

CAPÍTULO II

LAS FUNCIONES DEL ESTADO

SUMARIO

1. La división de los poderes y la libertad	II-1 / 61
2. Las funciones del Estado	II-1 / 61
3. Las funciones y los órganos del Estado	II-2 / 62
4. Características de las funciones del Estado.....	II-2 / 62
5. La función jurisdiccional	II-3 / 63
6. Definición de función jurisdiccional.....	II-4 / 64
7. La función legislativa	II-5 / 65
8. Función administrativa	II-6 / 66
9. Resumen de las funciones del Estado.....	II-7 / 67
10. Las funciones del Estado y las funciones económicas y sociales	II-8 / 68

Capítulo II

LAS FUNCIONES DEL ESTADO¹

1. La división de los poderes y la libertad

Montesquieu, partiendo de la hipótesis certera de que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él (*C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser: Il va jusqu' à ce qu'il trouve des limites*), concibió su famosa teoría de la separación de los poderes como garantía de la libertad. Esta doctrina propone que el poder contenga al poder, lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se refrenen recíprocamente (*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête la pouvoir*); ello a su vez se consigue distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos, constituidos por personas físicas distintas.

2. Las funciones del Estado

Cómo se realizará la distribución de funciones, es algo que ha sido solucionado de diferente manera en la Constitución de cada país; pero en general la mayoría ha introducido el principio de la separación de los poderes tratando de seguir en lo más importante la triple premisa a que dio lugar la teoría de MONTESQUIEU: *Que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute*. Surge así el germen de los conceptos de legislación, administración y justicia, o función legislativa, función administrativa y función jurisdiccional; precisando el lenguaje, se habla más de “separación de funciones” que de separación de poderes, ya que el poder es uno solo; con todo, por tradición, se sigue llamando “poderes” a los órganos básicos del Estado: “Poder Legislativo,” “Poder Ejecutivo” y “Poder Judicial.”

¹ Ampliar en nuestro libro *Introducción al derecho administrativo*, op. cit., pp. 83-145.

Es de cierta importancia destacar que muy a menudo —incluso en fallos— se incurre en el error de suponer que división de poderes significa que cada uno de los tres poderes sea “soberano en su esfera,” es decir, que cada poder legisle, administre y juzgue en lo relativo a su propia actividad. Tal concepción es completamente errada, pues, reiterarnos, lo esencial de la teoría analizada es la división de *funciones*, y no sólo la división en órganos; una división en *órganos* no acompañada de una división de funciones no es verdaderamente garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada.² De tal modo, división de poderes significa fundamentalmente que cada poder, cada órgano del Estado, tenga a su cargo *una sola función del Estado*; que esto no se realice con perfección en la práctica, no significa en modo alguno que *la teoría misma* pueda ser enunciada en el sentido criticado, de que cada poder deba realizar *las tres funciones* en su propia esfera de actividad.

3. *Las funciones y los órganos del Estado*

Resulta de lo que antecede que la “división de los poderes” se manifiesta en una “separación de funciones” correlativa de una separación de “órganos.” Se sienta entonces el principio de que para que el poder contenga al poder, para que no exista absolutismo ni la suma del poder público, *es imprescindible que el poder estatal sea ejercido por órganos diferenciados*. El Estado tendrá así tres tipos de órganos: legislativos, judiciales y administrativos. Los órganos legislativos son las cámaras que integran el Congreso de la Nación; los órganos judiciales se caracterizan por constituir órganos *imparciales* (ajenos a la contienda que ante ellos se discute) e *independientes* (no sujetos a órdenes de ningún superior jerárquico acerca de cómo deben desempeñar su función específica); los órganos administrativos, a diferencia de los judiciales, se caracterizan por ser órganos estructurados jerárquicamente, esto es, que dan o reciben órdenes: no son, pues, independientes.

4. *Caracteres de las funciones del Estado*

Todo sería sencillo si las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional estuvieran respectiva y exclusivamente a cargo de los órganos legislativos (Congreso), administrativos (órganos dependientes) y judiciales. (Órganos independientes.) Pero las dificultades surgen de que ello no es así; de que cada órgano no se limita siempre únicamente a la función que esencialmente le corresponde, y que por lo tanto la separación de las funciones en cuanto atribución de las mismas a órganos diferenciados se realiza imperfectamente. De allí también la dificultad de hallar una noción que identifique plenamente a cada una de las funciones estatales.

² CIACOMETTI, Z., *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich, 1960, pp. 37 y 38.

En lo que aquí sigue se indicará una caracterización general de las distintas funciones, atendiendo a sus principales características, y obviando algunas cuestiones en las que podría haber, y de hecho hay, dudas y arduas controversias doctrinarias. En una de las formas de ver la cuestión, pues, se puede afirmar en líneas generales que:

1º) La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial (esto es, órganos imparciales e independientes): Aquí habría una completa coherencia entre el órgano y la función;

2º) la función legislativa es privativa del Poder Legislativo (aquí existiría igual coherencia);

3º) la función administrativa corresponde principalmente al Poder Ejecutivo y los demás órganos administrativos, pero puede también ser realizada por los otros poderes estatales. (Aquí no habría dicha coherencia.)

A continuación se explicará el por qué de este modo de ubicar a las distintas funciones estatales.

5. *La función jurisdiccional*

En lo que respecta a la función jurisdiccional, cabe definirla en cuanto a su contenido o sustancia, como la “decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes.” De acuerdo con este primer concepto, que atiende al contenido de la función, podría parecer a primera vista que ella puede en ciertos casos ser ejercida también por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo.

a) En efecto, en ciertos casos el Poder Ejecutivo está facultado por la ley para decidir con fuerza de verdad legal algunas controversias entre particulares o entre ella misma y los particulares; pero advertimos inmediatamente que lo que allí ocurre es sólo que la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo es semejante, materialmente, a la actividad jurisdiccional, sin tener en cambio igual régimen jurídico que ésta. El régimen jurídico propio de la función jurisdiccional es que la decisión pueda ser *definitiva*, y además sea producida precisamente por un órgano imparcial e independiente; así lo exige el art. 18 de la Constitución, cuando expresa que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, y lo refirma el art. 95 de la misma, en cuanto prohíbe al Poder Ejecutivo “ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.” Sería inconstitucional, a la luz de estas normas, querer atribuir a la administración la facultad de decidir controversias entre particulares en forma definitiva, sin posibilidad de que éstos recurran ante la justicia, y es por ello que la naturaleza de la actividad desarrollada en tal caso por la administración sigue siendo típicamente actividad administrativa, sin participar del régimen

jurídico de la función jurisdiccional. Se concluye así en que esas actividades de la administración que materialmente se asemejan a la actividad jurisdiccional, no tienen, sin embargo, el mismo régimen jurídico que ésta, y por lo tanto no pueden ser jurídicamente definidas como “función jurisdiccional.” El concepto jurídico atiende estrictamente al régimen jurídico de que se trate, para precisarlo y delimitarlo: Si encontramos aquí que el régimen jurídico de la función jurisdiccional a cargo de los jueces no se aplica a actividades similares que realice la administración, entonces es obvia la conclusión de que ellas no constituyen, jurídicamente hablando, funciones jurisdiccionales de la administración.

Concluimos así en que la administración no ejerce en ningún caso función jurisdiccional, y que si sus actos se parecen en algún caso, por su contenido, a los de aquella función, no tienen sin embargo el mismo régimen jurídico. Representándolo simbólicamente, diríamos entonces que $PE \neq FJ$; esto es, que la administración no realiza función jurisdiccional.

b) A igual conclusión cabe arribar en el caso del Congreso, aunque podría aquí haber lugar a algunas dudas. El único caso en que podría decirse que el Congreso ejerce función jurisdiccional es en realidad el del juicio político. No compartimos tal criterio, por considerar que se trata simplemente de la remoción de un funcionario público —acto eminentemente administrativo— sujeta a ciertas garantías que salvaguardan el derecho de defensa del interesado; pero a todo evento podría recordárselo como una hipótesis de excepción. Con tal posible reserva, pues, concluimos aquí también en que *el Poder Legislativo no ejerce función jurisdiccional*; simbólicamente: $PL \neq FJ$.

c) Nos queda finalmente por considerar el órgano especial y exclusivamente encargado por la Constitución de ejercer la función jurisdiccional: El Poder Judicial, integrado por órganos imparciales en la contienda y no sujetos a órganos superiores, por lo tanto independientes. *Es a estos órganos que corresponde el ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional*: $PJ = FJ$.

6. Definición de función jurisdiccional

Tenemos así, en lo que respecta a la distribución de la función jurisdiccional

$PE \neq FJ$

$PL \neq FJ$

$PJ = FJ$

entre los órganos estatales, el siguiente esquema:

Definimos entonces a la función jurisdiccional como “la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes, hecha por un órgano imparcial e independiente.” Esta definición comprende dos elementos: *a*) Uno material (sustancial, de contenido) que se refiere a lo que la función es en sí misma (decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes) y *b*) uno orgánico (o

subjetivo, formal), que se refiere al órgano o poder que, realiza la función. (Los jueces, órganos imparciales e independientes.) La reunión de ambos elementos —el material y el orgánico— nos da la definición respectiva.

7. La función legislativa

La función legislativa puede definirse en cuanto a su contenido o sustancia, como el “dictado de normas jurídicas generales.” Normas “jurídicas” o sea *imperativas*; de índole “general,” por lo tanto destinadas no a un individuo determinado, sino a una pluralidad de individuos.

Se repite aquí el problema que vimos al referirnos a la función jurisdiccional: Los otros poderes del Estado parecen ejercer también, en ciertos casos, la función legislativa.

a) En el caso del Poder Ejecutivo ello se produce al considerar los reglamentos: Éstos están integrados por normas jurídicas generales emitidas unilateralmente por la administración. Su contenido material es, pues, similar al contenido de las leyes: Ambos contienen normas jurídicas generales.

Sin embargo, ocurre aquí lo mismo que comentamos antes: el régimen jurídico aplicable a los reglamentos no es en modo alguno el aplicable a la función legislativa. En primer lugar existe una graduación jerárquica entre la ley y el reglamento, a resultas de la cual el segundo está siempre sometido a la primera, y no puede contradecirla en ningún caso, pues si lo hace es considerado antijurídico mientras que una ley puede en cambio apartarse de otra ley anterior sin ser por ello antijurídica: Simplemente deroga la ley a la que se opone. Además las atribuciones de regular los derechos individuales están conferidas por la Constitución específicamente a la ley (cuando dice el artículo 14: ...gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”), mientras que el reglamento tiene sólo una función secundaria y supletoria con respecto a la ley. Esta notoria diferencia de régimen jurídico entre la ley y el reglamento nos demuestra que el concepto jurídico, formal, de función legislativa, no puede comprender a los reglamentos, a pesar de que por su contenido sean similares.³ Los órganos administrativos, pues, no ejercen función legislativa.

Simbólicamente representado, sería: PE ≠ FL.

b) En el caso del Poder Judicial la cuestión es idéntica: Los reglamentos que en alguna oportunidad dicta la justicia para regir su funcionamiento interno no tienen el mismo régimen jurídico de las leyes ni pueden oponérseles; están pues en una gradación jerárquica inferior y no pueden ser considerados formalmente, desde el punto de vista jurídico estricto, como “función legislativa.” La juris-

³ Ampliar en BIDART CAMPOS, *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1964, p. 751 y ss., especialmente p. 777.

prudencia tampoco puede considerarse como función legislativa, pues ella no es siquiera una regla general, sino tan sólo la reiteración de un determinado criterio de interpretación del orden jurídico, en cada caso concreto. Los fallos plenarios tampoco pueden considerarse como producto de la función legislativa, pues son inconstitucionales en cuanto pretendan imponer un criterio determinado a los jueces inferiores, para casos futuros: Es característica fundamental de nuestro sistema constitucional que los jueces sean independientes, esto es, no estén sujetos a órdenes o instrucciones de nadie acerca de cómo decidir las contiendas que ante ellos se presentan, y por ello es inadmisibles pretender que un juez deba someterse como regla general al criterio que haya anunciado la Cámara en un “fallo plenario.”

Desde el punto de vista jurídico, entonces, el Poder Judicial no realiza función legislativa: PJ \neq FL.

PE \neq FL

PL = FL

PJ \neq FL

c) La conclusión a que arribamos es así que la función legislativa, en estricto sentido jurídico, es únicamente realizada por el Poder Legislativo.

Podemos definir así a la función legislativa como “el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso.” En esta definición encontramos dos elementos: a) Uno material, que conceptúa cual es el contenido de la función (el dictado de normas jurídicas generales); b) otro orgánico, que aclara que esta función es únicamente realizada por el Poder Legislativo.

8. *Función administrativa*

El concepto de función administrativa es el más indefinido de todos, pues ésta no tiene, a diferencia de las demás funciones, un contenido único. En efecto, la función administrativa, desde el punto de vista de su contenido, puede consistir tanto en el dictado de normas jurídicas generales, como en la decisión de controversias entre partes, como, y he aquí lo más frecuente, en la actuación material en los casos concretos que se le presentan.

A diferencia de las otras funciones, que no sólo tienen un contenido preciso y único, sino que también son realizadas sólo por los órganos específicamente creados por la Constitución al efecto, la función administrativa no está sólo a cargo de la administración: También la realizan en cierta medida los otros poderes; y este desempeño de la función administrativa por parte de los otros poderes de Estado, se efectúa bajo el mismo régimen jurídico de la función administrativa: Es decir, no ocurre aquí lo mismo que en los casos anteriores, en los cuales los otros poderes realizaban alguna actividad semejante a las que uno, pero esa ac-

tividad no tenía su régimen jurídico y no podía, por ende, ser considerada como parte de la misma función.

La actividad de tipo administrativo que realizan los poderes judicial y legislativo se rige en un todo por el régimen jurídico propio de la misma actividad administrativa, no correspondiendo en principio aplicarle el régimen jurídico ni de la función jurisdiccional ni de la función legislativa, aunque de esos poderes se trata.

a) Tratándose del Poder Legislativo, observamos que cuando las cámaras nombran y remueven a su personal; cuando otorgan una concesión para los servicios de confitería, etc., del Congreso; cuando organizan y administran la Imprenta del Congreso, la Biblioteca del Congreso, etc.; cuando contratan con empresas la construcción o refacción de las obras del palacio legislativo; cuando compran materiales, libros, etc., en todos estos casos y muchos más *el Poder Legislativo se encuentra realizando una función típicamente administrativa, que además se rige por el régimen jurídico propio de la función administrativa.*

Simbólicamente representado: PL = FA.

b) El Poder Judicial, al igual que el Legislativo, realiza una enorme cantidad de funciones de tipo administrativo: Nombramientos, dirección y remoción de su personal; suministros de papel, libros, máquinas, muebles, etc.; construcción de obras; edición de fallos, alquilar o compra de edificios para los juzgados, etc., todo ello constituye ejercicio de la función administrativa, regido también por el régimen jurídico propio de la misma.

En consecuencia: PJ = FA.

c) El Poder Administrativo es obviamente el que realiza la mayor parte de la función administrativa. Pero cabe observar que a diferencia de los otros poderes, que realizan su propia función y además la administrativa, él realiza sólo la función administrativa, no correspondiéndole —con criterio jurídico formal— ni siquiera parte del ejercicio de las otras funciones. Expresamos así:

$$\boxed{PE = FA}$$

9. Resumen de las funciones del Estado

Resumiendo en un cuadro comparativo las premisas que hemos ido sentando, tendríamos que:

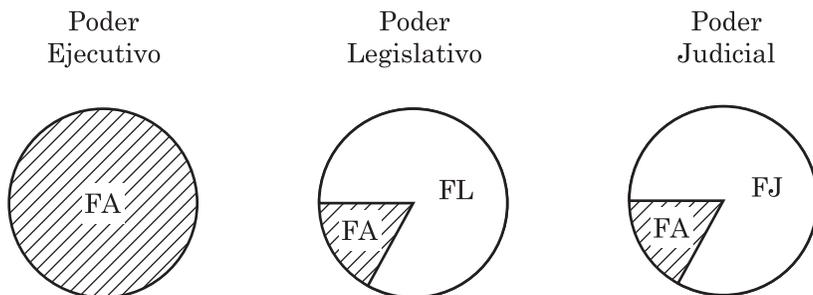
1º)	PE ≠ FJ	PL ≠ FJ	$\boxed{PJ = FJ}$
2º)	PE ≠ FL	$\boxed{PL \neq FL}$	PJ ≠ FL
3º)	$\boxed{PE = FA}$	$\boxed{PL = FA}$	$\boxed{PJ = FA}$

$$PE = \boxed{FA}$$

$$PL \left\{ \begin{array}{l} FL \\ \boxed{FA} \end{array} \right.$$

$$PJ \left\{ \begin{array}{l} FJ \\ \boxed{FA} \end{array} \right.$$

y resumiendo nuevamente, veríamos que las funciones que cada poder desempeña son las siguientes:



Gráficamente, si representáramos por un círculo el total de las actividades de cada poder, encontraríamos lo siguiente:

Con esto se advierte que dado que la función administrativa no es realizada por ningún órgano con exclusión de los demás, y que no tiene un contenido propio que la caracterice, su definición es un poco la suma de las conclusiones parciales que hemos expuesto. Diremos así que la función administrativa es 1º) en primer lugar, toda la actividad que realizan los órganos administrativos; 2º) en segundo lugar, toda la actividad que realiza el órgano legislativo, excluida la función legislativa (en sentido material y orgánico) que le es propia; 3º) en tercer lugar, toda la actividad que realizan los órganos judiciales, excluida la función jurisdiccional (en sentido material y orgánico) que específicamente realizan. O sea que es “toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.”

10. Las funciones del Estado y las funciones económicas y sociales

El lector se preguntará ahora qué relación existe entre estas funciones del Estado que se viene dando en llamar legislativa, administrativa y jurisdiccional y las funciones sociales, económicas, etc., que también el Estado sin duda tiene. En realidad, estas últimas son “funciones” sólo en sentido material, esto es, constituyen distintos contenidos de actividades que el Estado debe realizar, pero no se agrupan necesariamente bajo un mismo régimen jurídico formal y por ello no se incluyen dentro de las funciones del Estado tal como se las ha venido considerando. Esto no significa en modo alguno que no se las considere jurídicamente, sino que su tratamiento se sistematiza a través del estudio de las funciones

formales: Al estudiar por ejemplo la función administrativa, o sea, la actividad que realizan en especial los órganos administrativos trataremos qué atribuciones tienen ellos en materia económica y social; la función en sentido *material*, entonces, será estudiada metodológicamente dentro de las funciones *formales*. Del mismo modo, al referirnos más adelante al “poder de policía” considerado como expresión concreta del ejercicio de la función legislativa, veremos cuáles son los alcances de ésta en materia de legislación social y económica, y también en un capítulo aparte, en materia de planificación integrada, y así sucesivamente. La justificación del método empleado reside, repetimos, en que el régimen jurídico aplicable a las funciones sociales o económicas del Estado difiere sustancialmente según cual sea el órgano y por lo tanto también *la función con sentido formal* dentro del cual aquella sea efectivizada.

Sinopsis

1. La teoría de la división de los poderes tiene por finalidad lograr que el poder contenga al poder, dividiéndolo en órganos diferentes que se refrenen recíprocamente, para asegurar así la libertad.

2. La división de los poderes se traduce en una división de funciones que en lo esencial supone que el que hace las leyes no las ejecute ni juzgue; que el que las ejecute no las haga ni juzgue; que el que las juzgue no las haga ni las ejecute.

3. La división de funciones va así acompañada de una división de órganos: Legislativos, administrativos. (Órganos *dependientes*) y judiciales (órganos imparciales —ajenos a la contienda ante ellos discutida— e independientes —no sujetos a órdenes.)

4. La función judicial es exclusiva al Poder Judicial; la función legislativa es privativa al Poder Legislativo; pero los tres Poderes realizan función administrativa. Mientras que Poder Legislativo y Poder Judicial realizan su función principal y además la administrativa, el Poder Administrador sólo realiza su propia función, la administrativa.

5. El Poder Ejecutivo no realiza función jurisdiccional, porque se lo prohíbe el artículo 95 de la Constitución, y también el 18 en cuanto declara inviolable la garantía de la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El Poder Legislativo tampoco realiza esta función, salvo la posible excepción del juicio político.

6. Luego, como regla, sólo el Poder Judicial realiza esta función, que definimos entonces como la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes, hecha por un órgano imparcial e independiente.” (Este concepto tiene un elemento material, la primera parte, y un elemento orgánico, la segunda.)

7. El Poder Ejecutivo no realiza función legislativa, porque sus reglamentos no tienen el mismo régimen jurídico de la ley, sino que están subordinados a ella; lo mismo ocurre con el Poder Judicial. Por ello, sólo el Poder Legislativo realiza esta función, que definimos como “el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso.” (Este concepto tiene también dos elementos: material y orgánico.)

8. La función administrativa la realizan los poderes Judicial y Legislativo en lo referente a su organización interna; el Poder Ejecutivo, por su parte, sólo realiza función administrativa.

9. Ver *supra*, nº 4.

10. Las tres funciones analizadas responden a un criterio exclusivamente jurídico formal; las funciones económicas y sociales del Estado se encuadran alternativamente en una u otra de las funciones formales, y en cada caso le resultan de aplicación los principios jurídicos de éstas.