

ALCANCES Y PERSPECTIVAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ

RICHARD J. MARTIN TIRADO*

Sumario: 1. Introducción. 2. Origen y evolución del principio de legalidad en el Perú. 3. Principio de legalidad y derecho administrativo. 3.1 Dimensiones del principio de legalidad. 3.1.1 La dimensión material del principio de legalidad. 3.1.2 La dimensión formal del principio de legalidad. 3.2 El principio de legalidad y el control difuso en el ordenamiento peruano. 3.3 El principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa. 3.4 El principio de legalidad materializado en el control de barreras burocráticas. 3.5 El principio de legalidad en el procedimiento administrativo sancionador. 3.5.1 El principio de legalidad y el fundamento de la potestad sancionadora. 3.5.2 Manifestaciones o elementos del principio de legalidad en materia sancionadora. 3.5.3 La reserva de ley y la remisión reglamentaria en la potestad sancionadora. 3.6 Algunas particularidades del principio de legalidad en el Perú. 4. Control judicial del principio de legalidad: fortalezas y debilidades. 5. Perspectiva de evolución del principio de legalidad de la administración. 6. Conclusiones. 7. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

EL principio de legalidad es un pilar fundamental en los sistemas jurídicos de los Estados democráticos, y en particular, en el ámbito del derecho administrativo. En términos generales, este principio exige que la actuación de la administración pública se someta estrictamente a la Constitución, a la ley y al dere-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Administración Pública. Estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico. Master en Contratación Pública. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la PUCP y de diversas facultades de Derecho a nivel de pregrado y posgrado. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Profesores de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudio de Regulación. Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos.

cho, garantizando que el poder estatal no se ejerza de manera arbitraria, sino dentro de los límites normativos establecidos.

El presente artículo tiene como objetivo ofrecer una síntesis del origen y evolución histórica del principio de legalidad, destacando su desarrollo desde la primera constitución hasta su consolidación en el ordenamiento jurídico actual. Además, se abordarán sus alcances actuales y sus características principales, resaltando su vínculo con el derecho administrativo y la función de moldear la actuación del Estado en su relación con los ciudadanos.

También se analizará cómo se ha ejercido el control judicial del principio de legalidad, es decir, el papel que ha tenido los jueces en la verificación de que las actuaciones de las autoridades públicas respeten los límites constitucionales y legales para el ejercicio de sus funciones. El control judicial garantiza, además, que las decisiones administrativas no vulneren los derechos de los ciudadanos y que se mantenga el equilibrio entre el poder estatal y los derechos fundamentales.

Finalmente, el artículo presentará una reflexión sobre las perspectivas de evolución del principio de legalidad en el contexto del derecho administrativo contemporáneo en el Perú, considerando los desafíos y las oportunidades que presentan las nuevas tendencias en la administración pública, incluyendo el uso de tecnología y la modernización de los procedimientos administrativos.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PERÚ

El principio de legalidad es un pilar esencial del Estado de derecho, que se originó en dos postulados clave del pensamiento liberal de los siglos XVIII y XIX. El primero de estos postulados era la necesidad de eliminar la arbitrariedad en los modelos políticos que surgieron después de las revoluciones, buscando reemplazar la voluntad individual con la autoridad de la ley. Este cambio implicó el establecimiento de un régimen general, objetivo y previsible, en el que las decisiones políticas estuvieran subordinadas a normas claras y no a la discrecionalidad de una sola persona (1).

El segundo postulado fue el traslado de la soberanía hacia el pueblo y sus representantes democráticamente elegidos. En este marco, la ley pasó a ser la expresión directa de la voluntad soberana del pueblo, y su cumplimiento se convirtió en una obligación para todos los ciudadanos y los poderes públicos: el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo. La ley, en este sentido, fue el cimiento de las actuaciones de la Administración Pública y la principal fuente de derecho reforzando el control democrático y limitando la actuación arbitraria del poder estatal (2).

De acuerdo a García de Enterría, con el surgimiento del principio de legalidad se estableció un marco jurídico que garantizaba la certeza y seguridad necesarias

(1) VIGNOLO CUEVA, O., (2011). La cláusula del Estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(131). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2011.131.4696> p. 791 y 792.

(2) *Ibid.*

para el desarrollo de la libertad civil. Limitaba la intervención pública a lo estrictamente predeterminado en la ley, creando así un ámbito de libertad, certeza y seguridad donde los ciudadanos puedan desenvolverse sin temor a interferencias imprevistas como sucedía antes del Estado de Derecho (3).

En el Perú, desde el nacimiento de la República, ha existido regulación que reconoce expresamente el principio de legalidad (4). Así, tras la independencia del Perú, José de San Martín expidió el Decreto del 3 de agosto de 1821 para crear el Ministerio de Estado y Relaciones Exteriores, hoy la Cancillería, la institución más antigua del país desde su independencia (5). En los considerandos de este decreto, San Martín reconoce expresamente que tiene que dar cuenta de sus actuaciones a los representantes del Pueblo. Además, en dicho decreto se dispuso que a la brevedad se crearán los reglamentos necesarios para el mejor sistema de administración y el mejor servicio público (6).

En la Constitución de 1823, la primera del Perú como República independiente, se declaró de forma explícita que la Constitución constituía la ley fundamental del Estado. Asimismo, se asignó al Poder Legislativo la facultad exclusiva para crear leyes, y se estableció garantías para que no se promulgara normas (decretos leyes) que atentaran contra los derechos individuales. Además, se estableció la obligación de todos los ciudadanos de respetar la Constitución, las leyes y las autoridades, reforzando así el Estado de derecho y el concepto inicial del principio de legalidad en el país (7).

A lo largo de la historia republicana, las disposiciones que regulan el principio de legalidad han perdurado y evolucionado en el ordenamiento jurídico peruano. Actualmente, no solo está reconocido expresamente en la Constitución Política, la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), que se ha constituido como una norma mínima que rige la actuación de la Administración Pública, sino también en diversas normas legales de carácter sectorial. Desde el 2001, la LPAG consagra principios y reglas esenciales, entre ellas el principio de legalidad, que se convierte en una base sólida para exigir que la Administración actúe conforme a la ley y la Constitución.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2009). *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Editorial Civitas. p. 131.

(4) JIMÉNEZ MAYOR, J., (2024). *Régimen jurídico del Poder Ejecutivo*. Análisis exegético, jurisprudencial y doctrinario de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Tomo I. Gaceta Jurídica. p. 23

(5) Ministerio de Relaciones Exteriores. (2018, 22 de octubre). Reseña histórica. <https://www.gob.pe/institucion/rree/informes-publicaciones/343592-resena-historica>.

(6) Congreso de la República (2009). Transcripción del Decreto de 3 de agosto de 1821 expedido por José de San Martín. <https://transparencia.rree.gob.pe/index.php/datos-generales-11/12-marco-legal/2-norma-de-creacion-decreto-del-3-de-agosto-de-1821/file>.

(7) Constitución Política de la República Peruana sancionada por el Primer Congreso Constituyente el 12 de noviembre de 1823.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO

3.1 DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad es uno de los más importantes principios que rigen la actividad de la administración pública (8). Cumple tres funciones: en primer lugar, impone límites a la actividad administrativa para evitar la arbitrariedad del poder; en segundo lugar, dota a la administración de legitimidad democrática; y, tercero, dirige la actuación de la Administración Pública en tanto que le atribuye potestades, condiciona la validez de su ejercicio y establece objetivos y fines que debe perseguir (9).

En el Perú, el principio de legalidad general ha sido plasmado por el legislador peruano en el Texto Único Ordenado de la LPAG (TUO LPAG) (10) de la siguiente manera:

«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 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.» [Resaltado agregado]

A partir de la redacción del principio de legalidad, la doctrina administrativa ha señalado que el principio de legalidad tiene dos dimensiones: material y formal.

3.1.1 La dimensión material del principio de legalidad

La dimensión material conforme al TUO LPAG establece que «**las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho**» (11). Así, el primer parámetro ineludible es la Constitución, como norma suprema, a cuya fuerza normativa la Administración Pública se encuentra subordinada. Landa ha señalado que «la Constitución irradia su fuerza normativa no solo

(8) Se entiende como entidades de la administración pública, de acuerdo con el artículo I del título preliminar del TUO de la Ley núm. 27444, 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; 2. El Poder Legislativo; 3. El Poder Judicial; 4. Los Gobiernos Regionales; 5. Los Gobiernos Locales; 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía. 7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

(9) ARROYO JIMÉNEZ, L., (2023). «Bases Constitucionales», en *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. p. 113.

(10) Aprobado por Decreto Supremo núm. 004-2019-JUS.

(11) Primera parte del numeral 1.1. del artículo IV del Título Preliminar del TUO LPAG.

sobre el legislador que hace ley, sino también sobre la Administración Pública encargada de aplicarla, así como las normas administrativas que ella emite» (12). La Constitución establece un mandato jurídico vinculante para todos, definiendo quién, cómo y qué puede y no puede realizarse (13).

Además de la sujeción a la Constitución, el sometimiento de la Administración Pública a la ley y al derecho es una piedra angular del derecho administrativo y del Estado de Derecho en general. Por ello, Cassagne menciona que se trata de «un postulado que deriva de la concepción de la separación de los poderes y del principio de legalidad propio del Estado de Derecho o Estado de Justicia» (14).

Igualmente, Sánchez Morón ha señalado «que el principio de legalidad administrativa supone la necesidad de no infringir las normas jurídicas aplicables cualesquiera que sean» (15). Por lo cual, este principio no solo implica que la Administración debe actuar respetando la Constitución, sino también todas las normas legales y los principios generales de derecho que orientan su actuación.

Con respecto al sometimiento a los principios generales del derecho, el profesor Morón Urbina lo ha denominado la legalidad «sin ley expresa», el cual está compuesto por el conjunto de principios no positivos, pero actuantes de la fuente del derecho, los principios identificados o creados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Corte Interamericana, Poder Judicial, etc. (16). En esa línea, en la sentencia del Exp. núm. 3741-2004-AA/ TC, el Tribunal Constitucional indicó que:

El principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y **el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad (...) (17).**

En definitiva, la dimensión material del principio de legalidad implica que la administración pública debe actuar respetando el ordenamiento jurídico en general incluyendo la Constitución, la Ley y los principios generales del derecho.

(12) LANDA ARROYO, C., (2018). *La Constitucionalización del Derecho El caso de Perú*. Lima: Palestra Editores. p. 615.

(13) CÁRDENAS, J., (2002). Los principios y su Impacto en la Interpretación, en *Tribunales y Justicia Constitucional Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 100.

(14) CASSAGNE, J. C., (2017). *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad administrativa*, 2a ed. Buenos Aires: Euro Editores SRL. p. 47.

(15) SÁNCHEZ MORÓN, M., (2010). Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho, en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo* dirigido por Santamaria Pastor, Juan Alfonso. Madrid: La Ley. p. 55-71.

(16) MORÓN URBINA, J. C., (2023). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 13va Ed. Lima: Gaceta Jurídica. p. 71.

(17) Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia recaída en el Exp. núm. 3741-2004-AA/ TC (Caso Salazar Yarlenque). Fundamento Jurídico 15.

3.1.2 La dimensión formal del principio de legalidad

En su dimensión formal, el principio de legalidad, según Sánchez Morón «impone que la actuación de la administración encuentre su cobertura en una norma con rango de ley» (18). Es decir, el principio de legalidad implica que todas las acciones y procedimientos deben estar regulados y permitidos por una norma legal.

A causa de esto, en el Perú, el TUO LPAG ha establecido que las autoridades administrativas deben actuar **«dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas»** (19).

Con esto quiere decir que la Administración Pública requiere, para ejercer sus funciones, que la ley le haya otorgado previamente las facultades necesarias, ya que, a diferencia de los sujetos de derecho privado, no dispone de una libertad plena en sus actuaciones. Al amparo de lo establecido en el artículo 2 inciso 24 literal a) de la Constitución, «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe» (20). Es decir, en las relaciones jurídicas privadas, el principio fundamental es el de la autonomía de la voluntad.

En cambio, en las relaciones jurídicas de derecho público, la Administración Pública se encuentra restringida a lo que la ley le permite expresamente. Las autoridades administrativas tienen una vinculación positiva con la ley, lo que supone que todo lo que no esté expresamente autorizado por la normativa le está prohibido (21). Así, el Tribunal Constitucional, en la STC Exp. núm. 135-96-AA/TC (22), señaló lo siguiente:

El principio invocado por el demandante supuestamente conculcado: Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; no se aplica en las relaciones jurídicas de derecho público, **en el cual el funcionario tiene que limitarse a las funciones de su competencia expresamente establecidas.**

Igualmente, la Corte Superior de Justicia de Lima en la Casación núm. 1795-2011 (23) ha señalado que:

La Administración y, como obvia consecuencia, sus funcionarios, se encuentran impedidos, dentro del modelo normativo diseñado por nuestro legislador, de actuar con «libertad» en el ejercicio de las atribuciones que la

(18) SÁNCHEZ MORÓN, M., (2010). «Legalidad y Sometimiento a la Ley al Derecho», en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, dirigido por Santamaria Pastor, Juan Alfonso. Madrid: La Ley. p. 57.

(19) Segunda parte del numeral 1.1. del artículo IV del Título Preliminar del TUO LPAG.

(20) Constitución Política del Perú.

Artículo 2.º. *Toda persona tiene derecho:*

(...)

24. *A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:*

Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

(21) SÁNCHEZ MORÓN, M., (2010). «Legalidad y Sometimiento a la Ley al Derecho», en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, dirigido por Santamaria Pastor, Juan Alfonso. Madrid: La Ley. p. 57.

(22) Tribunal Constitucional del Perú (1998). Sentencia recaída en el Exp. 135-96-AA/TC (Caso Asociación de Comerciantes Héroes Alto de la Alianza). Fundamento Jurídico 2.

(23) Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Casación núm. 1795-2011-Lima. Fundamento Jurídico Décimo Octavo.

ley les reconoce, **dado que en todo lo que hagan deberán encontrarse siempre respaldados por una norma precedente, que no solo posibilite negativamente su actuación, sino que, sobre todo –y necesariamente– la sustente positivamente.** Con toda propiedad se ha sostenido en la doctrina que ‘la Administración ejecuta la ley cuando actúa sobre el fundamento previo y necesario de una norma jurídica, elemento esencial para la justificación de toda actuación administrativa (...)’

Desde la doctrina administrativa, Morón Urbina (2023) agrega que:

«El principio de sujeción de la Administración a la legislación, denominado modernamente como **“vinculación positiva de la Administración a la Ley”**, exige que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que, partiendo desde este, pueda derivarse como su cobertura o desarrollo necesario. El marco jurídico para la Administración es un valor indisponible motu proprio, irrenunciable ni intransigible» (24).

En resumen, la dimensión formal del principio de legalidad implica la necesidad de que la Administración Pública cuente con una norma de rango legal que faculte previamente su accionar. La relevancia especial de este principio es evitar la actuación arbitraria de la Administración, y que esta se encuentre fuera del ámbito de las normas a las cuales se sujeta, además de evitar actuaciones discrecionales que puedan lesionar los derechos de los administrados (25).

3.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL DIFUSO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

El artículo 51 de la Constitución Política prescribe que «la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente» (26). En palabras de Rubio y Arce esta disposición constitucional recoge el principio de legalidad en la jerarquía de la legislación. Según este principio, las normas de rango inferior a la ley (reglamentos, decretos, resoluciones de carácter general) se invalidarán o no se aplicarán si son incompatibles con las leyes o la Constitución, en virtud del control difuso de constitucionalidad (27).

En la sentencia del Exp. núm. 3741-2004-AA/TC (28), el Tribunal Constitucional, a efectos de otorgar la facultad de ejercer control difuso a los órganos administrativos en el Perú, explicó los alcances de este principio en cuanto a las actuaciones de la Administración Pública de la siguiente manera:

(24) MORÓN URBINA, J. C., (2023). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 13va Ed. Lima: Gaceta Jurídica. p. 74.

(25) MARTIN TIRADO, R., (2021). *Prácticum Derecho Administrativo Un enfoque teórico práctico de las normas del procedimiento administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 220.

(26) Artículo 51. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

(27) RUBIO CORREA, M. y ARCE ORTIZ, E. (2024). *Principios establecidos por el Tribunal Constitucional en su doctrina jurisprudencial*. Lima: Fondo Editorial PUCP. p. 327.

(28) Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el Exp. 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlenque). Fundamentos jurídicos 6 y 7.

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 órganos constitucionales, se encuentran sometidas, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo 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 nominado 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».

7. De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (art. VI del Título 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.º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.

Aunque la facultad de control difuso por parte de la Administración Pública estuvo formalmente vigente durante ocho años, en la práctica nunca llegó a ejercerse. Este precedente del Tribunal Constitucional fue objeto de considerables críticas, dado que la Administración carecía de legitimidad para hacer uso de una facultad de tal envergadura. Además, no existían criterios unificados para guiar su ejercicio, en un contexto donde la disparidad de decisiones en el derecho administrativo peruano habría generado un escenario de inseguridad jurídica.

A través de la sentencia recaída en el Exp. 04293-2012-PA/TC (29), el Tribunal Constitucional decidió anular la posibilidad de que la Administración Pública pueda directamente ejercer control difuso a efectos de preferir la norma constitucional por encima de una norma que considerara ilegal o inconstitucional.

34. Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que tal precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado.

(29) Tribunal Constitucional del Perú (2014). Sentencia recaída en el Exp. 04293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena). Fundamentos Jurídicos 34 y 35.

35. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo. No obstante ello, los alcances de este pronunciamiento no enervan las obligaciones derivadas de los artículos 38.º, 44.º y 51.º de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración Pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto.

En pocas palabras, si bien es innegable que la Administración Pública está sujeta a la Constitución y al principio de legalidad, esta no puede ejercer directamente el control difuso de normas que sustentan los actos administrativos y que considera son contrarias a la Constitución o a la interpretación del Tribunal Constitucional. Se trata de una facultad otorgada y reservada a los órganos jurisdiccionales y no administrativos.

3.3 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Debido a que la ley no puede regular todos los escenarios de actuación posibles, se le otorga cierta flexibilidad a la Administración Pública para tomar decisiones, según su juicio y voluntad, completando el contenido de algunas determinaciones de la norma (30). No existe ley capaz de predeterminar cada una de las actuaciones de la Administración. Concebir el principio de legalidad de manera absoluta y rígida paralizaría a la administración e impediría que pueda cumplir adecuadamente sus funciones. En tal contexto, es relevante la noción de discrecionalidad administrativa que permite a la administración adaptarse a las diferentes situaciones de hecho que puede enfrentar.

En concreto, siguiendo a Bacigalupo Sagge, la discrecionalidad administrativa puede ser de dos tipos:

- **Discrecionalidad de actuación:** la administración puede decidir si aplica o no la consecuencia jurídica prevista por la norma, es decir, es una decisión facultativa.
- **Discrecionalidad de elección:** la norma obliga a la administración a adoptar una consecuencia jurídica, pero le permite elegir entre varias opciones posibles.

También es posible que una misma norma pueda otorgar a la administración ambos tipos de discrecionalidad a la vez. Por ejemplo, la norma que prevé varias consecuencias jurídicas posibles, pero no obliga a la adopción de ninguna de ellas (31).

(30) LVANEGA, M., (2008). «Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora». *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 04: 107-120. p. 110.

(31) BACIGALUPO SAGGESE, M. (2023). «La vinculación de la Administración Pública a la Ley y el Derecho», en *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons. p. 193.

Ahora bien, la discrecionalidad, en ningún caso, faculta a la Administración Pública para actuar con arbitrariedad. Cada decisión discrecional debe estar debidamente motivada, dado que su límite está en el principio de legalidad, el cual exige que el margen de actuación derive de una norma, y en el principio de razonabilidad, que requiere que las decisiones sean coherentes y proporcionadas en relación con los fines establecidos.

Con relación a este aspecto, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia núm. 159/2022(32) ha señalado lo siguiente:

4. Como se sabe, **la actividad estatal está regida por el principio de legalidad y, en ese sentido, admite la existencia de actos reglados y actos no reglados. Sobre estos últimos, la administración goza de libertad (discrecionalidad) para decidir sobre asuntos concretos dado que la ley, en sentido lato, no ha determinado lo que debe hacer o cómo debe hacerlo.** La discrecionalidad trata, pues, de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión acorde con las necesidades de cada momento.

5. Ahora bien, la facultad de discrecionalidad no es absoluta. Tiene que ser ejercida con razonabilidad, a fin de excluir la arbitrariedad y asegurar una solución justa para cada caso. Así lo ha entendido el propio legislador cuando en el numeral 1.4 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo, enuncia el principio de razonabilidad, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

En efecto, la discrecionalidad administrativa debe ser ejercida exclusivamente para a los fines que se le fueron otorgados permitiendo gestionar necesidades concretas, pero debe ejercerse con razonabilidad, excluyendo arbitrariedad y asegurando soluciones dentro de los límites legales y proporcionales a los fines públicos. De lo contrario, se contravendría el principio de legalidad.

La administración debe ejercer sus potestades discrecionales únicamente para fines de interés público, de acuerdo con las normas que regulan cada actividad. Incurrir en ilegalidad cuando persigue fines particulares, incluso si se disfrazan de interés público, o cuando persigue fines públicos distintos a los previstos en las facultades otorgadas(33).

Así pues, el ejercicio de la discrecionalidad administrativa está sujeta al control judicial. No obstante, como precisa Sánchez Morón, este control debe limitarse al control de legalidad. Esto significa que el control sólo puede aplicarse cuando el ejercicio de la discrecionalidad pueda contrastarse claramente con una norma jurí-

(32) Tribunal Constitucional del Perú (2022). Sentencia recaída en el Exp. núm. 03394-2021-PA/TC (Caso Durand Gómez). Fundamentos jurídicos 4 y 5.

(33) SÁNCHEZ MORÓN, M., (2010). «Legalidad y Sometimiento a la Ley al Derecho», en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, dirigido por Santamaria Pastor, Juan Alfonso. Madrid: La Ley.

dica, sin fundarse en valoraciones de otro orden o en apelaciones a soluciones preferibles en términos de justicia o racionalidad (34).

Por consiguiente, los administrados tienen el derecho a la legalidad, esto es, derecho a exigir que la Administración Pública se sujete a la legalidad, que implica que la administración actúe conforme a las normas legales establecidas, respetando la competencia, la forma, el motivo, el objeto y el fin prescritos por la ley (35).

3.4 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MATERIALIZADO EN EL CONTROL DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

En Perú, se ha emitido el Decreto Legislativo núm. 1256 que aprueba la «Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas» (36) que establece un marco legal para desactivar barreras burocráticas, es decir, medidas impuestas por entidades de la Administración Pública que condicionan, restringen u obstaculizan el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado.

El objetivo de la ley es supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, mediante la prevención o eliminación de barreras burocráticas ilegales o irrazonables que restrinjan el acceso o permanencia de agentes económicos en el mercado, con el fin de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de la Administración Pública (37).

En palabras de Danós, el control de barreras burocráticas es un importante instrumento que refuerza el cumplimiento de normas sobre simplificación administrativa en Perú, estableciendo reglas para que las entidades no afecten a los administrados ni a la actividad económica, sino que tutelen los intereses generales encomendados por la sociedad y el ordenamiento jurídico (38).

La competencia en materia de eliminación de barreras está a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), a través de la Comisión y la Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas, que deben analizar la legalidad y razonabilidad de las medidas denunciadas como barreras burocráticas.

Con respecto al análisis de legalidad, se tiene que examinar tres aspectos (39):

- (i) si la entidad tiene atribuciones legales para establecerla y aplicarla
- (ii) si la entidad siguió los procedimientos y formalidades legales para emitir y publicar la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática y

(34) SÁNCHEZ MORÓN, M., (2010). «Legalidad y Sometimiento a la Ley al Derecho», en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, dirigido por Santamaria Pastor, Juan Alfonso. 55-71 Madrid, La Ley.

(35) MORÓN URBINA, J. C., (2023). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 13^{va} Ed, Lima: Gaceta Jurídica. p. 75.

(36) Publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 8 de diciembre de 2016.

(37) De conformidad con el artículo 1 del Decreto Legislativo núm. 1256.

(38) DANÓS ORDÓÑEZ, J., (2018). «El Control de la Administración Pública en Perú», en *El Control de la Actividad Administrativa*. p. 405.

(39) De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo núm. 1256.

- (iii) si la imposición y aplicación de la barrera burocrática contraviene normas o principios de simplificación administrativa, o cualquier otro dispositivo legal.

Acerca del primer aspecto, se tiene que realizar un análisis de competencia que exige no solo verificar si la entidad posee las facultades necesarias, sino también si ha actuado dentro de los límites establecidos, ya que exceder dichas facultades constituye una violación al principio de legalidad.

El segundo aspecto exige observar si se ha seguido el debido procedimiento, dado que el principio de legalidad impone el sometimiento a los procedimientos y formas establecidos (40). El incumplimiento del procedimiento y formalidades al emitir un acto constituye una vulneración del principio de legalidad.

Si una barrera burocrática ha sido emitida por una entidad que contaba con facultad para emitirla, y, además; siguió el procedimiento establecido para emitir la barrera burocrática, está aún podría contener vicios de ilegalidad si no va conforme a los principios de simplificación administrativa.

El último aspecto para analizar es legalidad teleológica que obliga al análisis del cumplimiento de los fines que el legislador estableció en forma tal que la actividad administrativa es una actividad funcional» (41). En el caso de las barreras burocráticas, el objetivo es identificar y contrarrestar aquellas medidas que contravengan normas de simplificación administrativa u otras disposiciones legales que puedan condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y permanencia de los agentes económicos en el mercado o afectar a los administrados en sus trámites administrativos.

La LPAG establece la simplificación administrativa como un principio permanente para la Administración Pública, orientado a agilizar, economizar y simplificar los procedimientos. Esta política responde a la necesidad de cambiar la cultura de «tramitología» y «permisología» en sectores de la administración pública peruana, especialmente en los gobiernos locales. Por ello, las políticas de modernización del Gobierno Nacional priorizan reforzar y garantizar la simplificación administrativa (42).

Solo si es que la medida objeto de examen ha superado el análisis de legalidad, corresponde a la Comisión o la Sala realizar el análisis de razonabilidad. Con respecto este análisis, la Ley (43) señala que en primer lugar se tiene que verificar la existencia de indicios de que la medida denunciada como barrera califica como:

- (i) **Arbitraria:** carece de fundamentos y/o justificación, o no es adecuada o idónea para alcanzar su objetivo.
- (ii) **Desproporcionada:** es excesiva en relación con sus fines y/o existen otras medidas alternativas menos gravosas para lograr el mismo objetivo.

(40) MORÓN URBINA, J. C., (2023). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 13va Ed, Lima: Gaceta Jurídica, p. 75.

(41) MORÓN URBINA, J. C., (2023). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 13va Ed, Lima: Gaceta Jurídica, p. 75.

(42) DANÓS ORDOÑEZ, J., (2022). La evolución de las garantías jurídicas de los administrados en el Perú. En Muñoz Machado, Santiago., & Rivero Ortega, Ricardo (dirs.). *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo 2021*. Madrid: Boletín Oficial del Estado (BOE). pp. 175-176.

(43) De conformidad con los artículos 15 y 16 del Decreto Legislativo núm. 1256.

Si se encuentran indicios suficientes de falta de razonabilidad, se inicia el análisis de la barrera burocrática. Este análisis sigue una estructura que coincide esencialmente con el principio de proporcionalidad, uno de los pilares del derecho administrativo sancionador (44). Dicho principio fundamenta el control de barreras que limitan el acceso y permanencia en el mercado, y se estructura en tres elementos esenciales: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (45).

Primero, en cuanto a la medida con indicios de ser arbitraria, la entidad denunciada tiene que acreditar (i) la existencia del interés público que la sustenta y es de su competencia, (ii) la existencia de problema que se pretendía solucionar, y (iii) que la medida es idónea o adecuada para lograr dicha solución (46).

Segundo, con respecto a la medida con indicios de ser desproporcionada, la entidad denunciada tiene que acreditar (i) se ha realizado una evaluación de los beneficios y costos de la medida, (ii) que la evaluación concluye que los beneficios superan a los costos, y (iii) que no existen medidas alternativas menos costosas o igualmente efectivas. En caso no se acredite alguno de los elementos, se declara que existe una medida que califica como una barrera burocrática irrazonable (47).

En suma, el control de barreras burocráticas proporciona una metodología que permite al INDECOPI evaluar la legalidad de la intervención de la Administración Pública en la regulación de actividades económicas, determinando si dicha intervención perjudica las libertades económicas de los ciudadanos al ser ilegal o irrazonable. Si bien las libertades económicas deben alinearse con los intereses generales, es esencial mantener un equilibrio que evite intervenciones perjudiciales para los administrados.

3.5 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

3.5.1 El principio de legalidad y el fundamento de la potestad sancionadora

La potestad sancionadora es una de las más importantes que posee la Administración Pública (48). En el TUO LPAG se ha dedicado un capítulo exclusivo (49) a

(44) Sobre el origen y la evolución del concepto de proporcionalidad como aporte del derecho administrativo, puede revisarse LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., (2016). *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla.

(45) TIRADO BARRERA, J. A., (2017). *Eliminación de barreras burocráticas. Análisis del Decreto Legislativo núm. 1256, que aprueba la Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas*. Lima: Gaceta Jurídica. pp. 31-33.

(46) De conformidad con el artículo 18 del Decreto Legislativo núm. 1256.

(47) De conformidad con el artículo 18 del Decreto Legislativo núm. 1256.

(48) Para mayor detalle respecto a los aspectos procedimentales y formales de la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores en el marco del régimen del TUO LPAG puede revisarse a DANÓS ORDOÑEZ, J., (2018). La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. En *Régimen administrativo sancionatorio. En homenaje a José Luis Meilán Gil*. Editado por Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, Delpiazzo, Carlos, Hernández, Miguel, Elizalde Jalil, Marco y Rodríguez Martín-Retortillo, María del Carmen. Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo Guayaquil 2018. Tomo 2. pp. 12-36.

(49) Capítulo III del Título IV «Del procedimiento trilateral, del procedimiento sancionador y la actividad administrativa de fiscalización» del TUO LPAG.

la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador donde se establecen los aspectos centrales, las reglas y garantías para su correcto ejercicio, de carácter vinculante para todas las entidades administrativas (50).

La LPAG es una norma común obligatoria puesto que establece garantías aplicables a todos los procedimientos, incluyendo los especiales. De ahí que expresamente diga que «los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados» y que las disposiciones de la LPAG «se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales» (51).

En este contexto, el principio de legalidad constituye una garantía fundamental. Para que una entidad pueda imponer sanciones a los administrados es indispensable que la potestad sancionadora haya sido atribuida por ley, ya que implica la facultad de aplicar sanciones administrativas que impactan directamente en la esfera jurídica de los ciudadanos. En ningún caso, se podrá prever sanciones que impliquen la privación de libertad (52).

Las sanciones administrativas han sido definidas como «aquellas medidas consistentes en un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita y cuya finalidad primordial es el castigo de la misma y no, aunque también pueda aunarse a ello, la declaración de la ilicitud ni la reparación del daño» (53). El ejercicio de la potestad sancionadora impacta directamente a los ciudadanos debido a su carácter aflictivo, ya que, al imponer un acto de gravamen, restringe la esfera jurídica de los particulares (54).

La eficacia del ordenamiento jurídico depende de que la administración cuente con mecanismos coercitivos que garanticen su cumplimiento frente a conductas contrarias a la norma (55). En este sentido, Martín-Retortillo subraya que la relevancia de las sanciones reside en que la efectividad de cualquier sistema normativo exige que la administración disponga de facultades coercitivas adecuadas para asegurar dicho cumplimiento (56). Por su parte, Danós explica que «la potestad sancionadora de la administración pública se justifica principalmente en razones pragmáticas, puesto que es menester reconocer a la administración facultades coercitivas en orden a cautelar el cumplimiento de las normas legales (57)».

(50) DANÓS ORDOÑEZ, J., (2018). La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. En Régimen administrativo sancionatorio. En homenaje a José Luis Meilán Gil. Editado por Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, Delpiazzo, Carlos, Hernández, Miguel, Elizalde Jalil, Marco y Rodríguez Martín-Retortillo, María del Carmen. Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo Guayaquil 2018. Tomo 2. p. 13.

(51) De conformidad con el artículo 247 del TUO LPAG.

(52) De conformidad con el artículo 248.1 del TUO LPAG.

(53) GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., (2007). *Sanciones Administrativas Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*. Granda: Editorial Comares. p. 1.

(54) LVANEGA, M., (2008). «Consideraciones Acerca de las Potestades Administrativas en General y de la Potestad Sancionadora». *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 04 (2008): 107-120. p. 115.

(55) MARTÍN TIRADO, R., (2021). *Prácticum Derecho Administrativo Un enfoque teórico práctico de las normas del procedimiento administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 666.

(56) MARTÍN-RETORTILLO, S., (1989). Reflexiones sobre la ley de disciplina e intervención bancaria. En *Revista de Administración Pública*, núm. 118. p. 18.

(57) DANÓS ORDOÑEZ, J., (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *IUS ET VERITAS*, núm. 10. pp. 149-60.

La potestad sancionadora de la Administración Pública es una manifestación del ius puniendi del estado que se articula en dos grandes brazos: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador (58). La pertenencia a un ius puniendi estatal único implica la posibilidad de aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador. No obstante, esto exige un análisis detallado de cada principio, para determinar cómo se integran y operan dentro del derecho público (59).

En palabras de Huergo, la construcción jurídica de la potestad administrativa sancionadora debe diferenciarse del Derecho penal, no equipararse. La Administración no puede imponer sanciones penales, sino que sus poderes sancionadores deben ser distintos del Derecho penal dado su carácter de menor gravedad (60). El derecho penal es subsidiario y debe aplicarse como *ultima ratio*. A causa de esto, el ordenamiento jurídico prevé sanciones administrativas como mecanismos de control social, ya que no todo acto contrario a las normas debe ser sancionado penalmente (61).

3.5.2 Manifestaciones o elementos del principio de legalidad en materia sancionadora

El sustento constitucional del principio de legalidad en materia sancionadora en el ordenamiento peruano se encuentra en el numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú cuando determina que «nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley».

A partir de la disposición constitucional citada, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional (62) ha establecido que el principio de legalidad está compuesto por tres elementos o manifestaciones:

- (i) La existencia de una ley (*lex scripta*).
- (ii) Que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*).
- (iii) Que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Con relación a la *lex scripta*, como ya se ha mostrado, exige que la sanción esté respaldada por una norma con rango de ley, es decir, que toda sanción a imponerse debe tener su origen en una norma legal. Esto implica que siempre la acción estatal

(58) MESTRE, J., (1991). *La Configuración constitucional de la potestad sancionadora de la administración pública* en Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al profesor García de Enterría. Civitas. 1991, Vol. III. p. 2497.

(59) LVANEGA, M., (2008). «Consideraciones Acerca de las Potestades Administrativas en General y de la Potestad Sancionadora». *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 04: 107-120.

(60) HUERGO, A., (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid, Iustel. p. 135.

(61) GUZMÁN NAPURÍ, C., (2021). *Procedimiento administrativo sancionador*. Lima: Instituto Pacífico. p. 47.

(62) La sentencia más reciente fue emitida en julio de 2024. Véase: Tribunal Constitucional del Perú (2024). Sentencia 193/2024 recaída en el Exp. 00026-2021-PI/TC (Caso de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República II). Fundamento jurídico 57. También puede verse, Tribunal Constitucional del Perú (2018). Sentencia recaída en el Exp. 00020-2015-PI/TC (Caso Potestad Sancionadora de la CGR).

en materia sancionadora debe basarse en una disposición legal específica. Sin esta base legal, ninguna sanción administrativa puede justificarse. En consecuencia, se vulnera el principio de legalidad si la infracción administrativa que se pretende sancionar no ha sido contemplada en una ley.

En cuanto a la *lex previa*, se considera que no existe sanción ni puede sancionarse si es que al momento de cometida una infracción administrativa esta no ha sido tipificada como infracción en una norma con rango de ley. Es decir, la sanción debe haber sido establecida en una ley anterior a la conducta infractora. Esta absolutamente proscrita la aplicación retroactiva de sanciones. Por tanto, el principio de legalidad se vulnera cuando una entidad pública sanciona a un administrado por una infracción que, al momento de su comisión, no estaba contemplada en el marco normativo (63).

Alejandro Nieto explica que esta manifestación del principio de legalidad exige la tipificación previa de infracciones y sanciones garantizando seguridad jurídica para los ciudadanos. Esto limita el poder de las autoridades para imponer sanciones al margen de la ley (64). Se restringe el poder público, requiriendo ley formal o material para actuaciones que vayan a afectar la libertad jurídica de los particulares (65).

La exigencia de una ley previa para imponer sanciones no deriva únicamente de las normas constitucionales, sino también de los compromisos internacionales asumidos por el Estado, como el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando prescribe que «nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable».

En la misma línea, el Tribunal Constitucional en el Exp. núm. 00197-2010-PA/TC (66):

El principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley.

Por último, con relación a la *lex certa* o también denominado como principio de taxatividad o tipicidad, se busca garantizar que los comportamientos y sanciones sean descritos de forma clara e inequívoca en la norma con rango de ley. De este modo, se exige que las prohibiciones que definen sanciones penales o administrativas se redacten con un nivel de precisión suficiente para que cualquier ciudada-

(63) Sobre el análisis general del ámbito administrativo sancionador peruano en el cual una de las garantías sustantivas es la irretroactividad, puede consultarse a Rebollo Puig, Manuel (2019). El procedimiento sancionador en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú. En *La proyección del Derecho Administrativo peruano: estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP* / coord. por Diego Zegarra Valdivia, pp. 541-567.

(64) NIETO GARCÍA, A., (2008). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos. p. 202.

(65) CASSAGNE, J. C., (2017). *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad administrativa*, 2a ed. Buenos Aires: Euros Editores SRL. p. 153.

(66) Tribunal Constitucional del Perú (2010). Sentencia recaída en el Exp. 00197-2010-PA/TC (Caso Flores Arocutipá). Fundamento Jurídico 3.

no –inclusive sin formación básica– pueda comprender sin dificultad lo que la norma con rango de ley prohíbe bajo amenaza de sanción (67).

En atención a esta garantía del principio de legalidad, no cabe usar la analogía para aplicar una sanción. «Frente al vacío normativo, la analogía solo es posible si opera a favor del infractor, es decir que la extensión de normas es factible en la medida que atenúen o extingan las sanciones. La prohibición está referida a que no puede perjudicarse (68)».

3.5.3 La reserva de ley y la remisión reglamentaria en la potestad sancionadora

La reserva de ley es un principio constitucional que exige que ciertas materias, como la creación de tributos, el derecho penal o materia sancionadora administrativa, sean reguladas por leyes del Congreso. En el ámbito penal, este principio es aún más estricto, ya que prohíbe la aplicación de penas sin una ley previa que las establezca (69).

Sobre la reserva de ley y su relación con el principio de legalidad, Sánchez Morón sostiene que la reserva de ley refuerza el principio de legalidad. Se reserva a la ley la regulación de numerosas materias (70). En particular, en el derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad o de reserva de ley, supone la prohibición de la imposición de sanciones desprovistas de cobertura legal y la prohibición de que los reglamentos establezcan infracciones y sanciones por iniciativa propia, sin amparo de normas con rango de ley (71).

Conforme expresa Danós, se puede convenir en que la exigencia de la reserva de ley en el ámbito de lo sancionador administrativo es sensiblemente menos rigurosa que en el campo penal, porque se acepta la colaboración subordinada del reglamento (72). Esto es, la reserva de ley en materia de la potestad sancionadora no excluye de una manera contundente la intervención reglamentaria.

El profesor Rebollo Puig sostiene que una vez que la potestad sancionadora está atribuida por norma con rango de ley, las competencias concretas de los órganos de una administración en relación con el ejercicio de esa potestad pueden venir establecido por reglamento. Es una obviedad y, de hecho, lo normal es

(67) Tribunal Constitucional del Perú (2024). Sentencia 193/2024 recaída en el Exp. 00026-2021-PI/TC (Caso de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República II). Fundamento jurídico 57.

(68) IVANEGA, M., (2008). «Consideraciones Acerca de las Potestades Administrativas en General y de la Potestad Sancionadora», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 04. p. 117.

(69) CASSAGNE, J. C., (2017). *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad administrativa*, 2a ed. Buenos Aires: Euros Editores SRL. p. 154.

(70) SÁNCHEZ MORÓN, M., (2010). «Legalidad y Sometimiento a la Ley al Derecho», en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, dirigido por Santamaria Pastor, Juan Alfonso. Madrid, La Ley. p. 57.

(71) DANÓS ORDÓÑEZ, J., (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública, *IUS ET VERITAS*, núm. 10.

(72) DANÓS ORDÓÑEZ, J., (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública, *IUS ET VERITAS*, núm. 10. p. 153.

que sean las normas reglamentarias de organización los que distribuyan la competencia sancionadora (73).

Asimismo, en materias reservadas a la ley, la posibilidad de intervención del reglamento no queda excluida del todo. Al contrario, esta intervención puede ser necesaria debido a que la ley no siempre puede prever y regular todos los detalles posibles. Así, la colaboración del reglamento es no solo admisible sino también frecuente, siempre que exista una habilitación expresa por parte del legislador. No obstante, esta remisión normativa está limitada: no puede dar lugar a una regulación reglamentaria independiente de una norma legal de referencia (74).

La ley debe determinar los elementos esenciales de la conducta antijurídica y las sanciones, sin delegar la tipificación al reglamento. La colaboración del reglamento debe ser complementaria y con límites (75). Dado que el reglamento está subordinado a la ley, esta última debe establecer los aspectos fundamentales de las infracciones y sanciones, permitiendo una remisión reglamentaria solo dentro de estos márgenes (76). Así, la función reglamentaria es un apoyo a la ley, no una sustitución (77).

Visto lo anterior, en el Perú resulta totalmente prohibido que una norma reglamentaria pueda atribuir competencia sancionadora o señalar sanciones a los administrados bajo el pretexto de interpretar o complementar norma legal (78). Está permitida la colaboración reglamentaria para fines secundarios, como establecer términos, plazos, etc., pero no para lo esencial de la potestad sancionadora, ya que configuraría una abierta desnaturalización del principio de legalidad en este ámbito.

La Constitución Política del Perú permite la remisión al reglamento para determinar sanciones administrativas, ya que la reserva de ley no es tan intensa como en el ámbito penal. El legislador renuncia a tipificar detalladamente los ilícitos administrativos y habilita a las autoridades a completar la regulación a través del reglamento, utilizando la técnica de colaboración reglamentaria (79).

En concreto, el principio de legalidad exige que la ley defina: 1) las conductas consideradas infracciones y 2) las sanciones que puede aplicar la administración. Estas exigencias permiten asegurar la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y sus sanciones (80). En particular, en cuanto a la multa administrativa, que

(73) REBOLLO PUIG, M., (2017). «Los Principios de la Potestad Sancionadora en la Ley Española de Régimen Jurídico del Sector Público», en *Derecho Administrativo Sancionador*. Instituto Pacifico.

(74) SÁNCHEZ MORÓN, M., (2010). «Legalidad y Sometimiento a la Ley al Derecho», en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, dirigido por Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Madrid: La Ley. p. 59.

(75) MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., (2008). «Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Legalidad e irretroactividad». Documentación Administrativa. p. 72.

(76) GALLARDO CASTILLO, M. J., (2008). *Los Principios de la Potestad Sancionadora. Teoría y práctica*. Madrid: Portal Derecho.

(77) GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., (2007). *Sanciones Administrativas Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*. Granada: Editorial Comares. p. 24.

(78) MORÓN URBINA, J. C., (2023). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 13 Ed, Lima: Gaceta Jurídica. p. 413.

(79) LIZÁRRAGA GUERRA, V., (2019). *Procedimiento Administrativo Sancionador en la Función Pública*. Lima: Jurista Editores. p. 10.

(80) DANÓS ORDÓÑEZ, J., (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública, *IUS ET VERITAS*, núm. 10. p. 153.

constituye la principal sanción en el país, es esencial que la ley establezca límites mínimos y máximos claros, previsibles y razonables, respetando los principios de seguridad jurídica y razonabilidad (81).

La remisión a normas reglamentarias en materia sancionadora también ha sido avalada por el Tribunal Constitucional. En la sentencia del Expediente 00003-2016-PI/TC y 00006-2016-PI/TC (82) ha indicado que:

(...) la remisión de la ley a un instrumento normativo infra legal, como es el caso de los reglamentos o estatutos de los colegios profesionales, en materia sancionadora administrativa, no se encuentra proscrita per se, a menos que se advierta un grado de indeterminación e imprecisión en las conductas prohibidas que menoscaben los principios de legalidad y taxatividad en los términos previamente descritos (...)

En el mismo sentido, en el Exp. No. 05262-2006-AA (83) apuntó que:

6. En todo caso, debe dejarse en claro que es perfectamente posible y constitucionalmente legítimo el establecimiento de sanciones a través de reglamentos, siempre y cuando éstos no desnaturalicen la finalidad y la razón de ser de la ley que pretenden regular, en estricta observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que también forman parte del derecho al debido proceso.

3.6 ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PERÚ

Un aspecto a tener en cuenta en el ordenamiento peruano es que la ley entendida como norma emitida por el Congreso de la República (84), en los tiempos actuales, está experimentando lo que Morón Urbina ha denominado la «fragmentación de la legalidad». Esta ha sido ocasionada por la profusa forma de obtener normas con rango de ley (Ley, ley orgánica, decreto de urgencia, decretos leyes, decretos legislativos, ordenanzas), así como la multiplicación de los legisladores internos y la contribución de las normas privadas en la formación de la legalidad por decisión del propio legislativo» (85).

Dicho de otra manera, la concepción clásica del principio de legalidad, en el cual se otorgaba el monopolio de la emisión de normas con rango de ley al poder legislativo, ha quedado atrás. Actualmente, diversas entidades públicas tienen

(81) MORÓN URBINA, J. C., (2023). *Las multas administrativas. Estudio integral para la construcción de una dogmática unitaria*. Lima: Praxis. pp. 48-50.

(82) Tribunal Constitucional del Perú (2020). Sentencia recaída en el Exp. 00003-2016-PI/TC y 00006-2016 PI/TC – Acumulados (Caso Decreto Legislativo del Notariado II). Fundamento Jurídico 71.

(83) Tribunal Constitucional del Perú (2007). Sentencia recaída en el Exp. 05262-2006-PA. (Caso Edelnor S. A. A.) Fundamento Jurídico 6.

(84) La Corte Interamericana define como ley «la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados parte para la formación de las leyes.»

(85) MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 13va ed, (Lima: Gaceta Jurídica, 2023) p. 73.

facultad para emitir normas con rango de ley, lo que ha generado una fragmentación del principio de legalidad y una proliferación de normas con rango de ley.

Aunado a lo anterior, un tema estrechamente vinculado es que, en la Constitución Política de 1993, el constituyente peruano ha usado de forma indistinta los términos ley, normas con rango de ley, fuerza de ley. Este aspecto fue discutido a propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cuatro congresistas contra la Ley núm. 26285, que otorgaba un monopolio a la empresa Telefónica del Perú para la prestación de servicios de telefonía fija y larga distancia. El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. núm. 005-2003-AI/TC (86) analizó lo siguiente:

- La Constitución peruana solo se refiere al concepto de «fuerza de ley» en dos ocasiones: en el artículo 94.º, que establece que el Reglamento del Congreso tiene fuerza de ley, y en el inciso 18) del artículo 119.º, que permite al Presidente dictar decretos de urgencia con fuerza de ley en materia económica y financiera.

- En ambos casos, la expresión «fuerza de ley» no se utiliza como sinónimo de «rango de ley», sino que indica la capacidad de estas fuentes para innovar el ordenamiento jurídico y tener una resistencia específica frente a modificaciones, suspensiones o derogaciones por parte de otras fuentes.

- La calificación de los convenios de estabilidad jurídica como contratos con «fuerza de ley» no proviene de la Constitución, sino del Decreto Legislativo núm. 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.

- Los convenios de estabilidad jurídica tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, lo que significa que no pueden ser modificados unilateralmente por el Estado.

- El contrato-ley es un acuerdo de voluntades entre dos partes que está revestido de una protección especial, pero no lo convierte en ley. Por lo cual, el Tribunal Constitucional no es competente para evaluar la validez constitucional del contrato-ley en un proceso de inconstitucionalidad de las leyes.

En virtud de lo expuesto, se advierte que la referencia a términos como «ley,» «normas con rango de ley,» y «fuerza de ley» en la Constitución de 1993 revela una escala de complejidad en la jerarquía normativa y en el entendimiento del principio de legalidad puesto que existen ciertos actos que, aunque no son ley propiamente pueden tener el valor equivalente a la ley, como los contratos-ley y decretos de urgencia.

4. CONTROL JUDICIAL: FORTALEZAS Y DEBILIDADES

En nuestro país existen diversos mecanismos judiciales para controlar la actuación de la Administración Pública. Estos incluyen procesos como el proceso de amparo (que procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace los derechos reconocidos por la Constitución), el proceso de cumplimiento (que procede contra cualquier autoridad o funcionario que se niegue a aca-

(86) Tribunal Constitucional del Perú (2003). Sentencia recaída en el Exp. 005-2003-AI/TC.

tar una norma legal o un acto administrativo), la acción popular (que procede por infracción de la Constitución y la ley, contra reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, independientemente de la autoridad de la que emanen), el proceso de hábeas data (procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace los derechos a la intimidad personal y familiar), y el proceso contencioso-administrativo, (que constituye el medio ordinario para verificar la legalidad de la actuación administrativa).

En concordancia con el Código Procesal Constitucional, se genera una relación de residualidad entre el proceso constitucional de amparo y el proceso contencioso-administrativo. Esto es, el proceso contencioso-administrativo es el proceso ordinario por excelencia para que los afectados puedan solicitar la tutela judicial de sus derechos o intereses contra actuaciones de la administración pública que los vulneren. El proceso de amparo tiene carácter residual, siendo una vía de urgencia destinada exclusivamente a la protección de derechos constitucionales amenazados o vulnerados, cuando no existan otras vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias. La relación entre ambos procesos se basa en la exclusividad del proceso contencioso-administrativo y la subsidiariedad del proceso de amparo (87).

Conforme dispone el artículo 148 de la Constitución Política (88), las actuaciones administrativas están sujetas a un control judicial en el proceso contencioso administrativo. En esa línea, la Ley 27584, «Ley que regula el proceso contencioso administrativo» (89), señala que la finalidad de este proceso es realizar un 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 (90).

El proceso contencioso administrativo no debe entenderse únicamente como la verificación por el juez de la legalidad de la actuación de la administración. Desde la postura tradicional, el proceso contencioso administrativo en el Perú se limitaba a evaluar la legalidad formal de los actos de la administración pública. Si se determinaba que el acto administrativo era arbitrario, el Poder Judicial podía declarar su nulidad, pero no modificar la situación jurídica del reclamante. El proceso contencioso administrativo se limitaba a ser medio de control de legalidad de la actuación administrativa (91).

Lejos de la posición tradicional, la justicia contencioso-administrativa se caracteriza por el control judicial a posteriori de la legalidad de la actuación o inactividad administrativa (92), ha avanzado hacia un proceso jurisdiccional en el que

(87) DANÓS ORDOÑEZ, J., (2022). La evolución de las garantías jurídicas de los administrados en el Perú. En Muñoz Machado, Santiago., & Rivero Ortega, Ricardo (dirs.). *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo* 2021. Madrid: Boletín Oficial del Estado (BOE). pp. 201 y 202.

(88) Artículo 148. Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

(89) Publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 7 de diciembre de 2001 y vigente desde el 15 de abril de 2002.

(90) De conformidad con el artículo 1 de la Ley 27584.

(91) MORÓN URBINA, J. C. y JOHANSON CERVANTES, E., (2019). La justicia contencioso administrativa en el Perú: estado actual y propuestas de mejora. En Crepaldi, Gabriella (coord.). *Justicia administrativa en Italia, España y Latinoamérica*. Torino: Tirant lo Blanch. p. 246.

(92) SOLDEVILA FRAGOSO, S., (2022). «Respuesta europea al control judicial la discrecionalidad administrativa: Especial atención al test de racionalidad y al control de plena jurisdicción en el

además del control de legalidad se constituye en un mecanismo jurisdiccional central para proteger los derechos fundamentales de los administrados (93). Esto implica que ahora es un proceso de plena jurisdicción donde se respeta el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, permitiendo a los jueces reconocer derechos, ordenar indemnizaciones y medidas de protección (94).

En relación con ello, Nieto García expresó que «cuando una disposición administrativa infringe el principio de legalidad debe ser declarada nula por los Tribunales» (95). Por su parte, Soldevilla menciona, que «el Juez puede declarar el reconocimiento de una situación jurídica individualizada e imponer conductas positivas a la Administración para establecer el derecho vulnerado, todo ello más allá de la simple anulación del acto o de cualquier otra actuación u omisión imputable a la Administración» (96).

Entonces, bajo el modelo de control judicial vigente, si la Administración Pública emite un acto administrativo o reglamento en vulneración del principio de legalidad, la consecuencia jurídica debe ser, además de la nulidad del acto, el reconocimiento de los derechos afectados y la adopción de medidas de tutela para el derecho vulnerado. La violación del principio de legalidad no solo implica la nulidad del acto administrativo por parte del Poder Judicial, sino también la restauración de la situación jurídica previa. Por ejemplo, si un funcionario es destituido por una sanción emitida por un órgano incompetente, el juzgado deberá anular el acto administrativo y ordenar la reincorporación del funcionario a su puesto.

5. PERSPECTIVA DE EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Recientemente, el maestro Izquierdo Carrasco ha planteado con agudeza que la pandemia por el COVID-19 ha generado modulaciones para flexibilizar algunos aspectos del principio de legalidad con respecto a la teoría de la policía administrativa. Si bien por un lado es positivo que exista flexibilidad a fin de lograr una adecuada gestión de una situación extraordinaria como una pandemia, al mismo tiempo plantea enormes riesgos para las libertades de los ciudadanos (97).

Sostiene que un contexto como una emergencia sanitaria es admitido que el poder de policía tenga poderes excepcionales para mantener el orden público, lo

Derecho de la competencia», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 21. p. 244.

(93) Cabe recordar que en el artículo 1 de la Ley 27584 se señala que el proceso contencioso administrativo tiene por finalidad «la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados».

(94) MORÓN URBINA, J. C. y JOHANSON CERVANTES, E., (2019). La justicia contencioso administrativa en el Perú: estado actual y propuestas de mejora. En Crepaldi, Gabriella (coord.). *Justicia administrativa en Italia, España y Latinoamérica*. Torino: Tirant lo Blanch. p. 247.

(95) NIETO GARCÍA, A., (2008). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos. p. 234.

(96) SOLDEVILLA FRAGOSO, S., (2022). «Respuesta europea al control judicial la discrecionalidad administrativa: Especial atención al test de racionalidad y al control de plena jurisdicción en el Derecho de la competencia», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 21.

(97) IZQUIERDO CARRASCO, M., (2022). COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (17), 6-30. <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11069>.

que implica limitaciones a las libertades ciudadanas. Se flexibiliza el principio de legalidad, permitiendo, por ejemplo, cláusulas generales de apoderamiento (98) y actuaciones *praeter legem* (99).

En su hipótesis, en situaciones excepcionales, como la pandemia de COVID-19, pueden ser necesarias actuaciones administrativas que vayan más allá de lo que estrictamente ordena el principio de legalidad para proteger derechos fundamentales (100). Se tratan de supuestos en los que se encuentra justificado el sacrificio del principio de legalidad. El Derecho Público y sus instituciones tienen que superar esta rigurosa prueba de resistencia para demostrar que el Derecho puede ser un instrumento flexible para alcanzar objetivos esenciales como la protección de la sociedad y, a su vez, preservar ciertos valores constitucionales como la seguridad jurídica o la interdicción de la arbitrariedad.

En este sentido, indica que la teoría de la policía administrativa y el orden público, cuando están debidamente delimitados y constitucionalizados, proporciona una base teórica sólida que permite justificar una particular flexibilidad en la aplicación del principio de legalidad a la Administración Pública (101). La contrapartida a la admisión de la validez de cláusulas generales de apoderamiento y de actuaciones *praeter legem* es establecer claramente límites y protegiendo los derechos y libertades individuales. A la luz de la teoría del estado de necesidad, invita a encontrar un equilibrio entre el realismo jurídico y la visión formalista del principio de legalidad.

La defensa de cláusulas generales no es incompatible con reclamar mayor densidad regulatoria, siempre que se preserve una respuesta flexible, evitando que la versatilidad de la Administración se convierta en improvisación o en arbitrariedad. Se aboga por una regulación adecuada, sin un *numerus clausus*, pero evitando la falta de contexto para afrontar una realidad (102).

(98) IZQUIERDO CARRASCO, M., (2022). COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (17), 6-30. <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11069>. p. 11. Con el concepto de cláusulas generales de apoderamiento se refiere a las leyes que otorgan amplias facultades a la Administración para adoptar medidas ante situaciones de emergencia sanitaria, sin especificar detalles. Se limitan a fijar de manera amplia el supuesto de hecho que habilita a la Administración a intervenir en una situación de emergencia para tomar las medidas que considere «oportunas» y «necesarias», con escasa concreción normativa de sus alcances como exige propiamente el principio de legalidad.

Un ejemplo claro que menciona es el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad: «1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.»

(99) IZQUIERDO CARRASCO, M., (2022). COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad. *Revista De Estudios De La Administración Local Y Autonómica*, (17), 6-30. <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11069>. p. 17. Una actuación *praeter legem* es una excepción a la vinculación positiva a la ley, donde se admite la coacción directa en la libertad de los ciudadanos sin fundamento legal, cuando es necesario rechazar un trastorno al orden público como una pandemia, a pesar de que la teoría clásica establece que ninguna limitación de policía puede emitirse válidamente sin fundamento legal.

(100) *Ibid.* p. 18.

(101) *Ibid.*

(102) IZQUIERDO CARRASCO, M., (2022). COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (17), 6-30.

En el Perú, en nuestra opinión, compartimos que el derecho administrativo debe estar abierto a una flexibilización en situaciones de la realidad extraordinarias como una pandemia para encontrar soluciones. En el ámbito de las contrataciones públicas, por ejemplo, donde ya existe regulación que permite contratar primero y regularizar después. No obstante, el reto pendiente es encontrar el equilibrio entre la flexibilidad entre el principio de legalidad y los límites a la arbitrariedad en un contexto como el peruano en el que es posible que la flexibilidad se convierta en una verdadera desviación de la legalidad.

Por otro lado, se ha venido investigando con seriedad respecto a lo que la doctrina ha llamado la «convencionalidad del acto administrativo». El fundamento de esta noción es que la Convención Americana de Derechos Humanos es una fuente de derecho con rango constitucional o suprallegal, que condiciona la actuación de los órganos públicos al respeto de los derechos humanos reconocidos, estableciendo límites a su ejercicio del poder (103).

En sus inicios, los órganos jurisdiccionales nacieron como controladores de la sujeción de la Administración Pública al bloque de legalidad. Luego, con la constitucionalización del derecho administrativo, estos órganos ampliaron su control a la sujeción de la actividad e inactividad administrativa al bloque de constitucionalidad, legalidad y principios generales del derecho. Más recientemente, con la convencionalización del derecho administrativo se produjo una mayor ampliación del control de estos órganos, extendiéndolo a la verificación de la sujeción de la actividad o inactividad administrativa al corpus iuris o bloque de la convencionalidad (104).

En cualquiera de estos escenarios, los órganos jurisdiccionales ejercen su competencia de control objetivo ante violaciones de legalidad, constitucionalidad o convencionalidad, y de control subjetivo ante lesiones o afectaciones a derechos legales, constitucionales o convencionales, buscando una reparación integral, idónea, adecuada y eficaz (105). En ese marco, la Administración Pública puede declarar la invalidez de un acto administrativo por vicio de inconventionalidad. De igual modo, los órganos jurisdiccionales.

Mientras el control de convencionalidad y la observancia de la Convención Americana de Derechos Humanos como parámetro de validez del acto administrativo es una idea cada vez más reconocida en la región (106), en el contexto jurídico peruano persiste un enfoque tradicional centrado en el principio de legalidad. Este

<https://doi.org/10.24965/real.i17.11069>.

(103) HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., (2017). El vicio de inconventionalidad del acto administrativo. En *Derecho administrativo* (1.ª ed.) Editorial Universidad del Rosario. p. 332.

(104) *Ibid.* p. 346.

(105) *Ibid.*

(106) Para el caso de Colombia, por ejemplo, véase a LÓPEZ CÁRDENAS, C. M. & ACOSTA PÁEZ, E., (2017). De la teoría clásica del control de legalidad al control de convencionalidad: la construcción de un nuevo paradigma jurídico. En *Derecho administrativo* (1ra. Ed.). Editorial Universidad del Rosario. A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y de la Corte IDH, estos autores sostienen que el concepto clásico de ley ha sido superado. Ahora existen múltiples sistemas jurídicos interrelacionados. La armonización de estos sistemas obliga a los Estados a cumplir compromisos internacionales, más allá de las leyes nacionales. Figuras como el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad reflejan la evolución y ampliación del concepto de legalidad.

enfoque es coherente con la realidad de un sistema administrativo aun fuertemente vinculado a la normatividad y a la estructura formal del derecho positivo, donde el principio de legalidad sigue siendo el eje rector de las actuaciones administrativas.

6. CONCLUSIONES

- El principio de legalidad en el Perú ha evolucionado desde la independencia hasta nuestros días, consolidándose como un pilar fundamental del Estado de derecho y un mecanismo de control indispensable sobre la actuación de la Administración Pública. Su incorporación explícita en normas como la Constitución y la Ley de Procedimiento Administrativo General refuerza el compromiso del ordenamiento jurídico peruano con la transparencia, previsibilidad y subordinación de las decisiones públicas a la ley. Este principio no solo limita la discrecionalidad administrativa, sino que también resguarda los derechos y libertades de los ciudadanos.

- El principio de legalidad tiene dos dimensiones: material y formal. la dimensión material del principio de legalidad implica que la administración pública debe actuar respetando el ordenamiento jurídico en general incluyendo la Constitución, la Ley y los principios generales del derecho. En cuanto a su dimensión formal, este principio demanda que cada acción administrativa cuente previamente con una norma de rango legal que la respalde, estableciendo que toda actuación y procedimiento de la administración deben estar explícitamente regulados y permitidos por una disposición legal.

- El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que, aunque la Administración Pública debe actuar conforme a la Constitución y respetar el principio de legalidad, no tiene la facultad de ejercer control difuso de constitucionalidad sobre normas aplicables a sus actos administrativos. Esta prerrogativa corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, dado que permitir a la Administración ejercer tal control podría generar inseguridad jurídica y vulnerar el equilibrio de poderes.

- La Administración Pública dispone de una discrecionalidad necesaria para responder eficazmente a las situaciones no previstas expresamente por la ley. Esta discrecionalidad, como explica Bacigalupo Saggese, puede manifestarse tanto en la capacidad de optar por aplicar o no una consecuencia jurídica (discrecionalidad de actuación) como en la posibilidad de elegir entre diferentes alternativas cuando la ley exige una acción específica (discrecionalidad de elección). No obstante, la discrecionalidad no implica arbitrariedad: está condicionada por el principio de legalidad, que exige respaldo normativo, y por el principio de razonabilidad, que demanda decisiones justificadas, proporcionales y coherentes con los fines públicos y sus competencias.

- En el Perú, el Decreto Legislativo núm. 1256 establece un marco normativo para la eliminación y prevención de barreras burocráticas, buscando que la Administración Pública mantenga un mercado libre de medidas injustificadas que restrinjan la competencia y el desarrollo económico. A través del control de barreras burocráticas, ejercido por INDECOPI, se asegura que las entidades estatales actúen conforme al marco legal que protege la libertad de empresa y promueve la simplificación administrativa. Este mecanismo no solo fomenta un ambiente favorable para la acti-

vidad económica, sino que también garantiza que el ejercicio de las funciones públicas esté alineado con el interés general y el respeto al orden jurídico. El control de barreras burocráticas implica un análisis de legalidad y de razonabilidad.

- El principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador garantiza que las sanciones impuestas por la Administración Pública se basen en una potestad otorgada por ley, asegurando así el respeto a los derechos fundamentales de los administrados. Asimismo, sirve para dotar a la administración de mecanismos coercitivos que aseguren el cumplimiento de las normas y la eficacia del ordenamiento jurídico.

- El principio de legalidad en materia sancionadora se sustenta constitucionalmente en el artículo 2, numeral 24, de la Constitución Política. El Tribunal Constitucional ha determinado que este principio tiene tres manifestaciones: la existencia de una ley escrita (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

- En el derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad o de reserva de ley supone la prohibición de la imposición de sanciones sin cobertura legal y la prohibición de que los reglamentos establezcan infracciones y sanciones por iniciativa propia, sin amparo de normas con rango de ley. No obstante, la exigencia de la reserva de ley en el ámbito de lo sancionador administrativo es sensiblemente menos rigurosa que en el campo penal, pues se acepta la colaboración subordinada del reglamento, siempre que exista una habilitación expresa por parte del legislador.

- En el ordenamiento jurídico peruano se ha generado una fragmentación de la legalidad por la proliferación de normas con rango de ley emitidas por diversas entidades públicas, lo que ha complejizado la jerarquía normativa y el principio de legalidad. Asimismo, el constituyente ha realizado un uso indistinto de términos como «ley,» «normas con rango de ley,» y «fuerza de ley» en la Constitución de 1993, lo que ha dado lugar a la existencia de actos que, sin ser leyes propiamente dichas, pueden tener un valor equivalente, como los contratos-ley y los decretos de urgencia.

- El sistema judicial peruano cuenta con diversos mecanismos para controlar la actuación de la Administración Pública, entre los que destacan el proceso de amparo y el proceso contencioso-administrativo. El contencioso es el medio ordinario para que los ciudadanos puedan solicitar la tutela judicial de sus derechos o intereses contra actuaciones de la administración pública, mientras que el proceso de amparo tiene un carácter residual y subsidiario.

- La Constitución Política y la Ley 27584 establecen que la finalidad del proceso contencioso-administrativo es realizar un control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública y garantizar la efectiva protección de los derechos e intereses de los administrados, superando la visión tradicional que lo limitaba a la mera verificación de la legalidad formal de los actos administrativos.

- La pandemia de COVID-19 ha generado la necesidad de flexibilizar el principio de legalidad permitiendo a las autoridades públicas actuar más allá de lo estrictamente ordenado por la ley para proteger derechos fundamentales y el orden público. En el Perú, para viabilizar esta flexibilización, el reto es encontrar un equilibrio en un contexto donde la flexibilidad podría derivar en una desviación de la legalidad.

– La convencionalidad del acto administrativo implica que la Convención Americana de Derechos Humanos es una fuente de derecho con rango constitucional o supralegal que condiciona la actuación de los órganos públicos al respeto de los derechos humanos reconocidos, estableciendo límites a su ejercicio del poder. Si bien esta idea es cada vez más reconocida en la región, en el contexto jurídico peruano persiste aún un enfoque tradicional centrado en el principio de legalidad, donde este sigue siendo el eje rector de las actuaciones administrativas.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO JIMÉNEZ, L., (2023). «Bases Constitucionales», en *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., (2023). «La vinculación de la Administración Pública a la Ley y el Derecho», en *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- CÁRDENAS, J., (2002). Los principios y su Impacto en la Interpretación. En *Tribunales y Justicia Constitucional Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CASSAGNE, J. C., (2017). *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad administrativa*, 2a ed. Buenos Aires: Euro Editores SRL.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Casación núm. 1795-2011-Lima.
- DANÓS ORDÓÑEZ, J., (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública, *IUS ET VERITAS*, núm. 10: 149-60.
- (2018). «El Control de la Administración Pública en Perú», en *El Control de la Actividad Administrativa*.
- (2018). La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. En *Régimen administrativo sancionatorio. En homenaje a José Luis Meilán Gil*. Editado por Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, Delpiazzi, Carlos, Hernández, Miguel, Elizalde Jalil, Marco y Rodríguez Martín-Retortillo, María del Carmen. Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo Guayaquil 2018. Tomo 2.
- (2022). La evolución de las garantías jurídicas de los administrados en el Perú. En Muñoz Machado, Santiago., & Rivero Ortega, Ricardo (Dirs.). *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo 2021*. Madrid: Boletín Oficial del Estado (BOE).
- GALLARDO CASTILLO, M. J., (2008). *Los Principios de la Potestad Sancionadora. Teoría y práctica*. Madrid: Portal Derecho.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2009). *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Editorial Civitas.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., (2007). *Sanciones Administrativas Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*. Granda: Editorial Comares.
- GUZMÁN NAPURÍ, C., (2021). *Procedimiento administrativo sancionador*. Lima: Instituto Pacífico.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., (2017). El vicio de inconventionalidad del acto administrativo. En *Derecho administrativo* (1.^{ra} ed.) Editorial Universidad del Rosario.
- HUERGO, A., (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid, Iustel.
- LVANEGA, M., (2008). «Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora». *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 04: 107-120.

- IZQUIERDO CARRASCO, M., (2022). COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (17), 6-30. <https://doi.org/10.24965/realai17.11069>.
- JIMÉNEZ MAYOR, J., (2024). *Régimen jurídico del Poder Ejecutivo. Análisis exegético, jurisprudencial y doctrinario de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo*. Tomo I. Gaceta Jurídica.
- LANDA ARROYO, C., (2018). *La Constitucionalización del Derecho El caso de Perú*. Lima: Palestra Editores.
- LIZÁRRAGA GUERRA, V., (2019). *Procedimiento Administrativo Sancionador en la Función Pública*. Lima: Jurista Editores.
- LÓPEZ CÁRDENAS, C. M. & ACOSTA PÁEZ, E., (2017). De la teoría clásica del control de legalidad al control de convencionalidad: la construcción de un nuevo paradigma jurídico. En *Derecho administrativo* (1.^{ra} Ed.). Editorial Universidad del Rosario.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., (2016). *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla.
- MARTÍN TIRADO, R., (2021). *Prácticum Derecho Administrativo Un enfoque teórico práctico de las normas del procedimiento administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., (1989). Reflexiones sobre la ley de disciplina e intervención bancaria. En *Revista de Administración Pública* núm. 118.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., (2008). «Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Legalidad e irretroactividad». Documentación Administrativa.
- MESTRE, J., (1991). La Configuración constitucional de la potestad sancionadora de la administración pública en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al profesor García de Enterría*. Civitas. 1991, Vol. III.
- MORÓN URBINA, J. C. y JOHANSON CERVANTES, E., (2019). La justicia contencioso administrativa en el Perú: estado actual y propuestas de mejora. En Crepaldi, Gabriella (coord.). *Justicia administrativa en Italia, España y Latinoamérica*. Torino: Tirant lo Blanch.
- MORÓN URBINA, J. C., (2023). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 13va Ed. Lima: Gaceta Jurídica.
- (2023). *Las multas administrativas. Estudio integral para la construcción de una dogmática unitaria*. Lima: Praxis.
- NIETO GARCÍA, A., (2008). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos.
- REBOLLO PUIG, M., (2017). «Los Principios de la Potestad Sancionadora en la Ley Española de Régimen Jurídico del Sector Público», en *Derecho Administrativo Sancionador*. Instituto Pacífico.
- (2019). El procedimiento sancionador en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú. En *La proyección del Derecho Administrativo peruano: estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP* / coord. por Diego Zegarra Valdivia.
- RUBIO CORREA, M. y ARCE ORTIZ, E., (2024). *Principios establecidos por el Tribunal Constitucional en su doctrina jurisprudencial*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., (2010). «Legalidad y Sometimiento a la Ley al Derecho», en «*Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*», dirigido por Santamaria Pastor, Juan Alfonso. Madrid: La Ley.
- SOLDEVILA FRAGOSO, S., (2022). «Respuesta europea al control judicial la discrecionalidad administrativa: Especial atención al test de racionalidad y al control de plena jurisdicción en el Derecho de la competencia», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 21. 242-61.

- TIRADO BARRERA, J. A., (2017). *Eliminación de barreras burocráticas. Análisis del Decreto Legislativo núm. 1256, que aprueba la Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (1998). Sentencia recaída en el Exp. 135-96-AA/TC (Caso Asociación de Comerciantes Héroes Alto de la Alianza).
- (2003). Sentencia recaída en el Exp. 005-2003-AI/TC.
 - (2004). Sentencia recaída en el Exp. núm. 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarleque).
 - (2007). Sentencia recaída en el Exp. 05262-2006-PA. (Caso Edelnor S. A. A.)
 - (2010). Sentencia recaída en el Exp. 00197-2010-PA/TC (Caso Flores Arocutipa).
 - (2014). Sentencia recaída en el Exp. 04293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena).
 - (2018). Sentencia recaída en el Exp. 00020-2015-PI/TC (Caso Potestad Sancionadora de la CGR).
 - (2020). Sentencia recaída en el Exp. 00003-2016-PI/TC y 00006-2016 PI/TC – Acumulados (Caso Decreto Legislativo del Notariado II).
 - (2022). Sentencia recaída en el Exp. núm. 03394-2021-PA/TC (Caso Durand Gómez).
 - (2024). Sentencia 193/2024 recaída en el Exp. 00026-2021-PI/TC (Caso de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República II).
- VIGNOLO CUEVA, O., (2011). La cláusula del Estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1 (131). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2011.131.4696>.

