

UNIVERSIDAD DE HUANUCO

ESCUELA DE POST GRADO

MENCION DE DERECHO PROCESAL

APUNTES SOBRE LA RECUSACION EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

DOCENTE: DR. GINO RIOS PATIO

MAESTRISTA: ABOG. MARIO RUBEN ZAVALA MURRUGARRA

HUANUCO, SETIEMBRE DEL 2007

INDICE

| | Pág. |
|------------------------------------|-------------|
| EL PROBLEMA | 1 |
| JUSTIFICACION DEL PROBLEMA | 3 |
| VIABILIDAD DE INVESTIGACION | 8 |
| HIPOTESIS | 9 |
| DESARROLLO POR CAPITULO | 10 |
| ANALISIS | 11 |
| CONCLUSIONES | 15 |
| RECOMENDACIONES | 17 |
| BIBLIOGRAFIA | 18 |
| ANEXO- PROYECTO DE LEY | 19 |

1. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

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 individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

Solo se podrá concebir un proceso con garantías, en donde la Constitución se convierta en la norma fundamental que limite eficazmente el ejercicio del poder estatal y a su vez garantice la protección de los derechos fundamentales, como que dicho proceso resulta ser expresión de un Estado Democrático de Derecho.

En el mismo orden de ideas, **ROYO VILLANUEVA** (1) define al procedimiento administrativo, como la serie de formalidades exigidas para la realización de un acto administrativo, como una serie de formalidades exigidas para la realización de un acto administrativo, otorgándole un doble propósito: perseguir, en primer lugar, la adecuada y correcta marcha del ente administrativo; y, en segundo lugar, tutelar y preservar los derechos e intereses de los administrados.

En el artículo VII del título Preliminar. Se regula la finalidad de la ley que regula el Procedimiento Administrativo Ley 27444.(2)

Con estas consideraciones previas, investigar sobre una posible inconstitucionalidad en el proceso administrativo en lo referente a la participación de las partes o sujetos, procesales, en cautela del debido

(1) ROYO VILLANUEVA, S. "El procedimiento administrativo como garantía jurídica". En: Revista de Estudios Políticos, nº 48, Madrid. Pp.73-74.

(2) Artículo III. Finalidad

La presente ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses generales garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico general.

proceso, el derecho de la defensa y la imparcialidad de la autoridad o funcionario participe en el proceso, resulta siendo un tema de gran importancia.

En una perspectiva crítica positiva, una investigación de la constitucionalidad del proceso administrativo peruano resulta siendo de importancia, a efecto de posibilitar el control difuso de las normas que presenten contradicciones insalvables con las normas constitucionales, la misma que se configuraría como un acto revestido de vicios calificado de nulidad en donde la misma administración tendría que resolver con efectos que no atenderían al reclamo; trabajo que contribuiría entre otras como, para posibilitar “lecturas constitucionales”, de las normas que solo resulten contradictorias de la Constitución en alguna de sus interpretaciones, entre ellas, principalmente en las más recurridas por nuestros funcionarios en al interpretación literal para promover la necesidad de una reforma legal de ser necesaria.

En el contexto precisado nuestro problema de investigación queda definido en los siguientes términos:

Determinar:

Si la regulación legal del proceso administrativo dentro del debido proceso, en cuanto se refiere al derecho de defensa y la imparcialidad del ente administrativo, en los actos procesales sobre la abstención de la autoridad administrativa y el administrado, resulta siendo respetuosa o no de la Constitución Política del Estado de 1993.

De ahí que revista interés en garantizar el eficaz funcionamiento de dicho control el mismo que contribuye a la eficiencia en los cometidos públicos, el resguardo a los derechos humanos del administrado y la promoción de su participación útil en al gestión pública.

2. JUSTIFICACION DEL PROBLEMA

Las Garantías Constitucionales del Proceso Administrativo.

Por “derechos fundamentales” deben entenderse a aquellos derechos públicos subjetivos consagrados en la Constitución a favor de la persona humana, por ejemplo, la libertad, la igualdad, etc.

Los “derechos fundamentales procesales”, son aquellos derechos que tienen aplicación directa o indirecta en el proceso, por ejemplo: el principio de igualdad procesal, el principio de contradicción, a la defensa, etc.

Los “principios procesales”, son aquellas máximas que configuran las características esenciales de un proceso, pudiendo coincidir o no con un “derecho fundamental procesal”. Por ejemplo el principio de imparcialidad de los jueces, o el de igualdad procesal.

El Derecho al debido proceso.

Esta garantía se encuentra reconocida, conjuntamente con la de tutela judicial efectiva, en el inc. 3 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993, (3) también es de aplicación al proceso administrativo, en concordancia con lo dispuesto en el Artículo VI. Principios del Procedimiento Administrativo Numeral 1, del punto 1.2. (4).

Según un sector de la doctrina a través del debido proceso, se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas, de la que es titular la persona en el Estado Social y Democrático de Derecho.

(3) “Art. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas en efectos, cualquiera sea su denominación.

(4) Art. IV. Princ.:

1.2. Principios del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

En el estudio del debido proceso encontramos una gran variedad de conceptos desarrollados por la doctrina nacional y extranjera que a nuestro atender resultan deficientes, para ello comenzaremos con el jurista español Gonzalo : " ...llamamos debido proceso aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que al tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por las garantías del juez natural. (5). "El debido proceso legal es, pues, un concepto moderno íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial", más adelante agrega "a través del debido proceso legal podemos hallar ciertos mínimos procesales que nos permiten asegurar que el proceso como instrumento sirve adecuadamente para su objetivo y finalidad..." (6). **Ticona**, cita a **De Bernardis**, que sostiene que el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitada el derecho de acción pueden, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolver a pronunciarse de manera, equitativa e imparcial. Es decir, aquellos elementos mínimos que resultan exigibles por los justiciables para que el proceso que se desarrolle-cualquier que este sea- pueda permitirle acceder a la cuota mínima de justicia a la que este debe llevarle. De esta manera, el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida esta como valor fundamental de al vida en sociedad. (7). Para el citado autor el debido proceso legal, proceso justo o simplemente debido proceso (así como el derecho de acción, de contradicción), es un derecho humano o que tiene toda persona y fundamental que le faculta a exigir el estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez competente e independiente, pues, el estado no solo esta obligado a prever la prestación jurisdiccional (cuando se ejercita los derechos de acción y contradicción), sino a proveerla bajo determinadas

(5) Gonzalo Pérez, Jesús. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional . Madrid Civitas p. 123

Esparza Leibar Iñaki. El Principio del Proceso Debido. José Marai Bosch Editor S.A. Barcelona –España , 1995. p 231.

(6)Ibidem p.47

(7)Ticona Postigo, Víctor. El Debido Proceso Civil. Ed. Rodhas . 1ra Edición Lima-Perú, citada a D. Bernardi, Luis Marcelo. La Garantía del Debido Proceso, p 138

garantías mínimas que se aseguran tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanente y constitucional, sino también un contenido humano de acceder y permanentemente a un sistema judicial imparcial.⁽⁸⁾

El Derecho a un juez imparcial

Por lo fundamental de esta garantía para los sistemas procesales ha sido denominada como el principio supremo del proceso.

En verdad nos encontramos frente a una de las garantías más importantes de cualquier tipo de proceso, pues el primer de los requisitos estructurales que ha de cumplir necesariamente cualquiera en este caso la autoridad administrativa, funcionario y otros que participan en representación del estado, para poder ser considerado como tal en el carácter o condición de tercero ajeno al conflicto que ante el planteen las partes procesales, solicitando su solución.

La abstención se debe configurar para los casos en el que la autoridad se percata de su posición social, afectiva, profesional o laboral, arroga sospechas respecto de su parcialidad en la resolución del proceso, o cuando por cualquier razón fundada, se da cuenta que no podrá ser imparcial.

Por su parte la recusación se debe de configurar como derecho para que las partes soliciten a la autoridad se aparte del proceso, cuando tema libre su parcialidad.

Sin embargo para efecto de que las partes no hagan mal uso de esta posibilidad, esta petición deberá fundarse con medios probatorios idóneos, no debe bastar la simple alegación de que tal temor existe.

(8) Ticona Postigo, Víctor . Análisis y Comentario al Código Procesal Civil. 3ra . Edición . T.I. Lima –Perú, p. 8

Doctrinariamente la naturaleza del derecho a un juez imparcial ha sido diagramada por el procesalista **JUAN MONTERO AROCA** al indicar que: " La misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional, no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí que acuden a un **tercero imparcial** , que es el titular de la potestad, es decir, el juez o magistrado. Esta no calidad de parte ha sido denominada también imparcialidad. (9)

En consecuencia la imparcialidad del juez tiene su contraparte en el interés directo de los sujetos en el proceso, en tanto que resulta garantía del Debido Proceso que un juez desinteresado resuelva el conflicto de las partes interesadas con un criterio objetivo e imparcial. (10) Este criterio de objetividad implica además que el juez debe estar comprometido con el cumplimiento correcto de su funciones y con la aplicación el derecho objetivo al caso concreto, sin que ninguna circunstancia extraña influya en sus decisiones.

En el caso del ordenamiento jurídico peruano el Derecho a un Juez Imparcial ha sido consagrado a nuestro criterio en los artículos 139 inciso 1 y 3 de la Constitución Política del Estado, cuando se contempla a la unidad, exclusividad y tutela jurisdiccional como principios y derechos de la función jurisdiccional:

"Art. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (...)
2. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)"

En resumen el derecho a un juez o tribunal imparcial se encuentra regalado en los principales convenios internacionales, por lo que su interpretación en el ámbito peruano deberá realizarse tratándose del caso peruano centro de lo preceptuado por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución Política que se señala que las normas relativas a los derechos y a las libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados

(9) MONTERO AROCA, Juan. "INTRODUCCION AL DERECHO JURISDICCIONAL PERUANO", Lima, Distribuidora y Representaciones ENMARCE E.I.R.L., 1999, P.109.

(10) OVALLE FAVELA, Juan . "TEORIA GENERAL DEL PROCESO", Mexico, Oxford University Press, Tercera Edición, 1991, p.145.

y acuerdos internacionales sobre al misma materia ratificados por el Perú.

OTROS CRITERIOS PARA DETERMINAR LA VIOLACION DEL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

Los artículos 305 y 307 del Código Procesal Civil sobre impedimento, recusación y excusación, el artículo 29 del Código de Procedimientos Penales sobre recusación y el caso excepcional de abstención por decoro del artículo 313 del Código Procesal Civil. No obstante otros ordenamientos han considerado que la apreciación de las causales de impedimento debe ser interpretada bajo la luz del principio de razonabilidad, con lo que asumirían que el derecho al Juez Imparcial tiene una naturaleza esencial relativa.

También la jurisprudencia constitucional ha establecido que la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción de funciones por un mismo magistrado, en determinados momentos del proceso penal, puede llegar a comprometerse la imparcialidad objetiva del juzgador y erigirse en menoscabo y obstáculo en la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables.

El Derecho fundamental de defensa.

Se integra con todo un catálogo de derecho también fundamental de carácter instrumental.

El abogado defensor podrá asesor al administrado en todas las fases del procedimiento.

El defensor como el administrado están autorizados a formar, conocimiento de los documentos y demás medios de prueba, de los que disponga la administración o de los que éste pudiera llegar a disponer.

De importancia capital dentro del contenido del debido proceso, el derecho de defensa consiste en la facultad de todo justiciable a disponer de todos los medios,

garantías e instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa real y efectiva de sus derechos e intereses jurídicos, cuya privación o desconocimiento en su perjuicio conlleva lo que denominamos indefensión o violación del derecho de defensa. La violación del derecho de defensa no sólo se produce cuando se vulneran las reglas procesales, sino también cuando se atenta contra cualquier otro derecho envuelto en el proceso, ya sea por parte del órgano jurisdiccional, o por la de una de las partes, siempre que implique la privación o disminución de las posibilidades de defenderse.

El inciso 14) del artículo 139 de la Constitución reconoce el derecho de defensa. Tanto el Tribunal Constitucional reconoce el derecho de defensa. Tanto el Tribunal Constitucional como los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos entienden el derecho a no ser privados en ningún momento del derecho de defensa como un elemento indispensable para que un proceso judicial sea llevado a cabo con arreglo al debido proceso. Forma parte del contenido constitucional protegido del derecho de defensa el poder disponer de un tiempo y de contar con los medios adecuados para su preparación (Expediente N° 1330-2002-hc/tc, caso **Marcial Moria Dávila**).⁽¹¹⁾

3. VIABILIDAD DE INVESTIGACION

Toda actividad administrativa se sustenta en la defensa y búsqueda de un interés que no es propio del agente, sino externo, que conforma la colectividad y que beneficia a ella, denominado interés público. Por ello, cuando los funcionarios no puedan cumplir con este deber, esto es, enfrenten conflictos de interés, corresponderá alejarse de la relación jurídico- procedimental voluntariamente mediante la abstención.

(11), El Proceso de Habeas Corpus
Desde la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
Diálogo con la Jurisprudencia -

La imparcialidad impone rigurosa aplicación del principio de identidad: que en verdad implica una derivación de los principios fundamentales de la igualdad y de la no discriminación de los administrados, conforme al cual la autoridad debe ejercer sus competencias de manera objetiva y desinteresada, sin admitir influencias de orden personal, favorables o desfavorables, hacia los administrados, ni inclinar el procedimiento o las actuaciones hacia alguna de ellas.

En este sentido para citar en el caso de los procesos judiciales que se debe asegurar el apartamiento del conocimiento del proceso del juzgador, en el que el legislador ha de proveer y regular las instituciones jurídicas, de la abstención (inhibición), impedimento y la recusación.

Podemos decir la necesidad de buscar el que se demuestre con claridad que el proceso administrativo peruano en cuanto se refiere al punto de cautelar el derecho al debido proceso, de igualdad de las partes, de defensa, como garantizar la participación del ente administrativo frente a determinados hechos sean de carácter social, jurídico, interés entre otros que pongan en riesgo la imparcialidad de la autoridad administrativa en el proceso, tendría que ocasionar en ellos la toma de una decisión sobre la reforma del sistema procesal vigente; el que demuestra solo algunas inconstitucionalidades, no sustanciales para el sistema en su conjunto, tendría que propiciar la modificación de las normas específicas denunciadas como inconstitucionales.

4. HIPÓTESIS.

Postulamos como respuesta probable de nuestro problema que:

La necesidad de una nueva regulación legal del proceso administrativo que se encuentre respaldada de legalidad y equidad del accionar de la administración, con el fin de evitar ingerencia de personas o grupos con interés sectorial, en el accionar de la Administración Pública, sinónimo que sea respetuosa de la Constitución Política del Estado de 1993.

5. DESARROLLO POR CAPITULO

Presupuestos del análisis

Según al Ley, se establece como Garantías Constitucionales de la Imparcialidad, a uno de los modos de reafirmar el principio de imparcialidad, el de asegurar la protección de la actuación de los funcionarios frente a las jerarquías administrativas, a tales efectos se establece importantes normas hábiles al respecto, tales como: la abstención y la recusación.

Denomínase recusación al medio acordado por la ley para apartar del conocimiento de un determinado proceso al juez cuyas relaciones o situaciones con laguna de las partes o con la materia controvertida sean susceptibles de afectar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial. (12)

Juan Carlos Morón Urbina define a la abstención la misma que consiste en sustituir al órgano-persona que ha de presentar su voluntad en lugar del que se considera inhabilitado para intervenir en el caso específico, pero con la misma competencia del órgano institución en cuestión. No desplaza la competencia m del órgano que está entendiendo, sino solo a la persona que lo representa. (13)

El instituto de la abstención o inhibición y excusación:

Como contrapartida de la imparcialidad, conforme lo han establecido otros estamentos que regulan el proceso administrativo comparado, la abstención o inhibición consiste en la obligación de los titulares de órganos o cargos públicos de mantenerse alejado o de no ejercer sus funciones, cuando puedan surgir desviaciones a causa de sus situaciones particulares o de una específica relación con los destinatarios de los actos (parentesco, afinidad, enemistad, etc.), o con bienes objetos de los actos.

12) Comentario y Concordado del Código Procesal Civil
Carlos A. Hernández Lozana- José P. Vásquez Campos
Ediciones Jurídicas Pag. 972

(13) Morón Urbina, Juan Carlos. Comentario Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Pag. 233.
Gaceta Jurídica S.A.

En los casos en que exista la obligación de abstenerse o inhibirse, los sujetos expuestos a ser perjudicados por la parcialidad del funcionario decidor, tienen el derecho (ante la ausencia u omisión de inhibición) de pedir la recusación, para obtener la sustitución del funcionario tachable; en caso contrario, será la propia Administración que tiene conocimiento de la circunstancia, la que debe intervenir, determinando la separación del funcionario involucrado.-

Análisis:

A continuación trataremos de establecer algunos criterios básicos respecto al tema del Capítulo II Los Sujetos Procesales de la Ley número 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, donde se consigna las causales de abstención de la autoridad administrativa que tenga participación en el proceso administrativo y que su participación pueda influir en el sentido de la resolución, el artículo 88 de la citada ley, (14). El mismo que se corrobora con lo dispuesto por el artículo 90 el mismo que señala (15)

En los artículos precedentes consigna las causales de abstención de la autoridad administrativa que tenga participación en el proceso administrativo y que su participación pueda influir en el sentido de la resolución, es decir es el medio procesal de carácter administrativo que provee a la autoridad administrativa la facultad para apartarse espontáneamente del conocimiento del proceso respecto al cual o de sus sujetos intervinientes no se encuentran en condiciones de actuar con

(14) Artículo 88°- Causales de Recusación

La autoridad que tenga facultad resolutoria o cuyas opiniones sobre el fondo del procedimiento puedan influir en el sentido de la resolución, deben abstenerse de participar en los asuntos cuya competencia le esta atribuida, en los siguientes casos:

1. Si es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con cualquiera de los administrados o con sus representantes, mandatarios, con los administradores de sus empresas, o con quienes les preste servicios.
2. Si ha tenido intervención como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto, salvo la rectificación de errores o la decisión del recurso de reconsideración.
3. Si personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuviere interés en el asunto de que se trate o en otra semejante, cuya resolución pueda influir en la situación de aquel.
4. Cuando tuviere amistad íntima, enemistad manifiesta o conflicto de intereses objetivo con cualquiera de los administrados intervinientes en el proceso, que se hagan patentes mediante actitudes o hechos evidentes en el procedimiento.
5. Cuando tuviere o hubiese tenido en los últimos dos años, relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los administrados o terceros directamente interesados en el asunto, o si tuviera en proyecto una concertación de negocios con alguna de las partes, aun cuando nos e concrete posteriormente.

(15).Artículo 90°-

90.1 El superior jerárquico inmediato ordena, de oficio, o a pedido de los administrados, la abstención del agente incurso en alguna de las causales a que se refiere el artículo 89 de la presente ley.

la plena garantía de imparcialidad e independencia que requiere el ejercicio de la actividad procesal administrativa.

En tal sentido, la Ley ha previsto como efecto directo la figura de la abstención la misma que consiste en sustituir al órgano-persona que ha de prestar su voluntad en lugar del que se considere inhabilitado para intervenir en el caso específico, pero con la misma competencia del órgano institución en cuestión, lo que se está impidiendo con los artículos anteriores, el fin que tiene de garantizar con el instituto de la abstención o excusación, inhibición como contrapartida de la imparcialidad, la misma que está dirigido a asegurar la serenidad y la autoridad necesaria para el correcto ejercicio de las funciones, garantizando a los destinatarios, la absoluta extraneidad de su actuación, frente a los interesados.

De otro lado juristas en materia procesal administrativa han sostenido que si se permitiese la recusación de las autoridades se interrumpiría en cada momento la continuidad de la acción administrativa y se paralizaría la ejecución del acto por cualquier argumento, quedando en manos del administrado estas potestades administrativas; e incluso quedaría librados a ellos, la competencia de los mas altos funcionarios, como los Ministros, Viceministros, Rectores, alcaldes, titulares de entidades, en cuanto se les tendría que buscar sustituto. Tampoco esto significa que el administrado quede en indefensión, por cuanto la parcialidad podrá ser motivo de la queja o recurso que corresponda.⁽¹⁶⁾

Así las cosas, surge una primera interrogante:

Si el acto de recusación es diferente a la abstención o inhibición, esta última contenida en el proceso administrativo, porque no se ha señalado como parte integrante en la sección respectiva a la recusación, como amparo del administrado para excluir a la autoridad administrativa de la causa.

(16) Morón Urbina, Juan Carlos. Comentario Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Pag. 238. Gaceta Jurídica S.A.

Para poder responder esta interrogante habría que advertir la recusación, en cuanto al amparo del administrado como facultad para excluir a la autoridad administrativa de la causa.

En principio, es bueno aclarar que la función que cumple la recusación es la de apartar al administrado pero como facultad atribuida a la parte o partes del proceso administrativo, en cuyas relaciones o situaciones con la que alguna de las partes o con la materia controvertida sean susceptibles de afectar la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio del proceso administrativo.

En este orden de ideas, en el Título IX del Código Procesal Civil, se habla de las figuras del Impedimento, Recusación, Excusación y Abstención por decoro, contenidas en los artículos 305 al 316 del Código adjetivo citado, como figuras independientes por su naturaleza jurídica al tener determinados alcances, causas, su iniciativa, la oportunidad para solicitarlo, competencia, procedimiento y la conclusión.

De otro lado podemos decir que la sección Tercera del Título IX, se aborda la recusación de los jueces nótese que no menciona la inhibición ni comprende la recusación de otros funcionarios judiciales y sus auxiliares, secretarios y otros, agregando como un proceso incidental, en donde apartadamente se ha incluido la recusación de otros que interviene en la jurisdicción, la misma que utilizan las partes mediante la tacha u otras figuras jurídicas que les franquea la ley procesal para separarlos del proceso.

Es importante establecer las diferencias en cuanto a la iniciativa la recusación e inhibirse de intervenir en el asunto, en el que se permite que las partes impulsen el incidente de recusación y que el juez, o que los funcionarios judiciales, se inhiban. No obstante hay que señalar que el ordenamiento procesal civil, permite a los jueces comunicar a las partes que se encuentran comprendidos en alguna de las

causales de recusación, para que ellas, en definitiva, tomen la iniciativa de inhibirse. Ahora bien hay la posibilidad del apartamiento o la declaración de la inhibición del proceso sea de oficio.

Se ha establecido que la figura de la abstención, separadamente o podemos decir donde no se ha incluido el impedimento, la inhibición, recusación tienen un diferente alcance como una forma de garantizar la imparcialidad en el proceso de parte de la autoridad administrativa que participa en el proceso, por cuanto para el proceso administrativo general solo se requiere que todo funcionario que se encuentre en una situación de impedimento o implicancia, debe de abstenerse voluntariamente de actuar.

Sin embargo surge otra nueva pregunta que es necesario responder:

¿Por qué el legislador al elaborar el Código Procesal Administrativo; no ha establecido en forma taxativa la participación del administrado en primera instancia, para participar de la separación de la autoridad administrativa cuando este en peligro la imparcialidad y solo directamente a través de la abstención se ha considerado como forma unilateral de separarse del proceso la autoridad administrativa?.

Para poder responder esta pregunta tenemos que remitirnos a la naturaleza de la recusación, abstención inhibición, en la cual fue utilizado como una forma de garantizar una de las garantías mas importantes de cualquier tipo de proceso, pues el primer de los requisitos estructurales que ha de cumplir necesariamente, para poder ser considerado como tal en el carácter o condición de tercero ajeno al conflicto que ante el planteen el administrado. Pero al estar reconocida como una Institución por la ley, deberá ampliarse su concepto desde el punto de vista de sociología jurídica, en las cuales las instituciones jurídicas, o jurídico social son definidas como sistemas de conductas jurídicas-sociales que debe de analizarse desde una perspectiva integradora del valor, del hecho y de la norma.

Por lo tanto, en el caso de la participación de las partes en el proceso, en salvaguarda de garantizar la imparcialidad de la autoridad administrativa, dentro del proceso administrativo en donde se ha limitado a que al autoridad administrativa sea quien tome la dirección de separarse del proceso, quitando el derecho al administrado de actuar, el mismo que no lo puede hacer en primera instancia, sino recurrir al Superior, tiene un diferente alcance como una forma en el proceso de parte de la autoridad administrativa que participa en el proceso, por cuanto se encuentre en una situación de impedimento o implicancia.

En ese orden de ideas, se evidencia que al no consignar dentro del proceso administrativo la recusación, se ha recortado de los "derechos fundamentales procesales", como son el principio de igualdad procesal, el principio de contradicción, a la defensa, etc., situación que origina que no se cumpla con el debido proceso.

5. CONCLUSIONES:

La garantía constitucional de la imparcialidad en la administración pública es violentada sistemáticamente, tanto en el procedimiento administrativo, por cuanto vulnera entre otros el principio de la igualdad procesal y el derecho de defensa.

Se quiebra el principio de imparcialidad, cuando en la actuación administrativa concreta, existe o se sospecha que puedan existir causas de impedimento o de implicancia por parte de los funcionarios actuantes.

El Estado Peruano se encuentra sometido a la observancia de un conjunto de reglas mínimas del proceso administrativo. Que tiene carácter supranacional (vinculante) no están contenidas con el observar durante todo el desarrollo del proceso administrativo.

Todo funcionario que se encuentre en una situación de impedimento o implicancia, debe abstenerse voluntariamente de actuar, por motivos de legalidad, de delicadeza o de decoro personal.

En todas las actuaciones administrativas, los funcionarios docentes y no docentes de las entidades publicas, deben ajustar su conducta al denominado principio de imparcialidad.

Si el funcionario presuntamente impedido no se abstiene de participar, la parte interesada o afectada, puede recusarlo.

En caso de no existir interesado, o cuando el destinatario del acto pueda resultar beneficiado con la actuación respectiva, al Administración debe separar del procedimiento al funcionario impedido implicado.

La implementación de las figuras de inhibición o abstención y por otro lado el de recusación estableciendo los supuestos, lapsos, como la competencia y procedimientos, esfuerzo que estaría encaminado de contribuir con el debido proceso, y por lo tanto la de garantizar la imparcialidad del funcionario.

Establecer los métodos de determinación de la causas de recusación las mismas que deben de contener las establecidas en el Código Procesal Civil, para romper las conductas plagadas de abogados inescrupulosos que emplean la recusación como una arma dilatoria.

La recusación al igual que otros cuerpos normativos dentro del proceso, debe tener el carácter de ser simplificado o ser más exhaustivo en su configuración, para la cual deberá calificarse como un proceso incidente para ser coherente y justo.

Existe la necesidad de modificar la legislación procesal administrativo en el Capitulo II. Los Sujetos Procesales de la Ley número 27444. Ley del Procedimiento

Administrativo General sobre Causales de Abstención, en cuanto se refiere a la abstención y debe ser la recusación y la abstención o inhibición. Sobre la abstención o inhibición dirigida al acto en que el administrativo se separe del proceso por causas también que tiene que ser definidas como están contenidas en la legislación del derecho procesal, en cuanto a la recusación en que se debe extender entre otras causas de impedimento o abstención por decoro o delicadeza que realice el funcionario, cuando se advierta motivos que perturben su función. De esta manera se estará garantizando el derecho al debido proceso, a la defensa del administrado y al ente que administra justicia administrativa sea imparcial.

6. RECOMENDACIONES:

Modificar los artículos 88, 89, 90, 91, 92, 93 y 94 de la Ley 27444. Ley del Proceso administrativo General, referido al Capítulo II Los Sujetos Procesales sobre el proceso de Abstención, contenida en de la cita Ley.

7. BIBLIOGRAFÍA:

La Constitución de 1993 Análisis Comparado

Bernales Ballesteros Enrique con la colaboración de Alberto Otarola Peñaranda

Tratado de Derecho Procesal Civil

Carrión Lugo, Jorge

Código Procesal Civil. Comentado, Concordado y Anotado Tomo I.

Hernández Lozano, Carlos A. –Vásquez Campos, José P.

Código Procesal Civil

Juristas Editores

Para conocer la Constitución de 1993

Marcial Rubio, Correa.

Comentario a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General

Moron Urbina, Juan Carlos

El Proceso de Habeas Corpus

Mesia, Carlos

PROYECTO DE LEY

Primero.- Que, mediante Ley N° 27444 el 10 de abril del año 2001, entra en vigencia la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, derogándose:

1. El Decreto Supremo N° 006-67-SC, la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobada por Decreto Supremo N° 002-94-JUS y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias.
2. La Ley N° 25035, denominado Ley de Simplificación Administrativa y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias;
3. El Título IV del Decreto Legislativo N° 757, denominado Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias; 4. Sexta disposición Complementaria y Transitoria de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

Segundo.-

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Administración siempre fue pródiga en hacer surgir argumentos para pretender auto justificar la reserva: la especialidad del tema, la necesidad de una autoridad superior para dar acceso a la información, la complejidad del asunto, la falta de legitimidad de quien pide conocer la información, la política institucional, etc. Pero, la practica enseña que la mayoría de veces se trata sólo de temor por que quede expuesta alguna debilidad del trámite o del procedimiento, ola idea preconcebida que el administrado no es contribuyente sino un contendor al cual hay que darle las menores posibilidades para que no fiscalice, reclame o simplemente presente articulaciones y dilate el procedimiento.

La cultura de evasión de responsabilidad de los funcionarios ha desarrollado dentro de las entidades un cúmulo de reglas no escrita que hacen una verdadera praxis administrativa no formalizada pero vivida, con el objeto de la supervivencia burocrática.

El Estado Peruano se encuentra sometido a la observancia de un conjunto de reglas mínimas del proceso administrativo. Que tiene carácter supranacional (vinculante) no están contenidas con el observar durante todo el desarrollo del proceso administrativo.

Al establecerse como Garantías Constitucionales la Imparcialidad, forma de asegurar la protección de la actuación del funcionario público, autoridad administrativa y los intervinientes en el proceso administrativo, cuando no es cumplida es violentada sistemáticamente, vulnera entre otros el principio de la igualdad procesal y el derecho de defensa, es el caso que en el vigente proceso administrativo general no existe la garantía de parte del administrativo para intervenir cuando se dude de la imparcialidad de la autoridad administrativa, en razón que hay una desproporción para determinar dicho acto, por cuanto la ley faculta unilateralmente a la autoridad administrativa a que se separe del proceso; como que en caso de pedir el administrado debe de hacerlo al jefe superior.

En este orden de ideas nace como contrapartida de la imparcialidad, conforme lo han establecido otros estamentos que regulan el proceso administrativo comparado, la abstención o inhibición consiste en la obligación de los titulares de órganos o cargos públicos de mantenerse alejado o de no ejercer sus funciones, cuando puedan surgir desviaciones a causa de sus situaciones particulares o de una específica relación con los destinatarios de los actos (parentesco, afinidad, enemistad, etc.), o con bienes objetos de los actos.

En los casos en que exista la obligación de abstenerse o inhibirse, los sujetos expuestos a ser perjudicados por la parcialidad del funcionario decidor, tienen el derecho (ante la ausencia u omisión de inhibición) de pedir la recusación, para obtener la sustitución del funcionario tachable; en caso contrario, será la propia Administración que tiene conocimiento de la circunstancia, la que debe intervenir, determinando la separación del funcionario involucrado.-

Por lo tanto, para garantizar y salvaguardar del debido proceso, el derecho de defensa, del principio de imparcialidad, en la participación de las partes en el proceso, dentro del proceso administrativo en donde se ha limitado a que al autoridad administrativa sea quien tome la dirección de separarse del proceso, quitando el derecho al administrado de actuar, el mismo que no lo puede hacer en primera instancia, sino recurrir al Superior, tiene un diferente alcance como una forma en el proceso de parte de la autoridad administrativa que participa en el proceso, por cuanto se encuentre en una situación de impedimento o implicancia es que se debe de regularizar la recusación dentro del procedimiento administrativo actual.

COSTO O BENEFICIO

La garantía del juez natural y su participación dentro del principio de imparcialidad, a través de los instrumentos de defensa como es el impedimento, la reacusación y abstención, permitirá que el Estado como ente representativo de la sociedad, cumpla una función de defensa de la persona humana y respeto de su dignidad, por consiguiente la reacusación juega un papel muy importante respecto a apartar al autoridad a separar del proceso por estar vinculado a hechos tan fuertes que se duda que pueda participar con imparcialidad.

Por eso considero que en este orden de cosas, tanto el Estado a través de su administradores, así como de la colectividad o administrados, con esta institución jurídica de la recusación, se superara los impares y conflictos administrativos, haciendo que la corrección frente a un acto resolutive sea expedido dentro del marco del marco legal y por consiguiente sea más dinámico donde el administrado muestre su conformidad.

PROPUESTA LEGISLATIVA

El Congreso de la República, ha promulgado la ley siguiente:

Artículo Primero: Modifíquese los Artículos N° 88, 89, 90, 91, 92, 93 y 94 de la Ley N° 27444. Ley de Procedimiento Administrativo General.

Artículo Segundo.- Incorporarse la siguiente norma:

LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTICULOS DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 88.- Todo servidor público estará impedido para intervenir o conocer de un procedimiento administrativo cuando:

- I. Tenga interés su cónyuge, sus parientes consanguíneos en línea recta sin limitaciones de grado, colaterales dentro del cuarto grado o los afines dentro del segundo;
- II. Tenga interés directo o indirecto en el asunto de que se trate o en otro semejante, cuya resolución pudiera influir en la de aquél; sea administrador de sociedad o entidad interesada, o tenga litigio pendiente con algún interesado.
- III. Hubiere parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas o con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento;
- IV. Exista amistad o enemistad manifiesta que se hagan patentes mediante hechos o actitudes evidentes del servidor público que al demuestre objetivamente o con algunas de las personas mencionadas en el apartado anterior, que se hagan patentes mediante actitudes o hechos evidentes en el pronunciamiento;
- V. Intervenga como asesor, perito o como testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el

mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto, salvo la rectificación de errores o la decisión del recurso de reconsideración;

- VI. Tenga relación de servicio, sea cual fuera su naturaleza, con las personas físicas o morales interesadas directamente en el asunto;
- VII. Cuando tuviere o hubiese tenido en los últimos dos años, relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los administrados o terceros directamente interesados en el asunto, o si tuviere en proyecto una concertación de negocios con alguna de las partes, aun cuando no se concrete posteriormente.

Artículo 89.- La autoridad administrativa que se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas en el artículo anterior, tan pronto tenga conocimiento de la misma, se excusará de intervenir en el procedimiento y lo comunicará a su superior inmediato, quien resolverá lo conducente dentro de los tres días siguientes. En ese mismo acto designa a quien continuará conociendo. Cuando hubiere otra autoridad con competencia, el superior jerárquico turnará el asunto a éste; en su defecto, dispondrá que la autoridad que se hubiere excusado resuelva, bajo la supervisión de su superior jerárquico.

Artículo 90. La intervención la autoridad en el que concurra cualquiera de los impedimentos a que se refiere el artículo 88 de esta Ley, no implicará necesariamente la invalidez de los actos administrativos en que haya intervenido; salvo en el caso en que resulte evidente la imparcialidad o arbitrariedad manifiesta o que hubiera ocasionado indefensión al administrado.

Sin perjuicio de ello, el superior jerárquico dispone el inicio de las acciones de responsabilidad administrativa, civil o penal contra la autoridad que no se hubiese inhibido de intervenir, conociendo la existencia de la causal.

Artículo 91. El superior jerárquico cuando tenga conocimiento de que alguno de sus subalternos se encuentre en alguna de las causales de impedimento a que se refiere el Artículo 88 de la presente Ley, ordenará que se inhiba de todo conocimiento.

Artículo 92.- Cuando el servidor público no se inhibiere a pesar de exigir alguno de los impedimentos expresados, en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, el interesado podrá promover la recusación.

Artículo 93.- La recusación se planteará por escrito ante el superior jerárquico del recusado, expresando la causa o causas en que se funda, acompañando al mismo las pruebas pertinentes.

Al día siguiente de integrado el expediente con la documentación a que se refiere el párrafo anterior, el recusado manifestará lo que considere pertinente. El superior resolverá en el plazo de tres días, lo procedente.

A falta de informe rendido por el recusado, se tendrá por cierto el impedimento interpuesto.

La tramitación de la recusación se realizará en vía incidental, sin suspender los plazos para resolver o para que opere el silencio administrativo.

Artículo 94.- Contra las resoluciones adoptadas en materia de impedimento, excusas y recusaciones no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra la resolución que dé por concluido el procedimiento.

Publíquese y Regístrese

Lima, setiembre 2007