

## *Apuntes de Derecho Administrativo Peruano*

por el Dr. LUIS ALBERTO GAZZOLO \*

---

### **El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo**

Ambas ramas del Derecho nacen del Derecho Público; están por consiguiente íntimamente ligadas; pero tienen caracteres que las diferencian. El Derecho Administrativo es quizás la rama menos cristalizada del Derecho. Ello se debe: 1° a ser de origen más reciente que el Derecho Constitucional y no haber alcanzado idéntico grado de sedimentación; 2° a que las instituciones administrativas están más estrechamente ligadas a los cambios de la vida moderna.

En los últimos veinte años el Derecho Administrativo peruano, ha experimentado cambios sustanciales al promulgarse entre otras, las siguientes leyes: Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, la Caja de Pensiones, el Régimen de jubilación para las mujeres, la ley de Electricidad, la ley de Promoción Industrial y la de Derechos de Autor. Estas leyes suponen un considerable avance en relación con las leyes anteriores sobre las mismas materias.

Bonnard sostiene, que la diferencia entre el Derecho Constitucional y el Administrativo, radica en que el primero es eminentemente político, mientras que el segundo es técnico; pero señala al mismo tiempo que el Derecho Constitucional contiene normas superiores.

El Derecho Constitucional es la base del Derecho Administrativo. La Constitución decide cómo se organiza el país. El Derecho Administrativo desarrolla los principios fundamentales establecidos en la Constitución. Hay pues una estrecha relación entre ellos, que Savigny captó magistral y objeti-

---

\* Catedrático Principal de Derecho Rural de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Antiguo Catedrático de Derecho Administrativo y de Derecho Rural en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú.

vamente, al sostener que la relación entre estas dos ramas del Derecho se asemeja a una escala en la que los peldaños más altos estarían formados por el Derecho Constitucional y los más bajos por el Derecho Administrativo.

Renard en cambio, señala una cuádruple diferenciación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo:

- 1º.— **Por la Superioridad.**— Porque las instituciones de Derecho Constitucional están en un plano muy superior, es decir sobre sus similares de Derecho Administrativo. Esta distinción, sin embargo no es muy eficiente, puesto que hay actos administrativos muy importantes, que no quedan a la zaga de los actos constitucionales.
- 2º.— **Por la inestabilidad del Derecho Constitucional.**—Las Instituciones de Derecho Constitucional varían o cambian, lo que no sucede frecuentemente con las instituciones de Derecho Administrativo. Las formas de Gobierno de los Estados han variado a través del tiempo, mientras que el Derecho Administrativo trata de mantener sus instituciones.
- 3º.— **Por la Técnica.**—En el Derecho Administrativo es fundamental la técnica, el funcionario debe ser un técnico o conocedor a fondo del ramo respectivo de la Administración que se halla a su cargo, mientras que dentro del ámbito del Derecho Constitucional, que marcha muchas veces al ritmo de las tonalidades de la política, no importa la técnica. Así dentro de esta esfera, puede darse el caso que un Ministro de Guerra o de Agricultura sea un dentista o un abogado, es decir un profesional que está al margen de la técnica militar o agrícola.
- 4º.— **Por la Política.**—Porque ella predomina en el Derecho Constitucional, lo que no sucede en el Derecho Administrativo, donde predomina la técnica. El Derecho Administrativo es como un motor que continuamente está en funcionamiento; nada detiene su marcha. En cambio el Gobernante dentro del campo constitucional actúa a base de grandes impulsos que pueden ser detenidos o transformados por las contingencias de una revolución. Esto no sucede en la maquinaria administrativa la que continúa su marcha, a pesar de las crisis profundas que experimente la Nación.

### **Importancia del Derecho Administrativo**

Bielsa sostiene que: “Así como el Derecho Civil es el Derecho Privado Común el Derecho Administrativo es hoy, realmente el Derecho Público Común”<sup>1</sup>. Y, en efecto, no existe en la actualidad campo de actividad en que el particular no tropiece con organismos e institutos del Estado. El comerciante, el productor, el industrial, el que conduce un auto y el simple peatón, necesitan conocer no sólo la legislación tributaria y social, sino las diversas

<sup>1</sup> Principios de Derecho Administrativo. Rafael Bielsa. Pág. XV.

disposiciones administrativas que guardan relación con sus respectivas actividades. El que guía un automóvil debe conocer y someterse a las prescripciones administrativas concernientes al tránsito; el ingeniero constructor debe conjugar su proyecto con las disposiciones del Reglamento de Construcciones (aprobado por Resolución Suprema 112 del 6 de Junio de 1952); la instalación y ubicación de una fábrica debe igualmente estar en consonancia con las leyes administrativas pertinentes.

Por eso, con razón expresa el profesor Guillermo Varas: "El Derecho Administrativo interesa, no sólo a los profesionales sino a todos los ciudadanos, porque la intervención del Estado los envuelve a todos en una estrecha y complicada red, poniéndolos en relación con los diversos organismos y servicios públicos <sup>2</sup>.

Hace poco en nuestro país y, en especial en Lima y Callao, se han instalado infinidad de fábricas de harina de pescado y pesqueras cuyo funcionamiento en gran escala ha desatado una ola fétida que ha envuelto a nuestra Capital y balnearios. Hubo días en que el vecindario no pudo dormir debido a estos malos olores. Las infinitas protestas aumentaron en tal forma, que tuvo que intervenir el Estado para solucionar uno de los tantos problemas que huelen mal en nuestro país. El Gobierno nombró una Comisión para que estudie el caso, llegándose a la conclusión de que dichas fábricas debían de proveerse de aparatos desodorantes. He aquí, un caso objetivo de la importancia del Derecho Administrativo. Esa relación o vinculación cristalizada en una protesta del vecindario, hizo que el Estado interviniere con un acto administrativo que disponía que las fábricas existentes se proveyeran de aparatos desodorantes y no autorizándose en lo sucesivo la instalación de nuevas industrias de pesca en las cercanías de Lima y Callao.

### **Exposición y Crítica de las Diversas Definiciones del Derecho Administrativo**

Existe divergencia entre los autores para definir el Derecho Administrativo. Por eso es que tratamos de revisar las diversas definiciones a través de las diferentes escuelas o tendencias que han impreso su huella en dicha rama del Derecho. Así por ejemplo existe: un criterio legalista, un criterio del Poder ejecutivo, un criterio de las Relaciones Jurídicas, una tendencia a definir en función de los Servicios Públicos y uno que identifica al Derecho Administrativo con los fines del Estado.

1º—**Criterio Legalista.**— Los tratadistas que sostienen esta tendencia ven al Derecho Administrativo como "un conjunto de leyes administrativas que tienen por objeto la organización de la administración". Esta definición es equivocada: 1º porque lo definido debe ser ajeno a la definición y 2º porque concreta el contenido del Derecho Administrativo a la ley positiva; y

---

<sup>2</sup> Derecho Administrativo, pág. 9.

un conjunto de leyes no es Derecho, pues éste implica principios fundamentales, ordenamiento y sobre todo sistematización de Instituciones. La definición enmarcada dentro del criterio legalista responde a la primera etapa del desarrollo del Derecho Administrativo.

2°.— **Criterio del Poder Ejecutivo.**—Es sostenido por el tratadista español Santa María de Paredes, quien define al Derecho Administrativo: "Como el Derecho referente a la organización, funciones y procedimientos del Poder Ejecutivo".

Este criterio tampoco es aceptado, pues, si bien es cierto que el Poder Ejecutivo realiza actos de administración, existen entes y aún otros poderes, como el Judicial y el Legislativo, que también realizan ese tipo de funciones.

3°.— **Criterio de las Relaciones Jurídicas.**—Según esta tendencia el Derecho Administrativo "es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre el Estado y los particulares". Mayer, Fleiner y Laferriere mantienen esta opinión. Pero, como bien dice el tratadista argentino Villegas, el concepto de las relaciones jurídicas no es erróneo, en una definición, mas sí insuficiente, por cuanto esas mismas relaciones jurídicas se presentan también en el Derecho Constitucional, en el Penal y en el Derecho Procesal.

4°.— **Criterio de los Servicios Públicos.**—Considera al Derecho Administrativo como el "conjunto de normas reguladoras de los servicios Públicos". Son partidarios de este criterio Duguit, Jeze y Rolland. Es indiscutible que este criterio no es erróneo, pues en el Estado moderno la satisfacción de las necesidades colectivas se lleva a cabo mediante los servicios públicos. Pero el Derecho Administrativo no se agota en los servicios públicos, puesto que existen necesidades colectivas que no son cumplidas por los servicios públicos.

5°.— **Criterio que identifica el Derecho Administrativo con los fines del Estado.**—Sus partidarios son Meyer y Orlando quienes sostienen que el Derecho Administrativo es el conjunto de principios que regulan la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines. Como se constata claramente, este criterio adolece del grave error de unir nuevamente el Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional, ya que quien tiene la función de realizar los fines del Estado, es el Derecho Constitucional.

Hemos revisado, pues, los principales criterios que existen para definir el Derecho Administrativo, inclinándonos por la definición del tratadista argentino Benjamin Villegas Basavilbaso, ya que parece encerrar los caracteres más saltantes de esta disciplina. Dicha definición es como sigue:

"El Derecho Administrativo es el conjunto de normas y de principios de Derecho Público que regulan las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquellos entre sí, para la satisfacción concreta, directa e inmediata de las necesidades colectivas, bajo el orden jurídico estatal"<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Derecho Administrativo. Tomo I, pág. 77.

## La Ciencia de la Administración y el Derecho Administrativo

Se ha negado y sostenido la existencia de la Ciencia de la Administración como autónoma o independiente del Derecho Administrativo, por eso trataremos de precisar sus diferencias.

Durante mucho tiempo se sostuvo, siguiendo las enseñanzas de Ferraris, que concernía a la Ciencia de la Administración el estudio de la actividad social del Estado y al Derecho Administrativo el estudio de la actividad jurídica. Otros siguiendo los lineamientos de la doctrina francesa, entendieron la Ciencia de la Administración como el estudio de los principios generales y abstractos del Derecho Administrativo, mientras que la Ciencia de la Administración tendría como objeto principal el derecho positivo.

La doctrina alemana ha considerado a la Ciencia de la Administración como disciplina política; mientras que otros tratadistas, entre ellos Presutti, consideran que la política tiene como tarea el determinar los fines del Estado y la Ciencia de la Administración estudiar los medios necesarios para conseguir dichos fines.

El tratadista argentino Bielsa admite la autonomía de la Ciencia de la Administración; nosotros simplemente señalaremos las diferencias más salta-ntes entre ella y el Derecho Administrativo:

- 1º.— La Ciencia de la Administración es un conjunto de principios o de normas que orientan la actividad del Estado; el Derecho Administrativo, en cambio, es un conjunto de principios que obligan y no de preceptos que orientan.
- 2º.— La Ciencia de la Administración estudia aquello que debe ser, mientras que el Derecho Administrativo estudia cómo son las Instituciones y no cómo deberían ser; y
- 3º.— La Ciencia de la Administración pone en relieve la técnica; el Derecho Administrativo es eminentemente jurídico.

El tratadista Giannini considera el "Aparato Administrativo" como noción de Ciencia de la administración<sup>4</sup>. Hay una Administración-Actividad, frente a un Aparato Administrativo. En el campo científico de la organización, se entiende por "Aparato" un complejo organizado para la producción de bienes o servicios, tal por ejemplo: el Ejército, la Universidad o el Seguro Social del Empleado o del Obrero. Estos organismos presentan diferencias notables; pero tienen un denominador común o nexo que es el "Aparato" o sea constituyen complejos organizados de prestaciones personales y de servicios. Para Giannini pues, la noción de Aparato Administrativo pertenece al campo de las disciplinas técnicas y más aún a la ciencia de la Organización.

---

<sup>4</sup> Lezioni di Diritto Amministrativo, pág. 5. Milano, 1950.

## Relaciones del Derecho Administrativo con otras ramas del Derecho Público

Hemos sostenido que el Derecho Administrativo es eminentemente Derecho Público, luego es lógico que tratemos de precisar las relaciones que guarda con las otras ramas del Derecho Público:

- 1º.— **Con el Derecho Constitucional.**—Para Lentini la distinción entre éste y el Derecho Administrativo es clara. Sin embargo, debemos considerar al Derecho Constitucional más que una rama del Derecho Público, la base y el fundamento de todo el amplio campo del Derecho. Las dificultades se acentúan cuando se trata de delimitar los confines de estas dos ramas del Derecho, ya que las leyes administrativas emanan en su mayor parte del Poder Legislativo, es decir de órganos constitucionales; por eso Barthélemy afirma que “es en el Derecho Constitucional donde se encuentran las denominaciones de los capítulos del Derecho Administrativo: uno es el prefacio obligado del otro”<sup>5</sup>. Con esto estamos indicando la íntima relación que existe entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, que algunos autores, entre ellos el anteriormente citado, consideran que su separación y autonomía es ficticia.
- 2º.— **Con el Derecho Procesal Civil.**— Este Derecho estudia el ordenamiento judicial. Su conocimiento tiene gran importancia porque señala no pocas interferencias en el campo del Derecho Administrativo. En el ejercicio de la actividad administrativa, se sigue con frecuencia un procedimiento, que tiene muchas veces normas comunes a las del procedimiento civil ordinario. Así, por ejemplo, dentro de la ley 4528 de Facultades Coactivas, que es eminentemente ley administrativa, notamos que, cuando se llega al embargo y al remate en pública subasta se aplican las disposiciones procesales que señala nuestro C. de P. C.
- 3º.— **Con el Derecho Penal.**—Tiene estrecha relación, sobre todo en lo que se refiere a la administración de los servicios penitenciarios, ya que es al Estado a quien corresponde la tutela de los establecimientos penales. De otro lado nuestro Código Penal, tiene precisamente una parte o Título, en donde se señalan los delitos cometidos por los funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.

Por último, no faltan tratadistas que sostienen que existe un Derecho Penal Administrativo que impone las penas a los empleados públicos, tales como la amonestación, la multa, la suspensión sin goce de haber de 10 a 30 días, la cesantía y la destitución que establece el art. 86 de la ley 11377 (Estatuto del Servicio Civil).

---

<sup>5</sup> Derecho Administrativo, pág. 1.

4º.— **Con el Derecho Internacional.**— Hay en realidad múltiples interferencias de este Derecho en el campo del Derecho Administrativo. En efecto, algunas normas de Derecho Internacional implican en el fondo una acción administrativa que los diversos Estados deben explicar (Servicio postal, telegráfico, telefónico, ferroviario etc.) o el ejercicio de funciones públicas, tales como las de sanidad marítima, policía fluvial y aduanera, etc. que precisamente por tener normas de carácter internacional no conciernen a la administración de los estados considerados aisladamente, sino en cuanto forman parte de la comunidad internacional.

Para terminar, anotaremos que Zanobini en su obra: "Sui Rapporti tra il Diritto Amministrativo e il Diritto Penale", sostiene que el Derecho Financiero o Tributario, es comúnmente considerado como parte integrante del Derecho Administrativo, aún cuando en la doctrina y en la docencia universitaria se consideran aparte. En cambio, afirma Giannini que, en materia de relaciones del Derecho Administrativo con otras ramas del Derecho: "existen infinidad de cursos y manuales que dedican multitud de páginas para desarrollar este punto. Se trata de uno de los tantos problemas fantásticos, fruto de errores iniciales de los juristas y que siguen arrastrando consigo por pereza. Las ramas del derecho no son entes cerrados entre las cuales existan relaciones, sino que son sistemas abiertos, nunca separados, más bien unidas las unas con las otras con un vínculo igualmente sistemático. Ninguna de ellas es separable de las otras, con las cuales constituye un sistema único"<sup>6</sup>. Sin embargo advierte el mismo autor que, en el Derecho Administrativo, se pueden aislar algunos sectores, que por razones didácticas o de ciencia, pueden ser objeto de estudio separado; verbigracia el derecho Tributario, Minero y de Aguas.

A través de lo expuesto, pues, podemos señalar que el Derecho Administrativo tiene los siguientes caracteres:

- 1º.— Es un derecho de formación reciente, que evidentemente presupone un Estado de Derecho.
- 2º.— Es susceptible de continuas y rápidas transformaciones, a tal punto que se configura como la rama más cambiante del Derecho. Esto seguramente se debe a que la actividad de la administración pública mira esencial y directamente al interés público, estando precisamente las necesidades colectivas e individuales sujetas a continuos cambios; y
- 3º.— A pesar de las relaciones y de las interferencias que tiene con otras ramas del Derecho Público y Privado, el Derecho Administrativo es un **Derecho Autónomo** y nó de excepción

---

<sup>6</sup> Lezioni di Diritto Amministrativo Volumen I, pág. 1050. Milano.