

Por:

Víctor Sebastian Baca Oneto*

& Antonio Abruña Puyo]**

EL REGLAMENTO, ¿ACTO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO PERUANO?

Resumen

Este trabajo se ocupa de la diferencia entre actos de la Administración normativos y actos no normativos y si, pese a la constatación de esta diferencia, es posible incluirlos en una categoría única de actos administrativos, definidos por ser declaraciones de la Administración productoras de efectos jurídicos dictados en ejercicio de una potestad administrativa. Desde una perspectiva doctrinal, esta es la posición de los autores, a la que llegan luego de analizar los criterios propuestos en la doctrina para distinguir las normas de los actos no normativos y de resaltar sus similitudes. Por su parte, en el Derecho peruano se analiza lo dispuesto por la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General, en la cual pueden encontrarse argumentos para afirmar que los Reglamentos son también actos administrativos, aunque no se les aplicará plenamente esta norma, al tratarse de medidas no consuntivas y abstractas. Este sería el criterio de distinción entre actos normativos y actos no normativos, pues en el ámbito administrativo sí puede defenderse que los actos pertenecen a una u otra categoría «por naturaleza» y no únicamente por un criterio formal.

Palabras claves: Acto administrativo, Reglamento, actos normativos y actos no normativos, generalidad y abstracción de las normas, concepto de Derecho administrativo.

Abstract

This essay focuses on the difference between normative acts [Rules] and non normative acts [adjudications] of the Public administration and, despite the verification of this difference, is possible to include them in the only category of administrative acts, defined as Public Administration's declarations that produce juridical effects in exercise of an administrative legal power. From a doctrinal perspective, this is the conclusion of the authors, to which they come after analyzing the criteria proposed to distinguish the normative acts (general regulations or Rules) of non normative acts (single decisions or adjudications), and of highlighting their similarities. About Peruvian Law, the authors analyze the Law 27444, Administrative General Procedure

* Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Profesor de Derecho administrativo de la Universidad de Piura.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Profesor de Derecho administrativo de la Universidad de Piura.

Act, in which they can find arguments to affirm that the Rules are also administrative acts [adjudications], though this norm will not be applied to them fully, because they are abstract and ordinatorial measures. This last criterion could be used to distinguish between normative and non normative administrative acts, since in the administrative area is possible to affirm that those acts belong to one or another category «by nature», and not only form a formal criterion.

Key Words: Administrative act, Regulation, normative and non normative acts, generality and abstraction of the norms, Administrative law concept.

Sumario

I. PLANTEAMIENTO. II. LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO NORMATIVO Y ACTO NO NORMATIVO EN LA DOCTRINA. 1. La generalidad de la norma como criterio distintivo. 2. El carácter innovador del ordenamiento jurídico como criterio distintivo. 3. El carácter «consuntivo» como criterio diferenciador. 4. Las tesis «escépticas» en cuanto a la existencia de un criterio universal para distinguir entre acto normativo y acto no normativo III. ¿ES EL REGLAMENTO UN ACTO ADMINISTRATIVO? UN ENSAYO DE RESPUESTA AFIRMATIVA. IV. LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO NORMATIVO Y REGLAMENTO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO. 1. El (confuso) Derecho positivo peruano y la distinción entre acto y Reglamento. 2. El criterio de distinción entre lo normativo y lo no normativo en el Derecho peruano... y sus consecuencias de cara a la definición del «acto administrativo». V. UN BREVE EX CURSUS FINAL: NORMATIVOS O NO, LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SON SIEMPRE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, AUNQUE SÓLO LOS REGLAMENTOS LO SEAN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. UNA BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL REGLAMENTO ES UN ACTO NORMATIVO, QUE INNOVA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, PERO ACTO ADMINISTRATIVO A FIN DE CUENTAS.

I. PLANTEAMIENTO

En los años 2008 y 2009, dos prestigiosos eventos académicos en el Derecho administrativo parecieron coincidir, al menos en el tema elegido. Así, las Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en mayo de 2008 llevaron por título «Cuestiones de acto administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho administrativo»¹; mientras que el VIII Foro Iberoamericano de Derecho administrativo, reunido en Panamá en septiembre de 2009, tuvo como tema de discusión «El acto administrativo como fuente del Derecho administrativo en Iberoamérica»². En el primero quedaba en evidencia la posibilidad de incluir al acto administrativo, junto al Reglamento, como una Fuente del Derecho administrativo, aunque luego el contenido de los trabajos presentados no profundizara en esta cuestión. Por su parte,

¹ AA.VV. *Cuestiones de Acto administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho administrativo. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009.

² RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel, SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Eds.). *El acto administrativo como fuente del Derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho administrativo)*, 2009.

en el segundo se discutió ampliamente si el acto administrativo es fuente del Derecho administrativo, lo que para la mayoría de profesores allí presentes sólo sería admisible si el Reglamento constituye una clase de acto administrativo. En consecuencia, gran parte de las ponencias presentadas se dedicaron a determinar si el Reglamento es una clase de acto administrativo, o algo distinto.

Por tanto, está sobre el tapete la distinción entre Reglamento y acto administrativo, que no es otra cosa que la discusión, ya clásica en Derecho administrativo, sobre la noción de acto administrativo, que para algunos es la noción central de nuestra materia³, papel que otros se resisten a reconocerle⁴. Es evidente que existen diferencias: del primero se afirma que es una norma, mientras que al segundo se le niega tal carácter, lo que necesariamente conlleva importantes consecuencias respecto del régimen jurídico aplicable. Sin embargo, es indudable también que existen similitudes, extensibles también al régimen jurídico aplicable. Por tanto, es preciso determinar si las semejanzas son suficientes como para remitirlos a una categoría jurídica única, precisando cuál puede ser. Evidentemente, esta discusión, de carácter eminentemente teórico, debe ser trasladada al Derecho peruano, en donde la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), es una referencia insoslayable.

Por otro lado, aunque no esté directamente vinculado al tema central de este trabajo, nos ha parecido preciso hacer una aclaración respecto al concepto de «fuente del Derecho». Evidentemente, se trata de una aproximación superficial a un tema que escapa del ámbito de estas breves páginas, pues implica pronunciarse sobre lo que entendemos por «Derecho», pero es necesaria en tanto ha sido el fundamento de muchos de los intentos de distinción y de asimilación entre el acto administrativo y el Reglamento. Como veremos, este último es norma, e innova el ordenamiento jurídico, del que es fuente. Sin embargo, el Derecho no se identifica necesariamente con el ordenamiento jurídico, ni las fuentes de aquél son únicamente las fuentes de éste, por lo que los actos administrativos pueden ser de las primeras, sin necesidad de ser de las segundas. Es decir, un acto administrativo puede ser fuente del Derecho, sin necesidad de ser un Reglamento.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO NORMATIVO Y ACTO NO NORMATIVO EN LA DOCTRINA

1. *La generalidad de la norma como criterio distintivo*

El Reglamento es norma, el acto administrativo no lo es. Con esta frase tan simple podríamos resumir los argumentos de quienes defienden la distinción entre ambas figuras. Sin embargo, ésta es a su vez una afirmación no exenta de controversias, pues no está

³ MAYER, Otto. *Tratado de Derecho administrativo alemán*, I, traducción del original francés *Le droit administratif allemand*, por HEREDIA Horacio y KROTOSCHIN Ernesto, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 125.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho administrativo* I, 13ª edición, Madrid, Civitas, 2006, p. 547.1.

claro cuál es el criterio diferenciador entre un acto normativo y otro que carece de tal carácter. Uno de los criterios más extendidos es el de la generalidad. Sin embargo, se trata de una noción de difícil aprehensión, pues ¿qué significa que un acto sea «general» y otro «particular»? Así, por ejemplo, una convocatoria está dirigida a una pluralidad indeterminada de destinatarios, y es un acto individual, mientras que los Reglamentos organizativos pretenden aplicarse a una única Institución pública.

En consecuencia, algunos autores buscaron redefinir el concepto de generalidad, que no estaría en función del número de individuos destinatarios del acto, sino del modo en que estos individuos son considerados: *uti singuli* o *uti universi*⁵. Por tanto, las normas (y los Reglamentos entre ellas) serían mandatos impersonales que tienen como destinatarios a un grupo o categoría de personas⁶; es decir, se trata de decisiones emitidas para regir todos los casos de la misma naturaleza que podrían presentarse en el futuro, no a la vista de un caso particular (abstracción); y adoptada no a propósito de sujetos determinados, sino concebida sin acepción de personas y destinada a aplicarse a todos quienes estén en las condiciones previstas en ella⁷.

2. *El carácter innovador del ordenamiento jurídico como criterio distintivo*

Sin embargo, pese a los intentos por reforzarlo, las críticas mencionadas han hecho que el criterio de la generalidad haya sido desplazado, a partir del carácter general que pueden tener algunos actos no normativos y el carácter singular de otros a los que les atribuye carácter normativo. Su papel ha sido ocupado por el criterio ordinamental, que plantea la diferencia a partir de la fuerza innovadora del ordenamiento jurídico que tiene la norma (acto ordinamental) y de la que carecen los actos de aplicación (actos ordenados)⁸. En consecuencia, la fuerza innovadora del ordenamiento es el “criterio mínimo y esencial, que no puede fallar”⁹.

No obstante, debe reconocerse que la claridad teórica de este criterio de distinción puede verse oscurecida en la práctica. Así, en palabras de MEILÁN GIL, en algunos casos “la regulación del supuesto de hecho no se hace siempre de golpe, sino a base de una graduación sucesiva de normas a la que corresponden igualmente una sucesión

⁵ BOQUERA OLIVER, José María. “La publicación de las disposiciones generales”, *Revista de Administración pública*, núm. 31, 1960, p. 63.

⁶ BOQUERA OLIVER, José María. 1960, p. 64.

⁷ Véase la exposición que hace de esta teoría PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 299 y ss.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. 2006, pp. 187 y ss. En la doctrina peruana, a favor de este criterio, ABRUÑA PUYOL, Antonio. *La validez del acto administrativo en el ordenamiento peruano*, Tesis doctoral presentada en la Universidad de Navarra, *pro manuscripto*, 2002, p. 169; y DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. “¿Constituye el acto administrativo fuente del Derecho en el ordenamiento jurídico peruano?”, en: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel, SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Eds.). 2009, p. 613.

⁹ MEILÁN GIL, José Luis. *La distinción entre norma y acto administrativo*, ENAR, Madrid, 1967, pp. 36 y ss. Más recientemente, puede verse la posición de este autor en: “El acto administrativo como categoría jurídica”, en: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel, SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Eds.). 2009, pp. 392 y ss.

de actos [...] Este proceso de gradación gradual de la norma plantea el problema de la línea divisoria de la norma y el acto: ¿cuándo se está en presencia de una concreción que es todavía desarrollo de la norma o cuándo en presencia de una concreción que ya es aplicación de la misma a un caso, es decir, un acto administrativo? [...] La norma entendida genéricamente como formulación hipotética que a la previsión abstracta de un supuesto de hecho fija unas consecuencias, no siempre se manifiesta externamente de una vez. Pocas veces [...] la norma administrativa aparece encapsulada en una disposición única. Es preciso reconstruir la regla, uniendo distintas disposiciones de concreción gradual distinta [...] La norma, entendida como regla jurídica completa, aparece así escindida en varias disposiciones; o lo que es lo mismo, algunos de sus elementos aparecen formalmente desgajados de la misma. Estos elementos tienen carácter y entraña normativa. No son aplicación de la norma sino desarrollo de la misma. Son elementos integrantes de la norma, aunque desgajados de ella, la completan¹⁰. Por tanto, concluye este autor, “frente a la simplicidad del Derecho civil, -ley y autonomía de la voluntad- el Derecho administrativo ofrece una gama que revela una auténtica gradación de normatividad”¹¹.

3. El carácter «consuntivo» como criterio diferenciador

No obstante, pese a su difusión, el criterio ordinamental puede resultar insuficiente para distinguir entre actos normativos y actos no normativos, pues resultaría tautológico, ya que “si por ordenamiento jurídico hay que entender un determinado conjunto o sistema normativo, va de suyo que cuando se dicta una norma nueva se innova el conjunto de normas”¹². Decir que una norma es el acto que altera el conjunto de normas es indudablemente cierto, pero en realidad no nos dice nada. En consecuencia, debe completarse con otros criterios, papel que cumple el criterio de la «no consunción», de acuerdo al cual el acto no normativo, “sea singular o general su círculo de destinatarios, se agota en su simple cumplimiento, se consume en éste; para un nuevo cumplimiento, habrá que dictar eventualmente un nuevo acto [...] En cambio, la norma ordinamental no se consume con su cumplimiento singular, antes bien se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimiento; sigue «ordenando» la vida social desde su superioridad”¹³.

¹⁰ MEILÁN GIL, José Luis. 2009, pp. 45-48.

¹¹ MEILÁN GIL, José Luis. 2009, p. 73.

¹² DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 187. En palabras de LEGUINA VILLA, Jesús. “Legitimación, actos administrativos generales y Reglamentos. El valor normativo de las disposiciones organizatorias”, *Revista de Administración pública*, núm. 49, 1966, p. 216, “el criterio ordinamentalista, utilizado exclusivamente y sin conexión con otros criterios de diferenciación entre actos y Reglamentos, es notoriamente insuficiente [...] En efecto, un acto es normativo no porque se integre en el ordenamiento jurídico, antes bien, entra a formar parte de este último porque es normativo”.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 2006, pp. 189 y 190. En palabras de MEILÁN GIL, José Luis. 1967, p. 39, “la integración en el ordenamiento jurídico se revela por un síntoma indicario [...], que es la no consunción de la norma”, que vincula a la posibilidad de «reviviscencia» de la norma frente a la vinculación del acto no normativo a un supuesto de hecho concreto (p. 40). Este criterio fue introducido en la doctrina española por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición”, *Revista de Administración pública*,

No obstante, pese a su generalizada aceptación, no faltan algunos detractores de este criterio, al que identifican con el de la abstracción del supuesto de hecho, pues “el que la norma no se consuma se debe a que el supuesto de hecho de la misma es abstracto”¹⁴. Así, para estos autores “resulta ciertamente dudoso que un acto dirigido a una pluralidad de sujetos se consuma con su aplicación o regule un solo caso. Un acto que tiene una pluralidad indeterminada de destinatarios regula necesariamente una pluralidad indeterminada de casos”¹⁵. Así, en el supuesto paradigmático de acto general no normativo, como el de las bases de las convocatorias a concursos u oposiciones, éstas se aplican cada vez que debe valorarse si el participante cumple con los requisitos establecidos, y no se consumen en cada aplicación. Además, en aplicación de este criterio, también serían reglamentos “los actos con un solo destinatario que no se agotan en un único cumplimiento, sino que, por el carácter abstracto de la regulación que contienen, son susceptibles de una pluralidad indefinida de aplicaciones [...] aquí cabe citar las concesiones de dominio público, la prohibición de sacar agua de un pozo, la orden al molinero de abrir una esclusa siempre que las aguas rebasen cierto nivel y la orden dirigida al propietario para que, cada vez que el vapor de las chimeneas de su fábrica produzca artificialmente la formación de hielo en los alrededores, adopte las medidas necesarias para remediar esta situación antijurídica”¹⁶.

4. *Las tesis «escépticas» en cuanto a la existencia de un criterio universal para distinguir entre acto normativo y acto no normativo*

Si existen actos no normativos generales y otros cuyo carácter no consuntivo no está nada claro, junto a reglamentos singulares e incluso «consuntivos», como aquellos que acuerdan la supresión de un órgano¹⁷, ¿en dónde puede estar la diferencia entre unos y otros? Indudablemente, en el carácter ordinamental, pero éste en realidad nos dice poco, pues ¿cuáles actos innovarán el ordenamiento jurídico y cuáles no? Al respecto, llama la atención que incluso uno de los primeros defensores del criterio «consuntivo» para distinguir entre los actos normativos y los no normativos, reconociera que éste era un criterio externo, posicional, vigente sólo a falta de un criterio particularizado extraído de la actuación administrativa analíticamente estudiada¹⁸. Esta afirmación, aparentemente críptica, parte de constatar que según el juego de los conceptos abstracción/concreción (en función el supuesto de hecho sea determinado o indeterminado) y generalidad/singularidad (en función el destinatario sea determinado o indeterminado), es posible distinguir cuatro tipos de regulaciones: concretas-especiales, concretas-generales, abstractas-especiales, y abstractas generales. Mientras que las primeras claramente serán no normativas y las últimas son normativas, no está nada claro en dónde ubicar

núm. 29, 1959, p. 164; convirtiéndose en el mayoritario, teniendo incluso seguidores en el Derecho peruano (DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. 2009, pp. 613 y ss.).

¹⁴ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. 2002, p. 191.

¹⁵ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. 2002, p. 192.

¹⁶ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. 2002, pp. 192 y 193.

¹⁷ ABRUÑA PUYOL, Antonio. 2002, p. 169.

¹⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. “Actos administrativo generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones”, *Revista de Administración pública*, núm. 40, 1963, p. 249.

las dos intermedias, pues su consideración como normas o no dependerá del Derecho positivo de cada país e incluso de razones pragmáticas, a partir de las consecuencias prácticas que tenga su inclusión en una u otra categoría¹⁹. Más adelante, variantes nos serán de mucha utilidad al determinar el criterio de distinción entre lo normativo y lo no normativo en el Derecho administrativo peruano.

III. ¿ES EL REGLAMENTO UN ACTO ADMINISTRATIVO? UN ENSAYO DE RESPUESTA AFIRMATIVA

Difícil o no, en general o caso por caso, es posible (y necesario) distinguir entre los actos de la Administración que tienen carácter normativo, y los que no lo tienen. Sin embargo, sigue pendiente la pregunta, ¿son ambos actos administrativos o los primeros pertenecen a una categoría distinta? La respuesta a esta pregunta pasa por la definición del acto administrativo, respecto al cual la doctrina está de acuerdo en afirmar que es la declaración administrativa productora de efectos jurídicos que se dicta en ejercicio de una potestad administrativa. Sin embargo, el consenso no llega a la forma en que dicha definición debe interpretarse. Por la influencia del carácter revisor del proceso contencioso administrativo, a veces se ha ampliado el contenido de esta definición hasta el máximo, como un medio para evitar la indefensión que produciría una noción más estricta, cuando la presencia de un acto administrativo es presupuesto para acudir al Poder Judicial. Sin llegar a tales excesos, pero todavía usando un concepto amplio, generalmente se entiende que el acto administrativo es “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”²⁰. Así, únicamente no estarían dentro del concepto de «acto administrativo» los Reglamentos, en tanto constituyen fuentes del ordenamiento, los contratos, por ser bilaterales, y los actos materiales, por carecer de contenido declarativo²¹.

Finalmente, en los últimos años han cobrado alguna fuerza quienes, influenciados por la doctrina y la legislación alemana²², defienden un concepto restringido del acto

¹⁹ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. 2002, p. 193.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. 2006, p. 548.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. 2006, p. 547. A favor de la distinción entre acto y reglamento, manteniendo un concepto similar al de acto administrativo que estos autores, véase, entre otros, COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho administrativo*, t. I, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2000, p. 328; GARCÍA TREVIANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 31 y 32; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Derecho administrativo español*, t. III, EUNSA, Pamplona, 1997, pp. 397 y 398; MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho administrativo*, 20ª edición, Trivium, Madrid, 1999, p. 306.

²² Parágrafo 35 de la Ley del procedimiento administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*): “acto administrativo es toda disposición, decisión y otra medida autoritaria que adopte la autoridad para regular un supuesto individual en el marco del Derecho público, y que se dirige al exterior provocando efectos jurídicos inmediatos. Disposición general no reglamentaria es un acto administrativo que se dirige a un círculo de personas determinado o determinado con arreglo a criterios generales, o que se refiera a un bien de características público-jurídicas o de uso colectivo” (traducción de LINDE PANIAGUA, Enrique. “Ley del Procedimiento administrativo de la República Federal Alemana. Introducción, Traducción y Notas”, *Revista de Administración pública*, núm. 83, 1977, p. 506. En todo

administrativo, como “toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos frente a terceros, dictada por la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”²³. El primer paso es liberar al acto administrativo del papel que el carácter revisor del proceso contencioso administrativo le ha impuesto, pues si el presupuesto para la actuación judicial es la impugnación de un acto administrativo, éste debe ser encontrado siempre por los jueces para evitar cualquier situación de indefensión. Sólo así se puede llegar a un concepto técnico de acto administrativo, construido sobre el modelo de la sentencia judicial, que se caracteriza esencialmente por su carácter regulador. En virtud de éste, sólo serían actos administrativos aquellos “dirigidos a la creación, a la modificación o a la extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración [o a su negación] de un derecho, respecto de una persona, cosa o situación”²⁴, lo que excluiría las certificaciones y otras manifestaciones de conocimiento de la Administración, las comunicaciones, informes, opiniones, recomendaciones y advertencias, las decisiones confirmatorias, las medidas de ejecución material, los actos que pese a producir efectos jurídicos no tengan contenido regulador (al ser únicamente la consecuencia de un acto o norma anteriores) y los actos de trámite²⁵.

No es el momento de analizar cuál de estas posiciones es más correcta, aunque para el objeto de este trabajo sí debe resaltarse que, pese a sus indudables diferencias, ambas tienen en común excluir del concepto de acto administrativo a los Reglamentos. Así, sólo serían actos administrativos los dictados en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria. Es decir, los Reglamentos se dictan en virtud de una potestad administrativa, pero no son actos administrativos, porque su carácter normativo lo impediría. Sin embargo, otros autores sostienen que el Reglamento es un acto administrativo. Es el caso, por ejemplo, de GUAITA, quien, con su habitual contundencia, reconoce que algunos niegan esta afirmación basándose en que (a) en el Reglamento la Administración no administra, sino que legisla; y (b) a diferencia de la generalidad de los reglamentos, el acto administrativo es singular, individual, concreto, subjetivo, particular; para luego afirmar que “lo primero puede aceptarse o rechazarse, da igual; y lo segundo es ciertamente una afirmación «dogmática» y «porque sí» [...] lo único decisivo es lo que ya sabemos y que se confirma en este caso, pues nadie puede negar

caso, debe indicarse que debe entenderse la expresión “medida autoritaria” sin la carga negativa que habitualmente se le atribuye, sino como medida dictada en ejercicio de un poder de autoridad.

²³ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2004, pp. 23 y ss. (el entrecomillado en p. 32); y, del mismo autor, “El concepto de acto administrativo”, *Revista General de Derecho administrativo IUSTEL*, núm. 2, 2003, *passim*.

²⁴ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. 2004, p. 33.

²⁵ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. pp. 34-36. No obstante, acepta BOCANEGRA SIERRA que en Derecho español los actos de trámite cualificados deban ser considerados como actos administrativos, al menos a efectos procesales, para permitir su impugnación jurisdiccional. Siempre según este autor, sólo serían verdaderos actos administrativos los actos de trámite “que efectivamente tengan una eficacia constitutiva o declarativa *ad extra* [...] o aquellos actos a través de los cuales un órgano administrativo toma una decisión, en el seno de un procedimiento, que el órgano formalmente competente para resolverlo no puede revisar ni modificar” (p. 36). Similar es la posición de MEILÁN GIL, José Luis (2009, pp. 382 y 383), para quien los actos de trámite no serían verdaderos actos administrativos porque no inciden en situaciones jurídicas concretas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas, cumpliendo sólo un papel instrumental.

que el reglamento: 1) es un acto, 2) jurídico y 3) sometido al Derecho administrativo [y además] su autor es siempre la Administración”²⁶.

Por tanto, no existe acuerdo respecto a la inclusión o no del Reglamento en el concepto de acto administrativo, ni en el Derecho español ni en otros ordenamientos iberoamericanos²⁷. En realidad, el eje de la cuestión está en decidir qué prima, si las diferencias entre los actos normativos y los no normativos, o si debe prevalecer lo que tienen en común. Las primeras son indudables. Así, mientras que el poder de dictar actos no normativos es una cualidad general de todo órgano de la Administración, la potestad reglamentaria le corresponde sólo a aquellos órganos a quienes específicamente el Ordenamiento se la atribuye. Además, el régimen de invalidez será distinto, pues un vicio material del reglamento será siempre gravísimo, por lo que podrá ser alegado en plazos amplios (e incluso sin limitación temporal, cuando se trate del recurso indirecto, dirigido contra el acto de aplicación de un Reglamento ilegal, amparándose en la invalidez de éste), mientras que los vicios sustanciales de los actos administrativos no será siempre de orden público, por lo

²⁶ GUAITA MARTORELL, Aurelio. “El concepto de acto administrativo”, *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 7, 1975, p. 539. Entre otros, incluyen también a los Reglamentos dentro de la noción de acto administrativo, BOQUERA OLIVER, José María. *Estudios sobre el acto administrativo*, 7ª edición, Civitas, Madrid, 1992, p. 34; y, del mismo autor, *Derecho administrativo*, 10ª edición, Civitas, Madrid, 1996, pp. 341 y ss.; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. 2002, pp. 180-185; ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo I/I*, 13ª edición, Tecnos, Madrid, 1999, p. 172; GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho administrativo I*, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 414 y 424 y ss.

²⁷ Así, por ejemplo, en Argentina sostiene que el Reglamento es un acto administrativo MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho administrativo*, II, 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 227. Mientras que CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, II, Palestra, Lima, 2010, p. 127; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 34; DIEZ, Manuel María. *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 75; y DROMI, Roberto. *El acto administrativo*, IEAL, Madrid, 1985, pp. 25 y 26, y en la República Oriental del Uruguay, CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “Consideración del acto administrativo como fuente del Derecho administrativo. Enfoque conceptual y positivo, desde el Derecho uruguayo”, en: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel, SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Eds.). 2009, pp. 721 y ss., afirman expresamente que los Reglamentos son actos administrativos; afirmación que no parece compartir SAYAGÜES LAZO, Enrique. *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, 2ª edición, Editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1959, p. 390. Más clara es la contradicción en el caso venezolano, donde autores como Allan BREWER CARIAS (“Los actos administrativos normativos como fuente del Derecho en Venezuela, con especial referencia a los reglamentos ejecutivos”, en: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel, SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Eds.). 2009, pp. 767 y ss.) y Víctor HERNÁNDEZ MENDIBLE (“El acto administrativo como fuente de Derecho administrativo”, en: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel, SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Eds.). 2009, pp. 799 y ss.) afirman que los Reglamentos son actos normativos, distintos a los actos no normativos, pero igualmente administrativos; mientras que Armando RODRÍGUEZ GARCÍA (“El acto administrativo como fuente en el Derecho en Venezuela”, RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel, SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Eds.). 2009, pp. 785 y ss., en especial p. 797) prefiere reservar la denominación de actos administrativos para los actos concretos, no normativos. Sobre esta cuestión en Iberoamérica, puede verse el muy completo trabajo de RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivo. “El acto administrativo: su asimilación en el ordenamiento jurídico dominicano”, de próxima publicación en la *Revista de Derecho Público de Venezuela*.

que no siempre son vicios «de nulidad de pleno derecho»²⁸. Por otro lado, los Reglamentos son siempre revocables, incluso por motivos de oportunidad (a través de su derogación), mientras que los actos no normativos pueden no serlo, dependiendo de lo que establezca cada ordenamiento. Por su parte, para los primeros rige el principio de «inderogabilidad singular», que limita al principio de jerarquía e impide incluso que el superior jerárquico se aparte en un caso concreto de lo dispuesto por un Reglamento, debido a su carácter normativo, principio que no tiene un correlato respecto de los actos no normativos²⁹. Finalmente, el procedimiento de elaboración será distinto en uno y en otro caso.

Sin embargo, existe un indudable punto en común: se trata de declaraciones productoras de efectos jurídicos, dictadas por la Administración en virtud de una potestad administrativa. Es decir, están sometidas a la ley y son susceptibles de impugnación jurisdiccional, alegando su disconformidad con el ordenamiento jurídico (y no sólo con la Constitución, como sucede con los actos dictados en ejercicio de una potestad legislativa). Como todo poder, la potestad administrativa se caracteriza por modificar unilateralmente la situación jurídica en la que se encuentra su destinatario, sin necesidad de contar con su consentimiento (aunque sin excluirlo necesariamente), distinguiéndose de las otras potestades públicas (legislativa o judicial) en el régimen jurídico que le es aplicable a su ejercicio: presunción *iuris tantum* de legalidad (frente a la presunción *iuris tantum* de constitucionalidad y *iuris et de iure* de legalidad propia de las leyes y las sentencias con efectos de cosa juzgada)³⁰.

Evidentemente, los Reglamentos son «normas», que innovan el ordenamiento jurídico y no deben consumirse en una única aplicación, pero siguen siendo «normas administrativas». Existe un peligro indudable al excluirlos de la categoría del acto administrativo por su contenido «normativo», pues al identificar éste con un carácter «materialmente legislativo», parece que la naturaleza del acto cambiaría según su contenido, y no de acuerdo al criterio formal al que hemos hecho referencia más arriba. Este riesgo se ve mucho más claramente cuando se piensa en los actos «materialmente jurisdiccionales» de la Administración, que se pretenden distinguir de los actos administrativos aplicándoles un régimen distinto, asimilado en gran medida al propiamente jurisdiccional³¹. Sin embargo, los actos materialmente legislativos y los materialmente

²⁸ Sobre esta cuestión, pueden verse los trabajos de BACA ONETO, Víctor Sebastian. “La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de contrataciones del Estado y su Reglamento”, *Revista de Derecho administrativo*, núm. 7, 2009, editada por el Círculo de Derecho administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 69 y ss., y “La Ley 27444, de Procedimiento Administrativo General, y la mal llamada «nulidad de pleno derecho»”, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, núm. 48, 2006, Compendio especializado, pp. 7 y ss.

²⁹ Sobre el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, sigue siendo obligada la cita al trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos”, *Revista de Administración pública*, núm. 27, 1958, pp. 63 y ss.

³⁰ BOQUERA OLIVER, José María. 1996, pp. 74 y ss. Véase también MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 88 y ss.

³¹ Esta confusión ha motivado el debate en nuestro país respecto al control difuso de la constitucionalidad de las normas en sede administrativa, reconocido por la STC de 11 de octubre de 2006,

judiciales no son más que actos administrativos, pues siguen dictándose por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa, sometida a la ley y susceptible de revisión jurisdiccional.

En consecuencia, pensamos que las indudables diferencias entre Reglamentos y actos administrativos no normativos no deben llevarnos a negar que los primeros sean también actos administrativos. La naturaleza jurídica sustantiva de ambos es la misma y, en consecuencia, los elementos que ella impone. Y es evidente que el Reglamento contiene los mismos elementos esenciales básicos que el acto administrativo y destacadamente constituyen una actuación de la Administración y de sus órganos, en ejercicio de potestades administrativas³². Esta identidad hace necesario buscar una categoría en donde puedan incluirse tanto los actos normativos como los no normativos, dictados por la Administración en ejercicio de sus potestades propias, que no puede ser otra que la del acto administrativo, salvo que se proponga con éxito la creación de una categoría nueva. Mientras tanto, los dos serán actos administrativos, normativos unos y no normativos otros, lo que explicará las diferencias en su régimen jurídico³³.

IV LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO NORMATIVO Y REGLAMENTO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

1. El (confuso) Derecho positivo peruano y la distinción entre acto y Reglamento

A partir de las afirmaciones precedentes, ¿cabe afirmar en el Perú que el Reglamento es una clase de acto administrativo? Si bien la respuesta doctrinal era general-

recaída en el Exp. 3741-2004-AA/TC, y su posterior aclaratoria de 13 de octubre de 2006. Así, por ejemplo, el argumento del carácter «cuasi-jurisdiccional» de los actos de ciertos tribunales administrativos es expreso en el trabajo de BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo e HIGA SILVA, César. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal constitucional”, en: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (Coord.). *La defensa de la Constitución por los Tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Palestra, Lima, 2007, p. 31. Al respecto, puede verse una posición crítica con este reconocimiento en BACA ONETO, Víctor Sebastian. “La Administración pública y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia reciente del Tribunal constitucional peruano”, en: ARANCIBIA MATTAR, Jaime (Coord.). *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Editorial Libromar, Santiago de Chile, 2009, pp. 1053-1076 (también publicado en *Gaceta constitucional* 23, noviembre de 2009, pp. 381 a 401); y CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”, en: *La defensa de la Constitución por los Tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Palestra, Lima, 2007, p. 94 y ss. (también publicado en *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 98, 2006, pp. 31 y ss.).

³² Esta posición fue sostenida ya en ABRUÑA PUYOL, A. 2002, p. 172.

³³ La necesidad a la que hacemos referencia en el texto es patente en el trabajo de RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, ¿Es el acto administrativo fuente del Derecho en el ordenamiento jurídico español?, en: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel, SHEFFER TUÑON, Javier Ernesto y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Eds.). 2009, p. 406. Estos autores, para quienes el Reglamento debe distinguirse del acto administrativo por su contenido normativo, finalmente afirman que el reglamento es un “acto formalmente administrativo”.

mente afirmativa³⁴, actualmente se ha puesto en duda, a partir del carácter normativo de los primeros³⁵. Evidentemente, existen referencias en el régimen jurídico, como antes se ha indicado. Así, mientras que los actos no normativos son por regla general irrevocables por motivos de oportunidad (art. 203 LPAG), los reglamentos pueden ser derogados, sin más limitaciones que aquéllas que puedan venir impuestas por el principio de protección de la confianza legítima. Además, los actos normativos son impugnados mediante la acción popular, cuyo plazo prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicada la norma, a diferencia de los actos administrativos no normativos, que son sólo impugnables en los brevísimos plazos de recurso establecidos en nuestra legislación (como regla general, 15 días en la vía administrativa y 3 meses en la contencioso administrativo). Por otro lado, en virtud de lo dispuesto por el art. 138 de nuestra Constitución y el art. VI del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley 28237, será posible el llamado recurso indirecto contra los Reglamentos, éste sin limitación temporal alguna, pues en caso sean ilegales o inconstitucionales, los jueces deben siempre inaplicar la norma de menor jerarquía.

Sin embargo, estas diferencias no son suficientes para negar que actos normativos y no normativos pertenezcan a una categoría común. Como bien se ha indicado, “la circunstancia de que el reglamento siga un régimen distinto al del acto administrativo singular sólo quiere decir que el reglamento no puede ser considerado un acto administrativo singular, pero ello no quita que sea posible formular un concepto que los englobe a los dos”³⁶. No obstante, la respuesta debe obtenerse a partir de los datos propios del Derecho peruano, y no únicamente en función de elaboraciones doctrinales.

De acuerdo al art. 1.1 LPAG, son actos administrativos “las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”. Posteriormente excluye del concepto de acto administrativo los actos de administración interna y los actos materiales. Aunque tácitas, nos parece percibir ciertas similitudes entre lo establecido en nuestra legislación y la definición del citado párrafo 35 de la VwVfG alemana, al pretender dar un concepto «estricto» de acto administrativo, aunque el art. 5.1 LPAG nos aleje de lo dispuesto en dicho ordenamiento, al establecer que el contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica.

Respecto de la inclusión o no de los Reglamentos dentro de la noción de acto administrativo, en tanto sólo lo serán las declaraciones destinadas a producir efectos jurídicos dentro de una situación concreta, parece que el legislador ha pretendido excluirlos. Por tanto, utilizando las parejas de conceptos explicadas más atrás, no estarían incluidos dentro del concepto de acto administrativo empleado por el art. 1.1. LPAG los

³⁴ PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro. *Derecho administrativo y Administración pública en el Perú*, 6ª edición, Grijley, Lima, 1997, p. 295; RUIZ-ELDREDGE RIVERA, Alberto. *Manual de Derecho administrativo. Temática esencial*, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1990, p. 163; y TOLA CIRES, Fernando. *Derecho administrativo general*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1945, 64.

³⁵ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. 2009, pp. 607 y ss.

³⁶ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. 2002, p. 182.

actos abstractos-generales ni los abstractos-especiales. Por el contrario, sí serían actos administrativos los actos concretos-especiales y los concretos-generales. En consecuencia, el criterio delimitador del acto administrativo sería el carácter «abstracto» o no del supuesto de hecho, de modo que los Reglamentos no serían actos administrativos, sino otra cosa distinta: normas.

No obstante, si esa era la intención del legislador, debe indicarse que la redacción es algo confusa, pues en realidad también un Reglamento está destinado a producir efectos dentro de una situación concreta, al aplicarse. Por su parte, el art. 29 LPAG agrega más dudas sobre la definición del párrafo precedente, al afirmar que “se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individualizados o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”. Nuevamente, un Reglamento puede producir estos efectos, al aplicarse. En realidad, el problema es que el criterio para determinar si un acto es «concreto» o «abstracto» no son sus efectos, sino los supuestos de hecho a los que se aplica. En consecuencia, a partir de los arts. 1.1 y 5.1 LPAG no podemos negar (ni tampoco afirmar) que el Reglamento sea un acto administrativo, ni tampoco determinar el criterio diferenciador entre acto normativo y no normativo en nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte, el art. 23.1.1 LPAG contribuye a oscurecer más el panorama. Bajo el rótulo «Régimen de publicación de los actos administrativos», establece que la publicación, en lugar de la notificación que constituye la regla, procederá “en vía principal, tratándose de disposiciones de alcance general o aquellos actos administrativos que interesen a un número indeterminado de administrados no apersonados al procedimiento y sin domicilio conocido”. Nos encontramos, por tanto, ante dos supuestos claramente distintos: disposiciones de alcance general y actos administrativos que, sin ser disposiciones, tienen carácter general. Pero ambos estarían incluidos dentro del paraguas de la noción de acto administrativo. Pero, ¿son estas disposiciones de alcance general los Reglamentos? De serlo, además deberíamos concluir que la sola generalidad no basta para distinguir entre un acto normativo y otro no normativo, pues aquélla es predicable también de éstos.

En más de una ocasión la LPAG utiliza la expresión «disposiciones» para referirse a actos que indiscutiblemente tienen carácter normativo³⁷, refiriéndose incluso a «disposiciones reglamentarias»³⁸, aunque también la utiliza para referirse a actos no normativos, como la «decisión» de la autoridad superior que le ordena a la inferior iniciar un procedimiento de oficio (arts. 80 y 104 LPAG) o abstenerse a un agente incurso en los supuestos establecidos (art. 90 LPAG), e incluso una decisión judicial

³⁷ Así, de acuerdo al Art. V LPAG, son fuentes del procedimiento administrativo las «disposiciones» constitucionales (V.1.1) y las leyes y «disposiciones» de jerarquía equivalente (V.1.3). El art. 5.3 LPAG establece que el contenido del acto administrativo “no podrá contravenir «disposiciones» constitucionales o legales. Véase también arts. 13.2, 16.2, 55.1.5, 74.4, 76.2.4, 101.1, 103, 146.1, 166, 192, 226.3, 228.1, 230.5, 232.2 y 239 *in fine*.

³⁸ 230.4, 231 y quinta disposición transitoria y final LPAG.

(art. 243.2 LPAG). En algún supuesto llega a contraponer «acto» y «disposición» (art. 236-A), como si hubiera algo en éstas que las distingue siempre de aquéllos, que sería su carácter normativo. En consecuencia, a partir de estas razones podría deducirse que las «disposiciones de alcance general» son los Reglamentos, aunque en este supuesto no quedaría demasiado claro si la «generalidad» es un elemento constitutivo, de modo que no habría normas sin ella, o si un acto puede seguir siendo normativo sin ella.

Sin embargo, esta conclusión puede ser puesta en tela de juicio a partir de la lectura del art. VII LPAG, que define como «disposiciones generales» a las circulares e instrucciones, cuyo carácter reglamentario (y por tanto normativo) se suele poner en tela de juicio, pues vincularían únicamente en virtud del principio de jerarquía y no en tanto Derecho objetivo, afectante a todos los ciudadanos. En consecuencia, podría entenderse que el art. 23.1.1. LPAG al exigir la publicación de las «disposiciones de alcance general», bajo el epígrafe de «régimen de publicación de los actos administrativos» se refiere a estas «disposiciones generales» del art. VII LPAG, que a su vez no serían Reglamentos. En consecuencia, del art. 23.1.1. LPAG no podría deducirse tampoco que los Reglamentos sean actos administrativos.

No obstante, esta afirmación nos lleva nuevamente a terrenos poco firmes, pues no está clara la distinción entre las circulares e instrucciones generales y los Reglamentos, menos aún en Derecho peruano. Evidentemente, si los actos normativos se distinguen de los no normativos por el criterio de la consunción, las circulares generales serían normas y, por tanto, Reglamentos. Por tanto, se han buscado otros criterios para distinguirlas, como la fundamentación del carácter vinculante de las circulares en el principio de jerarquía, ya que no innovan el ordenamiento jurídico, el carácter interno de éstas frente al carácter externo de los verdaderos Reglamentos, e incluso el criterio competencial, pues las primeras serían dictadas por órganos a quienes la normativa no atribuye potestad reglamentaria³⁹. Sin embargo, ninguno de estos argumentos es del todo concluyente, pues los Reglamentos de organización carecen de efectos externos, pese a lo cual se les atribuye carácter normativo, mientras que el criterio de la competencia resulta excesivamente formal, pues un acto con idéntico contenido (y similares efectos) será normativo o no dependiendo únicamente del órgano que lo haya dictado⁴⁰.

En realidad, todos estos argumentos sobre la distinción entre circulares y Reglamentos pierden gran parte de su razón de ser cuando se reconoce, como en el Perú,

³⁹ Véase, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. 2006, pp. 191 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, Ramón. *Derecho administrativo* I, 15ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 60 y 61; y, en Derecho peruano, MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo*, 8ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 109 y ss.

⁴⁰ Sobre el carácter reglamentario de las circulares e instrucciones, véase el excelente trabajo de MOROTE SARRIÓN, José Vicente. *Las circulares normativas de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, *passim*, especialmente pp. 185 y ss. Según este autor, las circulares serían normas, ya que innovan el ordenamiento jurídico, pues al interpretarlo, le añaden algo, al menos la eliminación de otras interpretaciones posibles. Al igual que los demás Reglamentos, se caracterizan por reducir la discrecionalidad de la Administración al momento de la decisión concreta; distinguiéndose de los Reglamentos habilitados por ley en que éstos pueden crear derechos y obligaciones directamente en los ciudadanos, mientras que la circular no, en tanto está dirigida a la propia Administración.

que pueden tener índole externa y que, además, “los administrados pueden invocar a su favor estas disposiciones, en cuanto establezcan obligaciones a los órganos administrativos en su relación con los administrados”. Es decir, estas «disposiciones generales» del art. VII LPAG pueden ser invocadas por los administrados, no solamente “como precedente cuando se produzca al socaire de su aplicación por los funcionarios una desigualdad en el trato para los administrados”⁴¹ ni como fundamento para una sanción disciplinaria⁴², sino como fundamento para un recurso que cuestione la validez de la decisión que las desconozca⁴³. Disposiciones externas, abstractas, generales y alegables por los administrados al impugnar una decisión concreta, ¿en qué se distinguirían de los Reglamentos administrativos? Y si son Reglamentos, el art. 23 LPAG incluiría a éstos dentro del concepto de acto administrativo incluso si sólo se refiere a las disposiciones generales del art. VII LPAG.

2. *El criterio de distinción entre lo normativo y lo no normativo en el Derecho peruano... y sus consecuencias de cara a la definición del «acto administrativo»*

Pese a que según lo dispuesto por la LPAG el criterio de distinción entre lo normativo y lo no normativo parece ser el carácter abstracto del acto, si se interpreta así la referencia a la producción de efectos en una situación jurídica concreta, algún autor ha afirmado que otras normas utilizan como criterio la generalidad⁴⁴. Tal conclusión se deduciría de lo dispuesto por los Decretos Supremos 018-97-PCM y 001-2009-JUS. El primero establece la obligación del Diario Oficial El Peruano de publicar gratuitamente una serie de actos de los Poderes públicos, entre ellos las Leyes, los Decretos Supremos, las Resoluciones Supremas, las del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y aquéllas que tengan el carácter de precedentes de observancia obligatoria y ciertos dispositivos, cuando tengan carácter general. Entre éstas incluye (a) Las normas que expida el Banco Central de Reserva en virtud de la autorización otorgada por el segundo párrafo del Artículo 84 de la Constitución, relativas a la regulación de la moneda y el crédito del sistema financiero, (b) Las normas que expida la Oficina Nacional de Procesos Electorales relativas a las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios, (c) Reglamentos y normas que se aprueben a través de Resoluciones Ministeriales, Viceministeriales, Directorales, Jefaturales, salvo los reglamentos de carácter interno, referidos a la Organización y Función, (d) Acuerdos de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, (e) Resoluciones del Tribunal Constitucional, Poder Judicial y del Ministerio Público, de sus Comisiones Ejecutivas, del Consejo de Coordinación Judicial o de los entes que ejerzan la titularidad de sus

⁴¹ PARADA VÁZQUEZ, Ramón. 2004, p. 60.

⁴² Art. 21.2 Ley 30/1992 española (Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común): “el incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir”.

⁴³ En palabras de MORÓN URBINA (2009, p 112): “Incluso, si ellas fueran incumplidas el administrado podrá impugnar la resolución sui la autoridad infractora del procedimiento desatendiera la disposición general e incluso asumir responsabilidad disciplinaria por su incumplimiento”.

⁴⁴ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. 2009, p. 613, por nota.

pliegos, (f) Directivas y Resoluciones de organismos descentralizados y autónomos de ámbito nacional, siempre y cuando sean dictadas en ejercicio de sus facultades previstas en sus leyes de creación o normas complementarias, (g) Los emitidos por la Municipalidad de Lima Metropolitana, y (h) Las normas emitidas por los Gobiernos Regionales”. Luego, el art. 3 de dicho Decreto Supremo define a las normas de alcance general como “aquellas a partir de cuyo texto no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o a aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas, y que dada la naturaleza del dispositivo, su contenido debe ser puesto en conocimiento de todas las personas, pues podría demandar de cualquiera de ellas, el cumplimiento de una obligación o un derecho, o generar otra consecuencia jurídica”.

Por su parte, el D.S. 001-2009-JUS establece ciertas disposiciones aplicables a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas de carácter general, en virtud de lo dispuesto por el Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos de América, que busca garantizar que las leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general sean publicadas o se pongan en conocimiento de todos los interesados. Para los efectos de dicho Decreto Supremo, se define en el art. 4 a la norma legal de carácter general como aquella que “crea, modifica, regula, declare o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la Administración Pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica”⁴⁵.

¿Cabe deducir de estas normas que la generalidad es el criterio elegido para distinguir lo normativo de lo no normativo? En realidad, nos parece que no. Además del argumento gramatical, pues si hay normas generales las debería haber también no generales, los propios Decretos Supremos citados nos dan algunas pistas al respecto. Así, por ejemplo, de acuerdo al D.S. 018-97-PCM, deben publicarse por tener carácter general los “Reglamentos y normas que se aprueben a través de Resoluciones Ministeriales, Viceministeriales, Directorales, Jefaturales, salvo los reglamentos de carácter interno, referidos a la Organización y Función”. Los Reglamentos de carácter interno no deben publicarse (al menos no hay obligación del Diario Oficial de publicarlos gratuitamente), pero son Reglamentos y, por tanto, normas. El art. 4.1 del D.S. 001-2009-JUS insiste en la misma idea, al exigir la publicación de Reglamentos y Directivas cuando sean de ámbito general. Es decir, para los Reglamentos y Directivas que sean particulares no existe la misma obligación de publicación, pero ¿no siguen siendo acaso normas, en tanto Reglamentos?

⁴⁵ Con una discutible calidad técnica, se consideran como «normas legales de carácter general» a los Reglamentos administrativos. Se utiliza así una noción amplia de «legal», equivalente en realidad a norma establecida por la autoridad competente, lo que excluiría a únicamente a las fuentes normativas no formalizadas.

Sin embargo, el argumento más importante para negar que el carácter general sea el criterio elegido por nuestro ordenamiento para distinguir entre los actos normativos y los actos no normativos es el texto del art. 103 de la Constitución Política del Perú, que expresamente permite que se expidan leyes especiales, aunque sólo porque así lo exija la naturaleza de las cosas y no por razón de la diferencia de personas. En consecuencia, pese a la vocación de generalidad y abstracción de las leyes, ésta es únicamente la «regla general», que puede encontrar excepciones, siempre que se justifiquen en la naturaleza de las cosas y no en las diferencias de personas, pues esto constituiría una medida discriminatoria⁴⁶. En consecuencia, en nuestro ordenamiento sería verdad la afirmación de quienes sostienen que la generalidad y la abstracción representan un ideal de cómo deben ser las normas, pero no son propiedades esenciales de las mismas⁴⁷. Las leyes, singulares o no, serían «normas» únicamente a partir de un criterio formal, pues si son leyes, son normas (aunque puedan ser inconstitucionales, si son singulares en razón de las personas).

Como vemos, de acuerdo a la Constitución, no sólo la generalidad no es el criterio que permite definir una Ley, sino que tampoco lo es la abstracción. ¿Cabe decir lo mismo de las normas administrativas? Es decir, ¿el único criterio para distinguir lo normativo de lo no normativo es el formal, de modo que un Reglamento puede también carecer de generalidad y abstracción, y seguir siendo «norma»? Tal es la posición de algunos autores, para quienes “no parece adecuado exigir a la norma administrativa, los requisitos que a la Ley, que es la manifestación de la voluntad popular, ya no se le exigen”⁴⁸. Y también parece ser la posición asumida por la Ley 29158, que aprueba la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), que define a los Decretos Supremos como “normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o que regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional”. Es decir, todo Decreto Supremo, sólo por el hecho de serlo, ya sería una norma.

Sin embargo, no compartimos esta conclusión. La razón debe buscarse en una de las razones por las cuales se acepta el criterio formal para la delimitación del concepto de Ley, pues si una decisión aprobada por el Parlamento no es una Ley, ¿qué cosa es? No puede ser un acto administrativo, así que no cabe más que atribuirle el carácter formal

⁴⁶ Véase la STC de 4 de julio de 2003, recaída en los Exps. Acumulados N° 0001/0003-2003-AI/TC. El carácter general y abstracto de las normas ha sido abordado por el Tribunal Constitucional en las SSTC de 26 de abril de 2004 y de 23 de septiembre de 2004, recaídas respectivamente en los Exps. N° 0018-2003-AI/TC y 0031-2004-AI/TC, en donde ha reafirmado que dichas características son la regla general y sólo por excepción es viable la creación de una regla especial, siempre justificada en la naturaleza de las cosas y no en razón de las personas. Por su parte, es interesante el caso de las llamadas leyes de amnistía, para las cuales sí se exige la generalidad (SSTC de 2 de marzo de 2007 y de 18 de diciembre de 2007, recaídas respectivamente en los Exps. 679-2005-PA/TC y 4053-2007-PHC/TC), distinguiéndose así del indulto y la gracia presidencial, que pueden dictarse para un caso concreto y particular.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*, trad. por Jorge GUERRERO, 3ª edición, Temis, Bogotá, 2007, p. 134 (para este autor, la generalidad y abstracción son requisitos no de la norma jurídica como es, sino de la norma jurídica como debe ser; son requisitos no tanto de la norma jurídica, sino de la norma justa); LEGUINA VILLA, Jesús. 1966, pp. 212, 213, 217 y 218; y MOROTE SARRIÓN, José Vicente. 2002, p. 200 y ss.

⁴⁸ MOROTE SARRIÓN, José Vicente. 2002, p. 204.

de «Ley» y, por ende, de norma⁴⁹... salvo que se acepte que hay Leyes no normativas; es decir, leyes no que no se integran en el ordenamiento jurídico, algo que nadie parece estar dispuesto a aceptar. Pero en el caso de las normas administrativas, este argumento carece de validez, pues un acto de la Administración singular y concreto valdrá como acto administrativo, pese a no ser Reglamento. Así, mientras que un acto del Parlamento, actuando como tal⁵⁰, sólo puede ser una Ley, sea general y abstracto o no, un acto de la Administración pública puede ser un Reglamento o un acto no normativo.

Además, el criterio formal es desmentido por las normas vigentes, al menos para el caso de las normas administrativas. Así, por ejemplo, la LOPE establece que las Resoluciones Supremas son “decisiones de carácter específico”, para agregar en el párrafo siguiente que deberán ser publicadas cuando sean de “naturaleza normativa”. Es decir, hay ciertos actos que son normas, pese a no haber sido aprobados mediante Decreto Supremo. En el mismo sentido, se puede recordar lo dispuesto por el art. 1.8.c del D.S. 018-97-PCM, que se refiere a los “Reglamentos y Normas que se aprueben a través de Resoluciones Ministeriales, Viceministeriales, Directorales [y] Jefaturales”. Es decir, no sólo los Decretos Supremos aprueban normas, sino también lo hacen otros actos de la Administración, que tendrán carácter normativo en función de su contenido⁵¹.

En consecuencia, es preciso buscar un criterio material que nos permita distinguir en el ámbito administrativo entre lo normativo y lo no normativo. Como se desprende de nuestras afirmaciones previas, no creemos que la generalidad pueda cumplir esa labor, pues es indudable que existen actos no normativos de carácter general, como las convocatorias, y actos normativos singulares, como los Reglamentos de organización y funciones. Por tanto, debe buscarse otro fundamento para la distinción, que estaría, como se ha indicado más arriba, en la abstracción o carácter no consuntivo, reconocida (al menos aparentemente) como criterio por la LPAG. En este caso, las normas pueden no ser generales, pero al menos siempre han de ser abstractas, pues de otro modo serán actos administrativos no normativos.

Aplicada esta conclusión a los Decretos Supremos, puede entenderse que éstos se utilicen para aprobar operaciones de administración de deuda bajo la modalidad de cambio de deuda (D.S. 001-2009-EF), aprobar una cesión de posición contractual en un contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos (D.S. 002-2009-EM), aprobar un contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos (D.S. 029-2009-EM) o dejarlo sin efecto por falta de suscripción (D.S. 081-2009-EM). No basta ser un Decreto Supremo para ser norma, pues algunos pueden carecer de esta condición, como los que acaban de mencionarse. ¿Dejar sin efecto un contrato por falta de suscripción por Decreto Supremo,

⁴⁹ En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. 2006, pp. 124 y 125: “puede sostener que todo acto que adopta la forma de Ley es una Ley en cuanto a su eficacia, en cuanto a la fuerza de Ley, lo cual puede justificarse por tres razones. Primero, porque no hay acto administrativo sin Administración que lo produzca y el poder legislativo actuante como tal nunca es una Administración, ni órgano de la misma”.

⁵⁰ Es decir, mientras no actúe la Administración de apoyo al Parlamento, que sí es una verdadera Administración pública. Véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. 1986, pp. 86 y ss.

⁵¹ LEGUINA VILLA, Jesús. 1966, p. 214: criticó años atrás la utilización exclusiva del criterio formal para distinguir los actos normativos de los actos no normativos, pues no resolvía el caso de aquellos actos cuya forma de exteriorización es común en ambos supuestos.

cuando se exige dicha formalidad, constituye una «norma», pero hacerlo por otra disposición administrativa no? Si la naturaleza es la misma, la respuesta debe ser idéntica.

Sin embargo, esta afirmación deja pendiente una cuestión importante, central en el objeto de este trabajo. Si los Reglamentos se distinguen de los actos no normativos por su abstracción, y la LPAG parece definir al acto administrativo a partir de su «concreción», ¿no estarían los primeros excluidos de esta segunda categoría? Sin embargo, otras disposiciones de la misma norma, como su art. 23, nos permiten llegar a una conclusión contraria, al considerar a los Reglamentos como una clase de actos administrativos, que deben ser publicados. En realidad, el problema no es real, pues el art. 1.1 LPAG debe entenderse únicamente como un medio para delimitar el ámbito de aplicación plena del procedimiento regulado en esta Ley, que generalmente no está pensado para los actos administrativos normativos, sometidos a un régimen jurídico en parte diferente. Por tanto, de acuerdo al art. 1.1 LPAG, ésta es aplicable a los actos administrativos concretos y, por tanto, no normativos, aunque de su redacción no se deduce necesariamente que los actos normativos no sean actos administrativos, como su naturaleza lo exige.

V. UN BREVE EX CURSUS FINAL: NORMATIVOS O NO, LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SON SIEMPRE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, AUNQUE SÓLO LOS REGLAMENTOS LO SEAN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. UNA BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Finalmente, debemos hacer una última aclaración. Como se indicó al principio de estas páginas, numerosos trabajos han pretendido determinar si los actos administrativos son fuente del Derecho, reservándole dicha condición a los Reglamentos, ya sea que los consideren como una clase especial de actos administrativos o como algo distinto, en virtud de su carácter normativo. Esta posición es firme deudora de tesis normativistas, que identifican al Derecho con el conjunto de normas coactivas⁵² o con el ordenamiento jurídico⁵³. Así, incluso quienes critican el carácter «público», en tanto estatal, que le atribuye KELSEN a todo el Derecho⁵⁴, mantienen que éste es un ordenamiento, que además debe ser observado⁵⁵.

⁵² Según Hans KELSEN (*Teoría pura del Derecho. Una introducción a la ciencia del Derecho*, trad. de la edición francesa de 1953 por Moisés NILVE, 2ª edición, EUDEBA, Buenos Aires, 1960), desde el punto de vista estático, el Derecho aparece como “un orden social, un sistema de normas que regulan la conducta recíproca entre los hombres” (pp. 34 y 43, entre otras). No se trata de cualquier orden social, sino de un orden social coactivo, en donde ante un incumplimiento (ilícito) debe imponerse (imputarse) una sanción (pp. 70 y ss.)

⁵³ BOBBIO, Norberto. 2007, pp. 149 y ss.

⁵⁴ Sobre la importancia en la noción kelseniana de Derecho del carácter «estatal» de todo el Derecho (es decir, de todas las normas jurídicas), incluso del privado (en tanto los contratos valen porque concretan una norma pública, como el código civil, por ejemplo), puede verse el interesante trabajo de ERRAZURIZ MACKENNA, Carlos José. *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, EUNSA, Pamplona, 1986, pp. 264 y ss., pp. 289 y ss., y pp. 520 y ss.

⁵⁵ Es el caso, por ejemplo, de Paolo GROSSI (*La primera lección de Derecho*, trad. de Clara ÁLVAREZ ALONSO, Marcial Pons, Madrid, 2006, *passim*, en especial pp. 70 y ss.), para quien el Derecho es el ordenamiento (observado) de lo social, que contrapone al ordenamiento meramente estatal, con el que se le ha identificado erróneamente, debilitándolo. Utiliza este autor la expresión «observado»

Sin embargo, junto a este «Derecho» con mayúsculas, se emplea también la expresión «derecho» con minúsculas, habitualmente referida a los llamados derechos subjetivos, que se traducen en el poder (o facultad) de exigir de otro una determinada conducta en interés propio. Los distintos sentidos en que es empleada la expresión «Derecho» han llevado a la doctrina a decir que es un término análogo, que designa diversos conceptos relacionados entre sí. Es decir, se admiten ambos sentidos como correctos, pero al mismo tiempo se hace necesario buscar el sentido más profundo de este término, lo que suele llamarse el «analogado principal»⁵⁶, que no es otra cosa que la esencia del Derecho.

Este es justamente el título de un artículo de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ⁵⁷ que nos pone sobre la pista de la respuesta que estamos buscando, al poner de manifiesto un tercer sentido de la expresión «Derecho» que en muchas ocasiones se ha olvidado, pero que los defensores de la llamada teoría realista se han encargado de recordar: el derecho como *ius*, como lo «suyo de cada uno», que constituye el objeto de la justicia (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*⁵⁸). Por tanto, el Derecho es la cosa justa atribuida (que por tanto debe ser respetada), de la cual la norma puede ser a la vez título y medida, y que a su vez se manifiesta en distintas facultades (derechos subjetivos), dependiendo de cómo esté la cosa (entendida en su sentido más genérico) atribuida⁵⁹.

Cuando se entiende al Derecho como el «ordenamiento jurídico», y se confunden las fuentes de éste con las de aquél, sólo son fuentes del Derecho “las fuerzas sociales con capacidad para crear normas jurídicas [o] las categorías básicas a través de las cuales se exteriorizan dichas normas jurídicas”⁶⁰. Por tanto, las fuentes del Derecho producen

en contraposición a la expresión «obedecido», porque defiende el posible respeto espontáneo a la organización social en que consiste el Derecho.

⁵⁶ ERRAZURIZ MACKENNA, Carlos José. 1986, p. 523; y ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. *Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho privado y del Derecho público explicadas en forma sistemática*, Palestra, Lima, 2009, p. 23.

⁵⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, “Sobre la esencia del Derecho”, en: *Libro homenaje al Profesor Iglesias Cubria*, II, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1994, pp. 533 y ss.

⁵⁸ Digesto, 1,1,10.

⁵⁹ Sin ánimo exhaustivo, pueden encontrarse aproximaciones al concepto de Derecho desde una óptica realista en autores como ERRAZURIZ MACKENNA, Carlos José. 1986, pp. 522 y ss.; HERRERA JARAMILLO, Francisco José. “La concepción realista del Derecho”, *Dikaion. Revista de Actualidad Jurídica de la Universidad de La Sabana (Colombia)*, núm. 1, 1987, pp. 87 y ss.; HERVADA, Javier. *Introducción crítica al Derecho natural*, 1ª edición peruana, Universidad de Piura, Piura, 1999, en especial pp. 57 y ss.; del mismo autor, *¿Qué es el Derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, 2ª edición, EUNSA, Pamplona, 2008, pp. 65 y ss.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. 1994, *passim*; VILLEY, Michel. *Compendio de filosofía del Derecho*, I, EUNSA, Pamplona, 1979, pp. 83 y ss.; y ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. 2009, pp. 23 y ss.

⁶⁰ PÉREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del Derecho*, 4ª edición, 6ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1998, p. 15. En Derecho peruano, puede citarse el conocido trabajo de RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, 10ª edición, PUCP, Lima, 2009, p. 112; para quien “fuente formal de Derecho es aquél procedimiento a través del cual se producen, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del Derecho y, por lo tanto, la característica de ser impuestas legítimamente mediante los instrumentos de coacción del Estado”. No obstante, conviene indicar que este autor incluye dentro del concepto de «norma jurídica» a los actos jurídicos singulares no normativos (RUBIO CORREA, Marcial. 2009, pp. 206 y ss.)

«normas jurídicas», innovan el ordenamiento jurídico⁶¹. Por su parte, a partir de una teoría realista del Derecho, no hay ningún obstáculo para incluir entre las fuentes a los actos individuales de aplicación de la normativa, que también sirven como título y medida de atribución de derechos⁶².

¿Cómo se traduce esta distinción al objeto de nuestro trabajo? Basta consultar cualquier manual para comprobar cómo las fuentes del Derecho administrativo son las consideradas fuentes del ordenamiento jurídico, excluyéndose de dichas listas al acto administrativo no normativo⁶³. Sin embargo, a partir de una concepción realista del Derecho, como la que se defiende aquí, el acto administrativo sirve como título y medida de derechos, de «cosas atribuidas» por la Administración y ante ésta, su papel como fuente del Derecho administrativo muestra toda su importancia, y no tiene por qué limitarse a los actos «normativos»⁶⁴. Por tanto, sólo el Reglamento será fuente del ordenamiento jurídico, pero también los actos administrativos no normativos son fuente del Derecho administrativo⁶⁵.

Además, en una visión realista a nadie asombraría que los precedentes administrativos o los pronunciamientos vinculantes de las entidades encargadas de absolver consultas sobre el alcance e interpretación de las normas que se apliquen en la labor administrativa sean considerados «fuentes del derecho», como lo hacen los incisos 2.8 y 2.9 del art. V LPAG. Por el contrario, en la concepción ordinamentalista del Derecho

⁶¹ Así se deduce, por ejemplo, de la enumeración de fuentes planteada por PÉREZ ROYO, Javier. 1998, *passim*, en especial, p. 26. Evidentemente, esta posición está implícita también en el Código civil español, cuando en el art. 1 de su Título Preliminar, bajo el encabezado «Fuentes del Derecho», establece que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

⁶² Véase ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. 2009, p. 40.

⁶³ Por ejemplo, GARRIDO FALLA, Fernando. 1994, pp. 172 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. 2006, pp. 69 y ss.; y RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. 2009, pp. 403 y ss.; quienes expresamente afirman que el acto administrativo no es fuente del Derecho, por carecer de contenido normativo y no innovar el ordenamiento jurídico.

⁶⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luís. 1986, p. 128. No debe confundirse esta posición con la defendida por Pedro José Jorge COVIELLO («El acto administrativo a la luz de las fuentes del Derecho y como sustento de la legalidad administrativa», en: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel, SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Eds.). 2009, pp. 17 y ss.), quien incluye al acto administrativo entre las fuentes del Derecho administrativo a partir de la ampliación del concepto de «norma», en el que incluye a cualquier decisión preceptiva. Es cierto, afirma, que el acto administrativo «aplica» otras normas, pero sostiene que todo el ordenamiento jurídico es aplicación de una norma superior, por lo que no sería una razón para negarle al acto administrativo su carácter normativo, que le vendría dado por establecer un precepto de obligatorio cumplimiento (p. 30).

⁶⁵ Por tanto, corregimos expresamente la quizá poco afortunada expresión que uno de nosotros utilizó años atrás, cuando al hacer referencia a la revocación como «la derogación singular de un acto singular», se enfatizaba que con ello no se quería afirmar, «ni mucho menos, que estos [los actos singulares] formen parte del ordenamiento jurídico ni que son fuente del Derecho» (BACA ONETO, Víctor Sebastian. *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 2006, p. 273). Evidentemente, en ese momento se estaba utilizando la expresión Derecho como sinónimo de ordenamiento jurídico, lo cual no es del todo correcto, por lo que conviene indicar que sí serán fuente del Derecho, al determinar lo justo en el caso concreto en una relación jurídico administrativa.

sólo serán fuente en tanto sean normas jurídicas, cuestión ésta que es materia de un debate del que no podemos dar cuenta ahora⁶⁶.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL REGLAMENTO ES UN ACTO NORMATIVO, QUE INNOVA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, PERO ACTO ADMINISTRATIVO A FIN DE CUENTAS

En conclusión, luego de lo explicado a lo largo de las páginas precedentes, se puede afirmar que el «acto administrativo», definido como la declaración productora de efectos jurídicos dictada por una Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa, incluye tanto a los actos no normativos como a los actos normativos. Pese a las diferencias que existen entre el régimen jurídico de cada uno, las similitudes son suficientes como para defender su inclusión en una categoría única.

Esta afirmación no se contradice con el Derecho positivo peruano, pues de acuerdo al art. 23 LPAG los Reglamentos son también actos administrativos, aunque en virtud del art. 1.1 no se sometan al procedimiento administrativo general regulado en dicha norma. Su contenido normativo no es un criterio suficiente para distinguirlo de los demás actos administrativos, que se definen por estar sometido a las leyes y ser susceptibles de control jurisdiccional, características que comparten con los Reglamentos.

Por otro lado, el art. 1.1 LPAG nos da pistas sobre el criterio que nos permite distinguir entre los actos normativos y los actos no normativos. El criterio ordinal por sí solo es insuficiente, debiéndose acudir al carácter no consuntivo o abstracto del acto normativo. Mientras que en el caso de las leyes se puede acudir a un criterio meramente formal, en el caso de las normas administrativas es posible superarlo, pues una decisión que carezca del requisito de la abstracción, valdrá como acto no normativo, y deberá aplicársele el régimen jurídico propio de éstos.

⁶⁶ En todo caso, no cabe confundir el «precedente administrativo» regulado en el Derecho peruano con el considerado como tal en el Derecho español, y al que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2006, pp. 78 y ss.) expresamente le niegan carácter normativo como costumbre y, por tanto, condición de fuente del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede en España, no se trataría de una «práctica reiterada por la Administración en la aplicación de una norma», sino de una decisión considerada como expresamente obligatoria por la Administración, en aplicación de la LPAG. Esta decisión es vinculante para la entidad, de modo que el órgano que dictó la resolución no puede apartarse sin cambiar el precedente (como sucede en el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos) y los órganos inferiores están obligados a aplicarlo. Evidentemente, hay una diferencia con las normas en sentido estricto, pues estos «precedentes» administrativos, como las resoluciones interpretativas, no tienen que ser aplicadas por los jueces si no las comparten. Este último es uno de los argumentos utilizados por RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ y SENDÍN GARCÍA (2009, pp. 403 y ss.) para negarle al precedente carácter normativo y, por tanto, condición de fuente del Derecho (de la que también excluyen, por otro lado, a la jurisprudencia).