
EN BUSCA DE LA DRACMA PERDIDA: ACERCA DEL OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Juan Felipe Isasi

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

Las verdades más simples y sencillas suelen ser las más difíciles de explicar, especialmente a un público novel en la materia desprovisto de noticias previas sobre el asunto. Ello suele ocurrirme cuando, cada semestre, intento introducir a mis alumnos en el curso de Derecho Administrativo, con la finalidad de comunicarles cabalmente cuál será el objeto del curso, de manera que se encuentren en condiciones de centrar el enfoque en el tema que será materia de estudio. Es así como, con la vana esperanza de superar mis propias dificultades, me propongo en estas líneas insistir en el esfuerzo, que no es el primero ni tampoco (de sobra lo sé) será el último.

Para este propósito, huérfano de imaginación, he de recurrir básicamente a la misma metodología utilizada en mis anteriores escritos¹ con algunas precisiones adicionales. Se trata de ir de lo genérico a lo específico. Explicar primero qué es el Estado, cuáles son sus elementos y, sobre todo, cuál es su razón de ser, es

1 ISASI CAYO, Juan Felipe. *Introducción al derecho administrativo*. Lima: Estudio Isasi & Ruiz Eldredge Abogados, 2000, pp. 15-35.

decir, su misión esencial y, dentro de ella, cuáles son las actividades (funciones) que realiza o debe realizar para cumplir con su finalidad. Se trata también de identificar, dentro del Estado, qué órganos u organismos son los principales responsables de llevar a cabo los respectivos cometidos que se orientan al cumplimiento de sus fines esenciales. Allí, entre las múltiples tareas que desempeña el Estado y los diversos órganos que lo conforman, encontraremos la "administración" como actividad denominada también "función administrativa" y a la "administración" como sujeto; ambas objeto de estudio por la ciencia del derecho administrativo.

Desde su origen se ha identificado a la "administración" como el objeto de estudio del derecho administrativo. Ernst Forsthoff señala, en efecto, que "Desde antiguo se encuentra la Ciencia del Derecho Administrativo ante el problema de una definición de su objeto, la Administración".² Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández coinciden en señalar que "La más simple y tradicional definición del Derecho Administrativo, lo considera como el Derecho de la Administración Pública...".³ En igual sentido se pronuncia Rafael Bielsa cuando afirma que "En sentido literal la expresión derecho administrativo significa derecho relativo a la administración...".⁴

Empero, el propio Bielsa reconoce que este concepto "es impreciso por lo genérico...".⁵ En consecuencia, como recomien-

dan García de Enterría y Fernández, "Así planteada la cuestión (el Derecho Administrativo como Derecho de esa realidad del mundo político que es la Administración Pública), la primera y fundamental pregunta a resolver es qué cosa sea la administración Pública para el Derecho Administrativo".⁶

Al respecto Forsthoff dice: "Según una fórmula muy extendida Administración es la actividad que realiza el Estado para el cumplimiento de sus fines".⁷ Pero si bien el aserto aporta dos verdades importantes (que se trata de una actividad estatal y que esta actividad está vinculada a los fines del Estado), para nosotros como para el mismo autor alemán salta a la vista la evidencia de que esta afirmación resulta "demasiado amplia para ofrecer algo que la caracterice esencialmente...".⁸ de modo que sea capaz de distinguirla de otras actividades estatales ejercidas en cumplimiento de la misión del Estado y que se encuentran fuera del ámbito del derecho administrativo. Por ello resulta capital entrar en mayores precisiones, recurriendo a la metodología enunciada; es decir, indagar acerca del concepto, los elementos, la misión y las actividades del Estado en general y, dentro de estas, aquella que denominamos "administración pública", que, como actividad, es imputable a un sujeto llamado también "administración pública". Esta homonimia da lugar a ciertas confusiones.

2 FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos de Madrid, 1958, p.11.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. 4.ª edición, tomo I. Madrid: Civitas, 1988, p. 23.

4 BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: El Ateneo, 1947, p. 1.

5 *Ibidem*.

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 23.

7 FORSTHOFF, Ernst. *Op. cit.*, p. 13.

8 *Ibidem*.

2. ¿QUÉ ES EL ESTADO?

Cuando nos preguntamos qué es el Estado, buscamos una respuesta acerca de su naturaleza, con el objeto de arribar a una definición que nos ilustre no solo sobre su realidad jurídica, sino, especialmente, sobre el rol que cumple esta institución fundamental en la sociedad, rol recogido por el derecho y, a su vez, regulado por este. A propósito de la cuestión planteada Recasens Siches ha dicho con acierto que a pesar de que el Estado se encuentra tan notoriamente presente en nuestra realidad cotidiana, resulta hartamente difícil definirlo y determinar rigurosamente su naturaleza.⁹

Pero a pesar de las dificultades de la ciencia y la filosofía, mucho se ha dicho y escrito sobre la materia. Así, dentro de una cosmovisión idealista y aristocrática, Platón compara al Estado con un organismo humano (*macroantrophos*) que al igual que el hombre guarda una relación entre este y sus miembros. Los individuos, miembros de este cuerpo social, conformarían tres elementos equivalentes a: 1) *la razón*, que

domina; 2) *el ánimo*, que actúa, y 3) *los sentidos*, que obedecen. La clase gobernante de los sabios sería la razón del Estado; los guerreros, defensores de la sociedad, el ánimo; y los sentidos estarían representados por los agricultores y los artesanos que deben obedecer.¹⁰

Aristóteles advirtió en el Estado una manifestación superior de la naturaleza social del hombre; una asociación de los individuos conscientes de la necesidad de aliarse para la consecución de la felicidad común. Decía Aristóteles que el hombre para vivir aislado, fuera de la sociedad, debería ser "un bruto o un dios", esto es, algo menos o algo más que un hombre. Siendo como es, tiene la necesidad de asociarse, de pertenecer a una sociedad.¹¹ Entre el Estado y los individuos Aristóteles sitúa a los "cuerpos intermedios", como la familia y la aldea, organismos que no reconoce Platón porque representan límites a lo que este considera el poder absoluto del Estado.¹²

En Roma, siguiendo la línea aristotélica, Cicerón sostiene que el Estado es un orden creado por la naturaleza, por el instinto humano que lleva al hombre a vivir social

9 RECASENS SICHES, Luis —citado por Juan Carlos SMITH— en *Enciclopedia Jurídica Aneba*. Tomo XI, p. 819. Ahí se señala: "... a primera vista parece como si la realidad del Estado fuese algo notorio y, sin embargo, cuando tratamos de determinarla de un modo riguroso, se nos antoja confusa y con perfiles huidizos. Encontramos al Estado formando parte de nuestra vida y nos encontramos nosotros formando parte del Estado. Prácticamente nos referimos a él; lo sentimos gravitar sobre nosotros imponiéndonos exigencias; nos enrolamos a veces a su servicio con entusiasmo; otras, lo sentimos como obstáculo para nuestros deseos; sabemos que sin él la vida sería imposible o por lo menos muy difícil, pero también en ocasiones llega hasta exigirnos el sacrificio de la vida; en la medida en que hacemos política, nos afanamos para conseguir que sea de un determinado modo; nos hallamos con ingredientes de él; lo consideramos como una magnitud transindividual; no lo hemos percibido en su auténtico y total ser, pero lo vemos actuando en manifestaciones varias, como actividad legislativa, como administración, como ejército, como policía, etc.; nos aparece simbolizado en un escudo, en una bandera, en un himno; nos dirigimos a él pidiéndole que haga determinadas cosas; y también nos enfrentamos con él en demanda que no haga, que se abstenga, que nos deje en libertad de realizar nuestros quehaceres propios e individuales que no quisiéramos ver violados por su intervención. Y, sin embargo, a pesar de ser el Estado cosa tan próxima a nosotros, con el que estamos en trato tan constante, cuando tratamos de apresar su esencia, de determinar su ser, de encerrarlo en un concepto, se nos escapa; vacilan todas las representaciones que del mismo nos habíamos formado...".

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

y políticamente en orden. Dice Cicerón que el Estado es una multitud de hombres reunidos por el sometimiento a la ley y asociado con el objeto de un bien común.¹³

Del mismo modo, santo Tomás de Aquino define al Estado como la institución fundamental y necesaria que deriva de la naturaleza social del hombre, cuya finalidad es establecer un orden de vida en el que sea posible lograr la satisfacción de las necesidades humanas determinadas por la "providencia". En tal medida, el Estado es un organismo necesario y natural que representa el reino de Dios en la Tierra. Como podrá observarse, hay una profunda influencia aristotélica en la concepción de santo Tomás, pero la nota particular de su pensamiento es la relación entre la providencia divina y la realidad terrena del Estado, que asegura el orden social mediante la ley "justa".¹⁴ El pensamiento de santo Tomás ha tenido un rol decisivo en construcciones teóricas posteriores en lo que se ha denominado la "escuela del derecho natural", cuya gran fuerza radica en brindar un fundamento jurídico doctrinario al derecho de los pueblos a resistirse a la opresión y a desobedecer la ley injusta, así como a la defensa de los derechos humanos, porque reafirma el principio de que existen ciertos derechos inherentes a la condición humana que son anteriores y superiores al derecho positivo y a su reconocimiento por los estados, principio que se encuentra también recogido por el derecho internacional.

De otro lado, la escuela epicúrea, opuesta a la escuela estoica, fundada por Epicuro hacia el año 306 antes de Cristo,

descarta la naturaleza social del hombre. Concibe al Estado como un instrumento convencional creado por el hombre con la única finalidad de poner fin a las luchas del hombre con el hombre y de promover la coexistencia pacífica. Desaparecida esta necesidad, el Estado puede desaparecer por carecer de finalidad.¹⁵

Thomas Hobbes, célebre autor del *Leviatán*, tampoco reconoce la naturaleza esencialmente social y cooperativa del hombre. Por el contrario, para él, el ser humano en estado natural es "el lobo del hombre"; es decir, un ser antisocial y egoísta que solo persigue la satisfacción de sus propias necesidades. En esta tarea egoísta, el hombre lucha constantemente contra su prójimo sin límites de ninguna clase, avasallando a sus congéneres ("devorándolos"), hasta que se plantea la necesidad de asegurar su existencia, consciente de que la ley del más fuerte tan pronto le puede ser favorable como adversa. El surgimiento del Estado es explicado así, como una creación convencional —no un fenómeno natural— por el cual el hombre renuncia a su libertad absoluta, delegándola en el Estado, a cambio de la seguridad de una coexistencia pacífica.¹⁶

Juan Jacobo Rousseau, autor del *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres y del contrato social*, piensa que el hombre en estado natural es asocial pero bueno. Vive en un estado de libertad e igualdad absolutas hasta que surge la propiedad, origen de las luchas y de la infelicidad humana. Cuando alguien dice por vez primera "esto es mío", excluye a su prójimo del goce de ese bien

13 Ibidem.

14 Ibidem.

15 Ibidem.

16 Ibidem.

y rompe el estado de comunidad e igualdad. En consecuencia, los hombres pugnan por acumular los bienes obtenidos por medio de la fuerza, hasta que advierten el inconveniente de ganarlo todo frente al más débil, si están en riesgo de perderlo todo frente al más fuerte. El Estado es concebido así, como una creación convencional, como un pacto tácito de renuncia a la libertad absoluta, como una cesión de los derechos naturales del hombre en favor de un ente, que coordina y los devuelve a los ciudadanos en una forma limitada, restrin-

gida o conciliada: los derechos civiles. El hombre no pierde su libertad, sino que la ordena y asegura al confiársela al Estado que representará la síntesis de las libertades humanas.¹⁷

Hans Kelsen identifica el Estado con el orden jurídico. Señala el autor de la *Teoría pura del derecho* que el Estado "... es un orden jurídico que regula la conducta de los hombres (...). Este orden organiza la coacción social"¹⁸ y, por lo tanto, "debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos

17 Es a propósito ilustrativa la siguiente cita de Rousseau:

"Supongo ya llegados a los hombres a aquel punto en que los obstáculos que perjudican a su conservación en estado de naturaleza, predominan con su resistencia sobre las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en tal estado. Entonces semejante estado primitivo no puede ya subsistir, y el género humano perecería si no cambiara su manera de ser.

Ahora bien: como los hombres no pueden engendrar fuerzas nuevas, sino tan sólo unir y dirigir las que existen, para conservarse no tienen otro remedio sino formar por agregación una suma de fuerzas que pueda superar la resistencia, poniéndolas en juego por un solo móvil y hacerlas obrar de concierto.

Esta suma de fuerzas no puede nacer más que del concurso de varios; pero siendo la fuerza y la libertad de cada hombre los primeros instrumentos de su conservación ¿cómo podrá comprometerlas sin perjudicarse y sin prescindir de los cuidados que se deben? Esta dificultad que se presenta ante mi tema, puede enunciarse en los términos siguientes: 'Hallar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y bienes de cada asociado y mediante la cual, uniéndose cada uno de todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo, quedando tan libre como antes'. Tal es el problema fundamental cuya solución aporta el contrato social.

De otro modo que si apartamos del pacto social todo lo que no es esencial a él, veremos que se reduce a los siguientes términos: Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporalmente a cada miembro como parte individual del todo. Instantáneamente, en lugar de la persona particular de cada contratante, tal acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como voces cuente la asamblea, cuerpo que recibe del propio acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública que se forma de esta manera por la unión de todos, antes tomaba el nombre de Ciudad y ahora el de República, o cuerpo político, el cual, llamado por sus miembros, se dice Estado, cuando es pasivo (...). Las cláusulas de este contrato están tan determinadas por la naturaleza del acto, que la menor modificación de las mismas las haría vanas y de ningún efecto; de suerte que, aunque acaso jamás hayan sido enunciadas formalmente, en todas partes son las mismas, admitidas y reconocidas donde quiera tácitamente, hasta que violado el pacto, vuelve cada cual a sus primeros derechos, recuperando su libertad natural y perdiendo la convencional por la cual renunció.

Entiéndase bien que las cláusulas de que hablamos se reducen todas a una sola, que es la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a favor de la comunidad. Porque, efectivamente y ante todo, dándose cada cual por entero, la condición es igual para todos, y siendo igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa a los demás. Además, haciéndose la enajenación sin reservas, la unión es tan perfecta como pudiera ser y ningún asociado tiene nada que reclamar. Porque si les quedaran algunos derechos a los particulares, como quiera que éstos no tendrían ningún superior común que pudiese pronunciarse entre ellos y el público, siendo cada cual en algún punto su propio juez, pretenderá pronto serlo en relación con todos, con lo cual el estado de naturaleza subsistiría y la asociación necesariamente tendría que ser tiránica o vana.

Finalmente, dándose cada cual a todos, no se da a nadie en particular, y como no hay un solo asociado sobre el cual no se adquiriera el mismo derecho que se cede sobre uno mismo, se gana la equivalencia de todo lo que se pierde y se adquiere más fuerza para conservar lo que se tiene". ROUSSEAU, Juan Jacobo. *Del contrato social o principios de derecho político*. México-Buenos Aires:Cajica, 1957, pp. 65-67.

18 KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Universitaria, 1970, p. 189.

y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes".¹⁹

El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de 'centralización' (...). En las comunidades jurídicas primitivas preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un Tribunal Central encargado de crear normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la 'vendetta' sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda.²⁰

Los que aplican las penas o ejecutan forzosamente su acreencia,

... obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.²¹

En una síntesis apretada de las concepciones expuestas, puede colegirse la realidad existencial del Estado, su naturaleza

de pacto social en procura de la seguridad de los miembros de la sociedad y el carácter limitado de los derechos, así como su causa final: el bien común. El Estado es, entonces, la organización jurídica de la nación, la forma de asociación más elaborada que el hombre ha imaginado para ordenar, centralizar y armonizar el sistema de relaciones de poder que existe en toda sociedad, con miras al bien común. Así lo reconoce Guillermo Cabanellas, quien define esta institución como "la sociedad jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior de un territorio y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a similares exteriores",²² anunciando los elementos esenciales del Estado (pueblo, territorio y soberanía), que examinaremos más adelante y que corresponden a la visión moderna de esta institución fundamental. Esta visión es compartida por el gran jurista francés R. Carré de Malberg, quien en su *Teoría general del Estado* afirma que:

Un Estado es por lo tanto, ante todo, una comunidad humana. El Estado es una forma de agrupación social. Lo que caracteriza a esta clase de comunidad es que se trata de una colectividad pública que se sobrepone a todas las agrupaciones particulares de orden doméstico o de interés privado, o inclusive de interés público local, que puedan existir entre sus miembros. Mientras que en su origen los individuos no vivieron más que en pequeños grupos sociales, familia, tribu, gens aislados los unos de los otros, aunque coexistiendo sobre el mismo suelo, sin conocer cada cual sino sus intereses particulares, las comunidades estatales se formaron englobando a todos los individuos que poblaban un terri-

19 *Ibidem.*

20 *Ibidem*, pp. 189 y 190.

21 *Ibidem*, p. 190.

22 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires: Acayú, 1953, pp. 114-116.

torio determinado en una corporación única, fundada sobre la base del interés general y común que une entre sí, a pesar de todas las diferencias que los separan, a los hombres que viven juntos en un mismo país: corporación ésta superior y general, que ha constituido desde entonces un pueblo, una nación.²³

Del mismo modo, Joseph Folliet describe el Estado como el "organismo político-jurídico encargado de promover el Bien Común de una multitud asociada".²⁴ Es un organismo porque contiene un conjunto de estructuras y de instituciones unidas por lazos de hecho y de derecho. Es una sociedad política porque reúne a un conjunto de seres humanos trascendiendo el ámbito de la familia y de las asociaciones voluntarias. Es un ente jurídico porque anuncia, interpreta y aplica el derecho. Promueve el bien común de una multitud asociada que puede ser una nación homogénea (Francia, Suecia) o heterogénea (la sociedad peruana), porque su finalidad ontológica es el logro de un medio ambiente social propicio para la realización de sus miembros como seres humanos mediante la seguridad y el bienestar general, al que denominamos el "bien común".

En efecto, el pueblo –titular real del poder– no puede autogobernarse directa y colectivamente y lograr el orden, la seguridad y el bienestar, dejando al grupo social al libre juego de las libertades absolutas o naturales, porque ello representaría la preponderancia del más fuerte sobre el más débil, que devoraría a sus congéneres en busca de satisfacer sus propias necesida-

des. Por ello, la colectividad humana requiere de un ente al cual delegar sus libertades naturales e ilimitadas, ente que se las devuelve bajo la forma de los "derechos", esencialmente limitados y subordinados al interés del grupo social como conjunto. Ese ente es el Estado, titular abstracto del poder a partir del cual se dictan las reglas de conducta de carácter imperativo (normas jurídicas) que ordenan y regulan la vida entre los miembros de la sociedad.²⁵

Se dice que el Estado es un ente jurídicamente creado porque no se trata de una realidad palpable ("material"), como los organismos corpóreos, sino de un concepto clasificatorio al que se le atribuye, sobre la base de un orden jurídico, la función de emanar normas jurídicas. El Estado no actúa *per se*. Se manifiesta a través de la actividad de los hombres que detentan el poder en la sociedad.²⁶ Empero, ello no implica reconocer las tesis que niegan la personalidad del Estado alegando que este constituye una mera "ficción". Como acertadamente afirma Carré de Malberg, el Estado es una realidad, pero es una realidad "jurídica".²⁷

3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO

Los elementos constitutivos del Estado son aquellos componentes cuya presencia es imprescindible para su existencia. El Estado no ha existido siempre. Es un fenómeno histórico. Cabe repetir aquí la cita de

23 CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 22.

24 FOLLINET, Joseph. *Iniciación económica y social*, en ISASI CAYO, Felipe. *Elementos de cultura política*. Lima: Universidad de Lima, 1989, p. 73.

25 FERRERO REBAGLIATI, Raúl. *Ciencia política, teoría del Estado y derecho constitucional*. Lima: Studium, 1975, p. 53.

26 *Ibidem*.

27 CARRÉ DE MALBERG, R. *Op. cit.*, p. 45.

Hans Kelsen para quien el Estado es un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de 'centralización'...²⁸ del poder que no existe en las comunidades jurídicas primitivas preestatales.

Marcial Rubio Correa nos recuerda al respecto que ni aun con el surgimiento de las ciudades podría hablarse propiamente de Estado:

Antiguamente existían las ciudades y sus gobiernos. Grecia nunca fue una unidad territorial y estatal en los tiempos clásicos, y Roma hizo un gran imperio, pero siempre estableció distinciones entre la ciudad propiamente dicha y las otras ciudades aliadas o conquistadas. Durante la Edad Media hubo una organización política distinta, fundada en los derechos de propiedad sobre las tierras (y de gobierno en ellas) por los señores feudales. Los reyes existían, pero a menudo no tenían sino un poder prestado por los señores feudales (...). Los gobiernos de los reyes absolutistas europeos (Enrique VIII de Inglaterra, en el siglo XVI; Luis XV de Francia, en el siglo XVII) son los primeros intentos exitosos de establecer gobiernos unitarios centrales, unificando a los pueblos (simplificadamente llamémoslos "naciones") bajo un único gobierno. Esta unificación del gobierno sobre un pueblo y un territorio determinados, fue llamada Estado. De esta forma, el Estado equivalía al establecimiento de un poder único de gobierno sobre personas y territorios que, previamente, habían estado bajo el gobierno de sus propietarios: los señores feudales...²⁹

En consecuencia, los elementos que componen el Estado son: el pueblo, el territorio y la soberanía. A estos tres algunos autores les agregan las instituciones políticas que, en nuestra opinión, están comprendidas dentro de la soberanía que las crea y regula. En todo caso, no se concibe la existencia de un Estado sin uno de estos elementos. En efecto, sin el elemento humano el Estado, como ente jurídico, carece de objeto, de la base esencial de su existencia: los agentes y destinatarios de las normas jurídicas. Sin soberanía sería el caos, la negación del derecho, pues no habría forma de distinguir ni de proteger a la agrupación humana frente a otras nacionalidades ni de hacer prevalecer el interés de la comunidad sobre el interés y la fuerza de los particulares. Sin territorio trataríase de una nacionalidad errante incapaz de delimitar el ámbito de aplicación de sus normas jurídicas, de cautelar su autonomía y de afirmar su personalidad.

El pueblo es el elemento humano del Estado, pero no considerado como simple suma de individuos, sino como la colectividad política en cuya representación los detentadores ejercen el poder político sobre la comunidad.

Suele identificarse este concepto con el de nación o sociedad. En efecto, el jurista Luis Sánchez Agesta entiende por "pueblo" al grupo humano sobre el que el Estado se organiza, identificándolo con la nación. En su opinión, el pueblo sería expresión de una comunidad de cultura fundada en tradiciones, usos, costumbres, expresiones artísticas comunes y, quizás, en voluntad común de independencia y autogobierno.³⁰ Em-

28 KELSEN, Hans. Op. cit., p. 189.

29 RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución peruana*. Lima: Mesa Redonda Editores, 1984, p. 81.

30 SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de teoría política*. Madrid: Editora Nacional, 1976, pp. 132-134.

pero, admitiendo que desde la perspectiva de la definición clásica del Estado como la "nación jurídicamente organizada", existiría cierta coherencia en la caracterización que del elemento humano del Estado formula Sánchez Agesta; creemos que su concepción solo es válida para los Estados que gozan de una cultura homogénea y se edifican sobre una sola nacionalidad. De otro modo, no se explicaría la existencia de ciertos Estados que reúnen multiplicidad de nacionalidades, en los que el concepto de "nación" (en singular) no se identifica con el de "pueblo", que es más amplio. En estos casos resulta más apropiado hablar del "pueblo" –no de la nación– como elemento del Estado, es decir el conjunto humano que agrupa a todas las nacionalidades titulares del poder. De otro lado, puede existir una nación dividida en diversos estados, en cuyo caso la nación trasciende al Estado (por ejemplo, las dos Corea y, en su momento, las dos Alemania). Aquí el concepto "pueblo" como elemento del Estado es más restringido que el de nación.

En rigor, la Nación –en su acepción objetiva– agrupa a quienes en sentido subjetivo se encuentran vinculados jurídicamente a un Estado determinado. El concepto pueblo es más lato, porque incluye a quienes no son nacionales de un Estado, pero forman parte de la colectividad política,³¹ aunque constitucionalmente puedan encontrarse restringidos respecto del ejercicio de ciertos derechos de naturaleza política.

La confusión con el concepto de "sociedad", que constituye una noción más bien

sociológica que jurídica, también ofrece algunos inconvenientes, porque no toda agrupación de familias con nexos más o menos permanentes orientada a fines comunes –como se define la "sociedad"– conforma un Estado, que es una forma de organización ulterior a la aparición de la sociedad.

En tal virtud, es preferible referirse al pueblo –no a la nación ni a la sociedad– como el elemento humano del Estado, en su calidad de titular real del poder político,³² dentro del principio de la soberanía popular y en su condición de destinatario de los actos de poder rodeado de ciertas garantías.

El territorio es la base geográfica enclavada dentro de las fronteras del Estado, espacio dentro del cual se ejerce la potestad de imperio. Sin embargo, Michoud ha dicho bien que:

... la relación entre el Estado y su territorio de ningún modo debe considerarse como una relación de sujeto a objeto. El territorio no es un objeto situado fuera de la persona jurídica Estado, y sobre la cual esta persona posee un poder más o menos comparable a los derechos que puedan corresponder a una persona privada sobre los bienes dependientes de su patrimonio, sino que es un elemento constitutivo del Estado, es decir, un elemento de su ser y no de su haber, un elemento, pues, de su misma personalidad y, en este sentido, aparece como parte integrante de la persona Estado, que sin él no podría ni siquiera concebirse. Sin duda, el patrimonio de los individuos es, en ciertos aspectos, la prolongación de su personalidad, por lo que las le-

31 RUIZ ELDREDGE, Alberto. *La Constitución comentada*, 1979. Lima: Atlántida S.A., 1980, p. 136.

32 Siguiendo este temperamento doctrinario, el artículo 45 de la Constitución de 1993 señala: "El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional y sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición".

siones delictivas causadas a los bienes comprendidos dentro de ese patrimonio constituyen realmente ataques a la persona misma de su propietario. Sin embargo, la existencia de un patrimonio efectivo no es la condición de la personalidad del individuo: éste seguirá siendo sujeto jurídico aun cuando su patrimonio fuera nulo o llegara a ser destruido. En ausencia de un territorio, por el contrario, el Estado no puede formarse, y la pérdida de su territorio supondría su completa extinción. El territorio es, por tanto, una condición de existencia del Estado...³³

El territorio comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre hasta la distancia de 200 millas, conforme se reconocía en los artículos 97 y siguientes de la Constitución Política del Perú de 1979 y se establece en el artículo 54 de la Constitución de 1993.³⁴

El territorio es inalienable e inviolable. Esto significa que no puede ser objeto de cesión por ningún título ni ocupado por otro Estado o sometido a la soberanía de una potencia extranjera. Como bien recuerda Ruiz Eldredge, el *imperium* del Estado sobre el territorio que forma parte de su propia identidad no puede ser entendido como un derecho real.³⁵ Carré de Malberg³⁶ y otros autores más modernos coinciden en

señalar que ni siquiera se puede hablar de una relación de dominialidad pública o privada del Estado, lo que sin embargo no excluye el hecho jurídico de que sobre porciones de la masa territorial puedan existir relaciones jurídicas de dominialidad pública o privada del Estado, así como derechos de propiedad de particulares, sujetos al régimen jurídico que a tales instituciones corresponde. Empero, el territorio en sí no puede ser objeto de actos de disposición a título gratuito u oneroso. Más aún, el actual ordenamiento internacional recusa la anexión de territorios como consecuencia de las guerras. Claro está que existen casos históricos como, por ejemplo, las "cesiones territoriales" sobre Alsacia y Lorena que hicieron Francia en favor del imperio alemán. Empero aquí los juristas, lejos de reconocer la potestad estatal de efectuar "libremente" tales cesiones, prefirieron tratar el tema como casos de "abandono" de la prerrogativa de recuperarlos.³⁷

La soberanía es el poder superior que reside en el pueblo y que ejerce el Estado, los gobernantes y los funcionarios en representación de aquel. Se expresa en el fuero interno al someter los intereses particulares a los de la colectividad y, en el frente externo, al sostener la independen-

33 CARRÉ DE MALBERG, R. Op. cit., pp. 23-24.

34 Constitución Política del Perú de 1993, artículo 54: "El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre.

El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho o subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece a ley.

En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado".

35 RUIZ ELDREDGE, Alberto. *Manual de derecho administrativo*. Temática esencial. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1990, p. 224.

36 CARRÉ DE MALBERG, R. Op. cit., pp. 23-24.

37 *Ibidem*, p. 24.

cia y autonomía respecto de terceros países, no admitiéndose injerencia alguna en los asuntos que son competencia del Estado.³⁸

4. PARA QUÉ EXISTE EL ESTADO

La finalidad última del Estado es el bien común, definido como el conjunto de condiciones sociales que favorecen la existencia y la realización del ser humano; es decir, el desarrollo de todas sus potencialidades.³⁹ Ello supone un medio social apropiado, un orden justo; de lo contrario, el concepto quedaría reducido al ámbito de lo individual.⁴⁰ El bien común alude al bien social. Dabin —citado por Ferrero Rebagliati— expresa que el bien común es público, porque no comprende los bienes susceptibles de ser alcanzados en forma individual, sino exclusivamente “bienes sociales” como la seguridad, la educación, los servicios públicos, etcétera. Sin embargo, el Estado presta directamente algunos servicios y/o bienes particulares a los ciudadanos, ejerciendo su función de promoción, a efectos de evitar el malestar que podría producir su carencia, especialmente en épocas de crisis o emergencia, o cuando por cualquier otra razón los individuos o cierto grupo de individuos se encuentran incapacitados de alcanzarlos por sus propios medios, ya que el desabastecimiento o la simple incapacidad de la población para satisfacer por sí misma una necesidad

de carácter esencial es fuente de tensión social y violencia que puede comprometer la estabilidad y subsistencia del sistema. Un pueblo en situación de miseria y marginación extrema no espera pacientemente la creación de las condiciones sociales favorables a su desarrollo. Exige los alimentos, vivienda y medicinas que directa e inmediatamente eviten la muerte de sus hijos o ingresa en el campo de la violencia para obtenerlos.

Los elementos que componen el bien común son la seguridad y el bienestar general.

La seguridad, tanto interior (para garantizar la coexistencia de los hombres) cuanto exterior (para proteger a la sociedad contra la agresión extranjera)⁴¹ se logra mediante la acción de tutela del Estado, que es expresión del poder de policía. Comprende la seguridad jurídica y el orden público.⁴² La seguridad jurídica importa la estabilidad del derecho, la publicidad y la irretroactividad de las normas, entre otros principios y reglas orientadas a conferir credibilidad, certeza y predictibilidad al Estado de derecho. El orden público, por su parte, consiste en un conjunto de principios, normas e instituciones cuya plena vigencia, al margen de la voluntad de los particulares, resulta indispensable garantizar para la subsistencia y funcionamiento de la sociedad estatal.

El bienestar general, que consiste en la satisfacción de las necesidades colectivas, sea supliendo la iniciativa privada, sea promoviendo la economía del país,⁴³ se cum-

38 El elemento soberanía se encuentra presente en el artículo 43 de la Constitución de 1993, cuando expresa que: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su Gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

39 FERRERO R., Raúl. Op. cit., p. 147.

40 *Ibidem*, pp. 147-148.

41 *Ibidem*, p. 153.

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*.

ple mediante las actividades de fomento y servicio público, típicamente administrativas. La actividad empresarial del Estado en el campo industrial y comercial, para algunos autores, trasciende el campo del derecho administrativo. El Estado social de derecho diseñado en la Constitución de 1979 admitía la presencia del Estado empresario al lado de la empresa privada y otras modalidades. El Estado neoliberal configurado en la Constitución de 1993 concede al Estado un rol subsidiario, cuya acción directa está restringida principalmente a las áreas de la promoción del empleo, la salud, la educación, la seguridad, los servicios públicos y la infraestructura, como puede advertirse del texto del artículo 58.⁴⁴

Así mismo, el artículo 60 de la Constitución de 1993⁴⁵ pese a que reconoce el pluralismo económico señalando que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, establece que solo por ley expresa el Estado podrá realizar subsidiariamente actividad empresarial por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Sea como fuere que se conciba el Estado, su finalidad esencial es el bien común, cuyos componentes, seguridad y bienestar general⁴⁶ determinan en mayor o menor

grado el ámbito de sus atribuciones y cometidos, que no deben confundirse con las funciones que desarrolla para alcanzar tales cometidos.

5. DOCTRINA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES: UNIDAD DEL PODER Y DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES

Para el cumplimiento de sus fines el Estado desarrolla una serie de cometidos, de acuerdo con las atribuciones y competencias que el ordenamiento jurídico le reconoce según el tipo de Estado de que se trate. Es obvio que un Estado gendarme reconoce menos cometidos de competencia estatal que un Estado de bienestar. En cualquier forma, dichos cometidos se alcanzan a través de las denominadas funciones estatales, que son expresión del poder político y que se encuentran orientadas al bien común.

Tradicionalmente se identificaron las funciones con los órganos encargados de ejercerlas, a los que se denominó "poderes" del Estado: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Esta confusión ha originado que durante mucho tiempo solo se perciba con claridad las funciones

44 Constitución Política del Perú de 1993, artículo 58: "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

45 Constitución Política del Perú de 1993, artículo 60: "El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal".

46 Los elementos del bien común, seguridad y bienestar general, se encuentran incorporados en el artículo 44 de la Constitución Política del Perú de 1993, bajo el concepto de "deberes primordiales del Estado". Así, la cláusula constitucional aludida reza: "Artículo 44: Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior".

legislativa y jurisdiccional, pero que no se logre determinar con el mismo rigor en qué consiste la denominada función ejecutiva que es percibida como una función residual de todo aquello que no le fue arrebatado al monarca como producto de la separación de los poderes, es decir aquello que no es ni legislación ni justicia. Este es un error que pretendemos corregir en este trabajo con auxilio del pensamiento doctrinario desarrollado en los últimos años, pero por ahora seguiremos la línea clásica para explicar en qué consistió la famosa doctrina atribuida a Montesquieu.

En efecto, en el sistema democrático las funciones del Estado se encuentran distribuidas entre diversos órganos detentadores, con el objeto de debilitar el poder del Estado y evitar que, por efecto de la concentración de sus diversas atribuciones, se produzcan abusos de la autoridad que sacrifiquen la libertad que es el don esencial de la persona humana.

Las constituciones del Perú han incorporado sistemáticamente la doctrina de la separación de poderes, ya insinuada en *La política* de Aristóteles quien, según cita de Pareja Paz Soldán, señalaba que:

En todo Estado hay tres partes que todo legislador prudente debe, en primer término, ordenar convenientemente. Una vez que se organizan estas tres partes, puede decirse que todo está bien organizado. El primero de estos tres elementos es la Asamblea General que delibera sobre los asuntos públicos; el segundo, es el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de designar es menester reglamentar; el tercero es el cuerpo judicial.⁴⁷

Nótese que aquí se hace referencia a cada órgano y sus cometidos asignados.

Pero la teoría de la separación de poderes se concreta y define en la época moderna,

... cuando, afirmada la autoridad del parlamento, la experiencia política del pueblo inglés impulsó a distinguir y a separar los distintos campos de la esfera del poder público. Locke la expone, magistralmente, en su libro *Essay of Civil Government*, "distinguiendo el Poder Legislativo del Ejecutivo por la consideración de que no es bueno que los mismos hombres que estatuyen las leyes sean los encargados de aplicarlas. Bolingroke se refirió al equilibrio de poderes y fue Montesquieu quien la divulgó y la transformó en dogma político en su famosa obra *Esprit des Lois*: "En todo Estado hay tres clases de poderes: La potencia legislativa, la potencia de las cosas que dependen del derecho de gentes y la potencia ejecutiva que depende del derecho civil. Mediante la primera, el príncipe o los magistrados hacen las leyes para un tiempo o para siempre y corrigen o abrogan las que están ya hechas. Por la segunda, hacen la paz o la guerra, envían o reciben embajadores, establecen la seguridad, previenen invasiones. Con la tercera, castigan los crímenes o juzgan las diferencias entre los particulares. Se llama a esta última el poder de juzgar y a la otra simplemente, potencia ejecutiva..."⁴⁸

El principio de la separación de poderes —decíamos— se vincula a la idea de garantizar la libertad. Solo cuando los diversos detentadores del poder son independientes entre sí y se controlan respectivamente, dándose de esta manera el "jaque", los destinatarios del poder estarán protegidos del abuso del poder por parte de algu-

47 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Lima: Ediciones Justo Valenzuela EIRL, 1984, p.190.

48 *Ibidem*, pp. 190-191.

no de sus detentadores. Es una eterna experiencia —afirma Montesquieu— el que todo hombre que tiene poder se inclina a abusar de él; llega hasta donde encuentra límites. “Para que no pueda abusarse del poder es necesario que, por disposición de las cosas, el poder detenga al poder”.⁴⁹

Durante la Revolución Francesa se exageró esta doctrina hasta llegar a sostenerse que cada poder es una fracción de la soberanía y que cuando la nación instituye a sus representantes, delega a unos la potencia legislativa, a otros la ejecutiva y a los terceros la jurisdiccional. Sin embargo, Ruiz Eldredge sostiene que el propio Montesquieu no se refirió jamás a la separación de poderes como sinónimo de división o pluralidad de poderes distintos. Se limitó a señalar que existían tres clases de “potencias” en el sentido de funciones, planteando el debilitamiento del poder mediante la distribución de estas funciones en diversos órganos detentadores, porque una concentración de estas potestades derivaría en una tiranía. Señala Ruiz Eldredge que el poder del Estado es único, por lo que no puede hablarse de pluralidad de poderes sino de un solo poder, el del Estado, con funciones diferentes atribuidas —preponderante pero no exclusivamente—, a distintos órganos detentadores. El poder es uno; lo que se distribuye son las funciones.⁵⁰

En consecuencia, la llamada separación de poderes no es más que una interdependencia coordinada de funciones, una garantía para evitar el abuso del poder y una especialización técnica. En realidad, más que de “poderes” debería hablarse de “funciones” ejercidas por “órganos” de las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional.

A este efecto, nosotros nos permitimos desagregar la denominada función ejecutiva, en dos “potencias”: la función política o de gobierno y la función administrativa. Ambas tienen en común su carácter “ejecutivo”, que para unos autores significa “subordinación a la ley”, para otros, “ejecución de la ley”, y para un tercer grupo de autores, simplemente “gestión”. La subordinación a la ley no es una característica determinante de la función ejecutiva que le dé especificidad, puesto que la función jurisdiccional también está sometida a ella. La idea de “ejecución” de la ley tampoco es adecuada porque implicaría una visión reduccionista de los actos políticos y administrativos, limitada a la reglamentación y cumplimiento de las leyes. Las labores de gobierno y de administración son algo más. Hay un rango de discrecionalidad, aunque sea cierto que el órgano de gobierno y de administración se encuentra guiado por el principio de legalidad y, en tal sentido, subordinado a la ley. Pareciera ser, pues, que el carácter “ejecutivo” de las funciones de gobierno y de administración reside en su rol de “gestión”. Pero, nuevamente, esta coincidencia no debe hacernos perder de vista la distinta naturaleza de los actos políticos o de gobierno con los actos administrativos, razón por la cual conviene distinguir la función política de la administrativa.

Por ello también resulta decisivo diferenciar entre las funciones y los órganos que desempeñan tales funciones. Como veremos, la función administrativa es preponderantemente ejercida por el Poder Ejecutivo, pero también por otros órganos que no forman parte de aquel.

49 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1982, p. 55.

50 RUIZ ELDRIDGE, Alberto. *La Constitución comentada, 1979*. Op. cit., p. 259.

En efecto, en la práctica constitucional, desde la propia Revolución Francesa hasta nuestros días, nunca la delimitación de estas funciones ha sido tan tajante como parece desde la perspectiva de la doctrina. Tal como observó Raúl Ferrero Rebagliati,⁵¹ si examinamos las funciones de los tres órganos de poder encontraremos que el órgano legislativo que desempeña la función legislativa, ejerce también actos administrativos, como cuando ratifica el nombramiento de determinados funcionarios designados por el Poder Ejecutivo, cuando nombra y remueve al personal administrativo a su servicio, y cuando administra sus recursos. Del mismo modo, el Poder Ejecutivo, cuya función es principalmente administrativa, también legisla cuando recibe la delegación de facultades legislativas del Parlamento e incluso cuando dicta los denominados decretos de urgencia que si bien es cierto no son leyes tienen la fuerza de una ley, en la medida en que poseen la virtud de suspender temporalmente la aplicación de leyes formales cuando median circunstancias de extrema necesidad tipificadas en las constituciones de 1979 y 1993, como de carácter económico y financiero.

Finalmente, el Poder Judicial, cuya función es jurisdiccional, desempeña también función administrativa cuando nombra o remueve jueces provisionales, secretarios de juzgado o empleados, o adquiere o enajena bienes. Incluso, para algunos autores las diligencias destinadas a la ejecución de las sentencias judiciales trascienden el campo de la función jurisdiccional para ingresar en el campo del derecho administrativo, en la medida en que la litis ya ha sido resuelta.

En todo caso, nuestra Constitución ha diseñado una trilogía de órganos de poder que integra la estructura del Estado peruano, a saber:

- a) El Poder Legislativo, que organiza el Estado y dicta las leyes, además de ejercer otras funciones de control político, de representación y en forma excepcional de administración.
- b) El Poder Ejecutivo, que hace cumplir las leyes y dirige la administración de los servicios públicos, pero que también realiza atribución de control político y, por excepción, función legislativa.
- c) El Poder Judicial, que resuelve los conflictos entre los particulares y entre estos y el Estado, y sanciona a los infractores de la ley, desempeñando función administrativa en menor grado.

Al lado de estos tres poderes clásicos, existen una serie de órganos e instituciones constitucionales autónomos que, sin formar parte de los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial gozan de potestades normativas y administrativas de diversa índole.

En conclusión, para alcanzar el bien común, el Estado cuenta con una organización o estructura a partir de la cual los detentadores del poder ejercen las actividades legislativas, jurisdiccionales, políticas y administrativas, correspondientes preponderantemente a los órganos legislativo, jurisdiccional y ejecutivo.

De estas actividades la función administrativa la realiza, principal pero no exclusivamente, el Poder Ejecutivo. En efecto, como ya se ha adelantado, este autor se aleja de la doctrina que identifica las funciones del Estado con los órganos del poder que

51 FERRERO REBAGLIATI, Raúl. Op. cit., p. 282.

las ejercen. En este sentido reconoce la existencia de cuatro funciones básicas: legislación, gobierno, administración y justicia. En consecuencia, cuando aludimos a la "función administrativa" reconocemos que tal cometido le compete preponderantemente, pero no exclusivamente, al Poder Ejecutivo. Por ello llamamos "administración pública" al sujeto de la función administrativa. A su turno, no toda la actividad del Poder Ejecutivo consiste en ejercer funciones administrativas. Ejerce, además, función política o de gobierno, cuya naturaleza es distinta y se regula por el derecho constitucional.⁵²

6. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO FUNCIÓN DEL ESTADO

El término "administrar" proviene de las voces *ad-ministrare* (servir a) o *ad manus-trabere* (traer a mano, manejar) que brindan las ideas de servicio, provisión, gestión, manejo o cuidado de asuntos o bienes.

En virtud de su actividad administrativa, el Estado realiza la gestión de los bienes y asuntos públicos con el objeto de proveer de bienes y servicios a la colectividad o de crear las condiciones para que la población logre la satisfacción de sus necesidades de carácter general, así como que se desenvuelva en un medio social seguro y ordenado, rodeado de las garantías indis-

pensables para su realización personal y social.

José Roberto Dromi sostiene que:

La administración ofrece un doble aspecto: en sentido objetivo (sustancial-material) y en sentido subjetivo (orgánico-formal). Objetivamente es una acción, un conjunto de actividades enderezadas hacia un fin, con total prescindencia de la índole del órgano, agente o autor del acto. Es la actividad concreta dirigida, a través de una acción positiva, a la realización de los fines de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad, función por lo tanto encaminada a la integración de la actividad individual en vista del interés colectivo. Se aparta de lo formal y contingente para considerar lo sustancial, o sea que puede haber administración en la actividad de los tres órganos fundamentales del Estado (órgano ejecutivo, órgano legislativo y órgano judicial)...⁵³

A esto es a lo que nosotros llamamos "función administrativa", que se traduce en formas de intervención de la vida económica y social diversas como la policía administrativa, el fomento, el servicio público y la actividad empresarial del Estado, y entre cuyas modalidades de expresión jurídica pueden encontrarse los reglamentos, los contratos de la administración, los actos administrativos, los actos de la administración y los hechos administrativos.

Todo ello constituye el objeto de estudio del derecho administrativo, al lado –por supuesto– de la administración pública como sujeto y la propia organización administrativa.⁵⁴

52 Ernst Forsthoff reconoce –con Otto Mayer– que, además de las funciones legislativa, jurisdiccional y administrativa existen otros quehaceres del Estado a los que Otto Mayer ha denominado "actividades auxiliares de derecho constitucional". Agrega Forsthoff que los ministros ejercen función administrativa y constitucional (Op. cit., pp. 23 y 30). A ello nos referimos cuando afirmamos que el Ejecutivo ejerce una función política regulada por el derecho constitucional, que se diferencia de la función administrativa normada por el derecho administrativo.

53 DROMI, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1983, pp. 157-158.

54 Esta visión no es del todo compartida por Eduardo García de Enterría ni por Tomás-Ramón Fernández, quienes sostienen que: "Lo primero que hay que notar, en efecto, es que la Administración Pública no es para el Derecho Adminis-

No existe, sin embargo, absoluta coincidencia en la doctrina al definir la función administrativa. Se ha dicho que es la actividad del Poder Ejecutivo (Santa María de Paredes); la actividad estatal, excluida de la legislación y la justicia (Fritz Fleiner); la ejecución inmediata de la legislación y mediata de la Constitución (Kelsen), la actividad estatal cuyo objeto es realizar actos jurídicos subjetivos cuya naturaleza individual se distinga de la legislación que es de carácter general (Duguit); la actividad del Estado para la realización de sus fines, bajo un orden jurídico, (distinta de la ley que crea derecho y de la jurisdicción que mantiene el orden jurídico) expresada en su hacer efectivo y concreto (Sayagués Lazo).

Cierto es que la actividad administrativa corre a cargo preponderantemente de los órganos del Poder Ejecutivo, pero la función administrativa no se agota en el Poder Ejecutivo ni el poder Ejecutivo realiza solo función administrativa. También es correcto señalar que la función administrativa

excluye la legislación y la justicia; pero no toda la actividad estatal, excluida la legislativa y la jurisdiccional, es de naturaleza administrativa; existe también una función política o de gobierno que no es legislativa, jurisdiccional ni administrativa, que se expresa en ciertos actos institucionales y de gobierno sujetos al derecho constitucional, como la declaración de guerra, el estado de emergencia o de sitio, la interpelación y censura de ministros, la disolución de las cámaras parlamentarias por el Ejecutivo, que no son propiamente actos administrativos, aunque algunos puedan compartir muchas de sus características.

La función administrativa comprende tanto actividad jurídica como operaciones materiales de la "administración pública". Consiste en actos jurídicos que crean o modifican normas generales (reglamentos) o de derechos subjetivos (actos administrativos), así como quehacer concreto y material vinculado a los fines del Estado.

trativo una determinada función objetiva o material. El fracaso de cuantos intentos se han realizado en esta dirección es la mejor prueba de la inutilidad de insistir en este punto. La movilidad de la propia materia administrativa es, sin duda alguna, un obstáculo insuperable para intentar perfilar un modo —material o formal— de administrar. Las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce. A su vez, las técnicas formales de administrar varían también circunstancialmente, por lo que sería vano intentar aislar una de ellas como prototípica y definitoria: así se ha visto espectacularmente con la experiencia de las nacionalizaciones y empresas públicas, que por sí sola ha bastado en Francia para poner en crisis a la hasta ese momento hegemónica «doctrina del servicio público» que hacía un dogma de la aplicación necesaria del Derecho Administrativo a la gestión de los servicios públicos (el fenómeno de las empresas públicas ha roto definitivamente esa correspondencia, al suponer, por una parte, la aplicación del derecho privado en la gestión *ad extra* de servicios públicos inequívocamente tales —ferrocarriles, electricidad, gas—; por otra, la aplicación del derecho público —en cuanto a la forma de personificación y organización— para gestionar actividades substantivamente privadas; por ejemplo, la Régie Renault, que, bajo una forma pública, fábrica y pone en el mercado los automóviles de esa marca; en el mismo sentido, la nacionalización de ciertos grupos industriales acordada por el gobierno socialista en 1981).

"La Administración Pública no es tampoco para el Derecho Administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituida por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos, sino a través de su consideración como persona. Para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica. Este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración pública es así el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo..." (Op. cit., tomo I, pp. 25-26, cursiva del autor).

Es así como los diversos cometidos de la administración pueden concretarse en el dictado de normas abstractas, obligatorias y generales que —como hemos dicho— incluyen los reglamentos; la decisión de ciertas controversias frente a la administración o frente a otros particulares, sujetos a revisión ulterior por el Poder Judicial; la satisfacción de necesidades públicas mediante la acción material de Estado; la certificación de hechos jurídicamente relevantes, tanto a petición de particulares interesados (registro, transcripciones, certificaciones) como de oficio por la misma administración (inspecciones, actos y comprobaciones); la constitución, modificación y extinción de relaciones entre particulares (por ejemplo, inscripciones en registros públicos); un juicio (dictámenes, opiniones) no imperativo con el fin de asesorar o informar a los órganos activos; el control preventivo o sucesivo de la legitimidad y oportunidad en la actividad de los órganos estatales; promover la actividad de los órganos llamados a satisfacer un interés público concreto (propuestas, peticiones), la efectiva realización de los intereses públicos por medio de actos, hechos, contratos, etcétera.⁵⁵

7. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO SUJETO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Dromi continúa:

Subjetivamente la Administración implica una estructura orgánica, un ente o comple-

jo de entes al que el ordenamiento jurídico le atribuye la función de administrar. En otros términos Administración Pública en sentido subjetivo equivale a "Aparato Administrativo", dentro del ámbito más general del aparato estatal (Alessi y Giannini) que integra también el aparato legislativo y jurisdiccional; de allí que se hable en ocasiones de un Estado Administrador, frente a un Estado Legislador y a un Estado Juez. Con más propiedad, la administración en sentido subjetivo está integrada por el conjunto de órganos que es centro de la función administrativa.⁵⁶

En concordancia con este temperamento, en nuestro derecho positivo, el artículo II del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General 27444 señala que dicha norma "... regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades...". Luego, el artículo III del mismo Título Preliminar define como finalidad de la Ley: "... establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general". Si se concuerdan estas normas con el artículo I del Título Preliminar de la misma ley 27444,⁵⁷ entenderemos que el concepto de "administración pública" no se restringe al Poder Ejecutivo, sino que se extiende a todo órgano estatal, incluyendo a los otros poderes del Estado, en tanto que cumplan una función administrativa.

55 *Ibidem*, pp. 158 y 159.

56 DROMI, José Roberto. *Op. cit.*

57 Ley 27444, "Artículo I- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública:

8. ¿DE QUÉ SE OCUPA, ENTONCES, EL DERECHO ADMINISTRATIVO?

Hasta aquí puede sostenerse que, así como no cabe confundir las funciones del Estado con el órgano que las realiza, tampoco resulta loable la identificación de la función administrativa con el Poder Ejecutivo. Dicha función es realizada por la "administración pública", integrada por organismos y órganos de cualquiera de los llamados "poderes" del Estado y de las instituciones constitucionales autónomas, aun cuando es cierto que la función administrativa tiene un carácter ejecutivo en el sentido de "gestión" y que esta tarea es preponderantemente cumplida por el Poder Ejecutivo. Por ello también cuando nos referimos a la "administración pública" como sujeto de la función administrativa, esta-

mos aludiendo a todo el Estado-administrador y no solamente a uno de sus órganos de poder, el Poder Ejecutivo, que ejerce preponderante pero no exclusivamente la función de administrar.

El derecho administrativo tiene como objeto de estudio, en efecto, a la "administración pública" como sujeto de la actividad administrativa dentro de lo que se ha denominado el derecho de la organización administrativa, que comprende la cuestión de la personalidad jurídica, así como la estructura, los deberes y las prerrogativas de la administración; pero también a la "administración pública" como actividad; es decir, la "función administrativa" que se traduce en formas de intervención de la vida económica y social diversas, como la policía administrativa,⁵⁸ el fomento,⁵⁹ el servicio público⁶⁰ y la actividad empresarial del Estado,⁶¹ y entre cuyas modalidades de expresión jurídica pueden encontrarse los re-

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;

2. El Poder Legislativo;

3. El Poder Judicial;

4. Los Gobiernos Regionales;

5. Los Gobiernos Locales;

6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.

7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia".

58 La policía administrativa es el conjunto de prescripciones reglamentarias o actos administrativos en cuya virtud se obliga a los administrados a adecuar su actividad particular al interés público, por ejemplo, restricciones al ejercicio del derecho de propiedad (reglamento de edificaciones) o a las libertades del ciudadano (reglamento de tránsito).

59 La administración pública actúa también en forma refleja sobre la voluntad de los particulares con el objeto de lograr que orienten su actividad económica y social en el sentido del interés público. A esto se denomina la actividad de Fomento, en cuya virtud la administración, en lugar de recurrir al ejercicio de su potestad coactiva, protege o promueve mediante incentivos u otros mecanismos de atracción, la actividad deseada de parte de los administrados; para que el ciudadano -motivado por los mecanismos de fomento- al servir su interés particular sirva simultáneamente el interés público.

60 En un sentido lato, el servicio público puede definirse como la actividad de la que es titular el Estado, orientada a la prestación de los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de necesidades de carácter colectivo.

61 Hay quienes excluyen la actividad empresarial del Estado del objeto del derecho administrativo, cuando excede del campo de los servicios públicos para ingresar a la órbita comercial e industrial, situación en la que se rige por el derecho privado. Nosotros pensamos que esto es un error, porque el Estado no ingresa a la actividad comercial e industrial por

gamentos, los contratos de la administración, los actos administrativos y de administración y los hechos administrativos.

Marcel Waline define el derecho administrativo como el conjunto de reglas que precisan en qué condiciones las personas administrativas adquieren derechos e imponen obligaciones por medio de sus agentes, en interés de la satisfacción de las necesidades públicas.⁶²

Gabino Fraga estima que el derecho administrativo abarca, por una parte, el régimen de organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo y, por otra, las normas que regulan la actividad del Estado, que se realiza en forma de función administrativa, comprendiendo los aspectos formal y material de la administración. En consecuencia, regulará la estructura y la organización del poder encargado normalmente de realizar la función administrativa; los medios patrimoniales y financieros que la administración necesita para su sostenimiento y para garantizar la regularidad de su actuación; el ejercicio de las facultades que el poder público debe realizar bajo la forma de función administrativa, y la situación de los particulares con respecto a la administración.⁶³

Garrido Falla, por su parte, define el derecho administrativo como aquella parte del derecho público que determina la organización y comportamiento de la administración directa o indirecta del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado.⁶⁴

Jorge Olivera Toro pretende una síntesis de estas tres últimas definiciones para colegir que el derecho administrativo es la parte del derecho público que determina la organización y comportamiento de la administración directa o indirecta del Estado, en interés de la satisfacción de las necesidades públicas y que disciplina a la vez sus relaciones jurídicas con el administrado.⁶⁵

Ruiz Eldredge ensaya una definición un tanto más amplia al sostener que el derecho administrativo es el sistema jurídico de principios, normas y categorías de derecho público que estudia, promueve y regula la actividad de la administración pública, los servicios públicos, la función y potestades de los órganos y personas que la ejercen en las relaciones con los administrados: interadministrativas e interorgánicas; y de las de derecho administrativo internacional, así como las garantías internas y las de una alta jurisdicción que asegure la justicia administrativa.⁶⁶

las mismas motivaciones que el empresario privado (como, por ejemplo, el lucro personal legítimo y respetable pero ajeno a los fines esenciales del Estado), sino por alguna razón de interés público; cuanto porque, aún cuando el Estado-empresario se autolimita sometiéndose a ciertas reglas del derecho privado, conserva siempre, en mayor o menor grado, la espada de Damocles de sus potestades públicas en defensa del interés público y regula, en forma más o menos preponderante, su actuación en el campo comercial e industrial por las normas del derecho público, especialmente las del derecho administrativo. En efecto, la organización de la empresa, la designación de sus altos funcionarios, los procedimientos de contratación, el control de sus actividades y otros aspectos, se encuentran regidos por el derecho administrativo.

62 OLIVERA TORO, Jorge. *Manual de derecho administrativo*. México: Porrúa, 1976, p. 28.

63 *Ibidem*, pp. 28-29.

64 *Ibidem*, p. 29.

65 *Ibidem*, p. 30.

66 RUIZ ELDREDGE, Alberto. *Manual de derecho administrativo*. Temática esencial. Op. cit., p. 80.

No incurriremos en la imperdonable soberbia de intentar siquiera "superar" estas definiciones formulando una propia. Baste con decir que aquellas, en su conjunto, nos ofrecen una pista clara para encontrar en la función administrativa la dracma perdida, esto es, el objeto del derecho administrativo. En este sentido, cabe concluir con Vidal Perdomo,⁶⁷ quien señala que el derecho administrativo está vinculado, en efecto, a la noción de administración, lo que comprende el estudio de su estructura y actividad, y que por ese objeto puede ser definido.

67 VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho administrativo*. 11.^a edición. Bogotá: Temis S.A., 1997, p. 1.