

Un Acercamiento al Concepto de Función Administrativa en el Estado de Derecho

Christian Guzmán Napurí*

“El presente artículo, el autor desarrolla el contenido de la función administrativa, partiendo del análisis de las distintas funciones del Estado, centrándose en la diferencia existente entre la función gubernativa y la administrativa. Asimismo, se tratan las características esenciales de esta función, las cuales son el sometimiento a la ley y al control por parte de la Administración. Finalmente, se detallan, con suma claridad, las distintas actividades de la función administrativa, como la de policía, sancionadora, entre otras.”

A fin de entender a cabalidad el objeto de regulación del Derecho Administrativo es necesario determinar de manera previa que es lo que se entiende por Administración Pública. Ahora bien, dicha definición debe partir de la función que la misma desempeña, teniendo en cuenta que es imposible definir a la misma a partir de un criterio orgánico, en particular porque tiende a confundirse Administración Pública con Estado, cuando no constituyen lo mismo. De hecho, existen reparticiones del Estado que no constituyen Administración Pública. A su vez, existen entidades administrativas - o reguladas por el derecho público - que no forman parte del Estado.

Asimismo, la norma peruana, en especial la Ley del Procedimiento Administrativo General, no define de manera expresa qué es lo que debe entenderse por Administración Pública, limitándose a enumerar lo que la norma considera que constituyen entidades de la Administración Pública. Finalmente, nuestras normas no definen cabalmente qué es lo que debe entenderse por función administrativa, no obstante mencionarla en reiteradas oportunidades, en diversas normas legales.

1. Las Funciones del Estado

Definimos Estado como la entidad jurídica ubicada en un ámbito físico determinado y que ejerce poder

respecto de un conjunto de personas. En la terminología de Jellynek¹, el espacio físico en mención se denomina territorio, al conjunto de personas se le denomina pueblo o población y al poder que el Estado ejerce se le conoce como poder político. Es evidente que la ausencia de cualquiera de dichos elementos determina que la entidad ante la cual nos encontramos no es un Estado. Ahora bien, se define en general como poder a la capacidad que tiene una entidad o persona de influir en las conductas de las demás personas, estando el poder político caracterizado por la coacción que se puede ejercer sobre la población a través del uso de la fuerza, legitimada por el Derecho.

A su vez, en el Derecho Público, se define como Estado de Derecho a la forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, mediante el sometimiento de la Administración a la ley, por lo cual resulta indispensable para la subsistencia de la sociedad. El Estado de Derecho es la forma en la cual se manifiesta jurídicamente el constitucionalismo moderno, puesto que en el mismo el poder político se encuentra jurídicamente regulado a través de una norma jurídica denominada Constitución.

En este orden de ideas, a fin de asegurar la existencia del Estado de Derecho se ha hecho necesario, entre otros

* Abogado consultor especialista en Derecho Público. Socio fundador de C & G Asesores y Consultores. Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la citada universidad, en las áreas de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo. Profesor de la Escuela de Graduados de la misma universidad. Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Arbitro en materia de Derecho Público y de contratación pública

1 JELLINEK, Georg - **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Ed. Albatros, 1954, p. 295 y ss.

principios, la denominada Separación de Poderes, en su concepción clásica. Como resultado de dicho principio, cada una de las funciones matrices del Estado (sea dicha función legislativa, ejecutiva o judicial) ha de tener un titular distinto, siendo dicho titular al que se dio en llamar Poder.

Los orígenes más remotos de la separación de poderes podemos encontrarlos incluso en Aristóteles. En la Política, Aristóteles distinguió tres direcciones del poder del Estado: la que legisla, el soberano y el juez; a los cuales correspondía la deliberación, el mando y la justicia respectivamente y a las que correspondía a la organización política del momento. Sin embargo, Aristóteles no definía una adecuada distribución de facultades, ni le daba a la división de funciones una importancia fundamental en la conservación de la libertad de los pueblos.

En este sentido, es de especial importancia la definición del principio que venimos describiendo por parte de Montesquieu, quien a su vez se basa en postulados como los de Harrington², Bolingbroke y, en especial, de John Locke³. Según Montesquieu, el reparto del poder del Estado es necesario para evitar la acumulación del mismo en una sola mano, de tal manera que el mismo sea ejercido de manera despótica. Para ello, Montesquieu propone que dicho poder debe dividirse en tres partes, cada una con una misión específica y diferente, que supongan un equilibrio y contrapesen la actuación de las demás⁴. Como resultado, la división de poderes en tres (legislativo, ejecutivo y judicial) y su adscripción a instituciones diferentes es garantía, según Montesquieu, contra un gobierno tiránico y despótico⁵.

Montesquieu pretende estatuir un esquema de equilibrio de poderes – el mismo que se encuentra ausente en Locke – a partir del establecimiento de dos tipos de facultades. Refiere en primer lugar a la facultad de estatuir, que consiste en el derecho de ordenar o de corregir lo ordenado por otro. Este derecho es más bien propio del poder legislativo, en materia de elaboración de la ley. Por otro lado, refiere también a la facultad de impedir, la cual implica en realidad un poder de veto sobre los actos de otros órganos.

No obstante los orígenes y desarrollo antes precisados, debemos señalar además que el principio en la actualidad ha sufrido importantes modificaciones, en especial en el ámbito europeo. Se entiende entonces que las funciones del Estado están compartidas entre los diversos organismos del mismo, los cuales deben controlarse mutuamente. De ahí parten principios como el de la interdependencia entre órganos del Estado, del cual dependen los diversos sistemas de gobierno existentes en los diversos países del orbe⁶, desde el presidencialismo, hasta el parlamentarismo.

Las tres Funciones y la Función Administrativa

Normalmente se considera que la función legislativa es la creación de normas generales de conducta que son imperativas para todos los habitantes; y que la función jurisdiccional es la decisión imperativa respecto a las contiendas generadas entre partes, determinando el derecho aplicable; pero no ha habido un concepto de función administrativa que pueda ser armonizado con los dos anteriores de manera definitiva en el contexto del Principio de Separación de Poderes. Inclusive, la función administrativa tiende a confundirse con la función gubernativa, la cual consiste en la dirección de la política general de gobierno, siendo ambas por completo distintas.

De hecho, hoy en día debemos considerar dejar de emplear el concepto de función ejecutiva como componente del principio que venimos analizando y reemplazarla por sus dos elementos tradicionales, que son eminentemente distintos entre sí, la función administrativa y la función gubernativa o política. Mientras que la primera, que vamos a definir más adelante, trasciende al Poder Ejecutivo e inclusive al Estado; la función gubernativa le corresponde únicamente al Poder Ejecutivo y particularmente, al Presidente de la República en tanto Jefe de Gobierno⁷.

Por otro lado, todos los conceptos existentes de función administrativa son incompatibles en alguna medida con las nociones de función legislativa y de función jurisdiccional actualmente existentes; y si bien ello ha sido evidente, los nuevos intentos de definición que maneja la doctrina buscan en general dar un nuevo

2 HARRINGTON, James – **La República de Oceana**. México: Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 101 y ss. Montesquieu hace expresa referencia a Harrington en ciertos pasajes de *Del Espíritu de las Leyes*.

3 LOCKE, John - **Ensayo sobre el Gobierno Civil**. Barcelona: Ediciones Orbis, S.A., 1983, §143.

4 *"Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes, y el poder ejecutivo de los que pertenecen del Derecho Civil.*

Por el poder legislativo, el príncipe o el magistrado promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra o de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste poder judicial; y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado" MONTESQUIEU – **Del Espíritu de las Leyes**. Madrid: Tecnos, 1972, p. 151

5 *"Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales de los nobles o del pueblo ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares". Ibid., loc. cit.*

6 Al respecto: LOEWENSTEIN, Karl - **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 54 y ss.

7 Constitución de 1993:

"Artículo 118°.- *Corresponde al Presidente de la República:*

(...)

3. Dirigir la política general del Gobierno.

(...)"

concepto de función administrativa, antes que modificar o precisar específicamente el de función legislativa o el de función jurisdiccional. Como veremos a continuación, no resulta adecuado definir la función administrativa respecto a aquello que no es, vale decir, función legislativa, función gubernativa (o política) o función judicial o jurisdiccional.

“(la Ley de Procedimiento Administrativo General) no establece qué debe entenderse propiamente por Administración Pública, sino que la define a través de las entidades que la conforman, empleando un criterio meramente orgánico(…)”

2. La Función Administrativa. Su Definición

La doctrina hace referencia de manera reiterada a la distinción entre función administrativa y Administración Pública, definiendo esta última como compuesta por aquellas entidades que realizan función administrativa, al margen de su estructura. Y es que, como lo hemos señalado anteriormente, existen entidades que desarrollan funciones administrativas, que no forman propiamente parte del Estado. A su vez, existen entidades y órganos del Estado que no ejercen función administrativa, sino de otra índole.

Además del criterio negativo, que implica que administración es lo que implica ni legislación ni jurisdicción - el mismo que es eminentemente incompleto e incluso erróneo - existen criterios distintos de tipo positivo que han sido propuestos para diferenciar las funciones públicas: el criterio orgánico o estructural y el criterio material o sustancial, que fueron empleados

durante mucho tiempo en el derecho comparado⁸, pero que hoy se encuentran en crisis como pasaremos a demostrarlo seguidamente.

En este orden de ideas es necesario señalar que la Ley de Procedimiento Administrativo General señala que la misma es de aplicación para todas las entidades de la administración pública. Sin embargo, no establece qué debe entenderse propiamente por Administración Pública, sino que la define a través de las entidades que la conforman, empleando un criterio meramente orgánico⁹, que incluye a diversas entidades del Estado, como el Congreso o el Poder Judicial, las cuales no poseen como función matriz a la administrativa, no obstante que la misma se desarrolla también al interior de dichas entidades.

2.1. El Punto de Vista Orgánico o Estructural

Desde este punto de vista podemos hacer la distinción respecto a la función pública ejercida según la actuación sea realizada por un ente jurisdiccional, administrativo, gubernativo o legislativo, y determinar si nos encontraríamos ante una función de tal o cual tipo. Este criterio es evidentemente insuficiente y, tomado literalmente, resulta ser erróneo, por cuanto en los órganos legislativos y jurisdiccionales también se realizan funciones administrativas, siendo posible incluso confundir funciones gubernativas con las administrativas, algunas veces ejercidas por los mismos funcionarios.

De hecho, los ministros son considerados funcionarios mixtos. Un ministro no posee facultades solamente administrativas, sino también políticas¹⁰. De hecho, el ministro es un funcionario administrativo en tanto encargado de un sector de la Administración Pública¹¹ dirigida por el Poder Ejecutivo, pero es a la vez un funcionario político, pues toma decisiones de manejo estatal de manera colegiada con el Consejo de Ministros y conjuntamente con el Presidente de la República cuando refrenda sus actos. Ello genera responsabilidad política del ministro respecto de los actos presidenciales, puesto que sin el refrendo el acto es nulo. Así, la responsabilidad política del ministro es de particular importancia para hacer efectivos los mecanismos de control político directo por parte del Congreso.

8 MUÑOZ MACHADO, Santiago – “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de de participación en la Administración”. En: *Revista de Administración Pública N.º 84*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1977, p. 526. También: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián – “Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo”. En: *Revista de Administración Pública N.º 26*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1958, p. 11.

9 El artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que se entenderá por entidades de la Administración Pública a:

- El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
- El Poder Legislativo;
- El Poder Judicial;
- Los Gobiernos Regionales;
- Los Gobiernos Locales;
- Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía;
- Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,
- Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

10 RODRIGUEZ, Libardo – **Derecho Administrativo**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995, p. 70.

11 COSCULLUELA MONTANER, Luis - **Manual de derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 1993, p. 209.

2.2. El Punto de Vista Material o Sustancial

Desde el punto de vista material, es decir, ateniéndonos a la descripción externa de los actos mismos, serían actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa, a través de leyes; son actos jurisdiccionales los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable; y son actos propios de la función ejecutiva tradicional aquellos que constituyen manifestaciones concretas - por oposición a las manifestaciones abstractas, como lo son la legislación - de la decisión estatal. A su vez, la función ejecutiva estaría conformada por un componente gubernativo o político y por un componente administrativo, que son sustancialmente distintos entre sí.

Ahora bien, puede afirmarse que administrar consiste en tomar medidas para manejar el Estado y lograr los fines por él perseguidos. A primera vista, puede considerarse entonces que dicha función pública es propiamente función ejecutiva, pues resulta ser la materialización y puesta en práctica, por parte del Estado, de la ley emitida por el Parlamento¹². Ello, sin embargo no es enteramente cierto puesto que existen entes que no pertenecen al denominado Poder Ejecutivo - o más propiamente, Gobierno -, y que pueden ejercer, en mayor o menor medida, función administrativa. Los casos más evidentes son los correspondientes a los entes constitucionales (que gozan de una intensa autonomía), así como las entidades descentralizadas territorialmente, como son los gobiernos locales o regionales.

Por otro lado, dentro del Poder Ejecutivo o Gobierno, existen también entes y órganos que desempeñan función gubernativa o política, que como lo hemos señalado de manera reiterada consiste en la dirección de la política general de gobierno y la subsistencia de las instituciones organizadas por la Constitución¹³, lo cual no debe justificar que dichos actos gubernativos no sean susceptibles de control, como veremos más adelante. Atenerse a este criterio meramente material que estamos describiendo implicaría afirmar que los tres poderes del Estado realizan las tres funciones matrices del mismo sin que exista un sistema de frenos y contrapesos (checks and balances), propios del

principio de separación de poderes en su formulación actual.

2.3. Características Diferenciales de la Función Administrativa, desde el Punto de Vista Funcional

La función administrativa posee ciertas características diferenciales, que sin embargo permiten notar que la misma en realidad transita por los más diversos organismos estatales, e incluso a través de entes privados o no estatales. En primer lugar, debe considerarse que si bien la función administrativa es ejercida por el Estado, puede ser realizada por los particulares a través de la delegación, autorización o concesión de la autoridad estatal, debiéndoseles aplicar el derecho administrativo en esos casos. Los casos que se presentan son múltiples e incluyen a las empresas que prestan servicios públicos - lo cual puede discutirse sobre la base de las nuevas concepciones aplicables a los mismos - los colegios profesionales¹⁴ u otros entes de naturaleza corporativa¹⁵.

Si bien la función gubernativa, la función jurisdiccional y la función legislativa son ejercidas por el Estado, las mismas no son delegables a entes no estatales. Como resultado, no es posible en primer término que los particulares puedan tomar decisiones de gobierno, no pudiendo dicha función delegarse u otorgarse en concesión a aquellos. Asimismo, es imposible que el Poder Judicial delegue su función jurisdiccional¹⁶, salvo el caso del arbitraje, que si bien constituye jurisdicción no implica delegación por parte de los organismos jurisdiccionales sino más bien una decisión tomada por las partes para someter su controversia a dicha jurisdicción. Finalmente, la función legislativa solo puede delegarse en el Gobierno, a fin de que este pueda emitir decretos legislativos.

El Ámbito de la Función Administrativa

Además, debe entenderse que la función administrativa opera en el ámbito de las labores cotidianas de interés general. Es decir, dicha función implica el manejo de dichas labores en mérito a las facultades concedidas al ente que las realiza. Las decisiones de la Administración Pública se relacionan directamente con funciones

12 RODRIGUEZ, Libardo - Op. cit., p. 12.

13 CASSAGNE, Juan Carlos - **Derecho Administrativo I**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pp. 92-93.

14 Constitución de 1993:

"Artículo 20°.- Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de Derecho Público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria."

15 Un caso interesante es el del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional. Lo que ocurre es que, conforme lo dispuesto por el artículo 12° de la Ley N.° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, el COES es una entidad privada, sin fines de lucro, pero con personería de Derecho Público; y que se encuentra conformada por todos los Agentes del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN). Esta entidad emite actos administrados y se regula por normas provenientes del Derecho Administrativo, desempeñando en consecuencia función administrativa.

16 Constitución de 1993:

"Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

(...)"

de interés general que se deben realizar de manera permanente, es decir, con un carácter concreto, inmediato y continuo¹⁷. Este permite distinguir la función administrativa de las actividades de interés privado, que pueden encontrarse reguladas por la Administración Pública, pero que no forman parte de la función que la misma ejerce.

Por otro lado, la función administrativa tiene relación directa con los particulares en general, de tal manera que las actividades que desempeña la Administración Pública los afectan directamente. Ello no significa que toda decisión de la administración tenga por destinatario a particulares, puesto que en muchos casos los destinatarios pueden ser empleados públicos, a través de los llamados actos de administración interna.

En este orden de ideas, es necesario señalar que, en contraposición, la función legislativa se enfoca indirectamente en los particulares, pudiendo dirigirse también a la organización del Estado; la función gubernativa no se enfoca sino en la dirección del Estado en su conjunto; y la función jurisdiccional, si bien se enfoca en los particulares, pretende resolver conflictos o corregir una situación de incertidumbre jurídica y no es susceptible de revisión por parte de otro poder del Estado, a diferencia de lo que ocurre con la función administrativa, que precisamente es controlada por dicha función jurisdiccional, entre otros mecanismos de control.

El Principio de Legalidad

Asimismo, la función administrativa se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, y en especial, a la Ley, siendo esta última la que determina los alcances de lo que la Administración puede hacer, vale decir, su competencia¹⁸. Así, el principio de legalidad se convierte en el más importante del Derecho Administrativo, e implica que las autoridades deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades¹⁹.

La Administración se sujeta, en especial, a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto, que es el Parlamento, subordinándose al mismo²⁰, caso contrario, la Administración carecería de control jurídico real, pudiendo actuar de manera arbitraria. En segundo lugar, que la Administración Pública, a

diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o principio de no coacción, dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa²¹.

El Control Administrativo

Además, la función administrativa se encuentra sometida a múltiples mecanismos de control, dentro de las cuales se encuentran por lo menos dos organismos del Estado que desempeñan funciones matrices, el Parlamento y el Poder Judicial. El Parlamento controla la Administración Pública a través de diversos mecanismos de control político existentes y establece un férreo control previo a través del principio de legalidad.

A su vez, el Poder Judicial controla las decisiones administrativas a través de la posibilidad de revisión judicial de las actuaciones administrativas – vía el proceso contencioso administrativo²² – y de la existencia de los diversos procesos constitucionales, destacando la acción popular, destinada al control de los actos normativos de la Administración Pública, dado que se emplea para impugnar normas reglamentarias, que por definición poseen rango secundario. Este mecanismo de control es medular en el Estado de Derecho, sin el cual no sería posible asegurar un comportamiento adecuado de la Administración²³. Ello no significa que el Poder Judicial no pueda controlar actos políticos o gubernativos, no existiendo actuación estatal alguna que pueda ser resultado de una decisión arbitraria, como lo ha señalado en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional peruano.

Finalmente, no hay que desconocer la existencia de las demás modalidades de control de la Administración Pública. En primer lugar, el control administrativo propiamente dicho, ejercido por organismos administrativos como la Contraloría General de la República (al mando del Sistema Nacional de Control), la Defensoría del Pueblo, el CONSUCODE (cuyas funciones, a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1017, serán asumidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado), entre otros. En segundo lugar, es necesario hacer referencia al control social o ciudadano, ejercido por los particulares y que incluyen mecanismos de los más variados, como el acceso a la información pública, las rendiciones de cuentas o los presupuestos participativos, entre muchos otros.

17 CASSAGNE, Juan Carlos – Op. cit., p. 81.

18 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando – **Tratado de Derecho Administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, T I, p. 59.

19 Artículo IV, inciso 1, literal 1.1 del Título Preliminar de la Ley.

20 COSCULLUELA MONTANER, Luis – Op. cit., p. 35.

21 OCHOA CARDICH, César – “**Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo**”. En: *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Ley N° 27444*. Lima: ARA, 2003, p. 53.

22 Constitución de 1993:

“**Artículo 148°.-** Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.”

23 LOEWENSTEIN, Karl - Op. cit., pp. 305 y ss.

3. Las Actividades de la Administración Pública.

A fin de dotar de contenido a la función administrativa, es necesario definir cuales son las actividades que la Administración Pública desempeña en mérito a dicha función, dado que la misma no es en absoluto homogénea. En primer lugar, las actividades de la Administración Pública deben configurarse como obligaciones, al amparo del principio de legalidad y teniendo en cuenta la competencia de cada uno de los entes que la conforman. Asimismo, ninguna de dichas actividades puede considerarse propias de la función gubernativa, la función legislativa o la función jurisdiccional.

En primer lugar, tenemos la llamada actividad de policía – o actividad de limitación de derechos –, que implica la facultad de la Administración de limitar derechos, sean fundamentales o no, a fin de obtener la adecuación del comportamiento particular al interés general²⁴, restringiendo la libertad o ciertos derechos de los particulares, pero sin sustituir la actuación de los mismos²⁵. Ello si tomamos en cuenta que por la naturaleza de su función la Administración está autorizada a limitar ciertos derechos o intereses de los particulares²⁶. Es en uso de la actividad limitadora que la Administración Pública puede otorgar autorizaciones, licencias y permisos a fin que los particulares desempeñen determinadas actividades.

La actividad prestacional de la Administración es la que está referida al manejo de los servicios públicos²⁷. De hecho, durante mucho tiempo, y como resultado de la influencia de los autores franceses, la función administrativa se identificaba de manera plena con esta actividad, hasta que fue evidente que dicha función iba mucho más allá de la mera prestación de servicios²⁸. En general, se entiende por servicio público aquel cuya prestación debe necesariamente ser asegurada por la Administración, por ser la misma de interés público o interés común. Es decir, un servicio público es la prestación obligatoria, individualizada y concreta de bienes y servicios, para satisfacer necesidades primordiales de la comunidad²⁹. Ahora se entiende que el servicio público es un concepto instrumental, que se produce a través de una ley (la llamada publicatio), que no debe afectar derechos fundamentales y además que debe ser el resultado de la necesidad de regular de manera intensa una actividad determinada.

La actividad de fomento consiste en la realización de determinadas acciones por parte de la Administración

Pública a fin de promover o estimular la realización de ciertas actividades por parte de los particulares, las mismas que son consideradas de interés público³⁰. Dicha actividad de la Administración no implica una imposición sino una ayuda para la realización de la actividad económica en cuestión³¹. La actividad de fomento es desempeñada a través de las subvenciones y los subsidios, los mismos que constituyen incentivos económicos; pero también a través de incentivos jurídicos, como los convenios de estabilidad o la simplificación administrativa; así como mediante el uso de los incentivos honoríficos.

La actividad normativa de la Administración consiste en la emisión de normas jurídicas de rango secundario – es decir, inferior al de la ley – denominadas en forma genérica reglamentos, los mismos que en principio sirven para complementar o hacer operativas las leyes, y que incluyen también los llamados reglamentos autónomos, los mismos que no requieren de una ley a la cual reglamentar. Es necesario señalar que esta función no implica una intromisión en la función legislativa otorgada originariamente al Parlamento, puesto que la actividad normativa de la Administración siempre va a implicar la emisión de normas de rango inferior a la ley y subordinadas a ésta. Es imposible que una norma emitida por la Administración pueda modificar o dejar en suspenso una ley. Los decretos legislativos y de urgencia son emitidos por el Gobierno, no por la Administración, gozando del rango de ley que les otorga la Constitución.

La actividad sancionadora goza actualmente de especial singularidad, puesto que permite a la Administración sancionar a los particulares por la comisión de determinadas infracciones, las mismas que no poseen la calificación de delitos. Además, la actividad sancionadora de la Administración posee ciertos principios que tienen por finalidad proteger al particular de posibles actos arbitrarios³². Asimismo, esta actividad no implica impartir justicia, toda vez que la Administración no penaliza delitos, ni puede aplicar penas privativas de libertad; pudiendo su decisión ser revisada posteriormente por el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo.

Además, debemos considerar la actividad cuasijurisdiccional del Estado, por la cual la Administración Pública se encarga de resolver controversias entre particulares o entre estos y otras entidades del Estado, a través del empleo del denominado procedimiento

24 Ver: DROMI, José Roberto – **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Ciudad argentina, 2000, p. 663 y ss.

25 PARADA VAZQUEZ, Ramón - **Derecho Administrativo I**. Parte General. Madrid: Marcial Pons, 2002, pp. 380 y ss.

26 ESCOLA, Héctor Jorge – **Compendio de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 912.

27 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando – Op. cit., p. 42.

28 MUÑOZ MACHADO, Santiago – Op. cit., p. 523-524.

29 Para una definición de servicio público: ARIÑO, Gaspar; DE LA CUÉTARA, J.M.; MARTÍNEZ, J.L.- **El Nuevo Servicio Público**. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 67-69.

30 PARADA VAZQUEZ, Ramón – Op. cit., pp. 402 y ss.

31 Sobre el particular: ARIÑO ORTIZ, Gaspar – **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 1999, pp. 287 y ss.

32 MORON URBINA, Juan Carlos – **Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General**. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2001, p. 511.

administrativo trilateral, cuyo resultado es susceptible de revisión por parte del Poder Judicial. Dicha actividad se ejerce a través de los llamados tribunales administrativos o de los entes encargados de componer conflictos - o resolver controversias - entre particulares o entre estos y el propio Estado. No debe confundirse esta actividad con la función jurisdiccional, la cual corresponde a entes definidos de manera taxativa por la Constitución y que por definición no puede ser revisada de manera posterior, generando cosa juzgada.

Finalmente, aun se discute la existencia de actividad arbitral en la Administración Pública. Por actividad arbitral debemos entender aquella en la cual la autoridad administrativa resuelve de manera definitiva una controversia suscitada entre particulares, a través de una decisión que resulta ser vinculante para las partes en conflicto. Esta actividad debe diferenciarse de la actividad cuasijurisdiccional en tanto esta última no implica el efecto de cosa juzgada que sí generaría el laudo arbitral.

4. A Modo de Conclusión

Es preciso reconocer que en el ámbito del Principio de Separación de Poderes definir el contenido de la función administrativa no ha sido tarea fácil, en especial si se tiene en cuenta que la misma se ha ido diferenciando paulatinamente de la función ejecutiva propiamente

dicha conforme las actividades de la Administración Pública se han ido incrementando y diversificando. De hecho, como lo hemos demostrado, la función gubernativa o política y la función administrativa, tradicionalmente consideradas componentes de la función ejecutiva, son actualmente tan diferentes entre sí que resulta por demás discutible seguir manteniéndolas juntas.

Por otro lado, es preciso establecer con claridad los elementos diferenciales de la función administrativa. En primer lugar, si bien es una función pública – y en consecuencia, de interés general – la misma no es privativa del Estado, pudiendo ser ejercida por los particulares mediando autorización del mismo. En consecuencia, resulta evidente que la Administración Pública no se encuentra íntegramente al interior del Estado, siendo erróneo identificar ambos conceptos.

En segundo lugar, la función administrativa tiene relación directa con los administrados, de tal manera que las actividades que desempeña la Administración Pública los afectan de manera directa. Asimismo, dicha función se encuentra sometida al principio de legalidad, y en especial, a la ley emanada del Parlamento. Finalmente, dicha función se somete a diversos mecanismos de control, que operan de manera más intensa que aquellos que resultan aplicables al resto de funciones públicas 