

P R A E C E P T U M

Nº 3



INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

PRAECEPTUM

N° 3

Experiencias de políticas
públicas

Julio, 2015.

CANALES, José. DONAYRE, Christian. MARTÍN, Richard. MARTINEZ, Juan. TASSANO, Hebert.

PRAECEPTUM
Experiencias de políticas públicas

Año 2 Número 3, INDECOPI, Lima, 2015.

Área: Ciencias Sociales

Formato: 13 x 20 cm.

Páginas: 220

PRAECEPTUM

Año 2 Número 3, julio 2015.

Copyright © 2015 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Calle de la Prosa N° 104 – San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: (51-1) 224-7800

Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

Correo electrónico: escuela@indecopi.gob.pe

Sitio web: www.indecopi.gob.pe

Ortografía, sintaxis y edición: Sara Chávez Urbina.

Supervisión y revisión de la edición: Giovana Hurtado Magán, Directora de la Escuela Nacional del Indecopi.

1era. edición. Editado en mayo 2015.

Diseño, diagramación e impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora N° 156-164 Lima. Teléfono 332-3229

Impreso en Lima, Perú. Julio 2015.

Tiraje: 500 ejemplares.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-09847

ISSN 2313-3511

La información contenida en este documento puede ser reproducida parcialmente, informando previa y expresamente al Indecopi y mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas.

Indecopi adopta en sus textos la terminología clásica del masculino genérico para referirse a hombres y mujeres. Este recurso busca dar uniformidad, fluidez y sencillez para la lectura del documento. No disminuye de modo alguno el compromiso institucional en materia de equidad de género.

La Serie Praeceptum acoge con equidad y neutralidad la producción intelectual de reconocidos especialistas y juristas, propiciando el análisis, debate y acceso al conocimiento de diferentes tendencias en temas de competencia del Indecopi, contribuyendo con el ejercicio pleno de la ciudadanía y participación de la sociedad. Las ideas, afirmaciones y opiniones, expresadas por los autores, son de su exclusiva responsabilidad y no necesariamente reflejan las opiniones del Indecopi.



Consejo Directivo

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga
Presidente

María Elena Juscamaita Arangüena
Consejera

Laura Berta Calderón Regio
Consejera

Malka Maya Albarracín
Consejera

Juan Alejandro Flores Castro
Consejero

Consejo Consultivo

Elena Conterno Martinelli
Richard Webb Duarte
Catalina Chepa Guzmán Melgar
José Ricardo Stok Capella

Gerente General

Juan Joel De la Cruz Toledo

Directora de la Escuela Nacional del Indecopi

Giovana Hurtado Magán

ÍNDICE

Líneas de la Directora de la Escuela Nacional **7**

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS:
ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS
José Manuel Canales Aliende **9**

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR
DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL
Fundamentos, garantías y mecanismos de protección
Christian Marcelo Donayre Montesinos **47**

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y EL CONTROL
DIFUSO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Richard James Martín Tirado **115**

POLÍTICAS PÚBLICAS: REFLEXIONES GENERALES
SOBRE SUS ALCANCES Y DISEÑOS
Juan José Martínez Ortiz **177**

EL ROL DEL INDECOPI EN LAS POLÍTICAS
NACIONALES
Hebert Tassano Velaochaga **195**

Apreciado lector:

El tema central del número 3 de la Serie Praeceptum, que usted está leyendo, es experiencias de políticas públicas; asunto que en la actualidad nos lleva a la visión de un Estado moderno al servicio de las personas, con una transformación de los enfoques y prácticas de gestión, y es sobre ese demandante proceso de cambio que compartiremos aquí conocimientos redactados por connotadas personalidades involucradas en el proceso, desde diferentes campos de acción.

José Manuel Canales Aliende en “Las políticas públicas: actualidad y perspectivas”, reflexiona sobre su naturaleza y actores, identifica procesos y resalta la importancia de una evaluación adecuada, señala además que es fundamental delimitar con precisión los problemas públicos, con el fin de enfrentarlos con éxito.

Christian Marcelo Donayre Montesinos escribe sobre “La protección del consumidor desde una perspectiva constitucional”, acercándonos a conocer temas tan importantes como los presupuestos constitucionales del sistema de protección al consumidor, el concepto de consumidor, sus derechos fundamentales y su protección constitucional.

7

De otro lado, Richard James Martin Tirado, trata sobre “Los recursos administrativos y el control difuso en la administración pública” y analiza el recurso de apelación, revisión y reconsideración, estableciendo la distinción entre los actos que pueden ser objeto de impugnación y aquellos que no, introduciéndonos al control difuso.

Luego, Juan José Martínez Ortiz en su artículo “Políticas públicas: reflexiones generales sobre sus alcances y diseños” plantea una definición y analiza el costo beneficio para el diseño de políticas públicas.

Finalmente, Hebert Tassano Velaochaga en “El rol del Indecopi en las políticas nacionales” estudia la modernización actual de la gestión pública y la vigencia del Indecopi en el proceso de cambio nacional.

Gracias por leernos, hasta el próximo número.

Giovana Hurtado Magán
Directora de la Escuela Nacional

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS

José Manuel Canales Aliende

Académico e investigador cualificado, Consultor de la UNESCO, de la OCDE y del Banco Mundial, se ha desempeñado como alto funcionario del Estado en varias administraciones públicas españolas, con amplia y notable experiencia tanto en España como en América Latina en el campo de los órganos de fiscalización, Tribunales de Cuentas y Contralorías. Ex Canciller del Tribunal de Cuentas de España, ha participado en muchos eventos de O.L.A.C.E.F.S., organismo latinoamericano que engloba e integra a todas las entidades de control posterior.

Nota el editor

Transcripción escrita de la conferencia dictada en el Indecopi por José Manuel Canales Aliende, el 28 de mayo del 2014.

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ACTUALIDAD Y PERSPECTIVA

José Manuel Canales Aliende

Las políticas públicas es un campo novedoso relativamente en la bibliografía y en los autores de la doctrina de las ciencias sociales, y en la ciencia política, particularmente desde los años sesenta. Surge como otras corrientes en materia de ciencias sociales, básicamente en los países anglosajones y en concreto en los Estados Unidos. No obstante algunas de las reflexiones teóricas y prácticas de las políticas públicas van a estar ahí siempre, y de alguna forma pues ahora esta materia sistematiza e integra, y concreta un conjunto de materias que ahora se llaman políticas públicas que incluso lleva a que haya postgrados, titulaciones de políticas públicas en los Estados Unidos y en algunos otros países.

11

Los países de tradición latina, insisto, aunque se usa mucho el término políticas públicas y también el de evaluación, tenemos todavía mucho camino por recorrer. Hay mucha teoría y poca práctica, y eso lo digo como criterio general y conclusión, y después también yo creo que cuando se habla de políticas públicas y de evaluación, a veces se habla con una gran superficialidad, una gran incomprensión y una gran inexactitud. A veces uno va por América Latina y le preguntan sobre políticas públicas, confundiendo las políticas públicas con otras cosas. Por lo tanto se da una gran confusión, fruto de la falta de tradición y que a veces se traduce al español de una forma equivocada, de una literatura "gringa" sin especificar muy bien las cosas, quizás el neologismo cuando se traducen palabras como implementación del *implementation*, confunde pues estos neologismos, cuando hay que aclararlos en nuestra lengua, y además en la fase de ejecución de las políticas públicas como después veremos.



¿Qué son las políticas públicas?

Las políticas públicas son sustancialmente lo que los gobiernos llevan o no a cabo, son acciones: lo que los gobiernos hacen o no hacen y cómo lo hacen.

Una política pública puede consistir en no hacer nada, no tomar decisiones, no abordar un problema, eso ya es una política pública, es una política que está ahí.

Una política pública puede ser **proactiva**, se anticipa al problema, al momento o a la necesidad, o puede ser **reactiva** cuando el problema ya ha acontecido y se intenta reaccionar, abordar el problema, y así lo hacen los gobiernos. Lo que está claro, es que hay una indicación profunda entre el gobierno y las políticas públicas.

- 12 Las políticas públicas van a ser la manifestación de la acción de los gobiernos, que las van a aplicar a una serie de instituciones, incluyendo al Gobierno, la Administración Pública, además de: a la función pública o servicio civil de carrera, empleados públicos y aparato institucional, los cuales van a utilizar unas técnicas, unos instrumentos, unos dispositivos de gestión o de instrumentación para la realización de esa gestión pública.

Por tanto, las políticas públicas van a tener una doble dimensión o una doble faceta. Por un lado ejecutar las tareas del gobierno; y por otro lado también, influir en la sociedad, produciendo una serie de efectos sobre ésta, con unos determinados impactos y consecuencias. La sociedad evidentemente también tiene unos output, o respuestas sobre las políticas públicas.



¿Cuáles son las fases o etapas de las políticas públicas?

Las fases, etapas o períodos de las políticas públicas, en la teoría, son muy diferentes y están todas entre sí conectadas y sistematizadas secuencialmente. En la práctica las políticas públicas no siempre son secuenciales, y las fases teóricas señaladas a veces no se corresponden secuencialmente, hay alteración o se producen a la vez y con simultaneidad, por tanto todo en la práctica no siempre es tan perfecto, tan secuencial, tan seguido en un proceso planificado.

Gráfico 1. Etapas de las políticas públicas



13

Elaboración: ECP del Indecopi

Veamos en qué consiste cada etapa.

Fase 1: Preparación y diagnóstico

Empecemos por la primera fase de las políticas públicas, que es la fase de preparación, de reflexión, del debate de las políticas públicas. Cómo y cuáles políticas públicas hacer, y esto tiene que ver mucho con la comunicación política entre los gobiernos y la ciudadanía; de la sociedad civil y la democracia participativa de las cuales hoy se habla mucho. La ciudadanía participa, opina y expresa su opinión al respecto fruto del debate, del elemento de la participación, facilitando la creación de la agenda política. Por parte de los gobiernos respectivos se decide qué tipos de políticas públicas se van a hacer, cómo se van a hacer y cómo se van a desarrollar.

Esta fase previa de las políticas públicas es muy importante, puesto que tiene dos dimensiones relevantes:

Gráfico 2. Dimensiones de las políticas públicas



Empieza ya una relación importante del sistema político administrativo, que es la relación entre políticos y expertos.

En este sentido, la fase del diagnóstico previo del análisis, es muy importante porque si no conocemos la realidad, poco podemos actuar o mal podemos actuar.

Desde esa perspectiva, es importante que la clase política, los responsables políticos, cuenten con los técnicos, con los expertos, y que haya una burocracia y unos expertos con un *expertise*, es decir, competentes, neutrales y profesionales y por lo tanto, independientes.

Que éstos digan lo que hay que hacer, y cómo lo han de hacer para que el político tome la decisión. No se trata aquí de que los tecnócratas suplanten a los legítimamente representantes elegidos por el pueblo, sino que los ayuden y los asesoren. Cuanto mejor y más amplia sea la información que tengamos en el análisis, obviamente, mucho mejor.

Gráfico 3.



Elaboración: ECP del Indecopi

Lo que acontece muchas veces es que la alta política y la alta administración, normalmente los asesores, los técnicos, suelen decir al político lo que el político quiere escuchar, por adulación, y no lo que es en la realidad. Entonces confunden al político ya de entrada, porque no diferencian la lealtad institucional o personal, con la misión inquebrantable del “si jefe”, o “siempre tiene la razón”.

Esto es una práctica común en cualquier entidad pública. Entonces, si el asesor y el experto no aconsejan debidamente y se le dice al político lo que quiere oír, pues muy mal vamos.

15

Luego también hay otro fenómeno muy curioso, y permítanme que sea muy crítico con estas nuevas técnicas pseudoempresariales, no científicas y poco rigurosas que hay en la vida política de las campañas electorales, esas promesas electorales que los políticos enuncian, que luego no van a hacer; la compra del voto, etc.; o estas técnicas ahora de las escuelas de negocios y del “coaching político”.

El coaching me parece poco serio en principio, porque lo que enseñan no es a gestionar bien y a liderar, sino lo que enseñan es como engañar a la gente.

Es toda una propaganda política, lo que pasa es que lo llamamos coaching y es muy moderno, pero esto es muy *goebbeliano*. Esto es, como engañar a la gente para que me vote y después me olvido. Por tanto, esto del “coaching político” es enseñar a engañar al electorado.

Así lo defino yo como científico de la política; lo que pasa es que me sorprende como en España también, y por todas partes se paga muchísimo dinero por cursos elementales y absurdos. Por tanto, el coaching político me parece en principio, una técnica más de engaño, de manipulación del electorado.

Dicho esto, qué nos lleva el conocimiento a la realidad, y tenemos que ser, portando el punto de partida, rigurosos en el análisis, utilizando todas las técnicas de investigación social cuantitativas y cualitativas que se emplean en las ciencias sociales y en la Administración Pública; es decir un conjunto de técnicas de todo tipo, para tener datos de indicadores: económicos, sociales, junto a estadísticas; hacer sondeos metodológicos, etc. aplicando todas las técnicas de investigación social que hay.

Yo siempre ilustro a mis alumnos, y permítanme la burda expresión, con el siguiente ejemplo cuando tenemos que hacer el análisis.

Por ejemplo:

16

Si para hacer un diagnóstico a un enfermo, hay varios médicos que opinan o se tienen muchas técnicas para apoyar su diagnóstico como; el análisis de sangre, el análisis de orina, los escáner, la radiografía.

También puede darse, que el médico de familia o de medicina general vea al enfermo, al niño sobre todo, y le dé la medicina si tiene una gripe o sarampión, esto es artesanal, basándose sobre todo en la empatía, en la intuición pero eso no es técnico, no es plenamente científico.

Por tanto, el desarrollo de la capacidad de análisis es importantísimo para el punto de partida sobre el que van a actuar las políticas públicas.

Fase 2: Decisión

Las políticas públicas son una decisión sobre lo que hacer o no hacer, y de cómo vamos a implementarlas, cómo vamos a desarrollarlas.



Si no sabemos el punto de partida, mal vamos.

Por tanto, la fase previa es el análisis, el debate y la reflexión, viendo las opciones alternativas para la toma de decisiones, la alternativa A, B, etc. y en la política pública habrá decisiones posibles, completas, y habrá otras que no sean posibles, y habrá que buscar por tanto la posibilidad, la operatividad de algunas políticas públicas que se deciden; todas no se pueden lograr, y menos al mismo tiempo.

Por ejemplo:

Que un político en una campaña electoral diga que hay que desarrollar y mejorar la salud pública en un país, es muy genérico, en eso estamos todos de acuerdo; la segunda parte es responder cómo usted va a poner en marcha esa política pública, cómo va a ser preferencial para ciertos sectores, qué vamos a curar, qué tipo de enfermedad va a ser prioritaria, vamos a atender a la salud ambulatoria, a la salud hospitalaria o la salud de urgencia, es decir todo ese tipo de cosas hay que plasmarlas, y por tanto la fase previa de información es muy importante para el proceso decisional, quién adopta la decisión, cómo adopta la decisión.

17

Aquí la dimensión política es que la clase política electa, la democracia representativa por el voto, son los que tienen legitimidad para la toma de decisiones y no se puede negar esa toma de decisiones de un sistema político, aquí vendría a colación también hasta qué punto, en esa decisión ha participado la opinión pública, la ciudadanía; y dos, el gran problema de los lobbys, grupos de interés económico o que presionan a la clase política, al parlamento, a los gobiernos, para la toma de decisiones.

Hay toda una literatura sobre los grupos de interés en este sentido, y también como ese tipo de proceso decisional se adopta.

Gráfico 4. Actores que influyen en la toma de decisiones



Fuente: Elaboración ECP del Indecopi

Ese proceso decisional por los gobiernos, está siendo a veces improvisado, y debe ser profundo, a través del debate, o no debate en ocasiones. En las políticas públicas interviene el parlamento o no interviene el parlamento, vivimos un presidencialismo fuerte, exacerbado, versus el parlamentarismo. En algunas políticas públicas tiene que intervenir el parlamento, hay otras que las decide el gobierno en virtud de la configuración y atribución competencial de poderes en cada sistema político, este proceso decisional es muy importante.

18

Las políticas públicas implican también, el decidir si hay un plan de actuación o no. La conexión entre la planificación estratégica, con el presupuesto, con los objetivos que se pretenden, y los resultados esperables, nos muestran aquellos indicadores que vamos a aplicar o cuáles no van a incluirse en el proceso. Y por último, como van a evaluarse los resultados. En su caso, cómo van a ser esos resultados, siendo necesario para el proceso decisional que se aclare al máximo estas cuestiones antes dichas.

Pero si el proceso decisional, es la segunda etapa o fase de las políticas, previas a la preparación y al análisis que hemos dicho, se trata de un proceso, de un período largo que no es realizable de un día para otro, salvo la improvisación simplista.

Fase 3: Divulgación

Las políticas públicas tienen seguidamente, la fase de formulación o explicitación o divulgación: cómo se comunican las políticas públicas, cómo se transmiten esas políticas públicas, cómo la ciudadanía conoce esas políticas públicas, cómo los gobernantes

en sus casos, de distinto nivel del país territorial, regionales, locales conocen las políticas públicas, cómo la ciudadanía las conoce. En el sistema jurídico tradicional, el Boletín Oficial del Estado o Boletín Oficial transmite, ya pone en vigor las normas pero también la comunicación, la divulgación de las políticas, la explicitación; en sentido, muchos gobiernos ponen en marcha procesos de prensa, comunicación, gabinetes de prensa, gabinetes de comunicación, etc.

En ese sentido, es muy importante que, en primer lugar no se engañe al público, a la ciudadanía con las políticas públicas, porque después la respuesta de la ciudadanía cuando se la engaña puede ser terrible, y además no se engaña tan fácilmente a la gente como cree a veces la clase política y sus asesores de coaching.

La comunicación política tiene que ser clara, precisa, diáfana, concreta, al transmitir los mensajes.

Sobre la comunicación, hay muchísimo escrito, teórico y práctico, pero sobre todo una cosa importante es que la comunicación política no es propaganda política. Muchas veces cuando se está asistiendo a actividades, cursos, incluso campañas electorales, muchos políticos, y muchos altos directivos creen que la comunicación política, es una página web muy bonita, o inundar de datos de estadísticas, o es las páginas web con la información; eso es información, no es comunicación, son cosas distintas.

La comunicación implica la emisión de un mensaje, y el que recibe el mensaje interactúa y da respuesta. Hay entre el mensaje emitido y la percepción de lo recibido, esa relación dialéctica y esa respuesta al mensaje emitido, siendo muy importante.

Hay a veces información o mala información, pero no hay comunicación política, e insisto porque es un tema sumamente importante. A la ciudadanía, si se le engaña reacciona, y tiene más conciencia de lo que parece. A veces hay que decir a la clase política lo que no quiere escuchar por parte de los asesores. La comunicación política, es explicar a la ciudadanía lo que hay, y que el pueblo no conteste o guarde silencio, no quiere decir que se le engañe, eso es un dato muy importante.

Fase 4: Implementación

Si la formulación como tercera fase es importante (después vienen otras fases) y en ese sentido yo les anticipo que pertenezco a una escuela académica española y en general europea que hacemos la distinción teórica muy clara y con consecuencias prácticas relevantes. Desde la perspectiva, la tradición cultural de nuestra Administración Pública es de corte latino y tradición napoleónica, que no tienen los anglosajones. Esa mala traducción de neologismos tiene este precio y este efecto, cuando se habla de la cuarta fase, la implementación de las políticas.

Pues bien, a mí la palabra implementación—ya les he dicho que no me gusta—, tiene dos aspectos en sí misma, que hay que distinguir, que son muy importantes, en general.

Genéricamente la implementación o *implementation*, me parece grave, y me parece muy serio con consecuencias prácticas sobre todo para los responsables públicos de cierto nivel a la hora de afrontar la gestión y evaluación de las políticas públicas. Hay que distinguir en la llamada fase genérica denominada de implementación, la asignación de recursos y la gestión propiamente dicha, o ejecución o puesta en práctica.

Los franceses hablan de “*mise en oeuvre*”, o puesta en práctica, también los italianos, nosotros en español decimos ejecución.

A mí, la palabra implementación no me gusta, la asignación de recursos es muy importante, y es una dimensión o faceta política donde la clase política electa, representativa, democrática, legitimada por las urnas, tiene que tomar decisiones, y esto no se puede confundir con la ejecución misma o implementación de *stricto sensu* porque la asignación de recursos es una decisión política, y gestionar una política pública, cualquiera que sea, de la competencia, de la defensa, de salud, de educación, de medio ambiente; implica qué medios, qué instrumentos se van a asignar, se van a dar, se van a ajustar para ejecutar esa política, y que características cuantitativas y cualitativas van a tener los medios e instrumentos que se van a asignar a esa política pública.

Gráfico 5. Implementación de las políticas



Elaboración: ECP del Indecopi

No es lo mismo poner en marcha una política de salud pública con veinte mil médicos en todo el país que hacerlo con mil nada más y en una zona del país, o tener los instrumentos o medios muy sofisticados, tecnológicos, o no tenerlos porque ya lo veremos, esto es muy importante para la evaluación. La evaluación final o juicio, o emisión de juicio será en función de lo que se haga.

La conexión del plan estratégico debe hacerse con las políticas públicas y con el presupuesto anual del Estado o de una institución, y es donde se concreta anualmente todos los objetivos necesarios a cumplir. Los efectos esperados o esperables, los resultados esperados, los sistemas de medición de indicadores y la evaluación final. No es lo mismo evaluar a todo el mundo, habrá que ver que responsabilidades se solicitan y como se evalúan en función de los objetivos más marcados y de los medios asignados, para el logro de esa política o de esa finalidad.

21

Por tanto, la asignación de efectivos es muy importante en la fase de implementación o ejecución, en sentido amplio. Tras ella viene la ejecución propiamente dicha, es decir la puesta en práctica o llevada a cabo de las políticas públicas.

Aquí viene a desarrollarse el tema de las técnicas de gestión pública, abriéndose otro debate importante y otra perspectiva muy destacada sobre las técnicas de gestión pública que empleamos: titularidad pública y gestión privada, externalización de servicios o la no externalización de servicios, como externalizamos los servicios públicos, cuánto, cómo y qué técnicas utilizamos.

Cabe la utilización mimética de las técnicas empresariales en el ámbito de lo público, cómo se utilizan las nuevas tecnologías aplicadas a la gestión como instrumentos de apoyo a la gestión pública.

Básicamente, hoy podemos decir que las principales técnicas o instrumentos de la gestión pública, las principales pero no únicas, sin priorizar sino simplemente enumeradas, son: la planificación estratégica, el marketing público, el benchmarking público, la reingeniería de procesos, la calidad y la evaluación:

Gráfico 6. Técnicas de gestión pública



Elaboración: ECP del Indecopi

22

- La planificación estratégica es hacer un plan estratégico plurianual con estrategia y objetivos.
- El benchmarking público, palabra que hemos adoptado, es un poco las buenas prácticas, los códigos de buenas prácticas, las experiencias de otros que aprovechamos con los códigos de prácticas.
- El marketing público es como se transmite la imagen institucional, la comunicación y la información de las Administraciones Públicas, digo, comunicación e información, es esto que el coaching quiere hacer para engañar a la ciudadanía y para el voto, para decir que lo estamos haciendo estupendamente, pero no lo estamos haciendo estupendamente y falsear la información, es el marketing público como “vendemos”, como presentamos nuestra institución.
- La calidad tiene tres dimensiones muy importantes:

Es una filosofía

En este sentido frente a otras técnicas, la calidad tiene un origen en el mundo budista, en la empresa japonesa, en el mundo zen, donde después se ha importado al mundo empresarial y del mundo empresarial privado de los Estados Unidos, pasando al mundo de lo público, por tanto, tiene otro antecedente y otra filosofía que es la filosofía de la calidad total, lo que se llama la calidad integral, holística o de la globalidad de la organización. La calidad es una filosofía de cambio constante, diríamos en griego *metanoia*, de transformación de la organización donde todos los miembros de la organización tienen clara su misión y su visión y se incardina en un proceso de cambio, por tanto es una filosofía.

Es un conjunto de técnicas

O instrumentos de calidad donde hay modelos de calidad y distintos modelos, el modelo europeo de EFQM de la calidad etc.

Implica una profesión el evaluador de calidad

La evaluación es una filosofía, es un conjunto de técnicas y también es una profesión. El evaluador es un auditor de calidad. En ese sentido, la calidad plantea algunos problemas prácticos:

- cómo se forma el evaluador o auditor de calidad, porque muchísima gente dice: "yo soy evaluador de calidad", quién lo legitima para eso que dice, y se presenta, en un mercado falso de pretendidos, expertos en calidad;
- a utilización fácil, mimética de técnicas de calidad al sector público, cuidado, hay que adaptar a la realidad del sector público los modelos de calidad.

Muchas veces tanto en el sector privado como en el público sucede que las organizaciones y públicas en ciertos momentos de contexto, de coyuntura de cambio institucional, de interés por autoridad, como buena voluntad, contratan con algunas de las más relevantes empresas consultoras, auditorías de calidad.

Entonces, el auditor de calidad si tú le pagas, dice lo que tú quieres, sino no le pago, "dígame usted que soy estupendo, usted evalúeme la calidad, dígame que soy estupendo" y en todo aparece en el certificado de calidad 2000 porque yo lo he comprado. Pero el problema es, el viejo problema del derecho público romano, *quis custodiet custodies*, ¿quién controla al controlador?, quién ha nombrado al evaluador, o al auditor, qué garantía tengo de su neutralidad, y de su independencia.

En la calidad, hay muchísimos problemas. Veamos algunos de ellos:

24



PROBLEMAS

- Quién y cómo se hace el diseño de los resultados de calidad.
- De qué estamos hablando de calidad planteada, de la calidad percibida, de la calidad deseada, etc.
- Cómo se hace el muestreo de la calidad, y qué técnicas y muestras de calidad se utilizan, etc. En las técnicas de calidad aplicadas en el mundo de la Administración Pública, no podemos ser superficiales ni simplistas, pues a veces se hacen afirmaciones genéricas, afirmaciones teóricas sin fundamento

Insisto en estos temas porque no hay mucho rigor en ellos, y además las empresas consultoras multinacionales certifican a veces, la calidad de lo que tú le digas y les pagues.

• Reingeniería de los procesos

En el ámbito de la Administración Pública, igual que el sector privado, cuentan con un código, un inventario de buenas prácticas. Sobre este respecto podríamos plantearnos sus ventajas o desventajas.



En primer lugar, cabría cuestionarnos sobre quién propone esas prácticas, y si su aplicación es positiva.

Una segunda cuestión a plantear sería; esas buenas prácticas que se incluyen en un banco de datos, ¿quién dice que son óptimas?; y por último; todas las buenas prácticas que nos indica y que nosotros buscamos, ¿nos van a servir automáticamente?

Un tema importantísimo del gestor público o cualquier gerente de cualquier organización, es que a la gestión hay que adaptarla a la realidad, al contexto, a la contingencia, y por tanto lo que vale para EE.UU o lo que vale para un Ayuntamiento español o un Ayuntamiento del Norte de Europa, no vale para un Ayuntamiento a lo mejor como Lima, esto es elemental. Esto cualquiera que esté en la realidad lo sabe, pero aquí hacemos afirmaciones, generalizaciones y copiamos absurdamente.

25

Hay que adaptar con prudencia y al contexto de la idiosincrasia de cada institución, de cada país, teniendo en cuenta el momento histórico. Hay prácticas buenas, que en un momento histórico son favorables de forma general, y han funcionado en algunas instituciones y países, pero que en otro momento histórico, no necesariamente son buenas, válidas y funcionan correctamente.

Los empleados públicos de cualquier institución tienen que formarse en las técnicas de gestión pública para aplicarlas adecuadamente, pero no todo lo de fuera vale, y no todo se puede copiar automáticamente. Esto sí se lo anticipo, porque sería como una novela, la crónica de un fracaso anunciado.

Si no nos adaptamos a la contingencia, al contexto; los objetivos, la gestión fracasa. Esto es hoy un paradigma algo incuestionable en la gestión pública. Hay que adaptar la gestión a la realidad, y utilizar técnicas que sirvan para un contexto y adaptarlas a cada contexto

y a cada institución, ya que no es lo mismo hablar de calidad o de evaluación en el ejército de las fuerzas armadas, en la policía, en la educación, en la salud, etc. esto es elemental.

La gestión pública no sólo tiene valores, sino también técnicas e instrumentos. El aprendizaje y la experimentación, aplicados en los diferentes procesos administrativos públicos, permite seleccionar las técnicas e instrumentos más adecuados.

Por eso, la experimentación y la utilización de procesos de aprendizaje de un día para otro, no resuelve los problemas planteados en la agenda política. Son procesos por tanto, de implementación progresiva, procesos de cambio continuo de las organizaciones.

Fase 5: Evaluación

26 La evaluación sería la fase final de las políticas públicas, de ese proceso donde la evaluación es ante todo, es juzgar, es emitir un diagnóstico, un juicio de valor, lo que pasa lo llamamos evaluación, *evaluation*, pero parece que hemos descubierto una cosa nueva, esto es clave, es decir el diagnóstico de lo que hemos hecho, y cómo lo hemos hecho.

Evaluación es el análisis y la valoración posterior de las políticas públicas de los servicios públicos, de los proyectos públicos; del comportamiento y de la acción, de los medios asignados y utilizados, y de los resultados y de los efectos queridos o no queridos, y de los esperados o no esperados, de las instituciones públicas y de su acción así como implica la medición de esa actuación.

Evaluar es emitir primero un análisis o juicio de la situación y un análisis o juicio de valor de esa situación, y de cómo se ha ejecutado; y sobre todo la evaluación implica medición, concreción de esa evaluación.

La evaluación precisamente nos permite ser concretos y no emitir juicios de valor genéricos, infundados, emocionales, ideológicos. Muchas veces se hacen juicios de valor, irracionales, emocionales,

sin tener fundamentos, sin tener medición, sin datos, sin indicadores, sin documentos que fundamenten porque juzgamos.

Por ejemplo:

Esto es lo mismo que en el mundo del derecho cuando se produce la sentencia judicial, el juez examina los hechos, aplica el derecho y emite una sentencia aplicando esa sentencia al caso concreto, emite un juicio o una evaluación, y esta es la importancia de la evaluación, como ha dicho el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial.

En la OCDE y en particular para América Latina y los países del Sur de Europa de tradición cultural latina, que serían Grecia, Italia, Portugal, España, y en menor medida Francia, se dice que las políticas públicas tienen estos retos o problemas:

a) Desconocimiento y resistencia institucional grande a la planificación y a la evaluación de las políticas públicas. Hay un discurso político a veces simbólico, pero en la realidad, no se quiere hacer de verdad la planificación.

27



PROBLEMAS

b) La desconexión entre los procesos de planificación y los procesos de elaboración presupuestal. Por un lado va la planificación y por otro lado va el presupuesto; y la iniciativa de las políticas públicas que en cada caso hace posible el cumplimiento de los objetivos del plan y del presupuesto están descoordinadas, están desproporcionadas o se planea una cosa, en el presupuesto se dice una cosa, después se dice lo contrario, pues hay una desconexión en este punto.



PROBLEMAS

- c) La existencia de unos sistemas de fiscalización clásicos o tradicionales no muy operativos, muy formales y muy rígidos.
- d) La incompetencia del personal de las Entidades de Fiscalización o de Control que no está preparado para asumir las nuevas dinámicas, las técnicas de auditoría y de evaluación de políticas públicas, de servicios públicos.
- e) La excesiva concentración de competencias en algunos organismos públicos que avocan competencias en vez de delegar.
- f) La inestabilidad de los sistemas políticos, de la movilidad de los cargos en las elecciones que hace que haya una falta de visión de continuidad del Estado o de servicio público. El gobierno de turno que llega hace lo contrario que el anterior, no hay continuidad. Hay que tener sentido del Estado. Un gobierno que llega crea sus prioridades, sus objetivos dentro de las políticas públicas o marca unas estrategias, unas características propias para identificar, pero lo que hacen los gobiernos es lo contrario de los anteriores y paralizan todos los procesos de cambio. Es una vuelta a empezar, es el tejer y destejer; con lo cual la ineficacia institucional está asegurada y la inestabilidad administrativa está garantizada, y eso en última instancia redundando en la sociedad civil y en los ciudadanos.



PROBLEMAS

- g) Las TIC son un instrumento pero nunca son un fin en sí mismo, y nunca pueden sustituir a la gestión misma. Podrán ayudar, mejorar, planificar, agilizar procesos, racionalizar recursos, simplificar los procesos de la gestión pública, de los procedimientos públicos; pero no pueden ser sustitutos.
- h) Tendencia a elaborar políticas públicas muy simbólicas o carentes de conexión con la realidad, es decir, abstractas, genéricas y no hay por tanto concreción en el asunto o precariedad de las políticas públicas resultantes de estos procesos, y por ello las políticas públicas pierden su valor normativo y eficacia.

29

Volviendo al tema de la evaluación, señalemos algunas características de la evaluación, y la importancia creciente de la evaluación. Soy un entusiasta de la evaluación, y he practicado la evaluación pero con cautela, y la evaluación no es tampoco el maná que va solucionar todos los problemas.

Es una ayuda, es un instrumento, una técnica muy importante, pero más que la técnica, es tener una filosofía clara. ¿La evaluación para qué nos sirve? y ¿cuál es la filosofía del cambio en las organizaciones?

La evaluación es un instrumento para valorar, para juzgar, y opinar sobre la gestión pública, las políticas públicas, los programas y los servicios públicos, es decir, ex post nos permite tener claro muy bien pues como hemos actuado.

Muchas veces en la gestión pública, los efectos son los contrarios a los queridos, o los esperados, y entonces, eso hay que tenerlo en cuenta, y no es por tanto una cuestión de irresponsabilidad o de mala voluntad, sino que hay unos efectos que no son los esperados.

La evaluación, como he dicho, es una filosofía, es un conjunto de técnicas, instrumentos, o como en algunos libros y documentos aparece la expresión: dispositivos, traducidos al español del inglés, para qué sirven. Por último, la profesión de evaluador, se nace o se hace uno evaluador.

El evaluador se forma, se capacita y se prepara, y nadie sale del claustro materno diciendo soy un evaluador, o soy un líder, el líder y el evaluador no nace sino que se hacen, se forma obviamente.



¿Para qué sirve por tanto la evaluación, este paradigma, esta filosofía de la evaluación en el momento actual?

- 30
- a) La evaluación es un instrumento para el cambio, o la modernización administrativa, o para la mejora, o la innovación de la Administración Pública, y la gestión pública.
 - b) La evaluación, al emitir un juicio de valor, al informar por tanto sobre lo acontecido, es un instrumento que informa a la dirección de la gestión pública responsable, de cómo ha acontecido la puesta en marcha, la ejecución de una política, un programa o un servicio público.
 - c) La evaluación es un instrumento hoy importantísimo de la democracia actual, de lo que se llama la calidad democrática, el perfeccionamiento democrático, el perfeccionamiento institucional; puesto que una vez que se ha evaluado un proceso, sea un proceso de evaluación política con responsabilidades políticas, o el caso de evaluación con responsabilidades administrativas, una vez que se tiene un juicio de valor, un diagnóstico de lo acontecido, viene la fase de exigencias de responsabilidades en su caso, responsabilidades políticas, penales, civiles, etc.
 - d) La evaluación es un sistema para autoevaluación, en el seno de las propias organizaciones, de conocer cómo hemos funcionado, y hacer políticas de personal o de recursos humanos, de

capacitación, promoción en el seno de las propias organizaciones. La OCDE y los organismos internacionales señalan que se retribuya, que se pague a los empleados públicos en virtud a su evaluación. Evaluación de su rendimiento, no por ser empleados públicos, sino cómo lo hacen, con qué instrumentos lo hacen, qué efectos y qué resultados; y por tanto los sueldos de los empleados públicos, deberían ser en función del rendimiento de los mismos, no por ser, sino cómo lo hacen y con qué resultados. La evaluación de rendimiento, por tanto es una técnica hoy de personal para premiar, sancionar y motivar a los empleados públicos.

Cuando finaliza la evaluación de un período de un proceso de evaluación, que comienza con el diagnóstico y acaba con la evaluación de ese proceso final, no es el final nunca mejor dicho, sino que la evaluación es un instrumento muy positivo de autoconocimiento propio o externo, para lo que se conoce y se dice la reelaboración o el feedback.

Vamos a mejorar, vamos a avanzar, en conocer en que nos hemos equivocado, en que no lo hemos hecho bien, en que podemos avanzar; y por tanto es un instrumento de mejora para el futuro.

31

Gráfico 7. Utilidad de la evaluación



Elaboración: ECP del Indecopi

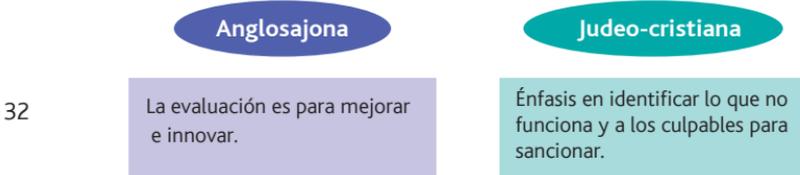
En ese sentido, la filosofía anglosajona frente a la latina, pone de hincapié el aspecto positivo y no el negativo de la evaluación.

La cultura latina, por la tradición judeo-cristiana del pecado, de la culpa hace hincapié siempre, y esto los españoles por desgracia, somos maestros de la inquisición en buscar culpables, en ver lo que no ha funcionado, para castigarlo.

La filosofía anglosajona de la evaluación implica evaluar para mejorar, para innovar, para avanzar, para mejorar la institución, para mejorar la capacitación, la experimentación de los empleados.

No trata de buscar culpables, sino de ser positivos, de actuar para mejorar. Ese aspecto positivo es importantísimo porque el proceso de evaluación, se encamina hacia un proceso continuo de gestión pública de cambio de las organizaciones, por tanto, es un instrumento de mejora de las organizaciones claramente.

Gráfico 8. Tendencias de evaluación



Elaboración ECP del Indecopi

Tenemos que distinguir, como he dicho, la evaluación política en la política y de las instituciones políticas de las evaluaciones administrativas. Por otro lado, nunca la evaluación puede sustituir la legitimación y la representación política.



¿Qué es la evaluación pluralista?

Cuando se habla con expertos de la evaluación, se suele utilizar un término que les explico brevemente por si ustedes leen un manual, o un texto, y se suele hablar de la necesidad, de la evaluación pluralista, ¿qué quiere decir esto?

Varias personas o instituciones que evalúan una política pública, un servicio público, o un producto, porque obtienen diferentes visiones o varios juicios de valor para contrastar.

Como su nombre indica, es positivo que exista; es como cuando uno va a un especialista y por contrastar diagnósticos pregunta a varios especialistas. Es bueno que en los países hayan instituciones, institutos de investigación, universidades, entidades públicas, que aporten al debate público, a la reflexión pública, a la democracia pública partidista; por tanto, su opinión, neutral, independiente, profesional, rigurosa, sobre las políticas públicas, abriéndose el debate sobre la educación en el país, y opinar sobre la educación nacional en esas instituciones. Esto es la evaluación pluralista, es muy interesante.

La evaluación nunca podrá sustituir, como he dicho a la decisión política previa, ni a la legitimidad política de los políticos, esto es un tema muy importante. La evaluación por tanto nos dará un juicio de valor, e insisto en medir la productividad. Medir la competitividad en el mundo público no es lo mismo que el mundo privado, y esto hay que tenerlo en cuenta.



¿Cuáles son los problemas principales o retos de la evaluación?

33

- **La credibilidad** de la institución, de las personas, y de la metodología a llevar a cabo. En primer lugar hay que hablar de la metodología de la evaluación o de las técnicas para aplicar la credibilidad de la evaluación. Ésta no está suficientemente difundida y no hay bastante credibilidad en ella porque es un instrumento simbólico, político carente de legitimidad científica y credibilidad o lo hacen sicarios del gobierno de turno. Esto no sirve para nada. Cuántos planes estratégicos, cuántos diagnósticos existen que se guardan, y que no sirven realmente para nada.
- **La metodología.** La necesidad de usar de forma sistemática, integrada y coordinada, las diversas técnicas de investigación cuantitativas y cualitativas, en la Administración Pública y en la gestión pública. Cuando digo, cuantitativas me estoy refiriendo a los presupuestos, a los documentos de gastos, los informes económicos y contables, las estadísticas, los indicadores

estadísticos, económicos, etc. Y la investigación cualitativa a través de las múltiples formas de investigación cualitativa existentes.

- **La formación del evaluador.** El evaluador al igual que el auditor y el consultor, tiene que tener un código deontológico, unas mínimas normas deontológicas para cumplir su tarea. Además, está lo que se llama, la organización del trabajo de evaluación y el manual de evaluación, que son unos manuales de técnicas de evaluación, igual que existen los manuales de auditoría, o de consultoría; donde el auditor trabaja y actúa. Además hay que saber en qué entorno se va a trabajar en la evaluación, y con qué institución. El tema de la formación de los evaluadores es clara, no hay evaluación sin evaluadores. No hay auditoría sin auditores, y no hay consultoría sin consultores, esto es obvio. Sin embargo cómo se les forma, tenemos un problema muy serio. Hasta ahora en las universidades no existe el título de evaluador, lo que hay son algunos cursos, seminarios, etc. En ese sentido les clarifico breve y sencillamente, los roles de la figura del auditor, del consultor y del evaluador

34

El auditor. Una vez más es la traducción del neologismo, de *auditor* del inglés cuando en nuestra lengua castellana, un auditor de guerra, de la gobernación, de justicia es otra cosa. Por tanto, el concepto de auditoría en inglés, podría describirse en las siguientes manifestaciones, como: auditoría contable, presupuestaria de gestión, etc. Las competencias de una auditoría se centran en desarrollar un diagnóstico, una radiografía, un análisis estático de la situación, eso es lo que hace. Un auditor realiza una radiografía de un estado de la cuestión, una fotografía.

El consultor. Avanza un poco más, él pasa al análisis de la realidad a observar. Un consultor interpreta esa realidad y da consejos. El consultor ayuda, eso es coaching de verdad; consulta, apoya, interpreta el tema, eso que está en la fotografía realizada; y por tanto opina.

El evaluador. Es el que además de la auditoría y la consultoría, emite un juicio de valor, y propone soluciones de cambio y de futuro, esto es muy importante.

La evaluación es un instrumento que enjuicia, que deduce responsabilidades, y además propone cambios sustanciales. La utilización por tanto de la evaluación, implica la utilización de técnicas cualitativas, y cuantitativas.

No existe un modelo ideal, perfecto, maravilloso de evaluación; sino que cada país, cada contexto, cada institución tendrá que aplicar su propia filosofía y sus técnicas de evaluación.

No obstante, básicamente en la experiencia de los últimos treinta años de la evaluación parcial, a veces sectorial, o limitaba a los países de la OCDE, y fruto de ellas se pueden expresar **cuatro conclusiones o cuatro experiencias, tendenciales o genéricas:**

- 1 Las experiencias llevadas a cabo de evaluación en general han sido positivas, y han ayudado a la mejora de la acción pública, de las instituciones en los países en donde se ha aplicado.
- 2 La evaluación ha sido un instrumento útil para la información pública, junto a la información pública tradicional y la fiscalización tradicional. La evaluación ha venido a enriquecer esta información.
- 3 La praxis de la evaluación ha puesto de manifiesto una vez más, que no hay un discontinuo. No hay una ruptura y/o no debe de haberla entre control interno previo y control externo posterior, o de las Contralorías entre autoevaluación interna y evaluación externa. Es un falso debate, una falsa realidad, tiene que haber un continuo entre control interno y control externo, no pueden ser procesos separados ni separables.
- 4 La evaluación sí que ha sido muy útil no sólo para emitir un juicio de valor, sólo institucional ni organizativo, sino también para fruto de la evaluación poner en marcha procesos de aprendizaje y cambio institucional y mejora de las instituciones.

35

Las temáticas como la cultura, la tradición y la praxis de la evaluación son un fenómeno común en muchas organizaciones públicas, donde

se hace patente la falta de la institucionalización de la evaluación. En España se creó hace diez años una Agencia Estatal de Evaluación y Calidad de los Servicios Públicos, que ha sido muy inoperante puesto que no ha actuado plenamente.

En estos momentos por la nueva dinámica de los sistemas políticos en el mundo, se habla de gobierno abierto, gobierno transparente, un buen gobierno, etc.; y la evaluación es un instrumento para la transparencia y por tanto para las exigencias y responsabilidades; y para la calidad democrática, es pues un instrumento básico y fundamental.

Uno de los grandes problemas es la ausencia de formación de cultura de evaluación, de técnicas de evaluación, claramente desarrolladas, y sobre todo un problema importantísimo es la falta de indicadores de gestión fiables y consolidados para aplicar.

Los indicadores son claves y fundamentales. Un indicador es un instrumento que tiene básicamente tres funciones: a) es un instrumento de medición; b) en segundo lugar además de informar, nos permite medir; y c) y realizar comparaciones.

36

Si utilizamos los indicadores de gestión, podemos evaluar, y podremos medir, informar y comparar, y por tanto la utilización de los indicadores de gestión, es muy importante. Hay toda una metodología para que éstos sean fiables, posibles, medibles, etc. Y vean ustedes que hay conexión entre estrategia, plan, objetivos, gestión, medición de los resultados por indicadores adecuados, y por tanto la utilización de los indicadores de gestión es requisito imprescindible, para poder llevar a cabo la evaluación.



¿Neoinstitucionalismo y liderazgo?

Ambos aspectos son hoy muy importantes, generando un debate en las ciencias sociales, pero en las ciencias políticas en particular, donde aparte de las consideraciones teóricas, de la reflexión teórica, tienen una incidencia práctica muy relevante.

A partir de los años setenta, y con motivo de la primera crisis del petróleo en el año 1973, se produjo lo que se denominó la primera crisis del Estado y del sector público, y va dar origen básicamente, y sustancialmente a la llamada Nueva Gestión Pública (New Public Management), que va a tener dos orientaciones fundamentales:

- a) una la **utilitarista**, consumista, neoliberal, basada en los "chicago boys", donde la eficacia no va estar primando, sino la eficiencia y el mínimo coste; y
- b) una corriente **neopopulista**, o neopública, donde va hacer hincapié en los valores "neorepublicanos" de la gestión pública.

En los años setenta, los principios orientados a la gestión pública, serán además del principio de legalidad y la democracia, conquista histórica irreversible del Estado de Derecho: la eficacia, la eficiencia, y la economía.

Estos van implicar procesos de innovación o de procesos de mejora de la gestión pública, con la incorporación a la gestión pública de técnicas de la empresa privada. Las experiencias de la señora Thatcher en el Reino Unido, o las de Ronald Reagan en los Estados Unidos, u otras múltiples experiencias del mundo de la gestión pública serían su manifestación.

37

Por cierto siempre que se habla de Friedman y los planteamientos neoliberales, tengo que decir que la primera experiencia neoliberal con todas sus consecuencias fue la de Pinochet en Chile.

Por tanto, sobre el neoliberalismo, hay que tener mucho cuidado, porque conducen en última instancia a las dictaduras del mercado y a la denominación de las clases oligárquicas tradicionales. Esto rompe con toda la filosofía de la democracia participativa, la calidad democrática y las políticas sociales.

La práctica de la nueva gestión pública va a implicar sobretodo una serie de técnicas y de principios orientadores de la legalidad, democracia, eficacia, eficiencia y demás.

Pero de alguna forma, en los años ochenta y noventa se han puesto de manifiesto también, que estos principios llevados hasta las últimas consecuencias, no resuelven los problemas de la gestión

pública: la innovación, la satisfacción de los ciudadanos y sólo buscar que la gestión pública sea igual a resultados, los efectos y la eficiencia económica están por encima de todo.

El eficientismo “puro y duro” en el sector público, es un tema grave y serio, que hay que tener en cuenta en la evaluación.

Al final de los años noventa, se han puesto de manifiesto también dos hechos importantísimos:

- La importancia de las personas en las organizaciones, digo personas no digo recursos humanos. El recurso humano es la utilización de un término financiero o inmueble. La idea de las personas va ser importantísima. En las organizaciones son las personas las que forman parte de su organización. Ustedes son Indecopi, e Indecopi son ustedes ante todo sus empleados y por tanto ustedes determinan la organización.
- Se va a hacer hincapié a la cultura corporativa, los valores de una organización van a ser su cultura corporativa. La visión y la misión de esa institución, de esa corporación pública o privada.

38

Incluso se va decir que las personas son la variable calificativa e independiente, determinante de la estructura, del funcionamiento y del éxito de las organizaciones. Pero a principios del siglo XXI, esto va a conducir a una ampliación de estas dos ideas, y se va poner de relieve el liderazgo.

Esto es clave. Formar líderes, en las organizaciones es importantísimo, los recursos humanos, las personas son importantes, pero también que hayan líderes en las organizaciones, líderes políticos, líderes administrativos, líderes del cambio en las organizaciones.

Los directivos públicos tienen que ser líderes en su organización, para ser gestores de los procesos de cambio, y esto es la idea del liderazgo.

El tema de liderazgo es un tema muy importante, en google hay diez mil contactos sobre la palabra líder, y hay en la literatura especializada mil conceptos de liderazgo, por tanto es un tema del que se habla mucho, pero que es difícil. Les diría también, que la importancia del liderazgo es más relevante que antes, y que no hay un tipo ideal de liderazgo.

Cada institución necesitará un tipo de liderazgo y luego posibilidades en la práctica, si hablamos en función de cada realidad y de cada institución de líderes, más o menos integradores, modernizadores, carismáticos, etc., El líder no nace, sino que se hace. Hay habilidades y técnicas de liderazgo para enseñar a cómo liderar una organización y/o un grupo.

Por último, junto al liderazgo habría que mencionar además el papel de las instituciones.

El **neoinstitucionalismo** es una corriente de las ciencias sociales y económicas, que en virtud de las investigaciones llevadas a cabo, en especial por varios premios Nobel de Economía, han puesto en relieve que no sólo son los resultados lo que importan, ni el efecto, ni los costes y los beneficios; sino las personas y cómo se diseñan las organizaciones, porque una estructura organizativa, un diseño institucional mal hecho, afectaría al funcionamiento de la institución.

Por tanto hay, que tener en cuenta muchos factores, la propia institución como está configurada; si está centralizada, o está jerarquizada, si hay una participación de abajo arriba, de arriba abajo; si hay delegación en los gerentes de línea, etc.

39

El neoinstitucionalismo, como su mismo nombre lo indica, va poner de relieve la importancia de las organizaciones. La visión jurídica formal y tradicional, decía que en las organizaciones importantes se hacía hincapié en la competencia, la estructura organizativa formal, convencional.

Lo que el institucionalismo dice, es para qué sirven las instituciones, cómo funcionan las instituciones y cómo según conformemos o diseñemos la institución, va a ser determinante su funcionamiento, sus resultados y cómo se van a comportar sus empleados públicos en la institución configurada de una forma u otra, por tanto, cómo sería su cultura corporativa; la visión y la misión de esa institución y de las personas que trabajan en ella, que serán determinantes de su acción y de su futuro.

PREGUNTAS DEL PÚBLICO

P: Peter Drucker señala que una política es una decisión tomada por anticipado, ¿usted estaría de acuerdo con esto?

R: Peter Drucker, es un autor muy prolijo. Sobre este punto, le confieso que no me acuerdo la cita que usted me dice, pero yo creo que las políticas públicas pueden o no estar predeterminadas, pero sí creo, que el análisis nos tiene que orientar, a ver si están predeterminadas o no, y ver que políticas públicas son las más adecuadas. Yo creo que hay que reflexionar, y en este sentido creo que antes de decidir hay que ver.

P: No predeterminado, sino tomados por anticipado.

R: Depende de que estemos hablando y en que ámbito lo digamos, eso es muy relativo, es matizable. Yo entiendo lo que Peter Drucker ha querido decir, conociendo al autor, habiéndolo leído, y Peter Drucker dice precisamente que la gestión de servicios públicos como la salud, la educación, los servicios sociales son peculiares, y no podemos aplicar fácilmente el mimetismo.

40

Creo que todo hay que adaptarlo a la realidad, no digo sea que todo relativo, son cosas distintas, digo que hay que adaptarlo al contexto y a la realidad, las cuestiones referentes a las políticas públicas y de que lo que vale en Lima, no vale en Alicante y viceversa y automáticamente. Yo creo que hay que ser cauteloso, y yo creo que un investigador científico social, tiene que ser cauteloso a la hora de investigar y no emitir juicios de valor gratuitos, lo que pasa es que la clase política adopta decisiones rápidas, inesperadas o bien egoísta, o puramente simbólicas, cabe en el electorado o cabe en las elecciones, y yo creo que esto es un mundo, que además no es fácil, la sociedad actual es compleja.

Precisamente siempre llamo la atención sobre una idea, que es que el presidente de los Estados Unidos, John F Kennedy, creó en la Universidad de Harvard, la Escuela Kennedy de Gobierno, para educar y formar a los políticos. De hecho en América Latina, los procesos de cambio, de mejora de muchísimos países están vinculados a los presidentes, que han estudiado como gobernar. Hoy el gobierno se aprende, uno se capacita para ello, y la respuesta institucional es

escuelas de gobierno para formar, pero no del gobierno de turno partidista.

Obviamente, el mundo de hoy es diverso, es complejo, es plural y hay que afrontar la diversidad, y luego además que todo está predeterminado eso es relativo. Si hubiera dado una clase de liderazgo en tiempos de crisis, le diría que el líder tiene que predecir lo acontecible y a veces acontece lo que no esperábamos, entonces hay que saber actuar, la idea de ser proactivos, prever, y no reactivos es muy importante en el liderazgo, yo en esto habría que matizar donde lo dice.

En Estados Unidos precisamente el país ha desarrollado la complejidad del estudio del gobierno, pues nos lleva a todos a ser muy prudentes. Creo que en estas cosas hay que ser muy prudentes muy cautelosos y no improvisar, es un poco mi mensaje que les lanzo.

Otra cosa es que los empleados públicos cuando estamos en el rol, a veces decimos a los superiores políticos cosas que no quieren hacer y el que manda, manda y uno tiene que ponerse en primer tiempo de saludo y obedecer al que manda, esas son otras cuestiones, esos son otros problemas, que no te quieran escuchar y allá ellos su responsabilidad política.

41

Cambiar por cambiar, es un absurdo, hay que cambiar lo que haya que cambiar, y antes hay que planificarlo y ejecutarlo adecuadamente, este es un tema muy importante.

La planificación estratégica en los procesos de cambio no es una improvisación. Peter Drucker lo indicó, aunque no hace falta que lo indique nadie, cualquier persona normal que tenga una experiencia, lo dice y lo sabe. No se puede improvisar; luego vienen los costes de la improvisación o de que somos artesanales, y no prevemos las consecuencias o prevemos cuestiones alternativas a lo que puede acontecer.

P: Actualmente un sector de la política critica mucho la inclusión de tecnócratas en determinados ministerios, ¿Por qué si estos tecnócratas son objetivos, incluso si tienen currículo muy importante, muy rico, porque podrían ser criticados?

Considero que una de las razones podría ser porque sus fórmulas no complacen necesariamente a toda la población, puede ser siempre que haya un sector que no esté de acuerdo con esto, entonces la fórmula del tecnócrata siempre implica que haya un porcentaje de descontento al formular esta política; ¿tiene que asumir este tecnócrata este descontento?, y en todo caso, ¿cuál sería un porcentaje ideal?

R: Hasta donde llega el poder de los expertos, es un viejo tema en el debate de la actividad política y de las ideologías políticas, que comienza en los años veinte en Europa y en los países occidentales; por lo tanto esa influencia de los tecnócratas es un viejo tema, que el Taylorismo, el Fayolismo y otra serie de técnicas, han puesto en relieve. La segunda parte, es hasta qué punto hoy con la democracia contemporánea de calidad, cuál es ese rol que usted está preguntando de los tecnócratas.

42 Yo entiendo que los tecnócratas, que los expertos, tienen que ayudar y colaborar con los políticos en la toma de decisiones, pero nunca sustituir a la toma de decisiones de la clase política. Lo que pasa es que no hay un diálogo entre políticos y tecnócratas, porque los tecnócratas son serviles del poder y dicen al político lo que quiere oír.

También puede venir el político y pedir una justificación o solución para que tenga fundamento técnico lo que se ha decidido, lo que se piensa.

A veces los políticos toman decisiones y te llaman y dicen, oye mira este asunto, justifícamelo, pero incluso cuando ya lo han puesto en marcha.

Creo que los tecnócratas, los expertos, son muy importantes y tienen que jugar un papel de apoyo a la toma de decisiones y a la ejecución de las decisiones, con gestores, gerentes, profesionales. Lo que acontece, muchas veces en estos últimos años, es que los tecnócratas son ingenieros o economistas, y pobre de ti, que caigas sobre un tecnócrata que sólo tiene una visión de la economía o de la ingeniería, cuando la vida social es compleja, es plural, es diversa y los científicos sociales somos prudentes y decimos, oiga usted aquí pocas verdades existen, y hay que comprobarlo, hay que medirlo y hay que experimentarlo; y llegan los economistas y los tecnócratas cual si fuesen el papa, y dictan dogmas de fe.

El político a veces cae en la fascinación de un economista, que llega y toma las decisiones, y esto es un cambio importante en los líderes políticos y en la capacitación para el gobierno. Por eso Kennedy creó esa Escuela, para capacitar a los gobernantes en gobierno, pero no creó una escuela de economistas ni de ingenieros.

Son cosas distintas, por eso la gobernabilidad implica la capacitación, el liderazgo de la gestión pública, y precisamente también hay que superar que los políticos tienen que ser abogados, los abogados son especialistas en una rama, el derecho es necesario en el principio de la legalidad, pero ésta no basta.

Hoy hay tres principios que deben configurar la vida pública; legalidad, eficacia y democracia, estos son los tres principios básicos y fundamentales.

Digo eficacia y no eficiencia; y el tecnócrata por sí mismo por su formación, su configuración y su sensibilidad es un eficientista, tiende a costes mínimos, y busca también resultados sin el rostro humano, esto es muy peligroso, en mi opinión. Los técnicos son muy necesarios pero tienen que jugar su papel.

43

Ahora los nuevos tecnócratas, además de simplistas, son los del coaching político; tenemos economistas, ingenieros. Los equipos de gobierno deben tener asesores pluridisciplinarios, o de diversas materias: juristas, economistas, sociólogos, etc. porque la sociedad es compleja y el gobernar hoy implica complejidad, más en un mundo globalizado, entonces debemos tener la visión integrada de equipos de expertos.

Y para eso están los gabinetes de los presidentes de la República, del gobierno, y los ministros para asesorar.

Son los gabinetes políticos los que cumplen ese rol, esa misión distinta del funcionario que es un profesional de lo público que sirve al Estado, que sirve al ciudadano. Son cosas distintas, ya que el gabinete político es de afinidad política, de confianza política y asesoramiento, y no de profesionales meritocráticos independientes.

El tema de la tecnocracia y los gabinetes es un tema muy importante, y en ese sentido el país que más lo ha desarrollado es Francia. En el sistema británico hay una limitación de los gabinetes al máximo.

Los países latinos europeos tendemos a aquello muchísimo, pero fíjese usted que hasta un país como la señora Merkel que practica la austeridad, tiene en torno a 200 personas en su gabinete, 200 asesores pagados a sueldos muy importantes.

Y esto tampoco es serio.

Cuando hay una Administración Pública, debe haber personal capacitado para ello, el número de tecnócratas y de gabinetes debe ser mínimo y muy operativo y muy ágil para un político, y además los gabinetes cumplen otro papel, que es la relación del político con su partido político, con su grupo parlamentario y con el electorado, que es distinto a lo que tiene que hacer un funcionario, que no tiene que relacionarse con el partido político o el grupo parlamentario o la circunscripción electoral de un político.

P: Usted comento que en España había una oficina de transparencia y evaluación de servicios públicos, si nos podría comentar como funciona y algunas críticas o mejoras de eso.

44 R: En España se creó en el gobierno socialista del presidente Rodríguez Zapatero, una Ley de Agencias para en teoría mejorar, flexibilizar y hacer más eficaces los servicios públicos, pero también se creó con carácter especial la Agencia Estatal de Calidad y Evaluación de los Servicios Públicos, y esto se creó en el gobierno antedicho, hace 7 u 8 años; y la verdad es que apenas ha dado el resultado apetecido y apetecible.

¿Por qué no ha sido útil?, por dos razones. En primer lugar porque se ha creado la Ley de Agencias, y se ha creado la Agencia, pero no ha habido voluntad política de su desarrollo eficaz y pleno.

Así en 2007 se aprobó el Estatuto del Empleado Público, con consenso de todas las fuerzas parlamentarias, y entre otras cosas, preveía la evaluación de los servicios públicos y de los funcionarios, y al día de hoy yo no sé que eso exista.

Eso fue un fracaso porque no hubo voluntad política, y segundo, hubo una discusión absurda, teórica y genérica, donde no participamos los expertos, sino más bien política, y de gente afín al gobierno donde se discutió largo y tendido sobre que indicadores aplicar para medir.

¿Qué ha hecho la nueva Ley?, en primer lugar, la nueva Ley del gobierno de la nación, llamada Ley de Transparencia y Buen Gobierno que en otros sitios es denominada *Open Government* o Gobierno Abierto, la ha descrito como transparencia y Buen Gobierno a lo anterior, haciendo desaparecer la otra agencia; que yo sepa, esa agencia existe en el papel pero no existe en la práctica. En segundo lugar ésta, nace con graves defectos estructurales técnicos.

La nueva Ley y la nueva Agencia, en vez de depender del parlamento o del poder Legislativo, pasa a depender del Ejecutivo, del Ministerio de Hacienda; y los directivos de esa entidad son nombrados por decisión política, no son profesionales del servicio público por méritos.

Por eso he dicho que en el tema de evaluación, debe haber voluntad, y es un tema del que mucho se habla que todo es muy simbólico, pero no hay evaluación. Por si hay una duda, en la práctica de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, Tribunales de Cuentas, Contralorías, etc. no se ha puesto en marcha de verdad la evaluación. Sólo existe evaluación de facto con muchas limitaciones en la actualidad en algunos países.

Lo que sí está muy desarrollado en España con cierta calidad y tenemos alguna experiencia, es en el ámbito de la evaluación de la calidad de las instituciones educativas y universitarias, de la evaluación sanitarias, de la educación pública, etc. o la fiscalización profunda y de evaluación en el sector público.

45

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Fundamentos, garantías y mecanismos de protección

Christian Marcelo Donayre Montesinos

Jefe Académico del Centro de Educación Ejecutiva, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, de la Academia de la Magistratura y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Master en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogado por la misma casa de estudios.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Fundamentos, garantías y mecanismos de protección

Christian Marcelo Donayre Montesinos

RESUMEN

El sistema de protección al consumidor ha adquirido en el Perú una importancia capital. En los últimos años el interés por la materia no sólo desde el Derecho sino desde otras disciplinas va en aumento y así también los estudios dedicados a ella. Sin embargo, curiosamente, aún a la fecha es poco lo que se ha dicho al respecto de la perspectiva constitucional. Si bien de un tiempo a esta parte tal omisión se ha intentado superar, aún es poco lo trabajado en contraste con otras áreas del Derecho. El presente texto intenta sumarse a esos esfuerzos y busca, por ello, ofrecer una aproximación constitucional a temas tan importantes como los presupuestos constitucionales del sistema de protección al consumidor, el concepto de consumidor, sus derechos fundamentales y su protección constitucional.

49

SUMILLA

I. Introducción. La "Constitucionalización del Derecho" y la protección del consumidor. II. Presupuestos constitucionales para la protección del consumidor. III. En torno al concepto constitucional de consumidor. IV. Los derechos fundamentales del consumidor en el contexto peruano. V. La protección constitucional de los derechos fundamentales del consumidor. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO" Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La protección del consumidor, muy a pesar de su singular importancia para el modelo económico constitucionalmente vigente en nuestro país¹, ha sido sobre todo de especial atención y desarrollo por el derecho administrativo, siendo a la fecha muy pocos los estudios dedicados a la materia desde la perspectiva constitucional². Sin embargo, en los últimos años hemos sido testigos de algunos esfuerzos por recuperar el tiempo perdido³.

Tal vez uno de los mayores detonantes de este ligero cambio de rumbo haya sido una que otra sentencia del Tribunal Constitucional que, independientemente de alguna limitación, pone de manifiesto la necesidad y pertinencia de darle un enfoque constitucional al tema⁴, lo que además no es ajeno a lo que viene sucediendo en otras áreas del Derecho.

No obstante, esta nueva forma de ver las cosas no sólo resulta pertinente por lo que se pueda aportar desde la perspectiva constitucional para la resolución de los casos, sino también como producto del influjo de algunas consideraciones actuales vinculadas con la Constitución, que obligan a una comprensión del poder en general y del Estado en particular muy ligada a una lógica normativa del contenido

50

¹ Para mayor detalle recomendamos revisar Kresalja, Baldo y Ochoa, César. (2013).

² Si bien esta situación es comprensible si tomamos en consideración que la principal instancia llamada a ocuparse de la protección del consumidor en el Perú es el Indecopi, cuyos procedimientos y decisiones se enmarcan en la legislación administrativa; ello no es óbice para admitir cierto desinterés por parte del sector constitucional por la materia, más aún si tomamos en cuenta que ya vamos más de veinte años con el mismo régimen constitucional económico vigente y aun escasísimos los estudios dedicados al tema.

³ Entre los esfuerzos que podemos mencionar que van en ese sentido en se encuentran: Kresalja, Baldo y Ochoa, César. (2009). p. 306 y ss.; Sáenz Dávalos, Luis. (2003). p. 115 y ss.; Sosa Sacio, Juan Manuel. (2011). p. 141 y ss.; Vilela Carbajal, Jorge Eduardo. (2010). p. 337 y ss.

⁴ Quizá la sentencia que convenga traer a colación en este sentido es la recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, en tanto no sólo da cuenta de los presupuestos constitucionales del régimen económico vigente sino que también se ocupa, de forma sistemática, de los alcances de algunas de las libertades económicas más relevantes.

constitucional y del carácter iusfundamental de los derechos^{5,6} Esto que ingresa dentro de un fenómeno que ha sido denominado por varios sectores como “Constitucionalización del Derecho”⁷, puede explicar entonces de pronto tanto la necesidad como la deuda que tenemos los constitucionalistas en lo que concierne al tema de la protección del consumidor.

Si bien este trabajo no busca saldar aquella deuda, sí tiene por objeto poner el asunto por lo menos a debate y sumarse a aquellos pocos esfuerzos que han intentado ofrecer respuestas a algunas de las preguntas que estamos obligados a dar desde la perspectiva constitucional.

En este sentido y dentro de los límites de espacio asignados, nos proponemos desarrollar temas como los presupuestos constitucionales de la defensa y protección de los consumidores, el concepto constitucional de consumidor, sus derechos fundamentales y los mecanismos previstos para su protección.

⁵ Conforme ponen de manifiesto algunos destacados profesores, existe en definitiva una estrecha relación entre la jurisdicción constitucional y la consolidación de la democracia, sobre todo a partir de una concepción de la Constitución como la norma fundamental destinada a limitar el poder con el objeto de promover la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en tanto valores superiores en un determinado contexto histórico y social. Desde este punto de vista, por lo menos en los países que se precian de ser democráticos, se puede constatar una tensión entre la dinámica de la política y la preocupación por consolidar la vigencia de la Constitución como norma jurídica. Puede revisarse a este respecto: Alexy, Robert y Andrés Ibáñez, Perfecto. (2006). p. 78-81; Ferrajoli, Luigi. (2002). p. 187-204; Nohlen, Dieter. (2008). p. 1-30; Salazar Ugarte, Pedro. (2006). p. 197-229.

⁶ Entre los interesantes trabajos sobre el particular podemos mencionar, sin perjuicio de uno que otro matiz: Aguiló, Josep. (2004). especialmente p. 15-62; Díaz, Elías. (1969). p. 31 y ss; Häberle, Peter. (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Häberle, Peter. (2001). Häberle, Peter. (2003). López Guerra, Luis. (2001); Zagrebelsky, Gustavo. (1995). por citar tan sólo algunos ejemplos.

⁷ Guastini, Riccardo. (2001). p. 153-183. Aun cuando está enfocado sobre todo al fenómeno de la constitucionalización del Derecho en Brasil, resulta del mayor interés revisar también: Barroso, Luis Roberto. (2008). p. 19-66.

II. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Como decíamos, el hecho que actualmente haya un mayor interés de parte del Derecho Constitucional por inmiscuirse en el estudio y análisis de materias tradicionalmente propias de otras disciplinas o áreas del Derecho, responde, entre otras cosas, a un cambio de paradigmas producto de una noción de Constitución que busca imponer su carácter normativo e iusfundamental en todo ámbito de ejercicio de poder⁸.

Como no puede ser de otra manera, a aquella comprensión no escapa el poder que ejercen los proveedores en las relaciones de consumo que construyen con los consumidores, ni mucho menos la atribución que se reserva el Estado para resolver las controversias que se generen en su seno.

Es por esto que conviene explicar el sustento constitucional sobre todo de esta última cuota de poder, ya que, como se podrá comprobar más adelante, trae consigo el quiebre del rol neutral que en principio le asiste a un Estado en el despliegue de las libertades económicas, para asumir más bien un papel protector a favor de uno de los extremos de aquella relación de consumo⁹.

52

⁸ A este respecto resulta por demás recomendable revisar los importantes textos de Manuel Aragón Reyes, entre los cuales podemos mencionar: (1987) p. 17 y ss.; (1998). p. 19 y ss; (1995) p. 11-65; y (2002) p. 81-213

⁹ Conforme veremos más adelante, este cambio de perspectiva responde a que, desde una mirada objetiva del acto de consumo, no cabe la menor duda, conforme además ha señalado el propio Tribunal Constitucional, que el consumidor es el fin de toda actividad económica, es decir «... *es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando el bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios*» (Expediente N° 008-2003-AI/TC, Ej. 28). Sin embargo, como se puede observar, la alusión al consumidor como el fin de la actividad económica en este caso no toma en consideración las particularidades con que éste actúa al momento de llevar a cabo el acto de consumo, de manera que lo concibe como un agente más del mercado. Cosa distinta ocurre cuando se aprecia el mismo acto, pero desde una perspectiva subjetiva, pues desde punto de vista se pone de manifiesto que en rigor se trata de una relación asimétrica como producto del poder fáctico de los proveedores, lo que obliga al Estado a adoptar un rol protector a su favor (Expediente N° 0018-2003-AI/TC, Ej. 2). Así, el consumidor pasa a ser el fin, pero esta vez ético de la actividad económica y, por consiguiente, no es tan sólo un agente más que participa en el mercado.

Semejante cambio merece, sin duda alguna, un fundamento constitucional.

Gráfico 9. Rol protector



Elaboración: ECP del Indecopi

2.1 El reconocimiento formal de la obligación estatal de proteger a los consumidores

En el Perú uno podría dar una explicación muy sencilla, por no decir simplista, a la perspectiva con que el Estado enfrenta los casos relacionados con los actos de consumo. En efecto, basta con revisar el artículo 65° de la Constitución para observar como en nuestro país, el constituyente ha optado claramente por una visión de la relación de consumo en la que el proveedor es la parte más fuerte y el consumidor, la más débil. Efectivamente, sin dejar un margen de duda, el mencionado precepto constitucional inicia haciendo énfasis en la obligación del Estado de defender el interés de los consumidores y usuarios, para luego entrar a precisar algunos de sus derechos.

53

Gráfico 10. Rol de defensa



Elaboración: ECP del Indecopi

Vistas así las cosas, ante la pregunta en torno al sustento constitucional de aquella perspectiva no neutral con que el Estado asume las relaciones de consumo, la respuesta podría ser tan simple y sencilla como “esto es así porque la Constitución así lo dice”.

Evidentemente, semejante respuesta peca no sólo de simple sino también de insuficiente, pues se apoya en una comprensión netamente formal de las cosas y no aporta elementos argumentativos a favor de un sistema de protección al consumidor.

Más aún, semejante argumento no contribuye a responder la misma pregunta en cualquier otro escenario en el que no se tenga un dispositivo constitucional como el citado artículo 65° de la Constitución peruana.

Es por esto que nos ocuparemos de sumar a aquel argumento, insistimos de carácter formal, algunas razones que consideramos de fuerza para tanto sustentar como comprender el deber especial de protección que tiene el Estado para con los consumidores.

54

2.2 El reconocimiento material de la obligación estatal de proteger a los consumidores

En ese orden de ideas, un elemento que no puede ser pasado por alto cuando se intenta justificar desde una perspectiva constitucional un sistema de protección al consumidor es el modelo económico vigente.

En este sentido, en nuestro país se ha optado por una economía social de mercado que implica, por un lado, la promoción de la iniciativa privada¹⁰ en un esquema libre competencia y por otro lado,

¹⁰ De acuerdo con el Tribunal Constitucional, se trataría del derecho fundamental de toda persona “...a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material” (Expediente N° 008-2003-AI/TC, Ej. 17).

Sobre el particular, Martín Tirado, Richard. (2010). p. 19 y ss.

un Estado garante del bienestar social, es decir, empleos productivos, trabajo digno, reparto justo del ingreso y en ese sentido, interesado en defender y proteger a los consumidores.

Desde esa perspectiva, se puede apreciar que en la lógica de una economía social de mercado el acto de consumo es observado desde una visión subjetiva, mas no objetiva. En efecto, mientras que una noción objetiva del acto de consumo conllevaría a identificar al consumidor como simple y llanamente quien concluye el círculo económico, en una noción subjetiva se presta atención a las condiciones en que participan cada uno de los sujetos que intervienen en la relación de consumo¹¹.

Esto significa que la asimetría en torno a la cual se construye tal relación pasa a cobrar importancia al extremo que el Estado se ve obligado a asumir un rol protector a favor de quien está en desventaja, dejando de lado el de mero facilitador de la construcción de relaciones comerciales.

Vistas así las cosas, si partimos de que en el Perú el régimen económico es el de una economía social de mercado, encontraremos una razón de carácter más material que formal, para comprender y justificar el deber especial de protección que le asiste al Estado respecto de los consumidores.

55

Sin embargo, este no es el único argumento que podríamos sumar al abanico de razones que permiten dar cuenta de dicha obligación.

2.3 La evolución de los derechos fundamentales y su relación con la protección del consumidor

A lo antes expresado podríamos añadir que en términos estrictos la protección del consumidor como deber estatal no debería extrañar si lo analizamos desde el enfoque de la evolución de los derechos fundamentales y dentro de dicha evolución, si lo visualizamos a la luz del fenómeno de la especificación de los derechos.

¹¹ Revítese lo señalado en la nota al pie número 9 del presente trabajo.

Efectivamente, sin ánimo de detallar aquí el derrotero que han seguido los derechos fundamentales hasta nuestros días, habría que enfatizar que en ese devenir se han identificado por lo menos cuatro fenómenos que dan cuenta tanto de los cambios que han sufrido en cuanto a su reconocimiento, respeto y tutela como también respecto de su comprensión y alcances¹².

Fenómenos que dan cuenta los cambios que han sufrido los derechos fundamentales:

1

Ampliación de los derechos

En primer lugar, para nadie es un secreto que el catálogo de los derechos se encuentra en constante crecimiento. La explicación de esta situación tiene que ver con concebir los derechos fundamentales como límites del poder, siendo el caso que ante nuevas expresiones de ese poder (producto de los avances tecnológicos, informáticos, etc.) que ponen en peligro la dignidad de la persona, ésta debería contar con las armas para hacerle frente, lo que, dependiendo de cada situación en particular, conlleva a reconocerle nuevos derechos fundamentales.

2

Positivización de los derechos

En segundo término, la discusión en torno a la fundamentación de los derechos fundamentales es conocida y si bien este no es el espacio para ahondar en ella, no menos relevante es el tema de su eficacia. Por ello, sin perjuicio del debate ético o valorativo que subyace al primer gran tema en torno a los derechos, de cara al segundo la solución que se ha ofrecido ha sido el de su positivización. En este sentido, a partir del reconocimiento del derecho en una norma positiva, se busca poner a su servicio la fuerza del

¹² Los fenómenos a los que haremos referencia a continuación han sido ampliamente desarrollados por múltiples manuales y textos que versan sobre la teoría general de los derechos fundamentales, al respecto recomendamos revisar Díez-Picazo, Luis María. (2005); Peces Barba, Gregorio. (1995); Pérez Luño, Antonio Enrique. (2007); entre otros.

Estado para hacerlo exigible y por consiguiente, eficaz¹³.

Por su parte, si bien actualmente nos encontramos con un sinnúmero de tratados, convenios y normas de alcance internacional en materia de derechos, habría que recordar que esto no siempre fue así.

En efecto, esto que hoy se asume con mucha naturalidad, al extremo de que incluso han pasado a formar parte de los parámetros que deben ser observados por los jueces en general y los jueces constitucionales en particular al atender casos de violaciones a derechos fundamentales¹⁴,

¹³ A este respecto es conocida la frase acuñada por Norberto Bobbio, en el sentido que «...*el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos, como el de protegerlos...*» y que, en su oportunidad, desató una polémica por demás interesante. Bobbio, Norberto. (1991). p. 61. Tamaña expresión dio lugar a un conocido debate en torno al grado de importancia que correspondía darle al tema de la fundamentación de los derechos y al de su protección.

¹⁴ Evidentemente, estamos haciendo referencia al denominado "control de convencionalidad" y que fue encontrando correlato en nuestro país tanto a partir de algunas sentencias del Tribunal Constitucional y de algunas normas jurídicas que daban pie a ello, como sobre todo por algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así el Tribunal Constitucional, tras otorgarle rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos (Expediente N° 00047-2004-AI/TC, Fj. 22), en sentencias como la recaída en el caso "Alfredo Víctor Crespo Bragayrac" va a señalar que la interpretación de los derechos conforme a los tratados, que se desprende por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, "...*contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región*" (Expediente N° 0217-2002-HC/TC, Fj 2).

Tal criterio sería luego recogido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de que a nivel de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos se han sentado los cimientos de lo que hoy que se conviene en denominar el control de convencionalidad. Sobre el particular, por ejemplo, en el caso "Almonacid Arellano y otros contra el Gobierno de Chile", con sentencia de fecha del 26 de setiembre de 2006, la Corte va a señalar:

"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la

encuentra justificación en dos circunstancias muy relevantes.

3

Internacionalización de los derechos

La primera de ellas tiene que ver con el lamentable suceso de la segunda guerra mundial y la segunda, con el reconocimiento de derechos cuyas violaciones trascienden las fronteras de un país. Así por un lado, la crueldad de la guerra puso en evidencia que el argumento de la soberanía de los Estados es a todas luces insuficiente para dejar en indefensión a la persona frente al yugo opresor de los gobiernos de turno, obligándolos por consiguiente, a asumir compromisos internacionales en lógica de estándares mínimos de respeto a los derechos.

58

Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias su objeto y fin, y desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, última intérprete de la Convención Americana" (Ej. 124).

Así también, en el caso "Trabajadores cesados en el Congreso", con sentencia de fecha 24 de noviembre de 2006, la Corte va a señalar:

"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de la convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones" (Ej. 128).

Tales criterios han sido reproducidos en sucesivas sentencias posteriores conforme se puede observar, por ejemplo, en los casos "La Cantuta", de fecha 29 de noviembre de 2006; "Boyce", de fecha 20 de noviembre de 2007, entre otros.

Vistas así las cosas, los tratados sobre derechos humanos en general y las decisiones que los interpretan de forma vinculante en particular pasan a erigirse en límites al juez constitucional (Donayre Montesinos, Christian. (2009); aunque ello no signifique que sea sencillo compatibilizar semejante obligación con las responsabilidades, limitaciones y condicionamientos normativos internos. Para estos efectos, son interesantes los aportes de Ibáñez Rivas, Juana María. (2012). p. 103 y ss.; Hitters, Juan Carlos. (2009).

Se constató que existen ciertos derechos que tienen la particularidad de que las consecuencias de su violación alcanzan a toda la humanidad, siendo irrelevante, por lo tanto, el lugar de la transgresión.

Clara muestra de esto es, pues, el derecho al medio ambiente, en cuyo caso independientemente de donde haya ocurrido el acto lesivo, no puede negarse que los efectos terminan siendo asumidos por todos. Esta circunstancia relativa al medio ambiente, como se sabe, ha obligado a los Estados a suscribir acuerdos internacionales destinados a sentar los límites máximos permisibles, lo que se enmarca en el fenómeno de la internacionalización de los derechos del cual venimos a dar cuenta.

Ambos factores, entonces, explican un fenómeno no sólo manifiesto sino además con una marcada tendencia a imponerse sobre viejas teorías que enarbolan el argumento de la soberanía o de un nacionalismo injustificado para desentenderse de compromisos internacionalmente asumidos a favor de la persona. La internacionalización de los derechos es, pues, un fenómeno vigente, latente y permanente.

59

Muy a despecho de la importancia que reviste cada uno de los fenómenos a los que se ha hecho mención, el que resulta especialmente de interés, pues contribuye a comprender, desde una perspectiva constitucional, la pertinencia de un sistema de protección del consumidor, es el fenómeno de la especificación de los derechos fundamentales, cuyos alcances pasaremos a explicar a continuación.

4

Ampliación de los derechos

En primer lugar, habría que dejar en claro que el reconocimiento permanente de derechos a la persona es insuficiente, si el Estado no adopta las medidas que coadyuven a que su ejercicio sea precisamente posible de llevar a cabo por toda persona. En otros términos y haciendo uso de una expresión ya acuñada aquí, la positivización de un derecho fundamental es tan sólo parte de la solución al problema de su eficacia. Así, se torna indispensable, a su vez, prestar atención a ciertos sectores o grupos de personas que manifiestan alguna particularidad que, de no ser tomada en cuenta, podría erigirse en un vehículo que perturbe el ejercicio de un derecho fundamental.

Efectivamente, es el caso que hay grupos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad en cuanto al despliegue de su libertad individual. Tal vulnerabilidad puede responder a algún condicionamiento de carácter físico.

60

Por ejemplo



Piénsese, por ejemplo, en el caso de los niños, los adultos mayores o las personas con discapacidad, en donde la indiferencia del factor físico, que sin duda condiciona el ejercicio de sus derechos, puede dar lugar a serias situaciones lesivas para ellos.



No obstante, también puede tratarse de un condicionamiento de carácter social. Si tomamos en cuenta la marginación social de la que ha sido y aún es objeto en algunos ámbitos y espacios la mujer, y si el Estado no tomara en cuenta tal factor, no cabe la menor duda que estaríamos ante un grupo humano gravemente perturbado en cuando al despliegue de sus derechos, tal como también viene sucediendo con los LGBT, por citar tan sólo otro ejemplo.



O también, tal condicionamiento puede responder simple y llanamente al hecho inevitable de que ciertas relaciones jurídicas se construyen sobre la base de presupuestos fácticos, que dan lugar a que una de las partes se encuentre en desventaja. Habría que recordar que, por ejemplo, en el marco de una relación laboral, por los presupuestos (vargas, 2014) fácticos con que tanto el empleador como el trabajador participan en ella, no se puede negar que es el primero el que está en posición de ventaja respecto del segundo. No darle cobertura jurídica a este elemento conllevaría a que el trabajador sea objeto de perturbaciones en sus derechos.

En ese orden de ideas, habiendo quedado claro que el reconocimiento de los derechos es tan importante como su respeto y protección, en casos como los mencionados el Estado tiene entonces la obligación de adoptar medidas específicas (de ahí el nombre del fenómeno) con el objeto de impedir que factores como los señalados se erijan en vehículos o medios de los cuales se sirva el agresor para transgredir derechos fundamentales.

61

Para tales efectos, el Estado dicta disposiciones normativas específicas (Ley del Adulto Mayor, Código del Niño y del Adolescente, Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convenio 169 de la OIT de los derechos de los pueblos indígenas, entre otros); crea órganos especiales de protección (Defensoría del Niño y del Adolescente, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, etc.) o inclusive adopta políticas públicas que se traducen en incentivos o medidas que buscan mitigar los efectos de la diferenciación (ley de cuotas, reserva de plazas en concursos públicos, otorgamiento de un puntaje adicional, etc.), por citar tan sólo algunos ejemplos¹⁵.

¹⁵ Este tipo de medidas han sido calificadas también por la doctrina como actos de discriminación positiva, en razón de que a diferencia de los actos de discriminación negativa, no constituyen propiamente una contravención al principio de igualdad, sino que, por el contrario, buscarían una concretización de dicho principio sobre la base de las particularidades jurídicamente relevantes de determinados grupos o sectores. En efecto, la dificultad para aplicar el principio de igualdad radica en

Ahora bien, volviendo al tema de la protección del consumidor y su vinculación con el fenómeno que hemos explicado, el lector podrá apreciar que lo que ocurre en una relación de consumo no es muy distinto a lo que sucede en el caso de una relación laboral, es decir, como se ha visto, en ambos casos estamos ante un escenario en el que se construye una relación jurídica, con la particularidad de que las partes que actúan en ella no lo hacen en igualdad de condiciones.

En efecto, la asimetría informativa, que es el aspecto que marca más claramente la diferencia entre la posición del proveedor y del consumidor al momento de realizarse el acto de consumo, pone de manifiesto la situación de desventaja del consumidor y, por lo tanto, pasa a ser una de las razones de fuerza que habilitan la intervención del Estado para promover el respeto y la protección de sus derechos.

En esa línea de pensamiento, y entre las medidas específicas de garantía adoptadas por el Estado en procura de los derechos de los consumidores está:

- 62
- El Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571), y
 - La creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Ambas iniciativas se enmarcan, entonces, en el deber especial de protección que asume el Estado para con ellos cuyo sustento constitucional, como se ha visto, encuentra asidero en razones de

dilucidar cuándo las diferencias entre los supuestos que se comparan resultan sustanciales. Así, en los casos en que sea así, lo que corresponde, para cumplir con las exigencias del principio es diferenciar (principio de igualdad por diferenciación), y en aquellas situaciones en que más bien las diferencias no son sustanciales, se debe proceder a equiparar (principio de igualdad por equiparación). Visto el fenómeno de la especificación de los derechos fundamentales desde esta perspectiva, como se podrá observar, de lo que se trata es de poner de manifiesto las diferencias entre el común de las personas y quienes se encuentra en la presunta situación de vulnerabilidad para luego, sobre la base de tal comparación y en atención al fin u objeto de la medida que se pretende adoptar, determinar si en efecto corresponde o no hacer un distinción de cara a optimizar los derechos fundamentales del grupo que se muestra desfavorecido. A mayor abundamiento sobre los alcances de principio, véase: Figueroa, Rodolfo. (2000), p. 9 y ss.

carácter sustancial, muy a despecho de su consagración formal en la Constitución peruana.

2.4 El carácter interdependiente de los derechos fundamentales y su relevancia para las relaciones de consumo

No obstante, si lo expuesto hasta aquí no fuera suficiente para dar cuenta de algunos presupuestos de naturaleza constitucional que dan forma y, por lo tanto, configuran el deber especial de protección del Estado para con los consumidores, habría que poner también sobre la mesa las implicancias de un acto de consumo en los derechos fundamentales.

Nos explicamos: los derechos fundamentales, por su propia naturaleza, acompañan a la persona en todo ámbito o espacio de su vida. Si bien hay derechos que se tornan eficaces en determinados escenarios (como por ejemplo los derechos a la remuneración, de sindicación y huelga adquieren especial significación en el marco de una relación laboral); en el caso de la relación de consumo, muy a despecho de la relevancia que reviste el derecho a la información, a la salud y a la seguridad (que son los enunciados en nuestra Constitución al ocuparse de la defensa de los consumidores), los derechos fundamentales que entran en juego y que pueden verse afectados son prácticamente innumerables.

63

Tal situación se debe a que el objeto de la transacción comercial es un bien o servicio que desde la perspectiva del consumidor atendería la necesidad que busca satisfacer. Pues bien, dependiendo de tal necesidad, el bien o servicio que presuntamente estarían a su disposición para satisfacerla y de las condiciones en que finalmente se lleva a cabo el acto de consumo, el abanico de derechos fundamentales cuya afectación se torna posible es, en puridad, impredecible¹⁶.

¹⁶ Así, conforme ha destacado el propio Tribunal Constitucional peruano las disposiciones constitucionales como el propio artículo 65º, “...albergan implícita o innominadamente una pluralidad de derechos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen la existencia de un *numerus apertus* a otras expresiones *sucedáneas*...”. (Expediente N° 3315-2004-AA/TC, Ej. 10).

Gráfico 11. Derechos fundamentales



Elaboración: ECP del Indecopi

Si a lo expuesto añadimos que la afectación de un derecho fundamental puede traer como correlato el menoscabo de otro derecho y así sucesivamente, la preocupación constitucional sobre la manera como el Estado protege a los consumidores es insoslayable.

Esto último, que no es otra cosa que el carácter interdependiente de los derechos fundamentales¹⁷, se erige entonces en otra razón de fuerza para no sólo justificar sino configurar de manera óptima un sistema de protección a favor de los consumidores.

64

III. EN TORNO AL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE CONSUMIDOR

Si a partir de lo señalado hasta aquí es posible comprender razonablemente y desde una perspectiva constitucional por qué en una relación de consumo el Estado está llamado a romper el rol neutral, que en principio le corresponde cuando se trata del ejercicio de las libertades económicas, y asume más bien un papel tuitivo a favor de los consumidores, no menos relevante es entrar a desarrollar algunas ideas en torno a lo que desde nuestra Constitución se puede entender por consumidor.

¹⁷ El argumento del carácter interdependiente de los derechos fundamentales ha constituido una de las razones de fuerza para poner de manifiesto la pertinencia de reconocer los derechos económicos, sociales y culturales también con tal calidad, conforme puede dar cuenta Nogueira Alcalá, Humberto. (2009), vol.7, pp. 143-205. En el caso del consumidor permite evidenciar la necesidad de la protección de sus derechos como consecuencia de los efectos a los que puede dar lugar el acto de consumo.

Sobre el particular habría que empezar advirtiendo que el concepto constitucional de una determinada institución o categoría jurídica no tiene que necesariamente definirse sobre la base de consideraciones de carácter infraconstitucional, esto es, en función de lo que diga por ejemplo la ley o el reglamento.

Por el contrario, el hecho que la Constitución sea un plexo normativo abierto en sus formulaciones a fin de ser una plataforma válida para canalizar opciones valorativas o políticas diferentes, permite que dicho concepto constitucional sea más abierto u omnicompreensivo que el asumido por el legislador¹⁸.

Sin negar entonces que puede haber interpretaciones constitucionales a la luz de la ley, pero que no toda interpretación legislativa es indefectiblemente constitucional, podemos distinguir, en términos generales, entre los conceptos constitucionalmente posibles de los constitucionalmente imposibles. La diferencia entre ambos radica en su conformidad o no con los principios y normas constitucionales¹⁹.

¹⁸ Una clara muestra de lo recientemente afirmado es lo sucedido con el derecho a la propiedad, cuyos alcances inicialmente fueron definidos por el Tribunal Constitucional peruano justamente sobre la base de aquellas consideraciones más generales y valorativas, al punto que podíamos ver una concepción de la propiedad conforme con la función económica que está llamada a cumplir (promover la inversión y la explotación racional de los bienes). Justamente, tal formulación podía llevarnos a afirmar que tanto la posesión como la concesión, a pesar de ser figuras legislativamente diferentes a la propiedad, para efectos constitucionales podían recibir la misma protección que ésta. Aun cuando el derrotero de la jurisprudencia constitucional va terminar por desencantarnos, lo acontecido con el derecho a la propiedad es una muestra gráfica de lo que buscamos sostener sobre la diferencia entre conceptos constitucionales y legales de instituciones y categorías jurídicas. A mayor abundamiento sobre lo afirmado respecto del derecho de propiedad puede revisarse: Pasquel, Enrique y Alvarado, Omar. (2010). p. 47 y ss.

¹⁹ Así, por ejemplo, si bien el legislador en nuestro país ha optado por un concepto de matrimonio según el cual éste es heterosexual, lo cierto es que la Constitución peruana permitiría, como concepto también posible, el matrimonio homosexual, como quiera que no sólo no tenemos precepto alguno que lo impida sino que inclusive ello podría guardar conformidad con otros principios de raigambre constitucional. En este sentido, el legislador, dentro de su discrecionalidad, habría optado por la posibilidad de una forma de matrimonio que admite sólo que éste se dé entre hombre y mujer, pero si mañana decidiera acoger también el matrimonio entre personas del mismo sexo, bastaría con sentar un nuevo sentido interpretativo, sin que sea necesario reformar disposición constitucional alguna.

Ahora bien, en lo que concierne a la protección del consumidor, como se sabe, en primer lugar, manejamos una definición estricta según la cual se considera como tal al destinatario final del bien o servicio²⁰:

**Consumidor
Destinatario
final del bien o
servicio**

A este respecto, a la luz de la Constitución se trata de un concepto posible, ya que no entra en contradicción con los principios y disposiciones constitucionales y, por consiguiente, estaría dentro de la discrecionalidad del legislador haber optado por él.

Sin embargo, no sólo consideramos que es una definición dentro de lo posible en términos constitucionales por lo recientemente afirmado, sino que, en atención a los fines y la lógica del deber especial del Estado para con los consumidores que antes hemos hecho referencia, es el que guardaría mayor sintonía.

66 En efecto, si bien es un concepto restrictivo y que en última instancia se traduce en una reducción del ámbito de protección del sistema (ya que quienes no tengan la condición de destinatario final, no podrán acudir a él); también trae consigo la reserva de la tutela para aquellos casos en los verdaderamente se produce una distorsión en la relación de consumo. Así se evita entonces que ingresen al sistema aquellos consumidores que adquieren un bien o servicio con el objeto de someterlo a un proceso de fabricación, elaboración, almacenaje, manipulación, entre otros, para luego ponerlo a disposición de terceros en el mercado, esto es, para llevar a cabo actividades propias más bien de un proveedor²¹.

²⁰ El Código de Protección y Defensa del Consumidor es muy claro en este sentido, al señalar en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar, que se entiende por consumidor a “...*Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para fines de su actividad como proveedor...*”.

²¹ En caso existiera una duda al respecto, nuevamente el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor la despeja al señalar en su parte final: “*No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor*”.

Gráfico 12. Proveedor y consumidor



Elaboración: ECP del Indecopi

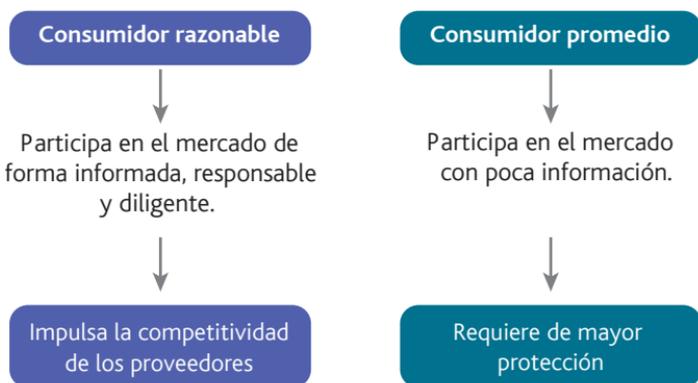
En ese escenario, el sistema busca que la protección esté a disposición de los consumidores y no de aquellos proveedores que por la naturaleza de sus actividades fungen como tales. Más aún, esta diferencia, que resulta por demás importante, tiene correlato en el nivel de diligencia con que se espera que cada uno de ellos actúe en el mercado.

Efectivamente, en el caso del proveedor es entendible presumir un alto grado de diligencia toda vez que él, en su afán de alcanzar el éxito comercial, debería estar en condiciones de distinguir, dentro de la oferta, los bienes y servicios más óptimos, eficientes y eficaces. Sin embargo, si bien tal nivel de diligencia no puede ser en principio exigible al consumidor (recordemos que, conforme a la definición estricta, estamos hablando del destinatario final), el problema radica en dilucidar cuál sería, en todo caso, el estándar para identificar los casos en que no ha habido una falta de cuidado de su parte, sino más bien una infracción cometida por el proveedor.

67

La dificultad para arribar a un consenso sobre el particular queda por demás demostrada con el debate que existe a nivel académico en torno a las nociones de "consumidor razonable" y "consumidor promedio".

Gráfico 13. Tipos de consumidor



Elaboración: ECP del Indecopi

68

Si bien adelantamos que para nuestra Constitución, en principio, ambas nociones son plausibles, convendría entrar un poco más en el detalle para identificar en todo caso cuál de ellas es la que, desde nuestra humilde perspectiva, guardaría mayor conformidad con los principios y normas recogidos en ella.

Así, por un lado, de la noción de “consumidor razonable” se podría destacar su pertinencia como factor que impulsaría la competitividad de los proveedores e incentivar a los consumidores a ser diligentes en sus decisiones de consumo.

En efecto, si se parte de un mercado en que los consumidores manejan un interesante grado de información y por consiguiente, están en posibilidades de identificar las virtudes y deficiencias de los diferentes productos que se ofrecen en él, los proveedores se verían obligados a innovar y así también, a utilizar más eficientemente sus estrategias de publicidad.

Esto, que de cara al crecimiento y desarrollo económico del país no parece ser un asunto menor, no necesariamente se alcanza bajo el esquema de “consumidor promedio”, pues, como se ha dicho, en este caso no hay estándares de diligencia, información y responsabilidad que le sean de por sí predicables.

Consumidor razonable

La noción de "consumidor razonable" conlleva a restringir el ámbito de protección del sistema, ya que sólo habría lugar a recibir tutela en aquellos casos en que se logre demostrar que, a pesar de la diligencia, responsabilidad e información con que debería haber actuado el consumidor, se produjo la lesión a sus derechos. En otros términos, las cargas que se impondrían a éste para ser protegido serían en alguna medida mayores.

Consumidor promedio

Bajo la noción de "consumidor promedio" el espectro de protección más bien crece, como quiera que no se parte necesariamente de un estándar de diligencia, información o responsabilidad, sino que, en todo caso, se analiza cada contexto y escenario en particular. En este sentido, podrían darse situaciones en las que se protejan a consumidores que han actuado por debajo de lo "razonable" por cuestiones de índole cultural, costumbres, usos, entre otros.

69

Ahora bien, planteadas las dos nociones que hoy se muestran en alguna medida enfrentadas en el ámbito académico y habiendo dado cuenta muy someramente, claro está, de sus pros y contras, es momento de preguntarse cuál de ellas resulta más conforme con nuestra Constitución.

Si bien, como ya se ha dicho, no hay nada que impida promover la competitividad de las empresas por lo menos como un fin plausible en términos constitucionales, el problema radica en las implicancias que tiene alcanzar tal objetivo a la luz de la finalidad que se pretende atender a través del sistema de protección al consumidor.

Como se ha visto, el optar por la noción de "consumidor razonable" se presenta como la más proclive con aquel fin, pero ello se traduce en una merma del abanico de protección que el Estado pone a disposición de los consumidores, lo cual sumado a un contexto nacional en el que son constatables las ostensibles deficiencias a

nivel educativo²² y la presencia de una nada desdeñable cantidad de personas en situación de pobreza²³, hacen que de pronto la noción de “consumidor promedio” empiece a ganar terreno.

Más aún, justamente aquel argumento, sustentado en consideraciones más de corte fáctico, conduce a poner de manifiesto que en rigor una Constitución que se precie de ser normativa y no nominal, protege a las personas como son y no cómo nos gustaría o deseáramos que lo fueran²⁴.

En tal sentido, en el contexto de una Constitución normativa, muy a despecho de lo deseable que resultaría, a nuestro juicio, el estándar de “consumidor razonable”, lo que corresponde es proteger al consumidor como realmente es, es decir, teniendo en cuenta sus particularidades de contexto, de cultura, entre otros.

Con lo expuesto no se quiere decir que lo recomendable es estancar el sistema en una noción que por ahora parece ajustarse a las pobres índices de desarrollo y formación en que nos encontramos, por el contrario, creemos que debe avanzarse hacia un esquema en que el mercado se muestre más competitivo.

²² De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en el año 2013 el Perú, tras la evaluación PISA, ocupó el último lugar del ranking en comprensión lectora, matemática y ciencia. Por su parte, en el ranking mundial de competitividad elaborado por el Foro Económico Mundial correspondiente al período 2014-2015, nuestro país descendió del puesto 61 al puesto 65 de un total de 144 países. Esto a juicio de los autores del informe respondería, entre otras cosas, a las insuficientes mejoras en la calidad de la educación, lo que no permite una adecuada adaptación a las condiciones cambiantes de la economía actual.

²³ De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el año 2013, si bien la pobreza en el Perú bajó a 23.9%, esto es, 491 mil personas dejaron de ser pobres, casi 7.3 millones aún están en dicha condición. Por su parte, ese mismo año la pobreza extrema bajó de 6% a 4.7%, es decir, 375,800 personas salieron de la extrema pobreza, sin embargo todavía 1.4 millones de personas viven tal condición.

²⁴ La diferencia entre una Constitución normativa y una nominal radica en que la primera goza de fuerza normativa, dando lugar a que sea un texto constitucional que rige y calza con la realidad que busca regular. En tanto, una Constitución es nominal, cuando si bien sus planteamientos distan de la realidad a la cual pretende regir, existe la voluntad política y el compromiso de las instituciones por llevarla a la práctica. Para mayor referencia: Loewenstein, Karl. (1973). p. 216 y ss.

El problema radica en que es por lo menos opinable que el propio Estado, que es el responsable tanto de la educación como de la protección de los consumidores, condicione lo último a lo primero, cuando en aquel aspecto hay aún mucho por hacer.

No debemos confundir, entonces, la tutela de los derechos con la obligación de “formar en derechos”, si se avanza en esto último, adoptando las políticas públicas adecuadas, quien sabe si mañana más tarde la noción de “consumidor razonable” se gana su justo lugar.

Cabe notar, eso sí, que aquí tampoco se pretende dar por sentado que la noción de “consumidor promedio” se haya impuesto definitivamente a nivel normativo. Si bien una lectura preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor daría esa impresión²⁵, no es menos cierto que en algunos apartados del propio código encontramos indicios que hacen suponer una supervivencia de la noción de “consumidor razonable”²⁶. En todo caso, como no puede ser de otra manera, será finalmente la jurisprudencia del Indecopi la que termine por despejar cualquier duda al respecto.

71

Finalmente, habría que recordar que bajo el esquema de una Constitución propia del Estado Constitucional, en virtud de la cual la Constitución debe ser una plataforma válida para canalizar opciones

²⁵ Es fundamentalmente en base a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo VI del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor que se ha soslayado la presunta derrota de la noción de “consumidor razonable” por la de “consumidor promedio”. Tal precepto señala a saber lo siguiente:

“El Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza”.

²⁶ Una mirada a lo dispuesto en el literal e) del artículo 29 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que se refiere a los criterios aplicables a la información y advertencia sobre el riesgo y la peligrosidad, o al artículo 104º, que se ocupa de la responsabilidad administrativa del proveedor; en los cuales se deja entrever una exigencia de diligencia imputable al consumidor, permiten afirmar ello. En este sentido, recomendamos revisar Rodríguez García, Gustavo M. (2013). p. 23 y ss.

políticas diferentes, nada impide que a futuro y siempre que ello no implique poner en entredicho el compromiso valorativo subyacente al sistema de protección al consumidor, se adopte la noción de “consumidor razonable”.

IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONSUMIDOR EN EL CONTEXTO PERUANO

Ahora bien, en lo que concierne a los derechos fundamentales del consumidor la Constitución peruana resulta sumamente discreta en tanto hace referencia, por lo menos de manera explícita, tan sólo a los derechos de información, salud y seguridad. No obstante, conforme vamos a tener oportunidad de ver en seguida, sobre la base de la concepción de derechos arraigada en el texto constitucional, es posible inferir una razonable e importante ampliación de ese catálogo a su favor.

4.1 Algunas concepciones de los derechos fundamentales y una aproximación a la posición peruana

72

Una primera dificultad para construir un concepto de los derechos fundamentales radica en que se trata de una categoría que si bien entraña un componente jurídico-positivo, también tiene un componente ético-moral²⁷.

En tal sentido, la particularidad de la ética estriba en las diversas posibilidades argumentativas que ofrece, lo que trasladado a la

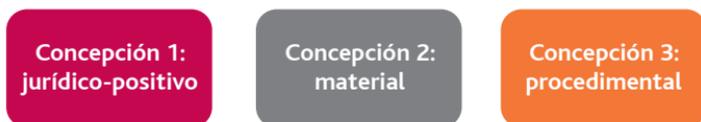
²⁷ Esta dualidad, que resulta manifiesta en los derechos fundamentales, ha sido admitida por el propio Tribunal Constitucional en multiplicidad de sentencias. Quizá el mayor referente sea lo señalado por el colegiado en el caso “Manuel Anicama Hernández” cuando formula su concepto de derechos fundamentales. Así, en palabras del Tribunal:

“El concepto de derechos fundamentales comprende “tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica...”. (Expediente N° 1417-2005-AA Ej. 2)

materia de derechos da lugar a las conocidas discusiones en torno a la fundamentación de los derechos fundamentales²⁸.

No siendo este el espacio para entrar a detallar los alcances de las diferentes teorías existentes al respecto, lo que sí nos proponemos hacer es, a grandes rasgos, describir tres concepciones de derechos, sobre la base de las cuales luego nos sea posible ofrecer al lector una aproximación constitucional a la concepción de derechos vigente en nuestro país para luego demostrarle como, a partir de ella, podemos construir un edificio de derechos fundamentales a favor del consumidor.

Gráfico 14. Concepciones del Derecho



Elaboración: ECP del Indecopi

Concepción 1:
jurídico-positivo

Así, una primera concepción, que podemos denominar formal, vendría a ser aquella que elabora su noción de derechos fundamentales sobre la base del componente jurídico-positivo. Desde esta perspectiva y en atención a que los derechos fundamentales vendrían a ser valores superiores del ordenamiento jurídico, se consideraría como tales a todos aquellos que han sido reconocidos explícitamente en el texto constitucional.

Como se puede apreciar, para la concepción que venimos describiendo lo relevante para determinar cuándo estamos ante un derecho fundamental radica en la forma de la norma que reconoce el

73

²⁸ De ahí que hayan quienes, habiendo puesto de manifiesto tal dificultad para formular un concepto de los derechos fundamentales, señalen que, en cualquier caso, si se pretendiese elaborar tal concepto, tendría que ser lo suficientemente general y amplio como para no descartar posiciones valorativas diferentes. En este sentido, Sanchís, Luis Prieto. (2002) p. 36 y ss.

Concepción 2:
material

derecho, siendo el caso que en tanto dicha norma sea constitucional, el derecho en cuestión será fundamental.

Por su parte, una segunda concepción que podríamos calificar como material, respalda su noción de derecho fundamental en el componente más bien ético-moral. En este sentido, para que un derecho sea tal, el elemento gravitante sería la exigencia moral o los valores que por su intermedio se buscan proteger. Como seguramente el lector puede haber percibido, esta segunda concepción a diferencia de la primera, presenta cierto nivel de incertidumbre respecto de la identificación de un derecho fundamental, sin embargo, esto no es del todo malo si consideramos que para la concepción formal, por un lado, todo derecho muy independientemente de si hay o no razones morales que lo sustentan en tanto esté en la Constitución, será fundamental²⁹ lo que, a *contrario sensu* significa que si no está en ella, muy a pesar de su relevancia moral, no necesariamente gozaría de dicha condición.

Concepción 3:
procedimental

Por último, tendríamos la concepción que podríamos llamar procedimental, según la cual si los derechos fundamentales son condiciones indispensables y de singular importancia para la persona, su nivel de protección debe ser el más rápido y efectivo al cual podría aspirar un derecho. En este orden de ideas, siendo los procesos constitucionales de la libertad, los mecanismos procesales que ostentan tales virtudes, todos

²⁹ Quizá un ejemplo muy gráfico de las paradojas valorativas a las que conduce una concepción formal de los derechos fundamentales, es lo ocurrido en los Estados Unidos y la segunda enmienda a su constitución. En efecto, a tenor de dicho precepto constitucional toda persona tendría el derecho a poseer y portar armas, formulación que estoy seguro a más de uno llamará la atención desde el punto de vista del componente valorativo que subyace a dicho derecho. Sin embargo, desde una perspectiva formal, su carácter de derecho fundamental resulta indiscutible.

aquellos derechos que se puedan proteger por su intermedio serán derechos fundamentales. En sentido contrario, no lo serían aquellos derechos cuya tutela sólo es posible de llevar a cabo a través de los procesos ordinarios.

Vistas así las cosas, ha llegado el momento de precisar dentro de qué concepción se enmarca la Constitución peruana. Evidentemente, no es un asunto menor si, como se habrá podido observar, cada concepción implica en alguna u otra medida una ampliación o recorte del abanico de derechos posibles de ser calificados como tales.

Para absolver aquella inquietud es necesario acudir al artículo 3º del texto constitucional peruano, ya que de su propia redacción se infiere, con claridad, cuáles son las concepciones vigentes en nuestro país. En este sentido, dicho precepto constitucional señala lo siguiente:

Artículo 3º.-

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

75

Ahora bien por un lado, si tomamos en cuenta el extremo inicial de la disposición, encontramos referencias que, desde nuestra perspectiva, no dan lugar a duda alguna de la presencia de la concepción formal de derechos. En efecto, fíjese que empieza advirtiendo que serán derechos fundamentales no sólo los que están en el capítulo en que dicho artículo está inserto, sino todos los demás que se encuentren garantizados a lo largo de la Constitución, esto es, muy independientemente de que se esté o no de acuerdo con el contenido valorativo que subyace a algunos de ellos. En este extremo habría que tener presente que, por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria del mismo texto constitucional, los tratados sobre derechos humanos también son fuente de reconocimiento de derechos fundamentales.

Sin embargo, por otro lado, no es la única concepción presente en nuestro sistema. Efectivamente, si se observa la formulación recogida en el citado dispositivo, es posible detectar que inmediatamente después de la referencia antes acusada y que a nuestro juicio, da pie a la concepción formal, se hace mención a una serie de principios o exigencias morales a partir de los cuales podrían eventualmente desprenderse más derechos fundamentales, lo que nos aproxima a la concepción material. Este escenario normativo nos permite sostener que en el Perú el catálogo de derechos no se circunscribe a lo previsto explícitamente en la Constitución sino que, en puridad, pueden haber más derechos en su haber, en la medida en que la cobertura jurídica de las exigencias propias de la dignidad, de la soberanía popular, de la democracia y de la forma republicana de gobierno, así lo demanden.

Por último, en nuestra humilde opinión, descartamos eso sí, algún resquicio que dé cuenta de una presunta manifestación de la concepción procedimental de los derechos, debido a que en el Perú todo derecho por el sólo hecho de ser fundamental tiene a su disposición los procesos constitucionales para su defensa, no siendo entonces el proceso o el mecanismo procesal previsto el que le confiera tal condición.

76

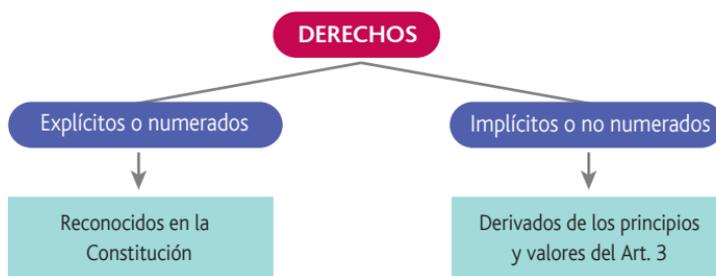
En otras palabras, la fundamentalidad del derecho en nuestro país se obtiene porque esté en la Constitución o porque se derive de los principios antes citados, y una vez reconocido como tal, su defensa se debe llevar a cabo a través de los procesos constitucionales.

Tal vez el dato que proporciona mayor claridad sobre el tema es que los derechos que se defienden a través del amparo son todos aquellos que, muy a pesar de ser fundamentales, no se pueden exigir por la vía del hábeas corpus, hábeas data o cumplimiento. Véase, entonces, como la fundamentalidad no está condicionada por el mecanismo procesal previsto, sino que se da por sentada, ya sea por la concepción formal o por la concepción material, y lo que corresponde es defenderlo sí o sí a través de alguno de los procesos constitucionales.

4.2 Entre los derechos explícitos o numerados y los derechos implícitos o no numerados

Ahora bien, como consecuencia de lo señalado, uno puede entonces distinguir en el Perú entre derechos explícitos o numerados, que vendrían a ser aquellos que se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución, y derechos fundamentales implícitos o no numerados, que son todos aquellos que si bien no están formalmente en ella, deben ser considerados como tales en razón que se derivan de los principios o valores a los cuales remite el artículo 3°.

Gráfico 15. Tipos de derechos



77

Elaboración: ECP del Indecopi

En esa línea de pensamiento, el lector ahora podrá entender que, aun cuando el texto constitucional peruano es muy discreto en relación con los derechos fundamentales del consumidor, ello no constituye óbice para sostener, sobre la base de la misma Constitución, que el ámbito de protección de sus derechos puede ser mucho mayor.

En efecto, y en ese tenor, a los derechos a la salud, seguridad e información, que son los explicitados en el artículo 65°, no solamente podemos añadir otros derechos recogidos en algún otro extremo del texto constitucional (concepción formal) sino inclusive otros que ni siquiera estén en él, pero que se deriven de la dignidad del ser humano, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno (concepción material)³⁰.

³⁰ Sobre los alcances de estos principios a partir de los cuales es posible concretizar el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, es recomendable revisar Sáenz Dávalos, Luis (2009). p. 13 y ss.

No obstante, sin perjuicio de la diferencia entre un derecho explícito y un derecho implícito, es preciso advertir de cara a la materia que nos ocupa, que no todo derecho que no encontremos en la Constitución pasa a ser necesariamente considerado un derecho implícito con configuración autónoma, sino que también puede pasar a ser identificado como manifestación implícita de un derecho positivizado.

Efectivamente, sin perjuicio del importante esfuerzo argumentativo que corresponde llevar a cabo a fin de no sólo poner de manifiesto su fundamentación sino también vincularlo con las circunstancias del caso concreto y los principios constitucionales que subyacen al artículo 3º; no hay que perder de vista que el Tribunal Constitucional peruano nos obliga a agotar la interpretación del haz de facultades de derechos explícitos para recién allí, es decir, habiendo puesto en evidencia la insuficiencia del marco constitucional positivo, pasar a reconocer el derecho en cuestión como fundamental e implícito³¹.

Quizá un ejemplo permita entender mejor ese alcance residual que el colegiado habría buscado darle al artículo 3º del texto constitucional.

78

Por ejemplo

Tenemos el caso del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y del derecho a probar, cuya relevancia y pertinencia como garantía constitucional en el marco de todo proceso o procedimiento no admite duda, pero curiosamente ninguno de los dos ha sido reconocido explícitamente en la Constitución. Pues bien, como sabemos, eso no significa que no estemos ante derechos fundamentales, en todo caso la inquietud viene por el lado de si los reconocemos o no como derechos fundamentales implícitos con configuración autónoma o más bien como parte del contenido de otro derecho.

³¹ Así lo dejó entrever el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el caso "Lucio Valentín Rosado Adanaque" (Expediente N° 0895-2001-AA/TC, Fj. 5) y en el caso "Genaro Villegas Namuche" (Expediente N° 2488-2002-HC/TC, Fj. 13), al reconocer el derecho a la verdad como un derecho fundamental implícito, y lo propio es posible encontrar en otros pronunciamientos del colegiado relativos al artículo 3º de la Constitución y su alcance como puerta de entrada para nuevos derechos fundamentales.

Para tal efecto, siguiendo el sentido interpretativo que el Tribunal Constitucional le ha atribuido al artículo 3º, antes de ello deberíamos interpretar el haz de facultades de derechos que ya han sido reconocidos para recién allí y en función de cómo nos vaya en esa tarea, arribar o no a la conclusión respecto de la naturaleza del derecho fundamental. En este sentido, si operamos conforme ordena el colegiado, nos vamos a percatar que dentro de los derechos que tenemos a nuestra disposición en la Constitución está el debido proceso, cuyo contenido como es sabido, es complejo ya que reúne en su seno una serie de garantías procesales, sin perjuicio de otras de carácter más bien sustantivo.

En ese orden de ideas, si entendemos que el debido proceso tiene una dimensión sustantiva, vinculada con la interdicción de la arbitrariedad y el valor justicia, y otra procesal que comprende el conjunto de garantías que deben respetarse en el curso de todo proceso o procedimiento para que la decisión a la cual se arribe tenga apariencia de justicia; nos es posible deducir que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el derecho a probar, bien pueden ser considerados como parte de aquél derecho fundamental explicitado en la Constitución. Desde esta perspectiva, si bien ambos derechos son fundamentales, son a su vez, manifestaciones implícitas de otro derecho fundamental, este sí numerado, que sería el debido proceso³².

79

Es así entonces como el marco constitucional peruano permite distinguir entre derechos fundamentales explícitos o numerados (los recogidos expresamente en el texto constitucional) y los derechos fundamentales implícitos o nuevos (los que no tienen tal condición); y, dentro de éstos, aquellos que gozan de configuración autónoma y aquellos otros que pasan a formar parte del contenido de algún derecho explícito como consecuencia de la interpretación del haz de facultades que le son propias.

³² Sobre el particular puede revisar las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los casos "Lucio Valentin Rosada Adanaque" (Expediente N° 0895-2001-AA/TC), "Moura García" (Expediente N° 549-2004-HC/TC), "Tito Martín Ramos Lam" (Expediente N° 3778-2004-AA/TC), "Ronald Winston Díaz Díaz" (Expediente N° 618-2005-HC/TC), entre otros.

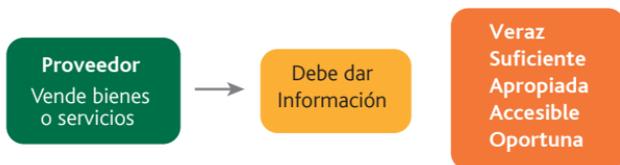
Sobre la base del panorama constitucional aquí brevemente descrito, estamos en mejor posición para aproximar al lector al tema de los derechos fundamentales del consumidor en el contexto peruano. Al estar orientado el presente a brindar las bases constitucionales de la protección del consumidor, haremos referencia a algunos de ellos y de un modo muy general, sin perjuicio de mayores alcances que se puedan ofrecer en un trabajo de más largo aliento.

4.3 Una aproximación a los derechos fundamentales de los consumidores

80 En esa línea de pensamiento, como ya se adelantó, la Constitución peruana en el artículo 65° empieza por hacer referencia a los derechos a la salud, seguridad e información de los consumidores. Al ser la información un elemento capital para la construcción de una relación de consumo válida, no debe llamar la atención que el constituyente se haya preocupado por incorporarlo expresamente como un derecho sustancial de los consumidores. Evidentemente y por esta razón, no se trata de cualquier información sino, en particular, relativa a los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.

Se trata por consiguiente y en contraposición, de una obligación por parte de los proveedores, la misma que para ser cabalmente cumplida la información que faciliten debe ser veraz, suficiente, apropiada, accesible y oportuna. En última instancia, lo que se busca es que el consumidor tome una decisión informada, máxime si, como hemos visto a propósito del carácter interdependiente de los derechos fundamentales, tal decisión incidirá en un abanico en principio indeterminado de derechos.

Gráfico 16. Obligaciones de los proveedores



Sin embargo, muy a despecho de lo recientemente afirmado, el constituyente ha mostrado una especial preocupación por un par de derechos más, aunado al de la información, y son **los derechos a la salud y seguridad**. En cuanto al derecho de salud habría que señalar que es un derecho cuya complejidad radica, entre otras cosas, en aglutinar en su seno facultades que lo tornan un derecho de defensa, pero también un derecho de prestación, sin perjuicio de ser, a su vez, un deber para el Estado.

Nos explicamos: bajo una conocida clasificación de los derechos fundamentales orientada a identificarlos en función de la naturaleza de las facultades que se le reconocen a sus titulares se distinguen entre derechos de defensa, de participación y de prestación.

Derecho de defensa

Permite a una persona exigir una no intervención o injerencia, es decir, una abstención (piénsese en los derechos a la vida, a la integridad personal, a la intimidad, etc.).

Derecho de participación

Dan lugar a la posibilidad de que seamos partícipes de la toma de decisiones públicas (por ejemplo, los derechos de sufragio o de acceso a la función pública).

Derecho de prestación

Permiten demandar un hacer al obligado, es aquí en donde entran a tallar —no exclusivamente— los derechos sociales, que se caracterizan precisamente por su naturaleza prestacional y programática (es el caso de los derechos al trabajo, a la salud, a la educación, entre otros).

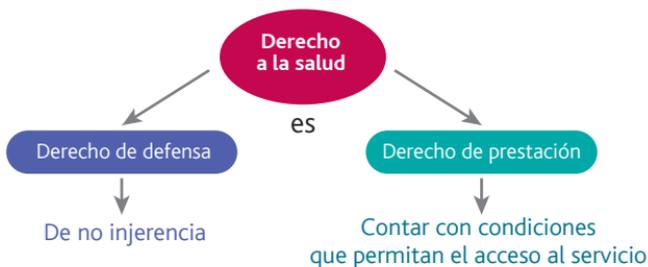
81

Ahora bien, el derecho a la salud es pues, por un lado un derecho de defensa, en el sentido que le permite a su titular exigir una obligación de no hacer, esto es, de no injerencia, pero a su vez, es un derecho de prestación, ya que para su eficacia se requiere que el Estado cumpla más bien con un hacer, esto es, que invierta en infraestructura y herramientas que garanticen la posibilidad de acceder a los servicios asistenciales y que éstos resulten adecuados.

Este derecho aunado a la seguridad, que vendría a ser un bien constitucionalmente protegido, tendrían por finalidad garantizar

que los productos y servicios ofertados en el mercado sean tales que utilizados en condiciones normales o previsibles, no los pongan en peligro³³.

Gráfico 17. Derechos fundamentales de los consumidores



Elaboración: ECP del Indecopi

82

Para dichos efectos, el Estado asume un rol preventivo y represivo. En el primer caso el ejemplo tal vez más gráfico lo vemos con los registros sanitarios, mientras que en el segundo, con la actuación de las entidades públicas con competencia para aplicar sanciones y medidas correctivas como el Indecopi.

Sin perjuicio de lo anterior y siguiendo con el desarrollo de lo que encontramos explicitado en el artículo 65° del texto constitucional, tenemos que el Estado asume también la defensa del interés de los consumidores. Esto que podía haberse entendido en algún momento como una obligación orientada a proteger los intereses económicos de los consumidores³⁴, en rigor se traduce en un deber más omnicompreensivo de los diferentes ámbitos o espacios en que tal tutela se torna necesaria. De ahí que de ese enunciado podemos derivar más bien obligaciones para las diferentes entidades y funciones públicas.

³³ Véase lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3315-2004-AA/TC, Ej. 9.

³⁴ En este tenor, recomendamos revisar las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 0008-203-AI/TC, Ej. 32 y N° 3315-2004-AA/TC, Ej. 10.

En ese orden de ideas, por ejemplo, a nivel legislativo y como se ha destacado en líneas precedentes a propósito de la especificación de los derechos fundamentales, el Estado ha procedido con la dación de un Código de Protección y Defensa del Consumidor, sin perjuicio de la creación del Indecopi.

En el ámbito administrativo, tal obligación se pone de manifiesto precisamente en el actuar permanente del propio Indecopi, pero también de otras entidades públicas como es el caso del Ministerio de Salud a propósito de los registros sanitarios que hicimos mención antes.

En el ámbito jurisdiccional, y en lo que concierne a nuestra disciplina, ya hemos adelantado como el Tribunal Constitucional en los últimos años se ha inmiscuido en estos asuntos dando lugar a interesantes lineamientos e inclusive ha enfatizado la necesidad de que los operadores actúen en estos menesteres conforme a los principios pro consumidor e *in dubio* pro consumidor³⁵:

35 El principio pro consumidor a criterio del Tribunal Constitucional «...plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios» (Expediente N° 3315-2004-AA/TC, Fj. 9). Como se puede observar, la razón que subyace a la aplicación de dicho principio es nada menos que la posición de desventaja en que se encuentra el consumidor en las relaciones de consumo, lo que, conforme a lo expresado en líneas precedentes, es expresión del fenómeno de especificación de los derechos fundamentales.

Por su parte, sobre el principio *in dubio* pro consumidor, el Tribunal Constitucional significa «...que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas» (Expediente N° 3315-2004-AA/TC, Ej. 9). El principio *in dubio* pro consumidor es expresa, entonces, como un principio de carácter interpretativo.

Sin perjuicio de lo expuesto, en términos estrictos ambos principios vendrían a ser una manifestación del principio pro homine (tanto en su directriz de preferencia de normas como en su directriz de preferencia de interpretaciones) en las relaciones de consumo. Sobre el principio pro homine y sus vertientes de aplicación puede revisarse Sagués, Néstor Pedro. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En: Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (Coordinadores) (2002), p. 36-37.

Gráfico 18. Acciones del Estado en diferentes niveles



Elaboración: ECP del indecopi

Sin embargo, tal vez el espacio en el que la aplicación de tales principios se hace más patente es en la resolución de los casos ya sea a nivel judicial como administrativo. Y es que, en definitiva es sobre todo en la protección de los derechos fundamentales que se pone a prueba verdaderamente al Estado a fin de demostrar de que es capaz de volver las cosas a su curso regular, evitando la impunidad y adoptando las medidas correctivas que pongan a buen recaudo los derechos. En este sentido y en la lógica de garantizar la defensa y protección de los intereses de los consumidores, en nuestro país el Estado no sólo ha cumplido con poner a su disposición mecanismos ordinarios de tutela, sino también específicos.

84

Mecanismos de protección

Como se sabe, cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales se marca una diferencia muy clara entre los mecanismos de protección directa e indirecta.

- Los primeros son aquellos cuyo objeto es la tutela de esos derechos, razón por la cual se estructuran procesos bajo reglas o pautas que permitan alcanzar dicho fin, lo que da lugar a los procesos constitucionales de la libertad (hábeas corpus, hábeas data, cumplimiento y amparo en el caso peruano).
- Los segundos se refieren a otros medios que, sin perjuicio de que no busquen como su principal objeto la tutela de un derecho fundamental, al final de cuentas generan, por lo menos en alguna medida, un efecto reparador o reivindicativo en ellos. Aquí se ubica cualquier proceso o procedimiento

que, a su término, trae consigo un impacto en los derechos como pueden ser los administrativos (la impugnación de un acto administrativo, la solicitud de un permiso, autorización o licencia, etc.), los jurisdiccionales (un proceso penal, civil o laboral, por citar algunos casos) e inclusive de corte político (un voto de censura, una interpelación, entre otros).

Si trasladamos la distinción efectuada a la materia que nos ocupa, podríamos afirmar que existen procedimientos para la protección directa de los derechos del consumidor (aquellos cuya razón de ser u objeto es la tutela del haz de facultades intrínsecos a los derechos reconocidos a favor de todos los consumidores) y los de protección indirecta (aquellos por medio de los cuales se buscan alcanzar otro tipo de fines, pero que a su término, por lo menos en algún nivel, se podría generar la reivindicación de los derechos del consumidor).

En esa línea de pensamiento, sin perjuicio de los derechos y las obligaciones que deben respetarse en cualquier procedimiento o proceso (derecho a la tutela procesal efectiva, principios procesales y procedimentales, según sea el caso, entre otros); el literal g) del numeral 1.1 del artículo 1° del Código de Protección y Defensa del Consumidor se refiere a la obligación del Estado de estructurar bajo condiciones de eficacia, celeridad, agilidad, entre otros, los procedimientos específicos de protección de los derechos del consumidor.

85

En otras palabras, muy a despecho de la posibilidad de que los derechos del consumidor se puedan ver protegidos a través de otros procedimientos –no sólo de naturaleza estatal- e incluso procesos judiciales, la obligación que subyace al dispositivo bajo comentario se refiere, concretamente, a los procedimientos que el Estado debe instaurar a fin de brindar tutela específica a los derechos del consumidor. De hecho, hizo bien el legislador al referirse en este caso a procedimientos y no a procesos, ya que en rigor, por lo menos a nivel judicial, a diferencia del caso de derechos fundamentales, no existen procesos específicos destinados a la protección de los derechos del consumidor, cosa que sí sucede en el escenario administrativo³⁶.

³⁶ En tal sentido, las vías de reclamaciones o denuncias previstas por el Estado para la defensa de los derechos del consumidor en el Perú son las siguientes: Por un lado,

Para terminar con este breve apartado dedicado a los derechos fundamentales de los consumidores, convendría recordar que aquí tan sólo hemos hecho referencia a algunos de ellos, ya que en rigor la lista es interminable. En efecto, en atención al carácter interdependiente de los derechos fundamentales y a la concepción de derechos acogida en nuestro país y, por consiguiente, el carácter abierto de la cláusula de su reconocimiento, nada obsta a que el catálogo vaya más allá de lo explicitado en la Constitución.

En este sentido, una sentencia del Tribunal Constitucional en el Perú que da cuenta de lo positivo que resulta para el consumidor el acceder a un mercado de bienes y servicios en condiciones de libre competencia y en competencia, habría deslizado la posibilidad de configurarlo como un derecho fundamental³⁷, lo mismo se ha escuchado en algunos espacios respecto de la defensa corporativa de los consumidores³⁸, que vendría a ser una expresión de la libertad

86

el Perú: Información y Asistencia al Turista (sobre la base de un convenio celebrado entre Indecopi y PromPerú) y el servicio de Atención al Ciudadano (SAC) del Indecopi. Ambos son gratuitos y buscan la conciliación entre las partes.

Por otro lado, en el mismo Indecopi los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimo, la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia tiene competencia para conocer, según sea el caso, por un lado, procedimientos sancionadores por infracción a las normas de protección al consumidor y por incumplimiento de acuerdo conciliatorio o de laudo arbitral, y por otro lado, procedimientos administrativos sancionadores por proporcionar información falsa u ocultar, destruir o alterar información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido durante la tramitación de un procedimiento; por la negativa a cumplir un requerimiento de información efectuado y por denuncia maliciosa. Además, pueden conocer procedimientos por incumplimiento de mandatos, entre los que se encuentra los referidos al incumplimiento de medidas correctivas, de pago de costas y costos del procedimiento y de mandato cautelar. Esto, sin perjuicio de la posibilidad de que conozcan procedimientos de liquidación de costas y costos del procedimiento.

A los mecanismos y procedimientos expuestos habría que sumar el arbitraje de consumo y el Libro de Reclamaciones, ambos incorporados con la entrada en vigencia del Código bajo comentario.

³⁷ Efectivamente, referencia de este tipo se encuentran en la sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 0008-2003-AI/TC, Fj. 32; N° 3315-2004-AA/TC, Ej. 10; N° 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), Fj. 32; N° 10063-2006-PA/TC, Ej. 36; N° 03116-2009-PA/TC, Ej. 12-13; entre otros.

³⁸ En este sentido, puede revisarse los pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos en los Expedientes N° 0008-2003-AI/TC, Fj. 32; N° 3315-2004-AA/TC, Fj. 10; entre otros.

de asociación y del derecho a participar en la vida económica y social del país.

En cualquier caso, no olvidemos que cualquier esfuerzo en ese sentido debe tener en consideración no sólo la fundamentalidad del derecho, que requiere de suyo una carga argumentativa importante, sino también los alcances interpretativos que el Tribunal Constitucional peruano ha dejado sentado de cara al reconocimiento de derechos fundamentales implícitos en nuestro país.

V. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONSUMIDOR

No obstante, poco se puede considerar lo avanzado en materia de derechos fundamentales del consumidor, como también se ha destacado, si los mecanismos previstos para su protección adolecen de la eficacia esperada. La presencia de procedimientos administrativos específicos destinados a ese fin es sin duda un importante paso, pero insuficiente si no tenemos en cuenta el escenario judicial. Ocurre pues, que lo resuelto por el Indecopi puede ser revisado por los jueces del Poder Judicial, por lo que corresponde detenerse en este aspecto y en lo que a nosotros corresponde, dedicar entonces siquiera algunas líneas a la protección constitucional del consumidor en sede judicial.

87

En este extremo nos ocuparemos entonces de dos aspectos que consideramos especialmente relevantes, por un lado, la procedencia del amparo en estos menesteres y, por otro lado, el principio de razonabilidad y el test de proporcionalidad, como quiera que es la técnica más utilizada por nuestro Tribunal Constitucional cuando lo que está de por medio es la protección de derechos fundamentales.

5.1 La procedencia del amparo, a propósito de la defensa en sede constitucional de los derechos fundamentales del consumidor

Como se recuerda, la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional trajo consigo la incorporación de una serie de

condiciones o requisitos para la procedencia de los procesos constitucionales.

Estas exigencias estaban orientadas a reivindicar el carácter residual que asiste a dichos procesos en general y al amparo en particular, y, así de esa manera, garantizar la tutela urgente y efectiva que se espera obtener por su intermedio³⁹.

No obstante, bien es sabido, que la interpretación de aquellos supuestos de procedencia no ha estado libre de algunas idas y venidas, dando lugar a escenarios de penumbra en relación con la suerte que podía seguir la presentación de una demanda de un proceso constitucional.

Esto además, se hizo patente al contrastar el escenario de procedencia del amparo con el del contencioso administrativo, que, como es sabido, una vez agotada la vía administrativa ante el Indecopi, es el proceso a seguir. Y es que con la entrada en vigencia de la Ley N° 27584 se pasó de un contencioso de nulidad u objetivo a uno subjetivo o de plena jurisdicción, lo que lo posicionó como un escenario judicial idóneo para la tutela de derechos fundamentales frente a agresiones de la Administración Pública⁴⁰.

88

En este escenario, ante una situación lesiva atribuible al aparato administrativo del Estado se tiene a disposición dos procesos, el amparo y el contencioso administrativo. Si bien del primero se predica un carácter residual, ello torna más difícil pero no imposible presentar un amparo en defensa de los derechos fundamentales de los consumidores.

Existen, pues, algunas pautas que habría que tener en consideración, conforme señalaremos en seguida.

Así, una lectura inicial y sistemática del Código Procesal Constitucional, y sobre todo de la parte relativa a las causales de improcedencia previstas en el artículo 5°, nos lleva a sostener que bajo el nuevo ordenamiento vigente, para que un amparo sea

³⁹ Eguiguren Praeli, Francisco. (2006) p. 67 y ss.; Rodríguez Santander, Roger. (2005) p. 61 y ss.; Donayre Montesinos, Christian. (2005). p. 333 y ss.

⁴⁰ Al respecto, recomendamos revisar: Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. (2004a).

plausible de ser materia de un pronunciamiento de fondo por parte del juez constitucional, resultaría preciso, en primer lugar, que el acto lesivo recaiga en el contenido constitucionalmente protegido del derecho, esto es, a diferencia de la legislación anterior, la sola referencia del derecho fundamental vulnerado resulta por demás insuficiente.

En este sentido, la primera dificultad a la cual se enfrenta todo abogado litigante y, por supuesto, el propio juez constitucional a fin de evaluar la pertinencia de la demanda, es el de dilucidar cómo se determina aquel denominado “contenido constitucionalmente protegido del derecho”.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional recaído en el caso “Manuel Anicama Hernández” (Expediente N° 1417-2005-AA/TC) resulta probablemente el más relevante al respecto, en donde bajo una equiparación del contenido constitucionalmente protegido del derecho con el contenido esencial del derecho (que no necesariamente nos parece plausible), ha dado cuenta de lo que vendría a ser el contenido esencial del derecho a la pensión y así, bajo tales condiciones, los requisitos de procedencia de una demanda de amparo en materia previsional. Sin embargo, el problema radica en que no se nos dice bajo qué criterios se dilucida aquel contenido constitucional o esencial.

89

En la medida en que el presente trabajo busca contribuir en la defensa de los derechos fundamentales del consumidor, no dejaremos pasar la oportunidad para ofrecer algunas **pautas** que permitan, dado el caso, armar ese contenido constitucionalmente protegido y así allanar el terreno para la tutela constitucional correspondiente⁴¹.

- En ese sentido, lo primero que habría que hacer es identificar el precepto constitucional que reconoce el derecho fundamental, pues es posible que en el mismo dispositivo podamos encontrar referencias explícitas a los contenidos considerados constitucionalmente relevantes del derecho en cuestión. A este respecto cabría, eso sí, advertir que bien puede darse el caso de

⁴¹ Aquí hacemos nuestras las pautas planteadas por Castillo Córdova, Luis (2005) p. 144 y ss.

que el derecho cuya protección se demanda no se encuentre explícitamente reconocido, sino más bien de forma implícita, tal como ya se ha explicado en líneas precedentes. En tal sentido, las primeras fuentes a las cuales habría que recurrir para configurar el contenido constitucionalmente protegido del derecho serían la Constitución, los tratados sobre derechos humanos (conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria) y la sentencia que da cuenta de su reconocimiento (en el particular caso de los derechos fundamentales implícitos).

- En segundo término, en aplicación del principio de interpretación constitucional de unidad, coherencia y concordancia práctica, convendría acudir a otros preceptos constitucionales, pues es posible que los alcances constitucionalmente relevantes de un derecho no los encontremos en la disposición jurídica que lo reconoce, pero sí, completar tal escenario, tras una revisión de la Constitución de forma orgánica y sistemática, tal como es propio hacer cuando de la interpretación del texto constitucional se trata.

- 90
- Luego de ello, sobre la base de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a la cual habría que añadir el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, correspondería indagar sobre tales aspectos en los tratados sobre derechos humanos de los cuales el Perú es Parte, así como en los diversos pronunciamientos de aquellas entidades que interpretan dichos tratados de forma vinculante. Finalmente y como no puede ser otra manera, al tratarse de la definición de los alcances constitucionales de un derecho fundamental, habría que acudir al interés jurídicamente protegido como eje argumentativo para construir el denominado constitucionalmente protegido del derecho.

Véase entonces, cómo aquí tenemos algunos criterios o consideraciones que nos permitirían tentativamente y obviamente sobre la base de las circunstancias del caso concreto, sustentar la presunta afectación del contenido constitucionalmente protegido.

Sin embargo, por si lo expuesto no fuera suficiente, y en la eventualidad de que, efectivamente se hayan logrado concretizar los alcances del llamado contenido constitucionalmente protegido, el Código Procesal Constitucional exige, como siguiente requisito o condición para la procedencia de la demanda de un amparo, el que no exista una vía específica igualmente satisfactoria. En otras palabras, muy a pesar de que el acto lesivo recaiga en el contenido constitucionalmente protegido, en caso existiera una vía procesal distinta a la del proceso constitucional, pero por cuyo intermedio sea posible alcanzar la misma protección que se demanda, el camino a seguir es el de aquel otro proceso y no el del constitucional.

Aquí habría entonces, otro escollo que enfrentar, y es el de determinar los criterios o consideraciones bajo los cuales corresponde evaluar las otras vías de protección que se muestran de forma paralela al proceso constitucional de amparo a fin dilucidar su idoneidad para conocer el acto lesivo que se intenta revertir.

El Tribunal Constitucional cuenta entre sus decisiones más relevantes y pertinentes para este tema, con una sentencia que se ocupa de dicha materia para asuntos laborales, que es la recaída en el caso “César Antonio Baylón Flores” (0206-2005-PA/TC), y otra referida al proceso de cumplimiento, que vendría a ser la relativa al caso “Maximiliano Villanueva Valverde” (0168-2005-PC/TC).

91

Es precisamente sobre este último extremo en donde si bien se han soslayado desde ya algunas consideraciones, la dificultad de su determinación radica en que, a diferencia de la causal de improcedencia antes señalada, resulta preciso no sólo conocer los aspectos constitucionalmente relevantes del caso en cuestión, sino también las posibilidades de protección que ofrecen las vías paralelas, esto es, los demás procesos ordinarios que se tiene a disposición para proteger el derecho.

No obstante, pese a ello, tampoco es que no sea posible señalar por lo menos algunos criterios. Así, en nuestra modesta opinión, habría que partir por precisar con claridad la pretensión, pues es en función de ésta que asoman las vías paralelas.

Por ejemplo

Así, por ejemplo, si se tratase de un despido nulo, pero el demandante lo que busca es una indemnización en lugar de la reposición en el empleo, resulta que la vía a seguir para tales efectos no es en modo alguno el proceso constitucional sino más bien el proceso ordinario. Sin embargo, cosa distinta es si lo pretendido es justamente la reposición en el puesto de trabajo, pues sobre la base de esta consideración, está claro que la vía que permitiría alcanzar dicho fin sería tanto el proceso constitucional como el proceso ordinario.

Ahora bien, ¿bajo qué consideraciones o criterios determinamos si acaso las vías paralelas que asoman para atender nuestra pretensión ingresan en lo que el Código Procesal Constitucional ha convenido en denominar “vía específica igualmente satisfactoria” y por consiguiente, se nos cierra o no la posibilidad de acudir al proceso constitucional? A nuestro juicio, para estos fines es necesario que la vía no sólo resulte eficaz en términos de la protección que se demanda (en el ejemplo antes mencionado, resulta que el proceso ordinario laboral y el proceso constitucional son igualmente eficaces para atender nuestra pretensión, que es recuperar nuestro empleo), sino que dicha tutela se ajuste a las particularidades del caso concreto en términos de tiempo y cobertura que la situación en particular demanda.

En ese orden de ideas, para dichos efectos y a guisa de ejemplo, es decir, para demostrarle al juez constitucional la inexistencia de “vía específica igualmente satisfactoria” resultaría por demás insuficiente acudir al viejo argumento de la mayor duración del proceso ordinario (por lógica contraposición a la de los procesos constitucionales que como producto de la sumarización procedimental y cognitiva son por supuesto más breves) principalmente por dos razones:

- en primer lugar, porque en rigor si nos apoyamos en el principio *iura novit curia*, se debe partir del presupuesto de que el juez conoce muy bien los plazos que maneja cada proceso, por lo que el sostener o afirmar que el proceso ordinario demora más que el constitucional resulta en un argumento flojo o que no le aporta nada al juez para la toma de su decisión; y

- en segundo término, por el hecho que la sola referencia de los plazos legales daría a pie a la conclusión inevitable de que, en términos generales los procesos constitucionales de la libertad serían en todos los casos la única vía satisfactoria, de manera que bajo este predicamento carecería de sentido la causal de improcedencia prevista en el Código Procesal Constitucional.

Por ello mismo, al acusado argumento de la duración de los procesos ordinarios convendría añadir otras consideraciones que le permitan al juez llegar a la convicción de que a la luz del caso concreto dicha duración daría lugar a una situación inconstitucional. Uno de los principales argumentos que se ha deslizado, a propósito de esta exigencia, es el del peligro de sufrir un daño irreparable.

En efecto, en este sentido, de lo que se trataría no sería de dar cuenta al juez constitucional del tiempo que demandaría recibir la protección que se demanda si se acude a las vías paralelas, sino más bien de cómo dicho tiempo generaría, en el caso en cuestión, una situación de indefensión o de irreparabilidad que obligaría inevitablemente a aceptar que su resolución tenga lugar dentro de los cauces urgentes del proceso constitucional. Este elemento, sumado a otras consideraciones como por ejemplo el escenario cautelar, podría servir de pautas para determinar si existe o no una vía específica igualmente satisfactoria paralela al proceso constitucional.

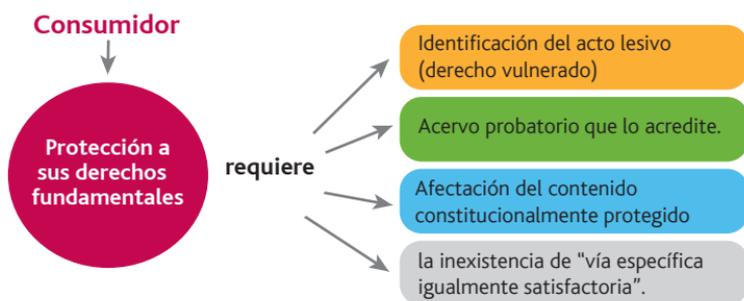
93

Finalmente, y en esto sí habría que señalar que no es precisamente un cambio sustancial respecto de la normativa precedente, como es sabido, en el seno de los procesos constitucionales no existe una etapa probatoria. Esto significa que, muy a pesar de que se haya logrado sustentar y justificar razonablemente que el acto lesivo recae en el contenido constitucionalmente protegido del derecho y que no existe una vía específica igualmente satisfactoria, si llegado el caso que para acreditar todo cuanto se ha afirmado en la demanda es preciso justamente contar con una etapa para la actuación de pruebas, la demanda en cuestión sería declarada improcedente. Bien es cierto que el artículo 9° del Código Procesal Constitucional le da la posibilidad al juez de decidir en algunos casos la actuación de ciertos instrumentos de prueba, siempre que ello resulte relevante para emitir juicio y no afecte la duración

del proceso, pero sabemos muy bien que rara vez es invocado en nuestro país.

En cuanto a las limitaciones probatorias que, como se ha visto, podrían considerarse el punto de cierre del escenario de procedencia de un proceso constitucional, al ser un requisito o exigencia que proviene incluso de la legislación anterior, ya existe en nuestro país un conocimiento más exhaustivo al respecto, por lo que para los fines de este texto no es preciso detenerse en este punto⁴².

Gráfico 19. Protección derechos fundamentales del consumidor



94

Elaboración: ECP del Indecopi

En suma, como se ha podido observar, la preocupación por reservar los procesos constitucionales de la libertad a aquellas situaciones verdaderamente apremiantes que demandan la tutela de urgencia que sólo ellos pueden ofrecer, ha traído consigo cambios sustanciales en sus causales de improcedencia. En este sentido, si hoy se pretende alcanzar el máximo nivel de protección al que puede aspirar el consumidor en lo que concierne a sus derechos fundamentales, no basta con la identificación del acto lesivo, del derecho fundamental presuntamente vulnerado y del acervo probatorio que se tiene a disposición para acreditar ello; sino que es preciso dar cuenta también de la afectación del contenido constitucionalmente protegido del derecho y de la inexistencia de "vía específica igualmente satisfactoria". Estos

⁴² En todo caso, a mayor abundamiento puede revisarse AA.VV. (2010).

dos últimos aspectos, como también ha quedado demostrado, entrañan una complejidad mayúscula, pero no de imposible argumentación, que todo aquel que vuelque sus esperanzas en un proceso constitucional de la libertad debe estar dispuesto a enfrentar.

5.2 El principio de razonabilidad o proporcionalidad y el test de proporcionalidad

Sin perjuicio de lo expuesto, de cara a la protección constitucional de los derechos fundamentales del consumidor, no podemos dejar de mencionar el principio de razonabilidad o proporcionalidad y el consecuente test de proporcionalidad, en tanto constituye la principal técnica utilizada por el Tribunal Constitucional de nuestro país para la resolución de controversias en materia de derechos.

a. Introducción al principio de razonabilidad/proporcionalidad

El principio de razonabilidad o proporcionalidad aparece en la experiencia comparada como el parámetro a la luz del cual es posible determinar cuando la intervención en un derecho fundamental es conforme a los valores o paradigmas constitucionales.

95

Mientras que en algunos países surge como parte del contenido del debido proceso, dando lugar a lo que hoy se conoce como debido proceso sustantivo⁴³, en otras latitudes su reconocimiento se va a desprender de ciertos principios como de intangibilidad de los

⁴³ Este es el caso de los Estados Unidos, en donde si bien inicialmente el "due process of law", consagrado en las Enmiendas V (1791) y XIV (1868) de su Constitución, fue concebido como debido proceso procesal, esto es, como la obligación de respetar derechos de naturaleza procesal, en el año 1869 se va a dar el paso cualitativo para ampliar sus alcances hacia el respeto de derechos de naturaleza sustantiva, dando lugar a lo que hoy conocemos como debido proceso sustantivo. A mayor abundamiento, recomendamos revisar: Cianciardo, Juan. (2004). p. 32-38; Linares Quintana, Juan Francisco. (1989). p. 18 y ss.; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. (2005). p. 62-66.

derechos fundamentales⁴⁴, de interdicción de la arbitrariedad⁴⁵ o del Estado de derecho⁴⁶, por citar sólo algunos ejemplos.

No obstante, muy a despecho de las peculiaridades del contexto en el que el citado principio fue incorporado en la dinámica constitucional de cada país, actualmente se puede afirmar que constituye una de las principales herramientas que tienen a su disposición los jueces con el objeto de cautelar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Esto se explica, entre otras cosas, por la comprensión de las normas iusfundamentales como normas-principio y por consiguiente, como mandatos de optimización. Se traducen entonces, en obligaciones tanto positivas como negativas, orientadas a generar o promover un mayor y mejor ámbito de ejercicio de los derechos fundamentales con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas⁴⁷.

En esa línea de pensamiento, la justificación constitucional del principio que nos ocupa, como se ha podido apreciar, se deriva de una serie de planteamientos y principios que estructuran la teoría contemporánea de los derechos fundamentales⁴⁸. Esto se torna

96

⁴⁴ Como ocurrió en Argentina, en donde a raíz de lo dispuesto en diversos artículos de la Constitución nacional, que consagran en buena cuenta la intangibilidad de los derechos fundamentales y demás principios (véase los artículos 16°, 17°, 28° y 33°) se entendió que el principio de razonabilidad contaba con sustento constitucional. Cianciardo, Juan. (2004) Op. cit., p. 38-46; Linares Quintaja, Juan Francisco. (1989). Op. cit., p. 160-166.

⁴⁵ Como en el caso español, aunque valgan verdades, en este país se han invocado también el valor justicia (STC 160/1987, FJ 6; STC 50/1995, FJ 7; STC 173/1995, FJ 2), el principio del Estado de Derecho y la dignidad de la persona (STC 160/1987, FJ 6), entre otros, y no sólo la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STC 6/1998, FJ 3; STC 50/1995, FJ 7), a fin de justificar la aplicación del principio de proporcionalidad. Cfr. Cianciardo, Juan. (2004). Op. cit., p. 55-57.

⁴⁶ Esto es lo que ha sucedido en Alemania. Para mayores alcances, recomendamos revisar sobre el particular: *Ibíd.*, p. 54-55; Gavara de Cara, Juan Carlos. (1994) p. 313-314.

⁴⁷ Véase a este respecto: Alexy, Robert. (2007).p. 63 y ss.; Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1993), especialmente en sus trabajos intitulados *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales* y *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras cuarenta años de Ley Fundamental*; Lopera Meza, Gloria Patricia. (2005). p. 103; Zagrebelsky, Gustavo. (1995). Op. cit., p. 109; entre otros.

⁴⁸ De ahí que algunos autores, hayan señalado que el debate acerca de la fundamentación del principio de razonabilidad involucra, a su vez, la discusión de

en un escollo fácilmente superable su falta de reconocimiento constitucional expreso y reivindica su posición de elemento estructural en todo Estado que se precie de ser respetuoso de los derechos fundamentales y se muestre, por lo tanto, comprometido en erigirlos como el fin último de su actuación⁴⁹.

b. El principio de razonabilidad/proporcionalidad en la experiencia peruana

A este respecto, la experiencia peruana resulta curiosa, debido a que como vamos a ver, nuestro texto constitucional sí menciona expresamente la existencia del principio de razonabilidad o proporcionalidad, pero lo hace en un dispositivo que pone en tela de juicio si realmente hubo una intención del constituyente de consagrarlo como una herramienta de vital importancia para examinar el grado de afectación de los derechos fundamentales por los actos de poder, y por consiguiente, para definir cuándo estamos ante un comportamiento arbitrario de la autoridad.

El dispositivo constitucional al cual venimos haciendo referencia es el artículo 200°. Habría que destacar sobre el particular, que dicho artículo establece cuáles son los procesos constitucionales y es en su parte final en donde menciona expresamente a la razonabilidad y la proporcionalidad, pero lo hace en un contexto muy singular. En efecto, luego de enfatizar que la puesta en vigencia de un estado de excepción no impide iniciar un proceso de amparo o de hábeas corpus, señala lo siguiente:

“(…)

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio” (el subrayado es nuestro).

Téngase presente que en sentido estricto la Constitución peruana al identificar la razonabilidad y la proporcionalidad lo hace en el

la teoría de los derechos fundamentales como principios. Véase a este respecto: Borowsky, Martin. (2003) p. 129.

⁴⁹ Bernal Pulido, Carlos. (2003a). p. 594.

contexto de un estado de excepción y como parte de lo que debe ser evaluado en el marco de un control judicial parcial⁵⁰. No obstante, ello no ha sido óbice para que el Tribunal Constitucional peruano en sucesivas sentencias extienda su aplicación a todo supuesto en el que se encuentre de por medio un derecho fundamental y un acto de poder o autoridad que le afecta. Así, en su sentencia recaída en el caso Marcelino Tineo Silva y más de 5, 000 ciudadanos (Expediente N° 0010-2002-AI/TC)⁵¹ sostuvo lo siguiente:

“El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución.

En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no...” (Fundamento Jurídico número 195)⁵².

98

⁵⁰ Recuérdese que existen básicamente tres posiciones en torno al control judicial que se lleva a cabo durante un estado de excepción. Mientras que en el esquema de un control judicial negativo, se entiende que los jueces no puede conocer procesos orientados a la protección de derechos ni mucho menos revisar la decisión del gobierno que lo pone en vigor, bajo un control judicial amplio el juez puede conocer ambos temas. No obstante, existe una posición intermedia, conocida como la del control judicial parcial, la cual permite la revisión de los casos en que se invoque la violación de derechos fundamentales como producto de los actos que tienen lugar durante el estado de excepción, mas no así de la decisión del gobierno que lo puso en vigencia. Donayre Montesinos, Christian. Protegiendo los derechos constitucionalmente protegidos durante un estado de excepción. Algunas necesarias precisiones para evitar situaciones lesivas a los derechos fundamentales. En: Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (Coordinador). (2005). pp. 402-405.

⁵¹ Sentencia de fecha 3 de enero de 2003 y publicada el 4 del mismo mes y año.

⁵² Conviene precisar, eso sí, que antes de este caso el Tribunal Constitucional ya venía dibujando en alguna medida el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad. En ese sentido, recomendamos revisar Indacochea Prevost, Úrsula. (2006). Tesis, PUCP.

Sin perjuicio de lo recientemente señalado, el Tribunal Constitucional peruano en sucesivas sentencias pondrá de manifiesto la relación entre el principio de razonabilidad o proporcionalidad y otros principios o derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el caso «Marcelino Tineo Silva y más de 5, 000 ciudadanos», que

En otros casos, el colegiado pondrá de manifiesto la vinculación entre el principio de razonabilidad o proporcionalidad y la dimensión sustantiva del debido proceso, derecho reconocido en el tercer inciso del artículo 139° de la Constitución. De esta forma, el colegiado hace suyos los alcances del debido proceso conforme fueron desarrollados por la jurisprudencia norteamericana, esto es, como un derecho fundamental orientado no sólo a que se respeten garantías procesales sino también destinado a promover el respeto de derechos sustantivos conforme a las exigencias del valor justicia⁵³. En este sentido, en el caso "Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C." (Expediente N° 1209-2006-PA/TC)⁵⁴ afirmó lo siguiente:

"...la dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no solo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no solo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes" (Fundamento Jurídico número 28).

99

Por si ello fuera poco, el Tribunal Constitucional también ha enfatizado la relación entre el principio de razonabilidad o proporcionalidad y el principio de interdicción de la arbitrariedad y el valor justicia⁵⁵. Así,

hemos acabado de citar, lo vinculó con la «cláusula del Estado de Derecho», a saber: «En la medida en que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material...». (Fundamento Jurídico número 197).

⁵³ Bidart Campos, Germán. (1984). p. 107 y ss.; Bustamante Alarcón, Reynaldo. (2001). p. 205-207; Cianciardo, Juan. (2004). Op. cit., p. 33; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. (2004b), p. 57 y ss.; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. (2005) Op. Cit. p. 64 y ss.; Linares, Juan Francisco. (1989). Op. cit., p. 213 y ss; Sáenz Dávalos, Luis. (2004) p. 3 y ss.

⁵⁴ Sentencia de fecha 14 de marzo de 2006 y publicada el 23 de octubre del mismo año.

⁵⁵ "...un verdadero Estado Constitucional no sólo se afina sobre el estricto respeto al derecho, sino por un contenido del orden jurídico –en aspectos legislativos, administrativos y jurisdiccionales- conforme a la razón y orientado por el valor de la justicia". Sánchez Gil, Rubén. El principio de proporcionalidad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 19.

en el caso “Grimanesa Espinoza Soria” (Expediente N° 1803-2004-AA/TC)⁵⁶, sostuvo lo siguiente:

“La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias” (Fundamento Jurídico número 13).

A partir de lo expuesto, el lector puede ver cómo en nuestro país no existe discusión alguna respecto de la vigencia del principio de razonabilidad o proporcionalidad. Así, ya sea por extensión de lo dispuesto en la parte final del artículo 200° de la Constitución, por su vinculación con la dimensión sustantiva del debido proceso –derecho también reconocido en nuestro texto constitucional–, con la “cláusula del Estado de Derecho”, con la interdicción de la arbitrariedad o con el valor justicia, el caso es que dicho principio goza de sustento constitucional en nuestro país y por lo tanto, debe tener plena aplicación cuando se está ante un acto de poder o autoridad que redunde en el ejercicio de los derechos fundamentales.

100

Eso sí, habría que señalar que si bien para un sector de la doctrina la diferencia entre razonabilidad y proporcionalidad no pareciera tener mayor importancia⁵⁷, nuestro Tribunal Constitucional sí ha intentado establecerla por lo menos en alguna medida. Valga mencionar entonces sobre el particular su sentencia recaída en el caso “Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses” (Expediente N° 2192-2004-AA/TC)⁵⁸, según la cual:

⁵⁶ Sentencia de fecha 25 de agosto de 2004 y publicada el 9 de noviembre de 2005.

⁵⁷ En este sentido, Cianciardo, Juan. (2004). Op. cit., p. 23. En definitiva, el Tribunal Constitucional peruano en un principio utilizará ambos nomen iuris indistintamente (véase, por ejemplo, sus sentencias recaídas en los casos “Juan Pedro Vaca Ávalos” (Expediente N° 408-97-AA/TC, Fundamento Jurídico número 4) y “Laura Patricia Rico Vergara” (Expediente N° 135-98-AA/TC).

⁵⁸ Sentencia de fecha 11 de octubre de 2004 y publicada el 9 de febrero de 2005.

“... Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación” (Fundamento Jurídico, número 15).

Empero, posteriormente, el colegiado va a terminar por subsumir el principio de razonabilidad en el análisis de la proporcionalidad. Así, en el caso Grimaldo Saturdino Chong Vásquez (Expediente N°2235-2004-AA/TC)⁵⁹, respecto de la razonabilidad sostuvo lo siguiente:

“Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional” (Fundamento Jurídico número 6).

101

Luego, en el caso “Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima” (Expediente N° 045-2004-PI/TC),⁶⁰ afirmó que “...la razonabilidad en sentido estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad” (Fundamento Jurídico número 29).

⁵⁹ Sentencia de fecha 18 de febrero de 2005 y publicada el 22 de agosto del mismo año.

⁶⁰ Sentencia de fecha 29 de octubre de 2005 y publicada el 31 de marzo de 2006.

c. El test de proporcionalidad

Ahora bien, a efectos de dilucidar cuándo una actuación que incide en el ejercicio de los derechos fundamentales está desprovista de arbitrariedad, el principio de razonabilidad obliga a la realización de tres juicios, que estructuran el denominado *test de proporcionalidad*⁶¹. Sobre la base de la concepción de las normas iusfundamentales como normas principio y por consiguiente, mandatos de optimización en cuanto a las posibilidades fácticas y jurídicas; los juicios de adecuación y de necesidad están orientados a las primeras, mientras que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación a las segundas⁶².

El juicio o examen de adecuación o idoneidad

102

El juicio de adecuación o idoneidad evalúa si la medida adoptada por la autoridad permite alcanzar los fines que ella se ha propuesto. Esos fines, como no puede ser de otra manera en un Estado cuyo poder se sustenta en el carácter normativo de la Constitución, deben ser la concreción de los valores y principios constitucionales. Esto hace suponer que si el medio utilizado por la autoridad conlleva a la consecución de fines no conformes con la Constitución, el juicio de adecuación carece de todo sentido, puesto que basta este elemento para calificar aquella conducta de la autoridad como arbitraria y por consiguiente, inconstitucional.

En efecto, el objeto del juicio de adecuación radica en determinar, sobre la base de que los fines que se pretende alcanzar son constitucionales, si la medida adoptada para tal efecto es realmente capaz de llegar a ellos.

Desde esta perspectiva, si no hay una relación de causa y efecto entre lo dispuesto por la autoridad y los fines constitucionales que busca promover u obtener, estaremos ante una conducta irrazonable y por lo tanto, arbitraria.

⁶¹ Bernal Pulido, Carlos. (2003b). p. 227.

⁶² Alexy, Robert. (2007). Op. cit. p. 92-93.

El Tribunal Constitucional peruano definió el examen de idoneidad en el caso “Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima” (Expediente N° 045-2004-PI/TC) como aquel que “...consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin” (Fundamento Jurídico número 38). A este respecto quizá convenga llamar la atención que, a criterio del colegiado, el juicio de idoneidad se hace en función del *fin propuesto por el legislador*. Sin embargo, para un sector de la doctrina es recomendable no limitar el examen a los fines que el legislador dice buscar sino también los que realmente se buscan. Es más, llega a afirmar que de haber contradicción entre uno y otro, el juez debe preferir el último, es decir, la finalidad real, el objetivo que consiga realmente⁶³.

El juicio o examen de necesidad

Por su parte, el juicio de necesidad examina si la medida adoptada es la que menos afecta los alcances del derecho fundamental involucrado. En otras palabras, partiendo de la idea de que la autoridad pública está en la obligación de optimizar su ámbito de ejercicio, toda decisión que suponga más bien reducir o restringir ese margen de acción debe ser no sólo realmente indispensable sino, además, incidir en la menor proporción posible.

103

Desde esta perspectiva, el juicio de necesidad obliga a evaluar:

- qué otras alternativas tuvo a su disposición la autoridad para alcanzar los fines constitucionales propuestos con semejante eficacia; y
- cuál de ellas es la que genera una menor afectación del derecho fundamental implicado.

⁶³ Cianciardo, Juan. (2004). Op. cit. p. 64-65.

En este sentido, si entre las alternativas posibles, la acogida por la autoridad es la que repercute en menor medida en el espectro del derecho, su actuación habrá superado el juicio de necesidad.

En esa línea de pensamiento, conforme ha manifestado el Tribunal Constitucional peruano en el caso “Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima” (Expediente N° 045-2004-PI/TC), sobre la base del juicio de necesidad:

“...ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos” (Fundamento Jurídico número 39).

Como es obvio, puede suceder que al realizar el examen se encuentren opciones que permitan alcanzar el fin constitucional con la misma eficacia e incidiendo en similar proporción en el derecho que el medio empleado por la autoridad. En estos casos, una lectura del principio de razonabilidad en concordancia con el de separación o división de poderes⁶⁴, nos debe llevar a aceptar dicha conducta como razonable.

En efecto, en modo alguno el juez constitucional, que es el llamado a proteger los derechos fundamentales, puede desconocer el margen de discrecionalidad que gozan otras autoridades para la toma de sus decisiones. Esto pone de manifiesto que discrecionalidad no es, pues, sinónimo de arbitrariedad⁶⁵. Sin embargo, si se comprueba que, en contraste con los medios empleados por la autoridad, había una opción menos gravosa para el derecho, no se habrá superado el juicio de necesidad y, por lo tanto, no habrá más remedio que declarar ese comportamiento como irrazonable.

⁶⁴ Muy a despecho, desde luego, de las peculiaridades con que es concebido en la actualidad. Véase al respecto: Caballero Ochoa, José Luis. (2000). p. 153-173; Gómez Montoro, Ángel J. (1992). p. 310 y ss.; Sagüés, Néstor Pedro. (2007). p. 301-310; Trujillo Rincón, María Antonia. (1995). p. 42 y ss.

⁶⁵ Fernández, Tomás-Ramón. (2006). Op.cit. p. 23-185.

A este respecto, habría que destacar que en la medida en que los juicios de adecuación y de necesidad obligan a examinar las posibilidades fácticas a fin de determinar el carácter óptimo o no de la decisión adoptada por la autoridad, se ha afirmado que el juicio de adecuación no evoca a un control jurídico, sino más bien a la racionalidad práctica, esto es al entendimiento racional común de los medios, los fines y las posibilidades reales de su realización⁶⁶.

El juicio o examen de proporcionalidad en sentido estricto

Por último, tenemos el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual ha sido definido de una manera un tanto imprecisa o hasta redundante por la doctrina, entendiéndose por éste aquel que

"...consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar"⁶⁷.

Quizá resulten más comprensibles sus alcances si lo definimos en el sentido de que tiene por objeto examinar si hay o no una relación de equilibrio entre la magnitud del fin constitucional que se busca promover y el grado de afectación del derecho fundamental implicado. Para el Tribunal Constitucional peruano, según lo expuesto en su sentencia del caso "Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima" (Expediente N° 045-2004-PI/TC):

"...la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental" (Fundamento Jurídico número 40). Desde esta perspectiva, mientras mayor sea el impacto en el derecho fundamental involucrado, se entiende que de mayor envergadura será el fin constitucional que se quiere alcanzar⁶⁸.

Como se puede advertir, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto obliga a comparar el grado de la restricción o impacto que se genera en el derecho fundamental involucrado con el nivel de

⁶⁶ Grandez Castro, Pedro. (2010). p. 182.

⁶⁷ Cianciardo, Juan. (2004). Op. cit. p. 93.

⁶⁸ Alexy, Robert. (2007). Op. cit. p. 138.

satisfacción del fin o principio constitucional que se busca promover. No obstante, para estos efectos se torna necesario otorgar un valor a los grados de intervención que pueden presentarse así como a los niveles de satisfacción. Nuestro Tribunal Constitucional en el primer caso hace referencia a intervenciones leves, medias o intensas, y en el segundo a niveles de satisfacción altos, medios y bajos. Desde esta perspectiva, las combinaciones posibles serían las siguientes:

1. Intervención leve-satisfacción alta.
2. Intervención leve-satisfacción media.
3. Intervención leve-satisfacción baja.
4. Intervención media-satisfacción alta.
5. Intervención media-satisfacción media.
6. Intervención media-satisfacción baja.
7. Intervención intensa-satisfacción alta.
8. Intervención intensa-satisfacción media.
9. Intervención intensa-satisfacción baja.

106

De los nueve supuestos identificados, se desprende que mientras los casos 1, 2 y 4 superan sin problemas el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, por lo que son conformes con la Constitución, no ocurre lo mismo con los casos 6, 8 y 9, que serían más bien inconstitucionales. Entre tanto, los casos 3, 5 y 7 demandan una mayor carga argumentativa de parte del juez, toda vez que el “empate” pone de manifiesto no sólo la especial complejidad del asunto sometido a su análisis sino además la ausencia de elementos objetivos para el control de constitucionalidad de la medida⁶⁹, abriendo por lo tanto, la puerta a la introducción de otro tipo de consideraciones como de carácter ideológico⁷⁰ o hasta político⁷¹.

⁶⁹ Grández Castro, Pedro. (2010). Op. cit. p. 211.

⁷⁰ Bernal Pulido, Carlos. (2003b). Op. cit. p. 237.

⁷¹ Así, por ejemplo, para Pedro Grández en estos casos el juez debe entrar a ponderar ya no sólo entre derechos en conflicto, sino la conveniencia, la oportunidad o el impacto de las decisiones en determinado sentido. (2010). Op. cit., Loc. Cit.

VI. CONCLUSIONES

En tanto que la protección del consumidor supone un quiebre del rol neutral que en principio le corresponde al Estado cuando se trata del ejercicio de las libertades económicas, su justificación constitucional se torna en asunto de primer orden. Si bien es cierto en el Perú la Constitución ha optado por dejar en claro ese deber especial de protección que le asiste al Estado para los consumidores, dicho argumento es insuficiente, pues no termina por brindar un basamento que asiente con solidez tal obligación. En efecto, frente al argumento formal corresponde añadir otros de naturaleza más bien material y que se erijan en razones de fuerza para tal fin como es su estrecha relación con el modelo de economía social de mercado vigente, el fenómeno de especificación de los derechos fundamentales y su carácter interdependiente.

No menos relevante es analizar el concepto de consumidor a la luz de consideraciones de orden constitucional, máxime si el texto constitucional, en razón de su carácter abierto, tiene la virtud de ser una plataforma normativa para canalizar las diversas opciones políticas y valorativas con las que se convive en un determinado país. Desde esta perspectiva, una noción de consumidor como destinatario final es no sólo plausible en términos constitucionales sino que guardaría mayor conformidad con el compromiso subyacente al sistema. Sin embargo, más complejo se torna el arribar a una conclusión semejante cuando se contrastan las nociones de "consumidor razonable" y la de "consumidor promedio". Qué duda cabe que ambas tienen elementos que los tornan en plausibles constitucionalmente, sin embargo lo que convendría no perder de vista en el marco del debate son los fines que se pretenden alcanzar a través del sistema en general y los alcances del deber que tiene el Estado para con los consumidores en particular.

Un aspecto que no puede ser pasado por alto cuando se pretende desarrollar los alcances constitucionales del sistema de protección del consumidor es lo relativo a sus derechos fundamentales. Este asunto tiene una singular importancia en nuestro país, en razón de lo discreto que resulta el apartado correspondiente en el texto constitucional. En efecto, una tímida referencia a los derechos

a la salud, seguridad e información daría la errónea impresión de que el elenco de derechos que le asiste se circunscribe a ellos. Afortunadamente, la concepción de derechos fundamentales vigente en la Constitución peruana permite afirmar, sin ápice de duda, que tales derechos no sólo son muchos más sino que incluso pueden ser algunos cuyo reconocimiento aún ni siquiera se ha dado, en razón de la cláusula de apertura y los principios constitucionales presentes en ella.

Sin embargo, un abanico que se muestra más auspicioso para los derechos fundamentales del consumidor no tendría mayor sentido si la cobertura jurídica de su protección se mostrase restringida o inoperante. De ahí que la protección constitucional de tales derechos no es un tema que pueda ser soslayado. Para estos efectos si bien el camino del amparo se muestra más limitado, no por ello es imposible de ser transitado. Evidentemente, en resguardo de su carácter extraordinario o residual se han establecido una serie de requisitos que involucran una importante carga argumentativa, la misma que no es ajena al test de proporcionalidad que resulta en la actualidad la técnica más utilizada por los tribunales al momento de la protección de los derechos fundamentales. En la actualidad, entonces, tanto el amparo como el test de proporcionalidad están a disposición del consumidor para que llegado el caso y en función de las circunstancias particulares y, nuevamente, las posibilidades argumentativas se erijan en verdaderas armas para la defensa de sus derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Publicaciones

- AA.VV. (2010). *La prueba en el proceso constitucional*. Guía Práctica N° 4. Lima: Gaceta Jurídica, octubre.
- Aguiló, Josep. (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra Editores y Temis.
- Alexy, Robert. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, Robert y Andrés Ibáñez, Perfecto. (2006). *Jueces y ponderación argumentativa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.
- Aragón Reyes, Manuel. (2002). *Constitución, democracia y control*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Aragón Reyes, Manuel. (1998). *La Constitución como paradigma*. En: AA. VV. *El significado actual de la Constitución. Memoria del Simposio Internacional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Aragón Reyes, Manuel. (1995). *Constitución y control del poder*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Aragón Reyes, Manuel. (1987). *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*. En: Revista Española de Derecho Constitucional N° 19. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Barroso, Luis Roberto. (2008). *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bernal Pulido, Carlos. (2003a). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal Pulido, Carlos. (2003b). *Estructura y límites de la ponderación*. En Doxa N° 26. Alicante: Universidad de Alicante.
- Bidart Campos, Germán. (1984). *La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*. Segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 1984.
- Bobbio, Norberto. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducido por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

- Borowsky, Martin. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bustamante Alarcón, Reynaldo. (2001). *Derechos fundamentales y Proceso Justo*. Lima: Ara Editores.
- Caballero Ochoa, José Luis. (2000). *Los órganos constitucionales autónomos: Más allá de la división de poderes*. En *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Número 30, México: Universidad Iberoamericana.
- Castillo Córdova, Luis. (2005). *Pautas para determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales*. En *Actualidad Jurídica*. Tomo 139. Lima: Gaceta Jurídica, junio.
- Cianciardo, Juan. (2004). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, abril.
- Díaz, Elías. (1969). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus.
- Díez-Picazo, Luis María. (2005). *Sistema de derechos fundamentales*. Segunda edición. Madrid: Thomson, Civitas.
- Donayre Montesinos, Christian. (2009). *Hacia un juez constitucional autorestrictivo, previsor y responsable*. En Córdova Shaefer, Jesús (Coordinador). *Garantías constitucionales. Estudios & Jurisprudencia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.
- Donayre Montesinos, Christian. (2005a). *Implicancias del Código Procesal Constitucional peruano: La consagración de un amparo residual y el nuevo escenario para la tutela de los derechos constitucionales laborales*. En *Derecho PUCP* N° 58. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Donayre Montesinos, Christian. (2005b). *Protegiendo los derechos constitucionalmente protegidos durante un estado de excepción. Algunas necesarias precisiones para evitar situaciones lesivas a los derechos fundamentales*. En Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (Coordinador). *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores, setiembre.
- Eguiguren Praeli, Francisco. (2006). *La opción por un amparo "estricto" y "residual" en el Perú*. En *Estudios Constitucionales. Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales*. Año 4. N° 2. Chile: Universidad de Talca.
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. (2005). *Derecho al debido proceso: un acercamiento más didáctico a sus alcances y problemas*. En Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (Coordinador). *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores, setiembre.

- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. (2004a). *Código Procesal Constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra Editores.
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. (2004b). *El debido proceso sustantivo: su desarrollo en el Derecho Comparado y su evolución en el Perú*. En Revista Jurídica del Perú N° 55. Año LIV. Trujillo: Editora Normas Legales, marzo-abril.
- Fernández, Tomás-Ramón. (2006). *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores.
- Ferrajoli, Luigi. (2002). *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. E: Carbonel, Miguel; Orozco, Wistano y Vásquez, Rodolfo (Coordinadores). *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: Siglo veintiuno editores.
- Figuerola, Rodolfo. (2000). *Igualdad y discriminación*. E: Cuadernos de Análisis Jurídicos. Serie de Publicaciones Especiales N° 10. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, octubre.
- Gavara de Cara, Juan Carlos. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Guastini, Riccardo. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara. 111
- Gómez Montoro, Ángel J. (1992). *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Grandez Castro, Pedro. (2010). *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Serie Derechos y Garantías N° 19. Lima: Palestra Editores.
- Häberle, Peter. (2003). *El Estado constitucional*. México-Lima: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Häberle, Peter. (2001). *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Häberle, Peter. (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ibáñez Rivas, Juana María. (2012). *Control de convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Anuario de Derechos Humanos N° 8. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Indacochea Prevost, Úrsula. (2006). *Aproximación al concepto de ponderación y su aplicación por el Tribunal Constitucional peruano entre los años 1996 y 2006*. Tesis, PUCP, diciembre.

- Kresalja, Baldo y Ochoa, César. (2013). *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Kresalja, Baldo y Ochoa, César. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Linares Quintana, Juan Francisco. (1989). *Razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires: Astrea.
- Loewenstein, Karl. (1973). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel.
- Lopera Meza, Gloria Patricia. (2005). *El principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- López Guerra, Luis. (2001). *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Martin Tirado, Richard. (2010). *Balance y perspectiva del régimen de las iniciativas privadas en el Perú*. En Donayre Montesinos, Christian (Compilador). *Constitución, economía y empresa en el Perú*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Nohlen, Dieter. (2008). *Derecho y política en su contexto*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (Coordinadores). (2002). *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Pasquel, Enrique y Alvarado, Omar. (2010). *Nadie sabe para quién trabaja. La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Donayre Montesinos, Christian (Compilador). *Constitución, economía y empresa en el Perú*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Peces Barba, Gregorio. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. (2007). *Los derechos fundamentales*. Novena edición. Madrid: Tecnos.
- Rodríguez García, Gustavo M. (2013). *El consumidor en su isla. Una visión alternativa del sistema de protección al consumidor*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, mayo.
- Rodríguez Santander, Róger. (2005). *Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjctiva y objetiva) del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional*. En Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año I, N° 2. Lima: Palestra Editores, agosto-diciembre.

- Salazar Ugarte, Pedro. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sáenz Dávalos, Luis. (2009). *Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización*. En Sáenz Dávalos, Luis (Coordinador). *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sáenz Dávalos, Luis. (2004). *El debido proceso sustantivo y su aplicación como referente de los procesos estrictamente judiciales a la luz de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional*. En Revista Peruana de Jurisprudencia N° 35. Año 6. Trujillo: Editora Normas Legales, enero.
- Sáenz Dávalos, Luis. (2003). *La defensa del consumidor en el Derecho Constitucional*. En Revista Jurídica del Perú N° 42. Trujillo: Editora Normas Legales, enero.
- Sagüés, Néstor Pedro. (2007). *Problemática de los órganos extra poder en el diagrama de la división de poderes*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo 1. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Stiftung.
- Sagüés, Néstor Pedro. (2002). *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. En Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (Coordinadores). *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Sánchez Gil, Rubén. (2007). *El principio de proporcionalidad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sanchís, Luis Prieto. (2002). *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores.
- Sosa Sacio, Juan Manuel. (2011). *Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En Súmar, Óscar (Editor). *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico.
- Trujillo Rincón, María Antonia. (1995). *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.
- Vilela Carbajal, Jorge Eduardo. (2010). *Fundamento constitucional de la protección del consumidor y de los principios rectores del nuevo*

Código del Consumidor. En Gaceta Constitucional N° 36. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre.
Zagrebelsky, Gustavo. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta.

Internet

Hitters, Juan Carlos. (2009). *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*. Estudios constitucionales [online], vol.7, N.2 [citado 2015-03-08], pp. 109-128. Recuperado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005&lng=es&nrm=iso ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>.

Nogueira Alcalá, Humberto. (2009). *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. Estudios constitucionales [online], vol.7, N.2 [citado 2015-03-09], pp. 143-205. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&nrm=iso ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200007>

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y EL CONTROL DIFUSO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Richard James Martín Tirado

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Administración Pública y en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima, Universidad San Ignacio de Loyola y ESAN.

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y EL CONTROL DIFUSO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Richard James Martin Tirado

RESUMEN

El presente artículo analiza los Recursos Administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. Entre ellos, el Recurso de Apelación, Revisión y Reconsideración, desarrollando, su concepto, características, requisitos e importancia. Asimismo, señala distinción entre los actos que pueden ser sujetos de impugnación (actos que causan estado) y aquellos que no (actos firmes). Finalmente, nos introduce al tema del Control Difuso.

117

SUMILLA

I. Introducción. II. El derecho de defensa en sede administrativa. III. El derecho de petición. IV. Los recursos administrativos en la ley N° 27444. V. Requisitos generales aplicables a los recursos administrativos. VI. Efectos: ¿agotamiento de la vía administrativa? VII. Clasificación. VIII. El control de los actos administrativos como fundamento de los recursos administrativos: el control difuso en la administración pública. IX. Comentarios finales.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de los recursos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra prevista en el Capítulo II del Título III de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y este orientada a constituir una de las modalidades de la revisión de las decisiones emitidas por las entidades administrativas a pedido de parte.

La Administración actúa a través de la voluntad de sus agentes, quienes se encuentran encargados de la instrucción y resolución de los distintos procedimientos administrativos, a efectos de concluir mediante la emisión de actos administrativos que deciden con relación a los procedimientos iniciados de oficio o a pedido del administrado. Sin embargo, como toda obra humana, la actuación administrativa puede estar viciada, por lo que ello determine la posibilidad del administrado de recurrir con respecto de dichos actos, en tanto se cumplan los requisitos establecidos para impugnar, conforme a las previsiones establecidas en el ordenamiento jurídico nacional.

118

De este modo, en virtud del poder de autotutela administrativa, a través de los recursos administrativos se solicita a la Administración que efectúe una revisión de sus propias decisiones o de actos administrativos específicos, para lo cual se someten a un procedimiento específico, denominado "procedimiento recursal"; por el que se prosigue de acuerdo a las normas establecidas en el Capítulo III del Título II de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

La regulación específica establecida en la Ley del Procedimiento Administrativo General, es denominada como "el *Régimen de los Recursos Administrativos*" y regula la facultad del administrado de recurrir las decisiones de la Administración, como manifestación del derecho de contradicción administrativa contenido en el artículo 108° de la misma Ley, así como los deberes que debe cumplir la Administración ante el ejercicio de este derecho del administrado.

II. EL DERECHO DE DEFENSA EN SEDE ADMINISTRATIVA

Es importante señalar que el Tribunal Constitucional del Perú ha precisado cuáles son las garantías del derecho al debido proceso reconocidas por la Constitución y conforme a los estándares en esta materia derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, de las resoluciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente las emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte Interamericana).

El Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 00156-2012-PHC/TC, ha señalado que las garantías mínimas del debido proceso deben observarse no solo en sede jurisdiccional, sino también en la administrativa sancionatoria, corporativa y parlamentaria; tal como lo estableció la Corte Interamericana en la Sentencia recaída en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, de fecha 31 de enero de 2001, cuando enfatizó que:

“[s]i bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos” precisando que “el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a [l]os órdenes [civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter: corporativo y parlamentario] y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”.

119

Asimismo, en la sentencia del Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, de fecha 2 de febrero de 2001, la Corte Interamericana enfatizó el respeto del debido proceso en sede administrativa sancionatoria, al precisar que “no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”, por cuanto “[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber”.

El derecho de impugnación o contradicción en sede administrativa de los actos que afectan o vulneran sus derechos o legítimos intereses de las personas, tiene la finalidad que sea la propia autoridad administrativa quien revise y controle la legalidad y eventualmente la constitucionalidad de los actos que emitió.

El fundamento constitucional y legal de lo anteriormente expuesto, se desprende de la lectura conjunta del numeral 14) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú⁷² y del artículo 109° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444⁷³, en el sentido que, el derecho de contradicción es una manifestación del derecho de defensa en sede administrativa, que se materialice a través del planteamiento de algún recurso⁷⁴.

“(…) como toda obra humana, la actuación administrativa puede estar viciada, por lo que ello determina la posibilidad del administrado de recurrir dichos actos, en tanto se cumplan los requisitos establecidos para impugnar”.

120

De acuerdo a este razonamiento, el derecho de impugnación o contradicción en sede administrativa, cuyo fundamento, tal como se ha señalado anteriormente, es el numeral 14 del artículo 139° de la Constitución, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3741-2004-AA/TC, de fecha 14 de noviembre de 2005 en los siguientes términos:

⁷² Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será, informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

⁷³ Artículo 109.- Facultad de contradicción administrativa:

109.1 Frente a un acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos.

109.2 Para que el interés pueda justificar la titularidad del administrado, debe ser legítimo, personal, actual y probado. El interés puede ser material o moral.

109.3 La recepción o atención de una contradicción no puede ser condicionada al previo cumplimiento del acto respectivo.

⁷⁴ Morón Urbina, Juan Carlos. (2009). p. 10

23. Íntimamente vinculado a lo anterior este, el tema del derecho de defensa del ciudadano frente al ejercicio del poder de sanción de la administración, sobre todo si se tiene en cuenta que, en el presente caso, se encuentra regulada una instancia de apelación en el propio procedimiento administrativo, por lo que el Tribunal estima que, en el caso de autos, despliega todos sus efectos. (...)

25. El derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración; la posibilidad de presentar pruebas de descargo; la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción y, desde luego, la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado.

121

Con respecto a esta primera aproximación al fundamento del derecho de defensa en sede administrativa, es oportuno señalar que este derecho se aprecia con mayor claridad en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, en los cuales el derecho de defensa del administrado comprende básicamente la facultad de recurrir la decisión de la autoridad administrativa, ante ella misma o ante los tribunales judiciales.

Ahora bien, el derecho de defensa o contradicción en sede administrativa no debe confundirse con el derecho a la pluralidad de instancias en sede judicial, pues esta se encuentra vinculada al derecho de contradecir las **resoluciones judiciales**, no así, las resoluciones administrativas⁷⁵, tal como reconoce el Tribunal Constitucional en la sentencia anteriormente citada:

⁷⁵ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit.

23. (...) Desde luego, o con el derecho a una doble instancia administrativa, que, como ya tiene dicho este Colegiado, del administrado, puesto que no es posible imponer a la administración, siempre y en todos los casos, el establecimiento de una doble instancia como un derecho fundamental. El derecho de recurrir las decisiones de la administración comporta la posibilidad material de poderlas enervar, bien en el propio procedimiento administrativo, cuando la ley haya habilitado un mecanismo bien en todo caso, de manera amplia y con todas las garantías, ante el Poder Judicial, mediante el proceso contencioso administrativo o, incluso, a través del propio recurso de amparo cuando se trate de la afectación de derechos fundamentales.

122

Tal disposición del Tribunal Constitucional se explica en la medida que la instancia administrativa no es una verdadera garantía para el administrado, como sí lo son las instancias judiciales, las que propiamente están configuradas para defender al administrado frente a la Administración. En otros términos, en sede administrativa la existencia de una o más instancias responde a un principio de organización de la administración, antes que a la existencia de una garantía a favor del administrado.

Asimismo, debe precisarse que la referida "verdadera garantía" consiste en asegurar que el administrado obtenga una decisión imparcial por parte de un órgano jurisdiccional que no se encuentra subordinado a ninguna autoridad administrativa de la entidad cuya decisión se cuestiona. Por ende, no es juez y parte, como sucede en el caso de las instancias administrativas⁷⁶.

Esta afirmación se basa en que los órganos y tribunales administrativos no satisfacen condiciones de imparcialidad e independencia, puesto que son en rigor, órganos que forman parte de la Administración Pública⁷⁷, que es una estructura organizada verticalmente, donde las decisiones basadas en aspectos jurídicos se pueden confundir

⁷⁶ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit. p. 15.

⁷⁷ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit. p. 17.

con decisiones basadas en conveniencias políticas, siendo dichas contingencias las que se quieren evitar a través de la defensa del administrado ante los tribunales judiciales.

En este sentido, a continuación se establecerá el concepto del recurso administrativo, sus características, así como también, la importancia de tener en cuenta los actos que pueden ser impugnables y los presupuestos para poder interponer un recurso en sede administrativa, a fin de distinguir adecuadamente, en qué casos no procede la impugnación en sede administrativa y en qué casos, procede acudir a instancias jurisdiccionales, a efectos de que el administrado pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

III. EL DERECHO DE PETICIÓN

En primer lugar, cabe señalar que el derecho a recurrir a los medios que brinda los recursos administrativos, no es un derecho autónomo, sino que es una manifestación que se deriva del derecho de petición.

El derecho de petición es un derecho inherente a los derechos de la persona. Es mediante este derecho que las personas puedan dirigirse a los diversos niveles de gobierno, así como a las Entidades e Instituciones que lo conforman.

123

El derecho de petición permite a las personas dirigirse a los poderes públicos, tanto a los órganos parlamentarios como a los gobiernos, con una petición cuyo contenido puede ser muy diverso. La petición que puede ser formulada va desde aquella pretensión que puede ser muy puntual hasta una pretensión dirigida a la elaboración de una norma.

El derecho de petición es un derecho inherente a la persona humana, sin embargo, es constitucionalmente legítimo reconocer ciertos derechos fundamentales de la persona humana a las personas jurídicas. Es evidente que los derechos que puedan ser reconocidos a la persona jurídica serán aquellos que sean compatibles tanto en su naturaleza y características, y en caso de duda corresponderá al juez evaluar cada caso en concreto. De conformidad con lo señalado por el Tribunal constitucional en el Expediente N.º 4972-2006-PA/TC se establece una lista enunciativa sobre aquellos derechos que resultan

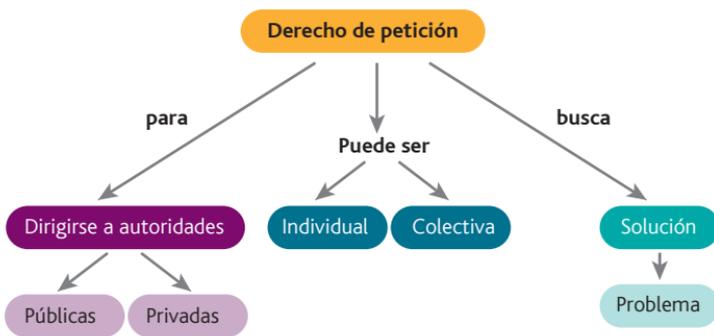
compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas. Entre los diversos derechos que son señalados en dicho expediente, es pertinente mencionar los siguientes:

- El derecho de petición (artículo 2º, inciso 20)
- El derecho de propiedad (artículo 2º, inciso 16)
- La libertad de iniciativa privada (artículo 58º)
- La libre competencia (artículo 61º)

El derecho de petición se encuentra reconocido en el artículo 2º, inciso 20) de la Constitución Política del 93´, y está referido a aquel derecho que tiene toda persona *“a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal bajo responsabilidad”*.

Gráfico 20. Derecho de petición

124



Elaboración: ECP del Indecopi

Se plasma como una facultad en cabeza de toda persona con el fin de dirigirse ante autoridades públicas o entes privados para solicitar su intervención, con el fin de dar solución a diferentes problemas. Se convierte pues, en un derecho público subjetivo, capaz de ser exigido⁷⁸. Se trata de un derecho fundamental que hace parte de los derechos inherentes a la persona humana y su petición judicial

⁷⁸ Martínez Cevallos, Guillermo José. (2002). p.17.

inmediata puede lograrse mediante el ejercicio de la acción de tutela. La petición irrespetuosa exime a las autoridades a resolver prontamente⁷⁹.

El derecho de petición puede ser un instrumento para abrir un debate concreto, para la adopción de unas decisiones determinadas, participativos existentes en la actualidad son escasamente operativos, cumpliendo muchas veces un mero papel legitimador de decisiones políticas que se quieren o se deben cubrir de un halo democrático especial.

Por su parte Chapelier⁸⁰ expuso admirablemente lo que es un derecho de petición y el derecho de queja en estos términos:

“El derecho de petición es el derecho que tiene el ciudadano activo de expresar sus opiniones al cuerpo legislativo, al rey o a los administradores públicos sobre asuntos de administración o de organización”.

El contenido esencial del derecho de petición está conformado por dos aspectos que aparecen de su propia naturaleza y de la especial configuración que le ha dado la Constitución al reconocerlo:

- el primero es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente; y,
- el segundo, unido irremediamente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante.

De conformidad con lo señalado en el inciso 20) del artículo 2º de la Constitución, la respuesta a la petición formulada debe realizarse por escrito y conforme al plazo señalado por la normativa. Asimismo, es obligación de la autoridad realizar todos aquellos actos mediante los cuales evalúe la petición, así como realizar un pronunciamiento al respecto. En dicho pronunciamiento la autoridad deberá exponer los motivos por los cuales accede o no a lo peticionado, debiendo comunicar dicha respuesta al interesado o interesados.

⁷⁹ Becerra Pinilla, Jorge. (1995). p. 207.

⁸⁰ Citado por Ibáñez García, Isaac. (1993) p. 22.

En tal sentido es válido afirmar que la petición presentada necesita ser contestada, argumentada, lo que significa ser atendida, en el sentido de estudiada.

La Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, en adelante LPGA, en su artículo 106^{o81} regula el derecho de petición con mayor amplitud que el recogido en la Constitución. En dicho artículo señala que el derecho de petición la confiere al administrado, individual o colectivamente, el derecho a iniciar el procedimiento administrativo, ejerciendo el derecho reconocido en el inciso 20 del artículo 2° de la Constitución; y en el párrafo siguiente (106.2) previene que el derecho de petición administrativa comprende las “facultades de presentar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia”. El ejercicio de cada uno de estos derechos significa, según el último numeral del mismo artículo, que la administración está obligada a dar respuesta por escrito al administrado.

126

El administrado tiene el derecho a solicitar por escrito la satisfacción de un interés legítimo, que se declare en su favor, se le reconozca o se le otorgue un derecho así como la constancia de un hecho u oponerse legítimamente a una decisión administrativa que le perjudique, de conformidad con el artículo 107° concordante con el artículo 206°. De lo expuesto se desprende que de acuerdo a la ley, el derecho de petición es lo genérico, comprendiendo la solicitud que a su vez generará un procedimiento que concluirá con la emisión de un acto administrativo.

⁸¹ 81 «Artículo 106.- Derecho de petición administrativa:

106.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el Artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.

106.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

106.3 Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal».

Sobre el particular, es preciso advertir, que es requisito para que se le conceda una respuesta a la persona en los términos antes descritos, que la petición sea realizada por escrito. Ello coadyuva a dotar de una mejor garantía al ejercicio del derecho.

Morón⁸², ha comentado que; la obligación de la autoridad de responder la petición, constitucionalmente, comprende los siguientes deberes secuenciales:

- (i) facilitar los medios para que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias;
- (ii) abstenerse de cualquier forma o modo de sanción al peticionante, por el solo hecho de haber ejercido dicho derecho;
- (iii) admitir y dar el curso correspondiente a la petición, absteniéndose de cualquier forma de traba, suspensión o indefinición sobre el procedimiento;
- (iv) tutelar el derecho de petición del administrado para no perjudicarlo por formalidades;
- (v) resolver en el plazo señalado por la ley de la materia la petición planteada, ofreciendo la correspondiente fundamentación de la determinación; y,
- (vi) comunicar al peticionante la decisión adoptada y en caso de no comunicarlo, admitir su sucedáneo: silencio administrativo.

127

⁸² Morón Urbina, Juan Carlos. (2011). p. 382.

De la misma forma, el citado autor ha conjugado que el artículo bajo comento, se ha encargado de desarrollar los alcances del inciso 20) del artículo 2º de la Constitución, refiriendo que se pueden presentar seis ámbitos de operatividad del derecho de petición; según los cuales existiría una clasificación legal de acuerdo a diversos Artículos de la LPAG, en el siguiente sentido:

- La petición graciable (Artículo 112⁸³);
- La petición subjetiva (Artículo 106);
- La petición cívica (Artículo 108⁸⁴);
- La petición informativa (Artículo 110⁸⁵);
- La petición consultiva (Artículo 111⁸⁶); y,
- La petición contradictoria (Artículo 109⁸⁷).

Es importante señalar que la naturaleza del derecho de petición es diferente del derecho de recurrir. Tratadistas tales como Manuel María Diez lo distingue del derecho de recurrir, por cuanto en su concepto no todos los particulares que tengan el derecho de peticionar pueden también tener derecho a recurrir, porque el primero lo tiene toda persona natural o jurídica, mientras que

128

⁸³ Artículo 112.- Facultad de formular peticiones de gracia

112.1 Por la facultad de formular peticiones de gracia, el administrado puede solicitar al titular de la entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición en interés particular (...).

⁸⁴ Artículo 108.- Solicitud en interés general de la colectividad

108.1 Las personas naturales o jurídicas pueden presentar petición o contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, aduciendo el interés difuso de la sociedad. (...).

⁸⁵ Facultad de solicitar información

110.1 El derecho de petición incluye el de solicitar la información que obra en poder de las entidades, siguiendo el régimen previsto en la Constitución y la Ley. (...)

⁸⁶ Artículo 111.- Facultad de formular consultas

111.1 El derecho de petición incluye las consultas por escrito a las autoridades administrativas, sobre las materias a su cargo y el sentido de la normativa vigente que comprende su accionar, particularmente aquella emitida por la propia entidad.

⁸⁷ Artículo 109.- Facultad de contradicción administrativa

109.1 Frente a un acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos.

el derecho a recurrir lo tienen únicamente los interesados, los titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos afectados por el acto.

Para María Díez la petición es el género del cual el derecho a recurrir es una manifestación concreta⁸⁸. Jellinek señala que aquel es el instrumento idóneo para proteger o para que prevalezcan los intereses de hecho de los ciudadanos.

Por su parte, dentro de la legislación española, García de Enterría señala bajo el nombre de petición se designan habitualmente dos especies diferentes de actos, unas son las peticiones llamadas anteriormente "actos graciabiles" o "de promulgación de nuevas normas" sustentados en el derecho formal de petición originado en el artículo 29 de la Constitución española; otras, por el contrario, son las que aparecen consignadas en los artículo 42º y 68º de la Ley procedimental española, denominadas "solicitudes", que son peticiones formuladas al amparo en una norma de carácter material, pretendiendo su aplicación a favor del solicitante⁸⁹. Estas obligan a la administración a resolver expresamente.

129

IV. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY N° 27444

En primer lugar cabe señalar que los recursos administrativos son un medio legal que reparte por igual una defensa a quien lo promueve y una oportunidad de rectificación para el que lo resuelve.⁹⁰

Este tipo de recursos permiten que sea la propia Administración quien pueda revisar sus propias decisiones. De acuerdo a Escola⁹¹, necesariamente, la necesidad de establecer un adecuado control de los actos de la administración que posibilite el examen de ellos para precisar si se adecuan o no al orden legal vigente, y en caso contrario, para restablecer, por vía directa o indirecta, el imperio de la juridicidad administrativa.

⁸⁸ Díez, Manuel María. (1974). p. 475

⁸⁹ García de Enterría, Eduardo. p. 97.

⁹⁰ Nava Negrete, Alfonso. (1988). p. 42

⁹¹ Escola, Héctor Jorge. (1967). p. 177.

“Los recursos administrativos se fundan en el derecho que tiene la Administración para mantener el control de la jerarquía administrativa, a través del cumplimiento de la ley. El recurso administrativo es un medio en la propia administración, de carácter eminentemente administrativo y no de naturaleza jurisdiccional y sin ninguna intervención de autoridades judiciales o de controles legislativos. La idea de este recurso se basa en la inseguridad humana, pues es propio de los seres humanos cometer errores y éstos obedecen a causas diversas que ocasiona perjuicios tanto al particular agraviado, como el interés general”⁹².

Tal como se ha expresado anteriormente, el Capítulo I del Título III de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, establece el Régimen de los Recursos Administrativos en nuestro ordenamiento jurídico, como la facultad de revisión de la administración de sus propios actos; sin embargo, la Ley no establece una definición de lo que debe entenderse por “recurso administrativo” en nuestro ordenamiento.

130

Por ello, a continuación, se desarrollará el concepto, principales características y requisitos de procedencia de los recursos administrativos, conforme a la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha desarrollado ampliamente este tema.

4.1 Concepto

Los recursos administrativos, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, pueden definirse como un acto de naturaleza procesal que realice el administrado contra un acto administrativo que, considera, ha lesionado sus derechos o intereses legítimos, a fin de modificarlo, sustituirlo o eliminarlo del ordenamiento⁹³.

Es un acto porque viene a ser la manifestación de la voluntad del administrado, quien busca interponer un recurso en sede administrativa, constituyéndose en un acto jurídico, que consiste en pedir a la administración mediante el recurso, que modifique o revoque un acto o resolución administrativos.

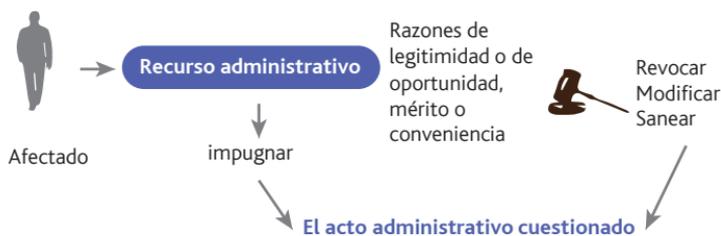
⁹² Serra Rojas, Andrés. (1985). p. 580.

⁹³ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit. p. 9.

“el recurso administrativo es una defensa legal que tiene el particular afectado para impugnar un acto administrativo ante la propia autoridad que lo dictó, el superior jerárquico u otro órgano administrativo, para que lo revoque, anule o lo reforme una vez comprobada la ilegalidad o inoportunidad del acto”⁹⁴.

Por su parte autores como Canosa⁹⁵ señalan que el recurso administrativo es toda impugnación en término de un acto administrativo, interpuesto por quien sea afectado por el acto en un derecho jurídicamente protegido, invocando razones de legitimidad o de oportunidad, mérito o conveniencia, con el objeto de que el órgano que emitió el acto, un superior jerárquico determinado o el órgano que ejerce el control de tutela proceda a revocar, modificar o sanear el acto administrativo cuestionado.

Gráfico 21. El recurso administrativo



Elaboración: ECP del Indecopi

La inclusión de los recursos administrativos en el Capítulo I del Título III de la Ley del Procedimiento Administrativo General —“De la Revisión de los Actos en Vía Administrativa”— responde a la utilidad que implica para la Administración que sea el propio administrado, quien le solicite revisar la conformidad con el ordenamiento jurídico de sus actos⁹⁶.

⁹⁴ Serra Rojas, Andrés. Op. cit., p. 583.

⁹⁵ Canosa, Armando. (2014). pp. 220 y 221.

⁹⁶ Morón Urbina. Juan Carlos. Op. cit., p. 9.

Por ello, si bien se ha señalado con anterioridad que no se trate propiamente de un derecho del administrado, es innegable la utilidad de este instrumento para la Administración, que a su vez sirve de garantía para el administrado, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

Según el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 02833-2006-PA/IC, de fecha 28 de noviembre de 2007⁹⁷, el procedimiento y los recursos administrativos tienen naturaleza netamente procesal, en tanto constituyen la "vía previa" para el adecuado ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

10. (...)

a. (...) . El administrado que inicia el agotamiento de la vía administrativa, transcurrido el plazo para que /a administración Pública resuelva el recurso administrativo interpuesto, tiene la potestad de acogerse al silencio administrativo —y así acudir a la vía jurisdiccional— o de esperar el pronunciamiento expreso de la administración Pública.

132

Veamos algunas definiciones que se dan sobre el recurso administrativo.

- Desde una aproximación del ordenamiento jurídico argentino, Canosa⁹⁸ define en un sentido estricto el recurso administrativo como toda impugnación de un acto administrativo, interpuesto por quien ha sido afectado por dicha decisión, es -un derecho jurídicamente protegido, con el objeto de que el Órgano que emitió el acto, su superior jerárquico o el Órgano que ejerza el control de tutela, proceda a revocar, modificar o sanear el acto administrativo cuestionado.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 02833-2006-PA/TC, de fecha 28 de noviembre de 2007, sobre la demanda de amparo interpuesta por Milder Sidanelia Llamosas Lazo contra el Consejo Nacional de Inteligencia (CNI).

⁹⁸ Canosa, Armando. (2008). pp. 118-119.

- En palabras de Dromi, el recurso administrativo es un *remedio administrativo* específico, por el que se atacan solamente actos *administrativos y se defienden* derechos *subjetivos o intereses legítimos*. *En este sentido*, la importancia del recurso administrativo para este autor radica *en que este* promueve el control *de la legalidad (legitimidad y oportunidad) de un* acto administrativo, a fin de que se revoque o modifique, con la finalidad de restablecer el derecho subjetivo o interés legítimo lesionado por dicho acto.
- Es así que, de conformidad con el ordenamiento argentino, Dromi⁹⁹ señala que: todo acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales e inmediatos, ya sea definitivo o de mero trámite, es recurrible mediante los recursos que su legislación ha habilitado para tales efectos, a fin de defender el derecho subjetivo o interés legítimo lesionado del administrado.
- Por su parte Nava Negrete y Quiroz Acosta¹⁰⁰ señalan que el recurso administrativo es la denominación que la ley da a los procedimientos de impugnación de los actos administrativos, a fin de que los administrados defiendan sus derechos o intereses jurídicos ante la administración, generadora de los actos impugnados.

133

Una vez reconocida su naturaleza procedimental, conviene aclarar si su ejercicio comporta el inicio de un nuevo procedimiento administrativo o es parte del que dio origen al acto que se impugna. Al respecto, Morón Urbina¹⁰¹ señala que: el planteamiento de recursos administrativos genera por sí mismo, un procedimiento administrativo denominado "procedimiento recursal", puesto que se invoca la facultad de revisión a la Administración de sus propios actos, a través de un nuevo mecanismo.

⁹⁹ Dromi, Roberto. (1998). (Documento Electrónico).

¹⁰⁰ Nava Negrete, Alfonso y Quiroz Acosta, Enrique. (2003). p. 225

¹⁰¹ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit. pp. 9 -10.

Siguiendo este razonamiento, Dromi¹⁰² también considera que:

El recurso administrativo *tiene por, finalidad impugnar un acto administrativo*, dando lugar a un procedimiento en sede administrativa. Es decir, el administrado, a través de la interposición de un recurso administrativo, está solicitando el inicio de un nuevo procedimiento a la Administración, puesto que le exige ratificar, revocar o reformar a ella misma, el acto que vulnera sus derechos o intereses.

Sin embargo, es oportuno precisar que la postura que el planteamiento de un recurso administrativo genera un nuevo procedimiento no es uniforme, puesto que de acuerdo con Rizo-Patrón Larraburre y Patroni Vizquerra¹⁰³, la tramitación de un recurso administrativo daría, lugar al comienzo de una **nueva etapa del procedimiento principal** distinta a la que se dio origen al acto administrativo recurrido.

Una vez analizadas ambas posturas conforme a nuestro ordenamiento jurídico, es importante tener en cuenta una frase clave: “el fin del procedimiento”, puesto que no se puede hablar del comienzo de uno nuevo, sin identificar en qué momento culminó el anterior. De este modo el artículo 186º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444¹⁰⁴, dispone que:

Ponen fin al procedimiento, las resoluciones que se pronuncien sobre el fondo del asunto, el silencio *administrativo*, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos *conciliatorios* o *de transacción extrajudicial que tengan por* objeto poner *fin* al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad *del administrado* en caso de la petición *de gracia*.

¹⁰² Dromi, Roberto. Op. cit.

¹⁰³ Rizo-Patrón, Javier y Patroni Vizquerra, Úrsula. (2009). p. 360

¹⁰⁴ Artículo 186º.- Fin del procedimiento

186.1 Pondrán fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el inciso 4) del artículo 188, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable. 186.2 también pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo.

Por tanto, si bien se trata de un mismo *iter reglado* bajo *un único régimen jurídico*, con diseños que *responden a idénticos principios*¹⁰⁵, no cabe hablar de una continuidad entre el procedimiento inicial y el que se inicia con el planteamiento del respectivo recurso, pues técnicamente los procedimientos culminan en los supuestos del citado artículo 186° de la Ley N° 27444.

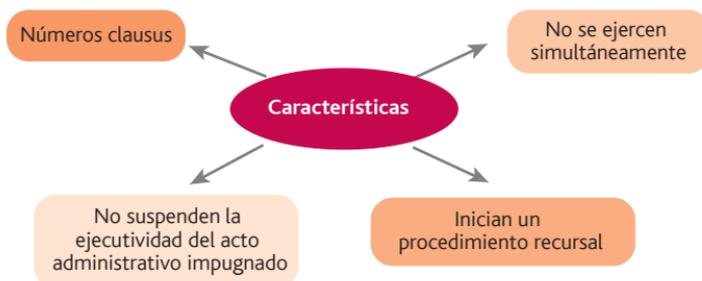
Es pertinente señalar que existen autores quienes consideran que el Recurso Administrativo es un Derecho¹⁰⁶; que nace en favor del administrado, para que pueda impugnar un acto administrativo. Este derecho es un medio de defensa mediante el cual los Administrados pueden contrarrestar los abusos y las extralimitaciones de la Administración Pública. El recurso se puede interpretar como la manifestación de un verdadero derecho a favor del particular.

4.2 Características

Dentro de las principales características que se pueden distinguir a partir de la regulación establecida en el Capítulo I del Título III de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 se puede distinguir esencialmente:

135

Gráfico 22. Características del recurso administrativo



Elaboración: ECP del Indecopi

¹⁰⁵ Morón Urbina, Juan Carlos. (2011). p. 607.

¹⁰⁶ Con esta postura encontramos a Carrillo Flores, Antonio (2000), pp. 93 y ss.; Gordillo, Agustín, (2004), capítulo III, p. 16; Delpiazzo, Carlos E. (2004). p. 436.

Veamos en qué consiste cada una de ellas.

1. Son números clausus

Los recursos enumerados en el artículo 207° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 constituyen una lista cerrada y excluyente de los recursos administrativo que este facultado a plantear el administrado¹⁰⁷.

En otras palabras, la lista establecida en la citado norma constituye, lo que comúnmente la doctrine denomina, *numerus clausus*, puesto que son estos (reconsideración, apelación y revisión) los únicos medios por los cuales, los administrados pueden solicitar a la administración la revisión de sus propios actos.

2. No suspenden la ejecutividad del acto administrativo impugnado

136

Por regla general, de conformidad con el numeral 216.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444¹⁰⁸, la interposición de cualquier recurso administrativo no implica la suspensión de la ejecución o la ejecutividad del acto impugnado, puesto que, sin declaración expresa de anulación, modificación o revocación, el acto impugnado se presupone válido y eficaz.

Cabe señalar que la validez del acto administrativo hace referencia a la plena conformidad a Derecho del acto administrativo mientras que la eficacia se refiere a las consecuencias jurídicas del acto administrativo, a su capacidad de producir los efectos que, conforme al ordenamiento persigue; lo cual significa que el acto administrativo siempre será válido (hasta que se declare lo contrario), pero sólo surtirá efectos frente al particular a partir de su notificación.

¹⁰⁷ Rizo-Patrón, Javier y Patroni Vizquerra, Úrsula. Op. cit., p. 360.

¹⁰⁸ Artículo 216.- Suspensión de la ejecución

216.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá el acto impugnado.

Según Rizo-Patrón Larraburre y Patroni Vizquerra¹⁰⁹, la presunción de validez del acto administrativo aun cuando haya sido impugnado, es una manifestación de la autotutela de los actos administrativos, entendida como que a partir de su emisión son capaces de producir efectos por sí mismos.

No obstante, existen excepciones a esta regla, establecidas por la propia Ley del Procedimiento Administrativa General, según el citado numeral 206.1, cuando una norma legal disponga expresamente que la interposición de un recurso administrativo suspenda la ejecutividad del acto impugnado y en los supuestos establecidos en el numeral 216.2 de la Ley N° 27444¹¹⁰.



¿Cuándo se puede suspender la ejecutividad del acto impugnado?

Según estos supuestos, solo se podrá suspender la ejecutividad del acto impugnado cuando la autoridad competente para resolver dicho recurso impugnativo, observe y evalúe que la ejecución del acto puede causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o cuando la autoridad aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

137

Con relación a este punto, la solicitud de suspensión de ejecutividad del acto administrativo es una facultad cautelar reconocida legalmente al administrado, que tiene como finalidad la interrupción temporal de los efectos del acto, que puede operar con alcances totales o parciales y que no afecta la validez del acto, pues la suspensión se base en razones de interés público e irremediable afectación del recurrente¹¹¹.

¹⁰⁹ Rizo-Patrón, Javier y Patroni Vizquerra, Úrsula. Op. cit., p. 364.

¹¹⁰ Artículo 216.2° No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

¹¹¹ Morón Urbina, Juan Carlos. (2011). Op. cit. p. 632.

Al respecto es preciso mencionar que la suspensión a la que se hace referencia responde al principio de autocontrol de la administración Pública, en tanto, esta es competente para determinar la suspensión de los efectos de sus propios actos, previo requerimiento del administrado o de oficio, cuando la inconveniencia para el interés general de la ejecutividad del acto pueda ser apreciado por la propia autoridad administrativa¹¹².

En este sentido, conforme al numeral 216.3 de la Ley N° 27444¹¹³, se puede apreciar que la excepcionalidad de la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos es tal, que primero debe realizarse una evaluación de la autoridad administrativa, ponderando razonablemente entre el perjuicio que podría causar al interés público o a terceros y el perjuicio que, eventualmente, causaría al recurrente la eficacia inmediata del acto impugnado; y en segundo lugar, tal como dispone el numeral 216.4 de la Ley N° 27444¹¹⁴, que una vez dispuesta la suspensión del acto se deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar la proyección del interés público o los derechos de terceros.

138 Asimismo, es importante acotar que en defecto de mención expresa por parte de la autoridad administrativa del tiempo por el cual, el acto impugnado será suspendido, la Ley N° 27444 ha establecido en el numeral 216.5¹¹⁵ que esta se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso — administrativo, salvo que en vía administrativa o judicial se disponga lo contrario una vez modificadas las condiciones que sirvieron de sustento al acto impugnado.

¹¹² Ibídem.

¹¹³ Artículo 216.3° La decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonado entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que cause al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.

¹¹⁴ Artículo 216.4° Al disponerse la suspensión podrán adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnado.

¹¹⁵ Artículo 216.5° La suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario si se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió.

3. No se ejercen simultáneamente

Esta característica propia de los recursos administrativos, establecida en el artículo 214° de la Ley N° 27444¹¹⁶, dispone que la impugnación de cualquier acto administrativo es posible únicamente a través de la interposición individual de un recurso administrativo.

La imposibilidad de interponer simultáneamente o subsidiariamente los recursos administrativos previstos en la Ley N° 27444, se debe a la inexistencia de una certeza respecto a cuál es o sería la decisión administrativa de cualquiera de ellos, por tanto un interés futuro e incierto no puede servir de base para la interposición de algún recurso por adelantado¹¹⁷.

Por otro lado, es también correcto afirmar que la disposición del citado artículo 214° debe interpretarse, en el sentido de que, cada recurso solo puede ser planteado una vez en cada procedimiento, agotándose la posibilidad de volver a ejercerlo nuevamente, con su interposición¹¹⁸.

De este modo, Morón Urbina ejemplifica esta situación, señalando que: ante la resolución que resuelve un recurso de apelación no cabe plantear un recurso de reconsideración; por lo que, dependiendo del caso concreto, correspondería plantear el recurso de revisión¹¹⁹.

Sin perjuicio de los criterios expuestos, existen razones de orden procedimental que justifican la imposibilidad de ejercer en forma simultánea el derecho de impugnar en sede administrativa:

Como el principio de unidad del expediente, el mismo que obliga a la autoridad administrativa a tener los documentos originales del caso planteado en un solo expediente, garantizado así, que se resuelva el mismo en fondo de todo lo actuado y no de simples copias o actuaciones parciales. La existencia de un solo expediente en giro sobre el caso planteado, garantiza el ejercicio real de la competencia administrativa por parte de la autoridad competente.

¹¹⁶ Artículo 214°.- Alcance de los recursos: Los recursos administrativos se ejercitarán por una sola vez en cada procedimiento administrativo y nunca simultáneamente.

¹¹⁷ Morón Urbina, Juan Carlos. (2009). Octava edición, p. 629.

¹¹⁸ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., p. 630.

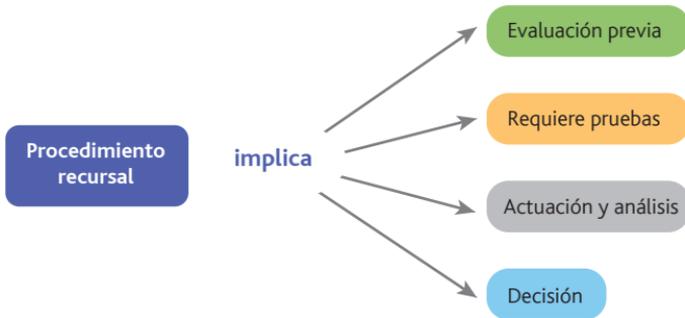
¹¹⁹ *Ibidem*.

4. Inician un procedimiento recursal

Tal como se ha señalado anteriormente, el planteamiento de recursos administrativos implica el inicio de otro procedimiento administrativo que tiene como uno de sus fines emitir una decisión respecto a la controversia iniciada por el recurrente.

Al respecto, es pertinente señalar que el planteamiento del recurso y el inicio de un nuevo procedimiento implican necesariamente, el inicio de un debate para analizar detenidamente los extremos de la solicitud del recurrente y resolver conforme a derecho.

Gráfico 23. Procedimiento recursal



140

Elaboración: ECP del Indecopi

Por tanto, según Morón Urbina¹²⁰, este procedimiento es de evaluación previa y requiere la existencia de pruebas, actuación, análisis y decisión dentro de un conjunto de actos concatenados que se denominan procedimiento recursal.

Finalmente, es preciso apuntar que este procedimiento con relación al anterior que dio origen al acto impugnado, no se trata de categorías excluyentes, puesto que, según Morón Urbina, citando a Dromi señala que la *distinción entre ambas es de grado o* de diversos momentos por los cuales atraviesa la voluntad *administrativa*¹²¹.

¹²⁰ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., p. 607.

¹²¹ Ibídem.

V. REQUISITOS GENERALES APLICABLES A LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

En función de los criterios expuestos, es importante iniciar este punto señalando que de conformidad con el artículo 206° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444¹²², es posible interponer los recursos administrativos establecidos en el artículo 207° de la misma Ley, frente a aquellos actos que violen, desconozcan o lesionen derechos o intereses legítimos.

Al respecto, **solo** pueden ser impugnables, ya sea en sede judicial o administrativa, aquellos actos definitivos que ponen fin a la instancia administrativa y todos aquellos actos de trámite que impliquen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan la indefensión del administrado.

No solo estas pautas deben ser tomadas en cuenta antes de plantear un recurso administrativo. Es decir, es necesario que se cumplan los requisitos de procedencia como la obligación del recurrente de demostrar que la decisión adoptada por la Administración representa un perjuicio y que este tiene un interés legítimo respecto al tema que reclama¹²³.

141

Por otro lado, también es importante verificar y demostrar la existencia previa de un acto administrativo al que se pueda impugnar, que el mismo le cause perjuicio y que no haya quedado

¹²² Artículo 206°.- Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108°, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.

206.2 Solo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

206.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

¹²³ Morón Urbina, Juan Carlos. (2009). p. 11.

firme, de acuerdo al artículo 212° de la Ley N° 27444¹²⁴; puesto que, el acto una vez que sea firme no puede ser impugnado ni por las vías administrativas ni ante los tribunales judiciales¹²⁵.

De este modo, los requisitos que deben tomarse en cuenta, para el planteamiento de cualquier recurso administrativo pueden clasificarse en formales y temporales.

Entre los requisitos formales debe tomarse en cuenta las disposiciones del artículo 113° de la Ley N° 27444, por mandato del artículo 211 de la misma Ley¹²⁶, en tanto el escrito, a través del cual se presente el recurso administrativo, debe cumplir con los siguientes requisitos:

¹²⁴ Artículo 212°.- Acto firme Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

¹²⁵ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., p. 12.

¹²⁶ Artículo 211°.- Requisitos del recurso

142

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el Artículo 113° de la presente Ley. Debe ser autorizado por letrado.

Artículo 113°.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carne de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
4. La indicación del Órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.
5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1.
6. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
7. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
8. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.

1. Identificar y ubicar claramente al recurrente, a través de la consignación de sus nombres y apellidos, domicilio, Documento Nacional de Identidad, y dada el caso, su carne de extranjería o la calidad de representante y de la persona a quien represente. Asimismo, se requiere consignar el lugar, la fecha y su firma o huella digital, en caso no saber firmar o estar impedido.
2. Expresar concretamente el pedido y fundamentarlo en forma adecuada según corresponda, de acuerdo al recurso que se presente.
3. Indicar el órgano o la autoridad a la cual este dirigida la solicitud, procurando que sea el órgano, cuyas competencias para conocer y resolver el caso, sean del grado más cercano al usuario.
4. Indicar la dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, en caso sea distinto al consignado en la identificación y ubicación del recurrente. Este lugar suite efectos desde su indicación y se presume subsistente, mientras de manera expresa no se comunique su cambio.
5. Acompañar al escrito la relación de documentos y anexos que se encuentren previstos en el TUPA de la entidad.
6. En caso se trate de procedimientos ya iniciados, - se debe identificar el expediente de la materia.

143

Asimismo es oportuno mencionar que, en caso exista un error en la calificación formulada por el administrado, de acuerdo al artículo 213° de la Ley N° 27444¹²⁷ y en aplicación del principio de informalismo y celeridad establecidos en los numerales 1.6 y 1.9

¹²⁷ Artículo 213°.- Error en la calificación: El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

del numeral IV del Título Preliminar de la misma Ley¹²⁸, ello no sería motivo para que la autoridad administrativa deniegue su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

«Los recursos administrativos de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, pueden definirse como un acto de naturaleza procesal que realiza el administrado contra un acto administrativo que, considera, ha lesionado sus derechos intereses legítimos, a fin de modificarlo, sustituirlo o eliminarlo del ordenamiento».

Finalmente, con respecto a los requisitos temporales, debe mencionarse la importancia de los mismos con relación a los recursos administrativos, pues “el tiempo” es un factor importante, que no solo está referido al tiempo que tiene el administrado para interponer el recurso, sino también a los plazos y al compute de los mismos, tanto para el administrado como para la autoridad.

El plazo para interponer los recursos, tal como se expresa en el numeral 2 del artículo 207° de la Ley N° 27444, es de quince días perentorios. A partir de la interposición del respectivo recurso impugnativo, la autoridad administrativa competente tiene una plaza de treinta días, salvo disposición contraria. En este punto cabe apuntar que es sumamente importante plantearlo dentro del plazo, dada que de lo contrario, el administrado perderá el derecho a recurrir y el acto quedará consentido¹²⁹.

144

¹²⁸ Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que, sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

¹²⁹ Morón, Urbina. (2009). p. 28.

Con relación al cómputo de los plazos, se entiende que la plaza comienza a partir del día siguiente de la notificación del acto de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", según corresponda.

Por otro lado, cuando no exista un acto administrativo que recurrir, en caso de silencio administrativo o inexactitud de la fecha de su emisión, se debe considerar que el plazo para recurrir no comienza; sin embargo, el recurso interpuesto en cualquier momento debe considerarse presentado durante tiempo hábil¹³⁰.

5.1 La aplicación del régimen del silencio administrativo en vía de recurso

La aplicación del régimen del silencio administrativo puede operar en vía de petición o en vía de recurso, pudiendo ser positivo o negativo. El artículo 215° de la Ley N° 27444 hace referencia a las reglas generales del silencio administrativo, con respecto a los recursos, las cuales se encontraban reguladas en los numerales 34.1.2 del artículo 34° y el inciso 2) del artículo 33° de la misma Ley, normas que ahora han sido derogadas expresamente por la Ley N° 29060, Ley del Silencio administrativo.

145

Ley N° 27444 Del procedimiento administrativo general

La Ley del Procedimiento administrativo General, Ley N° 27444, en sus ahora derogados artículos 33° y 34°, establecía que cuando se cuestionaba un acto administrativo (expreso) mediante un recurso administrativo (de reconsideración, apelación o revisión), se aplicaba el silencio administrativo negativo al procedimiento recursivo¹³¹; salvo que, el recurso tenga por objeto cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular había optado por la aplicación del silencio

¹³⁰ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit. p. 28.

¹³¹ Numeral 34.1.2 del artículo 34° de la Ley 27444. Numeral 2 del artículo 33° de la Ley 27444.

administrativo negativo, supuesto en el cual se aplicaba el silencio administrativo positivo al procedimiento recursivo¹³².

Actualmente, con la Ley del Silencio administrativo, Ley N° 29060, el silencio administrativo positivo se aplicará a los recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud o actos administrativos anteriores; es decir:

Se aplicará el silencio administrativo positivo en principio a todo tipo procedimiento recursivo, tanto cuando se impugne un acto administrativo anterior como cuando se cuestione la desestimación ficta de una solicitud en aplicación del silencio administrativo negativo.

A partir de la vigencia de la nueva ley, los únicos procedimientos recursivos en los que se aplicará el silencio administrativo negativo serán aquellos debidamente justificados por la autoridad por afectar el interés público o por así disponerlo la propia ley. Es el caso de los procedimientos trilaterales¹³³, respecto de los cuales se aplicará el silencio administrativo negativo:

146

- en el procedimiento constitutivo (primera instancia administrativa) y
- en el recursivo (segunda instancia administrativa), tal como viene sucediendo hasta la fecha.

La razón es evidente, en un procedimiento sancionador, en el que un administrado (el reclamante) denuncia a otro (el reclamado) por la supuesta comisión de una infracción administrativa, no podría asumirse en el procedimiento recursivo que el denunciante tiene la razón por la simple aplicación del silencio administrativo positivo y como consecuencia de la inactividad formal de la Administración, pues ello lesionaría el derecho de defensa (principio de debido procedimiento) y la presunción de inocencia (principio de licitud) del denunciado.

¹³² Numeral 2 del artículo 33° de la Ley 27444.

¹³³ Aquellos procedimientos en los que la autoridad administrativa debe resolver un conflicto o controversia suscitado entre dos partes (administrados).

Grafico 24.



Elaboración: ECP del Indecopi

Si se trata de un procedimiento trilateral, como una solicitud de reconocimiento de crédito en el marco de un procedimiento concursal, o el registro de una marca con oposición, tampoco cabe aplicar el silencio administrativo positivo en el procedimiento recursivo, pues ello lesionaría los derechos de propiedad o de crédito, según corresponda.

La regla que se analiza tampoco se aplicará al procedimiento recursivo (reconsideración, apelación o revisión) contra un acto sancionador originado en un procedimiento de oficio, pues en este tipo de procedimiento no se aplica el silencio administrativo. Como se sabe, el ejercicio de la potestad sancionadora es de claro interés público y, por tanto, la contradicción presentada por un administrado contra un procedimiento iniciado de oficio es incompatible con el silencio administrativo positivo.

Adicionalmente, se perdería la eficacia de la potestad sancionadora, al someter este poder punitivo a la potestad decisoria del administrado con el silencio administrativo positivo. Esto no es posible, debe recordarse que la naturaleza del silencio administrativo positivo se condice únicamente con procedimientos habilitantes para ejercer actividades, pero no con los procedimientos sancionadores.

VI. EFECTOS: ¿AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA?

El agotamiento de la vía administrativa constituye un principio derivado del privilegio de decisión previa que tiene la Administración con respecto del ejercicio de la facultad de contradicción con que cuenta el administrado. No se puede enjuiciar la actuación de la administración o demandarla ante los tribunales judiciales, sin que esta haya podido pronunciarse.

No obstante ello, no es correcto señalar que en todos los casos, el agotamiento de la vía administrativa esté referido a un efecto natural de los recursos administrativos, pues dependerá del caso concreto y de lo que la Ley ha previsto específicamente para determinar que se produzca dicho agotamiento.

De este modo, el agotamiento de la vía administrativa es un principio de exigencia constitucional, puesto que, solo los actos administrativos que agotan la vía administrativa ("causando estado"), pueden ser impugnados mediante el proceso contencioso administrativo o de amparo respectivo, con las excepciones establecidas en la Ley N° 27584 y las leyes que regulan los distintos procesos constitucionales.

148

De acuerdo a este razonamiento, el derecho de acudir al Poder Judicial a través de la demanda contencioso administrativa, ante las resoluciones administrativas que causen estado, está consagrado en el artículo 148° de la Constitución Política del Perú¹³⁴, tal como disponen los Magistrados del Poder Judicial de Tumbes, en la sentencia recaída en el expediente N° 659-2009, de fecha 2 de noviembre de 2009¹³⁵:

(...) no cabe dudar alguno que son *resoluciones administrativa emitidas por funcionarios públicos*, entonces es de aplicación el artículo 148° de la *Constitución Política del Estado que dice lo siguiente*: "Artículo 148°.- Acción contencioso administrativa. Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación

¹³⁴ Artículo 148°.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

¹³⁵ Sentencia del Poder Judicial de Tumbes recaída en el expediente N° 659-2009, de fecha 2 de setiembre de 2009, sobre la demanda de nulidad del acto jurídico planteada por José Antonio Godoy Garrido, contra el Gobierno Regional de Tumbes y Dirección Regional de Educación de Tumbes.

mediante la acción contencioso-administrativa”; *siendo* esto así, la acción *contencioso administrativa prevista en el citado artículo de la Constitución Política* del Estado, tiene por *finalidad* el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la *administración* pública sujetas al derecho *administrativo* y la efectiva *tutela de los derechos e intereses de los administrados, tal como prescribe el artículo uno de la Ley que regula el Proceso Contencioso administrativo 27584.*

En este sentido, se puede apreciar que el agotamiento de la vía administrativa es principalmente una garantía para el administrado de que las resoluciones emitidas por funcionarios públicos, sean susceptibles de control por parte del Poder Judicial, por mandato del artículo 148° de la Constitución y de la Ley del Proceso Contencioso administrativo, Ley N° 27584.

Asimismo, es importante señalar que esta garantía no solo responde al natural control del Poder Judicial de los actos de la Administración Pública, sino también al derecho a la tutela judicial efectiva y del debido proceso inherente a la persona humana.

Según el artículo 218° de la Ley del Procedimiento administrativo General, Ley N° 27444¹³⁶, los actos que agotan la vía administrativa son:

149

¹³⁶ Artículo 218°.- Agotamiento de la vía administrativa.

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

- a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u Órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que, el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o
- b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o
- c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, Únicamente en los casos a que se refiere el Artículo 210 de la presente Ley; o
- d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los Artículos 202 y 203 de esta Ley; o los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.

“(…) no es correcto señalar que en todos los casos, el agotamiento de la vía administrativa este referido a un efecto natural de los recursos administrativos, pues dependerá del caso concreto y de lo que la Ley ha previsto específicamente para determinar que se produzca dicho agotamiento».

1. Aquellos contra los cuales, no procede impugnación alguna ante la autoridad administrativa jerárquicamente superior.
2. Aquellos que sean producto del silencio administrativo negativo, salvo que el administrado opte por interponer, dentro del plazo previsto por la Ley N° 27444 o Leyes especiales, el recurso de reconsideración, cuya resolución agota la vía administrativa en todos los casos.
3. Aquellos actos producto del silencio administrativo, en el marco de un recurso de apelación y revisión. En los casos previstos en el artículo 210° de la Ley N° 27444, es decir de manera excepcional.
4. Aquellos que son producto de la declaración de la nulidad de oficio, revocación u otros casos referidos en los artículos 202° y 203° de la Ley N° 27444.
5. Aquellos actos emitidos por Tribunales a Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.

150

Una vez expuestos los casos en que la Ley N° 27444 dispone el agotamiento de la vía administrativa, se puede apreciar que varios supuestos están relacionados con el planteamiento de recursos administrativos; por ello, si bien no es correcto afirmar que el solo planteamiento de un recurso administrativo, tenga como efecto, el agotamiento de la vía administrativa, se debe tomar en consideración que, en todos los casos en los que el planteamiento del recurso tenga como consecuencia la imposibilidad de seguir impugnando en vía administrativa, corresponde dar por concluido el procedimiento administrativo y considerar habilitada la vía judicial para cuestionar el acto impugnado.

Finalmente, para culminar con este punto es preciso distinguir entre actos que causan estado y actos firmes o consentidos.

Actos que causan estado

Son aquellos que agotan la vía administrativa habilitando al administrado la posibilidad de interponer la respectiva demanda contenciosa administrativa o el proceso de amparo constitucional.

Actos firmes o consentidos

Son aquellos que, conforme el artículo 212° de la Ley N° 27444, no pueden ser impugnados en sede administrativa ni judicial debido a que, han transcurrido los plazos perentorios para su impugnación.

VII. CLASIFICACIÓN

Los recursos administrativos, de manera parecida al procedimiento administrativo, están clasificados conforme dispone la regulación que los trata¹³⁷. Según Morón Urbina, La clasificación optada por el artículo 207° de la Ley N° 27444¹³⁸ es una lista cerrada, denominada *numerus clausus*, que establece los siguientes recursos: reconsideración, apelación y revisión¹³⁹.

151

No obstante ello, admite que es posible que leyes especiales puedan incrementar o reducir el número o la lista cerrada de recursos antes mencionados, como por ejemplo, Indecopi ha establecido el recurso de aclaración como un recurso especial que se sigue en dicha entidad¹⁴⁰.

Previamente a desarrollar cada uno de los recursos que la Ley N° 27444 reconoce, conviene apuntar que el plazo para interponerlos

¹³⁷ Canosa, Armando. Op. cit., p. 134.

¹³⁸ Artículo 207°.- Recursos administrativos.

207.1 Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de reconsideración
- b) Recurso de apelación
- c) Recurso de revisión

207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

¹³⁹ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., p. 43.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

es de quince días hábiles y perentorios, los cuales una vez verificados, implicarán que el acto habrá causado estado. Asimismo, es importante tener en cuenta que el plazo con el que cuenta la Administración para resolver cualquier recurso es de treinta días, transcurridos los cuales, en principio se aplicaría el silencio administrativo positivo, de conformidad con el literal b) del artículo 1º de la Ley N° 29060¹⁴¹.

No obstante lo expuesto, este literal debe leerse de conformidad con la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 29060¹⁴², puesto que, en muchos casos resultaría un sin sentido que un acto administrativo impugnado, a través de uno de los recursos antes mencionados, resulte favorable al administrado en virtud del silencio administrativo positivo, cuando la naturaleza de las circunstancias controvertidas estén estrechamente relacionadas con el interés general.

Por ello, si se cumple uno de los supuestos establecidos en la citada Disposición Transitoria, Complementaria y Final, debe entenderse que el recurso administrativo planteado ha sido denegado, pudiendo darse el caso de que se agote la vía administrativa y la posibilidad de acudir a las instancias judiciales.

152

¹⁴¹ Artículo 1º.- Objeto de la Ley

Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos:

(...)

b) Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud o actos administrativos anteriores, siempre que, no se encuentren contemplados en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final. (...)

¹⁴² PRIMERA.- Silencio administrativo negativo

Excepcionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos bilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

Asimismo, será de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración públicas, y en aquellos procedimientos de inscripción registral.

En materia tributaria y aduanera, el silencio administrativo se regirá por sus leyes y normas especiales. Tratándose de procedimientos administrativos que tengan incidencia en la determinación de la obligación tributaria o aduanera, se aplicará el segundo párrafo del artículo 163 del Código Tributario.

7.1 Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración conforme el artículo 208° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444¹⁴³ debe ser interpuesto ante la autoridad que emitió el acto impugnado con la finalidad de que evalúe, en base a una nueva prueba aportada por el administrado¹⁴⁴.

Este recurso es denominado “impropio”, puesto que es resuelto por la misma autoridad que emitió el acto materia de impugnación, asimismo porque tiene como presupuesto o requisito de procedencia, sustentarse en nueva prueba (que no necesariamente debe ser instrumental).

El reconsiderar es reexaminar, por lo tanto se está solicitando que la autoridad correspondiente analice y reevalúe su posición. Para algunos autores, “reconsiderar” es no sólo “reexaminar,” sino específicamente “reexaminar atentamente,” por el origen etimológico de la palabra. Sin embargo, el uso vulgar del vocablo lo aproxima más a un ruego para que el funcionario “reexamine con benevolencia;” en suma, un recurso graciable.

153

La reconsideración establece la posibilidad de rectificar, modificar, o variar todas aquellas decisiones de la autoridad Administrativa; y cuya finalidad es otorgar un estado de seguridad jurídica, al establecer que aquello que se ha resuelto es lo correcto.

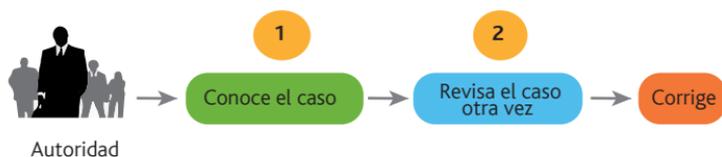
En el caso de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Es un recurso opcional y más bien potestativo. Su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

¹⁴³ Artículo 208°.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dicto el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

¹⁴⁴ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., p. 43.

Gráfico 25. La reconsideración



Elaboración: ECP del Indecopi

154 Que, tal como señala Morón Urbina en el caso de los procedimientos administrativos y cuyo criterio es similar para el caso materia de análisis, la reconsideración "radica en permitir que la misma autoridad que conoció del procedimiento revise nuevamente el caso y pueda corregir sus equivocaciones de criterio o análisis. Como se trata de la autoridad que ya conoce del caso, antecedentes y evidencia, presupone que podrá dictar resolución con mayor celeridad que otra autoridad que recién conozca de los hechos. Presume que si la autoridad toma conciencia de su equivocación a partir del recurso del administrado, procederá a modificar el sentido de su decisión para evitar el control posterior al superior".

En este punto es oportuno mencionar, que el recurso de reconsideración no es un invento de la Ley N° 27444, pues la reconsideración, como recurso administrativo que se presenta ante el mismo Órgano que emitió el acto, tal como señala Canosa¹⁴⁵, también ha sido establecido en otros ordenamientos, jurídicos con la finalidad de que la misma autoridad que emitió el acto proceda a revocarlo o sustituirlo o modificarlo.

Con relación al plazo de treinta días que tiene la autoridad administrativa para pronunciarse sobre el recurso de reconsideración, cabe señalar que una vez transcurrido este, sin que se haya emitido una resolución, el recurrente podrá considerar que su solicitud fue denegada y podrá eventualmente, plantear el recurso de apelación o la demanda judicial, en caso se haya agotado la vía administrativa¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Canosa, Armando. Op. cit., p. 384.

¹⁴⁶ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., p. 48

7.2 Recurso de apelación

Conforme el artículo 209° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444¹⁴⁷, el recurso de apelación puede ser interpuesto cuando la pretensión del administrado se sustente en una diferente interpretación de las pruebas producidas o ante cuestiones de puro derecho. Para tales efectos, este recurso debe estar dirigido a la misma autoridad que emitió el acto, a fin de que este eleve lo actuado al superior jerárquico.

En otras palabras, cabe plantear este recurso cuando la impugnación se sustente en una diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando la controversia este basada en fundamentos de puro derecho.

Según Morón Urbina, el recurso de apelación tiene la finalidad de que el órgano jerárquicamente superior al que emitió la decisión impugnada controle, revise y modifique la resolución de la autoridad subordinada a este.

El criterio por el cual, este recurso no se base en nueva prueba, tal como sucede en el recurso de reconsideración, se debe a que se busca obtener un segundo parecer jurídico de la administración, sobre los mismos hechos del procedimiento previo. Por ello entonces, no requiere nueva prueba, dado que, la controversia se tratará exclusivamente de una revisión integral del procedimiento sobre la base de fundamentos exclusivamente de derecho¹⁴⁸.

155

Esta figura a diferencia del recurso de reconsideración y del recurso de revisión, se trate de un recurso ordinario de carácter gubernativo por excelencia, que tiene como presupuesto la existencia de una jerarquía administrativa. Así, mientras la reconsideración es facultativa y está sujeta a la existencia de nueva prueba; el recurso de revisión solo procede contra resoluciones de autoridades de competencia no nacional; en tal sentido, es clave identificar que el

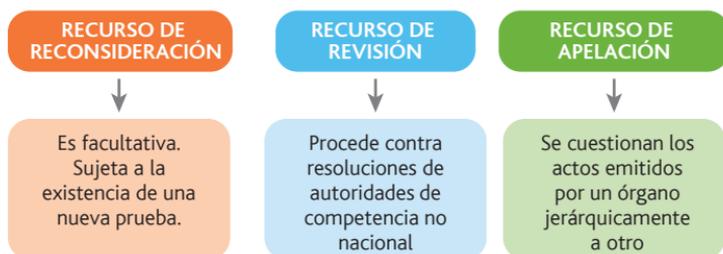
¹⁴⁷ Artículo 209°.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

¹⁴⁸ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., p. 48

recurso de apelación solo procede cuando se cuestionan los actos emitidos por un órgano subordinado jerárquicamente a otro¹⁴⁹.

Gráfico 26.



Elaboración: ECP del Indecopi

156

No obstante, la claridad de que es competencia del superior jerárquico de quien emitió el acto impugnado, resolver el recurso, esto puede resultar poco preciso al momento de determinar quién es, efectivamente, el superior jerárquico al que se refiere la Ley N° 27444; puesto que cabe la posibilidad de que sea el titular de la entidad o tan solo el órgano inmediatamente superior al emisor del acto.

La doctrina reconoce diversas posturas, pese a que la opción que mejor se acomoda a la lógica de la Ley N° 27444 y de nuestro ordenamiento jurídico, es que el recurso de apelación sea competencia del órgano inmediatamente superior jerárquico a la autoridad que emitió la decisión impugnada¹⁵⁰.

5.3 Recurso de revisión

Este recurso se encuentra establecido en el artículo 210° de la Ley N° 27444¹⁵¹, el mismo que, dispone expresamente que

¹⁴⁹ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., pp. 48-49.

¹⁵⁰ Ibídem.

¹⁵¹ Artículo 210°.- Recurso de revisión

Excepcionalmente hay lugar a recurso de revisión, ante una tercera instancia de

sea de carácter excepcional, y que opere como una tercera instancia administrativa de competencia nacional, cuando las dos instancias anteriores son órganos administrativos que no tienen competencia nacional.

Para tal efecto, el recurso debe plantearse a la misma autoridad administrativa que emitió el acto a fin de que esta eleve la impugnación al superior jerárquico.

En otras palabras, este recurso precede únicamente ante una tercera instancia de competencia nacional, si las dos instancias anteriores fueron resueltas por autoridades que no tiene competencia nacional, por ejemplo en el caso de las municipalidades o los gobiernos regionales.

Del mismo modo, conviene apuntar que el recurso de revisión es una suerte de apelación impropia, debido a que, tiene carácter completamente excepcional. A pesar de ello, es un recurso que es indispensable ejercer, para agotar la vía administrativa¹⁵².

La posibilidad de recurrir a esta tercera instancia nacional que agota la vía administrativa, implica el ejercicio previo del recurso de apelación ante autoridades de competencia no nacional. A partir de este requerimiento expresamente establecido en la Ley N° 27444, se puede apreciar que este recurso es típico en aquellas entidades administrativas que han seguido una estructura organizacional de descentralización o desconcentración territorial, creando dependencias con competencias sujetas al control por parte de otros órganos de nivel nacional¹⁵³.

157

En el caso en que el ordenamiento jurídico ha previsto el desarrollo de políticos de organización descentralizada de las entidades públicas, ello justifica la creación de entidades autónomas que no requieran la tutela nacional por la autonomía brindada por la Constitución o la Ley, entonces no corresponderá ejercer un

competencia nacional, si las dos instancias anteriores fueron resueltas por autoridades que no son de competencia nacional, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

¹⁵² Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., p. 52.

¹⁵³ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., p. 53.

recurso de revisión dentro de estas entidades, quedando solo los anteriores¹⁵⁴.

Finalmente, con respecto al plazo para elevar lo actuado al órgano revisor es el día de su presentación conforme el artículo 132.1 de la Ley N° 27444, bajo responsabilidad del funcionario. Asimismo, es oportuno aclarar que no es deber del órgano recurrido realizar alguna revisión de los requisitos de admisibilidad del recurso, informes ni otra acción adicional¹⁵⁵.

VIII. EL CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: EL CONTROL DIFUSO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tal como se ha indicado, los recursos administrativos no solo responden a la finalidad de otorgar a la administración la oportunidad de revisar sus propios actos, en caso vulneren los intereses de los administrados, sino también existe una finalidad y fundamento de control sobre sus propios actos.

158

En otras palabras, tal como señala Canosa¹⁵⁶, los recursos administrativos se fundamentan en la facultad que tiene la administración de comprobar la conformidad de estos con el ordenamiento jurídico. En dicha medida, es correcto afirmar que los recursos administrativos constituyen con mecanismo eficaz para lograr tal finalidad.

Esta facultad de control, a su vez se fundamenta en la natural sujeción de la administración Pública al principio de legalidad en los términos descritos en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444¹⁵⁷, puesto que, dicho principio opera fundamentalmente

¹⁵⁴ *Ibídem*.

¹⁵⁵ Morón Urbina, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 55.

¹⁵⁶ Canosa, Armando. *Op. cit.*, p. 136.

¹⁵⁷ Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con

como un límite a la arbitrariedad o abuso de poder de las autoridades administrativas¹⁵⁸.

En tal sentido, esta exigencia a las autoridades administrativas de actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, *dentro* de las facultades que le estén, *atribuidas*, constituye, tal como precisa Del Pozo, un desplazamiento de la *posición central en el ordenamiento jurídico* de la noción de ley, a favor *de la Constitución*.

En los términos de la citada autora, la totalidad del ordenamiento jurídico debería adecuarse no solo a las disposiciones contenidas en una norma legal, sino también al conjunto de valores contenidos en la Constitución¹⁵⁹.

Por ello, es correcto señalar la importancia e incidencia que tiene el Derecho Constitucional en el ámbito del Derecho Administrativo, en la medida que, no solo el Derecho Constitucional tiene una importante incidencia en todas las ramas del Derecho, sino que también y con mayor razón, debe ser referente de la actuación administrativa, siendo que las mismas deben admitir el carácter supremo de la Constitución en el sistema jurídico¹⁶⁰.

159



En función de lo expuesto hasta este punto, queda claro que las autoridades administrativas actúan con sujeción a la Constitución, la Ley y el derecho, no obstante ¿cuál es la relación de esta afirmación con los recursos administrativos?

La respuesta se basa en que los recursos administrativos están fundamentados en el control de legalidad al que está sujeto la administración, es decir, en la medida que a través de los recursos administrativos, la administración debe controlar la legalidad de sus actos.

respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas

¹⁵⁸ Del Pozo, Claudia. (2007). p. 104.

¹⁵⁹ Del Pozo, Claudia. Op. cit., p. 105.

¹⁶⁰ *Ibidem*.



¿Podría en virtud, de ello efectuar un control de la constitucionalidad de sus actos?

Evidentemente, dicho control lleva a discutir acerca del control difuso en sede administrativa y si ello es legítimo o no, pues es conocido que el control difuso de la constitucionalidad es una facultad propia de los jueces, tal como dispone el artículo 138° de la Constitución¹⁶¹.

La consecuencia de esta discusión se plasmaba en la práctica cuando el operador administrativo se encontraba ante un problema, en el cual existía incompatibilidad entre una norma legal y una norma constitucional, en el cual terminaba resolviendo conforme a la ley inconstitucional, a pesar de una manifiesta contravención a una norma constitucional o al derecho fundamental¹⁶².

160 Uno de estos problemas y su solución se vía plasmada con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3741- 2004-AATC, de fecha 14 de noviembre de 2005, conocida como el caso Salazar Yarlenque¹⁶³, que dispone lo siguiente:

6. Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los orígenes constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51° de la Constitución. De modo

¹⁶¹ Artículo 138°. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus Órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

¹⁶² Morales Godo, Juan. (2007), p. 116.

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3741-2004-AA/IC, de fecha 14 de noviembre de 2005, sobre la acción de amparo interpuesta por Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la Municipalidad de Surquillo.

tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley —más aún si esta puede ser inconstitucional— sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como “Principio de legalidad”, en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que **“las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)”** (resaltado agregado).

El Tribunal Constitucional consideró que las autoridades administrativas están en la obligación de respetar y preferir la supremacía de la Constitución frente a una norma legal, estando ello fundamentado en el artículo 51° de la Constitución y en el numeral I del artículo IV de la Ley N° 27444.

A partir de esta disposición del supremo interprete de la Constitución, quedó claro que las autoridades administrativas no deben dudar en hacer respetar la Constitución frente a disposiciones legales que son manifiestamente contraria a la Norma Suprema, es decir estarían facultadas a efectuar un control difuso. Frente a los criterios expuestos, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que:

7. De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal *Constitucional* estimó que (artículo VI del Dula Preliminar del Código Procesal Constitucional), ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les correspondo únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice Únicamente dentro del marco de un proceso judicial.

50. Hechas estas precisiones conceptuales, el *Tribunal* consideró que, sobre la base de lo expuesto, en dicho caso:

(...)

Regla sustancial: Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo;

(2) que la ley cuestionada no sea **posible de ser interpretada** de conformidad con la Constitución. (El resaltado es nuestro)

La regla que estableció el Tribunal Constitucional, según Del Pozo, consolida la eficacia normativa de la Constitución frente a la Ley y la obligación de la administración de respetarla, asimismo, se logra otorgar un real *sentido* al principio de legalidad administrativo.

No obstante ello, esta sentencia a partir de su emisión fue duramente criticada, puesto que, de la lectura de la misma, la regla parece estar incompleta, en tanto no se precisan las circunstancias, ni requisitos, si podía proceder de oficio o a pedido de parte, etc. Por ello, el Tribunal emitió una aclaratoria a la sentencia previamente citada de fecha 13 de octubre del 2006, en la que dispuso lo siguiente:

7. Que el ejercicio, en aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines *manifiestamente* obstruccionistas o *ilegítimos*, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley... de conformidad con el *Último* párrafo del artículo VI del *Título Preliminar del Código Procesal Constitucional* o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente *vinculante del Tribunal Constitucional* establecido *de* acuerdo con el artículo VII del *Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*.

8. Que, de **conformidad** con el **tercer** párrafo del artículo VI del **Título Preliminar** del Código Procesal Constitucional. (El resaltado es nuestro)

162

Sobre el sentido de la aclaración efectuada por el Tribunal Constitucional, es preciso comprender que, efectivamente se esclarecen aspectos que quedaron inconclusos en la sentencia inicial y que ofrece un panorama coherente, en el cual los órganos administrativos que pueden efectuar el control difuso, lo harán en la medida que impartan "justicia administrativa"; es decir que sus funciones se asimilen a las funciones que realiza un juez.

Al respecto, Morales Saravia señala que: esta posición adoptada por el Tribunal Constitucional es moderada, dado que reconoce efectuar el control difuso solo a los Tribunales Administrativos y órganos colegiados que materialmente actúan como los otros y no a toda la *Administración*, como era la preocupación de la Asociación *Peruana* de Derecho *Administrativo*, al menos por ahora¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Morales Saravia, Francisco. (2007). p. 137.

Con relación a este tema, Del Pozo ha precisado que la importancia de la sentencia del Tribunal Constitucional radica en que esta superó el supuesto vacío de la norma constitucional declarando, como precedente constitucional de observancia obligatoria, la facultad y deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados y últimas instancias administrativas de competencia nacional, de aplicar el control difuso de constitucionalidad, siempre y cuando el examen de constitucionalidad de la administración sea relevante para dar solución a la controversia planteada dentro de un procedimiento administrativo y cuando la ley sea manifiestamente contraria a la Constitución y no pueda ser interpretada conforme a esta¹⁶⁵.

Ahora bien, una vez analizados todos estos elementos relacionados tanto a los recursos administrativos, como al control difuso, debe precisarse los siguientes puntos:

Los recursos administrativos tienen la finalidad de que la Administración revise o controle sus propios actos, cuando estos vulneren los derechos de los administrados o cuando no se adecuen al principio de legalidad en los términos del numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

163

Por otro lado, de conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3741-2004-AA/TC, la cual es un constituyo un precedente de observancia obligatoria, los tribunales administrativos y órganos colegiados con carácter nacional tuvieron la facultad y el deber *de* preferir la Constitución e inaplicar *una disposición infra constitucional* que la vulnera *manifiestamente, bien* por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la *Constitución*.

(...) los recursos administrativos están íntimamente relacionados con el control difuso administrativo, pues al efectuar el control de sus propios actos, la Administración (tribunales administrativos u órganos colegiados de competencia nacional) debe verificar la constitucionalidad del acto impugnado por el administrado primer lugar y luego evaluar su legalidad.

¹⁶⁵ Del Pozo, Claudia. Op.cit.pp. 109-110.

Tal como se puede apreciar, los recursos administrativos están íntimamente relacionados con el control difuso administrativo, en tanto al efectuar el control de sus propios actos, la Administración (tribunales administrativos u Órganos colegiados de competencia nacional) deben verificar la constitucionalidad del acto impugnado por el administrado en primer lugar y luego evaluar su legalidad. Así, en caso la vulneración a la Constitución sea manifiesta o no se pueda interpretar la Ley conforme a la Norma Suprema, entonces es obligación de los Órganos administrativos, antes aludidos, de aplicar el control difuso en sede administrativa, que tuvo como origen un recurso administrativo.



En este sentido, ¿bajo qué recursos se efectuaría este "control difuso"?

164

En el caso del recurso de reconsideración, solo sería exigible efectuar un control difuso, en caso se trate de una impugnación dirigida a la Única instancia. Así, no cabe exigir infectar este control en los demás casos, dada que, un requisito de procedencia propio de este recurso es la existencia de una nueva prueba, tema que implica una sustentación del recurso en aspectos de carácter factico y no de derecho.

Sin embargo, en el caso del recurso de apelación y de revisión la situación es distinta, pues la impugnación de actos administrativos, a través de estos recursos se puede llevar a cabo, a través de fundamentos de derecho que requieran u obliguen a la Administración a efectuar el control difuso. Por tanto, si la autoridad administrativa a la que este dirigido el recurso de apelación o revisión es un tribunal administrativo u Órgano colegiado de alcance nacional, entonces estos están obligados a preferir la Constitución frente a una norma de carácter legal o reglamentario. Ella, en aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional antes referida.

El análisis expuesto a lo largo del presente artículo muestra que los instrumentos legales, tanto de naturaleza procesal (recursos

administrativos) como de naturaleza sustancial (control difuso administrativo) están íntimamente relacionados y conviene por ello, que su utilidad se plasme ante situaciones prácticas donde, lo que se busca es solucionar problemas jurídicos.

Sin embargo, y pese a que a la correcta aplicación que se venían siguiendo de prevalecer los derechos fundamentales a una aplicación estricta del principio de legalidad y de separación de poderes, el Tribunal Constitucional ha revocado dicho precedente en mención, y de manera descontextualizada aborda a partir del fundamento 30 la supuesta necesidad de cambiar o revocar el precedente “Salazar Yarlenque”. En el fundamento 33 de la STC 04293-2012-PA/TC el Tribunal señala tres objeciones relevantes al precedente:

La primera objeción

El control difuso es una atribución exclusiva del Poder Judicial y de quienes ejercen función jurisdiccional. El propio Tribunal Constitucional ha descartado acertadamente la tesis de la interpretación restrictiva en la sentencia pronunciada en el Expediente N° 0142-2011-AA, “Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia”, al reconocer la atribución de control difuso arbitral (fundamento 24). La realidad es que en nuestro sistema jurídico se ha extendido la creación de tribunales administrativos. No estamos en el judicialismo del siglo XIX en el que están petrificados los magistrados que suscribieron la revocación del precedente.

La segunda objeción

Afirma que el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido la consulta como instrumento de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso en la resolución de procesos judiciales [2]. Como este instrumento no está previsto para el control difuso administrativo, las resoluciones así emitidas por los tribunales administrativos quedarían firmes en la vía administrativa y exenta de control. Este es un argumento operativo. Empero, no es un argumento de fondo. Más que una objeción es un

problema para la correcta operatividad del control difuso administrativo que puede ser superado siguiendo la propuesta de Oscar Urviola –en su voto singular– de incorporar la consulta al control difuso administrativo.

La tercera objeción

Sostiene que afectaba el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder Judicial y/o el Tribunal Constitucional, así como el principio de separación de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controlar las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa.

166

Al Ejecutivo sólo le corresponde cuestionar la constitucionalidad de una ley sino sólo acatarla. Descartamos ese criterio que prejuzga que los miembros de tribunales administrativos no son independientes. Están dentro del ámbito del Poder Ejecutivo pero gozan de independencia funcional.

En tal sentido y por lo expuesto por el Tribunal Constitucional el conceder facultades a los tribunales administrativos para que ejerzan el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, pues no se debería permitir que quien por imperio de la Constitución no posea legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes.

Es importante mencionar el voto singular emitido por el magistrado Urviola Hani, Presidente del Tribunal, quien recoge una posición distinta, la cual compartimos, puesto que tal como se ha venido señalando existe una relación directa entre el control difuso y los recursos administrativos.

Señala el voto singular del magistrado Urviola:

17. (...) Estimo que la mejor solución no sería eliminar el precedente vinculante sobre control difuso administrativo, sino por el contrario, mejorarlo, adicionando por ejemplo una nueva regla que incorpore el

procedimiento de consulta u otro similar ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cada vez que un Tribunal Administrativo Nacional aplique el control difuso sobre una ley, siempre y cuando dicha decisión no sea impugnada judicialmente por las partes.

Al respecto cabe señalar que el Tribunal Constitucional si bien tiene la facultad de emitir precedentes vinculantes y, por ende, también posee la facultad de dejarlos sin efecto, y una característica importante de esta sentencia, es que solo se limita a dejar sin efecto el precedente vinculante, mas no establece la prohibición de que los Tribunales Administrativos u Órganos Colegiados se encuentren impedidos de inaplicar normas legales o infralegales que colisionen con la Constitución.

Asimismo, en dicha la sentencia que deja sin efecto al precedente Yarlenque, se refiere a la labor y funciones que debe desempeñar la Administración Pública. En dicho enunciado, señala que la actuación de la Administración debe:

"debe enmarcarse en el contexto de un Estado de derecho (artículo 3º, Constitución), y está condicionada en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. Aún a riesgo de ser redundantes, debe resaltarse el sometimiento de la Administración Pública a la Constitución; esto es, la obligatoriedad de respetar durante la tramitación de los procedimientos administrativos tanto los derechos fundamentales como las garantías procesales correspondientes (derecho al debido proceso, derecho de defensa, etc.) así como de los principios constitucionales que lo conforman (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.)".

167

Es decir que por un lado el Tribunal Constitucional señala la obligación que tienen los órganos administrativos que deben resolver con estricto apego a las reglas constitucionales, sin embargo, retira la base jurisprudencial que les permitía inaplicar normas que colisionan con la Constitución.

Por lo tanto, pese a la existencia o no de un precedente vinculante que reconozca el control difuso administrativo, los órganos de la Administración Pública se encuentran en la obligación de seguir

lo establecido en la Constitución, y por lo tanto deberán seguir realizando decisiones conforme a esta, y siendo que toda decisión administrativa es susceptible de impugnación ante el Poder Judicial será finalmente la autoridad jurisdiccional quien en aplicación del control difuso declare de manera definitiva la inaplicación o no de las normas legales que sean inconstitucionales según cada caso.

Por otro lado, resulta importante analizar el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional, dado que se ha pronunciado sobre un precedente vinculante sin que el caso que resolvió, haya tenido relación directa con la materia del precedente en mención, afectando la debida motivación y la adecuada argumentación jurídica.

El principio de congruencia, establece que si en un proceso se versa sobre una materia controvertida específica, el pronunciamiento de esa sentencia debería ser sobre dicha materia y no sobre otra materia.

168

Por ende, si bien es verdad que el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional faculta al Tribunal Constitucional a emitir precedentes vinculantes en sus sentencias, no es menos verdad que el principio de congruencia determina que esos precedentes vinculantes deben estar referidos a la materia que se está resolviendo en la sentencia. Y así ha venido siendo efectuado por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo ese cumplimiento del principio de congruencia no se ha respetado en la sentencia que estamos analizando, pues la materia del caso Consorcio Requena no fue de ninguna manera sobre control difuso administrativo.

Tal como puede advertirse leyendo el tenor de la sentencia, la controversia entre Consorcio Requena y OSCE fue sobre dos materias: la facultad de la Administración para incorporar de oficio hechos nuevos al procedimiento administrativo, y la aplicación del principio de igualdad.

La facultad de la Administración para incorporar de oficio hechos nuevos al procedimiento administrativo

En cuanto a la primera materia Consorcio Requena argumentó que se violó su derecho al debido procedimiento cuando al resolver su recurso de apelación OSCE incorporó de oficio un hecho que no había sido alegado por las

partes (el no haber presentado en la propuesta técnica la copia del título profesional de Ingeniero del Gerente de Obras que exigía las Bases del proceso selectivo), mientras que OSCE argumentó que tal facultad estaba regulada en la Ley 27444 y además el consorcio había efectuado oportunamente su derecho de defensa.

La aplicación del principio de igualdad

En cuanto a la segunda materia Consorcio Requena argumentó que se violó el principio de igualdad pues en otro caso similar el mismo colegiado administrativo consideró que si se presentaba copia del diploma de colegiatura del Ingeniero de obras se consideraba cumplido el requisito de las Bases porque la colegiación presupone que el profesional cuenta con el título correspondiente, a lo cual OSCE argumentó que la decisión referida por el accionante no era vinculante. Ambas materias fueron resueltas en la sentencia declarándose infundada la primera y fundada la segunda.

169

No hay nada en el tenor de la sentencia que determine que OSCE resolvió la apelación del Consorcio Requena inaplicando determinada ley por control difuso administrativo, y que consecuentemente Consorcio Requena acudió al amparo para cuestionar esa aplicación del control difuso administrativo por parte de OSCE. Es decir que la materia controvertida en el proceso no versó nunca sobre las facultades de la Administración Pública para ejercer control difuso.

Sin embargo, luego de solucionar las dos materias controvertidas (incorporación de hechos nuevos y principio de igualdad) el Tribunal Constitucional ha incorporado subrepticamente en la sentencia una materia absolutamente ajena al caso: la eliminación del precedente vinculante sobre control difuso administrativo. Como suele decirse coloquialmente: el tema ha sido metido de contrabando.

Como cualquier lector puede advertir al leer la sentencia, no existe ninguna conexión fáctica ni jurídica entre el caso sometido a conocimiento del Tribunal Constitucional por Consorcio Requena y OSCE, y la decisión de dejar sin efecto el precedente vinculante sobre control difuso administrativo. Por ello, la sentencia adolece de una completa falta de motivación en ese extremo, hecho impensable e injustificable por tratarse precisamente del órgano que tiene en sus manos el control de constitucionalidad de las normas y actos.

Una situación como la descrita nos lleva a pensar que la parte de la sentencia pertinente al control difuso administrativo pertenece quizás a otra sentencia que iba a ser emitida en un caso distinto, o siendo más maliciosos nos induce a sospechar que el Tribunal Constitucional ha estado a la espera de que llegara a sus manos cualquier caso en el que el demandado fuere un colegiado de la Administración Pública para dejar sin efecto el control difuso administrativo aún cuando la materia demandada fuere cualquier otra. En cualquier caso, este hecho sienta un peligroso antecedente.

170

IX. COMENTARIOS FINALES

En primer lugar cabe señalar que el derecho de recurrir, es una manifestación del derecho de petición. Por cuanto en su concepto no todos los particulares que tengan el derecho de peticionar pueden también tener derecho a recurrir, porque el primero lo tiene toda persona natural o jurídica, mientras que el derecho a recurrir lo tienen únicamente los interesados, los titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos afectados por el acto.

En el presente artículo se ha expuesto el concepto, características y los presupuestos para poder interponer un recurso en sede administrativa, habiéndose identificado los casos en los que estos no son procedentes y los casos en que procede acudir a instancias jurisdiccionales.

En tal sentido, se ha señalado que los recursos administrativos de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, se definen como actos de naturaleza procesal que realiza el administrado, en ejercicio de su

derecho de defensa, contra un acto administrativo que, considera, ha lesionado sus derechos o intereses legítimos, a fin de que la Administración efectúe un control de los mismos para modificarlo, sustituirlo o eliminarlo del ordenamiento.

Asimismo, se han planteado las diferencias doctrinarias que existen respecto a si los recursos son parte del procedimiento previo que dio origen al acto impugnado o si constituyen nuevos procedimientos. La clave para determinar ello se encuentra en determinar a partir de cuándo se da el "fin del procedimiento", criterio que de acuerdo al artículo 186° de la Ley N° 27444, implica que los actos que se pronuncien sobre el fondo del asunto culminan el procedimiento, de modo tal, que los recursos administrativos inician un nuevo procedimiento denominado procedimiento recursal.

Por otro lado, con respecto a las principales características de los recursos administrativos se ha hecho referencia a su condición de *numerus clausus*, asimismo, que no suspenden la ejecutividad del acto administrativo, que no se pueden ejercer simultáneamente y que inician un procedimiento recursal.

Entre los efectos de los recursos administrativos se ha señalado que no necesariamente esto es el agotamiento de la vía administrativa, pues esta constituye principalmente una garantía del administrado, a fin de que pueda recurrir y someter a control, las resoluciones emitidas por funcionarios públicos ante el Poder Judicial.

No obstante, en todos los casos en los que el planteamiento del recurso tenga como consecuencia la imposibilidad de seguir impugnando en vía administrativa, corresponde dar por concluido el procedimiento administrativo y considerar habilitada la vía judicial para cuestionar el acto impugnado.

Otro aspecto que es importante distinguir es la diferencia entre actos que causan estado y actos firmes o consentidos. Los actos que causan estado son aquellos que agotan la vía administrativa habilitando al administrado la posibilidad de interponer la respectiva demanda contenciosa administrativa o el proceso de amparo constitucional. En cambio, los actos firmes o consentidos son aquellos que no pueden ser impugnados en sede administrativa

ni judicial debido a que han transcurrido los plazos perentorios para su impugnación.

Los recursos administrativos según nuestro ordenamiento jurídico son tres:

- el recurso de reconsideración,
- el recurso de apelación y
- el recurso de revisión.

A través de estos, el administrado ejerce su derecho de defensa y la Administración controla sus propios actos. En esta medida se ha analizado la relación entre los recursos administrativos y el control difuso de la Administración respecto a los actos administrativos que emite, pues esta tiene la obligación de comprobar la conformidad de estos, no solo con la Ley, sino también con el ordenamiento jurídico.

172

De acuerdo a ello, los recursos administrativos son un mecanismo eficaz o deben pretender serlo, para lograr el control de los propios actos emitidos por la administración a fin de que no vulneren la Constitución, el ordenamiento jurídico ni el principio de legalidad en los términos descritos en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

Así, la tesis de la primacía Constitucional en el Derecho Administrativo, a la que se suscriben autores como Del Pozo, Morales Godo y Morales Saravia, exige a las autoridades administrativas actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas.

Actualmente con el nuevo pronunciamiento sobre la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3741-2004-AATC, conocido como el caso Salazar Yarlenque y en la que, se estableció el precedente de observancia obligatoria, la cual ha sido desestimada hoy en día, se establece una primacía al principio de legalidad y al principio de separación de poderes.

Si bien consideramos una visión tan estrecha puede afectar el derecho de los administrados, consideramos pertinente señalar que a partir de los elementos discutidos en el presente artículo,

podríamos afirmar que los recursos administrativos están íntimamente relacionados con el control difuso administrativo, pues al efectuar el control de sus propios actos, la Administración (tribunales administrativos u Órganos colegiados de competencia nacional) debe verificar la constitucionalidad del acto impugnado por el administrado en primer lugar y luego evaluar su legalidad.

Asimismo, es importante lo señalado por el Magistrado Urviola, quien destaca la importancia que tendría este control, y quien considera que en vez de eliminarlo debió establecerse las pautas para mejorarlo y darle mayores herramientas en beneficio de los administrados.

Por otro lado, es pertinente señalar que si bien se ha desestimado el precedente de observancia obligatoria, el Tribunal Constitucional no ha manifestado la imposibilidad de ejercer dicho control por parte de la Administración y de los Cuerpos Colegiados, tan solo, dejo sin base jurisprudencial a estos para que puedan ejercer dicho control. Asimismo, en dicha resolución, el Tribunal hace hincapié en la necesidad de que la Administración vele por el respeto a la constitución y a los derechos fundamentales de los administrados.

173

En el caso del recurso de reconsideración, por regla general, no es posible efectuar el control difuso administrativo, dado que, el requisito de procedencia de este recurso es la existencia de una nueva prueba, lo que conlleva a efectuar un análisis factico y no jurídico. Sin embargo, en el caso que la impugnación esté dirigida a la única instancia, procedería efectuar dicho control.

En el caso del recurso de apelación y de revisión, el panorama es más claro, pues la impugnación de actos administrativos, a través de estos recursos se puede llevar a cabo, a través de fundamentos de derecho que requieran u obliguen a la administración a efectuar el control difuso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Publicaciones

- Becerra Pinilla, Jorge. (1995). El derecho de petición en Colombia. Normas, Jurisprudencia, doctrina y modelos prácticos. Santafé de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Canosa, Armando. (2014). Procedimiento Administrativo: recursos y reclamos, 2da. Edición. Buenos Aires: Astrea.
- Canosa, Armando. (2008). Procedimiento Administrativo: recursos y reclamos. Buenos Aires: Abelede-Perrot.
- Carrillo Flores, Antonio. (2000). *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, México, Tribunal Fiscal de la Federación.
- Carpio Marcos, Edgar y Grandes Castro, Pedro (coords.). (2007). Cuadernos de análisis y crítico a la jurisprudencia constitucional. N° 1. La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos: un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional. Lima: Palestra. Marzo.
- Delpiazzo, Carlos E. (2004). *Derecho administrativo uruguayo*, México: Porrúa.
- 174 Del Pozo, Claudia. (2007). "El control de la constitucionalidad ejercido por la administración pública". En: La Cuadernos de análisis y crítico a la jurisprudencia constitucional. N° 1. La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos: un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional/ coords. Edgar Carpio Marcos, Pedro P. Grandez Castro. Lima: Palestra.
- Diez, Manuel María. (1974). Derecho Administrativo. Tomo II. Buenos Aires.
- Escola, Héctor Jorge. (1967). Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos. Buenos Aires. Depalma.
- García de Enterría, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II.
- Gordillo, Agustín, (2004). *Tratado de derecho administrativo*, t. 4: *El procedimiento administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Capítulo III, p. 16.
- Ibáñez García, Isaac. (1993). *Derecho de petición y derecho de queja*, Dykinson, Madrid.
- Nava Negrete, Alfonso y Quiroz Acosta, Enrique. (2003). "Recursos administrativos", en Fernández Ruiz, Jorge (coord.), Diccionario de derecho administrativo, México UNAM-Porrúa.
- Nava Negrete, Alfonso. (1988). "Recursos administrativos", *Justicia administrativa*, México, Trillas.
- Martínez Cevallos, Guillermo José. (2002). El derecho de petición, Leyer, Bogotá.

- Morales Godo, Juan. (2007). "Control Difuso por parte de los tribunales administrativos". En: La Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional. N° 1. La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos: un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional/ coords. Edgar Corpio Marcos, Pedro P. Grandez Castro. Lima: Palestra. Marzo.
- Morales Saravia, Francisco. (2007). "Tribunales administrativos y control constitución". En: La Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional. N° 1. La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos: un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional/ coords. Edgar Carpio Marcos, Pedro P. Grandez Castro. Lima: Palestra.
- Morón Urbina, Juan Carlos. (2011). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, Juan Carlos. (2009). Los Recursos en la Ley del Procedimiento administrativo General y en los procedimientos sectoriales. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rizo-Patrón, Javier y Patroni Vizquerra, Úrsula. (2009). "La revisión de los actos administrativos en la vía administrativa". En: Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).
- Serra Rojas, Andrés. (1985). Derecho Administrativo. México. Editorial Porrúa.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3741-2004-A/TC, de fecha 14 de noviembre de 2005, sobre la acción de amparo interpuesta por Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la Municipalidad de Surquillo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 02833-2006-PA/TC, de fecha 28 de noviembre de 2007, sobre la demanda de amparo interpuesta por Milder Sidanelia Llamosas Lazo contra el Consejo Nacional de Inteligencia (CN1).

Internet

- Dromi, Roberto. (1998). Derecho Administrativo: Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: [http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=caché:Qnh4zqHfG5gJ:scholar.googlecom/+Dromi,+Roberto.+\(1998\).+Derecho+Administrativo:+Buenos+Aires&hl=es&as_sdt=0,5](http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=caché:Qnh4zqHfG5gJ:scholar.googlecom/+Dromi,+Roberto.+(1998).+Derecho+Administrativo:+Buenos+Aires&hl=es&as_sdt=0,5)

POLÍTICAS PÚBLICAS: REFLEXIONES GENERALES SOBRE SUS ALCANCES Y DISEÑOS

Juan José Martínez Ortiz

Abogado, Magíster en Derecho, con estudios de Economía y Regulación de servicios públicos a nivel de Maestría. Asesor Legal con más de 15 años de experiencia profesional en la asesoría de entidades de los sectores público y privado. Especialista en Derecho Mercantil, Derecho Administrativo, Gestión Pública, Sistemas Administrativos del Estado, Promoción de la Inversión Privada, Regulación de Servicios Públicos y Análisis Económico del Derecho, profesor universitario en cursos de su especialidad.

POLITICAS PÚBLICAS: REFLEXIONES GENERALES SOBRE SUS ALCANCES Y DISEÑO

Juan José Martínez Ortiz

"Desde que nacemos hasta que morimos, las actividades del Estado influyen de innumerables maneras en nuestras vidas"
Joseph Stiglitz

RESUMEN

En el presente artículo se plantea una definición y caracterización de aquello denominado "políticas públicas". Adicionalmente se plantea el uso de la técnica denominada Análisis Costo – Beneficio, para el diseño de las políticas públicas.

179

SUMILLA

I. Introducción. II. Las funciones y actividades del Estado. III. Concepto de políticas públicas. IV. Concepto de Gestión Pública. V. Actores involucrados en las políticas públicas. VI. Las políticas públicas y la gestión pública: una analogía. VII. El ciclo de las políticas públicas. VIII. Ideas para la generación y puesta en práctica de políticas públicas eficaces. IX. Las políticas públicas y la gestión pública: continuamos con la analogía. X. El análisis costo–beneficio como herramienta de diseño de las políticas públicas. XI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se ha extendido y popularizado el término “políticas públicas”. Así tenemos que profesionales de la Administración Pública, analistas y académicos utilizan dicho término. Sin embargo, pareciera no haber claridad conceptual sobre lo que dicha expresión significa.

El objetivo de este artículo es contribuir en dicha precisión. Para tal efecto se plantea una definición y caracterización de aquello denominado “políticas públicas” así como otros aspectos considerados importantes para su cabal comprensión.

Adicionalmente considerando que los lectores de este artículo serán funcionarios y servidores involucrados en el diseño, implementación o evaluación de las políticas públicas; se plantea el uso de la técnica denominada Análisis Costo – Beneficio, para mejorar el diseño de las políticas públicas.

180

II. LAS FUNCIONES Y ACTIVIDADES DEL ESTADO

Como señala Stiglitz, el Estado realiza una serie de funciones y actividades que impactan en las diferentes facetas de la vida de las personas. Si vemos dichas funciones y actividades con carácter general, podemos plantear la siguiente clasificación:

- a) El Estado tiene autoridad para establecer el marco jurídico que regula las actividades (económicas, profesionales, personales) de personas, entidades y empresas. El Estado establece reglas que debemos seguir y las hace cumplir.

Por ejemplo

Podemos señalar las reglas de tránsito, las reglas de la Ley General de Sociedades, la regulación de la Licencia de Funcionamiento, la regulación prevista en el Código Civil, las reglas del Código Penal, entre otras.

- b) El Estado nos presta servicios, que la sociedad puede considerar muy importantes.

Por ejemplo

Educación básica, salud, saneamiento, infraestructura de transportes, etc.

- c) El Estado cobra tributos (impuestos, contribuciones o tasas) y con ellos financia sus funciones y actividades. De esta manera afecta el patrimonio y niveles de riqueza de sus ciudadanos.

III. CONCEPTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Las políticas públicas se refieren a los objetivos que la sociedad quiere alcanzar a través del Estado. Se refiere al destino que se quiere alcanzar, en el ejercicio de las funciones y actividades del Estado.

Pero las políticas públicas no sólo se refieren al destino o al objetivo, sino también a la ruta o trayectoria que se ha de seguir. En las políticas públicas está presente el concepto de elección, de decisión, de definición entre alternativas, que lleva a cabo la sociedad.

Las políticas públicas expresan preferencias, prioridades y la existencia de un plan para llegar a un objetivo o a un resultado. Las políticas públicas responden a situaciones que son identificadas como problemas y que se quieren solucionar a través de la acción del Estado.

181

Las políticas públicas definen u orientan o fundamentan las acciones del Estado. Se refiere a las acciones –en sus diferentes modalidades– que adopta el Estado y que afectan a las personas y sus vidas. La adopción de las políticas públicas requiere de procesos o mecanismos, a través de los cuales el Estado define el curso y ejercicio de sus atribuciones.

Las políticas públicas del Estado se manifiestan a través de:

- a) Normas jurídicas.
- b) La función administrativa del Estado.
- c) Las decisiones judiciales.

Por ejemplo

En ejercicio de sus funciones el Estado podría:

- Prohibir el uso de cinturones de seguridad en los vehículos.
- Establecer las zonas donde se recibirá agua potable y servicios de saneamiento.
- Aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo.
- Establecer que la educación básica regular consta de 11 grados.
- Crear zonas donde no se pueden realizar actividades económicas y sólo se debe preservar la naturaleza.
- Eliminar el uso de semáforos en las vías públicas.
- Brindar nutrición y asistencia médica a las madres gestantes.
- Establecer el acoso sexual callejero como delito.
- Promover la contratación de mujeres en el Sector Privado.
- Establecer que el timón de los autos va al lado derecho del vehículo.
- Criminalizar la venta de alcohol.
- Legalizar la venta de marihuana.
- Prohibir la demolición de construcciones de más de 100 años de antigüedad.
- Establecer el sueldo mínimo en 3,000 nuevo soles.
- Exonerar ciertas actividades de impuestos.
- Gravar ciertas actividades con impuestos.
- Promover ciertas actividades artísticas.
- Asignar más presupuesto a la Educación Básica Regular.
- Eliminar la licencia municipal de funcionamiento.
- Estatizar empresas.
- Desplegar más policías en una determinada zona del país.
- Comprar submarinos en lugar de cazabombarderos.
- Se regula el establecimiento de universidades.
- Establecer los mecanismos específicos de protección al consumidor.
- Asignar mayores funciones a los gobiernos regionales.
- Establecer el tamaño máximo de las edificaciones.
- Proteger a los escolares del acoso (bullying).
- Utilizar mecanismos de concesiones para la generación de infraestructura y la prestación de servicios públicos.
- Determinar las vacunas obligatorias que los niños deben recibir.

- Aprobar el uso de otorongos como mascotas.
- Decidir la construcción de una determinada carretera (la ruta y las características de la carretera).
- Otorgar menores derechos laborales a los menores de 24 años.
- Permitir la existencia de sindicatos.
- Establecer visas para el ingreso de extranjeros.
- Prohibir el establecimiento de discotecas en ciertas zonas.
- Prohibir la venta de gaseosas en los locales escolares.
- Dar puntaje adicional a las mypes en los procesos de contratación estatal.
- Aprobar una concesión dentro de un área natural protegida.
- Se establece la colegiatura obligatoria para el ejercicio de determinadas profesiones.
- Se establecen derechos hereditarios para convivientes.

IV. CONCEPTO DE GESTIÓN PÚBLICA

Las políticas públicas son puestas en práctica por las entidades y organizaciones del Estado. Son estas organizaciones las que deben llevar a cabo las políticas públicas, que sirven de soporte o que apoyan su puesta en marcha.

183

Las políticas públicas no siempre son puestas en práctica por una única entidad u organización estatal. Esa es la excepción. Generalmente requieren la intervención de varias de ellas.

En ese contexto, podemos señalar que la gestión pública tiene que ver con la conducción y administración de las organizaciones del Estado.

Por ejemplo

Veamos algunas organizaciones estatales, gestión pública y políticas públicas.

- La Policía Nacional que debe hacer efectivas las reglas de tránsito.
- Una municipalidad provincial, que decide modificar la zonificación de su territorio.
- El Ministerio de Relaciones Exteriores que debe tomar acciones para recuperar patrimonio arqueológico extraído ilegalmente del país.

- El Ejército Peruano que decide intervenir en zonas donde existen focos subversivos.
- El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables pone en marcha los Centros de Emergencia Mujer.
- El Ministerio de Salud que establece acciones para lograr partos seguros.
- El Ministerio de Educación que decide implementar Colegios de Alto Rendimiento.
- Una municipalidad distrital declara zona rígida una parte de la ciudad.
- El Ministerio de Transportes y Comunicaciones que lleva a cabo el mantenimiento de determinadas carreteras a nivel nacional (privilegiando unas y dejando otras de lado).
- La Municipalidad de Lima poniendo en ejecución el sistema de buses denominado Metropolitano.
- La Policía Nacional que decide crear unidades especializadas para la protección de bancos y entidades financieras.
- Un gobierno regional que construye una plaza de toros.
- El Ministerio de Agricultura brinda asistencia técnica a agricultores que se encuentran ubicados por encima de los 4,000 m.s.n.m.
- El Ministerio de Salud capacita mujeres como "promotoras de la salud".
- El Ministerio de Economía y Finanzas otorga recursos para la construcción de 100 rellenos sanitarios en diversos puntos del país.
- El Programa Juntos decide desplegar su acción en 100 departamentos a nivel nacional.
- El Ministerio de Transportes y Comunicaciones otorga en concesión el espectro radioeléctrico para que ingresen nuevos operadores al mercado.
- La Agencia Peruana de Cooperación Internacional define los sectores y temáticas en donde se recibirá cooperación internacional oficializada.
- Proinversión brinda asesoría a los gobiernos regionales y locales que quieran desarrollar proyectos de inversión con aportes del sector privado.
- El Ministerio de Relaciones Exteriores decide abrir 20 nuevas embajadas y consulados en el mundo.

V. ACTORES INVOLUCRADOS EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Son los sujetos (personas individuales o instituciones) que participan en el ciclo de las políticas públicas.

Gráfico 27. Actores involucrados en las políticas públicas



Elaboración: Propia

185

En términos generales podemos clasificar a estos actores en:

- Organizaciones políticas (partidos políticos, alianzas frentes y otras similares).
- Líderes de las organizaciones políticas.
- Entidades y organizaciones estatales. Esto incluye a los Poderes del Estado, Organismos Constitucionalmente Autónomos y entidades sub-nacionales del Estado (gobiernos regionales y gobiernos locales).
- Funcionarios públicos (electos y designados).
- Servidores civiles de las entidades y organizaciones estatales, de los diferentes niveles de gobierno.
- Grupos de interés (con diversos niveles de organización). Por ejemplo: gremios empresariales, sindicatos de trabajadores y similares.

- g) Medios de comunicación.
- h) Líderes de opinión.
- i) Organizaciones de la sociedad civil o del tercer sector (think tanks, universidades, organismos no gubernamentales).
- j) Empresas.
- k) Ciudadanos individuales.

V. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LA GESTIÓN PÚBLICA: UNA ANALOGÍA

El alcance y relación entre políticas públicas y gestión pública se podría entender a través de una analogía. En este caso utilizaremos la navegación y un conjunto de naves (barcos).

La navegación implica un destino, un objetivo de llegada. Pero no sólo eso, también implica la elección de la trayectoria, de la ruta a seguir. Esto serían las políticas públicas.

186

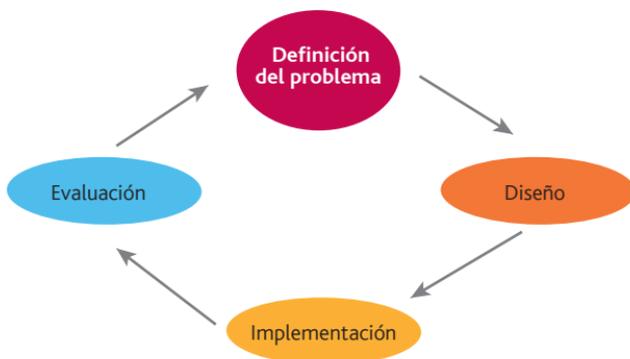
Quienes navegan, siguen la trayectoria o ruta definida, son las naves o barcos. Estas serían las organizaciones estatales. Las organizaciones estatales llevan a la sociedad y a la ciudadanía (o a parte de ella) por la ruta y al objetivo trazado en las políticas públicas. Estas organizaciones son las que nos conducen al logro, al objetivo, al destino establecido en las políticas públicas.

La gestión pública tiene que ver con el comando y dirección de las naves o barcos; con la forma cómo estos son preparados, administrados y conducidos para seguir la ruta establecida por las políticas públicas. Si la nave no está en óptimas condiciones o su dirección no es la mejor, esto afectará su navegación, su velocidad en inclusive la posibilidad de que siga la ruta y llegue al objetivo o destino que se había trazado.

VI. EL CICLO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Si se mira a las políticas públicas desde una perspectiva procedimental (es decir, como una serie de procesos, pasos y actividades) podría conceptualizarse el siguiente ciclo:

Gráfico 28. Ciclo de las políticas públicas



Elaboración: ECP del Indecopi

187

a) Definición del problema social.

Surge por demanda de parte de los actores (ciudadanos, empresas, grupos de interés, medios de comunicación, líderes de opinión, líderes políticos o por evaluación).

También puede surgir por definición del problema de parte de las entidades y organizaciones estatales o de sus funcionarios y servidores.

El problema en cuestión puede afectar a toda la sociedad o a una parte de ella.

b) Diseño.

Tiene que ver con el estudio del problema y planteamiento de alternativas de solución posible. Requiere de información sobre el problema, su naturaleza y sus alcances. Para la definición de la política pública.

Técnicamente requiere de un análisis ex – ante. Esto es un análisis del problema, de las relaciones de causalidad (que originan el problema) y las medidas o alternativas para enfrentarlo.

c) Implementación de la política pública.

En esta etapa se pone en práctica la política pública a través de los mecanismos seleccionados y por parte de las entidades y organizaciones estatales.

d) Evaluación de la política pública.

Se trata de un análisis ex – post. Se trata de analizar si luego de su implementación, la política pública solucionó o enfrentó el problema.

Si bien se presenta a las políticas públicas como un ciclo ordenado y lógico, debe tenerse en cuenta que en la práctica las políticas públicas se ven afectadas fuertemente por el proceso político formal, las presiones políticas, la opinión pública así como por los consensos u opiniones imperantes –que de diversas maneras– se establezcan en la sociedad.

En este sentido, el ciclo de las políticas –en la práctica– puede aparecer como errático y desordenado y puede afectar las diversas etapas del ciclo. Es por ello que las políticas públicas se cuestionan, se redefinen, se modifican en su implementación o se dejan sin efecto.

VII. IDEAS PARA LA GENERACIÓN Y PUESTA EN PRÁCTICA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFICACES

Consideramos que una política pública es eficaz, cuando logra efectivamente implementarse, de manera sostenible y enfrenta un verdadero problema social, de la manera más eficiente posible.

Para generar y poner en práctica de manera eficaz una política pública, se debe tener en cuenta lo siguiente:

Capacidad técnica de las organizaciones estatales

Debe considerarse la realidad de las organizaciones estatales. Sus características, recursos, capacidades y niveles de esfuerzo que podrían realizar. Las políticas públicas dependen de la situación de las organizaciones estatales.

Sostenibles económicamente

Debe considerarse los recursos de los que dispone el Estado, los costos de la política pública y la capacidad para financiarlos en el tiempo. Una política pública que genere costos exponenciales al Estado probablemente no será sostenible. De igual manera, un Estado con pocos recursos y poca capacidad de financiamiento, probablemente no tendrá mucho margen para establecer políticas públicas.

Políticamente viables

Esto significa que debe existir consenso o por lo menos, aceptación de los actores clave o interesados en la política pública. Este consenso o aceptación puede ser variable en el tiempo y puede afectar –como de hecho sucede– el alcance y dirección de las políticas públicas.

189

VIII. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LA GESTIÓN PÚBLICA: CONTINUAMOS CON LA ANALOGÍA

Líneas arriba se señaló que las políticas públicas eran el objetivo y la ruta o trayectoria que debían seguir las entidades y organizaciones públicas. Asimismo, indicamos que la conducción de las entidades y las organizaciones públicas era la gestión pública.

Siguiendo con la analogía, podemos decir que las trayectoria y el objetivo (las políticas públicas) son definidas por los actores. Algunos de estos actores ocupan las naves (los barcos) y definen dicha trayectoria y objetivos, pero otros, desde fuera de fuera también pueden afectarlos.

Estos actores externos a las organizaciones (o las otras organizaciones) se comportan como las corrientes marinas y los vientos, que pueden afectar la ruta, la trayectoria y el destino al cual arribará nuestra nave (barco).

Igualmente, siguiendo con la analogía, se debe considerar la gestión pública (la conducción y administración de la nave). Si los que dirigen y administran la nave (el barco) no están preparados o no tienen los medios para navegar y seguir la trayectoria, probablemente la nave terminará en otro lugar (diferente al planeado). Si la nave (el barco) no está debidamente preparada y equipada puede terminar naufragando y nunca arribar al destino que originalmente estaba previsto.

Gráfico 29. Condiciones de la gestión pública para el logro de metas



Elaboración: ECP del Indecopi

Nótese como en este ejemplo hemos visto la necesidad de capacidad técnica, sostenibilidad económica y viabilidad política si queremos que la nave (el barco) funcione eficazmente, transcurra por la ruta predefinida y alcance el objetivo esperado.

IX. EL ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO COMO HERRAMIENTA DE DISEÑO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Una vez definido o seleccionado el problema social, corresponde el diseño de la política pública que lo enfrentará. El diseño de la política pública tiene que ver con el estudio del problema y planteamiento

de alternativas de solución posible. Desde el punto de vista técnico, para el diseño de las políticas públicas debería utilizarse el Análisis Costo – Beneficio (mecanismo de análisis ex–ante).

El Análisis Costo – Beneficio (ACB) es un proceso de análisis sistemático, donde se evalúan los efectos esperados de diversas alternativas de políticas públicas (propuestas para resolver un problema social).

Para la evaluación se pueden utilizar diferentes métodos de análisis. Sin embargo, el análisis costo/beneficio utiliza a la economía como marco teórico así como sus herramientas metodológicas.

En ese contexto, el ACB busca determinar o elegir una alternativa de política pública que maximice beneficios y minimice sus costos (sociales, no los privados). Luego de aplicado el ACB, los involucrados (legisladores, funcionarios, autoridades en general) obtienen un listado de alternativas de políticas públicas factibles de ejecución, ordenadas en función a su eficacia y eficiencia.

Para llevar a cabo el ACB, se deben desarrollar los siguientes pasos.

Paso 1

Establecer con claridad el problema que se quiere enfrentar. Determinar su naturaleza, sus posibles causas y los efectos que viene generando (daños o riesgos, por ejemplo).

Paso 2

Establecer claramente los objetivos que se quieren alcanzar, en relación al problema determinado.

Paso 3

Identificar las varias alternativas que podrían establecerse para enfrentar el problema identificado y alcanzar los objetivos establecidos. Establecer causalidades. Identificar los grupos que resultarían afectados (positiva negativamente) por la política pública a adoptar.

Paso 4

Analizar los beneficios de cada una de las alternativas, así como sus costos (para la sociedad y para el Estado), incluyendo los costos de implementación o de "enforcement".

El ACB es un ejercicio de análisis predictivo, basado en un marco teórico. Esto quiere decir que el ACB pretende predecir los efectos que generarán las políticas públicas. En esto reside su utilidad para la fase de diseño.

X. CONCLUSIONES

- a) El Estado realiza una serie de funciones y actividades que impactan en las diferentes facetas de la vida de las personas.
- b) Las políticas públicas se refieren al destino que la sociedad quiere alcanzar, utilizando para ello, las funciones y actividades del Estado.
- c) Las políticas públicas no sólo se refieren al destino o al objetivo que se quiere alcanzar, sino también pero también a la ruta o trayectoria que se ha de seguir.
- d) En las políticas públicas está presente el concepto de elección, de decisión, de definición entre alternativas, que lleva a cabo la sociedad.
- e) Las políticas públicas son puestas en práctica por las entidades y organizaciones del Estado.
- f) La gestión pública tiene que ver con la conducción y administración de las organizaciones del Estado.
- g) Las políticas públicas pueden ser organizadas conceptualmente en un ciclo, compuesto por: i) definición del problema social, ii) diseño, iii) implementación y iv) evaluación de las políticas públicas.
- h) Las políticas públicas se ven afectadas fuertemente por el proceso político formal, las presiones políticas, la opinión pública así como por los consensos u opiniones imperantes –que de diversas maneras– se establecen en la sociedad.
- i) Una política pública eficaz requiere de capacidad técnica, sostenibilidad económica y viabilidad política.

- j) El diseño de la política pública tiene que ver con el estudio del problema y planteamiento de alternativas de solución posible.
- l) Desde el punto de vista técnico, para el diseño de las políticas públicas debería utilizarse el ACB.
- l) El ACB es un proceso de análisis sistemático, donde se evalúan los efectos esperados de diversas alternativas de políticas públicas (propuestas para resolver un problema social).
- m) El ACB es un ejercicio de análisis predictivo, basado en un marco teórico. Esto quiere decir que el ACB pretende predecir los efectos que generarán las políticas públicas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bardach, Eugene. (2004). Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas. México: CIDE.
- Lindblom, Charles. (1991). El proceso de elaboración de políticas públicas. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- Parsons, Wayne. (2007). Políticas públicas: una introducción a la teoría y a la práctica del análisis de políticas públicas. México: FLACSO.
- Stein, Ernesto. (2006). La política de las políticas públicas. Progreso económico y social en América Latina: Informe 2006. Washington D.C.: BID.
- Subirats, Joan; Knoepfel, Peter; Larrue, Corinne y Varone, Frédéric. (2008). Análisis y gestión de políticas públicas. Barcelona: Ariel.
- Waissbluth, Mario. (2002). La Reforma del Estado en América Latina: Guía Abreviada para Exploradores en la Jungla. Programa Latinoamericano de Gerencia Pública. POLIS.

EL ROL DEL INDECOPI EN LAS POLÍTICAS NACIONALES

Hebert Tassano Velaochaga

Presidente del Consejo Directivo del Indecopi. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Regulación de Servicios Públicos por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y el IEDE Business School, Universidad Europea de Madrid (energía –telecomunicaciones, infraestructura y competencia). Postgrados en Regulación del Sector Eléctrico en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid; Derecho de la Energía en la UPC; Regulación de Servicios Públicos en la PUCP; Instituciones Jurídicas del Mercado en la UPC; y Gobernabilidad y Gobierno Local CEDDET – España; PEE en Organización y Administración en la Universidad ESAN; 35th International Training Program on Utility Regulation & Strategy, en la Universidad de Florida.

Nota del autor

Para la elaboración de este artículo se contó con la colaboración de la abogada Patricia Sarria Pardo, Asesora de la Presidencia del Indecopi, especialista en Derecho de la Competencia, Protección al Consumidor y Propiedad Intelectual.

EL ROL DEL INDECOPI EN LAS POLÍTICAS NACIONALES

Hebert Tassano Velaochaga

RESUMEN

Modernizar la gestión pública demanda un esfuerzo conjunto de autoridades, funcionarios y servidores del Estado en cada uno de sus organismos y niveles de gobierno, en las líneas siguientes se analiza la importancia del rol del Indecopi en ese proceso de cambio.

SUMILLA

I. Introducción. II. Políticas nacionales y Políticas públicas. Su importancia para el desarrollo del país. III. Rol del Indecopi en las políticas nacionales. IV. La política nacional de Protección y Defensa del Consumidor. V. Reflexiones finales.

197

I. INTRODUCCIÓN

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, es la entidad encargada de la promoción y defensa de los derechos de los consumidores. En virtud de dicho mandato viene realizando una serie de acciones y actividades para fortalecer el sistema de protección al consumidor.

La idea fundamental del cambio y fortalecimiento, es pasar de ser una entidad que sólo recibe denuncias a una entidad proactiva, que se anticipa a las posibles infracciones que puedan tener lugar en el mercado. Así, el Indecopi viene organizando actividades de capacitación, tanto a los consumidores como a los proveedores, y diseñando herramientas aplicativas que sirven para la fiscalización por parte de la autoridad como para el autoanálisis de los administrados.

198

Para seguir avanzando en su labor, se requiere de una Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor que produzca un análisis de la realidad del consumidor peruano y, sobre la base de ello, establezca los objetivos, principios, lineamientos y ejes sobre los cuales se articulará la política.

Gráfico 30. Indecopi



Elaboración: ECP del Indecopi

Si bien el diseño y ejecución de la Política Nacional está siendo liderada por el Indecopi, es preciso indicar que se requerirá del compromiso y coordinación de todas las entidades que de alguna manera se encuentran vinculadas a la defensa de los derechos de los consumidores, para su correcta ejecución.



¿Cuáles son las etapas por las que ha pasado Indecopi?

La labor inicial en materia de protección al consumidor ha sido trabajar en la implementación del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código de Consumo). Luego de tener una infraestructura que soporte el nuevo diseño, como segunda acción se comenzó con una campaña de difusión de los derechos y obligaciones contenidos en esta norma, junto con una fiscalización respecto del Libro de Reclamaciones, todo ello en adicción a acercarnos más a los consumidores, creando más oficinas regionales.

199

La tercera etapa ha consistido en reforzar los derechos y obligaciones existentes y /o crear mecanismos de autocomposición de controversias entre consumidores y proveedores y de consolidar el sistema integrado de protección al consumidor con el trabajo del Consejo Nacional de Protección al Consumidor.

Finalmente y luego de todo el trabajo mencionado, nos avocamos a realizar la elaboración de una política nacional de protección al consumidor, sobre la base de lo ya avanzado.

Gráfico 31. Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor



Fuente: Indecopi

200

II. POLÍTICAS NACIONALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. SU IMPORTANCIA PARA EL DESARROLLO DEL PAÍS

En el Perú, la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo¹⁶⁶ señala que el Poder Ejecutivo es el encargado de diseñar y supervisar las políticas nacionales y que las mismas son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades en todos los niveles de gobierno. Las políticas nacionales son fundamentales para el funcionamiento del Estado ya que definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas.

¹⁶⁶ Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Artículo 4.- Competencias exclusivas del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo tiene las siguientes competencias exclusivas: 1. Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno. (...)

Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno y por lo tanto, deben considerar los intereses generales del Estado y las diferentes realidades regionales y locales, por lo que resulta fundamental establecer mecanismos de coordinación eficiente con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política.



¿Qué son las políticas públicas?

De acuerdo a nuestra legislación, las políticas nacionales serán las que definirán los contenidos principales de las políticas públicas. De acuerdo a Roth Deubel:¹⁶⁷

Son un conjunto de elementos y procesos que, con el concurso de alguna institución gubernamental o autoridad pública, se articulan racionalmente para lograr el mantenimiento o la modificación de algún aspecto del orden social dar soluciones específicas a diversos asuntos públicos. Constan de una serie de estrategias orientadas a conseguir un determinado objetivo.

201

En ese sentido, las políticas públicas serán indispensables para las políticas nacionales, ya que brindarán soluciones específicas a situaciones de orden público, de acuerdo a la línea de acción trazada por el Estado.

En el Perú, el 22 de julio de 2002, se firmó el Acuerdo Nacional como un conjunto de políticas de Estado elaboradas y aprobadas sobre la base del diálogo y el consenso. Este acuerdo precisa el compromiso del Estado para el sostenimiento de la política económica bajo el modelo económico de economía social de mercado, donde el Estado debe cumplir su rol promotor, regulador, de transparencia y subsidiario con la finalidad de alcanzar el bienestar de la sociedad.

En esa línea, por Decreto Supremo N° 054-2011-PCM se aprobó el Plan Bicentenario denominado “El Perú hacia el 2021” que consta de las siguientes 31 Políticas del Estado:

¹⁶⁷ Roth De Ubel, André – Noël. (2014).

Gráfico 32. Políticas de Estado del Acuerdo Nacional



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)

En virtud de las Políticas de Estado del Acuerdo Nacional, se han aprobado políticas nacionales, como por ejemplo, la Política Nacional para la Calidad¹⁶⁸, la Política Nacional del Ambiente¹⁶⁹ y la Política Nacional de Gestión de Desastres¹⁷⁰, que articulan el sistema en su ámbito de acción y competencia.

III. ROL DEL INDECOPI EN LAS POLÍTICAS NACIONALES

En nuestro país, la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución) instauró el modelo de Economía Social de Mercado, estableciendo las reglas, principios rectores y derechos fundamentales económicos que permiten el funcionamiento del modelo¹⁷¹. Asimismo, estableció el rol promotor del Estado señalando que debe actuar con especial énfasis en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Constitución Política del Perú

En esa línea, el artículo 65° de la Constitución¹⁷² señala que el Estado defiende los derechos de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho de éstos a la información sobre los bienes y servicios que se comercializan en el mercado, enfatizando en velar por la salud y seguridad de la ciudadanía.

Por lo tanto, la normativa de protección y defensa del consumidor tiene fundamentación constitucional, al haberse reconocido como una materia donde la actuación del Estado debe ser proactiva y eficiente.

203

¹⁶⁸ 168 Ver Decreto Supremo N° 046-2014-PCM.

¹⁶⁹ 169 Ver Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM.

¹⁷⁰ 170 Ver Decreto Supremo N° 111-2012-PCM.

¹⁷¹ 171 Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura».

¹⁷² 172 Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 65°.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

**Ley
N° 29571
Código de
Consumo**

Asimismo, la Ley N° 29571, el Código de Consumo, establece las normas de protección y defensa de los consumidores, con la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos, cuenten con información oportuna, clara y veraz y con los mecanismos adecuados de protección que prevengan, corrijan y eliminen las conductas que vulneren sus derechos.

Del mismo modo, el Código establece el marco en que se debe realizar el trabajo de educación, orientación y difusión de los derechos de los consumidores, con énfasis en la protección de la salud y la seguridad. Para conseguir estos objetivos se debe contar con un sistema de protección al consumidor fortalecido.

204

El artículo 132° del Código crea el Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor (en adelante, el Sistema) como un conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos destinados a armonizar las Políticas Públicas que permitan optimizar la actuación del Estado para el cumplimiento de la normativa de defensa y protección al consumidor. Como parte del Sistema crea además, el Consejo Nacional de Protección del Consumidor (en adelante, el Consejo) como un órgano de coordinación presidido por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor¹⁷³ encargada de velar por el cumplimiento de las normas contenidas en la legislación.

¹⁷³ 173 Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 135°.- Autoridad Nacional de Protección del Consumidor

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, ejerce las atribuciones y funciones que le confieren las leyes para velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Código, sin perjuicio de las atribuciones y autonomía de los demás integrantes del sistema.

En la medida en que las políticas estatales permiten una visión del Estado “en acción”, desagregado y descongelado como estructura global y “puesto” en un proceso social en el que se entrecruza complejamente con otras fuerzas sociales (Oszlak y O’Donnell, 2007) es que el Indecopi, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, viene realizando una serie de acciones destinadas a fortalecer el Sistema, actuando en los siguientes tres frentes:

Gráfico 33. Frentes de actuación de Indecopi



Elaboración: ECP del Indecopi

Veamos en qué consiste cada una de ellas.

205

1. Prevención y fiscalización de las infracciones a las normas de protección del consumidor

El punto de partida del Indecopi fue reorganizarse internamente, por lo que mediante Decreto Supremo N° 107-2012-PCM se aprobaron las modificaciones al Reglamento de Organización y Funciones de la institución, con el cual se crearon y consolidaron tres áreas indispensables para el fortalecimiento del sistema de protección al consumidor.

Una de ellas fue justamente la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor¹⁷⁴ (DPC), como la encargada de

¹⁷⁴ Decreto Supremo N° 107-2012-PCM

Artículo 72-A.- Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor
La Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor es la encargada de coordinar y ejecutar las acciones que corresponden al Indecopi en su calidad de ente rector del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor, de conformidad con lo previsto en la Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor, en coordinación con los órganos y unidades orgánicas competentes en

coordinar y ejecutar las acciones que corresponden al Indecopi en su calidad de ente rector del Sistema, entre otras funciones.

La otra fue la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) como unidad técnico normativa que formula y propone normas de política de alcance nacional sobre prevención a través de actividades de supervisión y la fiscalización del cumplimiento de obligaciones legales y contractuales, asimismo, presta apoyo técnico – legal y de ejecución a los órganos resolutivos, en el ejercicio de sus facultades de supervisión y fiscalización en las actividades económicas que estos determinen¹⁷⁵.

Otra área que se consolidó fue la Escuela Nacional del Indecopi (ECP) que es el centro académico de capacitación y formación del Indecopi que despliega su trabajo bajo un mandato dual: desarrollar y fortalecer en los profesionales las competencias para desempeñarse mejor en los ámbitos de competencia del Indecopi; y promover en los ciudadanos y las empresas una conciencia a favor de los derechos de los consumidores y una cultura de mercado eficiente, justa y de respeto a la propiedad intelectual¹⁷⁶.

206

materia de protección al consumidor del Indecopi, como son: el Servicio de Atención al Ciudadano, la Comisión de Protección al Consumidor, los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor y el Tribunal del Indecopi.(...)

¹⁷⁵ Decreto Supremo N° 107-2012-PCM

Artículo 72-C.- Gerencia de Supervisión y Fiscalización

La Gerencia de Supervisión y Fiscalización es una unidad técnico normativa que formula y propone normas de política de alcance nacional sobre prevención a través de actividades de supervisión y la fiscalización del cumplimiento de obligaciones legales y contractuales, por parte de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del Indecopi.

Asimismo por encargo de los Órganos Resolutivos y Secretarías Técnicas del Indecopi, presta el apoyo técnico - legal y de ejecución, en el ejercicio de las facultades de supervisión y fiscalización en las actividades económicas que éstos determinen.

¹⁷⁶ Decreto Supremo N° 107-2012-PCM

Artículo 74-A.- Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

La Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual es el órgano que tiene a su cargo la realización de actividades conducentes a la formación y especialización de profesionales en las distintas materias temáticas de competencia del Indecopi, según lo establecido en el artículo 2° de la Ley de Organización y Funciones aprobada por Decreto Legislativo N°1033; así como

La DPC, la GSF y la Escuela Nacional del Indecopi, vienen realizando una serie de actividades y desarrollando productos que han fortalecido la labor de protección y defensa de los consumidores.

Por ejemplo

- Implementación y ejecución del Programa Presupuestal “Protección al Consumidor” cuyo objetivo es la reducción del número de denuncias en materia de consumo, a través de desarrollo de tres (3) productos: (i) agentes de relación de consumo adecuadamente informados sobre sus derechos y obligaciones; (ii) proveedores sujetos a procesos de verificación del cumplimiento normativo; y, (iii) consumidores con mecanismos alternativos de solución de controversia materia de consumo.
- Para ello, el Indecopi se encuentra trabajando en la siguientes actividades: (a) capacitación a proveedores; (b) arbitraje de consumo; (c) fiscalización a sectores con mayor impacto; y, (d) estudio de proveedores.
- Reuniones con gremios empresariales y empresas¹⁷⁷ sobre los mecanismos de atención y solución de reclamos, procedimientos administrativos, modificaciones normativas y sistema de alertas de productos riesgosos.
- Desarrollo del sistema “Mira a quien le compras” que permite que los consumidores realicen búsquedas sobre los proveedores con los que desean contratar, a fin de verificar si ha sido sancionado por el Indecopi por infracción a la normativa sobre consumidor, lo cual sirve como incentivo para que el proveedor implemente acciones de mejora.

207

la formulación de lineamientos y e implementación de políticas y estrategias de capacitación sobre dichas materias.

¹⁷⁷ ASBANC, AAP, Asociación Nacional de Afocats, IATA, Imagina, CENCOSUD, Philip Morris Perú S.A., ARAPER, DERCO, GALILEA y Banco Ripley.

- En el año 2013, la institución fue premiada por esta herramienta por la Presidencia del Consejo de Ministros en la categoría “La transparencia en los actos de la Administración Pública”.
 - Desarrollo del sistema de alertas de productos riesgosos. Para su funcionamiento se requiere del aporte multisectorial y coordinación con las empresas.
 - Esta herramienta se encuentra relacionada directamente con la protección de la salud e integridad de los consumidores frente a productos riesgosos.
 - Fortalecimiento de la cooperación pública – privada, como por ejemplo el trabajo llevado a cabo con la Asociación de Bancos del Perú (ASBANC) a través de “Aló Banco”, que consiste en la instalación de un teléfono en las instalaciones de Indecopi que permite que los consumidores gestionen telefónicamente sus reclamos ante cualquier entidad bancaria o financiera.
- 208
- Esta herramienta fue premiada por la institución Ciudadanos al Día, en la categoría “Cooperación Público Privada”.
 - Desarrollo de la herramienta “Calcula tu mora” que consiste en un aplicativo que permite determinar si las tasas de interés moratorio cobradas por los centros educativos cumplen con el límite establecido por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP).
 - Esta herramienta sirve tanto para los padres de familia que podrán saber si los intereses que les cobra el colegio se ajustan a los límites legales y para los colegios que observando el resultado, pueden ajustar el monto que cobran por intereses moratorios, a lo que señala el BCRP.
 - El aplicativo se encuentra en la página web del Indecopi.
 - Desarrollo de la herramienta “Examínate”, como un aplicativo de auto supervisión de los centros educativos privados que les permite verificar si cumplen con sus obligaciones en materia de protección al consumidor, proporcionando información

sistematizada de cuáles son sus obligaciones y un cuestionario virtual para autoevaluación. Esta herramienta permite que los colegios mejoren en el cumplimiento de la normativa y a la vez, disminuir la cantidad de infracciones.

- Desarrollo del sistema “Controla tus reclamos” mediante la cual se podrá contar con información de los proveedores sobre las quejas y reclamos que han recibido y cuál es su estado.
- Un aplicativo de estas características facilitará el uso del Libro de Reclamaciones virtual y controlar los plazos para las respuestas que los proveedores deben dar a los consumidores.
- Creación de un sistema de incentivos para que los proveedores cumplan con la normativa sobre protección al consumidor, consistente en el premio “Primero los Clientes”.
- Este premio es una plataforma de reconocimiento nacional creada para empresas que destaquen debido a sus buenas prácticas en atención de clientes, creando un incentivo para que otras empresas mejoren sus procesos.
- Desarrollo de diversos programas de capacitación dirigidos a ciudadanos, a empresarios, jóvenes y adolescentes.
- Mediante las conferencias denominadas “Martes Educativos”, las “Cátedras de Protección al Consumidor”, los “Talleres de Formación de Adolescentes en Protección al Consumidor” y el “Curso de Extensión Universitaria”, entre otros.
- Elaboración de publicaciones académicas especializadas sobre protección al consumidor como los libros “Protección al Consumidor”, “Manual de Supervisión de Centros Educativos Particulares. Compendio de normas legales de protección al consumidor en el sector educación”, “II Foro Internacional sobre Protección al Consumidor” entre otros que son de descarga gratuita¹⁷⁸.

209

¹⁷⁸ Para acceder a las publicaciones de la Escuela Nacional, ingrese al sitio web www.indecopi.gob.pe/escuela

- El “Primer Concurso de Investigaciones 2015 sobre Protección al Consumidor” que convoca a profesionales de las distintas áreas de especialización a presentar artículos originales e inéditos de investigación científica sobre temas relacionados a la protección del consumidor; con el fin de aportar al conocimiento y mediante un análisis propositivo de los resultados se generen oportunidades para mejorar o desarrollar Políticas Públicas en el área investigada.

2. Resolución de conflictos

Como señala Hernández (2009), las políticas públicas no se refieren únicamente a los procedimientos administrativos o de gestión de los órganos de gobierno, sino al proceso que conduce a la actuación.

Es por eso que en Indecopi contamos con los siguientes órganos que facilitan la resolución de los conflictos de consumo:

El Servicio de Atención al Ciudadano (SAC)

Órganos resolutivos de Protección al Consumidor

210

a) El Servicio de Atención al Ciudadano (SAC)

Es el órgano del Indecopi encargado de brindar información sobre temas dentro del ámbito de competencia de la institución, sobre el estado de los expedientes tramitados por las diversas áreas e información sobre la dirección, horario de atención, funciones y actividades del Indecopi.

Asimismo, tiene a su cargo las solicitudes de Transparencia y Acceso a la Información Pública en coordinación con las diversas áreas del Indecopi.

Una función muy importante que tiene a su cargo el SAC es la atención de reclamos mediante los procesos de conciliación en los cuales un representante del Indecopi se reúne en calidad de moderador con el proveedor y el consumidor y se busca propiciar una conversación en la que se exponga el caso y los puntos de vista en conflicto, para así llegar a un acuerdo que beneficie a todos los involucrados.

En el periodo setiembre 2013 - agosto 2014, el SAC recibió un total de 36126 reclamos en sus oficinas a nivel nacional.

El 55.87% del total de reclamos estuvo asociado a las siguientes tres actividades económicas: (i) servicios bancarios y financieros; (ii) transporte de pasajeros; y, (iii) seguros.

Una data importante es que el 49.23% de estos reclamos concluyeron porque las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio.

b) Órganos resolutivos de Protección al Consumidor

Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos (OPS)

Se encuentran a cargo de procedimientos especiales de carácter célere o ágil para controversias que no superen las 3 UIT y por denuncias que versen exclusivamente sobre requerimientos de información, métodos abusivos de cobranza y demora en la entrega de un producto. Así como los incumplimientos de medidas correctivas y de pago de costas y costos.

En el periodo setiembre 2013 – agosto 2014, los OPS iniciaron un total de 10 797 denuncias por presuntas infracciones a las normas de protección al consumidor.

Las tres (3) actividades económicas más denunciadas fueron: (i) el sistema financiero; (ii) las telecomunicaciones; y, (iii) transporte terrestre y otros tipos de transporte.

Comisiones de Protección al Consumidor (CPC 1 y CPC 2)

Las CPC 1 y CPC 2 tienen a su cargo la resolución de casos mediante el procedimiento ordinario. Es decir, tienen a su cargo todos aquellos casos donde las OPS no son competentes.

Así, en el periodo setiembre 2013 – agosto 2014 se iniciaron un total de 7782 denuncias por presuntas infracciones a las normas de protección al consumidor.

Las tres (3) actividades más denunciadas fueron: (i) el sistema financiero; (ii) educación; y, (iii) construcción e inmobiliario.

211

3. Rectoría del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor

El Indecopi, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, tiene a su cargo coordinar y presidir el Sistema, así como ejecutar la Política Nacional de Protección del Consumidor y el Plan Nacional de Protección de los Consumidores¹⁷⁹.

En ese contexto, se presenta a la ciudadanía la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, la Política Nacional) como una herramienta que permitirá proteger los derechos de los consumidores de manera más eficaz, estableciendo para tal fin los objetivos prioritarios, lineamientos, contenidos principales y estándares de cumplimiento obligatorio.

IV. LA POLÍTICA NACIONAL DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

212 Para la formulación de la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor partimos consultando a los stakeholders así como a los principales actores de esta Política: “los consumidores”.

Así, se realizó una primera encuesta en materia de protección del consumidor en Lima Metropolitana y Callao¹⁸⁰ que permitió tener un aproximamiento al conocimiento que los consumidores tienen sobre sus derechos y sobre los mecanismos de protección con los

¹⁷⁹ Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

Artículo 134.- Funciones del Consejo Nacional de Protección del Consumidor

Son funciones del Consejo Nacional de Protección del Consumidor ejecutadas en coordinación con la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor las siguientes:

a. Proponer y armonizar la política nacional de protección y defensa del consumidor, así como el Plan Nacional de Protección de los Consumidores, que deben ser aprobados por la Presidencia del Consejo de Ministros. (...)

¹⁸⁰ La «Encuesta en Lima Metropolitana y Callao para la Determinación de Línea de Base en materia de Protección al Consumidor» se realizó sobre una muestra de 4 050 encuestas entre el 8 y el 22 de febrero de 2014, y estuvo dirigida a ciudadanos mayores de 18 años, en el ámbito geográfico de Lima Metropolitana y Callao. Para la encuesta se realizaron 8 focus groups, siendo que los grupos focales estuvieron segmentados de acuerdo al nivel socioeconómico (C2/D y A2/B), rangos de edad (20 a 25 años y 35 a 50 años) y sexo (Hombres y mujeres).

que cuentan para su defensa. Los principales hallazgos de la encuesta se pueden categorizar en los siguientes temas:

- (i) el comportamiento inicial del consumidor frente a una decisión de consumo;
- (ii) la percepción con respecto a la protección y conocimiento de sus derechos;
- (iii) el comportamiento del consumidor en cuanto a defender sus derechos;
- (iv) la intención del reclamo y denuncia; y,
- (v) la vulnerabilidad de ser más afectados en una relación de consumo y la percepción con respecto a la discriminación.

Los hallazgos permitieron determinar que el eje principal de la Política Nacional debe encontrarse referido a la educación, orientación y difusión de los derechos de los consumidores.

Gráfico 34. Resultados de la encuesta

213

Actitud previa a la relación de consumo

Costumbres de consumo responsables y razonables:

- Prefieren calidad (79%) a precio.
- Leen contratos (82%).
- Leen etiquetas (80%).

Experiencia de consumo

- 81% no reportaron problemas de consumo como para presentar un reclamo.
- 18% sí reportó problemas que lo hizo pensar en representar un reclamo. (1.7 conflictos). Solo 50% de ellos presentaron el reclamo.
- Causas principales de reclamos: cobros excesivos y productos defectuosos.

Intención de reclamo

- El 79% de consumidores presentaría un reclamo de tener un conflicto y hacerlo dependería principalmente del daño y monto involucrado.
- El 76% haría mala fama a la empresa si tuviera una mala experiencia de consumo.

Conocimiento del Sistema de Protección

- 45% conoce el Código de Protección.
- Confían como defensores de sus derechos en:
 - 1° INDECOPI.
 - 2° Medios de Comunicación.
 - 3° Defensoría del Pueblo.
 - 4° Asoc. de consumidores.

Elaboración: Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor

Asimismo, se ha determinado que la Política Nacional tiene como objetivo general:

“El objetivo de la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor es contribuir a un mayor y más eficaz nivel de protección de los derechos de los consumidores, con mayor incidencia en los sectores de consumidores más vulnerables, debiendo para ello consolidar e integrar de modo progresivo el Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor, en tanto el mismo fue creado como herramienta para el logro de dicho objetivo.”

Y como objetivos específicos:

a) Fomentar la educación de los agentes del mercado en relación a los derechos de los consumidores y su obligatorio cumplimiento, fortaleciendo las actividades dirigidas a la orientación de los consumidores en el ejercicio de sus derechos y difusión de los mismos.

b) Garantizar la seguridad de los consumidores en el marco de las relaciones de consumo.

c) Promover la implementación de mecanismos de prevención y solución de conflictos de consumo entre proveedores y consumidores.

d) Fortalecer el Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor.”

214

En ese sentido, podemos apreciar que los objetivos de la Política Nacional se enfocan en los sectores de consumidores más vulnerables, para lo cual resulta fundamental consolidar e integrar de modo progresivo el Sistema con el fin de optimizar las acciones del Indecopi orientadas a garantizar el cumplimiento de las normas de protección y defensa del consumidor.

Asimismo, los objetivos se focalizan en los temas de educación, seguridad y fortalecimiento del sistema.

Para el cumplimiento de los objetivos, la Política Nacional se sustenta en los siguientes principios rectores:

a) **Articulación y coordinación** con los diversos participantes del Sistema, para la formulación e implementación de políticas sectoriales que impulsen la protección y defensa de los consumidores desde sus diversas competencias.

- b) **Eficiencia y Eficacia** para lograr los objetivos haciendo uso racional de los recursos, teniendo como base la calidad en la gestión y el mejoramiento continuo de las actividades tanto público como privadas.
- c) **Transparencia** para generar un ambiente de confianza entre la actuación del Estado en relación a la protección y defensa de los consumidores y la sociedad, de tal forma que las responsabilidades, procedimientos y reglas establecidas, se desarrollen e informen con claridad, incentivando la activa participación de la ciudadanía.
- d) **Inclusión** en el sentido de dirigir las políticas a la efectiva atención de los requerimientos y necesidades de los consumidores más vulnerables.
- e) **Protección** para promover la generación de condiciones que garanticen la transparencia y equidad en las relaciones de consumo.
- f) **Defensa** para actuar en respuesta ante la vulneración de los derechos de los consumidores.

215

Sobre la base de los resultados de la encuesta y los objetivos específicos de la Política Nacional se determinó que su estructura debe versar sobre cuatro ejes:

Gráfico 35. Ejes de política



Elaboración: ECP del Indecopi

En este contexto, el Indecopi asume el reto de pasar de ser una entidad que vela por el cumplimiento de las normas de protección al consumidor a ser un actor principal en el diseño y ejecución de la Política Nacional, dada su condición de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor.

Como hemos mencionado, la Política Nacional permitirá consolidar y fortalecer el Sistema, lo que es indispensable para la defensa y protección de los derechos de los consumidores.

Así vemos, que una Política Nacional debe tener una visión a largo plazo y no sólo restringirse a buscar solución a problemas inmediatos, un ejemplo de ello es la Política Nacional de Protección al Consumidor de El Salvador¹⁸¹, diseñada para actuar en el período 2010-2020 y en cuya formulación intervinieron los diversos actores de la sociedad.

V. REFLEXIONES FINALES

216

No cabe duda que la labor que viene realizando el Indecopi, para el fortalecimiento de la promoción y defensa de los derechos de los consumidores, resulta importante para la economía del país; ya que un mercado donde se reduzca la asimetría informativa y se ofrezcan diversos productos y servicios de calidad, será más eficiente.

En ese contexto, es necesario que la entidad encargada de promover y defender los derechos de los consumidores no sólo se encargue de velar porque todos los agentes del mercado cumplan la Ley, sino que debe actuar de manera proactiva con un plan de trabajo a largo plazo.

La Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor, cuyo diseño ha sido liderado por el Indecopi en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, contiene los objetivos prioritarios, principios, lineamientos y ejes sobre los cuales debe realizarse la promoción y defensa de los derechos de los

¹⁸¹ Para más información ver: <http://www.cordes.org.sv/documentos%20para%20web%20Cordes/El%20Salvador/gobierno/politica%20nacional%20de%20proteccion%20del%20consumidor..pdf>

consumidores, en concordancia con lo que la doctrina indica para elaborar una política pública.

Con lo cual, el Indecopi asume el reto de pasar de ser una entidad que vela por el cumplimiento de la normativa, a un actor principal en el fortalecimiento del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cuervo, J., Jolly, J.F., Roth A.N., Salazar Vargas, C., Tournier CH. y Velez, G.J. (2007). *Ensayos sobre políticas públicas*. Colombia: Universidad Externado.

Cunil Grau, Nuria (2014). *Fortalecimiento del alto gobierno para el diseño, conducción y evaluación de políticas públicas*. Caracas: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD).

Hernández, José (2009) *Política y políticas públicas: complejidad y decisiones*. Primera edición. Caracas: Cendes UCV.

Krause, Martin E. (2011). *Economías, Instituciones y Políticas Públicas*. Buenos Aires.

Mcauley, I., Sylvan, L., Ergas, H., Fels, A., Nikomborirak, D. (2008). *Políticas públicas de consumo – tendencias internacionales*. París: OECD.

Osizlak, O. Y O'Donnell, G. (2007). *Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación*. En Proyecto de Modernización del Estado. Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: retomando el debate de ayer para fortalecer el actual. Argentina: Jefatura de Gabinete de Ministros.

Roth Deubel, André – Noël. (2014). *Políticas públicas, formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.

Spink, P., Longo F., Echebarria, K., Stark, C. (2001). Nueva gestión pública y regulación en América Latina. Venezuela: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)

Subirats, J., Knoepfel, P., Larrue, C. y Varone, F. (2012). Análisis y gestión de políticas públicas. Barcelona: Editorial Ariel.

Villoria, M., Aguilar L.F., Iacoviello, M., Pulido, N., Estévez, F.J., Thill, E. y Tenorio, L. (2013). *La transformación del Estado para el desarrollo en Iberoamérica*. Venezuela: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD).

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE
TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA
PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156-164 - BREÑA
CORREO E.: TAREAGRAFICA@TAREAGRAFICA.COM
PÁGINA WEB: WWW.TAREAGRAFICA.COM
TELÉF. 332-3229 FAX: 424-1582
2015 LIMA - PERÚ



Calle De la Prosa 104 – San Borja, Lima, Perú.
Teléfono: (51-1) 224-7800
Correo electrónico: escuela@indecopi.gob.pe
Sitio web: www.indecopi.gob.pe