

Claudia Del Pozo Goicochea^(*)

Administración Pública y derechos fundamentales: ¿pueden los organismos de la Administración Pública ser **titulares de derechos fundamentales**?

«EN ESE SENTIDO, LA TITULARIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR PARTE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO NO SERÍA MÁS QUE UNA CONSECUENCIA NATURAL DE LAS FUNCIONES ASUMIDAS POR LA ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA. PROGRESIVAMENTE, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA HA PERDIDO PROGRESIVAMENTE SU POSICIÓN DE PREEMINENCIA FRENTE A LOS CIUDADANOS, AL PUNTO QUE DEBE RECURRIR MUY FRECUENTEMENTE A LA JUDICATURA PARA RESOLVER SUS CONTROVERSIAS».

1. Introducción

El progresivo desarrollo de la noción de derechos fundamentales ha constituido uno de los pilares básicos del Estado Constitucional⁽¹⁾ y un cambio de visión en las relaciones entre las personas naturales y el estado.

Así, podemos observar que los derechos fundamentales operan como límites de la actuación del poder estatal en su conjunto; es decir, tanto del Poder Legislativo, como del Poder Judicial y, evidentemente del Poder Ejecutivo, a través de la actuación de la Administración Pública.

Como es bien sabido, los derechos fundamentales surgieron, principalmente, como derechos de defensa del ciudadano frente a una posible arbitrariedad del poder estatal. Sin embargo, el propio desarrollo de la sociedad ha ido ampliando la eficacia de los derechos fundamentales incluso en las relaciones entre particulares, lo que ha sido objeto de amplio debate en la doctrina⁽²⁾.

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) HÄBERLE, Peter. *Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*. En: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid: Civitas. 1991. p. 260.

(2) Cfr. DE VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)*. En: *Derecho PUCP*. Número 46. Lima: diciembre 1992. pp. 357-375.



No obstante la importancia de los temas señalados, no es nuestra intención el analizar exhaustivamente la vinculación de la administración con los derechos fundamentales del individuo. Al contrario, el presente artículo tiene como finalidad el analizar si la Administración Pública -personificada en sus organismos administrativos- puede ser titular de derechos fundamentales.

Aunque la temática pueda parecer novedosa, creemos que ésta no constituye sino un avance propio de la evolución de los derechos fundamentales en nuestro Estado Constitucional; y por ello, corresponde ser planteado en ese ámbito.

Por ello, proponemos una breve revisión de la propia noción de derechos fundamentales y la relación de éstos con la administración, para luego exponer en qué medida los organismos de la Administración Pública pueden ser titulares de dichos derechos.

«LA DOCTRINA DEL DERECHO PÚBLICO ALEMÁN RECONOCÍA QUE EL ESTADO PODÍA SER TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES CUANDO ACTUABA COMO “FISCO”; ES DECIR, COMO PERSONA DE DERECHO PÚBLICO PRIVADO. ESTA TEORÍA ERA MÁS QUE NECESARIA EN UN CONTEXTO EN EL QUE NO ERA CONCEBIBLE EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN».

2. Surgimiento y evolución de los derechos fundamentales

Desde que se postularon las primeras formulaciones teóricas acerca del estado, la relación entre este y las personas ocupó un lugar importante en la dogmática jurídica.

Tal vez el más claro antecedente de la noción de derechos fundamentales se encuentra en la construcción teórica de los derechos públicos subjetivos propuesta por Jellinek⁽³⁾.

Este autor consideraba que la subjetividad jurídica del individuo se afirmaba siempre en oposición al estado, mediante el reconocimiento estatal del individuo de su condición de miembro de su comunidad⁽⁴⁾. Como consecuencia de lo anterior, se configuraba a favor de individuo una esfera de derecho público, por medio de la cual el individuo poseería un status jurídico individual específico⁽⁵⁾.

(3) DE VEGA GARCÍA, Pedro. *La ciencia del derecho en el siglo XX*. En: *Historia de las doctrinas constitucionales*, México: UNAM. 1998. p. 12.

(4) JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954. p. 315.

(5) Cabe señalar que en la teoría desarrollada por Jellinek, este estatus jurídico individual específico tiene diversas manifestaciones, que son: El *status subjectionis*, en el que encontramos la esfera de deberes del individuo; *status libertatis*, que constituye la

Claudia Del Pozo Goicochea

En ese sentido, el reconocimiento de un ámbito jurídico específico a favor del individuo trae implícita la idea de la limitación del poder. Ello, en la medida que los ámbitos de libertad de las personas -los denominados estatus- operarán como condiciones *sine qua non* para el sometimiento del individuo al poder estatal.

De manera tal que sería el Estado quien concedería al individuo la capacidad de movilizar el ordenamiento jurídico en función de sus intereses personales creando un efectivo derecho subjetivo. Cabe recalcar que esta consecuencia se deriva de la idea que el reconocimiento del individuo como persona es el fundamento de las relaciones jurídicas⁽⁶⁾.

No obstante la importancia de la doctrina de los derechos públicos subjetivos, éstos aun no podían considerarse como verdaderos derechos fundamentales, tal y como los concebimos hoy en día. Ya que los derechos públicos subjetivos representaban únicamente parcelas de libertad que el individuo detentaba frente al poder estatal, como fundamento de legitimidad del mismo.

Por el contrario, los derechos fundamentales no se basan en la capacidad de la persona para constituir relaciones jurídicas, sino más bien en la propia dignidad de la persona humana.

Es aquí donde se produce una variación en la forma de concebir el derecho y la consiguiente tensión entre el ciudadano y el Estado. Los derechos de las personas no son más una creación estatal, que nacen como necesidad ontológica de la limitación del poder; muy por el contrario, los derechos inherentes a las personas serán el fundamento de legitimidad del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Los derechos fundamentales se han formulado como tales con toda claridad en de la actual Constitución alemana (Ley

Fundamental de Bonn) y por tanto es un instituto jurídico que le debe mucho de su desarrollo al derecho público alemán. Los derechos fundamentales (*Grundrechten*) hacen alusión, fundamentalmente, a las relaciones entre el individuo y el Estado como fundamento del orden jurídico-político⁽⁷⁾.

Es importante puntualizar que cuando hablamos de derechos fundamentales nos encontramos frente a un concepto jurídico complejo conformado tanto por componentes éticos y jurídicos. Ello, en la medida que los derechos fundamentales constituyen “el instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades”⁽⁸⁾.

Una primera concepción de los derechos fundamentales es la postulada por la denominada teoría liberal. Esta teoría concibe los derechos fundamentales como derechos de defensa del individuo frente al poder estatal, llegando a postular que los derechos fundamentales son “derechos de libertad del individuo frente al estado”⁽⁹⁾.

En ese sentido, el fundamento de los derechos fundamentales es la existencia de un ámbito de libertad limitada del estado a favor de un ámbito de libertad amplio del individuo, que se concretiza en el denominado principio de distribución⁽¹⁰⁾.

La idea básica de este modelo es más bien simple: la actividad del estado tiene un ámbito que se puede encontrar predeterminado o

esfera de la libertad individual; *status civitatis*, en el que encontramos a los denominados derechos civiles y el *status civilis civitatis*, que es la esfera de los derechos políticos, a través de los cuales el pueblo delega el ejercicio del poder estatal en un representante.

(6) JELLINEK, Georg. *Op. cit.*; p. 316.

(7) PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. pp. 30 y ss.

(8) PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III - Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 37.

(9) BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 48.

(10) SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982. p. 138.

Administración Pública y derechos fundamentales: ¿pueden los organismos de la Administración Pública ser titulares de derechos fundamentales?

limitado por lo que se señale en las normas que constituye actuación estatal legítima.

Por el contrario, los derechos de las personas no se encuentran limitados en principio, lo que no es óbice para que existan ciertas disposiciones legales que limiten las formas de ejercicio de determinados derechos. Ello, siempre y cuando la limitación del derecho fundamental cumpla con respetar el contenido esencial del mismo.

En este esquema, se hace más evidente la importancia del contenido esencial de los derechos fundamentales⁽¹¹⁾, ya que éste es preexistente a cualquier regulación estatal. Por tanto, el contenido esencial de un derecho fundamental se constituye como un límite tanto para el legislador como para la actuación administrativa en su conjunto.

Esta concepción de los derechos fundamentales se corresponde con la concepción individualista burguesa del Estado liberal, por la que se entiende que la intervención del estado en la sociedad debe ser mínima; en el que la regla de actuación estatal es la no intervención, salvo en ciertos ámbitos en los que esta acción será residual y excepcional, cubriendo únicamente las tareas sociales imprescindibles⁽¹²⁾. Así, la actividad de la administración se encuentra limitada principalmente a la defensa de la seguridad jurídica y del orden interno.

En última instancia, la concepción clásica de los derechos fundamentales como derechos de defensa se corresponde a la concepción liberal de las relaciones entre el estado y el individuo. Así, el Estado Liberal de Derecho operaba con una separación conceptual bastante marcada entre estado y sociedad⁽¹³⁾. En el Estado Liberal se entendía que la sociedad era “un orden espontáneo, dotado de racionalidad inmanente que se puede constatar y comprender fundamentalmente en relaciones competitivas expresadas en una racionalidad económica”⁽¹⁴⁾.

Por todo lo anterior, se puede afirmar que el estado es considerado como el garante de la libertad individual; es decir, que sus funciones se limitaban a crear las condiciones para que los privados puedan alcanzar su propio bienestar⁽¹⁵⁾.

De otro lado, la teoría axiológica de los derechos fundamentales parte por considerar que el estado se encuentra en un constante procesos de integración en una comunidad de valores, culturas y vivencias, en la que los derechos fundamentales como “factores constitutivos determinantes del proceso de integración, son elementos y medios de la creación del estado”⁽¹⁶⁾.

En ese sentido, los derechos fundamentales no son más que la concretización de los valores en los que la sociedad desea para sí misma y en los que decide vivir.

Por tanto, para esta teoría, la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental se reduce a la labor de determinar cuál es el sentido del valor que se expresa en cada derecho, para lo cual se emplea el método de las ciencias del espíritu y la contrastación del valor objeto de análisis en el sistema de valores que le sirven de base⁽¹⁷⁾.

Se ha criticado que la perspectiva axiológica-valorativa de los derechos fundamentales no toma en cuenta el hecho que los valores sociales son cambiantes en cada momento histórico; motivo por el cual, es imposible postular un sistema de valores sociales

(11) HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP. 1997. p. 117.

(12) CHEVALIER, Jacques. *L'État de Droit*. Paris: Montchrestien, 1999, p. 61.

(13) FORSTHOFF, Ernst. *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*. En: *El Estado Social*. Madrid: CEC, 1986. p. 98.

(14) GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1995. p. 22.

(15) HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel, 1971. p. 210.

(16) BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Op. cit.*; p. 57.

(17) *Ibid.*; p. 58.

Claudia Del Pozo Goicochea

inmutable. La repercusión que este planteamiento acarrearía en los derechos fundamentales es su progresiva relativización. Adicionalmente, se resalta la uniformización de los valores sociales, subsumiendo los valores minoritarios a valores superiores del ordenamiento⁽¹⁸⁾.

Por su parte, la teoría institucional de los derechos fundamentales parte de entender que los mismos tienen un doble carácter, tanto como derechos subjetivos de la persona como derechos objetivos.

El carácter subjetivo de los derechos fundamentales implica que éstos son derechos que recaen en una persona en específico. Pero es el carácter objetivo de los derechos fundamentales el que reviste mayor intensidad en la relación ciudadano-estado, en el entendido que es necesaria una actividad estatal para el desarrollo y protección de la libertad⁽¹⁹⁾.

Tradicionalmente, se ha estudiado con mayor intensidad la vinculación del legislador a los derechos fundamentales; mediante el cual los derechos fundamentales constituyen límites al legislador⁽²⁰⁾. En ese sentido, las normas jurídicas pueden desarrollar derechos fundamentales, pero con el límite de respetar el contenido esencial de los mismos. Dicho contenido esencial constituye el mínimo irreductible del derecho fundamental, que de ser modificado cambiaría diametralmente su esencia.

Cabe señalar que cuando se afirma que el contenido esencial de un derecho fundamental se proyecta como límite al legislador, no se refiere únicamente al legislador ordinario, es decir el Parlamento. Por el contrario, este es un límite también para el Poder Ejecutivo cuando dicta normas, ya sea mediante una delegación legislativa -es decir, cuando emite Decretos Legislativos- como cuando hace uso de la potestad reglamentaria que le es propia a la Administración Pública.

Así, la vinculación tradicional de la Administración y los derechos fundamentales se concretan en dos sentidos: uno "negativo", al actuar como límites a la acción administrativa y uno "positivo", en cuanto la administración se encuentra obligada a garantizar y a promover las condiciones que aseguren la plena efectividad de los derechos fundamentales ciudadanos en su sede⁽²¹⁾.

Ello es así, en la medida que la administración se encuentra vinculada directamente a los derechos y deberes contenidos en la Constitución. Y, por ello, la interpretación y construcción del propio Derecho Administrativo "ha de hacerse a partir de los condicionantes generales que se derivan del texto constitucional"⁽²²⁾.

Ahora bien, la doctrina es unánime en cuanto a la fuerza vinculante de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos y privados, y en la titularidad de dichos derechos fundamentales por parte de los agentes privados.

Pero, antes de intentar dilucidar si la Administración Pública puede ser titular de derechos fundamentales, consideramos que es importante revisar la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas; ya que este es un tópico que empezó a modificar la concepción clásica sobre la titularidad de los derechos fundamentales.

Si bien es cierto que este es un tópico ya resuelto por la jurisprudencia constitucional nacional y comparada⁽²³⁾, en un primer momento, este tema mereció opiniones encontradas.

(18) LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra, 2007. p. 551.

(19) LANDA, César. *Op. cit.*; p. 553.

(20) Sobre el particular, Cfr. HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: MDC-PUCP, 1997. p. 116.

(21) GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El Derecho Administrativo*. En: *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*. México: IJ-UNAM, 1998. p. 309.

(22) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: S.E., 1990. p. 91.

(23) Por ejemplo, en España, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas. Sobre el particular, pueden consultarse las STC 64/1988, STC 19/1983, STC 137/1985, STC 141/1985, entre otras.

La posible duda acerca de la titularidad de derechos fundamentales se fundamenta en una noción clásica de los mismos, que los consideraban como un atributo básico de la persona frente a la posible arbitrariedad del poder estatal. Como es bien sabido, esta concepción clásica se ha visto progresivamente horadada por la propia evolución de la vida social. De un lado, en la actualidad ya no sólo es la actividad estatal la que puede vulnerar derechos fundamentales, sino también la actividad de los privados.

Si los derechos fundamentales constituyen formas de protección de la libertad del individuo frente al poder público, no es del todo desacertado entender que esta libertad individual se proyectará en la decisión de adoptar formas asociativas previstas en la ley.

Aun cuando la formación de una persona jurídica implica la formación de una personalidad jurídica separada de las de sus miembros, ello no es óbice para entender que las personas jurídicas también tienen un ámbito de protección especial cuando ciertos derechos son vulnerados. Ello, siempre y cuando los derechos sean de una naturaleza tal que les permita ser ejercitados por este tipo de organizaciones.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional peruano quien ha señalado que si bien es cierto que los derechos fundamentales son extensibles a las personas jurídicas en lo que les sea aplicable⁽²⁴⁾.

Ello es así, en la medida que el artículo 2 de la Constitución establece que “toda persona tiene derecho”, sin especificar si se trata de personas naturales o jurídicas las que serían objeto de protección. Con lo cual, podemos concluir que el Tribunal Constitucional acepta que la titularidad de derechos fundamentales no es exclusiva y excluyente de las personas naturales.

Así, para las personas jurídicas, de entre los derechos fundamentales se excluirán los derechos personalísimos, es decir, inherentes a las necesidades existenciales básicas de la persona humana, pero no los otros derechos reconocidos en la Constitución. De modo tal, que no se podría postular el

«EN LUGAR DE DESCONFIGURAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL, UNA POSIBLE TITULARIDAD DE ÉSTOS POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN ÚNICAMENTE VIENE A CONCRETIZAR SU CARÁCTER DE DERECHOS VINCULANTES PARA TODOS LOS PODERES PÚBLICOS Y PRIVADOS».

derecho a la vida o a la salud de una persona jurídica, pero sí otro tipo de derechos, como la inviolabilidad de domicilio, el debido proceso, entre otros.

Ahora bien, ¿la ampliación de la titularidad de los derechos fundamentales podría dar lugar a que la Administración Pública pudiera ejercer dichos derechos, considerando que éstos surgieron precisamente para defender al ciudadano de su actividad?

Para esbozar una respuesta a esta interrogante, consideramos que es importante el determinar si se ha producido un cambio en la concepción, organización y funciones de la Administración Pública, lo que será materia de las siguientes líneas.

3. El estado social y el crecimiento de la Administración Pública

Pero este modelo no era el más idóneo para asegurar el desarrollo de todos los componentes de la sociedad, dadas las complejidades y desigualdades de la sociedad post industrial⁽²⁵⁾.

(24) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0905-2001-AA/TC.

(25) GARCÍA PELAYO, Manuel. *Op. cit.*; p. 18.

Claudia Del Pozo Goicochea

En ese sentido, la entronización del Estado social implica una profunda transformación en dichas relaciones. En esta nueva forma de organización y reparto del poder estatal, lo que se procura es que el individuo constituya el centro del ordenamiento jurídico y no su objeto⁽²⁶⁾.

Es necesario resaltar que el principio del Estado social también implica una nueva finalidad del estado: la eliminación de la desigualdad social y asegurar para todos los ciudadanos los supuestos necesarios para la realización de la libertad⁽²⁷⁾. Como contrapartida, las funciones de la administración se encontrarán referidas a la consecución de la finalidad última del estado: la justicia social.

Así, el rol del estado se transforma dramáticamente: de un estado mínimo a un estado intervencionista. En este marco, el estado -y su administración- participarán en numerosos asuntos sociales y económicos, que en el modelo de estado liberal se encontraban en manos de los privados, reconociéndose de este modo el surgimiento de los derechos de contenido prestacional o derechos sociales⁽²⁸⁾.

En este esquema, se intenta superar la mencionada dualidad entre estado y sociedad a través de la actuación del poder estatal ligada a finalidades. De modo tal, que se exige que las funciones de la administración no sólo se encuentren acordes con la Constitución y las leyes, si no que éstas sean reguladas y ejercidas con un contenido, que no es otro que la obligación estatal de otorgar a todos los ciudadanos su “procura existencial” (*Daseinvorsorge*)⁽²⁹⁾.

Mediante el concepto de la “procura existencial”, lo que se intenta es poner de relieve un nuevo rol estatal, impensable en el estado liberal: el de la transformación de las condiciones

de la existencia individual. El estado asume la competencia de adoptar “medidas que permitieran a los ciudadanos subsistir, no obstante la necesidad social en la que habían caído”⁽³⁰⁾.

En ese sentido, el estado social se configura como el estado que garantiza la subsistencia de sus miembros, a través de prestaciones y de acciones de redistribución de la riqueza. De esta manera, podemos considerar que las funciones del estado social son eminentemente funciones de servicio⁽³¹⁾.

Como es evidente, la función estatal de distribución de la riqueza conlleva la responsabilidad de la dirección general del proceso productivo, en el marco de la economía de mercado⁽³²⁾. Es así que el propio estado actúa a través de su administración, tanto en la selección y jerarquización de objetivos económicos y sociales, como en la orientación de la conducta de los agentes económicos⁽³³⁾.

Así, la actividad del estado se desarrolla a nivel económico (dirigiendo y ordenando el desarrollo, realizando actividades inversoras en sectores económicos concretos, etcétera) y a nivel social (prestando servicios y desarrollando actividades sociales), dando a esta distinción el relativismo a que obliga la interrelación entre ambas esferas⁽³⁴⁾. Ello, con la finalidad de hacer “del capitalismo liberal económicamente productivo y socialmente justo”⁽³⁵⁾.

(26) PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2006. p. 228.

(27) BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Op. cit.*; p. 129.

(28) SANTAOLALLA LÓPEZ, Fenando. *Op. cit.*; p. 87.

(29) FORSTHOFF, Ernst. *Problemas constitucionales en el Estado Social*. *Op. cit.*; p. 49.

(30) FORSTHOFF, Ernst. *Op. cit.*; p. 48.

(31) *Ibid.*; p. 52.

(32) GARCÍA PELAYO, Manuel. *Op. cit.*; pp. 35-36.

(33) GARCÍA PELAYO, Manuel. *Op. cit.*; pp. 37-38.

(34) DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho*. En: *Filosofía Política II*. Madrid: Trotta, 1996. p. 79.

(35) MISHRA, Ramish. *El Estado de Bienestar en crisis: Pensamiento y cambio social*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, 1994. p. 33.

Administración Pública y derechos fundamentales: ¿pueden los organismos de la Administración Pública ser titulares de derechos fundamentales?

La intervención del estado en la economía era importante en la medida que ésta cumplía la finalidad de disminuir las diferencias sociales. Pero, la intervención estatal se efectuaba de distintas maneras y con distinta intensidad; pues el principio del estado social no implica necesariamente una prestación directa del servicio público⁽³⁶⁾.

Como se puede observar, la fórmula del estado social y democrático de derecho consagrada en las constituciones estatales opera como un proyecto político, en el que se conjugan las exigencias de los particulares frente al poder público. Pero, esta fórmula política no se agota en la consabida relación individuo-estado, sino también en el elemento democrático como consustancial al principio de solidaridad. De modo tal que “se pone de manifiesto que una democracia sólo puede funcionar si ésta se extiende a la sociedad y ofrece a todas las clases sociales las mismas oportunidades en el proceso económico”⁽³⁷⁾.

Por tanto, podemos concluir que el estado social y democrático de derecho contiene en sí misma una fórmula por demás compleja, en la que el estado tiene por misión fundamental asegurar la solidaridad, la justicia social y la democracia.

Estas nuevas funciones estatales demandan del estado un reforzamiento de su aparato burocrático⁽³⁸⁾, tanto para la gestión de los servicios públicos requeridos por los ciudadanos, como para la necesaria captación de recursos económicos necesarios para financiar las prestaciones sociales que se brindará a la población⁽³⁹⁾.

Si las finalidades de la administración estatal moderna le permiten intervenir en la economía y prestar servicios de asistencia social⁽⁴⁰⁾, estas finalidades serán la razón de ser de una nueva forma organizativa para poder llevarlas a cabo.

No obstante, la actividad prestacional del estado en el marco de un estado social ha sido sumamente criticada por considerar que ésta ha ocasionado una situación de difícil sostenibilidad de las finanzas públicas⁽⁴¹⁾, así como las críticas a la intervención de la Administración Pública en las actividades prestacionales, han ocasionado el fenómeno denominado como la crisis del estado social.

No obstante, la situación de crisis del estado social no ha implicado ni su desaparición ni su cambio por otra forma de estado. Ya que el estado social constituye en sí mismo “una realidad irreversible y que difícilmente puede desmantelarse sin que, al mismo tiempo, se transforme radicalmente la estructura social y política”⁽⁴²⁾.

En ese sentido, si bien es cierto que la actividad prestacional del estado se ha reducido ostensiblemente desde las épocas de su primera formulación, la transformación de las formas de interacción entre el estado y los ciudadanos es un hecho evidente en nuestros días.

4. ¿Puede la Administración Pública ser titular de derechos fundamentales?

En la actualidad, es posible constatar un crecimiento notable del aparato público, quien ya no sólo se conformará de departamentos

(36) COMÍN, Francisco. *Las formas históricas del Estado de Bienestar: el caso español*. En: *Dilemas del Estado de Bienestar*. Madrid: Fundación Argentaria, 1996. p. 30.

(37) ABENDROTH, Wolfgang *El Estado Democrático y social como proyecto político*. En: *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. p. 30.

(38) GARCÍA PELAYO, Manuel. *Burocracia y tecnocracia*. Madrid: Alianza Universidad, 1987. pp. 28-32.

(39) BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Op. cit.*; p. 130.

(40) FORSTHOFF, Ernst. *Op. cit.*; p. 79.

(41) BUCHANAN, James y WAGNER, Richard. *Déficit del sector público y democracia*. Madrid: Rialp, 1983. p. 157.

(42) OFFE, Claus. *Contradicciones en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, 1990. p. 141.

Claudia Del Pozo Goicochea

ministeriales, sino de una multiplicidad de entes con personería jurídica propia.

En ese sentido, algunos autores han llamado la atención hacia el fenómeno de la proliferación de organizaciones administrativas con personería jurídica propia que contribuyen a que la Administración Pública sea entendida como un “cuadro policéntrico”⁽⁴³⁾, tanto por la multiplicidad de funciones que le han sido encomendadas como por las formas jurídicas diferenciadas que éstos han adoptado.

Por tanto, lo que denominamos Administración Pública es un conglomerado complejo, compuesto tanto de una multiplicidad de entes pertenecientes al Poder Ejecutivo, como de las entidades pertenecientes a los Gobiernos Regionales y Municipales. Como es evidente, la propia dinámica de las actividades administrativas nos permite constatar no pocos problemas de articulación entre los entes de los diversos niveles de Gobierno, los cuales causan diferencias que terminan siendo resueltas por órganos jurisdiccionales.

Adicionalmente, los conflictos entre la administración -de cualquiera de los niveles de Gobierno- y el ciudadano también son materia de procedimientos judiciales, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, en los que su posición se equipara a la del ciudadano, ya que se ve provisionalmente despojada de su poder público⁽⁴⁴⁾. No obstante, no nos vamos a referir aquí exhaustivamente a los procedimientos contenciosos administrativos, sino más bien a los procesos constitucionales en los que los entes de la administración intervienen para proteger derechos que se consideran propios y directamente protegibles.

Como ya explicamos, la formulación primigenia sobre la titularidad de los derechos fundamentales partía de concebir al estado como un ente monolítico, que dotado de poder público (*puissance publique*), en cuyo ejercicio podía vulnerar dichos derechos.

En esta línea de pensamiento clásica, que consideraba que los derechos fundamentales eran exclusivos y excluyentes de las personas naturales, algunos autores consideraron que el estado no podía ser de modo alguno titular de derechos fundamentales⁽⁴⁵⁾.

No obstante, un primer avance en el reconocimiento de titularidad de los derechos fundamentales por parte de entidades estatales se encuentra en la teoría del “fisco”. Mediante esta teoría, la doctrina del Derecho Público alemán reconocía que el estado podía ser titular de derechos fundamentales cuando actuaba como “fisco”; es decir, como persona de Derecho Público Privado. Esta teoría era más que necesaria en un contexto en el que no era concebible el control judicial de la administración⁽⁴⁶⁾.

Si bien es cierto que la teoría del estado actuando como persona de Derecho Público Privado es un antecedente para la titularidad de derechos fundamentales por parte de la administración, es interesante resaltar que por medio de esta teoría lo que se hace es crear un ficción jurídica destinada equiparar a la administración con el ciudadano, y en ese sentido, es que se le dota de legitimidad para el ejercicio de derechos fundamentales.

Adicionalmente, si tenemos en cuenta que en la actualidad existen entidades públicas sujetas al derecho público como también al derecho privado, sería poco menos que confuso el entender que algunas puedan detentar derechos fundamentales, mientras que otras se verían imposibilitadas de hacerlo⁽⁴⁷⁾.

(43) MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Organismos autónomos y derechos fundamentales*. En: *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Vol. I. Madrid: Civitas, p. 103.

(44) MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Eficacia y garantía de los derechos fundamentales*. En: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. II. Madrid, Civitas, 1991. p. 623.

(45) DOEHRING, Karl. *Estado social, Estado de derecho y orden democrático*. En: *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. p. 138.

(46) MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I. Buenos Aires: Desalma, 1982. pp. 58 y ss.

(47) LASAGABASTER, Iñaki. *Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público*, En: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. II. Madrid: Civitas, 1991. p. 669.

La cuestión se planteó en toda su amplitud por el Tribunal Constitucional español en relación al desarrollo de la autonomía universitaria como derecho fundamental⁽⁴⁸⁾, cuya titularidad corresponde a las universidades⁽⁴⁹⁾. Cabe señalar aunque es cierto que el mayor debate sobre este tema se encontraba referido a si se entendía a la autonomía universitaria como derecho fundamental o como garantía institucional, el mismo que fue resuelto en la declaración del Tribunal Constitucional español que la autonomía universitaria constituía un derecho fundamental.

Por otro lado, recordemos que, en España, la mayoría de las universidades son de naturaleza pública, motivo por el cual se puede señalar que con las sentencias señaladas, el Tribunal Constitucional español reconoció la existencia de un derecho fundamental especial a favor de entidades de derecho público. Por lo tanto, en el caso concreto de la autonomía universitaria en el caso español nos encontramos ante una situación anómala, en la que el derecho fundamental se encuentra configurado específicamente para ser ejercido por un organismo autónomo de la administración, como son las universidades⁽⁵⁰⁾.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano también ha reconocido expresamente la titularidad de algunos derechos fundamentales (como el Debido Proceso) a personas jurídicas de derecho público. Cabe señalar que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano sobre esta materia son aun reducidos, al punto que no se puede hablar de una línea jurisprudencial clara sobre la materia. No obstante, en las líneas que siguen haremos una breve revisión de los pronunciamientos existentes sobre esta temática.

Un primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en la Sentencia recaída en el

Expediente 1150-2004-AA, sobre la tutela jurídica de derechos fundamentales de una persona jurídica de derecho público (el Banco de la Nación) contra otra (el Seguro social de salud- ESSALUD). Este caso fue resuelto bajo el amparo de la anterior legislación sobre los procesos constitucionales, la Ley 23506.

Si bien es cierto que el artículo 6 inciso 4 de la Ley 23506 prohibía expresamente que mediante el proceso constitucional de amparo, se enfrentaran dos dependencias públicas entre sí por los actos efectuados en el ejercicio de sus funciones⁽⁵¹⁾, el Tribunal Constitucional consideró que el acceso al proceso constitucional de amparo sería factible en la medida que “en caso de que la actividad de la demandada no haya sido efectuada en el ejercicio regular de sus funciones”⁽⁵²⁾.

Ahora bien, el actual Código Procesal Constitucional, Ley 28237, no contiene una prohibición de acceso a los procesos constitucionales tan expresa como la que se incorporaba en la Ley 23506. El artículo 5, inciso 9 de la Ley 28237 señala que: “no proceden los procesos constitucionales cuando: 9. Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes”.

(48) Sobre el particular, Cfr. LEGUINA VILLA, Jesús. *La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. II Madrid: Civitas, 1991. pp. 1999-1211.

(49) Sentencia del Tribunal Constitucional español 26/1987 y Sentencia del Tribunal Constitucional español 55/1989.

(50) MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Organismos autónomos y derechos fundamentales*. *Op. cit.*; p. 115.

(51) Artículo 6 de la Ley 23506: No proceden las acciones de garantía.- 4) De las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones.

(52) Fundamento 1 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1150-2004-AA.

Claudia Del Pozo Goicochea

Consideramos que la disposición contenida en el citado artículo del Código Procesal Constitucional no constituye una prohibición para la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas de derecho público y su consiguiente protección por la jurisdicción constitucional. Ello sería así, en la medida que el citado artículo no niega el acceso a la jurisdicción constitucional a las personas jurídicas de derecho público, si no que constituye una disposición destinada a evitar el empleo de una vía procedimental errónea en un caso determinado. Pues, el artículo 5 numeral 9 del Código Procesal Constitucional hace referencia a los conflictos entre entidades de derecho público interno, que no son otros que los denominados conflictos de competencia, en la que lo que se discute es la competencia o atribuciones o la inexistencia de éstas no de entidades del sector. Entonces, citado artículo del Código Procesal Constitucional sólo evita el acceso a los procesos de amparo a conflictos que, por su propia naturaleza, ya tienen una vía procedimental propia: el proceso competencial. Pero, en modo alguno ello implicaría que las personas jurídicas de derecho público no tengan derecho a acudir a la jurisdicción constitucional cuando exista una vulneración directa a sus derechos fundamentales.

En esta línea, se puede observar la Sentencia del Tribunal Constitucional 2939-2004-AA/TC, en el marco de un proceso de amparo planteado por la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo contra el Organismo Supervisor de la Inversión de la Energía (OSINERG), por haber dispuesto el cierre del local municipal principal. En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado inicialmente sobre esta temática, cuando ha declarado expresamente en el fundamento 6 de la citada sentencia que “se reconoce su extensión a las personas jurídicas, y, entre ellas, se debe hacer extensivo dicho reconocimiento de la titularidad del derecho fundamental (al Debido Proceso) para el caso de las personas jurídicas de derecho público”.

Adicionalmente, en dicho fundamento, el Tribunal Constitucional considera que la titularidad de derechos fundamentales por parte de la municipalidad provincial era más que necesario en la medida que negarla implicaría una incoherencia, ya que no se podría “habilitar el ejercicio de facultades a las municipalidades consagradas en la Constitución y, por otro,

negar las garantías necesarias para que las mismas se ejerzan y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección”⁽⁵³⁾.

Así, pues se entiende que la posibilidad de titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas de derecho público se encuentra íntimamente ligado con las finalidades y competencias que éstas detentan. De manera tal, que el Tribunal considera que la titularidad de derechos fundamentales a la Municipalidad Distrital de Coronel Portillo es una forma de reconocer también el estatus competencial propio que le reconoce la Constitución a las municipalidades.

Sin embargo, el derecho fundamental que se le reconoce a dicha municipalidad en la sentencia materia de comentario es el derecho al debido proceso administrativo, al que se le reconoce que no tiene una naturaleza personalísima. Con lo cual, aún cuando la sentencia reseñada se refiera a una municipalidad, consideramos que ello no es óbice para aceptar que las personas jurídicas de derecho público, de cualquier nivel de gobierno, también tienen derecho a un debido proceso administrativo. Y, en caso de que este se vulnere, la facultad de poder solicitar que éste sea respetado en sede constitucional.

Un dato adicional para esbozar la complejidad de este tema se encuentra referido a la pluralidad de organismos públicos, con mayor o menor grado de autonomía, los que se ven frecuentemente en la necesidad de acudir a instancias judiciales para resolver los conflictos que tienen con los administrados, no es improbable que tengan que emplear la jurisdicción constitucional cuando los derechos que les asisten no sean respetados.

Por ejemplo, en medio de un proceso judicial entre una persona jurídica de derecho público y

(53) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2939-2004-AA/TC.

un particular, es innegable que los organismos públicos tienen derecho a todas las garantías del debido proceso, al igual que las personas naturales. Pero, si éstos no se respetaran las personas jurídicas de derecho público tendrían tanto derecho como cualquier particular que solicite en sede constitucional, que se respeten las garantías propias de debido proceso.

En ese sentido, la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas de derecho público no sería más que una consecuencia natural de las funciones asumidas por la administración contemporánea. Progresivamente, la Administración Pública ha perdido progresivamente su posición de preeminencia frente a los ciudadanos, al punto que debe recurrir muy frecuentemente a la judicatura para resolver sus controversias. En ese esquema, ya no podemos comprender la noción de los derechos fundamentales únicamente como mecanismos de protección del individuo frente a la autoridad. Por el contrario, en un contexto en el que la administración y el individuo se encuentran cada vez más interrelacionados, los derechos fundamentales también podrán ser entendidos como la expresión jurídica de la integración entre el individuo y la autoridad. En consecuencia, no se podría colegir menores derechos al individuo y al estado.

Ahora bien, al igual que en el caso de las personas jurídicas, no sería posible determinar *a priori* qué derechos fundamentales son susceptibles de ser ejercidos por las personas jurídicas de derecho público y cuáles no. Por el contrario, esta es una tarea a concretarse en cada caso concreto y en consideración a las particularidades propias de cada una de las entidades involucradas. Es decir, que el desarrollo de los alcances y la delimitación de los derechos fundamentales de los organismos de la Administración Pública será, en última instancia, una labor que la jurisprudencia constitucional irá delimitando en cada caso concreto.

No obstante, es importante señalar que la posibilidad de ejercer un derecho fundamental no puede, en modo alguno, implicar una ampliación o modificación de las competencias que le son propias a los organismos de la Administración Pública⁽⁵⁴⁾. Al contrario, la posibilidad de ejercer derechos fundamentales viene a reforzar los ámbitos propios de la competencia de los

mismos y se configurará como un mecanismo de efectivización de los fines a los que éstos se encuentran abocados.

Así, por ejemplo, podría ser más o menos pacífico postular que, en sede judicial, los órganos de la Administración Pública tienen derecho a la Tutela Judicial Efectiva y al Debido Proceso. Pues, lo que se encuentra en discusión en este tipo de procedimientos no es la naturaleza ni las funciones que desarrollan las partes intervinientes en el mismo, sino precisamente, las garantías procesales que asisten a cualquier usuario del sistema de justicia. En consecuencia, una vulneración a dichas garantías procesales posibilitaría a los órganos administrativos a acudir a la jurisdicción constitucional para la defensa de las mismas.

Pero, si se considera la propia naturaleza de ciertas entidades de la Administración Pública, es posible hacer otras aproximaciones a otros derechos fundamentales que serían susceptibles de ser ejercidos por éstas. De tal manera, en la doctrina⁽⁵⁵⁾ se postula el reconocimiento a ciertos derechos de protección de propiedad intelectual a favor de aquellas entidades administrativas que se encuentren abocadas a la consecución de finalidades culturales, tales como las bibliotecas, archivos, museos o centros de publicaciones.

Consideramos que otro derecho fundamental que sería susceptible de ser ejercido por los organismos de la Administración Pública es el derecho a la inviolabilidad de domicilio. Si bien este derecho se formula con la finalidad de proteger el ámbito vital y privado de cualquier persona, en el caso de la administración, éste debería encontrarse referido a la interdicción

(54) LASAGABASTER, Iñaki. *Op. cit.*; p. 674.

(55) MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Organismos autónomos y derechos fundamentales*, *Op. cit.*; p. 116-117.

Claudia Del Pozo Goicochea

de intromisiones no autorizadas en los edificios públicos.

Evidentemente, existen ciertos derechos fundamentales que se han formulado de manera tal que su ejercicio tiene como sujeto pasivo a la Administración Pública y no podría ser ejercido por ésta. Nos referimos, por ejemplo, al derecho a la información pública, que se encuentra concebido para ser ejercido por los ciudadanos para acceder a la información que obra en poder de la administración.

5. Conclusiones

La temática de la titularidad de derechos fundamentales por parte de Administración Pública, a través de la actuación de los

organismos administrativos que la componen, constituye un debate que no se encuentra del todo zanjado.

No obstante, en la jurisprudencia se ha abierto la posibilidad de entender que algunos derechos fundamentales son susceptibles de ser ejercidos por los organismos de la Administración Pública.

La importancia de esta posibilidad no se encuentra en una reforzamiento de lo público como poder incontrolado frente al ciudadano, sino únicamente en la necesidad de reconocer a la administración su rol de garante del bienestar general y los intereses de todos los ciudadanos.

Así, consideramos que en lugar de desconfigurar los derechos fundamentales en el Estado Constitucional, una posible titularidad de éstos por parte de la administración únicamente viene a concretizar su carácter de derechos vinculantes para todos los poderes públicos y privados.☺



COSTA ABOGADOS ASOCIADOS S.CIVIL DE R.L.

TITULO N° 2002-00194945 – ESCRITURA PUBLICA DEL 15/10/02 CON ACLARACIÓN EL 08/11/2002 (PARTIDA REGISTRAL N° 11430208) ANTE EL NOTARIO ALEJANDRO RAMÍREZ CARRANZA – RUC N° 20505292406

hernancosta@speedy.com.pe
costa_aa_scri@speedy.com.pe

ASESORIA JURIDICA, LABORAL, CIVIL, ADMINISTRATIVA
Jr. Soledad N° 247 OF. 101 – Lince (Alt. 26 Av. Arequipa)
☎ 440-7136 ☎ 222-5261