

Concepto de Estado desde la perspectiva del derecho interno y la noción de Administraciones públicas (¿Son personas jurídicas los ministerios?)

Por

Emilio Tafur Charun

1

A ella. Cómo olvidar lo que nunca fue.

Por nuestra parte, parece quedar claro que la idea de personificación del «Estado» como un todo y por lo que esta idea supone e importa, sería dejada de lado desde la perspectiva del derecho interno. La idea de Estado en cuanto persona solo debe activarse cuando de relaciones internacionales públicas o supranacionales se trate. En ello somos seguidores, aun cuando a grandes rasgos, de García de Enterría y TR Fernández (2001: 28-30). En este contexto, cómo se explicaría y justificaría la actuación del sector público a nivel interno; cómo hallar justificación a la variedad y multiplicidad de actos, de carácter general o especial, que tal sector realiza; cómo ser parte en un contrato lo que conlleva la estipulación de derechos y

obligaciones para ambas partes siendo instancias administrativas las mismas. Asimismo, cómo explicar razonablemente la suscitación de conflictos, cualquiera que fuere su especie, que enfrenten a distintas instancias administrativas. Cómo explicar, en fin, la razonabilidad de un vínculo contractual entre dos instancias administrativas (Administraciones públicas). Apelar a la idea de «Estado» en el ámbito del derecho público interno no resulta coherente dada la lógica y dinámica del sistema jurídico. Así, y como prueba de ello, se recurre a alambicadas figuras para forzar y justificar la aparición del Estado como un auténtico sujeto titular de derechos y obligaciones y de relaciones jurídicas en general, en el ámbito interno. Solo por poner un ejemplo, por resolución del ministerio de que se trate se preceptúa que en el convenio de estabilidad jurídica a ser celebrado por el Estado peruano este actuará representado por tal ministerio. Cabe, pues, cuestionar si, en efecto, estamos ante una auténtica representación. Para ser «representado» debe tratarse, en rigor, de una entidad que tenga la virtualidad de ser sujeto titular de derechos y obligaciones. ¿Puede el Estado ser realmente representado cuando él mismo configura una auténtica y aristotélica entelequia en lo que se refiere al ámbito interno? Esto es, el Estado se encuentra absolutamente impedido de ser «personificado» en el

ordenamiento interno y, por lo tanto, incapacitado de obligarse, de tener un patrimonio, de ser responsable por sus actos. Incapaz, en suma, de ser sujeto titular de derechos y obligaciones.

En este contexto, son de citar los artículos 7, 17.1, 18.1, 20, 30.2, 30.3 y 31,2, 39 y 54,2, que aluden a la personalidad jurídica de las entidades públicas y que están positivados en el “Decreto Supremo que aprueba los Lineamientos de Organización del *Estado*”. (DECRETO SUPREMO N.º 054-2018-PCM) (Las cursivas son nuestras)

7.- Estructura orgánica y funcional

7.3 La estructura funcional agrupa las funciones de una entidad *sin personería jurídica* en unidades funcionales y establece las líneas de autoridad y mecanismos de coordinación para el logro de sus objetivos.

17.1 Un programa es una forma de organización *sin personería jurídica* que adopta una entidad para resolver un problema, una situación crítica o implementar una política específica, en el ámbito de competencia de la entidad a la que pertenece.

18.1 Un proyecto especial es una forma de organización *sin personería jurídica* que se crea para alcanzar uno o varios objetivos en un periodo

limitado de tiempo, siguiendo una metodología definida.

20.- Otras entidades sin personería jurídica

Las demás entidades sin personería jurídica que forman parte de la estructura del Estado y que ejercen potestades administrativas, pueden contar con una estructura funcional. Estas pertenecen a una entidad con personería jurídica.

21.- Comisiones

21.1 Son un tipo de órgano colegiado *sin personería jurídica* y se crean para cumplir con funciones de seguimiento, supervisión, fiscalización, propuesta o emisión de informes, que sirven de base para la toma de decisiones de otras entidades. Sus conclusiones carecen de efectos jurídicos frente a terceros. Las Comisiones, sean temporales o permanentes, no tienen unidades orgánicas.

28.1 Los grupos de trabajo son un tipo de órgano colegiado de naturaleza temporal, *sin personería jurídica* ni administración propia, que se crean para cumplir funciones distintas a las de seguimiento, fiscalización, propuesta o emisión de informes. Sus conclusiones carecen de efectos jurídicos sobre terceros. Se extinguen automáticamente concluido su periodo de vigencia.

29.1 Los comités son un tipo de órgano colegiado, *sin personería jurídica* ni administración propia, que se crean para tomar decisiones sobre materias específicas. Sus miembros actúan en representación del órgano o entidad a la cual representan y sus decisiones tienen efectos vinculantes para éstos, así como para terceros, de ser el caso.

30.2 *Las entidades pueden contar o no con personería jurídica de derecho público. La personería jurídica se asigna por Ley y solo a entidades que ejercen funciones permanentes y que hayan sido calificadas como pliego presupuestal.*

30.3 *Las entidades del Poder Ejecutivo que carecen de personería jurídica, tales como los programas, proyectos especiales, fondos, comisiones, entre otros, pertenecen a un Ministerio o un organismo público. Las entidades que carecen de personería jurídica creadas en el ámbito de los Gobiernos Regionales y Locales forman parte de estos.*

31.2 Los fondos se crean por Ley y *carecen de personería jurídica*. Los fondos del Poder Ejecutivo a los que hace referencia el artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo son los únicos que cuentan con personería jurídica.

Artículo 39.- Cambio de dependencia de programas, proyectos, fondos, comisiones permanentes y otros.

39.1 Es un mecanismo de reforma de la estructura del Estado por el cual se cambia la dependencia de programas, proyectos especiales, comisiones permanentes y, *en general de cualquier entidad que no cuenta con personería jurídica de derecho público.*

39.2 El cambio de dependencia no genera la extinción de la entidad sin *personería jurídica.*

39.3 La norma que dispone el cambio de dependencia debe ser de igual o superior rango de aquella que determinó la creación de la entidad sin personería jurídica.

54.2 Lo dispuesto en el numeral anterior regula también la estructura de los MOP para los órganos desconcentrados y las demás entidades públicas que carecen de personería jurídica en lo que les resulte aplicable conforme a su naturaleza.

(Todas las cursivas son nuestras)

El decreto supremo citado es una norma fundamental en lo que a la estructura del ordenamiento jurídico administrativo se refiere. Sin embargo, no se puede dejar pasar por alto que la regulación que el mismo hace del atributo “personalidad jurídica de derecho público” es más bien magro. La mayoría de disposiciones de este reglamento que han sido citadas se refieren a los casos en que las instancias públicas

carecen de personalidad jurídica. Además, se persiste en la idea de atribuirle personalidad jurídica al Estado. Entendemos, por ello, que los pocos artículos que nos pueden dar algo de luces sobre esta materia son el 20, 30.2 y el 30.3.

Así, pues, de otro lado y de *lege ferenda*, se requiere entidades públicas, auténticos sujetos de derecho, titulares de derechos y obligaciones que estén también en una relación de sujeción con el ordenamiento jurídico a través de una vinculación positiva y que, asimismo, su actuación esté destinada a la consecución de los fines de interés público general, objetivo que le atribuye el mismo ordenamiento y para cuyo cumplimiento este último también las dota de privilegios, exorbitancias y de un acervo de competencias. Todo esto conllevaría de modo instrumental, como dirían García de Enterría y Fernández (2001, p. 30-34), a consagrar la Administración Pública como persona jurídica (sujeto titular de derechos y obligaciones), encargada de llevar a cabo y a su realización, los fines de interés público general en el ámbito interno que por ser considerados valiosos por el ordenamiento, su consecución resulta siendo la razón determinante del proceder de las Administraciones Públicas y todo ello en cuanto personas jurídicas. Consecuentemente, en nuestra geografía administrativa habría más de una

Administración Pública. Además, reiteramos, la Administración es una organización instrumental, la cual actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emite actos, declaraciones, que se vinculan por contratos, que responde con su patrimonio por los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales. (García de Enterría y TR Fernández - 2001:30)

Sin embargo, Muñoz Machado (2015:50) reseña del modo siguiente la postura de García de Enterría:

“Por su repercusión en la doctrina española de su tiempo y por la claridad de sus pretensiones, es seguro que la que más destaca de las grandes construcciones teóricas, es la de García De Enterría. Ha mantenido reiteradamente su idea de que, analizada la Administración desde el punto de vista de su actividad material, difícilmente podría encontrarse nunca un concepto o una idea con la que caracterizarla de modo estable. Dado que la materia administrativa, las dedicaciones que el Derecho impone a la Administración, son mutantes en las sociedades modernas, la única manera de establecer las características del Derecho de la Administración con criterios duraderos era refiriéndose al complejo organizativo, o al sujeto, la Administración Pública, que tiene encomendadas las funciones de interés general. A partir de un estudio de 1960, García De

Enterría propone que lo que caracteriza al régimen jurídico especial de la Administración no son las actividades que desarrolla —los servicios públicos— ni aun los instrumentos de que se vale —el poder público—, sino su condición de persona jurídica que es regida por un ordenamiento propio, estatutario, distinto del común de los sujetos privados.”

El mismo Muñoz Machado (2015:51) agrega que García De Enterría intentará cambiar totalmente esta relación (personalidad jurídica del Estado), aun manteniendo la utilísima doctrina de la personalidad. Para ello afirma que la Administración Pública no es ninguna función objetiva o material. Tampoco es una simple organización al servicio del público. Lo que caracteriza a la Administración es ser una persona jurídica (que la Administración actúa para el cumplimiento de sus fines con «*personalidad jurídica única*» acababa de ser proclamado, en el tiempo de la exposición de García De Enterría, por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública, de 26 de abril de 1957). El Derecho Administrativo parte de esta característica principal. La idea de la personalidad jurídica del Estado es sustituida por la personalidad jurídica de la Administración porque aquella idea, según nuestro autor, sirvió en el siglo XIX en Alemania para resolver el problema de la soberanía (que no podía atribuirse ni al pueblo ni a la

Corona), y habría dejado de tener aquel sentido. *Este cambio también resulta apoyado por la significación sustancial de la división de poderes: mientras que el Parlamento es un órgano que representa al pueblo y es el depositario del poder, y la Justicia está directamente vinculada al Derecho, la Administración es una organización servicial y dependiente, que debe estar dotada de personalidad jurídica porque es ella la que interviene como sujeto en las relaciones jurídicas y no los otros poderes del Estado.* (Las cursivas son nuestras).

Por nuestra parte precisamos que basta con leer el boletín de normas legales para percibir el montón colosal de organismos que son personas jurídicas de derecho público interno que detentan autonomía por si ello fuera poco, y que en consecuencia están sujetos al ordenamiento jurídico-administrativo. Tales normas legales en modo alguno son dadas por el Estado-persona jurídica, que para nosotros y en el ámbito del derecho interno, no cuenta con tal personalidad jurídica.

Sin embargo, la postura planteada por García de Enterría y Santiago Muñoz Machado no goza de aceptación unánime. En este contexto, Rodríguez-Arana (2007:62) sostiene que:

“Hoy el interés general mucho tiene que ver, me parece, con incrustar en el alma de las instituciones,

categorías y conceptos del Derecho Administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad *que vaya abandonando la idea de que la explicación del entero Derecho Administrativo bascula únicamente sobre la persona jurídica de la Administración y sus potestades, privilegios y prerrogativas.* (Las cursivas son nuestras).

Finalmente, una digresión. Es cierto que una pluralidad de veces la voz “Estado” en cuanto tal, es aludida por la Carta de 1993. Ante ello tal parece que lo que aquí hemos planteado bien podría ser arrasado como una suerte de infantil castillo de arena. Sin embargo, de la lectura atenta de estos artículos podrá notarse que los mismos se refieren a temas vinculados a relaciones internacionales, supranacionales o a atribuciones, potestades, interdicciones y restricciones aplicables al Poder Legislativo, al Poder Judicial, a la Administración pública nacional, a las Administraciones públicas autónomas, al Tribunal Constitucional, al Ministerio Público, a la Junta Nacional de Justicia y en general, organismos desconcentrados. También el uso del término “Estado” puede ser la *generalización o globalización* de la competencia de determinado ente, entes o todos los entes de relevancia constitucional, para cautelar un derecho de los ciudadanos e interdecir arbitrariedades que agravien a los mismos. Como

ejemplo de lo dicho tenemos el artículo primero de la Carta de 1993: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del *Estado*”. Tal parece, pues, que existiría una polisemia o polivalencia en lo que se refiere al término “Estado”. Sin embargo y con todo, insistimos que para nosotros y en el ámbito del derecho interno, el Estado no cuenta con personalidad jurídica. Pero cabe preguntarse, sobre lo dicho ¿dónde se encuentra la unidad? Luego lo veremos. (Las cursivas son nuestras)

Aunque suene a perogrullada no queremos que quede flotando en el aire la idea de que estamos presumiendo la inexistencia del Estado. Nuestro único propósito es pretender demostrar que, en el ámbito del derecho interno, el Estado no puede actuar como un sujeto de derechos y obligaciones, esto es, entablar mayoritariamente relaciones jurídicas patrimoniales. En el ámbito interno, reiteramos, el Estado no es persona jurídica. Ello, sobre todo si consideramos el despliegue del Derecho administrativo y patrimonial.

Según Meilán (2011, p. 231), son administraciones públicas los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia y que hayan sido creados para satisfacer necesidades de interés general y que no tengan carácter industrial o mercantil.

3

Efecto de detentación de personalidad jurídica.

Las administraciones públicas, al estar dotadas de personalidad jurídica y en tal sentido ser sujetos de derecho, se encuentran vinculadas de modo positivo al ordenamiento. Estas, las administraciones públicas, solo pueden actuar y específicamente, dictar actos administrativos y reglamentos, cuando las correspondientes competencias o potestades le son atribuidas por el ordenamiento. Y, siempre de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento, solo podrán ejercer las competencias así asignadas cuando las mismas tengan por causa la consecución de los fines de interés público que el mismo ordenamiento —siempre dentro de la órbita de la vinculación positiva— les asigne. Dictar actos destinados a cumplir un fin de interés público que no corresponde a la Administración Pública de que se trate, aun cuando formalmente esto no sea aparente, es actuar sin competencia. Inclusive esto resulta aplicable

cuando se hubiese dictado un acto destinado al cumplimiento de un fin de interés público, pero la consecución de este no sea competencia de tal Administración. He aquí el *quid* de la interdicción de la desviación de poder: la relación entre fin público y competencia, para cuyo efecto esta, y no otra, ha sido positivamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de la Administración pública de que se trate. (García de Enterría y TR Fernández 2001: 467-468)

En otras palabras, se debe insistir en el carácter estrictamente atributivo que caracteriza al Derecho Público, lo que se vincula con lo conocido en el ámbito administrativo como principio de legalidad. Tomamos del Derecho Administrativo el llamado principio de legalidad, pues en este descansa el fundamento de la idea de competencia y el diseño de fuentes. Esto es, que el ordenamiento dispone positivamente aquello que los órganos públicos pueden hacer. Es decir que, mientras el ciudadano puede hacer todo aquello que no le prohíba el ordenamiento jurídico, las Administraciones públicas sólo pueden hacer lo que el ordenamiento expresamente les autoriza a hacer.

La actuación administrativa de los órganos constitucionales que carecen de personalidad jurídica

Pues bien, hemos estudiado con cierto detalle la propuesta que dieron García de Enterría y TR Fernández, sobre la naturaleza de persona jurídica de la Administración pública. La Administración pública así en cuanto persona jurídica, es un sujeto que detenta potestades que le permiten, en cuanto persona jurídica, relacionarse con otros entes, entre ellos, los administrados, a través de diferentes tipos de actos.

Ahora bien, cabe preguntarse cómo los organismos Constitucionales, que no tienen personalidad jurídica, interactúan con otras entidades o sujetos.

Según Muñoz Machado (2015:52), es García de Enterría quien manteniendo la utilísima doctrina de la personalidad, afirmará que, la Administración Pública no es ninguna función objetiva o material. Tampoco es una simple organización al servicio del público. Lo que caracteriza a la Administración es ser una persona jurídica (que la Administración actúa para el cumplimiento de sus fines con «personalidad jurídica única») El Derecho Administrativo parte de esta característica principal. *La idea de la personalidad jurídica del Estado es sustituida por la personalidad jurídica de la Administración.* Este

cambio también resulta apoyado por la significación sustancial de la división de poderes: mientras que el Parlamento es un órgano que representa al pueblo y es el depositario del poder, y la Justicia está directamente vinculada al Derecho, la Administración es una organización servicial y dependiente, que debe estar dotada de personalidad jurídica porque es ella la que interviene como sujeto en las relaciones jurídicas y no los otros poderes del Estado. En los años posteriores a la primera formulación de esta doctrina, García De Enterría se ha mantenido firme desde su Curso de Derecho Administrativo (con T. R. Fernández) en la defensa de que la Administración es el único sujeto de relaciones jurídicas y no los demás poderes del Estado, pese a que algunos autores posteriores han descrito la evidencia de que las Cortes Generales, el Consejo General del Poder Judicial y otros órganos constitucionales ejercen funciones materialmente administrativas y son sujetos de relaciones jurídicas (seleccionan funcionarios, contratan, sancionan...). *La explicación de estas aparentes excepciones sería que se trata de funciones auxiliares respecto de la tarea principal de tales órganos.* Y si se admite su impugnación contenciosa es porque la Constitución no permite la indefensión de los ciudadanos frente a ninguna decisión de los poderes públicos. (Las cursivas son nuestras) (Muñoz Machado (2015:52)

Por su parte, García de Enterría y Fernández TR (2015:37) sostienen que ver una ruptura del criterio que identifica a la Administración con organizaciones públicas personalizadas y, más aun, una justificación actual del viejo dogma de la personalidad global del Estado, es algo que carece de sentido. Esas organizaciones de apoyo son puramente *ancilares* de las funciones principales cumplidas por los órganos para cuyo establecimiento se establecen (legislar, juzgar), funciones principales que continúan siendo extrañas al Derecho Administrativo; por otra parte, la actuación material de la Administración Pública propiamente tal es infinitamente más compleja y proteica que la que realizan esos órganos de apoyo, limitada, como ya hemos notado, a la gestión de personal y a los aspectos patrimoniales interesantes a terceros, de modo que resulta completamente vano intentar tipificar por este último rasero una supuesta “función administrativa” del Estado en sentido material, y ello tanto menos cuanto que otras supuestas funciones administrativas materiales cumplidas por esos mismos órganos, aquellas que están vinculadas al mismo cumplimiento de sus respectivas funciones principales, como hemos visto, quedan del todo al margen de esa extensión parcial de reglas propias del Derecho Administrativo. (Las cursivas son nuestras)

Los Ministerios como personas jurídicas

En otro lugar hemos escrito haber notado que las leyes de organización y funciones de los distintos ministerios, dotan a estos de “personalidad jurídica”. Así, por ejemplo, tenemos la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa, Decreto Legislativo 1134, que en su artículo 2 dispone que: “El Ministerio de Defensa es un organismo del Poder Ejecutivo. Tiene *personería jurídica* de derecho público y constituye un pliego presupuestal.” (Las cursivas son mías)

De igual manera el artículo 2 de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Ley 30156, establece que: “El Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento es un organismo del Poder Ejecutivo. Cuenta con *personería jurídica* de derecho público y constituye pliego presupuestal.” (Las cursivas son mías)

Sobre el particular es de precisar lo siguiente:

a) Este proceder, esto es, el dotar de personalidad jurídica a los ministerios, podría contravenir de un modo frontal el uso constitucional -por lo menos una vez secular- en lo que se refiere a las Constituciones dadas durante el siglo XX (1920, 1933, 1979 y 1993) de no dotar positivamente de personalidad jurídica a los ministerios. Según entendemos, los ministerios fueron siempre órganos desconcentrados y no, como se verá, órganos descentralizados. Así, el ya derogado Decreto Legislativo 560, Ley del Poder Ejecutivo, dado el 28 de marzo de 1990, establecía en su artículo 19 que los ministerios “(...) son los organismos administrativos del Poder Ejecutivo que formulan, en coordinación con los Gobiernos Regionales, las políticas sectoriales de su competencia. Les corresponde dictar las normas sectoriales de alcance nacional en los asuntos de su competencia y prestar, a través de los organismos públicos descentralizados que se reservan expresamente al nivel central de Gobierno, bienes y servicios sectoriales; así como supervisar y evaluar la ejecución de las políticas sectoriales (...)”. La vigente Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) – norma integrante del Bloque Constitucional- (BC), indica en su artículo V.1 cuando se refiere al Principio de organización e

integración, “Las entidades del Poder Ejecutivo:
1. Se organizan en un régimen jerarquizado y *desconcentrado* cuando corresponda, sobre la base de funciones y competencias afines, evitando la duplicidad y superposición de funciones. (...)”. (Las cursivas son nuestras)
Sobre el particular es de precisar que los términos “desconcentrado” o “desconcentración” se encuentran en las antípodas del concepto “descentralización”. En este contexto, es de señalar que la “desconcentración” supone apenas una delegación de funciones, fuera o dentro de la entidad, mientras que la “descentralización” importa una suerte de desmembramiento de la entidad central creando para tal efecto una nueva persona jurídica dotada de un acervo de competencias en muchos casos privativo. De igual modo, llama sobremanera la atención el artículo 28 de la LOPE cuando se refiere a la naturaleza de los Organismos Públicos disponiendo que estos son “entidades *desconcentradas* del Poder Ejecutivo, con *personería jurídica* de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional”. En efecto, ya lo hemos dicho, la “desconcentración” supone una mera delegación de funciones y competencias, en cambio la descentralización supone la creación de una persona jurídica con

funciones en muchos casos privativas, y una organización a la cual el ordenamiento puede reconocer el goce de autonomía. Esta mixtura consistente en detentar desconcentración y a la vez la dación de personalidad jurídica a determinada institución resulta siendo un oxímoron que resta toda sistematicidad al ordenamiento jurídico.

b) Este mismo proceder, teniendo en cuenta la identidad entre personalidad jurídica y administración pública, tiene como efecto que se configure una pluralidad de administraciones públicas dentro del Poder Ejecutivo. Cada ministerio sería una Administración Pública. Esto resulta asistemático y resta toda coherencia al ordenamiento constitucional – administrativo, sobre todo si tomamos en cuenta que estamos lidiando a un nivel ministerial.

En virtud de lo señalado en el literal precedente, al ser los ministerios administraciones públicas, como efecto instrumental de este atributo tienen patrimonio, tienen capacidad de obligarse y notablemente son responsables de sus actos. Todo ello puede suponer un grave inconveniente, pues puede suscitarse algún tipo de conflicto entre las Administraciones (ministerios), inclusive de carácter patrimonial o *competencial*,

o que en general tengan intereses encontrados. Cuando hablamos de conflictos de competencia lo hacemos a sabiendas de la existencia del artículo 17 del Decreto Supremo 029-2018-PCM.

De otro lado, es de citarse el Fundamento Jurídico 6 de la STC 0045-2004-AI/TC dada por el Tribunal Constitucional, que establece que la doctrina declara, igualmente, que: “Las personas de derecho público nacen por mandato expreso de la ley y no por voluntad de las partes” (Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo” T.I, pág. 351); en el mismo sentido, Gustavo Bacacorzo “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. 137, sostiene que: “[...] El Estado, mediante ley formal, crea personas jurídicas de derecho público interno”; siendo del mismo parecer Fernando Garrido Falla, Manuel M. Diez, Fos García Trevijano, Bassols, entre otros. Consecuentemente, existe uniformidad en la doctrina respecto de la necesidad de ley expresa para la creación de las personas de derecho público”. Además, según el artículo 30.2, *in fine*, del ya citado DECRETO SUPREMO N.º 054-2018-PCM “Decreto Supremo que aprueba los Lineamientos de Organización del *Estado*”, “La personería

jurídica se asigna por Ley y solo a entidades que ejercen funciones permanentes y que hayan sido calificadas como pliego presupuestal”. Asimismo, el artículo 31.1 del mismo decreto supremo prevé que, “Los Ministerios y Organismos públicos del Poder Ejecutivo se crean por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.” Por su parte, el artículo 22.5 de la LOPE prescribe que, “Los Ministerios son creados, fusionados o disueltos mediante ley a propuesta del Poder Ejecutivo. El redimensionamiento y reorganización de los Ministerios se podrá hacer mediante decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de ministros (Las cursivas son nuestras)

- c) Tal como hemos insinuado, en el Derecho público el dato primario de toda descentralización es la atribución de personalidad jurídica al ente de que se trate. Así las cosas, el Poder Ejecutivo, desde una perspectiva *ad intra*, (presidente de la República, Presidencia del Consejo de ministros y Ministerios) tendría la naturaleza de descentralizados con relevancia extraterritorial.
- d) Los Ministerios no gozan de autonomía pese a ser administraciones públicas y ser a su vez entes descentralizados. (Recuérdese que siempre la

descentralización supone la creación de una persona jurídica). Ello, decimos, desnaturaliza y agravia la idea de descentralización. De este modo, queda una vez más acreditado cómo la personalidad jurídica atribuida a los ministerios distorsiona la rigurosa acepción de lo que es personalidad jurídica de Derecho público y con esta, el también riguroso concepto de administración pública.

- e) Reiteramos que a no estar dotados de autonomía, lo cual es correcto, los ministerios detentan potestad normativa a través del uso de la fuente formal Resolución Ministerial. Queda claro que el ámbito materia de estas resoluciones ministeriales estará constituido por normas *ad intra* y otras que regulen relaciones de sujeción especial.
- f) Recuérdense lo que en otro lugar hemos escrito referente a la “materialidad” de la norma la que a veces desplaza a la forma, dada la función que la misma norma cumple, pues como bien se dice el Derecho no solo es forma. Al respecto es de citar la Directiva 002-2010-PCM/SGP cuando dispone que: “Se considera Entidad Pública a toda organización del Estado Peruano, *con Personería Jurídica de Derecho Público*, creada por norma expresa en el que se le confiere

atribuciones, mediante la administración de recursos públicos, para contribuir a la satisfacción de las necesidades y expectativas de la sociedad, y como tal está sujeta al control, fiscalización y rendición de cuentas”. (Las cursivas son nuestras) Tal es el mandato contenido en la directiva citada: Para ser considerada entidad pública, con todo lo que ello supone, entre otros requisitos se ha de contar con personalidad jurídica de Derecho Público. (Las cursivas son mías)

Lo dicho en la parte final del literal b) del presente epígrafe podría legitimar y forzar la necesidad de que los ministerios detenten personalidad jurídica, y así poder ser considerados entidad pública. Al respecto, reiteramos la importancia del criterio de incardinación normativa que se denomina materialidad. El criterio de “materialidad” se configuraría cuando estamos frente a un reglamento del grado que fuere, dado por alguna Administración Pública, con riguroso carácter *ad intra*, autoorganizativo y que en modo alguno afecte la esfera jurídica del común de los ciudadanos, imponiéndoles obligaciones, cargas o interdicciones. Tal reglamento no debería contravenir normas de superior jerarquía o que la

materia a regular sea competencia privativa de otra fuente u ordenamiento. Dado este supuesto y la importancia de la materia que comprende y contiene, así como la función que cumple, todo ello gatilla que el reglamento de que se trate ocupe, operativamente, un lugar prominente en el ordenamiento jurídico. Digamos que el criterio así descrito guarda un aire de familia con la variante de incardinación normativa “generalidad-especialidad”. Todo lo aquí dicho no obsta poder afirmar que, dadas determinadas circunstancias, la fuerza pasiva del reglamento de que se trate, será más bien relativa. Sin embargo, de configurarse los supuestos habilitadores y normativos referidos, el reglamento será válido. Finalmente, precisar que estos reglamentos generalmente tienen la forma de “resoluciones directorales” o “directivas” y son dados por autoridades técnico-normativas.

g) Pero la dación de la aludida Directiva no es simplemente la ocurrencia de un funcionario, pues la misma está prevista en la primera disposición complementaria final del DECRETO SUPREMO N.º 054-2018-PCM), cuyo texto precisa que, “La Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de ministros se encuentra facultada para emitir directivas

complementarias para la aplicación de los presentes lineamientos y, en general, en materia de estructura y organización del Estado.” Existe pues, en este caso, un elemento basilar.

h) Sin embargo, y siempre respecto a la referida Directiva, Martin, R (2011:116) opina que: “El criterio de que toda Entidad Pública debe formar parte de la Organización del Estado y que debe poseer personalidad jurídica de derecho público, es un elemento que sirve para identificar a una Entidad de la Administración pública, sin embargo, tal como se ha mencionado anteriormente en el presente documento, las Entidades Públicas existentes en el ordenamiento jurídico peruano, no se definen solo por poseer personalidad jurídica de derecho público. Por ello, este elemento no es el más importante dentro de la noción de Entidad Pública”. (Martin. 2011:116). Entendemos que este tema se encuentra zanjado por el artículo 30.2 del ya citado Decreto Supremo 054-2018-PCM.

i) El mismo autor señala que, “De acuerdo con las disposiciones de las normas mencionadas y a lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que, según la Directiva, las Entidades Públicas forman parte de la Administración Pública del Estado y por ende son objeto de regulación del

Derecho Administrativo, tienen personalidad jurídica de Derecho Público, son creadas por una norma legal de rango legal o supra legal, administran fondos públicos y están sujetas a control, fiscalización y rendición de cuentas. (Martin, R 2011 p.118)

j) En conclusión, si bien es cierto que la personalización de los ministerios resulta distorsionadora y asistemática teniendo en cuenta el modelo de Estado diseñado por la Carta vigente y el secular uso, no se puede negar que inclusive el legislador ordinario es competente para dotar de personalidad jurídica, en este caso, a los ministerios. Así y de modo más genérico tal como lo hemos visto, lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional.

6

Unidad

Dado todo lo dicho sobre la personalidad jurídica de las Administraciones públicas y la pluralidad de las mismas, resulta sobremanera forzoso el detallar cómo es que la pluralidad de estas encuentra la unidad,

partiendo del supuesto evidente de que cada una de ellas conforma un ordenamiento jurídico.

En primer lugar, bien sostiene García de Enterría (1983:219), aun cuando refiriéndose al sistema jurídico español que, “Si el mecanismo técnico del sistema exige poner el primer énfasis en el principio de separación entre los distintos ordenamientos, como hemos hecho, el siguiente paso es notar que esa separación no es en modo alguno absoluta, sino que encuentra articulación por arriba en la Constitución como norma normarum y, por tanto, como ordenamiento superior de todos los ordenamientos presentes en el territorio nacional”.

Por nuestra parte sostenemos que la soberanía no corresponde al legislador, sea nacional o territorial. La soberanía es lo que da a la Constitución su supremacía absoluta, bajo la cual se acomodan todos los ordenamientos jurídicos o poderes públicos. Así, la pluralidad de ordenamientos y formas legales encuentra la unidad en la Constitución en tanto norma soberana y norma jurídica ubicada en la cúspide de la estructura normativa, y cuyos valores fundamentales y principios dotan de validez a ella misma e informan en su integridad la pluralidad de ordenamientos, las competencias de éstos y la forma y fondo de las fuentes normativas que se incardinan en tales ordenamientos. (Tafur Charun 2015:53)

En tal sentido es que en el sistema jurídico se configuraría una pluralidad de ordenamientos, separados y deslindados entre sí, pero a la vez articulados y dotados de un sistema privativo de fuentes cada uno. Esta pluralidad de ordenamientos (Administraciones Públicas) encuentra la unidad, además de a través de las herramientas de cooperación, coordinación, armonización y en algunos casos también la sujeción, supervisión y tutela de adscripción; en la suprema posición que detenta la Constitución, la misma que en tanto supraordenamiento y, notablemente, como norma jurídica, es directamente vinculante y aplicable a tales ordenamientos (artículo 2.2 y artículo 43 de la Constitución). Y en tanto y en cuanto norma jurídica, la normativa contenida en los distintos ordenamientos ha de ser interpretada de acuerdo a la Constitución, y, por qué no, de acuerdo a los principios y valores fundamentales que a ella misma informa e inspira (artículo 3 de la Constitución). (Tafur Charun 2015:55)

En otras palabras, es en la Constitución donde descansa la idea de soberanía y donde se configura el modelo de ordenamiento jurídico. La soberanía no corresponde al legislador, sea nacional o territorial. Y es la soberanía la que da a la Constitución su supremacía absoluta, bajo la cual se acomodan todos

los demás ordenamientos jurídicos o poderes públicos. Así, la pluralidad de formas legales encuentra la unidad en la Constitución en tanto norma soberana y señaladamente, norma jurídica ubicada en la cúspide de la estructura normativa, cuyos valores fundamentales y principios dotan de validez a ella misma e informan en su integridad al resto de ordenamientos y a las fuentes formales que éstos contienen. (Tafur Charun 2015:55)

Es así como nos encontramos frente a una crisis de la concepción centralizada del ordenamiento jurídico. En rigor, en el Derecho patrio no puede hablarse más de un solo ordenamiento jurídico compuesto por varias clases de normas sujetas a una estricta jerarquía. De esta manera, y en principio, el sistema jurídico nacional se encontraría compuesto por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, previstos por la Constitución y dispuestos entre sí en una «tensión» (no colisión) de lateralidad. (Tafur Charun 2015:56)

En este sentido, es que resulta necesario reconocer y validar el principio constitucional de unidad, coordinación y cooperación. Este principio constitucional encuentra su correlato positivo y se manifiesta en las siguientes disposiciones: artículos 58, 191, 192 y 195 de la Constitución; artículos 6 (a), 7(1) y 49.(1) de la Ley de Bases de la Descentralización; artículos 7, 8 (11) y 46 de la Ley

Orgánica de Gobiernos Regionales; artículos VI, VII, VIII y IX y 10 de la Ley Orgánica de Municipalidades; artículos v.2, v.3, 1, 4.1, 5, 6(3), 17, 19(5), 19(13), 23.(7.a), 23(3a), 25(6) y 25(9) de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, es de reiterar que entre la pluralidad de ordenamientos y más allá de la norma supraordenamiento, no se da una separación absoluta. Como claro ejemplo de ello podemos citar el artículo 49.1 de la Ley de Bases de la Descentralización, norma que también encuentra su justificación en el principio constitucional de coordinación y cooperación y que a la letra dice: “El Gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, *articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades.*” (Las cursivas son nuestras)



Insistimos, pues, que la separación entre personas jurídicas que se suscita entre las Administraciones públicas no es absoluta. Así, tenemos dos elementos adicionales que en alguna medida nos ayudan a

entender la dinámica de la configuración de esta relación. Nos referimos en concreto a la *adscripción* y a la *rectoría* que se suscitan mayoritariamente entre la Administración pública nacional en cuanto parte del Poder Ejecutivo, y otras administraciones públicas (personas jurídicas) en algún grado menores.

La *adscripción* según el artículo 36 del Decreto Supremo 054-2018-PCM, es un mecanismo de reforma de la estructura del Estado por el cual se asigna y vincula un Organismo público a un Ministerio en particular. De igual manera, establece una relación organizacional sectorial y *un alineamiento de las políticas públicas, planes y objetivos estratégicos de entidades con competencias y funciones afines y complementarias, facilitando su coordinación. Solo es aplicable para el caso de los organismos públicos del Poder Ejecutivo.* El artículo 2 *in fine*, de la LOPE indica que todas las entidades públicas del Poder Ejecutivo se encuentran adscritas a un Ministerio o a la Presidencia del Consejo de ministros. (Las cursivas son nuestras)

Según el artículo 13 del Decreto Supremo 029-2018-PCM, “La *rectoría* de una política nacional sectorial es la potestad exclusiva de un Ministerio para priorizar la atención de problemas o necesidades públicas y disponer medidas sectoriales nacionales, que permitan *alinear* la actuación de los tres niveles

de gobierno y de los ciudadanos, según corresponda, a efectos de alcanzar los objetivos de la política nacional sectorial adoptada, en beneficio de la ciudadanía”. (Las cursivas son nuestras)

Como refuerzo de lo indicado y hurgando en la fuerza vinculante de las políticas nacionales y sectoriales con relación a sus ejecutores supuestamente subordinados, son de citar los siguientes artículos:

Artículos 118(3), 192 y 195 *ab initio* de la Constitución

Artículos 4(1), 19, 22(2), 23(1), 23(3) de la LOPE

Artículos 9, 19(1), 21 del Decreto Supremo 029-2018-PCM

De otra parte y por resultar didáctica, es de citarse la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 0030-2023/CEPLAN/PCF, que aprobó la actualización de la Guía de Políticas Nacionales. *Indica que las Políticas Nacionales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades y los niveles de gobierno, en el marco de sus competencias.* En consecuencia, su diseño e implementación puede comprender una o varias Funciones del Estado y, por ende, a uno o varios Sectores. Asimismo, los Gobiernos Regionales y Locales formulan sus políticas de manera consistente

con las Políticas Nacionales. (Las cursivas son nuestras)

Sobre el particular es de indicar, como lo hemos escrito en otro lugar, que la relación entre las políticas nacionales y en este caso las que corresponden a los entes territoriales (Regiones y Municipalidades), no constituye una ejecución rigurosa y jerárquica. Dada la autonomía política y administrativa de la cual gozan los mencionados entes territoriales, debe existir un “espacio” suficiente para que tomando como base las políticas nacionales y sus propios intereses, tales entes puedan desarrollar las políticas de que se trate. Las políticas nacionales serán las “bases” y las políticas de los entes territoriales el “desarrollo” y ejecución de aquellas. Derecho a una política propia, diría García de Enterría. O más bien, como dijo otro autor, derecho a una voluntad propia y diferente.

BIBLIOGRAFIA

Rodríguez-Arana, José (2007) “Aproximación al Derecho administrativo constitucional”. En Colección de Estudios Jurídicos. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

García de Enterría, E. (1983) “El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones”. En: Revista de Administración Pública Núms. 100-102. Enero-diciembre 1983

García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas

Meilán Gil, J. (2011). «Una concepción iusadministrativista vista de los contratos públicos». Derecho PUCP, (66)

Martin, R (2011) “El Concepto de Entidad Pública en el Ordenamiento Jurídico Peruano y su Incidencia en el Régimen de Organización de la Administración Pública”. En Derecho & Sociedad No. 36

Muñoz Machado, S. (2015). Tratado de derecho administrativo y derecho público en general. [Tomo I]. Madrid: La Ley - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Rodríguez-Arana, José (2007) “Aproximación al Derecho administrativo constitucional”. En Colección de Estudios Jurídicos. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Tafur Charun, Emilio. (2015) Las fuentes de producción normativa en la Constitución de 1993 (jerarquía, competencia y función constitucional),

Biblioteca de Derecho del Estudio Mario Castillo
Freyre.