

DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL
ORDENAMIENTO PERUANO

Antonio Abruña Puyol
Palestra Editores, Lima, 2010

I

Es difícil no sentir algún grado de satisfacción en la tarea de reseñar una obra, cuando ésta contiene datos que han colaborado en tu formación jurídica básica, habiendo incluso luego (en el caso puntual del autor de esta nota) definido la forma de afrontar los primeros tramos de la enseñanza del Derecho Administrativo a alumnos universitarios. Lo expresado, nos involucra en lo que creo es la esencia del libro escrito por el Rector, ex-Decano de la Facultad de Derecho y siempre profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura D. Antonio ABRUÑA PUYOL: la necesidad de explicar y –a veces- construir las piezas conceptuales elementales que deben tener presentes todos aquellos que pretendan involucrarse o seguir anclados en esta ciencia jurídica. Ni remotamente se puede entender o tener una postura precisa sobre lo que es el Derecho Administrativo y sus finalidades como sistema, si no defines primariamente a su objeto de estudio (la administración pública), diferenciándolo de otros sujetos de naturalezas disímiles (los privados) y de los restantes poderes públicos creados al amparo del ordenamiento jurídico. En suma, no se puede pretender implantar regímenes jurídico-administrativos sin tener claro quien será el destinatario de los efectos, o lo que es peor, teniendo uno que no cumple con las condiciones conceptuales mínimas de “organización del poder público que ejercita potestades administrativas”.

Justamente, la falta de consistencia de nuestro Legislador en estos puntos básicos, alejan a nuestro creciente Derecho Administrativo de la idea de unidad que lo recorra íntegramente en cada uno sus sectores, a fin de que sean partes ensambladas en un verdadero sistema. Esto último debe ser entendido en el sentido señalado por SCHMIDT-ASSMAN como la “identificación de los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del Derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento”¹. Claro, y este –aún- ideal de ciencia con sólidas bases científicas, sólo podría comenzar a materializarse si aparecen estudios serios sobre el concepto de administración pública, el cual -paradójicamente- ha sido abandonado en la doctrina nacional a desmedro del crecimiento casi exponencial de trabajos sobre el procedimiento administrativo, la intervención de la administración pública en la economía o el propio arbitraje administrativo.

¹ SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 2.

Considero, que la obra del profesor ABRUÑA aparece en medio de estas carencias, cuando más se hacía patente que la organización administrativa (como noción) asomaba relegada al olvido académico, siendo únicamente tributaria de la definición errada de nuestra ley de procedimiento administrativo general y algunos otros intentos normativos reglamentarios de peores condiciones². Es así que este libro, publicado a finales del año 2010, llena un gran vacío en nuestro Derecho Administrativo, convirtiéndose en un material de enseñanza imprescindible para cualquier docente u operador interesado en tener un manejo razonable de la especialidad. Más todavía, tiene un valía adicional pues muestra el panorama completo de la cuestión, presentando un orden sistémico para afrontar el eje de toda nuestra disciplina: la organización administrativa como concepto singular que debe sujetarse y relacionarse con otros (la Constitución, los privados, la democracia, la economía, los asuntos sociales, otros poderes públicos, entre otros); todo esto sin menospreciar otras tesis con las cuales el autor no concuerda, pero –como buen universitario que es- aparecen recogidas abiertamente para que el lector las revise. En suma, se trata de un libro que soporta la esencia de la disciplina por encima de “unos conocimientos especializados y los rudimentos de una metodología”³.

Dicho esto, debe indicarse que esta monografía cuenta con el prólogo del Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid y Profesor Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura D. José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, y se encuentra dividida en una nota introductoria y cinco capítulos. En el mismo sentido, debo indicar que presenta un minucioso manejo de fuentes, al recogerse más de 150 libros utilizados como bibliografía de sustento (de origen nacional y extranjero), además de mostrar una adecuada inclusión de sentencias del Tribunal Constitucional y alguna puntual de la Corte Suprema de la República.

Sin más introducción que hacer, paso a comentar las líneas de argumentación más importantes de este libro.

² Me estoy refiriendo a la Directiva 002-2010-PCM/SGP - “Disposiciones relacionadas al concepto de Entidad Pública y la validación del registro preliminar de las entidades del pública del Estado Peruano” aprobada por Resolución Ministerial 374-2010-PCM, extraño y hueco nombre para un reglamento que pretende ahondar en los errores de saque sobre el concepto de administración pública que presenta nuestro legislador, introduciendo la noción omnicompreensiva de “entidad pública” para agrupar a organizaciones administrativas, algunos órganos administrativos, otras tantas empresas públicas y poderes públicos sin naturaleza jurídica-administrativa incardinados en el Estado peruano, con el fin de que sean enlistados en un registro preliminar, como si todos pudieran ser considerados una sola categoría al compartir una base organizativa con “personería jurídica de Derecho Público, creada por norma expresa en el que se le confiere mandato a través del cual ejerce funciones dentro del marco de sus competencias y atribuciones, mediante la administración de recursos públicos, para contribuir a la satisfacción de las necesidades y expectativas de la sociedad, y como tal está sujeta al control, fiscalización y rendición de cuenta”. Sin extenderme más allá, pues para eso están las excelentes explicaciones de Antonio ABRUÑA, me parece exageradamente grosero que la Presidencia del Consejo de Ministros pretenda igualar o equiparar a todos estos sujetos, cada cual diferente y muchos de ellos no vinculados –en exclusiva- a regímenes públicos (piénsese, por ejemplo, en las empresas públicas con forma de sociedades mercantiles regidas en sus actividades empresariales por el Derecho Privado, que no cuentan previamente con potestades públicas habilitadas por el ordenamiento).

³ FONT I LLOVET, Tomás. “Enseñanza, aprendizaje y educación en el Derecho Administrativo” en *Revista de Administración Pública*, número 153, 2000, p. 254.

II

El autor comienza por fundamentar una verdad ahora evidente: la administración pública es un resultado más bien reciente, fruto de la consolidación del Estado de Derecho contemporáneo y del principio de la separación de funciones. En otras palabras, las organizaciones administrativas que conocemos y estudiamos mediante el Derecho Administrativo, tuvieron como pistoletazo de salida al fundamental proceso histórico y político que significó la Revolución Francesa. En ese sentido, la obra reconoce que el alumbramiento del concepto jurídico de este poder público se debe a la conjunción de tres ideas básicas aparecida durante este periodo: la legalidad para sustituir al poder absoluto, la ley como expresión de la Nación formulada por los representantes democráticamente elegidos (la manifestación del nuevo soberano) y la estructura tripartita del Poder (extraída desde la tesis expuesta por Montesquieu). Para lograr este primer cometido de explicación, el profesor ABRUÑA se apoya, entre otras fuentes doctrinarias, en el clásico libro de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA denominado “Revolución francesa y administración contemporánea”.

En ese orden de ideas, la obra a continuación presenta algunas reflexiones sobre las peculiaridades de la separación de poderes en el mundo anglosajón y Europa continental, y, en segundo término, sobre la instauración –en este último sistema- de la supremacía relativa del Poder ejecutivo por sobre otros poderes públicos. Ambas consideraciones, aparecieron durante los primeros años revolucionarios, incluso en ese contexto surgen las posiciones que brindan soporte a la anterior consideración (las prerrogativas y privilegios administrativos). Esta parte es rematada con la indicación de que “alguno de o algunos elementos que hoy conforman la administración pública pudieron estar presentes en instituciones del Antiguo Régimen, pero no en el modo y de la manera en la que hoy esos elementos configuran en su conjunto la administración pública” (p. 37).

Un tercer punto que intenta dejar en claro este capítulo es que la administración pública, en tanto, creación del Derecho, es un poder público subordinado a la ley, al control jurisdiccional (aunque no siempre fue así) y a la juridificación completa de sus actividades (a partir de la aplicación progresiva del principio de legalidad). Si se quiere, es “una organización sometida a la ley, quicio del espíritu revolucionario, que pretende la sustitución de la subjetividad y arbitrariedad del príncipe por la voluntad general, objetiva, igualitaria y previsible que se expresa en la ley, en garantía de la libertad individual”. (p. 38). Durante la primacía del Estado legal se produce la irrupción de la capacidad reglamentaria, como auténtica potestad administrativa planteada como fórmula de mejor cumplimiento del papel de ejecución de la ley que le incumbe a la organización administrativa. También, en el lado del control y la fiscalización, se instaura un lento y progresivo camino que va de la jurisdicción retenida a la delegada, en medio del tratamiento *sui generis* practicado por el Derecho francés (mediante los ejercicios del control administrativo del Consejo de Estado sobre las administraciones activas).

Finalmente, una figura que merece especial atención es la personalidad jurídica del Estado y su falta de relación (como insumo) para configurar la definición de lo que es la administración pública. El autor recurre a la tesis tradicional sobre la personería interna y externa del Estado para rebatir a la postura personalista defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, considerando que –sobre todo- debe asegurarse y practicarse este dato en versión *ad intra*, ya que todas las actuaciones de los poderes públicos en sus respectivas relaciones con los ciudadanos, deberán ser imputables en último término al propio Estado. Entonces, estas últimas organizaciones quedan marcadas como “poderes constitucionalizados institucionalizados como instrumentos de la comunidad política superior y soberana”. (p. 42). La tesis expuesta aparece recogida en nuestro Derecho a partir de la atribución constitucional de “unidad” del Estado peruano y sus posibilidades establecidas desde el mandato del pueblo soberano, ambas cuestiones se reflejan en los artículos 43 y 45 de la Carta Magna pues es “el Estado quien dicta una Ley, es el Estado quien expide una sentencia y es el Estado quien contrata, con independencia de que los órganos encargados de ellos sean distintos e independientes” (p. 45).

III

La identificación plena entre el Poder ejecutivo y la función administrativa fue un fenómeno recurrente en muchos lapsos de desarrollo del Derecho Administrativo, todo esto llevaba a entender que este tipo de potestades no podían ser practicadas fuera de la estructura de este poder público. Sin embargo, fue la doctrina germánica la que planteó con mayor insistencia el rompimiento teórico de esta tesis, desligando el ejercicio de la potestad administrativa de la esfera de una determinada organización, pues “habrá administración pública donde se encuentre presente la función con independencia del sujeto que la realice”. (p. 49). Así, esgrimiendo un argumento histórico-jurídico, comienza ABRUÑA el segundo capítulo de su obra, el cual busca resolver el problema de la delimitación del concepto de administración pública.

Según el anterior propósito, el autor señala que la base subjetiva es la clave para resolver esta cuestión, sin embargo este presupuesto no siempre es aceptado por igual en todas las corrientes que buscan conceptualizar nuestro objeto de estudio. Todo esto, a pesar de que es casi imposible predicar la detentación de funciones sin tener una previa ancla organizacional. Frente a las insistentes polémicas aparecidas en la doctrina administrativista en pos de conseguir una noción puntual, la obra no deja de señalar la importancia de estas discusiones pues “dependiendo de cuál sea el concepto de administración pública, su naturaleza jurídica, le aplicaremos o no un régimen jurídico determinado a ciertos sujetos u organizaciones” (p. 50).

Ahora bien, la búsqueda de un concepto de administración pública en nuestro Derecho abre no pocas y nuevas interrogantes (las cuales deben responderse necesariamente desde la noción que se intenta construir). Así, tenemos la cuestión referida a organizaciones ubicadas fuera de la estructura del Poder ejecutivo pero que realizan las

mismas actividades que éste (Gobiernos Regionales, Municipalidades, etc.), la aparición de sujetos creados mediante la práctica de la técnica de la descentralización funcional (entidades autónomas de Derecho Público, empresas públicas, etc.), la naturaleza de los organismos constitucionalmente autónomos (Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Defensoría del Pueblo, etc.), las actividades paralegislativas y parajudiciales gestionadas por la administración pública, las denominadas actuaciones “materialmente” administrativas de los Poderes legislativo y judicial, y la dicotomía o acercamiento monolítico entre el Gobierno y la Administración Pública.

A estos supuestos polémicos ¿Se les puede aplicar el régimen jurídico-administrativo? Es decir, estos sujetos y actuaciones pueden ser destinatarios de este régimen al “poseer unas características determinadas que le dan la especificidad que tiene y que resumidamente se pueden concretar en una peculiar y característica sujeción positiva al Derecho, con específicos privilegios exorbitantes en mas y en menos y sus correspondientes garantías incluida la justiciabilidad de toda su actuación”. (pp. 52 y 53). La obra intenta dar respuesta a esta pregunta y para esto presenta de manera ordenada las tres grandes corrientes doctrinarias que han aparecido a lo largo de la historia del Derecho Administrativo (funcionales, subjetivas y mixtas), las cuales, desde presupuestos y criterios distintos, buscaron afanosamente “quién y bajo qué circunstancias puede ser considerado administración pública” (p. 53).

En primer término, el autor hace un rápido recorrido por las tesis funcionales, explicando que éstas tratan de otorgar un contenido conceptual a la función o potestad administrativa, cuestión que les permitiría definir si un sujeto es administración pública o no, y, a continuación, si le resulta aplicable el Derecho Administrativo. Ahora bien, en estas teorías existen no pocas variantes puesto que cada una se ensambla alrededor de distintos tipos de criterios (material, teleológico, negativo, jurídico-formal, etc.). En este punto, la obra toma partido por una de ellas, al aparecer una clara preferencia por la postura jurídico-formal expuesta por BOQUERA OLIVER, asumiendo que es la posición que ha tenido mayor suerte para intentar especificar el concepto de función administrativa, pues “ante la presencia de una administración pública siempre que observemos la existencia de un acto dictado con potestad administrativa, es decir, en el ejercicio de poder público, unilateralmente dotado de una presunción *iuris tantum* de legalidad, independientemente de su contenido material, aún si quien lo dicta fuese un sujeto jurídico-privado que, este caso, actuaría como sujeto de Derecho Público” (p. 58).

Las corrientes subjetivas son revisadas como último acápite de este capítulo. El autor cataloga a éstas como incompletas ya que no se podrían categorizar a las administraciones públicas a partir de una función o actividad típica o recurrente. Estas dificultades aparecen recogidas en las dos grandes variantes de esta tesis, por un lado las denominadas posturas orgánicas (que ponen énfasis en la “organización administrativa”, sometida al régimen jurídico-administrativo, como poder público distinto a los Poderes legislativo y judicial) y, por otro, en las no menos conocidas soluciones personalistas (todas ellas cercanas a los fundamentos originalmente formulados por GARCÍA DE ENTE-

RRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, reputados autores que hacen recaer la noción de nuestro objeto de estudio en el dato primario de la personalidad jurídico-pública).

Frente a todo lo explicado, y atendiendo a que algunos de los anteriores fundamentos no son completos o simplemente existen razones suficientes para no asumirlos, la obra concluye parcialmente entendiendo que actualmente “no es fácil encontrar una concepción estrictamente subjetiva o funcional de la administración pública. La mayoría de los autores ven en esto una imposibilidad, por lo que a la hora de definirla conjugan en su concepción elementos subjetivos con elementos funcionales. Siempre, por tanto y en primer lugar, la administración pública será un poder público que actuará con unas características materiales, teleológicas y formales determinadas”. (pp. 63 y 64). Esta cita no es otra cosa que los primeros rasgos de la postura mixta acerca de las organizaciones administrativas que será expuesta y defendida en las próximas páginas del libro.

IV

La posición vallisoletana sobre el concepto de administración pública, proveniente de los importantes trabajos del profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, es el punto de partida del tercer capítulo de la obra comentada, el cual va dirigido a condensar y adaptar una noción de este poder público para nuestro Derecho. El autor, presenta una tesis que compartimos completamente, asumiendo elementos funcionalistas y subjetivos destinados a definir a este sujeto como “una organización del poder público que actúa con potestad administrativa. Sin duda, por ser poder público se le podrán aplicar otros elementos como el de su fin público, su servicio objetivo a los intereses generales, la necesidad de su eficacia, etc., que son, en efecto, aspectos predicables, de una u otra forma, de todos los Poderes Públicos” (pp. 67-68). Pues bien, esta “organización” puede quedar encuadrada en varias estructuras distintas al Poder ejecutivo y bajo diferentes consideraciones referidas a autonomía, adscripciones o vinculaciones. Evidentemente, de este conglomerado heterogéneo quedarían fuera todos los entes de naturaleza jurídico-privada, no importando si son de titularidad pública o privada, (aunque podrían ser objeto de delegación sometiendo íntegramente estas actuaciones al régimen jurídico-administrativo).

El segundo paso que plantea ABRUÑA para consolidar su definición es agregar el componente jurídico-formal como mecanismo de diferenciación de la práctica de potestades de la administración pública frente a las de otros poderes constituidos en el marco del Estado Constitucional de Derecho. Al respecto, se indica que las organizaciones administrativas “además de ostentar la capacidad de ejercer poder público, tienen unas características jurídico formales que lo diferencian de otros tipos de poder: el poder administrativo se impone con una presunción iuris tantum de legalidad (...)” (p. 69). Esta construcción dogmática puede ser aplicada sin problemas a una multiplicidad de sujetos capaces de producir actos “no homogéneos” desde el ejercicio de sus respecti-

vas funciones administrativas, entendiendo que cada uno de éstos no “legisla, aunque dicta normas, ni juzga, aunque expide resoluciones que solucionan conflictos” (p. 69).

Luego de haber explicado las líneas matrices, los argumentos de la definición intentan ser profundizados sin perder de vista las dos ópticas antes nombradas (organización y modalidad de potestad con una específica forma de producción de efectos jurídicos). Por un lado, no se deja de reconocer que la administración pública debe tener –primariamente- un fundamento subjetivo en que se asienten las funciones habilitadas por el ordenamiento, eliminando cualquier forma de definición a partir del contenido material de éstas o las finalidades públicas salvaguardadas. En esta parte, el autor plantea, en su afán por explicar el valor de la “organización”, los varios supuestos errados que aparecen actualmente recogidos en el “funcionalismo a medias” del artículo I del Título Preliminar de la ley de procedimiento administrativo general, lo cual produce la incertidumbre de si el “ordenamiento legal contiene o no un concepto caracterizador de la administración pública”. (p. 73). En el mismo sentido, y presentado al frente el segundo criterio definitorio, si la potestad administrativa es la capacidad para “crear, modificar o extinguir unilateralmente derechos y obligaciones y posibilidad de imponerlos, incluso, cuando fuera necesario coactivamente”⁴ ¿Por qué nuestro legislador considera que los privados autorizados para realizar alguna actividad o los concesionarios podrían ser administración pública? En otras palabras ¿Éstos, de suyo y por naturaleza, son capaces de detentar funciones administrativas?

Frente a estas preguntas, los próximos folios del libro presentan varios argumentos que buscan aislar el concepto construido sobre administración pública y, en segundo lugar, criticar la imposibilidad que algunos sujetos (privados) no se ajusten en la noción explicada (en muchos casos ni siquiera se les podría estimar como poderes públicos). Los supuestos más polémicos que se intentan desenredar son las personas jurídicas de naturaleza privada y su relación con la delegación, autorización y concesión previstas en el numeral 1.8 del artículo I del Título Preliminar de la ley de procedimiento administrativo general, la necesidad de un correcto entendimiento de las empresas públicas de forma jurídico-privada, el caso de las administraciones corporativas sectoriales que actúan sometidas al Derecho público y privado (básicamente, los colegios profesionales) y la utilización instrumental de técnicas y formas de Derecho privado por parte de las organizaciones administrativas (en pos de salvaguardar –como no- el interés público)⁵.

Otra parte importante de este capítulo es la revisión de lo “innecesario” que resulta el dato de la personalidad jurídico-pública para calificar a un sujeto como administración pública, entendiéndose que esta “organización con poder público puede estar personificada pero también puede estar integrada con autonomía en una persona jurídica superior” (p. 99). A este argumento se le suma una serie de críticas a vigentes dispositivos legales, tales como el Decreto Legislativo 1013 que crea el Ministerio del

⁴ Cfr. BOQUERA OLIVER, José. *Derecho Administrativo*, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 73 y ss.

⁵ Bastantes de estas consideraciones del profesor ABRUÑA habían sido adelantadas en un trabajo anterior denominado “¿Pueden ser Administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado?” en *Derecho Administrativo Contemporáneo*, Palestra, Lima, 2007, p. 131 y ss.

Ambiente sobre la base de una “persona jurídico-pública y no como un centro de imputación dependiente -en última instancia- de la personería jurídica interna del Estado. Por otro lado, sobre el mismo punto también se critica la incorrecta denominación de “entidades” (recogida en el artículo I del Título Preliminar de la ley de procedimiento administrativo general), tan frecuentemente utilizada por muchos de nuestros operadores para denominar –al barrido- a todas las organizaciones administrativas existentes, a pesar de que muchas de ellas no gozan de personería propia (no son entes), con lo cual cabe hacer una reinterpretación de este término incorrectamente formulado por el legislador.

Ahora bien, la obra intenta agregar un componente conceptual a todo lo explicado, pues no sólo basta con que un sujeto sea una organización, hace falta que practique potestades públicas con determinada condición jurídico-formal, a fin de poder especificar su obrar frente a otras organizaciones que comparten similar condición de poder público. En otras palabras, es indispensable presentar el difícil camino de separar las actuaciones administrativas de las gestionadas por los Poderes legislativo y judicial, tomando en cuenta para esto los supuestos fronterizos como las potestades netamente administrativas pero de contenido normativo (las reglamentarias), o las que materialmente resuelven conflictos o incertidumbres *inter privados* (las parajudiciales), o las propias actividades administrativas realizadas por órganos incardinados en los poderes públicos no administrativos. El autor responde a todos estos supuestos afirmando que estas potestades gozan de “una presunción iuris tantum de legalidad”, pero que además en el caso de los Poderes legislativo y judicial cabe entender –en cada estructura separada- la aparición de los denominados “órganos de apoyo” encargados de estas competencias y sometidos completamente al Derecho Administrativo.

Las cuestiones referidas en el anterior párrafo deslizan una clara crítica al concepto omnicomprensivo (y hasta antijurídico) asumido por la ley de procedimiento administrativo general, por el cual diversas organizaciones públicas serían “entidades de la Administración Pública”, cuestión que no sería “nimia, pues si no se distingue correctamente deberíamos preguntarnos nuevamente en qué consiste la función administrativa” (p. 108). El autor concluye este capítulo reafirmando las vertientes subjetiva y jurídico-formal de su tesis (mixta), indicando que no “debe, pues, haber confusión entre (...) poderes. Si examinamos la organización y la característica jurídico-formal de su actuación podemos diferenciar nítidamente la presencia de uno u otro” (p. 114).

V

El penúltimo capítulo de la obra reseñada asume y explica el *leitmotiv* del Derecho Administrativo, esto es las limitaciones jurídicas que deben garantizarse e imponerse a las organizaciones administrativas, nacidas desde diversas cláusulas de la Constitución en pos de poder “preservar una esfera autónoma de acción y realización de los ciudadanos (...) El Estado no es un hecho político originario sino una creación o prolongación de la Nación, producto de un pacto entre los individuos, para protegerse

y defenderse”⁶. En ese sentido, el autor hunde las raíces de su trabajo en el fin máximo de la defensa del ser humano a través de la institucionalidad generada en un Estado social, democrático de Derecho. Dicha consideración, si se traslada a la administración pública, produce su participación en una serie de restricciones y privilegios (como poder público) pues si “el Estado es social y democrático de Derecho la administración pública debe caracterizarse por los mismos postulados” (p. 116). Todo esto, a pesar de que el Constituyente de 1993 no planteó ninguna referencia o regla positiva expresa sobre estas organizaciones públicas.

La ruta de explicación que sigue la obra para desenmarañar la composición del Estado social, democrático de Derecho es una ya usada anteriormente por SANTA MARÍA PASTOR⁷, y ésta parte por proponer (al menos por primera vez en nuestro Derecho Administrativo) un sistema sucesivo de cláusulas que sea capaz de revelar –individualmente- el contenido del Estado de Derecho, el Estado social y el Estado democrático. Cada una de estas fórmulas conceptuales, viene conformada por un entramado de principios y figuras que pueden ser reconducidos a la administración pública, pero siempre desde las dosis indispensables del equilibrio entre los privilegios-potestades y las necesarias garantías-controles.

Las siguientes páginas presentan las diferentes cuestiones sobre cada una de estas cláusulas, así por ejemplo la fundamental y básica (El Estado de Derecho) asume que la organización administrativa “se expresa (...) mediante su peculiar sujeción al principio de legalidad y al control jurisdiccional, ostentando, a la vez, sin embargo, los así llamados privilegios o prerrogativas de la Administración” (p. 117). Sin perjuicio de esto, se hace referencia a otros institutos que diagraman el contenido de esta noción tales como la propia legalidad y el principio de reserva de ley, el privilegio de la autotutela (con una fuerte crítica a los excesos y la destrucción de la autotutela ejecutoria promovida por la Ley 26979 y alguna errática resolución del Tribunal Constitucional) y el control judicial recaído sobre las actividades administrativas (visto desde la doble perspectiva del sometimiento de estas actuaciones a la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo en el caso de las normativas objeto del proceso “constitucionalizado” popular, y, la posibilidad de que un individuo pueda ejercitar regularmente su derecho a la acción contra ellas). A su turno, el Estado democrático es presentado como una manifestación de “cauces de expresión en el Estado en sentido estricto y otros en las demás entidades públicas en que se expresan esas otras colectividades subordinadas, que se reconocen dentro de la comunidad política soberana. Consecuentemente se refleja también en la administración pública, realidad plural y diversificada (...)”. En esta cláusula, la voluntad popular se manifiesta sobre la organización administrativa mediante tres institutos puntuales: la sujeción de este poder público a la dirección política, el control político y jurídico y el principio de participación ciudadana (tan polémico y aludido en nuestra realidad, como a la vez, poco estudiado por la doctrina en cuanto a sus alcances,

⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, p. 316.

⁷ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, José Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ramón Areces, Madrid, 1988, p.190 y ss.

formas de materialización y límites de cara a la democracia representativa). Finalmente, aparece expuesto el Estado social, como una de las grandes construcciones jurídicas del Derecho Administrativo durante el siglo XX, establecido como “un mandato expreso de configuración de la sociedad en pro de la vigencia efectiva de los derechos humanos y del bienestar general” (p. 145), el cual se apoya sobre las condiciones materiales creadas conjuntamente por el Estado y los particulares necesarias para alcanzar los anteriores propósitos, y, en segundo orden, mediante la identificación estatal con aquellos fines de contenido social (debiendo sus organizaciones evaluar su participación y abstención en estos emprendimientos de manera prudente). En este acápite también aparecen interesantes argumentos sobre el principio de subsidiariedad (como el gran eje de articulación entre el Estado y los privados en asuntos sociales y económicos) y la exigibilidad de las obligaciones estatales (prestaciones) surgidas a la luz de esta cláusula.

VI

La última parte de este libro busca entregar una clasificación sobre las distintas clases de administraciones públicas existentes en nuestro ordenamiento. La propuesta del autor es distinguir estas organizaciones del poder público mediante diversos criterios, sea por “la generalidad o especialidad de las funciones que tienen atribuidas y así distinguir entre administraciones generales y especiales. Las especialidades las clasificaremos por la naturaleza de su estructura y hablaremos de administraciones institucionales y corporativas y, finalmente en las institucionales distinguiremos entre aquellas que están personificadas y las no personificadas” (p. 157).

La primera categoría propuesta en este sistema clasificatorio son las denominadas administraciones generales, entendidas como “las que tienen asignadas sobre el territorio en el que asientan todas las funciones necesarias para cumplir o atender el bien común o el interés general de la correspondiente colectividad territorial”. El profesor ABRUÑA reconoce que el ejercicio de sus correspondientes potestades va dirigido sobre todos los particulares ubicados permanentemente o de paso en la circunscripción territorial a cargo de estas organizaciones administrativas, sin necesitar para esto ninguna condición “especial” (título o presupuesto previo). También, se reconoce que estas administraciones en nuestro ordenamiento, sea la gubernativa del Estado, regional o municipal, no tienen asignada personería jurídico-pública propia, recabando ésta de las entidades superiores de las cuales dependen (Estado, Región o Municipio).

Las siguientes páginas de la obra plantean un conjunto de argumentos de doctrina sobre las organizaciones administrativas que conformarían nuestros “niveles de gobierno”, comenzando por la agrupación de instituciones incrustadas en el Poder Ejecutivo llamadas genéricamente como la administración gubernativa estatal. Entre ellas encontramos a la Presidencia de la República, el Consejo de Ministros, la Presidencia del Consejo de Ministros, los Ministerios y otras Entidades públicas dependientes o adscritas a las anteriores. Al costado de éstas, se encuentran otras organizaciones de similar

naturaleza pero estimadas como periféricas, al repartirse a lo largo de todo el territorio nacional (Gobernadores, Tenientes Gobernadores y las Delegaciones Ministeriales).

A su turno, las administraciones regionales son explicadas desde los dos órganos fundamentales que definen su estructura organizativa: el Consejo Regional y el Presidente Regional. En ambos casos, éstos tienen las potestades más intensas e influyentes para salvaguardar los intereses públicos instaurados por el legislador. Se indica claramente que el “Consejo Regional es el órgano representativo de la *universitas personarum*. La personalidad jurídica la tiene atribuida la Región, que posee (...) este órgano a la vez legislativo y administrativo que es el Consejo Regional, y un aparato meramente administrativo (o político-administrativo), la Administración Regional, dirigido por un Presidente” (p. 162). En el mismo esquema de reparto competencial, las administraciones locales (municipalidades), tanto provinciales como distritales, tienen “dos órganos fundamentales (...) el Concejo Municipal y la Alcaldía (...) reservándose al primero la formalmente legislativa y distribuyéndose entre los dos las ejecutivas” (pp. 163-164).

Por otro lado, la mayoría de las administraciones públicas son incluidas por ABRUÑA dentro de la categoría de especiales, en tanto, todas “sólo tienen atribuidas funciones específicas sobre un determinado sector de actuación. Pueden tener supremacía general sobre todos los ciudadanos o supremacía especial sobre aquéllos a los que alcanza su actuación por encontrarse en determinadas condiciones de sujeción” (p. 165). Desde esta definición, lo siguiente son estudios separados por cada sub-tipo de administraciones especiales, así por un lado se ubican las institucionales y, en segundo lugar, las polémicas administraciones corporativas sectoriales. Sobre las primeras, la obra recurre al dato de la personería jurídica para dividir aquellas sin personalidad propia (incluyendo en este rubro a las de apoyo a otros poderes públicos distintos al Poder ejecutivo tales como el Servicio Parlamentario, la Administración Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura, las del Ministerio Público y Tribunal Constitucional, y, la única auxiliar existente sin el anterior presupuesto: la Defensoría del Pueblo). A continuación, se plantea a todas aquellas institucionales que pueden ser consideradas como “entes” al coincidir “con las personas jurídicas públicas, cuya realidad institucional agotan” (p. 177), dividiéndolas –convenientemente- en cuatro fórmulas de clasificación: auxiliares, instrumentales, representativas e independientes. Veamos brevemente en el siguiente párrafo algunas notas sobre éstas.

Las auxiliares sólo cuentan como ejemplo con la Contraloría General de la República, siendo catalogada como “una persona jurídico-pública de apoyo a la función de control que tiene asignada constitucionalmente el Parlamento, con un grado de autonomía que lleva a pensar que la finalidad de otorgársela ha sido neutralizar políticamente su función”. (p. 179). Las instrumentales, a su vez, provenientes de la técnica de la descentralización funcional, son organizaciones administrativas capaces de gestionar actividades administrativas diversas, aunque aparezcan con nombres y conceptos mal formulados en diversas normas que regulan los tres “niveles de gobierno”. En tercer lugar, las administraciones representativas son –esencialmente- las Universidades públicas (constituidas sobre la base de un *universitas rerum* y alrededor de unos intereses

colectivos a los que se reconoce, a través de la conformación de sus órganos rectores, una cierta sustantividad, con lo que se aproximan al concepto de corporaciones). La cuarta forma de ente institucional son las administraciones independientes, verdaderas fórmulas organizativas fundadas para asegurar una cabal neutralidad política en sus respectivas prácticas de potestades frente a intereses públicos de relevancia capital para la sociedad, sin que puedan recaer sobre éstas los típicos poderes de dirección del Gobierno u otros órganos de la más alta jerarquía del Poder ejecutivo. En este grupo encontramos al Jurado Nacional de Elecciones, el Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs.

El libro comentado concluye entregando un acápite sobre las administraciones corporativas sectoriales, verdadero fenómeno de ejercicio de funciones públicas por sujetos de naturaleza eminentemente privada. En el caso nuestro, únicamente representado por los colegios profesionales. Estas organizaciones son definidas desde un “conjunto de personas que (...) se unen en virtud de una actividad sectorial común, ya sea profesional, económica o social”. (p. 191). En este punto, la obra da cuenta de la polémica surgida en la doctrina comparada (fundamentalmente española) sobre el anterior concepto, entre la tesis de las administraciones de segundo orden propuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ *versus* aquella postura de LÓPEZ-MUÑIZ, FANLO y otros tantos autores, que miran a estas corporaciones como sujetos “de base privada que tienen una doble finalidad, la asignada por la autoridad pública y la propia de su asociación (...)

Ciertamente, no forman parte de la administración del Estado, pero esto no quiere decir que no sean Administración Pública” (pp. 192-193). El profesor ABRUÑA se decanta por la segunda posición, entendiéndolo que éstas son “auténticas administraciones públicas aunque con importantes peculiaridades”. (p. 193).

Orlando Vignolo Cueva
Profesor de Derecho Administrativo y Metodología de la Investigación
Pontificia Universidad Católica del Perú.