b)** planteada fue: *“El carácter vinculante y normativo de la constitución dentro de un modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, como el Estado peruano, constituye la razón por la que se proscribe la arbitrariedad en la actuación de la administración pública”*, esta hipótesis ha sido APROBADA, en base a los siguientes fundamentos:

- a. Autorizada doctrina apunta que, el valor de cada precepto de la Constitución depende, en definitiva, del significado que le den sus intérpretes-operadores. La letra podrá decir claramente una cosa, la intención del constituyente podrá haber sido bien definida, pero, en última instancia, la cláusula constitucional regirá del modo con que sea interpretada y aplicada.
- b. Precisamente, a través de la interpretación de las normas constitucionales, nuestro Tribunal Constitucional ha incorporado diversas figuras que antes de sus fallos eran inexistentes para nuestro ordenamiento, al menos de manera explícita. El principio de interdicción de la arbitrariedad –precisamente– es uno de esos novísimos conceptos añadidos por el supremo intérprete de la Constitución.
- c. Contrario a lo que sucede entre nosotros, en el ordenamiento jurídico español se ha recogido de manera explícita a este principio. Justamente, la Constitución española de 1978 en el inciso “3” de su artículo 9º

señala que, “la Constitución garantiza el principio de la interdicción de la arbitrariedad”.

- d. Hoy en día la labor del juez ha variado notablemente, no es más la boca que pronuncia las palabras de la ley, sino que en muchos casos puede expulsar del ordenamiento aquellas leyes que son contrarias a la Constitución, asimismo, puede inaplicarlas cuando evidencie en su aplicación una transgresión al contenido de la norma suprema del Estado.
- e. Dada la importancia que ha adquirido la función jurisdiccional – especialmente la justicia constitucional– se requieren de mecanismo que limiten el ejercicio de dicha potestad; de esta manera no podría tolerarse una decisión jurisdiccional que se base en explicaciones o en los móviles de su autor, pues, una decisión ha de estar fundada en razones objetivas.
- f. En este contexto, creemos que, “el principio de interdicción de la arbitrariedad es un argumento fuerte a favor de la justificación de las decisiones judiciales, ya que el respeto de este principio implica la fundamentación en base a razones objetivas de la decisión judicial, es decir, han de ser las razones ofrecidas por el Juez las que justifiquen la decisión, más no se tolerará aquellas decisiones que se basen en la voluntad o en el capricho del juzgador, puesto que la misma devendrá en una decisión arbitraria”.
- g. Se puede afirmar que en el ordenamiento jurídico peruano el principio de interdicción de la arbitrariedad se constituye en un argumento de peso para la exigencia de una debida justificación de las decisiones judiciales

y administrativas. Igualmente, buscamos realizar un bosquejo inicial del aludido principio a la luz de las sentencias del Tribunal Constitucional, para luego adentrarnos en la justificación de las decisiones en el marco de un Estado Constitucional.

La hipótesis específica c) enunciada fue: *“Los principios de razonabilidad, debido procedimiento, y la obligación de motivación, constituyen los presupuestos elementales exige la dogmática y jurisprudencia respecto a la interdicción de la arbitrariedad frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de la administración pública”*. Esta hipótesis específica ha sido CONFIRMADA, de conformidad a las siguientes explicaciones:

- a. Sin lugar a dudas, resulta una obviedad la relación que existe entre el Estado Constitucional y la argumentación jurídica, pero, quizá no sea tan obvio como hay que entender dicha relación. Ahora bien, por “Estado constitucional”, no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una constitución (o incluso una constitución en sentido formal, sin un texto constitucional) con ciertas características: la constitución del “Estado constitucional” no supone sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino la existencia de ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, interpretación y aplicación del derecho”. Es decir, el Estado constitucional se contrapone así al Estado “legislativo”, puesto que ahora el poder legislativo (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado.

- b. El Estado Constitucional o Estado Constitucional de derecho implica ante todo: el cambio en “las condiciones de validez de las leyes dependientes ya no solo de las formas de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales” ; asimismo, en el Estado constitucional el papel del juez sufre una importante alteración, ya que, aplicará “la ley sólo si es constitucionalmente válida” , pues, la interpretación y la aplicación que haga de la ley “son siempre, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida durante la denuncia de su inconstitucionalidad”.
- c. El Estado constitucional implica también que los derechos consagrados en la constitución constituyen un límite impuesto a los poderes de la mayoría, los que ya no podrán verlos sólo como límites, sino que también deberán verlos como parte del contenido de sus actos. De allí que, acertadamente, se sostenga que, el Estado constitucional “representa un fórmula del Estado de Derecho, más cabal realización, pues si la esencia del Estado de Derecho es el sometimiento del poder al Derecho, sólo cuando existe una verdadera Constitución ese sometimiento comprende también al legislativo.
- d. La Constitución del “Estado Constitucional” es una Constitución que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico, condiciona la aplicación de la ley a su compatibilidad con los valores y principios constitucionales; asimismo, es una Constitución materializada, pues es susceptible de concretización a través de la interpretación. Es la ley de

leyes, –la más importante de ellas– cuya efectividad esta jurisdiccionalmente garantizada. Es decir, es una Constitución entrometida, que abarca todo el quehacer jurídico.

La hipótesis específica d) manifestada fue: “*La prohibición de que los actos de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se sustenten en razones y no se produzcan como mera expresión de la voluntad del órgano u órgano persona que los dicte, el cual constituye en una exigencia constitucional de la administración pública*”, esta hipótesis ha sido ADMITIDA AFIRMATIVAMENTE, en base a los siguientes argumentos:

- a. Motivar es justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa.¹⁴⁴ De ahí que la motivación debe mostrar que la decisión adoptada está legal y racionalmente justificada sobre la base de aquellos elementos que la fundamentan.
- b. La obligatoriedad de motivar, como Principio constitucional, surge en la Constitución francesa de 1795, como control democrático del ejercicio del poder jurisdiccional, para evitar las arbitrariedades de los jueces. En la actualidad, varias cartas fundamentales establecen la exigencia expresa de la motivación y fundamentación, es decir, la obligación de los tribunales de incorporar a sus decisiones los razonamientos legales de acuerdo con los cuales deciden la controversia, uno de ellos es el Perú, que ha reconocido éste derecho en el inciso 5 del artículo 139 de la

¹⁴⁴ NIETO GARCIA, Alejandro (1998). *El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial*, Universidad Complutense, Madrid, p. 185.

Constitución Política de 1993¹⁴⁵, aunque erróneamente lo ha considerado como un derecho y principio de la función jurisdiccional (como si la función estatal pudiera tener derechos).¹⁴⁶,

- c. El sentido que se atribuye al principio constitucional de motivar sentencias se inserta en el sistema de garantías que las constituciones democráticas crean para la tutela de los individuos frente al poder estatal y, en particular, frente a las manifestaciones de ese poder a través de la jurisdicción.
- d. La motivación se configura como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica. Son aspectos esenciales de este derecho: la racionalidad¹⁴⁷ y la razonabilidad¹⁴⁸ de las decisiones.
- e. La finalidad de resguardar una debida motivación, desde el punto de vista tanto de lo racional como de lo razonable, es garantizar al justiciable que la decisión que ha obtenido (sea o no favorable a sus intereses), es

¹⁴⁵ Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.”

¹⁴⁶ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (2005). *Módulo autoinstructivo del curso derecho al debido proceso*, Academia de la Magistratura, Lima, p. 31.

¹⁴⁷ Estaremos ante una motivación racional cuando, en el itinerario mental seguido por el juzgador para llegar a las conclusiones que configuran su fallo, se respete la corrección en la aplicación de reglas estrictamente lógicas. La racionalidad implica la verificación de la corrección del razonamiento sobre la base de la aplicación de criterios lógicos esencialmente formales, entre ellos, por ejemplo, el respeto a los principios clásicos y elementales, como son la identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente (solo puede existir una motivación correcta si constituye razón suficiente de lo que se decide).

¹⁴⁸ La razonabilidad de la motivación está vinculada con lo que se considera socialmente aceptable en un contexto (de tiempo y lugar) específico.

producto de un razonamiento correcto, en el que además se han tomado en consideración los valores y principios que gobiernan la vida en sociedad, y que deben encontrarse contemplados en la Constitución, dando lugar a una decisión socialmente aceptable y objetivamente justa; todo lo cual está en aptitud de conocerse al revisar los fundamentos de lo decidido.

- f. Los defectos más comunes en el razonamiento lógico de las motivaciones son: la falta de motivación¹⁴⁹ y la motivación defectuosa, diferenciándose en ésta última dos posibilidades: la motivación aparente¹⁵⁰ y la motivación defectuosa en sentido estricto¹⁵¹.
- g. Haciendo un resumen de lo mencionado en los párrafos anteriores, se puede concluir que la motivación debe mostrar que la decisión está legal y racionalmente justificada, revelando la construcción de un razonamiento lógicamente válido; los casos de insuficiente motivación de las resoluciones judiciales vulneran el principio lógico de razón suficiente, mientras que los casos de motivación defectuosa se presentan cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia; el examen del control de logicidad está referido al

¹⁴⁹ Cuando la resolución judicial carece totalmente de fundamentos de hecho o derecho que sustenten lo resuelto respecto de alguna pretensión, a pesar de existir una decisión del juzgador sobre el particular, o sea, cuando la motivación de la resolución está totalmente ausente.

¹⁵⁰ Cuando lo argumentado no es, ni puede ser, el sustento real de la decisión adoptada. Se puede afirmar que nos encontramos frente a una “fachada” o “casarón” colocado para cumplir con la formalidad y pretender sostener que la decisión tiene motivación; sin embargo, de la lectura y análisis de la misma se puede advertir que esta, en ningún caso, constituye la razón de lo resuelto. No se encuentran las explicaciones suficientes de cómo se llegó a la decisión, no existe posibilidad de conocer el razonamiento del juez, y por ende, se carece de oportunidades para verificar si la decisión tomada fue la correcta.

¹⁵¹ Se presenta en aquellos casos en los que formal o externamente existe un texto redactado que pretende hacer las veces de motivación; sin embargo, si se procede a una lectura mínimamente cuidadosa es posible advertir que tal “motivación” es intrínsecamente incorrecta, en tanto afecta los principios lógicos de identidad o congruencia, no contradicción o de tercio excluido.

examen de una forma de vicio in procedendo, el cual consiste en el análisis de los procesos lógicos de los razonamientos que se refieren a las pruebas; mediante el control de logicidad no se busca una nueva valoración de las pruebas, ni la determinación de los hechos en su positiva facticidad, sino analizar el razonamiento de las instancias judiciales sobre los hechos; resulta importante para la aplicación del control de logicidad, ubicar las premisas (mayor y menor) que dan origen a la conclusión, y que son expresión del silogismo judicial elaborado por las instancias judiciales, en los cuales se apreciará si formalmente presenta una lógica estructural, que no vulnere el principio lógico de contradicción (o de no contradicción).

- h. Hoy en día parece inimaginable una sentencia sin motivación, hoy se considera que el Poder, tiene que justificar todas sus decisiones, porque no basta con tener la autoridad y la fuerza para resolver una situación específica, por eso están justificadas las sentencias, por eso tienen que motivarse los actos administrativos, y hasta las propias leyes tienen una exposición de motivos, en definitiva, todos los actos de poder.¹⁵²
- i. En efecto, de ahí desciende la generalidad del deber de motivar; o sea nunca puede faltar la “ratio decidendi”, tampoco en aquél sector del ordenamiento donde la ley guarde silencio al respecto, o incluso si la ley excluyera explícitamente la motivación¹⁵³. Y en esta sede debiera situarse

¹⁵² NIETO GARCIA, Alejandro. Ob. Cit., p. 170.

¹⁵³ Como el caso de lo prescrito en el artículo 12º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma de discutible constitucionalidad por la cual se permite que en las sentencias de segunda instancia se den por reproducidos los considerandos emitidos en lo resuelto dentro del primer grado, llegándose a una situación en la que se facilita la existencia de motivaciones defectuosas y de motivaciones aparentes.

igualmente el rechazo de cuantos pronunciamientos jurisprudenciales liberan de la obligación motivatoria a todo lo que sea expresión de un poder discrecional del juez¹⁵⁴.

- j. El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que la eficacia del derecho a la motivación se extiende a las resoluciones judiciales y a todos aquellos procesos y procedimientos cualesquiera sea su naturaleza, más aún si se trata de una resolución mediante la cual se impone una sanción, también señala que la interpretación de que solo la motivación se extiende a resoluciones judiciales sería inconstitucional porque se estaría dejando un margen abierto para la actuación arbitraria de los poderes públicos y privados que materializan sus actos mediante resoluciones¹⁵⁵.

¹⁵⁴ IGARTUA SALAVERRIA, Juan (2003). *La Motivación de las Sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 23-24.

¹⁵⁵ STC N° 4602-2006-PA/TC f. j. 39 y 40 de fecha 08 de setiembre de 2006.

CONCLUSIONES

1. Un modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, como el Estado peruano, proscribire la arbitrariedad en la actuación de la administración pública, donde toda actuación de la administración pública que es arbitraria se constituye en antijurídica, y como tal, debe ser expulsada de la actuación del Estatal, no pudiéndosele reconocer efectos jurídicos.
2. Los principios de razonabilidad, debido procedimiento, y la obligación de motivación, constituyen los presupuestos elementales de la interdicción de la arbitrariedad, por lo que a fin de que los actos de la Administración del Estado no sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se sustenten en razones y no se produzcan como mera expresión de la voluntad del órgano u órgano persona que los dicte.
3. La motivación de las actuaciones Estatales constituye la garantía de la interdicción de la arbitrariedad de las mismas. Por lo que se puede afirmar que en el ordenamiento jurídico peruano el principio de interdicción de la arbitrariedad se constituye en un argumento de peso para la exigencia de una debida justificación de las decisiones judiciales y administrativas.
4. La discrecionalidad administrativa es la libertad de decisión, en sentido figurado, que la Ley le otorga a la Administración Pública, para que ante un determinado caso pueda optar entre varias soluciones por la que sea más conveniente para el interés público, lo cual no involucra en ningún caso la posibilidad de adoptar decisiones basadas en arbitrariedad.
5. La determinación de la naturaleza y alcances de la discrecionalidad, así como su relación con los conceptos jurídicos indeterminados, como es el de

necesidad pública utilizado en los decretos supremos de zona de frontera, requiere establecer una diferenciación entre dos tipos de conceptos jurídicos indeterminados, que difieren en los criterios de aplicación y los mecanismos de control institucional.

6. La discrecionalidad aparece asociada solo a un tipo particular de concepto jurídico indeterminado, en el que la actuación de la Administración no aparece completamente predeterminada por la norma, pues su aplicación requiere como condición sine qua non la recurrencia a criterios extrajurídicos, que no están en la norma, por lo que no pueden ser objeto de interpretación jurídica, implicando un rol mucho más restringido para los jueces y tribunales en el control de esta discrecionalidad. Pero esta amplia libertad discrecional de la administración debe entenderse como margen de libertad establecida por la propia norma.
7. La discrecionalidad y la arbitrariedad son conceptos diferentes. No se puede equiparar la arbitrariedad, acto contrario al Derecho, a la justicia, inmotivado o carente de fundamentación objetiva, con la que pueda haber actuado la Administración con la discrecionalidad que implica la libertad (en sentido figurado) que tiene la Administración, otorgada por ley, para que ante un determinado caso pueda optar entre varias soluciones por la que sea más conveniente para el interés público.
8. Se evitan los actos arbitrarios de la administración del Estado cuando éstos se encuentren motivados, esto es, que se sustenten en razones y no constituyan la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte. Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad, no pueden contradecir los hechos relevantes

de la decisión. Y además, entre las razones y la decisión administrativa que se adopte, necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia.

9. Dada las características del Estado constitucional, la motivación (justificación) de las decisiones se constituye en un instrumento adecuado para controlar el ejercicio del poder, puesto que, la legitimidad en el ejercicio de poder no deviene únicamente de la ley sino que además es imprescindible la existencia de razones objetivas que la justifiquen. Es decir, el Estado constitucional grava a los poderes públicos con una gran carga argumentativa.

RECOMENDACIONES

1. No se puede exigir menos en estos tiempos a las autoridades de la Administración Pública con tarea administrativa, que motiven de manera suficiente las razones que han llevado a éstas a elegir una solución concreta, de las demás soluciones posibles, y plasmarla en un acto administrativo. Es deber de los jueces declarar la existencia de la arbitrariedad en decisiones carentes de motivación ya que de ser así, serían decisiones o actos administrativos emitidos con fundamento en la mera voluntad o capricho de la autoridad, lo cual es inadmisibles en un Estado Constitucional de derechos y justicia.
2. La exigencia a las autoridades públicas de que expongan las razones de la decisión adoptada en los actos administrativos, es algo que nos debe preocupar a todos ya que es una garantía contenida en la Constitución de la cual necesitaremos en algún momento de nuestras vidas.

Es una obligación principal del Estado peruano, tutelar los derechos de los ciudadanos con el fin de conseguir que ellos tengan la tranquilidad de que siempre brillará la justicia (a través de la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica), se seguirá un debido proceso, el derecho a la igualdad y se podrá actuar libremente siempre y cuando no se viole la ley. Es decir, a través del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos todas las autoridades públicas deben justificar, motivar, argumentar, de manera razonada y en apego a la juridicidad, todas y cada una de las decisiones plasmadas en los actos administrativos y que también se extiende a la arbitrariedad judicial con los mecanismos expuestos en este trabajo. Partiendo

de que toda actividad administrativa plasmada en un acto administrativo debe ser legítima, legal y sobre todo razonable, es pertinente dedicar un espacio en esta tesis a la razonabilidad en esos actos administrativos.

3. La razonabilidad entonces también sirve como instrumento de apoyo al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, obligando a que el poder se someta al Derecho y a la razón, emitiendo actos administrativos coherentes, justos y equitativos. Las decisiones de las autoridades públicas no pueden ser contradictorias; es decir, no puede ser un camino que se exponga en la parte considerativa y un resultado contrario el que esté en la parte resolutive. Todo el contenido del acto administrativo debe tener una secuencia y un resultado o motivación coherente e impecable. Solo así la decisión de la autoridad pública será legítima.
4. Difundir la garantía de la interdicción de la arbitrariedad a fin de que los administrados o ciudadanía en general cuando solicite la actuación de los funcionarios o autoridades públicas estos deban de hacerlos en el marco de las garantías y principios constitucionales establecidos en la constitución a fin de no generar excesos y abusos en sus decisiones y actuaciones, y de esta forma contravengan derechos constitucionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUILAR VILLANUEVA, Luis (2009). *Gobernanza y gestión pública*, Fondo de Cultura Económica, México.
2. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (2011). *Teoría de los Derechos Humanos*, Editorial Grilje, Lima.
3. AGUILÓ, Josep (2004). *La constitución en el Estado Constitucional*, Editorial Themis – Editorial Palestra, Bogotá-Lima.
4. ALVA MATTEUCCI, Mario (1993). “*El Concepto de administración pública*”, Artículo publicado en el Diario Oficial El Peruano. Página Opinión – Derecho, B-14, Edición del jueves 13 de mayo, Lima.
5. ALVA MATTEUCCI, Mario (1993). “*El Tránsito de la D.G.C. a la SUNAT*”, en: Revista Derecho y Sociedad N° 7, Lima.
6. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Barcelona.
7. BACA ONETO, Víctor Sebastián (2003), *Los actos de gobierno. Un estudio sobre la naturaleza y régimen jurídico aplicado al ordenamiento peruano*, ARA Editores, Lima.
8. BASTOS PINTO, Manuel (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
9. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel (1995). *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid.
10. BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999). *La constitución de 1993. Análisis comparado*, Editora RAO, Lima.

11. BONNIN, Charles-Jean (2004). *Principios de Administración Pública*, Fondo de Cultura Económica, México.
12. BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*, Editorial Trillas, México.
13. CASSESE, Sabino (2012). *La globalización jurídica*, Marcial Pons-INAP, Madrid.
14. CASTILLO CORDOVA, Luis (2009). “*La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*”, en: *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos Fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima
15. CLAVERO ARÉVALO, Manuel (1952). “*La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 7, Madrid.
16. COICAUD, Jean-Marc (2000). *Legitimidad y política. Contribución al estudio del Derecho y la Responsabilidad Política*, Homo Sapiens Ediciones, Rosario.
17. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (2003). *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
18. COMANDUCCI, Paolo (2009). “*Formas de (Neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico*”, en: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Barcelona.
19. DESDENTADO, Eva (1999). *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, 2da. Edición, Aranzadi, Navarra.

20. DIEZ SÁNCHEZ, Juan José (1992). *El Procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Editorial Civitas, Madrid.
21. DÍEZ-PICAZO, José María (1982). “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 98, Madrid.
22. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA (1979), Tomo XI, BRISKILL, Buenos Aires.
23. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (2005). *Módulo autoinstructivo del curso derecho al debido proceso*, Academia de la Magistratura, Lima.
24. ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy (2012). “*La Ley N° 27444: Las razones de su puesta en vigencia y una breve mención a sus rasgos fundamentales*”. Disponible en sitio web: <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/la-ley-27444-las-razones-de-su-puesta.html>.
25. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier (2011). *Argumentación Jurídica e Interpretación*, Editorial Grijley, Lima.
26. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2006). *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*, Palestra, Lima.
27. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2012). “*Sobre los límites constitucionales del poder discrecional*”, en: *Revista de Administración Pública* N° 187, Madrid.
28. FLORES POLO, Pedro (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental*, Editorial Grijley, Lima.

29. GARBERI LLOBREGAT, José y BUITRON RAMIREZ, Guadalupe (2008). *El Procedimiento Administrativo Sancionador*, Editorial Tirand lo Blanch, Valencia.
30. GARCÍA – TREVIJANO, Fos (1968). “*Tratado de Derecho Administrativo*”, en: Revista de Derecho Privado, Madrid.
31. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1989). “*Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*”, en: Revista de Administración Pública, N° 29, Madrid.
32. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo (1991). “*¿Es Inconveniente o Inútil la Proclamación de la Interdicción de la Arbitrariedad como Principio Constitucional?*”, en: RAP, Centro de Estudios Constitucionales, N° 124, enero- abril, Madrid.
33. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991). “*¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como Principio Constitucional?. Una nota*”, en: Revista de Administración Pública, N° 124, Madrid.
34. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo (2010). *El valor normativo de la constitución*. Disponible en sitio web: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_constitucional/interpret_constitu/15-26.pdf.
35. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.

36. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*, Editorial Palestra, Lima.
37. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (2010). *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*, Palestra Editores, Lima.
38. GUASTINI, Ricardo (2009). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano*, en: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, Barcelona.
39. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*, Editorial McGrawHill, México
40. IGARTUA SALAVERRIA, Juan (2003). *La Motivación de las Sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
41. JINESTA LOBO, Ernesto (2006). *Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa*, Editorial Juricentro, San José.
42. JINESTA LOBO, Ernesto (2009). “*Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las Administraciones Públicas*”, en: Constitución y Justicia Constitucional, Colegio de Abogados-Sala Constitucional y Escuela Judicial, San José.
43. JINESTA LOBO, Ernesto (2012). “*La construcción de un Derecho Administrativo Común Interamericano*”, en: El Derecho, N° 12, año L, marzo, Buenos Aires.
44. KELSEN, Hans (1982). *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, 18va. edición, Universitaria, Buenos Aires.

45. KELSEN, Hans (2002). *Esencia y valor de la democracia*, Editorial Comares, Granada.
46. LEGUINA VILLA, Jesús (1987). “*Principios Generales del Derecho y Constitución*”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 114, Madrid.
47. LÓPEZ GUERRA, Luis (2001). *El poder judicial en el Estado Constitucional*, Editorial Palestra, Lima.
48. MAGIDE HERRERA, Mariano (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid.
49. MARTINEZ MORALES, Rafael (1997). *Derecho administrativo, diccionarios jurídicos temáticos*, Vol. 3, Editorial Harla, México.
50. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier (2007). *Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México.
51. MEILÁN GIL, José Luis (2007). “*Administración pública para la democracia*”, en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, Revista Jurídica Interdisciplinar internacional*, N° 11, Coruña.
52. MEILAN GIL, José Luis (2011). *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*, Global Law Press, Sevilla.
53. MORÓN URBINA, Juan Carlos (2002). *Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima.
54. MULARZ, Jordán (2009). “*Teoría de la Administración I: Paradigmas y debates en torno a la Reforma Administrativa.*” Esta información puede consultarse en la siguiente página web: <http://www.monografias.com/trabajos13/parde/parde.shtml#que>. Visitado 14 de agosto de 2015.

55. MUÑOZ AMATO, Pedro (1957). *Introducción a la Administración Pública*, Fondo de Cultura económica, México.
56. NICOLLIELO, Nelson (2004). *Diccionario del latín jurídico*, Editorial B de F, Buenos Aires.
57. NIETO GARCIA, Alejandro (1998). *El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial*, Universidad Complutense, Madrid.
58. PEDRO SAGÜES, Néstor (2004), *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires.
59. PRIETO SANCHIS, Luis (2002). *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo, y Ponderación Judicial*, Palestra Editores, Lima.
60. RAMÍREZ ERAZO, Ramón (2010). *Proyecto de Investigación / Cómo hacer una tesis*, Fondo Editorial AMADP, Lima.
61. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Editorial Grijley, Lima.
62. RECASENS SICHES, Luis (2008). *Tratado general de filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México.
63. ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía Metodológica para la elaboración del proyecto de investigación jurídica*, Editorial FFECAAT, Lima.
64. ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima.
65. RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOZ, Jaime (2011). “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”, en: Revista de Derecho PUCP, N° 67, Lima.

66. RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel (2011). *Creación judicial y Derechos Fundamentales*, ARA Editores, Lima.
67. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2006). *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra.
68. ROMERO PEREZ, Jorge Enrique (1999). *Derecho administrativo general*, Editorial EUNED, Costa Rica.
69. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid.
70. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2011). “*Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa*”, en: *Ius Et Veritas*, N° 43, Lima.
71. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1991). *Fundamentos de derecho administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
72. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2000). *Principios de Derecho Administrativo*, V. 1, 3ra. edición, Centro De Estudios Ramón Areces, Madrid.
73. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Editora Princeliness, Lima.
74. SOUVIRÓN MORENILLA, José María (2011). *Sentido y alcance del derecho a la buena administración, todos en El Derecho a una buena administración y la ética pública*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
75. VIGNOLO CUEVA, Orlando (2012). *Discrecionalidad y Arbitrariedad Administrativa*, Palestra Editores, Lima.

76. VON IHERING, Rudolf (1978). *El Fin en el Derecho*, Editorial Heliastra,
Buenos Aires.