

Gobierno y administración en la Constitución

Alberto Bustamante

En estas mismas páginas se ha publicado recientemente un artículo de Marcial Rubio¹ en torno a la actuación administrativa del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico. Sin pretender abundar en el diagnóstico normativo en él contenido —que es, hasta el momento, el trabajo más completo realizado sobre dicha temática— resulta pertinente proponer algunos lineamientos teóricos y doctrinarios de base que, sin lugar a dudas, podrían estar presentes en cualquier discusión jurídica que se suscite a propósito de dicho tema y, particularmente, a nivel constitucional.

El diagnóstico de Rubio tiene su punto de partida en la constatación de la intensa irracionalidad que caracteriza tanto a la normatividad dispersa² y escasa que para el tema resulta pertinente, como a la todavía más irracional y frondosa práctica administrativa peruana de los últimos años, que, sujetándose o no a las normas formalmente vigentes, ha complicado definitivamente el pa-

norama jurídicamente apreciado. El crecimiento vertiginoso del aparato administrativo del Estado, que conlleva como consecuencia casi natural el incremento de su actuación administrativa, no se ha verificado en el contexto de una tarea de sistematización de elementos teóricos-conceptuales que hoy en día es no sólo conveniente, sino necesario, emprender.

El presente trabajo tiene por objeto proponer algunos de los lineamientos teóricos que pueden resultar útiles para el planteamiento de cualquier propuesta normativa, sea a nivel constitucional o a nivel legislativo. No se pretende, y esto debe quedar oportunamente aclarado, un agotamiento de la riqueza teórica del problema de la actuación administrativa del Poder Ejecutivo. La necesaria "instrumentalidad" que con la discusión constitucional *ad portas* asume el problema, así como evidentes limitaciones de espacio, impiden dicho intento. Ello, sin embargo, no significa que algunos de los aspectos básicos

para un encuadramiento teórico puedan o deban quedar soslayados, sobre todo si se asume que independientemente y "más acá" de discusiones acerca de la naturaleza del Estado y de las funciones sociales de la burocracia, existe la posibilidad y se da la necesidad de postular un instrumental jurídico no por teórico menos útil para los efectos de formular propuestas válidas, viables y alternativas a las formalmente vigentes.

La actuación administrativa del Poder Ejecutivo: "actos de la administración" y "actos administrativos"

En la doctrina contemporánea del Derecho Administrativo, está asumiendo cada vez mayor fuerza la aparentemente sofisticada distinción entre *actos de la administración* y *actos administrativos*, en tanto constituyen dos formas distintas de actuación administrativa. Si bien en un principio la distinción entre una y otra forma era expresada en términos de "género" y "especie" (significándose así que los *actos de la administración* constituían una de las modalidades de los *actos administrativos* considerados en forma amplia), hoy en día las tendencias mayoritarias de la doctrina parecen inclinarse a plantear la distinción en términos excluyentes. De esta manera, mientras que los *actos administrativos* se definirían como declaraciones de voluntad unilaterales de la Administración Pública que generan efectos jurídicos subjetivos (es decir, de carácter "particular"), los *actos de la administración* estarían constituidos por todo el resto de declaraciones de voluntad de la Administración Pública, tanto las que asumen carácter bilateral o plurilateral (como los contratos administrativos), cuanto las que generan efectos jurídicos de carácter general (como, por ejemplo, los reglamentos)³. La distinción indicada no sólo es, como pudiera parecer, un nuevo ejercicio —por demás simple— de lógica jurídica. Al establecerse en la definición de *actos administrativos* que ellos constituyen declaraciones unilaterales de la Administración Pública que ge-

neran efectos jurídicos subjetivos, nos encontramos frente a una conceptualización bastante similar a la que el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, promulgado mediante Decreto Supremo N° 006-67-SC (en lo sucesivo, **RNGPA**) contiene en su artículo 116, es decir:

"El presente Reglamento atañe a los actos administrativos o sea a las decisiones de las autoridades u órganos de la Administración Pública que, en ejercicio de sus propias funciones, resuelven sobre intereses, obligaciones o derechos de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas. Por consiguiente, el Reglamento no comprende los actos de la administración destinados a organizar y a hacer funcionar los servicios públicos o las actividades de dicha Administración".

Si bien es cierto que el **RNGPA** maneja un instrumento conceptual un tanto diferente al empleado en la distinción que comentamos, también resulta claro que existe un cierto parentesco entre ambas concepciones: las "decisiones" de la Administración Pública que "resuelven" sobre intereses, obligaciones o derechos (**RNGPA**) constituyen, indudablemente, declaraciones de voluntad que generan efectos jurídicos "subjetivos" (de acuerdo con las mencionadas orientaciones doctrinarias).

Sin embargo, al margen de las semejanzas advertidas, parece ser que ni la distinción entre *actos de la administración* y *actos administrativos* ni la que diferencia entre *decisiones* que *resuelven* y *actos* que *organizan* o *ponen en funcionamiento*, salvan de manera integral algunas observaciones gruesamente planteadas. Por ejemplo, para aludir a la primera clasificación referida a la actuación administrativa, ¿por qué razón se engloba dentro de una misma clase de actos, a los contratos administrativos y a los reglamentos? ¿No se trata acaso de dos formas absolutamente distintas de actuación administrativa? O, ¿no es acaso que el criterio de unilateralidad del pronunciamiento puede asumir más importancia que el de la naturaleza

de los efectos del acto, si se trata, por ejemplo, de justificar una distinción entre los reglamentos y los contratos administrativos, que se encontrarían englobados dentro de una misma categoría? O, concordantemente, para referirnos a la segunda clasificación, ¿en cuál de las categorías de actos podemos ubicar a aquellos mediante los cuales se designa a determinados funcionarios o se resuelve sobre determinada concesión importante para el funcionamiento de algún "servicio público"? ¿Acaso en ambos casos no se *resuelve* sobre "derechos" y se *organizan* o *ponen en funcionamiento* los "servicios públicos"? ¿A cuál de las categorías pertenecen, entonces, los dos ejemplos mencionados?

Los criterios clasificatorios expuestos enfrentan, como consecuencia de los vacíos señalados precedentemente, serios obstáculos que afectan de manera directa su contundencia lógica y consistencia conceptual, para no referirnos a los sesgos normativos y operativos que individualmente pueden derivarse de dichos criterios. En consecuencia, resulta necesario adoptar una perspectiva teórica distinta para los efectos de emprender el trazado de algún esquema clasificatorio medianamente útil, operativo y coherente. Tal perspectiva teórica deberá, necesariamente, alejarse de una óptica formalista, que es la que indudablemente tiñe tanto al criterio clasificatorio que distingue entre *actos de la administración* y *actos administrativos*, como aquel otro (el del **RNGPA**) que plantea una escisión artificial entre "*actuación hacia afuera*" y "*actuación hacia adentro*", que constituyen aspectos ambos, en todo caso, indudablemente imbricados.

Al formular las precedentes distinciones conceptuales no pretendemos involucrarnos en una polémica estéril en torno a la mejor definición de los *actos administrativos*. La importancia que, en términos de los dispositivos jurídicos vigentes en el Perú, tienen dichas distinciones, queda demostrada no sólo porque el **RNGPA** traduce normativamente dicha importancia (en sus artículos 116 y 117), sino porque la propia Ley Orgánica del

Poder Judicial distingue entre los actos de la administración susceptibles de ser impugnados por la *acción popular* (Arts. 133 de la Constitución y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y aquellos otros que son susceptibles de impugnación sin necesidad de que satisfagan los requisitos constitucionales establecidos para la *acción popular* (Art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Hacia un nuevo criterio clasificatorio

Un criterio clasificatorio más útil debe partir del planteamiento de la siguiente pregunta: si se trata de analizar la actuación del Poder Ejecutivo, ¿por qué no empezar por analizar cuáles son las funciones que cumple dicho poder del Estado? ¿Por qué no empezar por constatar que, si las actividades del Poder Ejecutivo tienen una explicación histórica que las define como necesariamente "residuales"⁴, se trata —en todo caso— de efectuar un trazado histórico que permita, a la luz de la teoría acerca de las funciones del Estado, enfrentar una óptica menos formalista y más operativa? ¿Por qué no optar por un criterio clasificatorio que tenga en consideración también las particularidades del aparato administrativo peruano en los últimos años y las características de su evolución?

Las respuestas a las preguntas formuladas precedentemente conducen a que intentemos una clasificación general y todavía gruesa de los actos de la Administración Pública⁵, que se derive de la detección de las distintas funciones que efectivamente cumplen las diversas instancias del Poder Ejecutivo en su actuación administrativa. De acuerdo con ello, podríamos señalar que la Administración Pública del Poder Ejecutivo cumple las siguientes funciones:

1/ La Administración Pública del Poder Ejecutivo se *organiza* a sí misma y para ello se sirve de *actos de la administración*. Organizarse a sí misma implica para la Administración Pública la potestad de dictar normas generales de organización y funcionamiento de las dependencias públicas y, en concordancia con ellas, dictar las normas específicas

que atañen a las atribuciones de los funcionarios o a la designación y nombramiento de los mismos. Provisionalmente, calificaremos a esta función como "organizativa", y podemos señalar que sus características son las definidas por el 2º párrafo del artículo 116 del RINGPA ya citado. Los destinatarios de, o afectados por, las normas, sean generales o específicas, dictadas en ejercicio de esta función organizativa, pueden ser tanto las dependencias públicas en sí, como los funcionarios que las integran, y teóricamente no existiría ninguna razón por la cual tales normas no fueran susceptibles de ser cuestionadas de acuerdo con sus particularidades, mediante los recursos impugnativos correspondientes.

2/ Adicionalmente, la Administración Pública ejerce una función resolutoria en relación a los derechos, obligaciones e intereses de los administrados, y opera tanto a iniciativa de estos últimos, como a partir del pronunciamiento de la propia administración. Se trata, a grandes rasgos, de la función administrativa que concluye en la expedición de *actos administrativos*⁶, y su definición resulta básicamente coincidente con la contenida en el primer párrafo del artículo 11 del RINGPA. Cuantitativamente hablando, se trata de la función más frondosa y nutrida de la Administración Pública, y las "resoluciones" en que se concreta deben estar sujetas al *principio de la legalidad*, en virtud del cual, independientemente de la problemática de la jerarquía que asuman los funcionarios que las dictan, tales resoluciones deben sujetarse a la normatividad general contenida en las leyes o en los reglamentos. Se trata, en definitiva, de la actuación administrativa orientada a regular de manera concreta las relaciones entre la administración y los administrados.

3/ La función resolutoria a que nos hemos referido en el acápite anterior no podrá verificarse viablemente sin la existencia de una normatividad general a partir de la cual se resolviera cada caso concreto. Esta normatividad general, en tanto es expedida por la propia Administración Pública, forma parte

integrante de la función administrativa, y pareciera más correcto considerarla como el ejercicio de una potestad administrativa, antes que como la verificación de la función legislativa por parte de la Administración Pública (pese a que la similitud material entre los reglamentos y las leyes es ostensible). Debemos evidenciar, sin embargo, que el ejercicio de esta función *reglamentaria*, tal como estamos entendiéndola, no debe confundirse con la capacidad que tiene la Administración Pública de organizarse a sí misma mediante normas de carácter general, ya que —como lo señalábamos a propósito de referimos a la función organizativa— esta última puede expresarse a través de normas generales y dictados específicos. En consecuencia, la potestad o función reglamentaria, en sentido estricto, se refiere única y exclusivamente a la normatividad general que la Administración Pública expide para regular la conducta administrativa de los administrados y para sentar también las reglas de juego vigentes en las relaciones entre ellos y la propia administración.

4/ En no pocas oportunidades —y ello es particularmente perceptible en el aparato administrativo peruano—, el Poder Ejecutivo asume también calidades arbitrales que pueden ser claramente calificadas como *jurisdiccionales*. Se trata en este caso de una función similar a la resolutoria, en el sentido de que —a través de ella— la Administración Pública aplica la normatividad general a situaciones específicas, pero difiere de ella en el hecho de que, al ejercerse la función jurisdiccional, la Administración Pública se ubica teóricamente en una situación de independencia y arbitraje con respecto a las partes interesadas. Las denuncias que, de acuerdo con el Decreto Supremo N° 006-72-TR, pueden interponer los trabajadores ante la Autoridad Administrativa de Trabajo por el incumplimiento de normas laborales o pactos colectivos, o por despedida injustificada, constituyen un claro ejemplo de cómo, independientemente de la distorsión que este aspecto pueda presentar en la realidad, el Poder Ejecutivo asu-

me funciones jurisdiccionales en relación con conflictos cuyos protagonistas son entidades exteriores al aparato estatal⁷.

5/ Siendo la función administrativa aquella que el Estado realiza "para la inmediata obtención de sus cometidos"⁸, no debe excluirse de ella el conjunto de actividades conducentes a implementar, en coordinación o bajo convenio con entidades no estatales, aquellas tareas que no le es posible desarrollar por sí solo. La contratación administrativa en sus dimensiones reglamentaria, resolutoria y de contraloría, constituye, en consecuencia, una función específica de *coordinación y contratación* que se desenvuelve en una esfera distinta a la referente a las otras actividades analizadas. Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza pública o privada de las relaciones jurídicas generadas a partir de dichas actividades, pero, en todo caso, ellas se encuentran reguladas por dispositivos específicos y constituyen un aspecto diferenciado que se traduce en actos de la administración de textura y naturaleza evidentemente particulares.

6/ En la regulación de las actividades de los administrados, las dependencias públicas del Poder Ejecutivo pueden, y de hecho suelen, prever la posibilidad de que determinados incumplimientos o inobservancias constituyan motivo de sanción. Se trata de la actividad *sancionadora* de la administración que se expresa en actos de la administración para cuya expedición no ha mediado la jurisdicción (en el sentido en que la hemos definido en el acápite 4), y que se expresa, estrictamente hablando, en situaciones de aplicación inmediata de normatividad general a través de un conjunto de operaciones que las entidades públicas realizan en calidad de parte directamente interesada. La actividad sancionadora de la administración, como ha señalado Diez, puede asumir caracteres *disciplinarios* cuando está referida a los propios integrantes de la administración, y *correctivos* cuando los derechos subjetivos afectados son los de administrados ajenos a tales dependencias públicas⁹.

7/ Finalmente, y ello se deriva de manera directa de la definición general de la función administrativa¹⁰, las dependencias del Poder Ejecutivo desarrollan actividades materiales, hechos operativos, tendientes a la puesta en marcha de lo que reglamentan, sancionan, juzgan, resuelven u organizan. Se trata del conjunto de potestades denominadas por Diez como *de ejecución o de gestión*¹¹ y que para asumir la condición de actos de la administración y despojarse de la mera calidad de hechos administrativos deben estar premunidos, autorizados o presididos por una declaración expresa o tácita de la autoridad administrativa en el ejercicio de sus propias funciones.

Actuación administrativa diversificada y nomenclatura deficiente

Del diagnóstico inevitablemente general que hemos efectuado en torno a las diversas modalidades que asume la actuación administrativa del Poder Ejecutivo, se puede deducir inequívocamente que la distinción clásica y exclusivista entre actos que generan efectos jurídicos generales y aquellos que generan efectos jurídicos subjetivos, resulta insuficiente para dar cuenta de la complejidad y frondosidad de dicha actuación. Ello explica también de manera parcial cómo, a un simple nivel de nomenclatura, la diferencia históricamente generada y constitucional o legislativamente consagrada entre *decretos* y *resoluciones* expresa una sobresimplificación en el tratamiento de actividades administrativas diversas y heterogéneas. Si a ello añadimos la inexistencia de un diseño formal, a nivel normativo, que sienta las bases de competencia que tienen las diversas instancias administrativas para la expedición de sus actos, por un lado, y la diversidad de procedimientos que han creado los distintos sectores de la Administración Pública para viabilizar los canales de impugnación de dichos actos, por el otro, podemos redondear una explicación tentativa del desorden existente pero, adicionalmente, podemos sentar

las bases aproximativas de un intento de reordenamiento.

La diversidad de actos de la administración existente, que expresa el crecimiento inorgánico de una Administración Pública que ya históricamente se encontraba sesgada por su funcionamiento residual, no se ha traducido en el ordenamiento jurídico peruano en una normatividad uniforme y sistematizada. Los Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, Resoluciones Ministeriales, Resoluciones Directorales, etc.¹² (que, por otro lado, han sido erróneamente consideradas como *los* actos de la administración *per se*), constituyen canales formales aglutinadores de actos de la administración de distinta naturaleza y procedencia¹³. Ello explica la razón por la cual, si los legisladores estaban interesados en que las expropiaciones para Reforma Agraria fueran finalmente sancionadas al más alto nivel, no se encontrara ninguna otra fórmula viable que no fuera establecer que ellas debían ser acordadas mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros. Ello explica, también, cómo los Ministros de Estado que se proponen dictar normas generales en ejercicio de la facultad reglamentaria que es inherente a la Administración Pública, no les cabe otra solución que expedir *Resoluciones* Ministeriales que, como su nombre lo indica, deberían reservarse para los actos de la administración generadores de efectos jurídicos estrictamente *subjetivos*. Ello explica, para continuar ilustrando la carencia de sistematización existente, cómo determinadas Resoluciones Supremas de carácter particular resuelven en vía de impugnación sobre asuntos que se encuentran genéricamente normados a través de Resoluciones Ministeriales, pudiéndose violar —por el falso imperativo de la mayor jerarquía de los funcionarios que aprueban dichos actos— el principio de la legalidad del Derecho Administrativo, en virtud del cual, independientemente de la jerarquía de los órganos que los emiten, ningún acto de la administración de carácter particular puede contravenir un acto de la administración de carácter general. Ello

explica, finalmente, por qué el más logrado intento de sistematización de normas sustantivas y procesales de carácter administrativo (el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos), incurre en un vacío que no encuentra justificación posible: la Administración Pública, a partir de la iniciativa de los particulares administrados, no es capaz por sí sola de enmendar o rectificar actos reglamentarios por lo menos a través de los canales previstos en dichos dispositivos, sin que a los administrados les quepa otra salida que ampararse en el artículo 133 de la Constitución del Estado y acudir ante el Poder Judicial en ejercicio de la acción popular, y mediante el procedimiento ordinario¹⁴.

La Ley de Bases de la Administración Pública

De todo lo anterior se puede colegir válidamente que, antes de centrarse en un mero reordenamiento de las características de los canales formales actualmente en uso (Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, Ministeriales, Directorales, etc.), e incluso antes de crear algunos otros, como los Decretos Presidenciales a que se refiere Rubio, la Ley de Bases de la Administración Pública que él mismo sugiere¹⁵, debe definir los lincaamientos generales que sirvan para que las Leyes Orgánicas específicas establezcan con precisión cuáles órganos tienen competencia para el ejercicio de cada una de las facultades administrativas mencionadas en el acápite anterior. La propia Ley de Bases debe establecer, también, cuál es la instancia máxima de resolución en lo que atañe a las reclamaciones, quejas y recursos impugnativos interpuestos por los administrados, a fin de que éstos puedan determinar con precisión en qué momento ha quedado agotada la vía administrativa y, en consecuencia, es posible acudir al Poder Judicial¹⁶. La Ley de Bases de la Administración Pública debe también llenar el vacío actualmente existente en el **RNGPA**, en el sentido de crear un canal expeditivo para que los interesados, antes de

acudir al Poder Judicial mediante un juicio ordinario para cuestionar la legalidad de los actos de la administración de carácter general, puedan apersonarse previamente y amparados en términos perentorios, ante la propia administración y, como correlato de ello, esta última pueda contar con un camino para enmendarse con mayor celeridad y sin tener que asumir el costo social de los gastos judiciales e incluso eventuales indemnizaciones por daños y perjuicios. Finalmente, y ello se deduce como lógica consecuencia del criterio clasificatorio de los actos de la administración anteriormente propuesto, la Ley de Bases sugerida por Rubio debe establecer la nomenclatura de los canales formales a través de los cuales se normativizan los distintos actos de la administración dictados a partir de todas y cada una de las siete funciones administrativas expuestas, cuidando que todas ellas, y especialmente la función resolutoria, por su propia definición, no concluyan concentrándose en entidades o instancias a las que les cabe ejercer, más bien, una función de gobierno. En este último sentido, el Consejo Superior de Minería constituye un ejemplo que, al margen de lo cuestionable que pueda tener su praxis, puede ser ilustrativo para mostrar la distinción —que la nueva Constitución debería consagrar— entre actos de gobierno y actos de administración y entre órganos encargados de expedir unos y otros.

En otras palabras, cualquier intento de superación de los problemas que hoy ofrecen las distintas modalidades de actuación del Poder Ejecutivo, debe empezar desechando la muy gruesa distinción establecida sobre la base de la generalidad o particularidad de los actos de la administración y, a la vez, adoptando otro criterio clasificatorio que exprese más adecuadamente la verdadera dinámica de la actividad administrativa.

La tarea de sistematización

Resumiendo lo anteriormente señalado, la tarea de sistematización de la actua-

ción administrativa de las entidades del Poder Ejecutivo, debe acometerse a través de los siguientes canales:

a/ En las normas constitucionales, como lo ha señalado Rubio, se deben trazar los grandes lineamientos referidos a la competencia de los órganos y funcionarios de mayor jerarquía administrativa.

b/ En la propuesta Ley de Bases de la Administración Pública no sólo se debe sancionar la clasificación de las distintas modalidades de actuación administrativa y los lineamientos generales referidos a la competencia de los órganos encargados de ejercerlas, sino también la nomenclatura de los canales formales a través de los cuales se expidan los actos, y, finalmente, las reglas básicas referidas a los procedimientos impugnativos, tanto en lo que se relaciona a la propia Administración, como en lo que atañe a la posterior revisión contencioso-administrativa o jurisdiccional.

c/ En las Leyes Orgánicas específicas se deberá establecer, con mayor precisión, la competencia de los órganos sectoriales para la actuación administrativa, sobre la base de los lineamientos establecidos por la Ley de Bases, así como el organigrama de subordinación jerárquica que defina en términos más concretos la dinámica administrativa de la impugnación de los actos.

No es necesario abundar sobre lo complejo que significa desarrollar dicha tarea. En términos quizás coyunturalistas, pero no menos operativos, si se lograra aprobar una o varias normas constitucionales que, a partir de cada una de las problemáticas expuestas, establecieran con realismo qué es lo que resulta prioritario e inmediato (la promulgación de una Ley de Bases de jerarquía normativa superior) y qué debe reservarse a las Leyes Orgánicas sectoriales, se habría dado un paso significativo e importante.

Para decirlo de otra manera, la problemática general de la actuación administrativa no puede resolverse, sin riesgo de efectuar una mera modificación epidérmica, con la sola determinación de las materias que re-

sultán compatibles con cada canal formal a través del cual se expiden normativamente los actos de la administración (criterio que, por lo demás, ha sido evidentemente el utilizado al promulgarse las nuevas normas sobre Desconcentración Administrativa, es decir, los Decretos Leyes 21512 y 21798), sino que resulta necesario, como paso previo, tener una perspectiva panorámica en torno a las diversas modalidades que puedan asumir los diversos actos de la administración. La generalidad o particularidad de tales actos ya no constituye un criterio suficiente como para dar cuenta de una actuación administrativa cada vez más diversificada y amplia, razón por la cual cualquier intento de organización del ordenamiento jurídico administrativo debe preguntarse más bien sobre la naturaleza de los actos y sobre un diseño global de competencias perfectamente delimitadas para que los órganos administrativos los puedan expedir. Si ello significa cuestionar

la validez del hecho de que los Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, Resoluciones Ministeriales, Resoluciones Directorales, etc., puedan constituir canales adecuados para normar una actividad administrativa notoriamente compleja, no quedará otra solución que pensar en nuevas jerarquizaciones que efectivamente den cuenta de un crecimiento orgánico y consistente. Habida cuenta de que, como lo hemos señalado, la actuación administrativa del Poder Ejecutivo se traduce en actos cuyas modalidades difieren sustantivamente no en razón de los órganos que los emiten, sino de acuerdo con su carácter en relación con la función administrativa, son las distintas dimensiones de esa función —adecuadamente asignadas en un marco de competencia amplio pero a la vez preciso— las que servirán de base para cualquier tarea reordenadora que se intente emprender, sea a nivel constitucional o a nivel legislativo.

NOTAS

1/ Rubio, Marcial: "La actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico" en: *Apuntes*, número 8, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico; Lima, 1978, págs. 81 a 88.

2/ No existe en el Perú ningún cuerpo sistematizado de normas en el que se encuentren comprendidos o definidos los principales actos de la Administración Pública. Como lo ha hecho notar Rubio, las normas constitucionales son escasas, no sistematizadas, y podemos señalar que definen sólo "en hueco" algunos de los aspectos relativos a las funciones de los órganos más importantes del Poder Ejecutivo. Por lo demás, resultan de plena aplicación —por cuanto aún no han sido derogadas formalmente— las leyes de 1856, 1861 y 1863, en cuyo contenido se puede detectar los orígenes de los actualmente vigentes Decretos Supremos, Resoluciones Supremas y Resoluciones Ministeriales. Pero tampoco estas Leyes constituyen base normativa suficientemente coherente como para explicar de manera precisa las diferencias existentes entre dichos mandatos administrativos. Por lo demás, posteriormente a ellas sólo la ley Orgánica del Poder Judicial (que subsana algunos de los vacíos constitucionales en torno a la impugnabilidad judicial de los actos de la administración) y el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (1967), (cuya aplicación es posible sólo en la medida en que no se opongan a las leyes o reglamentos específicos, por el carácter supletorio de aquél), han contenido aironas normas de importancia pero que en definirá tampoco resuelven el problema general de la inexistencia de una normatividad sistemática en torno a la actuación administrativa del Poder Ejecutivo.

Al respecto, ver, por ejemplo: Sayagués, Enrique: "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, 1953, Tomo I, pág. 142.

Se ha sostenido reiteradamente que implantado que fue el sistema de división de los Poderes

Estado, la necesidad de desconcentrar las funciones ejecutiva, legislativa y jurisdiccional hasta troncos aglutinadas en "El Príncipe" condujo a que las funciones de administración a su cargo seran de muy diversa índole constituyendo un "residuo" inorgánico de muy difícil y complicada definición ya que —en la práctica— tal función no era otra cosa que el resultado de haber sustraído de un sistema de alta concentración dos funciones (la legislativa y la jurisdiccional) que son asumidas plásticamente por sendos poderes del nuevo Estado.

no nos estamos refiriendo a ese concepto en la acepción excluyente utilizada por Sayagués y otros autores. De ahora en adelante utilizaremos tales terminos para referirnos en general a las declaraciones de voluntad o pronunciamientos de la Administración Pública generadores de efectos jurídicos sean ellos generales o de carácter subjetivo.

6/ En este caso estamos haciendo alusión a la acepción restringida de **actos administrativos**, es decir, a las declaraciones unilaterales de voluntad de la Administración Pública destinadas a generar efectos jurídicos de carácter subjetivo.

7/ No deja de ser ampliamente discutible el ejercicio de funciones jurisdiccionales propiamente dichas y que asumen calidad de "cosa juzgada" por parte de las entidades del Poder Ejecutivo. Sólo la necesidad gubernamental de controlar adecuadamente los desbordes posibles del movimiento laboral explica el ejemplo mencionado que no únicamente constituye una distorsión del principio de la división de los poderes sino un cuestionable atentado a la independencia en el juzgamiento. Pero, más allá del juicio del valor que nos merece, resulta evidente que tales funciones jurisdiccionales ejercidas por el Poder Ejecutivo pueden considerarse como una de las dimensiones de actuación administrativa.

8/ Sayagués Enrique: **op. cit.**, p. 46.

9/ Diez, Manuel María: "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1963, Tomo I, página 242.

10/ Entendida como una actividad estatal que no se explicaría sin el imperativo de traducirse en actividades concretas y materiales.

11/ Diez, Manuel María: **op. ext.**, página 261.

12/ Durante los últimos años se ha incrementado notoriamente la variedad de regulaciones administrativas. Así, por ejemplo, se ha empezado a distinguir entre Resoluciones Supremas con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y sin él; se han creado las denominadas Resoluciones del Primer Ministro, entendidas como de mayor jerarquía formal que las Resoluciones Ministeriales (ver, por ejemplo, el Decreto-Ley 21292 sobre desconcentración de funciones en el nombramiento de personal); han aparecido las Resoluciones de los Jefes de Organismos con rango de Ministros y las Resoluciones Secretariales expedidas por los Secretarios de Estado; se distingue, cuando se habla de Resoluciones Directorales, de aquellas expedidas por los Directores Superiores, los Directores Generales o los Directores. Finalmente, y aunque pudiera parecer anecdótico, el **Comunicado Oficial** asume tácticamente el carácter de fuente de Derecho en ciertas reparticiones de la Administración Pública, especialmente en aquellas vinculadas con el quehacer represivo y con la denominada "Seguridad Interna".

13/ Efectuamos, de esta manera, una distinción entre los actos de la administración propiamente dichos y los canales formales que se usan para su normativización. Una misma Resolución Ministerial, para referirnos a uno de los canales formales a través de los cuales actúa la Administración Pública peruana, puede contener más de una declaración de voluntad generadora de efectos jurídicos y, por tanto, más de un acto de la administración. Más significativamente aún, los actos de la administración contenidos en cualquiera de los

NOTAS

1/ Rubio, Marcial: "La actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico" en: **Apuntes**, número 8, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico; Lima, 1978, págs. 81 a 08.

2/ No existe en el Perú ningún cuerpo sistematizado de normas en el que se encuentren comprendidos o definidos los principales actos de la Administración Pública. Como lo ha hecho notar Rubio, las normas constitucionales son escasas, no sistematizadas, y podemos señalar que definen sólo "en hueco" algunos de los aspectos relativos a las funciones de los órganos más importantes del Poder Ejecutivo. Por lo demás, resultan de plena aplicación —por cuanto aún no han sido derogadas formalmente— las leyes de 1856, 1861 y 1863, en cuyo contenido se puede detectar los orígenes de los actualmente vigentes Decretos Supremos, Resoluciones Supremas y Resoluciones Ministeriales. Pero tampoco estas Leyes constituyen base normativa suficientemente coherente como para explicar de manera precisa las diferencias existentes entre dichos mandatos administrativos. Por lo demás, posteriormente a ellas sólo la ley Orgánica del Poder Judicial (que subsana algunos de los vacíos constitucionales en torno a la impugnabilidad judicial de los actos de la administración) y el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (1967), (cuya aplicación es posible sólo en la medida en que no se oponga a las leyes o reglamentos específicos, por el carácter supletorio de aquél), han contenido algunas normas de importancia pero que en definitiva tampoco resuelven el problema general de la inexistencia de una normatividad sistemática en torno a la actuación administrativa del Poder Ejecutivo.

3/ Al respecto, ver, por ejemplo: Sayagués, Enrique: "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, 1953, Tomo I, pág. 142.

4/ Se ha sostenido reiteradamente que implantado que fue el sistema de división de los Poderes del Estado, la necesidad de desconcentrar las funciones ejecutiva, legislativa y jurisdiccional hasta entonces aglutinadas en "El Príncipe" condujo a que las funciones de administración a su cargo fueran de muy diversa índole constituyendo un mero "residuo" inorgánico de muy difícil y complicada definición ya que —en la práctica— tal función no era otra cosa que el resultado de haber sustraído de un sistema de alta concentración dos funciones (la legislativa y la jurisdiccional) que fueron asumidas plásticamente por sendos poderes del nuevo Estado.

5/ Al aludir a **actos de la Administración Pública** no nos estamos refiriendo a ese concepto en la acepción excluyente utilizada por Sayagués y otros autores. De ahora en adelante utilizaremos tales términos para referirnos en general a las declaraciones de voluntad o pronunciamientos de la Administración Pública generadores de efectos jurídicos sean ellos generales o de carácter subjetivo.

6/ En este caso estamos haciendo alusión a la acepción restringida de **actos administrativos**, es decir, a las declaraciones unilaterales de voluntad de la Administración Pública destinadas a generar efectos jurídicos de carácter subjetivo.

7/ No deja de ser ampliamente discutible el ejercicio de funciones jurisdiccionales propiamente dichas y que asumen calidad de "cosa juzgada" por parte de las entidades del Poder Ejecutivo. Sólo la necesidad gubernamental de controlar adecuadamente los desbordes posibles del movimiento laboral explica el ejemplo mencionado que no únicamente constituye una distorsión del principio de la división de los poderes sino un cuestionable atentado a la independencia en el juzgamiento. Pero, más allá del juicio del valor que nos merece, resulta evidente que tales funciones jurisdiccionales ejercidas por el Poder Ejecutivo pueden considerarse como una de las dimensiones de actuación administrativa.

8/ Sayagués Enrique: **op. cit.**, p. 46.

9/ Díez, Manuel María: "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1963, Tomo I, página 242.

10/ Entendida como una actividad estatal que no se explicaría sin el imperativo de traducirse en actividades concretas y materiales.

11/ Díez, Manuel María: **op. cit.**, página 261.

12/ Durante los últimos años se ha incrementado notoriamente la variedad de regulaciones administrativas. Así, por ejemplo, se ha empezado a distinguir entre Resoluciones Supremas con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y sin él; se han creado las denominadas Resoluciones del Primer Ministro, entendidas como de mayor jerarquía formal que las Resoluciones Ministeriales (ver, por ejemplo, el Decreto-Ley 21292 sobre desconcentración de funciones en el nombramiento de personal); han aparecido las Resoluciones de los Jefes de Organismos con rango de Ministros y las Resoluciones Secretariales expedidas por los Secretarios de Estado; se distingue, cuando se habla de Resoluciones Directorales, de aquellas expedidas por los Directores Superiores, los Directores Generales o los Directores. Finalmente, y aunque pudiera parecer anecdótico, el **Comunicado Oficial** asume fácticamente el carácter de fuente de Derecho en ciertas reparticiones de la Administración Pública, especialmente en aquellas vinculadas con el quehacer represivo y con la denominada "Seguridad Interna".

13/ Efectuamos, de esta manera, una distinción entre los actos de la administración propiamente dichos y los canales formales que se usan para su normativización. Una misma Resolución Ministerial, para referirnos a uno de los canales formales a través de los cuales actúa la Administración Pública peruana, puede contener más de una declaración de voluntad generadora de efectos jurídicos y, por tanto, más de un acto de la administración. Más significativamente aún, los actos de la administración contenidos en cualquiera de los

canales formales existentes pueden ser de diferente naturaleza. Se trataría de una distinción bastante similar a aquella otra según la cual cabe diferenciar entre las normas jurídicas propiamente dichas y los "artículos" o "incisos" que las contienen.

14/ Los textos de los artículos 116 y 117 del RNGPA pueden constituir la base de una polémica al respecto. Por un lado, el primero de ellos establece la inaplicabilidad del Reglamento a los "actos de la administración destinados a organizar y a hacer funcionar los servicios públicos o las actividades de dicha Administración". Por otro lado, el artículo 117 establece que la vía judicial procede, en relación con los asuntos administrativos, sólo si se cumple el procedimiento establecido por dicho Reglamento. De este último texto podría deducirse que también los Reglamentos, por ejemplo, son cuestionables en la propia administración mediante los recursos impugnativos preceptuados en el RNGPA, pero ello quedaría desmentido por la referencia expresa que hace el artículo 117 al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se contrae a las resoluciones administrativas de carácter particular. En otras palabras, nuestro ordenamiento jurídico positivo no admite la posibilidad de que los actos de la administración de carácter general sean susceptibles de impugnación administrativa independientemente de la acción

popular, que es un recurso de carácter judicial, y que se encuentra normado por la propia Ley Orgánica del Poder Judicial.

15/ Ver al respecto: Rubio, Marcial: **op. cit.**, pág. 81.

16/ A ese respecto, es interesante notar cómo el artículo 8 del RNGPA ofrece en apariencia una clara solución al problema. Establece textualmente que "se tendrá por agotada la vía administrativa para los efectos de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando se hubiera expedido resolución en la última instancia administrativa...". Sin embargo, precisamente, la pregunta es: ¿Cuál es la "última instancia administrativa"? Desde una cierta perspectiva cabría señalar que la última instancia administrativa está constituida, por definición, por el organismo que expide los actos de la administración de más alta jerarquía normativa, es decir, el Consejo de Ministros. La práctica, sin embargo, ha convertido al Consejo de Ministros más en una instancia de gobierno que en un ente administrativo y son los titulares de los diversos Sectores de la Administración Pública, es decir, los Ministros, quienes tácticamente "deciden" como última instancia administrativa. Pero, independientemente de lo cuestionable que ello pueda ser, tampoco se trata de algo que se encuentre actualmente normado con precisión.