Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General

Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde

Milagros Maraví Sumar (Compiladora)

José Alberto Bustamante Belaunde

Richard Martín Tirado

Milagros Maraví Sumar

Rafael Melgarejo Dávila

Sergio Tafur Sánchez

Javier Rizo-Patrón Larrabure

Úrsula Patroni Vizquerra

Hugo Gómez Apac

Verónica Vergaray Béjar

Liliana Tamayo Yoshimoto

Juan Marcionelli Rodríguez

Alejandro Falla Jara

Rolando Eyzaguirre Maccan

*Apuntes de
Derecho y Economía*

Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General

Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde

Milagros Maraví Sumar (Compiladora)

*Apuntes de
Derecho y Economía*

© Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

Primera publicación: mayo de 2009

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Cubierta: Nora Sidoine
Corrección de estilo: Jorge Coaguila
Diseño de cubierta: Germán Ruiz Ch.
Diagramación: Diana Patrón

Editor del proyecto editorial
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C.
Av. Alonso de Molina 1611, Lima 33, Perú
Telef. 313-3333
<http://www.upc.edu.pe>
Primera edición: año 2009
Tiraje: 700 ejemplares

Este libro se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Revistas Especializadas Peruanas S.A.C.,
Emilio Althaus 355, Lince. Lima, Perú.

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)
Centro de Información

Milagros Maraví Sumar (compiladora)

Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde

Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2009

ISBN 978-612-4041-33-4

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, DERECHO
ADMINISTRATIVO, ACTOS ADMINISTRATIVOS,
ABOGADOS, HOMENAJES, PERÚ.

342.066 BUST

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-05815
Registro de Proyecto Editorial en la Biblioteca Nacional del Perú N° 11501400900320

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo, por escrito, de la editorial.

El contenido de este libro es responsabilidad de los autores y no refleja necesariamente la opinión de los editores.

Luz Interior
Serie Sutilezas
Técnica mixta sobre lienzo
1,95 x 1,50 m
2006

La Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)
agradece a Nora Sidoine la cesión de su cuadro
reproducido en la cubierta.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
Fernando Cantuarias Salaverri, Milagros Maraví Sumar	
IN MEMÓRIAM	13
Milagros Maraví Sumar	
CAPÍTULO 1	17
Análisis del título preliminar	
Dr. José Alberto Bustamante Belaunde	
CAPÍTULO 2	125
Del régimen jurídico de los actos administrativos	
Dr. Richard Martín Tirado	
CAPÍTULO 3	173
El procedimiento administrativo y las reglas de simplificación administrativa	
Dra. Milagros Maraví Sumar	
CAPÍTULO 4	221
Los sujetos del procedimiento administrativo	
Dr. Rafael Melgarejo Dávila	
CAPÍTULO 5	295
Apuntes sobre el iter del procedimiento administrativo en la Ley 27444	
Dr. Sergio Tafur Sánchez	

CAPÍTULO 6	347
La revisión de los actos en vía administrativa	
Dr. Javier Rizo-Patrón Larrabure	
Dra. Úrsula Patroni Vizquerra	
CAPÍTULO 7	369
Redescubriendo al procedimiento trilateral	
Dr. Hugo Gómez Apac	
CAPÍTULO 8	401
La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador	
Dra. Verónica Vergaray Béjar	
Dr. Hugo Gómez Apac	
CAPÍTULO 9	441
El procedimiento administrativo sancionador	
Dra. Liliana Tamayo Yoshimoto	
CAPÍTULO 10	467
De la responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio	
Dr. Juan Marcionelli Rodríguez	
CAPÍTULO 11	487
¿Zanahoria o garrote: de qué depende?: de los estilos de <i>enforcement</i> de la regulación	
Dr. Alejandro Falla Jara	
CAPÍTULO 12	527
La desviación de poder como vicio del acto administrativo	
Dr. Rolando Eyzaguirre Maccan	
SOBRE LOS AUTORES	553
PUBLICACIONES	561

PRESENTACIÓN

El procedimiento administrativo general es uno de los medios más cotidianos de vinculación de las personas con el Estado, en sus diferentes ámbitos de gobierno: nacional, regional y municipal. A través de ellos, el ciudadano solicita y sus autoridades otorgan habilitación para desarrollar actividades diversas, se le confiere seguridad a través de registros administrativos y declaraciones y puede contestar y revertir resoluciones que lo afectan. Asimismo, las entidades públicas pueden ejercer su labor de solución de controversias asignadas por ley a la competencia administrativa a través de procedimientos trilaterales o sancionar a un infractor de un determinado ordenamiento normativo.

Este libro, al comentar la Ley del Procedimiento Administrativo General, tiene como objetivo contribuir al desarrollo de los procedimientos administrativos en un marco garantista de los derechos de los ciudadanos y que brinde herramientas para facilitar la actuación eficiente de autoridades al servicio de las personas, velando por el cumplimiento de la Constitución y las demás normas del ordenamiento legal.

El libro será texto de consulta cotidiana para abogados, personal de entidades públicas y privadas, alumnos y ciudadanos en general para el estudio de los temas vinculados al procedimiento administrativo, la tramitación de los mismos y su optimización permanente, lo cual contribuirá a la vigencia plena del Estado de Derecho y de los derechos de las personas y el consiguiente bienestar económico y social que ello conlleva; contribuyendo asimismo a la legitimidad del ejercicio del poder por las autoridades en el país.

El libro que presentamos, en esta oportunidad, cuenta con excelentes trabajos académicos de profesores de nuestra facultad: Alberto Bustamante —en cuyo homenaje se publica este libro—, Richard Martín, Milagros Maraví, Rafael

Melgarejo, Sergio Tafur, Javier Rizo-Patrón, Úrsula Patroni, Verónica Vergaray, Liliana Tamayo, Hugo Gómez, Juan Marcionelli, Alejandro Falla y Rolando Eyzaguirre, quienes han dedicado sus conocimientos para el mejor logro de esta obra. La edición y compilación fue confiada a Milagros Maraví.

En efecto, producto de estas contribuciones, en los capítulos de esta obra se comentan y analizan diversos temas vinculados a la Ley del Procedimiento Administrativo General: «Análisis del título preliminar», «Del régimen jurídico de los actos administrativos», «El procedimiento administrativo y las reglas de simplificación administrativa», «Los sujetos del procedimiento administrativo», «Apuntes sobre el ITER del procedimiento administrativo en la Ley 27444», «La revisión de los actos en vía administrativa», «Redescubriendo al procedimiento trilateral», «La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador», «El procedimiento administrativo sancionador», «De la responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio», «¿Zanahoria o garrote: de qué depende?: de los estilos de enforcement de la regulación» y «La desviación de poder como vicio del acto administrativo».

Para la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), es un verdadero privilegio poder ofrecer a la comunidad académica y profesional un libro de tanta calidad.

Por último, un agradecimiento especial a todos los autores de este trabajo colectivo y para el Fondo Editorial de la UPC por haber editado el libro con el entusiasmo y profesionalismo al que su equipo nos tiene acostumbrados.

Lima, mayo de 2009

IN MEMÓRIAM

Alberto Bustamante ha sido una persona trascendente y bondadosa, para la que el cariño de su familia y amigos ha sido siempre lo más importante.

Su trayectoria profesional y académica estuvo caracterizada por la excelencia, pasión y vehemencia —propias de un buen arequipeño—, así como la lealtad a los encargos asumidos. Su estilo confrontacional lo hizo muchas veces generar polémica, lo cual era asumido con cierto agrado.

Alberto ha sido el mejor profesor de Derecho Administrativo peruano de su generación y ha contribuido de manera determinante en la formación de toda la generación presente.

Estudió Derecho y se graduó en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y obtuvo un título de máster en Instituciones Legales en la Universidad de Winsconsin (Estados Unidos). Muy joven comenzó a dictar cátedra en la misma PUCP, desde 1975, y en la UPC, desde 1999.

Fue un profesional muy talentoso y reconocido. Desde las instituciones en las que trabajó realizó relevantes aportes profesionales y académicos: Desco, Instituto Libertad y Democracia (ILD), Instituto de Economía de Libre Mercado (IELM), Estudio Javier de Belaunde Abogados, Estudio Yori & Bustamante Asociados y todas las instituciones a las que asesoró.

Tuvo cargos muy destacados, como el de presidente del Consejo de Ministros y ministro de Justicia, presidente de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (Copri) y presidente de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi; asimismo, fue miembro del Directorio del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe) y de comisiones

especializadas, como la Comisión para la Elaboración de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y la Comisión de Reforma del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

Este libro de comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General se edita en homenaje a Alberto, como un reconocimiento a su liderazgo en el equipo de profesores fundadores de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Él fue no solo el líder, sino el más entusiasta en el desarrollo de este proyecto, porque significaba hacer realidad un sueño: contar en el Perú con una excelente Facultad de Derecho, con un plan de estudios y metodología innovadora y un plantel docente y de autoridades que definieran y transmitieran un profundo respeto a la libertad de las personas y promovieran el respeto y tolerancia a la diversidad. El Perú contaría con una Facultad de Derecho con profesionales de sólida formación en Derecho, pero, además, con un enfoque interdisciplinario, orientado a la economía, finanzas, gerencia y humanidades.

También esta publicación es un reconocimiento a su destacada trayectoria profesional y académica. Es preciso incidir en que esta trayectoria estuvo marcada por la generosidad. Alberto concedió espacio para crecimiento profesional a quienes trabajaron con él, siempre más allá de lo esperable, y se ocupó realmente de la formación de sus discípulos, transmitiéndoles una gran confianza. Alberto es un ejemplo de vida de la promoción de la innovación y la excelencia, que caracterizan a la UPC.

Por su reconocida especialización en Derecho Constitucional y Administrativo, en el año 2001 emprendió el proyecto de escribir un libro sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General, convocándonos a ser coautores del proyecto. Por esa razón, a su prematura partida, contábamos con los avances del libro que él había trabajado y, con la autorización de su familia, propusimos a la UPC su publicación.

El decano de la Facultad de Derecho de la UPC tuvo a bien convocar entonces a los profesores vinculados a la temática del Derecho Administrativo de la facultad para culminar esta obra en conjunto. Todos nosotros, muchos alumnos o amigos de Alberto y todos profesores destacados de la UPC, nos

sumamos con entusiasmo al proyecto que hora se publica. Alberto hubiera estado muy ilusionado y satisfecho de compartir esta aventura intelectual con todos los profesores de la UPC que escribimos este libro y que fuera su querida Facultad de Derecho de la UPC la que editara este gran aporte al Derecho Administrativo en el Perú. La Ley del Procedimiento Administrativo General es un texto normativo de uso cotidiano por los abogados y ciudadanos que tratan con las entidades públicas, y es muy necesario un libro de reflexión de expertos, pero desde la óptica pragmática e innovadora de la UPC.

Finalmente, y no por eso lo menos importante, este es un libro de reconocimiento a Alberto por la gran lealtad de su amistad.

Milagros Maraví Sumar
Coordinadora de la obra

CAPÍTULO 1

ANÁLISIS DEL TÍTULO PRELIMINAR

Dr. José Alberto Bustamante Belaunde (†)¹

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

I. CONTENIDO DE LA LEY

I.1. La naturaleza jurídica de las entidades comprendidas

El artículo I del título preliminar (TP) de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), que se refiere en la sumilla correspondiente al ámbito de la misma, dispone que «[...] será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública».

Antes de proceder a describir cuál es el contenido que la LPAG confiere al concepto de entidades, resulta necesario destacar que la aplicación a todas las entidades —como se refiere a ellas el texto del artículo I— pareciera, en principio, absoluta. No lo es, sin embargo, a juzgar por el contenido del inciso 2 del artículo II del TP, que, como describiremos en detalle más adelante², exceptúa del ámbito de su aplicación a «los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa [...]». En cualquier caso, no resulta objetable esta primera aproximación genérica de la LPAG a la definición de su propio contenido. La intensa versatilidad que exhiben los procedimientos administrativos en el Perú y en el Derecho comparado —versatilidad que ha caracterizado el proceso histórico del Derecho Administrativo y que es connatural al curso evolutivo de los Estados— justificaba de plano que la LPAG dejase una rendija abierta a la posibilidad de que leyes expresas en ámbitos específicos pudiesen contener normas distintas a las contempladas en una ley —como la LPAG— que tiene, por definición, un contenido *general*, lo que, por lo demás, ya había ocurrido a partir de la vigencia de cuerpos normativos anteriores.

² Infra, acápite I.3.2.

Con un criterio lo suficientemente elástico como para prever situaciones por necesidad excepcionales, el legislador ha optado en esta ocasión, sin embargo, por una fórmula de excepcionalidad un tanto más estricta que la otrora establecida por el Decreto Supremo 006-67-SC, denominado Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (RNGPA), que fue, durante 17 años, el más importante instrumento normativo del Derecho Administrativo en el Perú.

El RNGPA fue elevado a jerarquía de ley mediante el Decreto Ley 26111, Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (LNGPA), que contuvo, además, algunas modificaciones importantes al primero. Es interesante destacar que el artículo 1 del Texto Único Ordenado (TUO) de la LNGPA, aprobado mediante el Decreto Supremo 02-94-JUS, que rigió a partir del 31 de enero de 1994, disponía:

«La presente ley rige la actuación de orden administrativo de las entidades de la Administración Pública, siempre que por leyes especiales no se establezca algo distinto.

En consecuencia, se aplica a:

- a. Los procesos administrativos [...];
- b. Los actos administrativos inherentes a [...];
- c. Los procedimientos para la enajenación o adquisición de bienes y servicios [...]; y
- d. El derecho de petición [...]

Asimismo, se aplica a los procedimientos administrativos a que se refiere [...], así como a los procedimientos tributarios [...].

En ningún caso se aplica a los procedimientos internos de la Administración Pública destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios.

Para los fines a que se contrae este artículo, la Administración Pública comprende a los ministerios, instituciones y organismos públicos descentralizados, gobiernos regionales, gobiernos locales, los organismos constitucionalmente autónomos y las empresas u otras entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos, incluidas las universidades públicas y privadas» (artículo 1).

El TUO de la LNGPA cerró un tanto el ámbito de discrecionalidad que había establecido previamente el RNGPA, cuyo artículo 1 supeditaba la aplicación

del mismo a la inexistencia de leyes o reglamentos especiales que dispusiesen algo distinto, llevando a un extremo casi insostenible la deseable e inevitable supletoriedad que cabría conferir a un procedimiento concebido como *general*.

Sin embargo, se debe destacar adicionalmente que el TUO de la LNGPA introdujo contundentemente el carácter del proceso como factor de definición de su propio ámbito de aplicación, como puede advertirse del inciso a al d y el párrafo siguiente, que se encuentran anteriormente transcritos. Lamentablemente, el TUO de la LNGPA, ya con jerarquía legal, no se refirió en lo absoluto a los actos administrativos que no tuviesen forma de resolución, materia que había sido originalmente abordada por el RNGPA e inexplicablemente sustraída tanto en el Decreto Ley 26111 como en el TUO de la LNGPA y, por cierto, en la LPAG.

La administración pública central y local en el Perú emite diariamente cientos de actos administrativos que carecen de forma de resolución (nos referimos a oficios, comunicaciones, cartas, informes, etcétera), que se encuentran en un limbo normativo que la norma madre en el curso del tiempo —el RNGPA— había perfectamente previsto y definido.

Pues bien, la intensidad que le confirió el TUO de la LNGPA al carácter del *procedimiento*, como factor crucial a efectos de definir el ámbito de aplicación supletoria de la ley general, supuso una muy endeble construcción conceptual que la LPAG ha remontado con creces a partir del desarrollo de la noción de *entidades*. Era tan endeble el marco conceptual del mencionado TUO que su artículo 1, luego de referir su aplicabilidad general a «las entidades de la Administración Pública, siempre que por leyes especiales no se [estableciera] algo distinto», disponía, después de un «en consecuencia» carente del más elemental sentido lógico y jurídico, cuáles habrían de ser los procedimientos administrativos involucrados en su vigencia. En otras palabras, no resultaba inferencia de la aplicación del TUO de la LNGPA a las *entidades* de la administración pública que tales o cuales *procedimientos* fuesen los que tuvieran que sujetarse a sus reglas.

Esta deficiencia conceptual ha sido decididamente remontada por la LPAG, cuyo ámbito de aplicación ha sido entendido a partir de una noción precisa acerca de las *entidades*, descartándose el factor *procedimental*.

Para decirlo de otra manera, la regla general que contiene la LPAG consiste en que las entidades (todas, salvo las que serán analizadas puntualmente más adelante) deberán ajustar sus procedimientos al mandato de la nueva ley, con excepción de aquellas que, en razón de su especificidad, cuenten con

procedimientos especiales expresamente contenidos en una norma con jerarquía legal. Pero, entonces, no será la naturaleza de los procedimientos previamente definidos por la ley la que operará para la delimitación del ámbito de aplicación de esta última. Serán las leyes especiales las que, al referirse a las entidades y sus funciones, podrán conferir a las entidades normas procedimentales distintas a las contempladas en la LPAG.

La precisión anterior es importante, porque, de interpretarse el asunto de una manera más laxa, podríamos correr el riesgo de regresar al desorden normativo que hemos padecido en el Perú en las últimas décadas. No es que a nadie se le pueda ocurrir crear un nuevo procedimiento —distinto al procedimiento administrativo general establecido por la LPAG—, a efectos de abordar una materia procedimental. No existe duda alguna, al interpretarse conjuntamente los artículos I y II de la LPAG, que si se intenta apartar ciertos procedimientos administrativos a cargo de determinada entidad del ámbito de aplicación de la LPAG, las que se dicten o modifiquen deberán ser las leyes institucionales atinentes a las entidades. De otra manera, proceder a establecer procedimientos especiales distintos al contemplado por la LPAG —que giren en torno a una o más materias de carácter procedimental— podría ser interpretado —salvo consideración expresa en el sentido contrario enunciada y explicada en la misma ley o en su exposición de motivos— como una manera de hacer por vía indirecta lo que la ley no permite hacer directamente. Ello a partir de la construcción conceptual de que ha sido cuidadosamente objeto la LPAG.

I.2. Entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la LPAG

I.2.1. El Poder Ejecutivo

La segunda parte del artículo I de la LPAG establece que «para los fines de la presente ley, se entenderá por ‘entidad’ o ‘entidades’ de la Administración Pública: 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo ministerios y organismos públicos descentralizados».

El Poder Ejecutivo es tratado por la Constitución Política del Perú de 1993 (CP 1993) en sus capítulos IV y V (del artículo 110 al 129). Son hasta cuatro los temas que surgen en esta parte de la CP 1993 a efectos de su tratamiento desde la perspectiva del Derecho Administrativo.

a. Presidente de la República (del artículo 110 al 118 de la CP 1993):

De los artículos mencionados, el más importante es el último, es decir, el 118. Del texto de dicha disposición, cabe resaltar lo siguiente:

1. El inciso 8 dispone que corresponde al presidente de la República «ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones».

La reglamentación de las leyes constituye, en consecuencia, una atribución que ejerce, por mandato constitucional, el presidente de la República. Se trata de un requisito indispensable, pero no el único exigible, para la validez de los reglamentos de las leyes, a la luz de lo preceptuado por el artículo 120 de la CP 1993 del Perú, que establece que «son nulos los actos del presidente de la República que carecen de refrendación ministerial».

Por otro lado, no todas las normas de carácter general que dicta el presidente de la República son reglamentos de leyes, lo que resulta claro si advertimos que, en la misma disposición constitucional, se le confiere también al presidente la atribución de dictar decretos; es decir, canales formales susceptibles de contener normas generales que no necesariamente son reglamentos de leyes. Debe concluirse, al respecto, que tanto los reglamentos de las leyes como los decretos que la disposición transcrita autoriza dictar al presidente de la República deben encaminarse formalmente a través de decretos supremos, que, de conformidad con el artículo 120 de la CP 1993, como ya se ha visto, deben ser objeto de refrendación ministerial, por un lado; y del inciso 3 del artículo 11 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), que establece que deberán ser previamente aprobados por el Consejo de Ministros en los casos en que la ley así lo determine, por otro lado.

2. El inciso 15 del artículo 118 de la CP 1993 dispone que corresponde al presidente de la República «adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado».

Es indispensable, habida cuenta de la ocurrencia de algunos sucesos relativamente recientes, confrontar el texto transcrito con el del inciso 19 del mismo dispositivo constitucional, que dispone que corresponde al presidente de la República «dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia».

Resulta claro que, en el primer caso, estamos ante figuras formales (los decretos de urgencia, que tienen jerarquía de ley pese a ser emitidos únicamente por el presidente de la República con refrendación ministerial), mientras que en el segundo nos encontramos básicamente ante actos materiales u operaciones de hecho que pueden tener, como pueden no tener, mandatos normativos de carácter escrito. Surge entonces la duda acerca de si las «medidas» a que se refiere el inciso 18 transcrito deben o no sujetarse a lo dispuesto por la última parte del artículo 51 de la CP 1993, que establece que «la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado», y por el artículo 109 de la misma, que dispone que «la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley [...]».

El inciso 15 del artículo 118 de la CP 1993 es bastante importante, porque impone un rasero discreto, pero a la vez contundente, a aquella majadería populachera según la cual todas las normas jurídicas deben ser publicadas, como requisito de validez de las mismas, conforme a la concordancia entre los artículos 51 y 109 de la CP 1993, tal como se ha pretendido recientemente. En principio, resulta claro que la publicidad de las normas constituye un precepto orientado a que los obligados a cumplirlas sepan, y no ignoren, en qué consisten sus obligaciones. Así, determinada norma no publicada en razón del interés público o de la seguridad nacional cumple con el propósito establecido por el artículo 55 de la CP 1993 si es notificada a quienes deban cumplirla en razón de sus funciones o cargos. Manuel de la Puente y Lavalle, por ello, sostuvo que «como los decretos de urgencia tienen fuerza de ley, les son aplicables las características de generalidad y de abstracción inherentes a la ley. Estas características exigen que los decretos de urgencia deban ser publicados. Sin embargo, muchas veces resulta necesario, por la naturaleza de las cosas, adoptar determinadas medidas que deban tener carácter secreto, por cuanto su divulgación podría poner en peligro la seguridad nacional. Tal es el caso, entre otros, de transferencias presupuestarias que, por importar la modificación de la correspondiente Ley de Presupuesto del Sector Público, deban ser aprobadas por una norma con rango de ley. Ante la impostergable necesidad de mantener secreta la norma, debido a los altos intereses protegidos, el Poder Ejecutivo se ve forzado a dictar el

respectivo decreto de urgencia con carácter secreto, esto es sin observar el requisito de la publicidad»³.

En consecuencia, una confrontación pacífica entre el inciso 15 del artículo 118 de la CP 1993 y los artículos 55 y 109 de la misma permite deducir que no se infringe tales dispositivos de la CP 1993 vigente si determinadas medidas atingentes a las potestades presidenciales en materia de defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado no son publicadas sino, solamente, notificadas a los directamente obligados a su cumplimiento o implementación. Tal argumento se exhibe sólidamente apoyado por el inciso 4.1 del artículo 4 de la LPAG, tal como se verá más adelante⁴.

El artículo 8 de la LOPE describe las funciones del presidente de la República, distinguiendo erradamente sus funciones como jefe de Estado de sus funciones como jefe del Poder Ejecutivo, cuando en el Perú ostenta ambas condiciones sin existir diferencia alguna entre sus funciones por esta nomenclatura.

b. Consejo de Ministros (artículos 119, 125 y 126 de la CP 1993):

1. Al Consejo de Ministros le están confiadas «la dirección y la gestión de los servicios públicos», de conformidad con el artículo 119 de la CP 1993. Respecto de los *servicios públicos*, Kresalja sostiene que «[...] el concepto de servicio público, o su caracterización, está básicamente referido al citado tercer tipo de actuación [a la del Estado como protagonista], cuando el Estado es titular de la actividad, sea que la preste directamente o mediante terceros»⁵. La presencia directa o indirecta del Estado también es enfatizada por Bielsa, quien sostiene que servicio público es «toda acción o prestación realizada por la Administración Pública, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía»⁶.
2. Las atribuciones del Consejo de Ministros se encuentran establecidas por el artículo 125 de la CP 1993, cuyos dos incisos iniciales son los más importantes:

³ Cfr. De la Puente y Lavalle.

⁴ Al respecto, ver el acápite III.4.1.b del presente trabajo.

⁵ Cfr. Kresalja: 44.

⁶ Cfr. Bielsa 1964: 463.

«1. Aprobar los proyectos de ley que el presidente de la República somete al Congreso.

2. Aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley [...]».

Con excepción del, sin duda, controvertido tema tratado en el párrafo a.2 precedente, resulta indudable que (i) los proyectos de ley que el presidente de la República someta al Congreso; (ii) los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicte; y (iii) los decretos y las resoluciones presidenciales que dispone la ley, deben ser previamente aprobados por el Consejo de Ministros, como requisito de validez y eficacia. En ese sentido, la referencia a los *proyectos de ley* que contiene el inciso 2 del artículo 125 de la CP 1993 es no solo reiterativa sino contraria a la técnica normativa.

3. Según el artículo 126 de la CP 1993, «todo acuerdo del Consejo de Ministros requiere el voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros, y consta en acta». En este tema, surge la controversia respecto de si la prohibición expresa de que haya ministros interinos y la correspondiente facultad presidencial de «encomendar a un ministro que, con retención de su cartera, se encargue de otra por impedimento del que la sirve», por un plazo no mayor de treinta días y sin posibilidad de transmitirse a otros ministros (consagrada en el artículo 127 de la CP 1993), puede redundar o no en la circunstancia de que menos de la mitad de los ministros asistentes a un Consejo de Ministros, técnicamente aptos por atribución ministerial propia o por una «encomienda» generada por impedimento de alguno o algunos de sus colegas, pueda adoptar determinadas decisiones a base de la suma de su propia cartera con la o las carteras objeto de «encomienda» presidencial. Por ejemplo, a la sesión del Consejo de Ministros del 30 de noviembre de 1999 asistieron nueve ministros, quienes, aparte de las carteras de las que eran titulares, habían recibido la «encomienda» presidencial respecto de seis ministerios cuyos titulares se encontraban de viaje y estaban, en consecuencia, impedidos. En virtud de un ejercicio intelectual cabría preguntarse qué habría ocurrido en tal situación si hubiesen asistido solo siete ministros titulares de sus respectivas carteras, pero «encomendados» por el presidente de la República para encargarse de las nueve carteras restantes. Una interpretación literal del primer párrafo del artículo 126 de la CP 1993 (que establece que «todo acuerdo

del Consejo de Ministros requiere el voto aprobatorio de la mayoría de sus integrantes») sería absolutamente insuficiente para resolver el dilema, ya que «la mayoría de sus integrantes» puede referirse tanto a los 15 ministros titulares como a los siete que, aunque constituyesen minoría, pudiesen estar en condiciones de representar a varios titulares de carteras ministeriales verdaderamente impedidos de asistir.

La LOPE ha previsto en su artículo 16 otras atribuciones del Consejo de Ministros, como (i) coordinar y evaluar la política general del Gobierno, así como las políticas nacionales y sectoriales y multisectoriales; (ii) adoptar decisiones sobre asuntos de interés público; y (iii) promover el desarrollo y bienestar de la población.

c. Presidente del Consejo de Ministros (artículos 121, 122 y 123 de la CP 1993):

1. El presidente del Consejo de Ministros es, de conformidad con el texto constitucional, un *primus inter pares*, es decir, un ministro más. En orden, el primer dispositivo constitucional que podría contradecir este aserto es el contenido en el segundo párrafo del artículo 121 de la CP 1993 vigente, que establece que «el Consejo de Ministros tiene su presidente» y que «corresponde al presidente de la República presidir el Consejo de Ministros cuando lo convoca o cuando asiste a sus sesiones».

No se trata de una situación producto de hipótesis genéricas. En dos meses y medio de ejercicio de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), el autor convocó y presidió una de cinco sesiones realizadas entre el 19 de octubre de 1999 y el 28 de diciembre del mismo año. Posteriormente, el autor convocó y presidió una sesión adicional, que se realizó en el Salón Grau de Palacio de Gobierno, en fecha que no le ha sido posible retener en su memoria. En ambas ocasiones, el presidente del Consejo de Ministros procedió por disposición del presidente de la República, a quien, por una razón u otra, no le era posible asistir. Es posible que ni previa ni posteriormente al ejercicio por el autor de sus funciones como presidente del Consejo de Ministros, algún otro dignatario que ocupase dicho cargo hubiese optado por convocar y presidir, motu proprio, una sesión del Consejo de Ministros. En cualquier caso, el presidente del Consejo de Ministros no hubiese contado con la presencia de los ministros indispensables para conformar el quórum ni se hubiese podido apoyar en el componente logístico que usualmente

Para poder revisar todo el contenido de esta edición,
visite nuestra **tienda virtual**.