

## CAPÍTULO V

### LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

#### SUMARIO

1. La división de los poderes y la libertad.....	V-1 / 589
2. Soluciones y dificultades existentes .....	V-2 / 590
3. Distintos criterios para conceputar la función administrativa. Crítica.....	V-4 / 592
4. La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo o formal) y el material (o substancial) .....	V-6 / 594
5. Insuficiencia de los criterios “subjetivo” y “objetivo” .....	V-6 / 594
6. Concepto orgánico-material de función legislativa.....	V-7 / 595
7. Concepto orgánico-material de función jurisdiccional.....	V-9 / 597
8. Concepto de función administrativa.....	V-11 / 599
9. Resumen de las funciones del estado .....	V-12 / 600
10. Otros problemas .....	V-13 / 601



*Capítulo V*  
**LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

1. *La división de los poderes y la libertad*

Montesquieu, partiendo de la hipótesis exacta de que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él,<sup>1</sup> concibió su famosa teoría de la separación de los poderes.<sup>2</sup> 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 frenen recíprocamente;<sup>3</sup> esto a su vez se consigue distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos, constituidos por personas físicas distintas.

Cómo se realizará la distribución de funciones, es algo que se ha solucionado de diferentes maneras en la Constitución de cada país; pero, en general, la mayoría introdujo el principio de la separación de los poderes, tratando de seguir en sus líneas generales la triple premisa mínima a que dio lugar la teoría de Montesquieu: Que aquel que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar sobre su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute.

Surge así el germen de los conceptos de legislación, administración y justicia, conceptos que todavía se mantienen en constante elaboración. Con mayor claridad, se habla más de “separación de funciones,” que de separación de poderes, dado que el poder es uno solo; sin embargo, se mantiene el principio de que ella tiene por finalidad coordinar el ejercicio del poder público y evitar que pueda ser fuente de despotismo o arbitrariedad.

<sup>1</sup>“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.”

<sup>2</sup>Sobre el tema, ampliar en BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Ensayo de interpretación del principio de separación de los poderes*, Buenos Aires, 1944; IMBODEN, MAX, *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung*, Berlín, 1959, etc.

<sup>3</sup>“Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.”

Resulta, entonces, de lo anterior que la “división de los poderes” se manifiesta en una “separación de funciones,” correlativa de una separación de “órganos.” Se establece entonces el principio de que para que el poder contenga al poder, para que no exista absolutismo ni la unión 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 se discute) e independientes (no sujetos a las 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, es decir, que dan o reciben órdenes: No son, por lo tanto, independientes.<sup>4</sup> Pero se trata continuamente de ampliar el número de autoridades y entidades u órganos independientes hasta lograr la fractura del poder: Que nadie pueda reunir en su seno todo el poder.

## 2. Soluciones y dificultades existentes

Todo sería fácil si las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional estuvieran, respectiva y exclusivamente, a cargo de los órganos legislativos (congreso), administrativos (órganos dependientes del poder ejecutivo) y judiciales. (Órganos independientes.) Sin embargo, las dificultades surgen porque cada órgano no se limita únicamente a la función que le corresponde y, por lo tanto, la separación de funciones, en cuanto a la atribución de éstas a órganos diferenciados, se realiza tan sólo imperfectamente.

La práctica y la doctrina fueron elaborando soluciones para casos concretos, antes que lineamientos generales convincentes y es por ello que si bien en algunos casos se puede afirmar pragmáticamente, con seguridad, de qué tipo de función se trata, en otros la duda es inevitable y permanente.

De las soluciones existentes veamos por ejemplo los actos y hechos que realiza el Congreso. Se coincide en que su actividad de control sobre el poder ejecutivo (investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, licencias, etc.) es actividad administrativa; lo mismo se admite para otras actividades propiamente ejecutivas del mismo cuerpo: Así, todo lo que se refiere a la biblioteca (organización, funcionamiento, compra de libros y material, ficheros, etc.) y a la imprenta (adquisición de material, edición de los diarios de las sesiones, venta de éstos, etc.), al servicio de la confitería (el otorgamiento de la concesión respectiva, su control, etc.) y, en general, al nombramiento, dirección y remoción de los empleados del congreso.

<sup>4</sup> Como dice MERKL, ADOLFO, *Teoría general del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935, p. 59, los órganos administrativos están regidos por relaciones de dependencia que se traducen en el “derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior.”

Estos actos que orgánicamente (es decir, en virtud del órgano que los dicta) son legislativos, materialmente (substancialmente, en virtud de su propia esencia) son, por consiguiente, administrativos.

Lo mismo ocurre con el poder judicial: Cuando éste nombra, dirige o remueve a sus empleados, cuando alquila edificios o los adquiere, cuando compra libros, edita fallos, adquiere papel, tinta, o digitaliza el proceso, realiza una actividad materialmente administrativa, a pesar de no ser un órgano administrativo, sino judicial quien la ejecuta.

No se solucionan los problemas afirmando que estas actividades son “seudo-administrativas”<sup>5</sup> y que tan solo presentan una cierta “semejanza”<sup>6</sup> con la actividad administrativa *stricto sensu*, porque es obvio que ninguna diferencia intrínseca podrá encontrarse entre el acto de nombrar un cadete para el palacio de justicia; o el acto de nombrar un cadete para el ministerio del interior; entre el acto de pedir un café al primer ordenanza o pedírselo al segundo; entre el acto de adquirir papel y lápiz para una secretaría de tribunales o el acto de adquirirlos para un ministerio del poder ejecutivo. Pero el problema no termina allí: Además de esa identidad substancial entre la actividad administrativa del poder judicial y del congreso, con relación a la que realiza el poder ejecutivo existe una identidad del régimen jurídico que es decisiva. No se puede afirmar que los actos de tipo administrativo de los poderes legislativo y judicial “estén al margen del régimen jurídico administrativo,”<sup>7</sup> a menos que se entienda por eso sólo y exclusivamente las normas positivas que son aplicables a la administración central. Por lo menos, en el derecho administrativo argentino son los principios de éste los que se aplican a las actividades administrativas de los tres poderes, e incluso en algunos casos las mismas normas positivas son comunes.

No debe llevar al error el hecho de que a veces haya distintos textos normativos de aplicación a una u otra actividad, si el régimen permanece siendo del derecho administrativo: No es porque existe un estatuto del personal de la administración pública nacional (central) y otro estatuto similar para el personal de la justicia nacional, por ejemplo, es que se podrá pensar que este último no integra el derecho administrativo.

Sobre esto y con pocas excepciones hay acuerdo en la doctrina; las dificultades más serias comienzan cuando se trata de analizar la actividad de los propios órganos administrativos. Estos órganos dictan actos materialmente similares a los actos legislativos y jurisdiccionales (ejemplo de lo primero tenemos cuando se crea el reglamento; y de lo segundo, cuando se deciden recursos jerárquicos presentados por los administrados contra actos de órganos inferiores); sin embar-

<sup>5</sup> Véase GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Madrid, 1961, p. 37.

<sup>6</sup> GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 31.

<sup>7</sup> GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 32.

go, parecería predominar, actualmente, la opinión de que tanto los reglamentos como las decisiones en casos concretos son actividades administrativas, a pesar de su similitud con la legislativa y jurisdiccional; el motivo de esto está, a nuestro entender, en que su régimen jurídico es también el del derecho administrativo.<sup>8</sup>

### 3. *Distintos criterios para conceptualizar la función administrativa. Crítica*

¿Es posible encontrar algún criterio general que tomando esas soluciones concretas llegue a un concepto para cada una de las funciones del estado?

Como ya dijimos, se considera que la función legislativa es la creación de normas generales de conducta, imperativas para todos los habitantes,<sup>9</sup> y que la función jurisdiccional es la decisión imperativa de contiendas entre partes, determinando el derecho aplicable,<sup>10</sup> pero no existe hasta el presente una noción de función administrativa que pueda armonizar con las dos anteriores. Todos los conceptos existentes de “función administrativa” son incompatibles en alguna medida con las otras dos nociones, y si bien eso ha sido evidente, los nuevos intentos buscan en general dar un nuevo concepto de función administrativa antes de modificar o de precisar el de función legislativa o jurisdiccional.

1º) Se sostuvo primero que la función administrativa es la que realiza el poder ejecutivo,<sup>11</sup> criterio insuficiente porque según vimos los otros órganos estatales (legislativo y jurisdiccional) también realizan funciones administrativas.

2º) Se afirmó después que la función administrativa es la actividad estatal que queda luego de excluidas la legislación y la jurisdicción,<sup>12</sup> lo que en realidad no resuelve nada, pues, si bien en muchos casos es manifiesto que no hay legislación ni jurisdicción —y, por lo tanto, administración— permanecen muchos en los cuales se duda sobre de qué actividad se trata.<sup>13</sup>

3º) Delante del fracaso del concepto orgánico y del negativo, se buscó definir la función administrativa de forma material, como “la actividad práctica que el estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los propios fines,”<sup>14</sup> o “la actividad concreta del estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata,”<sup>15</sup> o la “actividad del estado dirigida a la creación o prohibición (*Verhinderung*) de algo

<sup>8</sup> Ampliar *infra*, nº 6.

<sup>9</sup> Eso es el principal: Los autores agregan detalles como la “permanencia,” la “novedad,” etc., pero, ello no le quita la claridad al concepto básico.

<sup>10</sup> De la misma manera que el concepto material de legislación, el de jurisdicción es susceptible de agregados; pero el principal para los fines de lo que aquí se trata, es el ya señalado.

<sup>11</sup> SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1903, p. 34.

<sup>12</sup> FLEINER, FRITZ, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Madrid, 1933, p. 7.

<sup>13</sup> Cfr. ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 3.

<sup>14</sup> ZANOBINI, GUIDO, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. I, Milán, 1958, 8ª ed., p. 13.

<sup>15</sup> D'ALESSIO, E., *Instituzione di Diritto Amministrativo*, t. I, Turín, 1949, 4ª ed., p. 17.

nuevo en casos individuales,<sup>16</sup> o como “una de las funciones del estado que tiene por objeto la satisfacción, directa e inmediata de las necesidades colectivas por actos concretos dentro del ordenamiento jurídico y de acuerdo con los fines de la ley,”<sup>17</sup> o como “la actividad permanente, concreta y práctica, del estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran.”<sup>18</sup> El elemento de lo “concreto” y “práctico” está también en estas definiciones.<sup>19</sup>

Todos estos conceptos de tipo material y positivo —es decir, que definen directamente y no por exclusión la propia esencia de la función administrativa— a pesar de que dan una cierta idea de lo que es administración, son inexactos. Todas esas definiciones, de hecho, conceptúan la función administrativa como la realización de algo concreto en casos individuales —oponiéndola así a la legislación (norma abstracta de tipo general) y a la jurisdicción (norma individual, pero abstracta);— pero esa noción es errónea, porque ya se vio que la potestad reglamentaria de la administración integra la función administrativa, dado que es precisamente lo contrario de las definiciones citadas. (Pues el reglamento es una norma abstracta de tipo general.)

Este tipo de definición material no puede prosperar, en consecuencia, porque la función administrativa, abarca actividades que son substancialmente idénticas a la función legislativa (los reglamentos) y a la función jurisdiccional (la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo ante un recurso jerárquico presentado frente al acto de un órgano inferior), tomadas éstas también en sentido material.

4º) Finalmente se produce un retorno al criterio orgánico, considerándose qué función administrativa es aquella parte de la función estatal que es realizada por órganos administrativos, para cuya finalidad se aclara que son órganos legislativos aquellos facultados directamente por la Constitución para dictar disposiciones generales (con lo cual se excluyen los reglamentos del concepto de legislación), órganos jurisdiccionales aquellos que aplican el derecho en situación de independencia, y órganos administrativos aquellos sujetos a órdenes (*weisungsgebundenen*); con lo que el concepto final sería: La función realizada por el conjunto de órganos regidos por relaciones de independencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas en el órgano inferior;<sup>20</sup> con lo cual se observa lo mismo que en la primera definición: Que los otros órganos también realizan funciones administrativas. (*Supra*, § 2.)

<sup>16</sup> JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, 1931, 3ª ed., p. 6.

<sup>17</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 43.

<sup>18</sup> MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 660.

<sup>19</sup> En Brasil, véase por ejemplo BARROS JÚNIOR, CARLOS S. DE, *Compêndio de Direito Administrativo*, t. I, San Pablo, pp. 58-62.

<sup>20</sup> MERKL, *op. cit.*, p. 59; en igual sentido ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 4 y ss.; GARRIDO FALLA, *op. loc. cit.*: DIEZ MANUEL MARÍA, *op. cit.*, t. I, p. 99 y ss.; “Aceptamos, pues, el concepto jurídico de Administración Pública del punto de vista subjetiva, aunque no dejamos de reconocer que se presta a críticas.” (P. 106.)

#### 4. *La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo o formal) y el material (o substancial)*

De lo afirmado se desprende que, además del concepto negativo (administración es lo que no es ni legislación ni jurisdicción), existen dos criterios distintos de tipo positivo que fueron propuestos para diferenciar las funciones estatales: El orgánico y el material substancial.

Desde el punto de vista orgánico (a veces llamado “formal”), según el acto sea realizado por un órgano jurisdiccional (independiente), administrativo (dependiente) o legislativo (de índole constitucional), nos encontraríamos frente a una función de tal o cual tipo; pero este criterio es insuficiente, y tomado al pie de la letra, erróneo, porque en los órganos legislativo y jurisdiccionales también se realizan funciones administrativas. Desde el punto de vista material o substancial, es decir, ateniéndonos a la naturaleza interna de los propios actos, son actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa (o sea, son actos legislativos que crean normas o reglas de derecho), son actos jurisdiccionales los que deciden, con la fuerza de verdad legal, una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable: Y son actos de la función administrativa los que constituyen manifestaciones concretas (por oposición a las abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) de la voluntad estatal. Este criterio también es insuficiente y erróneo, dado que ya vimos que la función administrativa no siempre se limita a manifestaciones concretas de voluntad.

#### 5. *Insuficiencia de los criterios “subjetivo” y “objetivo”*

Ninguno de estos criterios es de por sí suficiente para distinguir las funciones jurisdiccional, administrativa y legislativa; porque hay actos materialmente legislativos que son orgánicamente administrativos; actos materialmente administrativos que son orgánicamente legislativos (las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc. que conceden o realizan las cámaras); actos materialmente administrativos que son orgánicamente jurisdiccionales. (Las autorizaciones y licencias que tienen a su cargo los tribunales: Así llamada “jurisdicción voluntaria;” el nombramiento y remoción de los empleados judiciales; la superintendencia ejercida por la Suprema Corte.)

Existe además de eso actos materialmente jurisdiccionales que son orgánicamente administrativos (cuando el poder ejecutivo decide un recurso jerárquico).

Así que, en sentido material, el órgano administrativo ejerce no solamente funciones administrativas sino también legislativas y jurisdiccionales; el órgano jurisdiccional realiza no solamente funciones jurisdiccionales sino también ad-

ministrativas; el órgano legislativo practica no solamente funciones legislativas sino también administrativas.

Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra sin objeciones que no se puede pretender encontrar un criterio orgánico o material positivo y puro para conceptuar cada una de las funciones: Es necesario buscar un criterio mixto que, combinando elementos de uno y de otro tipo pueda finalmente ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás.

#### 6. *Concepto orgánico-material de función legislativa*

Ya podemos observar un dato concreto en este entrecruzamiento de funciones: En materia de función legislativa el criterio substancial o material no designa de manera suficiente a la función, y es necesario agregarle una referencia al órgano respectivo.

Sucede así que el régimen jurídico previsto para la función legislativa se aplica, únicamente, a los actos que sean materialmente legislativos y que además de eso hayan sido realizados por el órgano legislativo.

En efecto, aunque los otros poderes del estado parezcan ejercer también, en ciertos casos, la función legislativa, ello no es así desde el punto de vista jurídico.

a) En el caso del poder ejecutivo eso se advierte al considerar los reglamentos: Éstos están integrados por normas jurídicas generales emitidas unilateralmente por la administración. Su contenido material es, por lo tanto, similar al contenido de las leyes: Ambos contienen normas jurídicas generales.

Sin embargo, ocurre aquí que el régimen jurídico aplicado a los reglamentos no es de ningún modo aplicable a la función legislativa. En primer lugar existe una gradación jerárquica entre la ley y el reglamento, lo que determina que el segundo está siempre sometido a la primera, y no puede contradecirla en ningún caso, porque si lo hace es considerado antijurídico; la ley, por otro lado, puede contradecir lo que expresa una ley anterior, sin ser por ello antijurídica: Simplemente deroga la ley a la que se opone. Además de eso, las atribuciones de regular los derechos individuales están conferidas por la Constitución específicamente a la ley (cuando dice en el art.14: ...Gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio...), mientras que el reglamento tiene solamente una función secundaria y suplementaria en relación a la ley. Esta notoria diferencia del régimen jurídico entre la ley y el reglamento nos demuestra que el concepto jurídico, formal, de función legislativa no puede abarcar los reglamentos, a pesar de que en relación a su contenido sean similares. Los órganos administrativos, por consiguiente, no ejercen función legislativa.

Simbólicamente representado, sería: PE ≠ FL

b) En el caso del poder judicial, la cuestión es idéntica: Los reglamentos que en algunas ocasiones la justicia dicta para regir su funcionamiento interno no tienen el mismo régimen jurídico de las leyes y no pueden oponerse a ellas; están, pues, en una escala jerárquica inferior y no pueden ser considerados, formalmente, desde el punto de vista jurídico estricto, como “función legislativa.” La jurisprudencia tampoco puede ser considerada función legislativa, porque ella no es siquiera una regla general, sino tan solo una reiteración de un determinado criterio de interpretación del ordenamiento jurídico, en cada caso concreto.

Además, la Corte Suprema de Justicia nacional declaró que “...el enorme papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces, perceptivo de la declaración e interpretación de las normas jurídicas generales vigentes, de su sistematización y de la suplencia de sus lagunas, recurriendo a principios conocidos —art. 16 del Código Civil argentino— no llega hasta la facultad de instituir la propia ley. No es lícito a los magistrados judiciales argentinos ...atribuirse... facultades legislativas de las cuales carecen.”<sup>21</sup>

Respecto a los fallos plenarios y su obligatoriedad, hay que distinguir dos aspectos: 1º) En lo que respecta a las salas que integran la Cámara respectiva, y 2º) en lo que se refiere a los jueces inferiores. En el primer caso hay simplemente un pronunciamiento jurisdiccional concreto: Como las salas no constituyen tribunales aislados, pues son parte de la Cámara, es perfectamente razonable que deban ajustarse a la opinión de la mayoría. En cuanto a los jueces inferiores, entendemos que es inconstitucional exigir de un juez que falle de acuerdo a la interpretación del derecho hecha por un tribunal superior, pues ya fue entendido también por la Suprema Corte que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene otro límite que el que resulta de su propia conciencia de magistrados, y en tal sentido pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones;”<sup>22</sup> la inconstitucionalidad deriva de que viola la independencia del juez, lo que hace a la propia esencia del sistema institucional argentino.<sup>23</sup>

Si, por el contrario, se admitiera la constitucionalidad de los fallos plenarios, la solución no variaría, porque en tal caso habría una delegación del congreso al poder judicial, delegación que estaría destinada a establecer el justo sentido de la ley dictada por el congreso: En ese sentido, el fallo plenario tendría la misma jerarquía normativa que el reglamento delegado; establecido en virtud de una ley que delega la facultad pertinente, y obliga en la medida en que el legislador así lo dispuso; con ello resultaría que el fallo plenario, por su esencia normativa delegada y no originaria, tendría también un contenido de tipo administrativo

<sup>21</sup> Corte Suprema Argentina, *Fallos*, 234: 82, 98.

<sup>22</sup> Corte Suprema Argentina, *Fallos*, 131: 105-110.

<sup>23</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 27 y ss.

reglamentario. Lo mismo se sostiene para las acordadas que los tribunales dictan, que constituyen típicos actos reglamentarios de contenido y régimen administrativos: Están por debajo de la ley y si la violan son antijurídicos.

Desde el punto de vista jurídico, entonces, el poder judicial no realiza función legislativa:  $PJ \neq FL$

c) La conclusión que llegamos es que la función legislativa, en estricto sentido jurídico es únicamente realizada por el poder legislativo.

$PE \neq FL$

$PL = FL$

$PJ \neq FL$

Podemos definir, por consiguiente, la función legislativa como “el dictado de normas jurídicas generales hechas por el Congreso.” En esta definición encontramos dos elementos: a) Uno material, objetivo que se refiere a cual es el contenido de la función (la expedición de normas jurídicas generales); b) otro orgánico o subjetivo, que aclara que esta función es únicamente realizada por el Poder Legislativo.

### 7. Concepto orgánico-material de función jurisdiccional

En lo que respecta a la función jurisdiccional, el problema se repite en sus partes esenciales; desde el punto de vista material o substancial, podemos considerarla como la “decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes.” De acuerdo con este primer concepto objetivo, que se ocupa del 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; sin embargo, 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, por otro lado, igual régimen jurídico que ésta. El régimen jurídico propio de la función jurisdiccional es que la decisión pueda ser definitiva, y, además, emitida precisamente por un órgano imparcial e independiente; así lo exige el art. 18 de la Constitución, cuando dispone que es inviolable la defensa en juicio de la persona o de los derechos, y lo reafirma el antiguo art. 95 cuando prohíbe al poder ejecutivo “ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer aquellas definitivamente juzgadas.” 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 estos recurran a la justicia. El particular puede renunciar, si quiere, al derecho de someter la cuestión ante la justicia, pero, eso no altera la naturaleza de la

actividad desarrollada en tal caso por la administración, que continúa siendo típicamente una actividad administrativa, sin participar del régimen jurídico de la función jurisdiccional. Se deduce, por consiguiente, 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 responde estrictamente al régimen jurídico de que se trate, para precisar y delimitarlo: Si encontramos aquí que el régimen jurídico de la función jurisdiccional a cargo del juez no se aplica a las actividades similares que realice la administración, entonces, es obvia la conclusión de que ellas no constituyen, jurídicamente hablando, funciones jurisdiccionales administrativas. Esto será ampliado con suficiente detalle en el capítulo siguiente.

Por lo que concluimos, que la administración no ejerce en ningún caso la función jurisdiccional, y que sus actos se parecen en algunos casos, por su contenido, a los de aquella función, pero no tienen, sin embargo, el mismo régimen jurídico. Representando simbólicamente, diríamos entonces que  $PE \neq FJ$ ; es decir, la administración no realiza función jurisdiccional.

b) Se arriba a la misma conclusión en el caso del Congreso, aunque se podría, en esta situación, tener algunas dudas. El único caso en que se podría decir que el Congreso ejerce función jurisdiccional es en realidad en el del juicio político. No compartimos tal criterio, por considerar que se trata, simplemente de la remoción de un funcionario público —acto destacadamente administrativo— sujeto a ciertas garantías que salvaguardan el derecho de defensa del interesado; sin embargo, para todos los hechos podría considerarse como una hipótesis de excepción. Teniendo en cuenta tal posible reserva, por lo tanto, concluimos también aquí que, el poder legislativo no ejerce función jurisdiccional; simbólicamente:  $PL \neq FJ$ .

c) Nos queda finalmente 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 sujeto a órganos superiores, siendo por lo tanto independientes. Es a estos órganos que les corresponde el ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional:  $PJ = FJ$ .

El régimen jurídico de la función jurisdiccional, entonces, sólo se aplica a los actos materialmente jurisdiccionales realizados por órganos administrativos o legislativos. En otras palabras: El régimen jurídico pertinente se aplica, solamente, cuando el acto es materialmente el que corresponde, y además haya sido dictado por el órgano al que le compete realizar la función: El juez. Tenemos de este modo, en lo que se refiere a la distribución de la función jurisdiccional entre los órganos estatales el siguiente esquema:

PE ≠ FJ

PL ≠ FJ

PJ = FJ

Y definimos entonces 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 (substantial 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 los dos elementos —el material y el orgánico— nos da la definición respectiva.

### 8. *Concepto de 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 la expedición de normas jurídicas generales, como en la decisión de controversias entre partes, como, y ésta es la más frecuente, en la actuación material en los casos concretos que se le presentan.

Diferente de las otras funciones, que no sólo tienen el contenido preciso y único, sino que también son realizadas exclusivamente por los órganos específicamente creados por la Constitución para ese fin, 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 del 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 un poder realizaba alguna actividad semejante al del otro, pero esa actividad no poseía su régimen jurídico y no podía, por lo tanto, 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 actividad administrativa, no correspondiendo en principio aplicarle el régimen jurídico de la función jurisdiccional ni el de la función legislativa, aunque se trate de esos poderes.

a) Tratándose del poder legislativo, observamos que cuando las cámaras nombran o 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 del palacio legislativo; cuando compran materiales, libros, etc., en todos esos 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, del mismo modo que el legislativo, realiza una enorme cantidad de funciones de tipo administrativo: Nombramientos, dirección y remoción de su personal; publicación digital en *Internet* de todas sus decisiones; suministro de papel, libros, máquinas, muebles, etc., ejecución de obras; edición de decisiones; alquiler o compra de edificios para los juzgados, etc., todo eso constituye ejercicio de la función administrativa, regido también por el propio régimen jurídico de la función administrativa.

En consecuencia:  $PJ = FA$ .

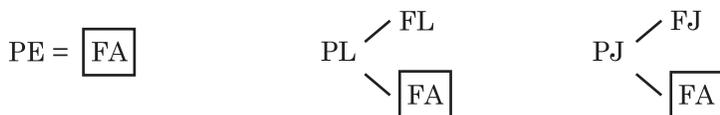
c) El poder administrativo es obviamente el que realiza mayor parte de la función administrativa. No obstante, cabe observar que, a diferencia de los otros poderes, que realizan su propia función y además de ésta la administrativa, él realiza solamente la función administrativa, no correspondiéndole —según un criterio jurídico formal— ni siquiera parte del ejercicio de las otras funciones. Expresamos así:  $PE = FA$ .

### 9. Resumen de las funciones del estado

Resumiendo en un cuadro comparativo las premisas que establecimos, tendríamos que:

1º) $PE \neq FJ$	$PL \neq FJ$	$PJ = FJ$
2º) $PE \neq FL$	$PL = FL$	$PJ \neq FL$
3º) $PE = FA$	$PL = FA$	$PJ = FA$

Y resumiendo veríamos que las funciones que cada poder desempeña son las siguientes:



Con ello se advierte que, dado que la función administrativa no es realizada por ningún órgano con la 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 expusimos. Por consiguiente, diremos 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 el sentido material y orgánico) que le es propia; 3º) en

tercer lugar, toda la actividad que ejercen los órganos judiciales, excluida la función jurisdiccional (sentido material y orgánico), que específicamente realizan. Es decir que es “toda 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. *Otros problemas*

Finalmente, es necesario referirse a problemas provenientes de ciertas actividades tradicionalmente consideradas administrativas: La “jurisdicción voluntaria” ejercida por los jueces y ciertas leyes concretas del poder legislativo. (Presupuesto, pensiones, etc.) Si fueran verdaderamente funciones administrativas, su calidad sería perfectamente coherente con las definiciones que expusimos; sin embargo, un autor ha objetado que tales actividades se rigen en verdad por el derecho administrativo, por lo que mal puede aplicárseles la denominación de función administrativa.<sup>24</sup> La objeción es correcta, en la medida en que se sostenga que tales actividades son de tipo administrativo, pero, la cuestión es que quizás lo inexacto sea considerar como se hizo tradicionalmente, que tales actos sean de substancia administrativa. En ese sentido, es posible que corresponda modificar la formulación tradicional del carácter administrativo de esos actos y decir que, a pesar de que ellos no tienen intrínsecamente carácter jurisdiccional, en un caso (porque no son resolución de una contienda entre partes), legislativo en otro (porque no son normas generales), deben sin embargo asimilarse a los actos de tal naturaleza, por su íntima relación substancial y formal con ellos y por la aplicación que reciban de igual régimen jurídico. Con esa aclaración, mantenemos por lo tanto las definiciones a las que arribamos.

<sup>24</sup> GARRIDO FALLA, *op. cit.*, t. I, p. 26 y ss.