

Explicando el ejercicio de poder público desde las categorías Proceso y Procedimiento

PIERINO STUCCHI LÓPEZ RAYGADA*
GIANFRANCO IPARRAGUIRRE ROMERO**

SUMARIO:

Introducción. 1. Concepción tradicional de las categorías *proceso* y *procedimiento* para explicar la actividad estatal. 2. Paso uno: El entendimiento de la unidad del poder público. 3. Paso dos: La diversa y diferente naturaleza de las funciones que ejercita el poder público. 3.1. La función normativa. 3.2. La función jurisdiccional. 3.3. La función administrativa o ejecutiva. 3.4. La función política o de gobierno. 3.5. Las funciones especiales. 4. Paso tres: Reformulando las categorías proceso y procedimiento para explicar el ejercicio del poder público. 5. Reflexión, a manera de conclusión, sobre el procedimiento administrativo y el acto administrativo.

INTRODUCCIÓN

La presente entrega tiene por objeto plantear un enfoque distinto al que tradicionalmente ha sido utilizado para explicar, en nuestro país y en otros, el ejercicio de las funciones del poder público y, en particular, el ejercicio de la función administrativa.

Utilizando las categorías *proceso* y *procedimiento* desde un planteamiento que exigirá de significativa precisión, nuestro objetivo es presentar un marco teórico que nos permita dotar de una lógica integral general al ejercicio de las funciones de poder público y de una lógica particular especial -pero congruente con la lógica integral general- al ejercicio de la función administrativa.

-
- * Pierino Stucchi López Raygada es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi y Profesor de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).
- ** Gianfranco Iparraguirre Romero es bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro del equipo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi. Ambos coautores, señalan que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a ellos a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participan profesionalmente.

1. CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE LAS CATEGORÍAS PROCESO Y PROCEDIMIENTO PARA EXPLICAR LA ACTIVIDAD ESTATAL

Es frecuente que en nuestro entorno académico y profesional, a lo largo del estudio y de la aplicación del Derecho, el operador jurídico aprecie en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina jurídica, una utilización diferenciada de los sustantivos *proceso* y *procedimiento*, según corresponda a una temática judicial y administrativa, respectivamente.

A *proceso* se le identifica como el instrumento que materializa la función jurisdiccional del Estado aplicada a cada caso concreto. Explícitamente, el título preliminar del Código Procesal Civil peruano señala:

«Artículo III.- El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

(...).»

(Subrayado añadido).

Por su parte, *procedimiento*, se identifica como el significante del conjunto de actos tendientes a lograr la emisión de un acto administrativo, en tanto y en cuanto, manifestación de la función administrativa. Así, la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General señala:

«Artículo 29°.- Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.»

(Subrayado añadido).

La definición de las categorías *proceso* y *procedimiento*, conforme se han expuesto, se encuentra respaldada por sectores de la doctrina con significativa autoridad académica. En este sentido, encontramos que García de Enterría y Fernández afirman que «el proceso tiene como fin esencial la averiguación de la verdad y la satisfacción de las pretensiones ejercitadas por las partes mediante la decisión de una instancia neutral e independiente de ellas, el juez o Tribunal. En cambio, el procedimiento administrativo, si bien constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ello su función, que es, también, y muy principalmente la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las

medidas y decisiones necesarias por los órganos de la administración, intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo.»¹

Conforme a esta concepción tradicional de *procedimiento*, apreciamos que éste será identificado, de modo predominante, como el instrumento para la realización del interés público que se ha encomendado a la función administrativa, a través de la acción concreta conducida por la Administración; mientras que *proceso* será siempre de naturaleza jurisdiccional, siendo el cauce propio de acción de los jueces e instrumento que materializa la función jurisdiccional.

Así planteado, este entendimiento de las categorías *proceso* y *procedimiento* es precisamente el que deseamos derribar pues, a nuestro juicio, es insuficiente para explicar el ejercicio de las funciones del poder público que corresponden al Estado y, en particular, el ejercicio de la función administrativa. Para ello, desarrollaremos la construcción de nuestra tesis en un enfoque de tres pasos.

2. PASO UNO: EL ENTENDIMIENTO DE LA UNIDAD DEL PODER PÚBLICO

Como conoce el lector, contemporáneamente, se encuentra desterrada la concepción de que el poder público del Estado se divide en tres o más partes.² El hecho de que nuestra Constitución Política del Estado mantenen-

-
1. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II*. Cuarta Edición. Editorial Civitas. Madrid: 1995, p. 433. Estos autores, plantean una tensión que se opone entre el proceso como herramienta que permite al poder público satisfacer una pretensión particular que refleja el interés de una parte y el procedimiento como herramienta que permite al poder público satisfacer, no sólo el interés particular de un peticionante, sino fundamental y principalmente el interés general.
 2. Queda claro que «la separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corriente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los *poderes* estatales, es en realidad la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de «poderes», pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa. (...) se preferirá la expresión «separación de funciones» a la de «separación de poderes». LOWESTEIN, KARL. Teoría de la Constitución. En: BLANCAS, CARLOS y OTROS. *Derecho Constitucional General*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1995. p. 18.

ga, como redacción en su parte orgánica,³ que los principales entes del Estado se agrupan en el «Poder Legislativo» (refiriéndose al Congreso), en el «Poder Ejecutivo» (refiriéndose al Presidente y los Ministros) y en el «Poder Judicial» -refiriéndose al Cuerpo de la Judicatura,⁴ responde a la continuación de una nomenclatura desfasada que no implica, bajo ninguna interpretación posible, que el poder público se encuentre dividido.

Lo anterior es claro, tanto en un Estado que tiene forma de República como en uno con forma de Monarquía Constitucional, pues el poder que ostenta el Estado proviene de la sociedad que, como soberana en su conjunto, en aplicación del principio democrático, determina el encargo de su po-

-
3. Con Sardón constatamos que «la doctrina constitucionalista convencional señala que toda Constitución tiene un aspecto dogmático -que proclama los derechos humanos o, mejor, las libertades civiles fundamentales- y un aspecto orgánico -que estructura un sistema político, estableciendo reglas electorales y de gobierno. (...) sin embargo, la idea de «Constitución» se suele asociar, en todas partes, más con el primero de ellos. Esto ocurre inclusive en Estados Unidos, no obstante que el aspecto dogmático de su Constitución radica allí en el «Bill of Rights», no en su Constitución propiamente dicha.» SARDÓN, Jose Luis. *La Constitución Incompleta*. Primera Edición. Instituto Apoyo. Lima: 1999. p.17-18.
 4. Tal como conoce el lector, en la parte orgánica de la Constitución Política del Estado, además de estos denominados «Poderes», se establece la existencia de Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y Organismos Constitucionalmente Autónomos, tales como el Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República, el Banco Central de Reserva, a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondo de Pensiones, entre otros. Aquí caben dos apuntes. Primero, sobre los diferentes niveles de encargo del poder público, el central, el regional y el local que se han suscitado en nuestro país, estos son el reflejo de una reasignación vertical descendente de cuotas de ejercicio del poder público, a efectos de acercar, al ciudadano, el ente que materializa el poder encargado, surgiendo la constatación de que «en el ámbito estatal debe distinguirse la división de poderes *vertical* respecto de la horizontal. En el Estado federal corresponde aquélla a la división de poderes entre la Federación y las entidades federativas.» En otras palabras, «los estados constitucionales que (...) se han decidido a favor del regionalismo (desde Italia hasta España) o se encuentran en vías de hacerlo (en Gran Bretaña como «*devolution*» para Escocia y Gales, y desde 1998 también en Irlanda del Norte) aprovechan igualmente en lo fundamental la idea de la división vertical de poderes». Segundo, como veremos en detalle más adelante, los Organismos Constitucionalmente Autónomos poseen el encargo de ejercer funciones especiales de poder público, distintas pero complementarias a la función normativa, a la función ejecutiva o administrativa, a la función jurisdiccional y la función política o de gobierno. HÁBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 2003. p. 205

der a la organización común que es el Estado. La sociedad encarga al Estado el despliegue del poder público y establece, mediante la distribución de funciones que se detallan en el instrumento constitucional, las exigencias para su legítimo ejercicio.⁵

Este poder público, único y soberano, que corresponde a la sociedad, es encargado por ésta al Estado para su administración con la finalidad de lograr el cumplimiento del interés general que implica la creación de condiciones esenciales para la generación del bienestar social. Para ello, la sociedad ejerce a través de sus representantes el poder constituyente y establece en la Constitución Política del Estado, el contenido y los límites de tal encargo. A lo largo de la historia diversos pensadores han debatido en torno a determinar cuál es el sustento y necesidad de que exista un Estado que detente el poder público por encargo. En esta discusión, a nuestro juicio, se han trazado hitos respecto a entender que el poder que ejerce el Estado tiene por finalidad permitir la realización de los intereses privados y limitarlos en cuanto puedan afectar los intereses públicos que importan a la sociedad.⁶ Para ello, se espera que el Estado sea una organización eficiente que establezca mandatos precisos y que despliegue una actuación efectiva.⁷

-
5. «El Estado se organiza de acuerdo a una Constitución y leyes complementarias, en las que se establecen los principios y derechos que regulan el uso de tal poder y los organismos que lo detentan.» Cita tomada de RUBIO, MARCIAL. *El Sistema Jurídico Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. p.44. En términos clásicos, Estado es: «esta persona pública, que se forma así por la unión de todas las demás, recibía en otro tiempo el nombre de *ciudad* y ahora recibe el de *república* o el de *cuero político*, al que su miembros llaman *Estado* cuando es pasivo, *soberano* cuando es activo, *poder* al compararlo con sus semejantes.» ROSSEAU, JEAN-JACQUES. *El contrato social*. Primera Edición. Edimat Libros S.A. Madrid, 1999. p. 63.
 6. Rawls y quienes los siguen, desde un auténtico enfoque liberal, presentan atingencias pues consideran que «cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros». RAWLS, JOHN. *Teoría de la Justicia*. Segunda Edición en español. Fondo de Cultura Económica. México D.F, 2000. p. 17.
 7. Al respecto, en términos de KELSEN, «cuando la teoría tradicional considera que la función esencial del poder público consiste en someter a los hombres que constituyen el Estado -el pueblo-, de tal modo que éste «impera» sobre aquellos, es indudable que se refiere a la función del orden jurídico mismo, el cual somete a los hombres ligando su conducta a la realización de un deber jurídico, y entrelazando así todas las conductas. Y ésta es la función del orden estatal, en virtud de la cual afirma éste su validez frente a los hombres.» KELSEN, HANS. *Teoría General del Estado*. México D.F, Editora Nacional, 1965. p.126. El planteamiento contemporáneo de Kelsen, a nuestro juicio, es una

Por lo expuesto, dado que el poder público no se divide, lo que se divide son las cuotas para su ejercicio, asignándose a diversos entes para que lo desplieguen a nombre de la sociedad.⁸ El sustento de la división de funciones de poder público tiene en la actualidad un fundamento técnico que se expresa en dos consideraciones principales: i) evitar exponer al ciudadano a la existencia de entes públicos que puedan concentrar una gama de cuotas de poder, que pueda convertir su ejercicio en: ilimitado, arbitrario y/o abusivo, coactando la libertad de los miembros de la sociedad;⁹ y ii) corres-

reformulación de la confrontación realista de Hobbes, dado que éste en su momento planteó: «la causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación, y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de naturaleza (...)». HOBBS, THOMAS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Undécima Edición. Fondo de Cultura Económica. México D.F., 2001. p. 137.

8. Al respecto afirma, DROMI ROBERTO: «La expresión de 'división de poderes', de uso habitual, no corresponde con exactitud al contenido, porque el poder es único. (...) la división no es tal, sino más bien una distribución de facultades de los órganos jerárquicos del Estado. (...) El poder es sólo uno; las funciones son varias (gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa). Son también diversos los órganos a los que la norma constitucional confía el ejercicio de las competencias públicas». DROMI ROBERTO. *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995. p.115.
9. Al punto, es útil notar los contrastes de las diferentes experiencias constitucionales, explicando que «las variantes nacionales del «principio de la división de poderes» son grandes. La Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 desarrolló el sistema de «*checks and balances*», el cual enfatiza la *separación* de los poderes, mientras que las democracias con sistemas de gobierno parlamentarios, en los cuales el gobierno depende de la *confianza* del Parlamento, conocen elementos de múltiples intersecciones entre el primero y el segundo poder (entrecruzamiento de poderes)». HÄBERLE, PETER. Op.Cit. p. 205. Abundando, presentamos una perspectiva anglosajona del asunto: «a complete separation of powers, in the sense of a distribution of the three functions of government among three independent sets of organs with no overlapping or co-ordination, would (even if theoretically possible) bring government to a standstill. What the doctrine must be taken to advocate if the prevention of tyranny by the conferment of too much power on any one person or body, and the check of one power by another». JACKSON, PAUL y LEOPOLD, PATRICIA. *Constitutional and Administrative Law*. Octava Edición. Sweet & Maxwell. Londres, 2001. p. 12. También presentamos otra: «one reason why the partition of governmental powers in the federal government is incomplete is that the US Constitution contains various «checks and balances,» that is, procedures for one branch to super

ponder a la necesidad de especialización que demanda la conducción de un Estado, así como la necesaria coordinación de diversas y disímiles acciones que se requieren para lograr las condiciones esenciales para la generación del bienestar social.¹⁰

3. PASO DOS: LA DIVERSA Y DIFERENTE NATURALEZA DE LAS FUNCIONES QUE EJERCITA EL PODER PÚBLICO

Entendida la unidad del poder que detenta el Estado por encargo de la sociedad y planteada la división funcional que implica su ejercicio, conforme lo determina la Constitución Política del Estado -y desarrolla de modo complementario la legislación-, podemos identificar la naturaleza de las funciones:¹¹

intend the other. While these devices may violate the letter of the principle of separation of powers, they do not violate its spirit, which is the avoidance of capricious or «despotic» rule. Indeed, the Framers of the American Constitution deliberately followed Montesquieu's exhortation when they granted the president the power to veto a bill before it becomes law, an action more akin to law-making than law enforcement. Again à la Montesquieu the Framers bestowed upon the parliament (the Congress) the power to remove the president from office, although they limited the grounds for removal to conviction of «Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.» The impeachment process is hardly legislative, being a procedure more akin to criminal indictment (executive) and trial (judicial). LUNDMARK, THOMAS. *Power & Rights in US Constitutional Law*. Oceana Publications, INC. New York, 2001. p. 7.

10. RUBIO MARCIAL señala que «desde el punto de vista funcional, los poderes son tres: la potestad o función legislativa que es la de emitir las leyes del Estado; la potestad o función ejecutiva que es la de conducir la política y la administración del Estado; y la potestad o función jurisdiccional que es la de resolver, diciendo Derecho, los conflictos que requieren solución jurídica. (...) Originalmente, la teoría de la separación de poderes supuso que a cada órgano debía corresponder la potestad respectiva pero, la evolución de estas instituciones, llevó a que cada órgano realice preponderantemente una de ellas pero también asuma, eventualmente, algo de las otras dos.» Afirma también que «cada órgano realiza preferentemente su función respectiva, pero que no la realiza en exclusividad desde que todos, actualmente, comparten en menor grado las otras dos funciones de acuerdo a cada caso». RUBIO MARCIAL. *El Sistema Jurídico Introducción al Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999. p.53.
11. Al respecto, notando los enfoques de la perspectiva anglosajona: «Although the above classification of the functions and corresponding powers of government, based on a material or function analysis, may be useful in helping to arrange the facts and to think about the problems of government, the categories are inclined to become blurred when it is attempted to apply them to the details of a particular constitution. Some hold that the true distinction lies not in the nature of the powers themselves, but rather in the procedure by which they are exercised. Thus legislation involves

3.1. La función normativa

Tiene por objeto regular las conductas de los miembros de la sociedad, otorgándoles facultades y obligaciones como sujetos de derecho, delimitando lo debido de lo indebido y generando preceptos vinculantes y de carácter general que obligan a estos sujetos a su cumplimiento. Esta función es desplegada por diferentes entidades públicas, de diferente jerarquía, tanto de nivel central, como de nivel regional y local.

La función normativa de mayor preeminencia es la función legislativa a cargo del Congreso, que se materializa cuando éste dicta una Ley, o a cargo del Presidente y los Ministros cuando, por delegación expresa del Congreso, dictan un Decreto Legislativo. También la ejerce el Presidente y los Ministros cuando dictan un Decreto de Urgencia por su acción individual.¹²

También, como es evidente, se generan preceptos vinculantes y de carácter general que obligan a los sujetos de derecho a su cumplimiento, cuando el Presidente, con refrendo ministerial, emite un Decreto Supremo en reglamentación de una Ley. Qué duda cabe que un Reglamento, pese a estar

a formal and instantaneous act designed to establish general rules which all disputes shall be settled; administration is a continuing and mainly informal process aimed at preventing disputes in classes of cases and does not create rights by establishing precedents; adjudication presupposes an existing dispute in a particular case, is governed by strict rules of procedure an evidence and tends to create rights by establishing precedents.

Others hold that the distinction is organic or formal. Thus administration consists of the operations, whatever their intrinsic nature may be, which are performed by administrators; and administrators are all state officials who are neither legislators nor judges. This last doctrine seems to be as difficult to apply as the functional or material conception of governmental functions. Thus in the Constitution of the Fifth French Republic not only has the Parliament other powers than the strictly legislative, but the law-making power is divided between the Parliament (*loi*) and the government (*règlement*), so that the Parliament may only make laws dealing with matters enumerated in article 34, while all others matters fall within the province of ministerial regulation. JACKSON, PAUL y PATRICIA LEOPOLD. *Constitutional and Administrative Law*. Octava Edición. Sweet & Maxwell. Londres, 2001. p. 11.

Cabe señalar que, en el texto citado, JACKSON, PAUL y PATRICIA LEOPOLD citan a: JENNINGS, *The law and the Constitution*. Quinta Edición. pp. 24-25; y, B. NICHOLAS, *Loi, Règlement and Judicial Review in the Fifth Republic*. (1970) p. 251.

12. Los Decretos de Urgencia, según nuestra Constitución Política del Estado, pueden ser dictados por el Presidente con refrendo ministerial, siempre que consistan en medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional. Ver art. 118° de nuestro Instrumento Constitucional.

sujeto al contenido de la Ley y obligado a respetar los parámetros generales que ésta establece para su aplicación, contiene determinados supuestos de hecho de formulación general y abstracta que, de ser verificados, generan una consecuencia jurídica que vincula, como mandato, a todo sujeto de derecho que verifique el supuesto de hecho.¹³

De otro lado, la función normativa también la ejerce el titular de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondo de Pensiones cuando emite una Circular, la ejercen un Gobierno Regional o un Gobierno Local cuando emiten una Ordenanza, así como la ejerce el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) cuando emite una Directiva. Esta función la cumple cualquier ente que, en ejercicio de poder público, genera preceptos vinculantes y de carácter general que se constituyen como mandato para los sujetos de derecho.

La función normativa es la función más importante del Estado pues, desde su nivel legislativo, puede determinar la creación de entidades estatales de segunda línea que, coexistiendo con los entes que la Constitución Política del Estado establece, coadyuvan a la realización de acciones que permitan crear las condiciones esenciales para la generación del bienestar social. Estos entes pueden también, a su vez, ejercer función normativa, jurisdiccional, administrativa o ejecutiva, y de gobierno o política, no solamente con subordinación y cumplimiento de la Constitución Política del Estado, sino además con subordinación al instrumento legislativo de su crea-

13. En este punto, cabe señalar que ROBERTO DROMI considera que un reglamento «se dicta para posibilitar la aplicación de una ley, en tanto y en cuanto la integración normativa que produce está subordinada al «espíritu de la ley» que no puede ser alterado y que está sometido en cuanto a su vigencia a la ley a la que accede, no constituyendo materialización de función legislativa, pero sí normativa.» DROMI, ROBERTO. Op. Cit. p. 120. También corresponde avenirnos, en la línea de nuestra posición a la definición de norma jurídica defendida por MARCIAL RUBIO: «la norma asume así la forma de una proposición implicativa (...) tiene tres elementos que conforman su estructura interna: el supuesto (S) que es aquella hipótesis que, de concurrir, desencadena la consecuencia; la consecuencia (C) que es el efecto atribuido por el Derecho a la verificación del supuesto en la realidad; y, el nexo lógico-jurídico (R) que es el elemento lógico vinculante entre el supuesto y la consecuencia. (...) esta definición de norma jurídica supone que el Estado compromete su fuerza detrás de cada una de ellas, a fin de garantizar que, en caso de incumplimiento, sus organismos y recursos la harán cumplir. Este elemento permite diferenciar al Derecho de otros sistemas normativos coexistentes con él en las sociedades.» RUBIO, MARCIAL. Op. Cit.. p. 85 y 86.

ción y a los demás instrumentos normativos del ordenamiento que le sean exigibles.

3.2. La función jurisdiccional

Con el objetivo de que los miembros de la sociedad -constituidos como sujetos de derecho- no tomen justicia por su propia mano, generando situaciones de violencia, el Estado asume la función pública de solucionar las controversias o conflictos de intereses que, con relevancia jurídica, se susciten.

Las controversias son solucionadas, principalmente, en aplicación de las normas que genera la función normativa.¹⁴ También, «en resumen podríamos decir (...) que (...) la jurisdicción es una función que ejerce el Estado cuando entre dos partes crea un conflicto de intereses, para resolverlo como tercero imparcial, con el fin de procurar la actuación de la ley.»¹⁵

Como sabe el lector, un sujeto de derecho puede pedir al Cuerpo de la Judicatura -Jueces y Cortes- que privilegie su interés frente al interés de otro sujeto de derecho, en un conflicto: i) sea a través de una demanda, cuando exige el cumplimiento de una pretensión dirigida a satisfacer su interés privado; o, ii) sea a través de una denuncia que, planteando o no una pretensión dirigida a satisfacer su interés privado, invoca al Estado para que aplique una sanción de pena ante un delito, desplegando el *ius puniendi*. Los Jueces y las Cortes deciden en las correspondientes instancias, respetando las garantías de acción y defensa que la Constitución Política del Estado y la legislación establecen. En los casos penales, para evitar el modelo inquisitivo en la fase del juicio oral y lograr la imparcialidad que debe ser consustancial al ente estatal que ejercita la función jurisdiccional, el Estado participa a través de dos entes distintos, uno es el Ministerio Público que se opone al denunciado en un esquema de parte contra parte, y otro es el Juez Competente que declarará el derecho a nombre del Estado. El Ministerio Público, a pesar de ser ente del Estado y representar el interés común, es funcional y jurídicamente independiente, distinto al Poder Judicial. A tra-

14. Decimos principalmente pues, existen cuerpos arbitrales de constitución privada que solucionan controversias bajo la aplicación de una percepción de equidad y no de aplicación de leyes. El laudo que solucione una controversia es susceptible de ser ejecutado por el Cuerpo de la Judicatura del Estado, siempre que éste no atente contra normas de orden público.

15. DIEZ, MANUEL. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Bibliográfica Ameba, Buenos Aires, 1963, p. 344.

vés de este esquema emana la imparcialidad que requiere contemporáneamente el proceso jurisdiccional.

Sin embargo, esta función no es solamente ejercida por el Cuerpo de la Judicatura del Estado, contrariamente a lo que sostiene un sector de la doctrina que interpreta restrictivamente los preceptos de nuestra Constitución Política del Estado. La realidad nos permite apreciar que algunas controversias, en algunos casos pretenden solución en su fase inicial, ante la Administración, cuando así lo señala la Ley.¹⁶ Así, por ejemplo, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) cuando resuelve una denuncia (presentada bajo la forma de petición) ordenando a un proveedor que devuelva el dinero o reemplace un artefacto defectuoso al consumidor;¹⁷ o, cuando el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg) o el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) resuelven un reclamo de un usuario, ordenando a un proveedor que devuelva el dinero

-
16. Los preceptos contenidos en los arts. 138° y 139° del instrumento constitucional peruano, señalan que la función jurisdiccional -la potestad de administrar justicia- es ejercida por el «Poder Judicial», a través de sus órganos jerárquicos, de modo único y exclusivo. Sin embargo, estos preceptos no pueden ser interpretados restrictivamente debido a que la función jurisdiccional no es absoluta ante cada uno de los entes estatales y las instancias respectivas en las que se puede solucionar un conflicto. La exclusividad de la función jurisdiccional en manos del Cuerpo de la Judicatura del Estado se refiere a que las Cortes tienen, en última instancia, la última palabra posible respecto de la solución de un conflicto, sea que este se inicie ante la Administración o ante el Cuerpo de la Judicatura mismo. Sin embargo, siempre será posible que las partes de un conflicto tengan por solucionado su conflicto con un pronunciamiento de la Administración y que decidan no controvertir ante el Cuerpo de la Judicatura, renunciando a recurrir a la interposición de una demanda contencioso-administrativa.
 17. Como dijimos, en el pie de página precedente, nuestra posición considera que, ciertamente, en algunos casos, es a través del proceso ante el órgano judicial donde se realiza la determinación definitiva del derecho en un caso concreto. Sin embargo, en otros casos la determinación definitiva del derecho en un caso concreto se realiza ante la Administración Pública cuando el conflicto no es controvertido en un proceso contencioso administrativo. Así, la función jurisdiccional que tutela al consumidor algunas veces se agota en el Indecopi y otras veces continúa su despliegue en el Poder Judicial. En algunos casos el pronunciamiento final del ente antes referido sobre un conflicto entre un consumidor y un proveedor tiene carácter definitivo e irrevocable, en tanto ninguna parte cuestione el pronunciamiento de esta entidad; en otros casos, cuando los litigantes asisten al contencioso administrativo, se produce un pronunciamiento final, definitivo e irrevocable del Poder Judicial. Así, la función jurisdiccional a cargo del Estado se puede materializar en diferentes etapas y ante diferentes entes estatales.

indebidamente cobrado por la prestación de servicios públicos de energía eléctrica o de telefonía, respectivamente. En estos casos, lo esencial para apreciar la existencia de función jurisdiccional será que exista una actuación imparcial y la posibilidad de que se pueda satisfacer un interés privado, sin perjuicio de que además, copulativamente, se pueda desencadenar la aplicación de una sanción para el denunciado, si se verifica una infracción a la ley.¹⁸

3.3. La función administrativa o ejecutiva

Esta función tiene por finalidad lograr las concreciones en el cumplimiento del interés general que implica la creación de condiciones esenciales para la generación del bienestar social, conforme lo señalan la Constitución Política del Estado y las Leyes. Como no escapará al entendimiento del lector, esta función, por la amplitud y naturaleza de su objetivo, se constituye en la más amplia y diversa de las que corresponden al ejercicio del poder público por parte del Estado.

En otras palabras, la función administrativa o ejecutiva¹⁹ es la «actividad concreta dirigida, mediante una acción positiva, a la realización de los fines de seguridad, progreso y bienestar de la comunidad, a la integración de la actividad individual en vista del interés general»²⁰ y, coincidimos con un sector de la doctrina en que esta función comporta un amplio espectro de actividad pública que puede consistir en la emisión de actos particulares e individualizables respecto de sujetos de derecho (actos administrativos), en la ejecución de acciones concretas, para satisfacer necesidades públicas (hechos administrativos) y en la adquisición de productos bienes o servicios para satisfacer las necesidades públicas (contrato administrativo), entre otras concreciones.

18. Aquí cabe apuntar que, por una lógica subjetiva-funcional, nuestro ordenamiento jurídico determina que la materialización de la función jurisdiccional a cargo de la Administración se haga concreta en la forma de actos administrativos, conforme se describen en el punto siguiente, pese a que su naturaleza material sea, con claridad, jurisdiccional. No atendamos a la denominación, sino a la función.

19. Existirá aquí también quien quiera diferenciar función administrativa de función ejecutiva, señalando que la primera implica la toma de decisiones y que la segunda, especie de la primera, involucra solamente la materialización de decisiones previamente tomadas -administrativa o jurisdiccionalmente- y la aplicación de una norma sin discrecionalidad alguna.

20. DROMI, ROBERTO. Op. Cit. p 124.

Los actos administrativos se refieren a las decisiones, como declaraciones de voluntad, que los entes del Estado emitirán, de modo particular e individual, respecto de un sujeto de derecho, produciéndole efectos jurídicos tales como los derivados del otorgamiento de licencias o concesiones para realizar determinadas actividades económicas o para realizar edificaciones en determinadas zonas, del otorgamiento de un registro de propiedad inmueble, vehicular o de titularidad de marca o patente, así como de la determinación obligaciones tributarias o a la determinación de oficio de pago de multas, entre otros. Es también mediante actos administrativos que la función administrativa puede desencadenar el *ius puniendi*, como manifestación del poder de policía que corresponde a un ente estatal cuando actúa como dirimente del incumplimiento de una norma que obliga a un sujeto de derecho y cuando es, a la vez, parte interesada en la decisión por ser titular del interés general o del orden público. En estos casos el ente del estado no es tercero imparcial,²¹ es sólo represor.

Por su parte, los hechos administrativos se refieren a las actuaciones materiales que pueden ser la ejecución de algo previamente decidido por un acto administrativo o por un acto jurisdiccional, o determinado por un acto normativo. Los hechos administrativos producen efectos fácticos, tales como los derivados de la materialización de un embargo en forma de secuestro ordenado previamente, de un decomiso de alimentos que pueden causar daño a la salud de los ciudadanos, de la ejecución de una sanción, o del ordenamiento del tránsito y de la patrulla policial de la ciudad, entre otros.

Respecto de los contratos administrativos, debemos entender que son aquellos contratos celebrados por los entes del Estado, sea para adquirir los bienes necesarios para la realización de sus actividades concretas, como para recibir la prestación de servicios que requiere para complementar su actividad; o, para encargar a un tercero la ejecución de una obra que pueda implicar la generación de infraestructura de uso en beneficio público. Los contratos administrativos se materializan como consecuencia de la realización de licitaciones y concursos públicos que permiten lograr a los entes estatales la mejor combinación de calidad y precio, conforme a unas bases preestablecidas.

De los actos, hechos y contratos administrativos, conforme se han descrito en los párrafos anteriores debemos diferenciar los denominados actos

21. El adjetivo imparcial, evoca la posición de aquél que no es parte.

de la administración, los que consisten, entre otros, en los actos preparatorios previos a los actos administrativos y a cargo del ente estatal de que se trate; y, a todo acto que, no produciendo efectos jurídicos frente a los sujetos de derecho, tampoco involucran una actuación material exteriorizada o una relación contractual, tal como los son los actos de naturaleza intra-ente.²²

Propio es establecer que la función administrativa, principalmente en lo que respecta a los actos y los contratos administrativos, es susceptible de ser objeto siempre de control por parte del Cuerpo de la Judicatura, a través del despliegue de la función jurisdiccional si un sujeto de derecho se reputa como afectado, interponiendo una demanda contencioso administrativa.

3.4. La función política o de gobierno

Entendida como la función de escogencia libre y elección libre de opciones para determinar rumbos de actuación, en la búsqueda del bienestar general que, en sus diferentes manifestaciones, consistirá en determinar el sentido de una gestión pública.²³

Esta función la ejercen los entes del estado cuando hace uso de encargos que reflejan un mandato abierto. Esta función puede ejercer en todos los niveles jerárquicos y en diferentes entidades. Por ejemplo, la cumple el Presidente cuando determina la política general de relaciones exteriores, la cumple el Alcalde cuando determina con su Consejo la política de desarrollo urbanístico o vial y la cumple un titular de una entidad de segunda línea cuando aprueba la visión, misión y objetivos de su institución como parte del planeamiento estratégico anual.

22. Al respecto de los actos de la administración, Gordillo afirma que: «se trata de decisiones, declaraciones o manifestaciones (...) que no producen efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho (...) consisten en expresiones intelectivas de voluntad, conocimiento, opinión, juicio, deseo (...) [encontramos en esta clasificación a gran parte de las piezas procesales de todo expediente administrativo (...)]» GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1: Parte General. Ara, Lima, 2003. p. X-4 y X-5.

23. Sin embargo, no debemos ignorar a quienes se levantan contra la posibilidad de definir a la función política o de gobierno. Señalan algunos que en la doctrina se verifica una «absoluta incapacidad, que puede ya darse por rubricada, cabe decir, después de más de un siglo de esfuerzos incesantes y de distinciones cada vez más sutilmente renovadas, en que se encuentra la doctrina para decirnos qué es lo que positivamente es un acto de gobierno». GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Democracia, Ley e inmunidades del Poder*. Primera Edición. Palestra Editores, Lima, 2004, p. 67.

3.5. Las funciones especiales

Estas son las funciones atípicas. Son funciones especiales del poder, las que se manifiestan por ejemplo en el encargo constituyente que poseen los Organismos Autónomos Constitucionales. Es el caso del Tribunal Constitucional que tiene funciones que son un híbrido de función legislativa negativa, consistente en la extracción de normas del ordenamiento jurídico a través de una declaración de inconstitucionalidad, que es materializada bajo un esquema jurisdiccional donde la demanda de un interesado activa el mecanismo de ejercicio de poder público (demanda de inconstitucionalidad). Es el caso también de la Contraloría General de la República que tiene el encargo de controlar y supervisar que el presupuesto público no sea gastado de modo contrario a lo dispuesto por las normas de presupuesto, función de poder público que no se parece a ninguna de las funciones típicas antes descritas.

Sin duda, «el principio de la división de poderes es tanto «texto clásico» desde Montesquieu (1748) como también principio constitutivo de la triada del Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, del *tipo* del «Estado constitucional», y viene a ser derecho constitucional positivo en todos los ejemplos y variantes nacionales. Entre los tres planos y formas de manifestación hay múltiples traslapes y fecundaciones mutuas.» Como manifestación de ello, «el derecho constitucional positivo de muchos países ha creado en la actualidad algunos órganos constitucionales nuevos (como el comisionado ciudadano o el *ombudsman*), el cual debe ser incorporado en el cuadro conjunto del equilibrio de poderes, del mismo modo que la jurisdicción constitucional, que se ha fortalecido, ha encontrado paulatinamente su lugar correcto en el «cuadro conjunto» de un Estado Constitucional».²⁴

4. PASO TRES: REFORMULANDO LAS CATEGORÍAS PROCESO Y PROCEDIMIENTO PARA EXPLICAR EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO

Luego de haber planteado, al inicio de esta entrega, la atribución de significados que tradicionalmente la legislación y la doctrina han conveni-

24. Cita tomada de HÄBERLE, PETER. *El Estado constitucional*. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003, p. 203. En este punto, mención especial merece el profesor RICARDO SALAZAR CHÁVEZ, quien fue el primero en denominar como funciones especiales del poder a aquellas que no encuadraban dentro de las clásicas funciones normativa, jurisdiccional y administrativa. Su planteamiento fue recogido, años después por la doctrina extranjera.

do en otorgar a las categorías *proceso* y *procedimiento*, procederemos a exponer el significado de estas categorías entendidas con una lógica integral general para explicar el ejercicio de las funciones de poder público.²⁵

El profesor AGUSTÍN GORDILLO señala con acierto que «la idea jurídica del proceso puede ser concebida en sentido amplio, como una secuencia o serie de actos que se *desenvuelven progresivamente*, con el objeto de llegar a un acto estatal determinado, destacando entonces en el concepto la unidad de los actos que constituyen el proceso y su carácter *teleológico*, es decir que éstos se caracterizan por estar encaminados en su conjunto a un determinado fin.»²⁶ Este es el enfoque que planteamos.

Desde esta perspectiva, *proceso* es la secuencia de actos cuya realización progresiva permitirá la generación de un acto estatal que materializa el ejercicio del poder público. Lógicamente, debemos entender acto estatal como un acto proveniente del Estado, cuya finalidad se sustenta, como no puede ser de otro modo, en el ejercicio de poder que recibe por encargo de la sociedad, con la finalidad de lograr el cumplimiento del interés general que implica la creación de condiciones esenciales para la generación del bienestar social.

En esta línea, la tradición jurídica anglosajona, utiliza desde hace mucho la noción del *process* que «(...) nunca se limitó a lo que hoy tendemos a considerar aquí como «proceso», máxime luego del encuadramiento en el ámbito jurisdiccional que ha dicho concepto le han venido dando importantes constitucionalistas europeos.» Como bien ha notado el profesor Eloy Espinosa-Saldaña, «la acepción «process» en Estados Unidos está más bien vinculada a los canales de actuación a través de los cuales realiza su labor

25. No se puede entender proceso y procedimiento como la misma cosa. Compartimos con FENECH que: «el procedimiento constituye, por tanto, una norma de actuación (...) Proceso y procedimiento son conceptos distintos, aunque relacionados. El proceso consiste en una sucesión de actos, mientras que el procedimiento es el método o canon para la realización de esta secuencia de actos. En una palabra, el procedimiento es la medida del proceso» Cita tomada de MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Introducción al Proceso Civil*. Temis-De Belaunde y Monroy, Bogotá, 1996, p. 134.

26. Cita tomada de GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2: La Defensa del Usuario y del Administrado. Ara, Lima, 2003, p. IX-1. En honor al profesor Gordillo, debemos aclarar que es contrario a la noción amplia de «proceso» que define con tanto acierto, pues desde sus perspectiva, proceso debe corresponder solamente a la función jurisdiccional. Sin embargo, tomamos su definición de *proceso* debido a su puridad dogmática.

quien posee autoridad».²⁷ Notamos el acierto de la tradición anglosajona al definir *proceso* como categoría jurídica que significa el escenario de consecución de actos efectuados por o ante el Estado, con la finalidad de que éste ejerza las funciones que el poder público se le han encomendado.

Como dijimos en puntos anteriores, será necesario reconocer en nuestro planteamiento que el Estado despliega el poder público mediante actos que son de diversa naturaleza, entre otros: i) actos de generación, modificación o derogación de normas, entendidas como preceptos vinculantes para los sujetos de derecho y de carácter general (actos normativos); ii) actos dirigidos a solucionar controversias (actos jurisdiccionales); iii) actos de ejecución o administración de normas (actos administrativos o ejecutivos); iv) actos de decisión sobre el rumbo una gestión (actos de gobierno o políticos); o actos de diversa naturaleza cuya particularidad, distinta a los actos antes referidos, se expresa en los mandatos constitucionales y/o legislativos que la definen (actos especiales). Cada uno de estos actos es realizado a través de un proceso público que materializa funciones públicas normativas, jurisdiccionales, administrativas o ejecutivas,²⁸ de gobierno o políticas, o especiales.²⁹

¿Quién será el ente encargado de la conducción de cada proceso? ¿Qué órganos del ente substanciarán el mismo? ¿El proceso implica la realización de actos realizados únicamente por entes públicos o implica también la realización de actos por parte de sujetos de derecho? ¿Con que requisitos debe cumplir el proceso para que el acto final que despliega el ejercicio de poder

27. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, ELOY. *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Ara, Lima, 2003. pp. 436 -437.

28. Nuevamente, es preciso identificar los enfoques de la tradición anglosajona, en el esfuerzo de definir el proceso administrativo: «yet it is not possible to describe the administrative process in terms of law alone. There are many administrative tasks (for example, budgeting, coordination and planning) to which law is not of primary relevance. Many politicians and administrators are likely to view as means of achieving social or economic policies». Cita tomada de BRADLEY, A. W. y EWING, K.D *Constitutional and Administrative Law*. Décimo Quinta Edición. Longman, Nueva York. 1995. p. 612.

29. Incluso, la tesis nuestra respecto del enfoque de procesos como instrumento para desplegar el poder público encargado al Estado, posee un correlato fundacional y constitutivo del Estado mismo, por cuanto la existencia de éste se deduce «de que el «proceso constituyente» tiene que referirse a la Constitución de un ejemplo concreto respecto del tipo, más abstracto, del «Estado constitucional»: de otro modo, el término y el concepto de «proceso constituyente» serían engañosos y triviales, un mero acto formal.» HÄBERLE, PETER. Op.Cit, p. 133.

público sea válido? ¿Qué formalidades deben guardar los actos que conforman el proceso y el acto público final que éste produce? ¿Y qué oposiciones o reformulaciones jurídicas se pueden plantear contra el acto público que se genera como consecuencia del proceso? Estas son preguntas que no son respondidas por el proceso mismo. Las respuestas las entrega el *procedimiento* que es aplicable a cada *proceso* que implica el ejercicio de alguna función del poder público.

Así, *procedimiento* es el conjunto de normas que regulan la realización de determinados procesos cuyo objetivo es, a su vez, la realización de un acto público que materializa una función pública. Como el lector adivinará, todo *procedimiento* se establece mediante un acto que es producto de la función normativa. Por ello, la función normativa que despliega el Estado tiene una función cardinal, dado que determina el cómo deben generarse los actos que implican el ejercicio de poder público. Siempre, la función normativa determina el cauce para el ejercicio de las demás funciones, incluida también la función normativa misma, pues todo *proceso* normativo debe cumplir también con el *procedimiento* que le corresponde y es su cauce para lograr validez.³⁰

Naturalmente, los *procedimientos* públicos no responden todos a un mismo nivel de complejidad e intensidad en la regulación de cada proceso. En algunos casos, serán más reglados y en otros más discrecionales. Aparece como lógicamente natural que los actos que son consecuencia del ejercicio de la función de gobierno o política sean menos formalizados y que no tengan mayor determinación en su *procedimiento* que la identidad del ente público actor, en algunos casos. Diferente será el caso de un *proceso* jurisdiccional en el que la cautela del derecho de defensa y de instancia plural exige un *procedimiento* con detalle más abundante y profundo en estos extremos.

La naturaleza de cada función de poder público y la naturaleza de los actos intermedios, formativos o progresivos que conforman el *proceso*, condicionará las necesidades del *procedimiento*, bajo el imperativo de que el Estado actúa con la finalidad de lograr el cumplimiento del interés general que implica la creación de condiciones esenciales para la generación del bienestar social.

30. A manera de ejemplo, bastará constatar el procedimiento legislativo de nuestro Congreso, cuyas fases, como regla general, son: iniciativa legislativa, debate en comisiones, debate en el pleno y promulgación. Cada una de estas fases comprende la realización de actos, debidamente normados, para construir, a través del proceso legislativo, la validez en la emisión de una Ley.

5. REFLEXIÓN, A MANERA DE CONCLUSIÓN, SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL ACTO ADMINISTRATIVO

Planteada nuestra tesis, verificamos que la función administrativa comporta una diversidad y amplitud significativas -para algunos en verdadera expansión-, dado su encargo de materializar la concreción, amplia por sí, del interés general. Ante ello, esta función tiene como instrumentos principales, al acto administrativo, al hecho administrativo y al contrato administrativo.

Sin embargo, cabrá preguntarse: ¿Qué procesos regula nuestra Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444? La respuesta es clara, únicamente aquellos destinados a la emisión de actos administrativos, tal como los hemos definido aquí. Es decir, a aquellos procesos que permiten a los entes estatales emitir decisiones, como declaraciones de voluntad, que generen efectos jurídicos de modo particular e individual sobre un sujeto de derecho.

¿Y qué funciones de poder público pueden manifestarse a través de los actos administrativos? Pues lo ideal sería decir que solamente la función administrativa. Sin embargo, como hemos señalado en los puntos precedentes, ocurre que, de modo excepcional, pero cada vez más frecuente, los entes del estado, diferentes a los que conforman el Cuerpo de la Judicatura, resuelven en fase inicial -cuando menos- diferentes conflictos que se presentan entre sujetos de derecho. Estos entes, cumplen así funciones jurisdiccionales en tanto que satisfacen un interés privado, con imparcialidad, sin perjuicio de que además puedan aplicar en algunos casos, copulativamente, una sanción si se acredita una infracción. Esto se produce, sin perjuicio de que algunos entes administrativos, mediante un acto administrativo, también pueden emitir precedentes de observancia obligatoria que, a manera de *soft law*, despliegan matices identificables con la función normativa que cumple el tercero dirimente en el acervo jurídico anglosajón.

En consecuencia, debido a que nuestra Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 mantiene un enfoque tradicional de las categorías *proceso* y *procedimiento*, puede, en la práctica regular el cauce de diversos procesos que significan la realización de funciones de poder público que no se limitan únicamente a la función administrativa. Dicho esto, el operador habrá de mantenerse alerta para reconocer e invocar la esencia de los procesos del poder y alerta también para contribuir en una próxima modificación legislativa que reconozca las realidades de la manifestación del poder público encargado al Estado, conforme lo hemos planteado.