

Ministerio de Justicia



DOCUMENTO DE ESTUDIO N° 003-2004/JUS

El Consejo de Estado y su posible implementación en el Perú

Lima, julio del 2004

INDICE

Carta a los lectores.....3

I. El Consejo de Estado en el Perú.....5

II. El Consejo de Estado francés.....10

2.1. Consideraciones generales.....10

2.2. Desarrollo histórico.....11

2.3. La justicia administrativa en Francia.....12

III. El modelo colombiano del Consejo de Estado18

IV. El Consejo de Estado en el Perú actual.....20

4.1. Consideraciones generales.....20

4.1.1 Tribunales Administrativos.....21

4.2. Funciones del Consejo de Estado.....22

4.2.1. El control de constitucionalidad de los actos administrativos por parte del Consejo de Estado.....25

4.2.2. El control de legalidad de los actos administrativos por parte del Consejo de Estado.....28

4.2.3. El Consejo de Estado y la función de predictibilidad de la justicia administrativa....30

4.3. El Consejo de Estado y el Tribunal Constitucional.....31

V. Conclusiones y recomendaciones.....34

VI. Bibliografía.....35

CARTA A LOS LECTORES:

Creemos que existe la necesidad de reorganizar el sistema de justicia administrativa, a fin que ésta responda a parámetros de justicia y objetividad para todos los administrados. En la actualidad, podemos constatar que la gran pluralidad de instancias de decisión administrativas y Tribunales Administrativos tienen sus propios precedentes y formas de resolución diferenciadas que, por tales motivos, no aseguran predictibilidad en las decisiones administrativas.

La implementación de Tribunales Administrativos se ha fundamentado en la especialidad; es decir, en el reconocimiento que el propio Poder Judicial no siempre se encuentra en la mejor disposición y conocimiento para resolver asuntos técnicos altamente complejos que requieren de una capacitación especial. De otro lado, se ha señalado que la implementación de sistemas de justicia administrativa también responde a la intención de descongestionar el Poder Judicial, el mismo que no se encontraría en capacidad de resolver todos los casos de manera eficaz y oportuna. Esas son, sin duda, algunas de las razones por las que la justicia administrativa es importante; pero ello no puede hacer olvidar sus problemas.

En nuestro sistema jurídico, la justicia administrativa se fundamenta en la especialidad de cada una de las materias que observa cada Tribunal Administrativo; pero, una vez que la instancia administrativa ha finalizado, el conflicto sólo podrá ser revisado por el Poder Judicial, quien decidirá sobre las Resoluciones Administrativas, pudiéndolas revocar en un caso concreto. Ello no es, sin embargo, una razón suficiente para que el Poder Ejecutivo se exima de la obligación de crear mecanismos de integración que permitan que la justicia administrativa responda a ciertos parámetros generales claros, que brinden de certeza al administrado. Y, además, para que las sentencias del Tribunal Supremo que creen real y

definitivamente jurisprudencia, señalando criterios de aplicación general, se extiendan a las instancias administrativas con el objeto de lograr una indispensable predictibilidad.

Ese marco conceptual nos ha obligado a buscar dichos mecanismos o crearlos, tomando en cuenta las figuras de la legislación comparada y con antecedentes entre nosotros. Por ello, se ha considerado que el Consejo de Estado es la institución que puede cumplir la función de pacificar y ordenar la predictibilidad de la totalidad de la justicia administrativa. Apelando al derecho comparado, el modelo francés -máximo órgano de resolución de la justicia administrativa- puede servir como un modelo inicial de última instancia unificada de los diversos Tribunales Administrativos existentes.

A fin de dar rigurosidad a este Estudio de propósito divulgador se ha previsto, en una primera parte del mismo, un breve resumen de la historia, organización y funciones del Consejo de Estado en el Perú, en Francia y Colombia. Y, en una segunda parte, las formas en las que podría adaptarse dicha figura a nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Esperamos que este trabajo constituya un primer aporte a la revisión y recomposición del sistema de justicia administrativa, la misma que debe estar fundada en la defensa del Estado Constitucional de Derecho y, por ende, la tutela del interés general del Estado y los derechos fundamentales del administrado.

Lima, julio de 2004

Baldo Kresalja Rosselló
Ministro de Justicia

I.**EL CONSEJO DE ESTADO EN EL PERU**

La institución del Consejo de Estado no ha sido ajena a la vida constitucional del Perú¹. Con diversas variantes, esta institución se ha encontrado presente en la historia peruana, vinculada principalmente a la actuación del Poder Legislativo.

Un primer antecedente se encuentra en la Constitución de 1828, la misma que preveía el Consejo de Estado, como un órgano integrante del Poder Legislativo, que sesionaba en receso del Congreso. El Consejo de Estado de la Constitución de 1828 se encontraba conformado por diez senadores elegidos por ambas Cámaras; siendo presidido por el Vicepresidente de la República o, en su defecto, el presidente del Senado.

El artículo 94 de la Constitución de 1828 regulaba las aún limitadas funciones del Consejo de Estado. Entre estas se encontraban, en primer lugar, velar por la observancia de la Constitución y de las leyes. Pero, el artículo constitucional citado preveía que el Consejo de Estado no podía actuar de *motu proprio* frente a las vulneraciones a la Constitución o a las normas legales, sino que debía formar un expediente de cualquier infracción para dar cuenta de ella al Congreso.

Una segunda función del Consejo de Estado era el prestar su voto consultivo al Presidente de la República en los asuntos graves del Gobierno, actuando como una suerte de comisión consultiva. Una tercera función era la de acordar por sí solo o a propuesta del Presidente de la República, la convocatoria a Congreso extraordinario, debiendo concurrir en uno u otro caso los votos de las dos terceras partes de los consejeros presentes.

¹ Sobre el particular, cfr. Soria Luján, Daniel. «Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: El poder conservador y el Consejo de Estado». En: *Pensamiento Constitucional N° 5*, Año V, Lima, PUCP-MDC, 1998, Pp. 355 - 375.

Una cuarta función constitucional del Consejo de Estado era la de desempeñar las funciones de Senado designadas en las atribuciones 12, 15, 24 y 25 del artículo 90 de la Constitución de 1828² y en la restricción prevista en el artículo 90, numeral 3 de la Constitución³.

Asimismo, el Consejo se hallaba encargado de recibir el juramento al Presidente del Senado, en caso que éste llegue a ejercer el Poder Ejecutivo; ello, si se llegara a producir la vacancia presidencial y el Vicepresidente no se encontrase apto para ejercer las funciones de gobierno. Finalmente, el Consejo también se encontraba habilitado para cumplir las funciones del Senado en las acusaciones constitucionales.

Como se puede observar, las funciones del Consejo de Estado fueron muy limitadas y se circunscribían a ser un órgano que sesionaba en receso del Congreso, con funciones de control de la constitucionalidad y legalidad limitadas.

Esta situación cambia en la concepción del Consejo de Estado de la Constitución de 1834. Un primer cambio es que el Consejo de Estado ya no se encontraba concebido como una instancia más del Congreso, sino que sus miembros eran elegidos por el Congreso entre los

² Estas funciones se desempeñaban únicamente en receso del Congreso y consistían en: 1. Consentir la disposición de la milicia nacional por parte del Poder Ejecutivo (artículo 90, numeral 12); 2. Aprobar el nombramiento de los enviados diplomáticos y cónsules, los coroneles y demás oficiales superiores del Ejército y Armada (artículo 90, numeral 15); 3. Aprobar la autorización o negatoria de pase a los decretos conciliares, bulas breves y rescriptos pontificios, que contengan disposiciones generales (artículo 90, numeral 24); y 4. Preparar la terna que se presentará al Poder Ejecutivo de los arzobispos y obispos (artículo 90, numeral 25).

³ Artículo 90 numeral 3 de la Constitución de 1828.- “Son restricciones del Poder Ejecutivo: No puede mandar personalmente la Fuerza Armada sin consentimiento del Congreso, y en su receso, del Consejo de Estado; y cuando así lo mande el Vicepresidente se hará de la administración”.

representantes de cada uno de los departamentos, fueran estos o no congresistas. Se dispuso que los requisitos para ser consejero fueran los mismos que para ser senador⁴.

En la conformación interna del Consejo de Estado se admitía la presencia de hasta dos militares, eclesiásticos -con excepción de los arzobispos, obispos, vicarios generales ni vicarios particulares-, de conformidad con el artículo 98 de la Constitución de 1834. Asimismo, los eclesiásticos pertenecientes al Consejo no podían detentar la presidencia del mismo, según lo establecido en el artículo 99 del citado texto.

En cuanto a las atribuciones del Consejo de Estado, éstas mantienen en gran medida el esquema señalado en la Constitución de 1828, con la única inclusión de la facultad de examinar la cuenta de los gastos del año anterior y el presupuesto del año entrante. El cambio sustancial con el modelo anterior se constata en la función de requerir al Poder Ejecutivo para que cumpla la Constitución ante posibles infracciones y, en caso de persistir con la conducta, debía formar expediente para dar cuenta al Congreso. De modo tal, que se facultó al Consejo de Estado para realizar el control político de constitucionalidad sobre los actos del Poder Ejecutivo⁵.

La Constitución de 1839 también incluyó la figura del Consejo de Estado. Se amplió su número de miembros a quince, los cuales eran elegidos por el Congreso dentro o fuera de su seno; asimismo, se preveía la elección de cinco suplentes. Para ser elegido miembro, se

⁴ Los requisitos para ser senador eran: ser peruano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; tener 45 años cumplidos; tener una propiedad raíz que rinda mil pesos de producto líquido al año o un capital que produzca anualmente mil pesos o una renta de igual cantidad o ser profesor público de alguna ciencia en actual ejercicio; y no haber sido condenado legalmente en causa criminal que traiga consigo penal corporal o infamante (artículo 30 de la Constitución de 1834).

⁵ Soria Luján, Daniel. *Op. cit.*, p. 358.

debía cumplir con los mismo requisitos que para ser senador⁶. De igual modo, se preveía que los militares y eclesiásticos podían ser miembros del Consejo, aunque no en un número mayor a tres por cada uno de ellos.

El presidente y vicepresidente del Consejo eran elegidos por el Congreso y se renovaban los cargos cada dos años. Los miembros del Consejo de Estado se renovaban por mitades en cada legislatura.

Las funciones de este Consejo, no eran discordantes a las previstas en las Constituciones anteriores, en materia de control de la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo⁷ y las funciones consultivas que le eran propias. Cabe señalar, que las facultades del Consejo se ampliaban constitucionalmente incluso a nombrar un Tribunal especial compuesto de siete miembros, cuya finalidad era hacer efectiva la responsabilidad de la Corte Suprema o de alguno de sus miembros y conocer los recursos de nulidad que se interpusieran contra las sentencias de la Corte Suprema que constituyeran última instancia judicial. Es decir, el Consejo actuaba a través de dicho Tribunal como un Tribunal de Casación.

El artículo 100 numeral 10 establecía que el Consejo de Estado debía dar al Congreso razón detallada de sus dictámenes y resoluciones. Asimismo, el numeral 11 del citado artículo constitucional, establecía que el Consejo debía dar su dictamen al Presidente de la República sobre los proyectos de ley que el Ejecutivo presentaba al Congreso y sobre los proyectos de ley remitidos por el Congreso al Poder Ejecutivo.

⁶ Según lo establecido en el artículo 38 de la Constitución de 1839, para ser senador se requería: 1. Ser peruano de nacimiento; 2. Ser ciudadano en ejercicio; 3. Tener cuarenta años de edad; 4. Tener una renta de setecientos pesos procedente de bienes raíces, o una entrada de mil pesos al año, comprobada con los documentos que requiera la ley de elecciones.

⁷ Cabe resaltar que, aunque el mandato constitucional del Consejo de Estado se circunscribía a la defensa de la Constitución frente al Ejecutivo; en la práctica efectuó un control de la constitucionalidad de las leyes emanadas del Parlamento, a través de la observación de las mismas. Sobre el particular, Cfr. Soria Luján, Daniel, *Op. cit.*, Pp. 364 – 368.

Finalmente, el artículo 100 numeral 12 establecía que constituía una función propia del Consejo de Estado el dirimir en las competencias entre las autoridades administrativas. En este sentido, el Consejo de Estado cumplió el rol de instancia última entre las entidades administrativas, delimitando sus ámbitos propios de actuación.

La Constitución de 1920 fue la última norma constitucional que incluyó la institución del Consejo de Estado, aunque con funciones mucho más limitadas que su predecesora. Su artículo 134 establecía la conformación de un Consejo de siete miembros, elegidos con el voto del Consejo de Ministros y con aprobación del Senado.

Las atribuciones del Consejo fueron constitucionalmente remitidas a la ley. Para efectos de regular las atribuciones del Consejo de Estado, el 31 de enero de 1920, se promulgó la Ley N° 4024, la misma que establecía como funciones de dicho órgano: preparar los proyectos de ley que le encargue el Poder Ejecutivo; emitir los informes que le soliciten los Ministros de Estado; proponer al Poder Ejecutivo el nombramiento o la remoción de los empleados del Consejo de Estado y elaborar el reglamento interior de su despacho⁸.

Como se puede apreciar, la labor del Consejo de Estado de la Constitución de 1920 se enmarcó en una función meramente consultiva y alejada de la función de control de constitucionalidad con la que surgió inicialmente dicha institución.

⁸ Cabe señalar que, en esta época, las funciones del Ministerio de Justicia se circunscribían a la atención de asuntos sociales, así como de educación pública y de velar por el correcto funcionamiento del Poder Judicial.

II.**EL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS****2.1. Consideraciones generales**

El Consejo de Estado francés es el juez supremo de las jurisdicciones administrativas. Ello quiere decir que todos los litigios que conciernan a una persona de derecho público (el Estado, las regiones, los departamentos, las comunas, los establecimientos públicos) o a las personas privadas encargadas de la presentación de un servicio público (como las órdenes profesionales o las federaciones deportivas) son propios de la competencia de las jurisdicciones administrativas y, por tanto, de la competencia del Consejo de Estado.

La actuación del Consejo de Estado ha sido y es sumamente importante en Francia: actúa como última instancia administrativa, asegurando la unidad de la jurisprudencia en los procedimientos administrativos. Sus decisiones son soberanas y no son susceptibles de interposición de ningún recurso impugnativo (salvo en vías de recursos excepcionales como el de revisión o de rectificación de error material).

El Consejo de Estado verifica la conformidad del acto que contradice a la ley. De manera que éste ha llegado a anular diversos actos administrativos, ya sea por incompetencia, o por contravenir el contenido de la medida administrativa con las disposiciones constitucionales. Incluso, el Consejo de Estado ha llegado a admitir que puede ser invocada ante él la vulneración de artículos de la Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano, a la que se refería la Constitución de 1946 (Decisión del 7 de junio de 1957, caso *Condamine*).

2.2. Desarrollo histórico

El Consejo de Estado surge originariamente durante la época napoleónica y constituía una de las notas características del fuerte Poder Ejecutivo que Napoleón instauró. Para conservar y acrecentar su poder, Napoleón diseñó un Consejo de Estado que dependía de él tanto en la nominación y cese de sus miembros, como en su propia incapacidad legal para actuar de manera autónoma⁹. Fue concebido como un órgano de apoyo al Poder Ejecutivo y no como un órgano jurisdiccional. En sus primeras épocas, la propia organización del Consejo de Estado la acercaba notablemente a la autoridad política y administrativa a la que asesoraba.

Pese a esta situación inicial, la institución sobrevivió hasta nuestros días, aunque con notables modificaciones. La razón de su supervivencia pudo haber sido la necesidad real de rodear de garantías la acción del poder, que trajo como consecuencia que al Consejo de Estado se le atribuyeran determinadas funciones de control de la Administración, la que siempre tuvo en Francia gran importancia y poder.

Posteriormente, se inició un proceso de reforma de la jurisdicción administrativa, la que tuvo su punto cumbre en el año 1872, con el paso de la jurisdicción retenida¹⁰ a un Consejo de Estado dotado de jurisdicción delegada¹¹. Y, por tanto, separado de la Administración a la que se encontraba destinado a controlar.

⁹ García Álvarez, Gerardo. «El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904)», en *Documentación Administrativa*, N° 244-245, enero-agosto 1996, p. 91.

¹⁰ Se denomina como tal porque la función de juzgar a la Administración permanece en poder de la propia Administración, si bien con intervención asesora de unos órganos especialmente dedicados a ello.

¹¹ García, Álvarez, Gerardo. *Op. cit.*, Pp. 92 y ss.

2.3. La justicia administrativa en Francia

En Francia, actualmente, existen varios jueces de la legalidad de las decisiones de justicia; en el orden judicial, esta función corresponde a la Corte de Casación y en el orden administrativo al Consejo de Estado.

Esta situación hace que la justicia administrativa en Francia se encuentra caracterizada por el denominado “doble grado de jurisdicción”, esto es, que un litigio ya juzgado por una jurisdicción, llamada de primer grado, puede llevarse ante otra superior, llamada de segundo grado.

Así, dependiendo de la clase de litigio que se presente, será posible interponer recursos ante el Consejo de Estado. Estos casos son: a. Litigios en los que se cuestiona la autoridad pública (administraciones, empresas públicas, autoridades regionales) dictadas por un Tribunal Administrativo¹²; y, b. Para la revisión de un caso juzgado por un Tribunal Administrativo.

Las jurisdicciones administrativas en Francia, en contraposición con la situación de nuestro país, son independientes de la Administración. Su objetivo central es asegurar el cumplimiento y aplicación de las leyes.

¹² Esta figura, se asemeja al conflicto de competencia que, en nuestro sistema, resuelve el Tribunal Constitucional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 inciso 3 de la Constitución. Los conflictos de competencia pueden clasificarse en: a) *Conflicto positivo de competencia*.- Se produce cuando una o más entidades constitucionales se disputan una competencia o atribución; y, b) *Conflicto negativo de competencia*.- Se produce cuando una o más entidades constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional.

La justicia administrativa francesa tiene tres niveles de jurisdicción. El primero se encuentra compuesto por los Tribunales Administrativos, que están conformados por 35 Tribunales instalados en las principales ciudades.

La segunda instancia está conformada por los Tribunales Administrativas de Apelación, que son 5 salas instaladas en las ciudades de Burdeos, Lyon, Nantes y París.

El tercer grado de jurisdicción está compuesto por el Consejo de Estado, quien actúa como juez de casación; es decir, que comprueba que las decisiones adoptadas por los Tribunales Administrativos de Casación hayan sido dictadas de conformidad con la Constitución y la ley.

Por ello, el Consejo de Estado se pronuncia por temas de derechos fundamentales que pueden concernir al ámbito propio de los derechos constitucionales de los administrados, como usuarios o consumidores por ejemplo, a través de la inaplicación de actos administrativos por contravenir normas constitucionales o de tratados internacionales¹³.

Ello, en la medida que el Tratado internacional tiene, por disposición de la propia Constitución francesa¹⁴, un rango mayor a las disposiciones legales. Por esta razón, las disposiciones contenidas en los tratados, sirven de margen interpretativo para la ley y su observancia es obligatoria en los casos en que la administración deba pronunciarse sobre

¹³ Galmont, Ives. «El Consejo de Estado francés y el control de la conformidad de las leyes a los Tratados» en *Revista de instituciones europeas*, N° 1, Volumen 17, año 1990, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

¹⁴ De conformidad con el artículo 55 de la Constitución francesa que señala: “*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l' autre partie*” (“Los tratados o acuerdos regularmente ratificados tiene, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”).

derechos de los administrados¹⁵. En estos casos, el Consejo de Estado toma un rol activo en el control de legalidad de los actos del Poder Ejecutivo. En el ejercicio de esta función, el Consejo de Estado cumple un rol unificador del sistema jurídico, pues en sus decisiones asegura el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y constitucionales en el marco de las decisiones de la Administración Pública. Se puede señalar que el rol del Consejo de Estado se complementa con la labor del Consejo Constitucional, encargado de valorar la constitucionalidad de las leyes, antes de su dación e incorporación del sistema jurídico francés.

Pues, si bien el Consejo de Estado se ha declarado incompetente para determinar la inconstitucionalidad de una ley por ser incompatible con un tratado internacional, ello no ha sido óbice para que el Consejo pueda controlar, en vía de anulación, los actos administrativos -reglamentarios- que sean incompatibles con tratados internacionales.

De otro lado, el reparto de competencias en el seno de la justicia administrativa puede apreciarse en el siguiente cuadro¹⁶ :

Contencioso ordinario:

Tipo de contencioso	Primera instancia	Apelación
Todos los conflictos administrativos, salvo los indicados en los siguientes rubros.	Tribunales Administrativos	Tribunales Administrativos de

¹⁵ Como ejemplo, cabe señalar la decisión del Consejo de Estado sobre una resolución de la administración tributaria francesa relativa a un cónsul chileno en Francia, debido a que dicha resolución no tomó en consideración la aplicación de un beneficio de exoneración tributaria que provenía de un Tratado entre Francia y Chile (Decisión del Consejo de Estado del 12 de Julio de 1901).

¹⁶ Consejo de Estado, http://www.conseil-etat.fr/ce/missio/index_mi_ju02.shtml

		Apelación
-Elecciones regionales cantonales. -Contenciosos de expulsión de territorio. -Recursos de apreciación de la legalidad	Tribunales Administrativos	Consejo de Estado
Recursos dirigidos contra: - Decretos. - Los actos reglamentarios de los ministros. - Las decisiones de los organismos colegiados de alcance nacional.		Consejo de Estado
- Contenciosos de elecciones regionales y europeas. - Contenciosos relativos a la carrera de los funcionarios públicos. - Litigios nacidos en el extranjero.		Consejo de Estado

Adicionalmente, podemos apreciar que en este sistema existe un contencioso especializado, cuyos casos sólo serán apreciados por el Consejo de Estado en vía de casación; constituido por las jurisdicciones financieras, de las órdenes profesionales y las que se encargan de ver los temas pensionarios¹⁷ y de ayuda social del Estado.

¹⁷ Los temas que se integran en los denominados contenciosos de pensiones, implican la queja de los recurrentes por actos de la Administración que deniegan o adjudican erróneamente un derecho pensionario. Ante las denominadas jurisdicciones administrativas especializadas, se puede objetar el fondo del asunto; mientras que el caso sólo será revisado por el Consejo de Estado en vía de casación, es decir, en la medida que la resolución de la Administración contenga un vicio de forma o un error de derecho o una vulneración de la ley.

Se puede afirmar que el Consejo de Estado ejerce una triple competencia:

- a. En términos generales, actúa como juez de casación para juzgar los recursos interpuestos contra las resoluciones emitidas por las Cortes de Apelación Administrativa y contra las resoluciones de las jurisdicciones administrativas especializadas.
- b. En tanto que juez de apelación, resuelve contra los recursos interpuestos contra las resoluciones administrativas emitidas en materia de elecciones municipales y cantonales.
- c. Es competente para juzgar los recursos contra decretos, actos reglamentarios de los Ministros, decisiones tomadas por órganos colegiados de competencia nacional, así como el contencioso de las elecciones regionales o europeas.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Consejo de Estado cuenta con ciertos procedimientos especiales. Uno de ellos, es el “*recours pour excès de pouvoir*” o “recurso para exceso de poder”, que no es otra cosa que un recurso destinado a la evaluación de la legalidad de las resoluciones de los Tribunales Administrativos.

El recurso por exceso de poder tiene por objeto demandar al juez del Consejo de Estado la anulación de acto administrativo que es considerado como ilegal, e incluso, hacer que el juez ordene a la Administración que tome una decisión, esto último dentro del marco del poder de “*injonction*”¹⁸ del juez. En caso que la demanda del recurso para el exceso de poder resulte fundada, el Consejo ordenará que se anule el acto administrativo; es decir, que

¹⁸ El término *injonction* significa “orden terminante”, que es entendida como una orden de hacer dirigida a la Administración, a fin de rectificar una situación comprobadamente ilegal; pero, como señala García de Enterría, ello no es óbice para que la Administración pueda emitir actos posteriores en el mismo sentido del acto recurrido; sobre el particular, Cfr. García de Enterría, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid: Cívitas, 1992, p. 82-85.

se considerará que el acto jamás existió y, por tanto, no ha podido producir ningún tipo de consecuencia jurídica.

Durante la tramitación del *recours pour excès de pouvoir*, la Administración no se encuentra obligada a suspender la ejecución del acto administrativo. Por ello, el administrado cuenta con la posibilidad de interponer un recurso destinado a suspender la ejecución del acto, denominado *référé suspension*.

En los casos que la decisión de la administración implique un atentado grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental, el Administrado cuenta con un recurso que opera como medida cautelar para que, mientras que el Consejo de Estado se pronuncie sobre el *recours pour excès de pouvoir*, cese la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental. Este recurso recibe el nombre de *référé liberté*¹⁹.

¹⁹ El *référé liberté* ha sido empleado en numerosas ocasiones para asegurar que una expulsión de Francia, ordenada por un Tribunal Administrativo, no sea ejecutada (Decisión del Consejo de Estado del 26 de setiembre de 2001 y Decisión del Consejo de Estado del 7 de mayo de 2002).

III.**EL MODELO COLOMBIANO DEL CONSEJO DE ESTADO**

Si bien el modelo colombiano se ha nutrido de su antecedente francés, sobretudo en lo correspondiente a ser un tribunal de casación²⁰, se separa de este modelo en la fuerte incidencia de su función consultiva.

El Consejo de Estado colombiano fue introducido en la legislación colombiana por un decreto del General Simón Bolívar, expedido el 30 de octubre de 1817. Este primer Consejo era un órgano político administrativo, que contribuyó a la toma de decisiones administrativas, legislativas y de gobierno.

La Constitución de 1821 reconoció dicha figura pero bajo el nombre de Consejo de Gobierno, cuyos miembros eran el vicepresidente de la República, un Ministro de la Alta Corte de Justicia y los secretarios del Despacho. Su función era consultiva, no estando obligado el Presidente a cumplir con los dictámenes que emitía el Consejo.

Las numerosas sucesiones constitucionales y legislativas, fueron configurando los ámbitos de actuación propios y la conformación del Consejo de Estado hasta nuestros días. En la constituyente de 1910, se omitió del texto constitucional la figura del Consejo de Estado; por lo que, para incorporarlo al sistema jurídico colombiano, fue necesaria la dación del Acto Reformatorio de la Constitución, el 10 de setiembre de 1914. En dicho texto, se reconoció al Consejo de Estado como supremo cuerpo consultivo del gobierno en asuntos de administración y como el Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo; así como le asignó la función de preparar los proyectos de ley y códigos que deban presentarse a las

²⁰ Vidal Perdomo, Jaime. *El Consejo de Estado, juez de casación en Francia y en Colombia*. Publicación electrónica en: http://www.cejamericas.org/documentos/vidal_perdomo.pdf

Cámaras Legislativas y proponer las reformas convenientes a todas las ramas de la Administración.

La reforma constitucional de 1968 ratifica las funciones consultivas del Consejo de Estado, así como la función de preparación de proyectos de ley y las funciones que le correspondía como tribunal supremo de lo contencioso-administrativo y estableció que en cada departamento habría un tribunal administrativo²¹. Este esquema se mantuvo en la formulación de la Constitución de 1991, vigente en la actualidad.

Las funciones del Consejo de Estado son:

1. Actuar como instancia de casación administrativa.
2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.
3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en aquellos casos en los que la Constitución y las leyes determinen. Así, por ejemplo, se requiere su concurso en los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación.
4. Preparar y presentar de proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.
5. Conocer los casos referidos a la pérdida de investidura de los congresistas, de conformidad con la Constitución colombiana y su ley.

²¹ Información obtenida de la página web de la Rama Judicial colombiana, http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=1

IV.**EL CONSEJO DE ESTADO EN EL PERU ACTUAL****4.1. Consideraciones generales**

El objeto del presente trabajo es plantear la recuperación de un organismo histórico, que pueda ayudarnos a lograr predictibilidad y seguridad jurídica en las decisiones de los Tribunales Administrativos, convirtiéndose en una suerte de última instancia de revisión de las resoluciones administrativas. Esta tarea sería encomendada en nuestra propuesta al Consejo de Estado.

Ahora bien, para instaurar un sistema semejante al del Consejo de Estado, se tienen dos alternativas: hacer que el Consejo de Estado sustituya a la jurisdicción contencioso administrativa, o crear un Tribunal de Casación de los Tribunales Administrativos.

De un lado, el instaurar el Consejo de Estado como una instancia que sustituya a los actuales tribunales de lo contencioso administrativo, lejos de compatibilizar con el espíritu propio del Consejo de Estado, lo desconfigura. Ello, en la medida que el Consejo de Estado opera como una instancia excepcional -de casación administrativa- encargada de controlar la legalidad de las actuaciones de la Administración. Opción que no sería posible en la sustitución de los tribunales de lo contencioso administrativo; pues éstos se encuentran vinculados a la resolución del fondo del asunto y no sólo dedicados al control de constitucionalidad y legalidad.

Queda, pues, por explorar la figura del Consejo de Estado como última instancia administrativa, adscrita aún al Poder Ejecutivo e instancia de casación de los Tribunales Administrativos.

4.1.1. Tribunales Administrativos

Los Tribunales administrativos son órganos colegiados que resuelven controversias, y por tanto, dicen derecho.

En el Perú, tenemos Tribunales Administrativos de diversos tipos. Principalmente, se trata de órganos colegiados dedicados a la resolución de casos por ciertas materias (el Tribunal Fiscal sobre materia tributaria; el Tribunal de INDECOPI en las materias referidas a la libre competencia y el acceso al mercado, protección a los consumidores, publicidad, propiedad intelectual; los Tribunales Registrales; el Tribunal de CONSUCODE en temas de contrataciones con el Estado, etc.).

Pero, el sistema de justicia administrativa peruana también contiene las resoluciones que dictan ciertos órganos no colegiados que no son considerados en estricto Tribunales Administrativos (como, por ejemplo Resoluciones Ministeriales, sobre controversias de los administrados con la Administración, que ponen fin a la instancia administrativa).

Hay que tener presente que, en nuestro sistema, existen ciertos Tribunales Administrativos en los que la actuación del Consejo de Estado requeriría una habilitación constitucional para ser última instancia. Por ejemplo, en los temas de elecciones -cuya competencia constitucional corresponde únicamente al Jurado Nacional de Elecciones -JNE-. Caso contrario, aún cuando se instaure un Consejo de Estado, se mantendría la competencia única, exclusiva y excluyente del JNE para resolver los procesos en materia de elecciones o del Consejo Nacional de la Magistratura para los temas de ratificación de magistrados.

4.2 Funciones del Consejo de Estado

El control del nuevo Consejo de Estado debería, en vía de casación, revisar las resoluciones que pongan fin a la instancia administrativa y que puedan ser impugnables ante los Tribunales ordinarios.

Para evitar una duplicidad en nuestro sistema con las funciones del Poder Judicial en el proceso contencioso administrativo, debe especificarse que el control del Consejo de Estado únicamente se encontrará referido al control de legalidad de los actos y resoluciones administrativas que no sea posible impugnar al interior de la Administración.

A similitud del esquema clásico francés, se intentaría que el Consejo de Estado opere como una instancia de casación de las resoluciones administrativas, tanto a pedido de parte, como de oficio. Es decir, el establecimiento de una institución ante la cual el administrado pueda reclamar por la ausencia de legalidad de las resoluciones que constituyan última instancia administrativa; pero también que el propio Consejo de Estado pueda hacer suyos los casos en los que considera que se debe sentar un precedente administrativo.

La función casatoria se ejercería frente a una falsa o errónea interpretación o aplicación de la Constitución o de la ley; en cuyo último caso, cabe distinguir entre la interpretación errónea de la ley -casación *in iudicando*- y frente al incumplimiento de los recaudos formales establecidos en la norma -casación *in procedendo*-

Asimismo, el Consejo de Estado podrá observar el control de la constitucionalidad y la legalidad administrativa. Ahora bien, queda por definir a qué hacemos alusión con control de la legalidad administrativa. Pues, en un esquema tradicional, si lo que se busca es únicamente el establecer un control sobre la adecuación de la resolución administrativa a una norma objetiva de rango legal, este control parecería insuficiente. Ello porque, en la

actualidad, los Tribunales Administrativos cumplen bastante bien con su función de aplicar normas legales a casos concretos.

Por el contrario, la labor del Consejo de Estado se encuentra principalmente en la resolución de casos que impliquen la existencia de “zonas grises” en el ámbito administrativo. Por ejemplo, la adecuación de una resolución tanto a principios constitucionales como a normas legales. Zonas en las que la jurisprudencia administrativa tiene pareceres discordantes y, en ocasiones, insuficientes²².

El Consejo de Estado deberá encontrarse también dedicado a la defensa de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito administrativo. Pues, el sometimiento de la Administración a una concepción cerrada del principio de legalidad no ha hecho otra cosa que crear una jurisprudencia administrativa poco tuitiva dichos derechos.

La inacción administrativa en los temas de derechos fundamentales se fundamenta, en última instancia, en la falta de una habilitación legal formal expresa que le permita interpretar la legalidad desde la constitucionalidad. Desde el punto de vista administrativo, se reconoce que la norma constitucional tiene un rango de norma suprema; pero en la práctica, las resoluciones administrativas no suelen tomar en cuenta la posible colisión entre la norma legal y la Constitución.

La instauración del Consejo de Estado entre nosotros, debería tener como consecuencia la unificación del sistema de justicia administrativa. Se buscaría que el Consejo de Estado

²² Cabe señalar que la jurisprudencia de los Tribunales Administrativos no es pacífica en la determinación de ciertos derechos de los administrados que tienen una base constitucional, pero que no se encuentran recogidos en normas legales. Por ejemplo, en algunas de sus resoluciones el Tribunal Fiscal ha considerado que los beneficios de exoneración tributaria concedidos a la Iglesia Católica son aplicables a las iglesias de confesiones distintas a la Católica, por aplicación del artículo 2 numeral 2 de la Constitución (principio de igualdad).

reúna en su jurisprudencia parámetros de carácter general, aplicables a todas las jurisdicciones administrativas. Asimismo, se intentaría la unificación de criterios de resolución en el sistema administrativo, que le den certeza al ciudadano sobre la aplicación del derecho en sede administrativa.

Finalmente, un efecto colateral de la instauración de este sistema, sería el descongestionamiento del Poder Judicial; por ejemplo, y es materia opinable, que éste ya no esté abocado a observar la legalidad de las resoluciones, sino únicamente los temas de fondo.

Cabría preguntarse cuál es el objetivo de un sistema en el que coexisten las funciones de jueces de lo contencioso administrativo. Este fin no es otro, creemos, que el fortalecimiento del Estado de Derecho, a través de un órgano unificador de la jurisprudencia administrativa, para dotar de seguridad a todo el sistema jurídico.

Estos objetivos se cumplirían mediante la realización de dos funciones:

1. El control de constitucionalidad y de legalidad de las resoluciones administrativas, que aseguren tanto el cumplimiento de los derechos constitucionales del ciudadano en sede administrativa; y,
2. Garantizar la correcta interpretación e integración de las normas jurídicas en los procedimientos administrativos incoados contra el Estado.

4.2.1. El control de constitucionalidad de los actos administrativos por parte del Consejo de Estado

Los actos administrativos son toda declaración de voluntad de la Administración que se encuentra destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta. No se consideran actos administrativos los actos de administración interna y los comportamientos y actividades materiales de las entidades, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Al interior del procedimiento administrativo podemos encontrar diversos tipos de actos administrativos; por ejemplo, actos de trámite, actos resolutorios y actos de ejecución. Las resoluciones administrativas constituyen actos de resolución de la Administración, las que se emiten resolviendo el fondo de la controversia entre los administrados y la Administración o únicamente entre administrados.

Para la expedición de un acto administrativo válido, el artículo 3 de la Ley N° 27444 señala que éste debe ser emitido por la autoridad competente; que su objeto debe ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente y comprender las cuestiones surgidas de la motivación. Asimismo, el citado artículo señala que el acto administrativo debe adecuarse a las finalidades de interés público; que éste debe encontrarse debidamente motivado y surgir de un procedimiento regular.

La inobservancia de cualquiera de los requisitos esenciales de validez del acto administrativo supone la nulidad del acto administrativo, de conformidad con lo señalado en el artículo 10 de la Ley N° 27444. Pero estas no son las únicas causales de nulidad de un acto administrativo. El artículo 10 de la Ley N° 27444 establece que también constituyen causales de nulidad la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas

reglamentarias; los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo por los que se confieran facultades o derechos contrarios al ordenamiento jurídico, y los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal o que se dicten como consecuencia de la misma.

La legislación ha previsto la sanción de nulidad de los actos que constituyan vulneraciones a la Constitución. No obstante, en la práctica, los Tribunales Administrativos han demostrado multiplicidad de criterios acerca de lo que constituye una vulneración a la Constitución; e, incluso, han rehusado efectuar un control de la constitucionalidad, aduciendo que no se encuentran facultados para hacerlo.

Esta incompatibilidad de criterios al interpretar la Constitución se constituye en un problema grave en el ámbito de las resoluciones administrativas; pues, de un lado, el ciudadano no tiene certeza acerca de los parámetros de constitucionalidad con los que la Administración resuelve sus casos particulares. De otro lado, es evidente que las diferentes interpretaciones de la Administración acerca de los parámetros de constitucionalidad conduce a la jurisprudencia administrativa a emitir resoluciones en las que se aplica una ley especial, desconociendo los derechos reconocidos por la Constitución. Lo que ocasiona que dichas resoluciones puedan ser revertidas por el Poder Judicial.

Si bien es cierto que numerosos administrativistas están de acuerdo en señalar el carácter de normativo de la Constitución²³; la dogmática administrativa no se plantea una real integración entre el Derecho Administrativo con los principios constitucionales y derechos fundamentales en el marco de un procedimiento administrativo.

²³ García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Cívitas, 1994, Pp. 41- 103; Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos, 1987, Pp. 187-197.

En el marco del Estado Constitucional, el rol de la Constitución frente a la Administración en general y a la justicia administrativa en particular es el de integrar las manifestaciones de voluntad de la Administración, a fin de pacificar y ordenar el ordenamiento jurídico aplicable a las relaciones del Estado con los administrados.

Pues, en la práctica, la justicia administrativa ya no sólo se encuentra en relación con la ley, como clásicamente se ha establecido, sino también con la Constitución. Por ello, Otto Bachof afirmaba que:

“El control de legalidad de la Administración significa hoy, al mismo tiempo, *control de constitucionalidad de la Administración*; significa que también se controla a la Administración sobre el cumplimiento del *sistema de valores de la Constitución*. Y no sólo porque la ley aplicada por la Administración únicamente puede cubrir la actuación administrativa cuando ella misma supera por su parte un control de constitucionalidad: hasta aquí el control de constitucionalidad de la Administración es aún control primario de constitucionalidad de la legislación. Sino también porque ***la Administración se ve directamente confrontada con la Constitución, sin posibilidad de cubrirse con la ley ordinaria***, en esa amplia zona que le es abandonada a sus propias decisiones –bajo las rúbricas de arbitrio y de margen discrecional-. ***De nada sirve a la Administración el eludir a un margen de arbitrio que le haya sido expresamente concedido por ley, cuando el juez puede objetarle con éxito que, si bien ha tenido en cuenta los límites concretos de arbitrio según la ley especial, sin embargo, no ha observado las normas constitucionales limitadoras de todo arbitrio***”²⁴

Por estas razones se hace sumamente necesaria la instauración de un órgano de casación de la Administración. El mismo que, sin relevar a los Tribunales Administrativos de su responsabilidad de respeto de la Constitución en la emisión de los actos administrativos²⁵, serviría para dotar a la Administración de parámetros generales de constitucionalidad que deberán ser observados obligatoriamente por la totalidad de Tribunales Administrativos al resolver.

²⁴ Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Cívitas, 1987, p. 43. (El subrayado es nuestro).

4.2.2. Control de legalidad de los actos administrativos por parte del Consejo de Estado

El control de legalidad es una de las funciones clásicas de la justicia administrativa. Ello, en virtud a que la base de la actuación de la Administración, y por tanto de la justicia administrativa, ha sido siempre el principio de legalidad.

Se puede señalar que el principio de legalidad presenta dos aspectos²⁶: la reserva y la primacía de ley. De un lado, en virtud de la primacía de la ley, se reconoce la fuerza activa de la ley frente a disposiciones legales anteriores. De otro lado, mediante la reserva de ley se exige del expreso fundamento legal que dote de legitimidad la actuación jurídica de la Administración.

El principio de legalidad tiene varios significados: en relación con la Administración Pública puede ser entendido tanto como la expresión entre la relación entre el Estado y la ley. Pero, este principio también hace alusión a la juricidad de las actuaciones de la Administración y al sometimiento de la Administración a la ley²⁷.

El principio de legalidad como manifestación de la relación entre el Estado y la ley tiene por objeto limitar el ejercicio del Poder, y por tanto la limitación del poder de la Administración, intentando eliminar cualquier arbitrariedad. El principio de legalidad

²⁵ Pues, de ninguna manera se podría admitir que las resoluciones administrativas no cumplan con los parámetros de constitucionalidad por la instauración del Consejo de Estado.

²⁶ Starck, Christian. *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Madrid: CEC, 1979, pp. 383 y ss.

²⁷ De Cabo Martín, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000, Pp. 60 - 65.

entendido como expresión de la juricidad de la totalidad de los poderes públicos implica que éstos se encuentran sometidos al ordenamiento jurídico²⁸.

El principio de legalidad, entendido como sometimiento de la Administración a la ley, implica que, en su actuación, la Administración debe ceñirse a la ley en sentido estricto -ya sea en la emisión de actos administrativos o en el uso de sus facultades normativas-. Asimismo, implica la posibilidad de control jurisdiccional de la actuación administrativa²⁹

No obstante, es posible que la interpretación errónea de las normas por parte de la Administración, pueda dar lugar a vulneraciones de los derechos de los administrados. En ese sentido, el control de la legalidad de los actos administrativos debería estar a cargo de una instancia como el Consejo de Estado.

En estos casos, el Consejo de Estado se encargaría de revisar los errores en la aplicación de las normas, así como los posibles errores en el procedimiento; instaurándose como una instancia casatoria de la justicia administrativa.

Cabe señalar que, en estos casos, la interpretación de una norma legal o del procedimiento incorporado en una norma adoptado por el Consejo de Estado constituiría jurisprudencia de observancia obligatoria para la totalidad del sistema de justicia administrativa.

²⁸ Bassols Coma, Martín. «Los principios del Estado de Derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución». En: *Revista de Administración Pública*, N° 87, 1978, Pp. 147 - 153.

²⁹ Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992, p. 703.

4.2.3. El Consejo de Estado y la función de predictibilidad de la justicia administrativa

La situación ante descrita requiere que se asegure la predictibilidad de las resoluciones administrativas, tanto en parámetros de constitucionalidad como de legalidad. Lo que no será posible únicamente en base a las normas que sirven de base al procedimiento administrativo; sino principalmente, de la propia jurisprudencia administrativa. En ese sentido, el Consejo de Estado cumplirá un rol pacificador y uniformizador de la jurisprudencia administrativa peruana.

Para cumplir con estas funciones, el Consejo de Estado será competente para resolver de oficio o a pedido de parte, sobre los casos en los que no esté en discusión el fondo del asunto; sino la compatibilidad constitucional y legal de la resolución administrativa.

Es por todo ello que el Consejo de Estado, como tribunal de casación de la justicia administrativa, se deberá constituir como un órgano colegiado cuyos miembros no formen parte de ningún Tribunal Administrativo. Sin embargo, orgánicamente, el Consejo de Estado constituirá el Tribunal de los Tribunales Administrativos.

Las resoluciones del Consejo de Estado serán inimpugnables ante la sede judicial; pero impugnables ante el Tribunal Constitucional, solo si se constataran afectaciones a los derechos fundamentales. Pues, como instancia de casación de los Tribunales Administrativos, cumpliría con su función de observar la constitucionalidad y legalidad en dichas resoluciones. Pero, al no poder resolver en el fondo del asunto, el Consejo de Estado podría dejar de tutelar las afectaciones a derechos concretos, como por ejemplo, el debido proceso administrativo.

Por ello, el Tribunal Constitucional se encontraría facultado para revisar las resoluciones del Consejo de Estado, a pedido de parte, por medio del proceso de amparo. Esto se fundamenta en el hecho que el Consejo de Estado aún constituye sede administrativa y podría ser contradicha únicamente por el supremo intérprete de la Constitución; es decir, el Tribunal Constitucional.

4.3. El Consejo de Estado y el Tribunal Constitucional

Dado que se amplía el ámbito de actuación del Consejo de Estado no sólo a una verificación de legalidad en su sentido clásico -el sometimiento expreso de la Administración al texto de la ley-, su vinculación con el Tribunal Constitucional es evidente.

En la medida que el Consejo de Estado también se encontrará abocado incidentalmente al control de constitucionalidad de los actos administrativos, sus resoluciones deben encontrarse nutridas de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional, pues constituye el supremo intérprete de la Constitución, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de su Ley Orgánica.

Asimismo, se debería establecer que -excepcionalmente- una resolución del Consejo de Estado podría ser revocada por una sentencia del Tribunal Constitucional, cuando la interpretación realizada por el Consejo exceda o contravenga los principios y mandatos constitucionales.

Con el fin de permitir que la jurisprudencia del Consejo de Estado se encuentre acorde con la del Tribunal Constitucional, sería deseable que el Tribunal Constitucional pudiera absolver ciertas consultas que le puedan ser planteadas por el Consejo de Estado. Ello, con

el fin de evitar que las resoluciones emitidas por el Consejo de Estado sean revocadas por el Tribunal Constitucional.

La labor del Consejo de Estado no constituye una instancia administrativa a la que el administrado deba acudir obligatoriamente para agotar la vía administrativa. En los casos en los que el Consejo de Estado no se pronuncie, el fin de la instancia administrativa se producirá con la resolución del Tribunal Administrativo. En ese momento, el administrado tendrá expedito su derecho para accionar ante el Poder Judicial o ante el Tribunal Constitucional, según corresponda.

Cabe recordar que para la interposición de un recurso ante el Tribunal Constitucional contra un acto de la Administración, no es necesario agotar la vía previa administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo vigentes y el artículo 46 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional³⁰.

Asimismo, es importante remarcar que si bien el Consejo de Estado se encontraría encargado de controlar la constitucionalidad de los actos administrativos -efectuando un control concreto de constitucionalidad³¹-, sus resoluciones en modo alguno podrán determinar la inconstitucionalidad de normas legales -control abstracto de

³⁰ De conformidad con lo establecido en la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria del Código Procesal Constitucional, éste entrará en vigencia a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

³¹ El control concreto de constitucionalidad supone que se observa la inconstitucionalidad de una norma en la medida que la norma ésta es aplicada a un caso determinado; por ello, la resolución estimatoria sólo tiene efectos particulares, inaplicando la norma en el caso concreto, pero dejándola vigente en el ordenamiento jurídico.

inconstitucionalidad³²-. Esto es así, porque lo que se controla es la conformidad del acto administrativo a las disposiciones constitucionales. Como sabemos, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas legales corresponde únicamente al Tribunal Constitucional, de conformidad con los artículos 200, numeral 4 y artículo 202 de la Constitución, artículos 20 y 21 de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y lo establecido en el artículo 98 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional podría declarar, eventualmente, la inconstitucionalidad de las resoluciones del Consejo de Estado. Esta función de control podría realizarse a pedido de parte -a través de la interposición de un proceso constitucional de amparo- o de oficio, cuando el propio Tribunal Constitucional considere que el caso así lo amerita.

Por medio del control constitucional a las resoluciones del Consejo de Estado, el Tribunal Constitucional cumpliría con el objeto de garantizar la vigencia del Estado Constitucional de Derecho, promoviendo la seguridad jurídica y el respeto a la persona humana.

³² El control abstracto de constitucionalidad implica que se valore la compatibilidad de la norma con la Constitución; en caso de ser incompatible de manera insalvable, se procede a eliminar la norma del ordenamiento jurídico. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad tiene efectos generales y a futuro. La sentencia de inconstitucionalidad surte efectos derogatorios al día siguiente de su publicación y tiene fuerza de ley, carácter de cosa juzgada y es de aplicación vinculante para todos los poderes públicos.

VI.**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

- 6.1. El Consejo de Estado constituiría la instancia de casación de las resoluciones emanadas por los Tribunales Administrativos, así como de los actos administrativos que pongan fin a la instancia administrativa.
- 6.2. El Consejo de Estado tendría como funciones: observar la constitucionalidad de los actos administrativos y la legalidad de los actos administrativos que pongan fin a la instancia administrativa.
- 6.3. A fin que el Consejo Constitucional pueda revisar la constitucionalidad y legalidad de resoluciones electorales, esta previsión debería encontrarse en su ley de creación. Asimismo, sería necesaria una reforma constitucional.
- 6.4. El Consejo de Estado llevaría a cabo sus funciones tanto a pedido de parte, como de oficio, cuando considere que el caso amerite un pronunciamiento de su parte.
- 6.5. Las resoluciones del Consejo de Estado tendrían carácter de resolución de obligatorio cumplimiento.
- 6.6. Sus resoluciones serían inimpugnables ante el Poder Judicial, pero impugnables ante el Tribunal Constitucional, siempre que exista vulneración a un derecho fundamental.

**VII.
BIBLIOGRAFIA**

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Cívitas, 1987.

BASSOLS COMA, Martín. «Los principios del Estado de Derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución». En: *Revista de Administración Pública*, N° 87, 1978.

CONSEJO DE ESTADO, http://www.conseil-etat.fr/ce/missio/index_mi_ju02.shtml

CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Rama Judicial colombiana, http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=1

DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992.

GALMONT, Ives. «El Consejo de Estado francés y el control de la conformidad de las leyes a los Tratados» en *Revista de instituciones europeas*, N° 1, Volumen 17, año 1990, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. «El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904)», en *Documentación Administrativa*, N° 244-245, enero-agosto 1996.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Las Constituciones del Perú*, Lima, Ministerio de Justicia, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1985.

_____ *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid: Cívitas, 1992.

_____ *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Cívitas, 2000.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos, 1998.

MORON URBINA, Juan Carlos. *Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima : Gaceta Jurídica, 2002.

NEGRIN, Jean-Paul. *Le Conseil d'État et la vie publique en France depuis 1958*, Paris, Centre de Recherches Administratives, 1968.

SORIA LUJÁN, Daniel. «Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: El poder conservador y el Consejo de Estado». En: *Pensamiento Constitucional* N° 5, Año V, Lima, PUCP-MDC, 1998.

STARCK, Christian. *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Madrid: CEC, 1979

VIDAL PERDOMO, Jaime. *El Consejo de Estado, juez de casación en Francia y en Colombia*.

Publicación electrónica: http://www.cejamericas.org/documentos/vidal_perdomo.pdf