

CAPÍTULO II

LAS FUNCIONES DEL ESTADO

SUMARIO

1. La división de los poderes y la libertad	85
2. Soluciones y dificultades existentes.....	86
3. Distintos criterios para conceptuar la función administrativa. Crítica..	88
4. La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo, o formal) y el material (u objetivo, o sustancial)	90
5. Insuficiencia de los criterios “subjetivo” y “objetivo”	90
6. Concepto orgánico-material de función legislativa	91
7. Concepto orgánico-material de función jurisdiccional.....	93
8. Alcance jurídico-político del problema	95
9. Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración	96
10. Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres poderes	96
11. Resumen de las funciones del Estado.....	98
12. Otros problemas.....	99
12.1. La “jurisdicción voluntaria” y las leyes concretas.....	99
12.2. Funciones administrativas de órganos no estatales.....	99
12.3. Las funciones materiales del Estado.....	100

Capítulo II

LAS FUNCIONES DEL ESTADO

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,¹ concibió su famosa teoría de la separación de los poderes.² 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;³ ello, 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 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 de 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, conceptos que todavía se mantienen en constante elaboración. Precisando el lenguaje se habla ya más de “separación de funciones,” antes que de separación de poderes, ya que el poder es uno sólo,⁴ pero 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.

¹ “*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.*”

² 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; MARTÍN MATEO, *op. cit.*, p. 38 y ss.

³ “*Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.*”

⁴ Con todo, por tradición, se sigue llamando “poderes” a los *órganos* básicos, del Estado: “Poder Legislativo,” “Poder Ejecutivo” y “Poder Judicial.”

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, reiteramos, 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.⁵ 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.

Resulta, pues, 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) 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.⁶

2. Soluciones y dificultades existentes

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

En efecto, la práctica y la doctrina han ido elaborando soluciones para casos concretos, antes que lineamientos generales convincentes, y es por ello que si

⁵ GIACOMETTI, ZACARÍAS, *Allgemeine Yehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich, 1960, p. 37 y ss.

⁶ Como dice MERKL, ADOLF, *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.”

en algunos casos puede afirmarse pragmáticamente con certeza de qué tipo de función se trata, en los más la duda es inevitable y permanente.

De las soluciones existentes veamos, por ejemplo, los actos y hechos que realiza el Congreso. Se conviene en que su actividad de control sobre el Poder Ejecutivo (investigaciones, pedidos de informes, venias, autorizaciones, etc.) es actividad administrativa; lo mismo se admite para otras labores propiamente ejecutivas del mismo cuerpo: Así, todo lo referente a la Biblioteca (organización, funcionamiento, compra de libros y de material, ficheros, etc.) y a la Imprenta (adquisición de material, edición de los diarios de sesiones, venta de éstos, etc.), al servicio de confitería (el otorgamiento de la concesión respectiva, su control, etc.), y en general al nombramiento, dirección y remoción de los empleados del Congreso. Estos actos, que *orgánicamente* (es decir, en razón del órgano que los dicta) son legislativos, *materialmente* (sustancialmente, en razón de su esencia propia) son entonces administrativos.

Lo mismo ocurre con el Poder Judicial: Cuando éste nombra y dirige o remueve a sus empleados, cuando alquila sus locales o los adquiere, cuando compra libros, edita fallos, adquiere papel, tinta, etc., evidentemente realiza actividad materialmente administrativa, a pesar de no ser un órgano administrativo, sino judicial, el que la ejecuta.

No se soluciona el problema con afirmar que estas actividades son “seudo-administrativas” y que tan sólo presentan una cierta “semejanza” con la actividad administrativa *stricto sensu*, pues es obvio que ninguna diferencia intrínseca podrá encontrarse entre el acto de nombrar un ordenanza para el Palacio de Justicia o el acto de nombrar un ordenanza para el Ministerio del Interior; entre el acto de pedirle un café al primer ordenanza o de pedirselo al segundo; entre el acto de adquirir papel y lápices para una oficina de tribunales o el acto de adquirirlos para un Ministerio del Poder Ejecutivo. Pero el problema no termina allí; a más de esa innegable identidad sustancial entre la actividad administrativa del Poder Judicial y del Congreso con respecto a la que realiza el Poder Ejecutivo, existe una identidad de régimen jurídico que es decisiva. No puede afirmarse que los actos de tipo administrativo de los poderes Legislativo y Judicial “estén al margen del régimen jurídico administrativo,” a menos que se entienda por tal sólo y exclusivamente las normas positivas que son de aplicación 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: Es lo que ocurre, por ejemplo, con la ley de contabilidad, aplicable en el ámbito de los tres poderes; tanto es ello así, que su art. 87, luego de expresar: “El Poder Ejecutivo, bajo su exclusiva responsabilidad, podrá insistir en el cumplimiento de los actos observados por el Tribunal de Cuentas,” agrega: “En jurisdicción de los poderes Legislativo y Judicial, la insistencia será dictada por el presidente de la respectiva

cámara o por el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respectivamente.” ¿Podrá acaso negarse, ante tan clara prescripción, la identidad sustancial y de régimen jurídico entre los distintos actos en cuestión?

No debe llamar a engaño el que a veces haya distintos textos normativos de aplicación a una u otra actividad, si el régimen sigue siendo el del derecho administrativo: No porque haya un Estatuto del Personal de la Administración Pública nacional (central) y otro Estatuto semejante para el personal de la justicia nacional, por ejemplo, podrá pensarse que este último no integra ya el derecho administrativo.

Sobre esto y con pocas excepciones hay acuerdo en 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 (como ejemplo de lo primero, cuando crean reglamentos; de lo segundo, cuando se deciden recursos jerárquicos presentados por los administrados contra actos de órganos inferiores), pero pareciera predominar actualmente la opinión de que tanto los reglamentos como las decisiones en casos concretos son actividad administrativa a pesar de su similitud con la legislativa y jurisdiccional; la razón de ello está, a juicio nuestro, en que su régimen jurídico es precisamente también el del derecho administrativo.

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

¿Es posible hallar algún criterio general que tomando esas soluciones concretas dé un concepto para cada una de las funciones del Estado?

Normalmente se considera que la función legislativa es la creación de normas generales de conducta, imperativas para todos los habitantes,⁷ y que la función jurisdiccional es la decisión imperativa de contiendas entre partes, determinando el derecho aplicable,⁸ pero no hay hasta el presente un concepto de *función administrativa* que pueda ser *armonizado con los dos anteriores*. Todos los conceptos existentes de “función administrativa” son incompatibles en alguna medida con las otras dos nociones, y si bien ello ha sido evidente, los nuevos intentos buscan en general dar un nuevo concepto de función administrativa antes que modificar o precisar específicamente el de función legislativa o jurisdiccional.

3.1. Se sostuvo primero que la función administrativa es la que realiza el Poder Ejecutivo,⁹ criterio insuficiente por cuanto según hemos visto los otros órganos estatales (legislativo y jurisdiccionales) también realizan funciones administrativas.

⁷ Eso es lo principal: Los autores agregan detalles como “la permanencia,” “la novedad,” etc., pero ello no quita la claridad del concepto básico.

⁸ Al igual que el concepto material de legislación, el de jurisdicción es susceptible de agregados; pero lo principal a efectos de lo aquí tratado es lo ya señalado.

⁹ SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1903, p. 34.

3.2. Se dijo luego que función administrativa es la actividad estatal que resta luego de excluidas la legislación y la jurisdicción,¹⁰ a lo que se observa que en realidad no resuelve nada, pues si en muchos casos es manifiesto que no hay legislación ni jurisdicción —y por lo tanto sí administración—, quedan muchos más en los que se duda de qué actividad se trata.¹¹

3.3. Ante el fracaso del concepto *orgánico* y del *negativo*, se intentó definir a la función administrativa en forma *material*, como “la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios,”¹² o “la actividad concreta del Estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata,”¹³ o “la actividad del Estado dirigida a la creación o prohibición (*Verhinderung*) de algo nuevo en casos individuales,”¹⁴ 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 orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley,”¹⁵ 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.”¹⁶

Todos estos conceptos de tipo *material* y positivo —es decir, que definen directamente y no por exclusión la esencia misma de la función administrativa—, si bien dan una cierta idea de lo que es administración, son imprecisos. Todas esas definiciones, en efecto, conceptúan a la función administrativa como 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*)—; mas esa noción no es adecuada, por cuanto ya se ha visto que la potestad reglamentaria de la administración integra la función administrativa, siendo 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, pues la función administrativa comprende actividades que son sustancialmente 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.

3.4. Finalmente, se produce un retorno al criterio *orgánico*, considerándose que función administrativa es aquella parte de la función estatal que es realizada por órganos administrativos, a cuyo efecto se aclara que son órganos *legislativos*

¹⁰ FLEINER, FRITZ, *Instituciones de derecho administrativo*, Madrid, 1933, p. 7.

¹¹ Confr. ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 3.

¹² ZANOBINI, GUIDO, *Corso di Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1958, 8ª ed., p. 13.

¹³ D'ALESSIO, E., *Istituzione di diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1949, 4ª ed., p. 17.

¹⁴ JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, 3ª ed., p. 6.

¹⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 660.

¹⁶ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 43.

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 (*weisungsgebunden*); con lo cual el concepto final sería: La función realizada por el conjunto de órganos regidos por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerles del órgano inferior,¹⁷ a lo cual se observa lo mismo que a la primera definición: Que los otros órganos también realizan funciones administrativas. (*Supra*, n° 2.)

4. La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo, o formal) y el material (u objetivo, o sustancial)

De lo dicho se desprende que, además del concepto *negativo* (“administración es lo que no es ni legislación ni jurisdicción”), hay dos criterios distintos de tipo positivo que han sido propuestos para diferenciar las funciones estatales: El *orgánico* y el *material* o sustancial.

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 ante una función de tal o cual tipo; pero este criterio es insuficiente y, tomado a la letra, erróneo, por cuanto en los órganos legislativo y jurisdiccionales también se realizan funciones administrativas. Desde el punto de vista material o sustancial, es decir, ateniéndonos a la naturaleza *interna* de los actos mismos, son actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa (o sea, son actos legislativos los que crean normas o reglas de derecho), son actos jurisdiccionales los que deciden con 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 abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) de voluntad estatal. Este criterio también es insuficiente y erróneo, pues ya hemos visto 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; pues hay actos *materialmente legislativos* que son *orgánicamente administrativos*; actos *materialmente administrativos*

¹⁷ MERKL, *op. cit.*, p. 59; en igual sentido ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 4 y ss.; GARRIDO FALLA, *op. cit.*; DIEZ, MANUEL MARÍA, *op. cit.*, t. I, p. 99 y ss.: “Aceptamos, pues, el concepto jurídico de administración pública desde un punto de vista subjetivo, aunque no dejamos de reconocer que se presta a críticas.” (*Op. cit.*, p. 106.) Posteriormente, DIEZ se inclina por un concepto material, “Control judicial de la administración. El proceso administrativo,” *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n°1, Buenos Aires, 1971, p. 11 y ss., p. 19.

que son *orgánicamente legislativos* (las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc., que conceden o realizan las Cámaras); actos *materialmente administrativos* que son *orgánicamente judiciales*. (Las autorizaciones y venias que tienen a su cargo los tribunales: El nombramiento y remoción de los empleados judiciales; la superintendencia ejercida por la Corte Suprema.)

Hay además actos materialmente jurisdiccionales que son orgánicamente administrativos, por ejemplo, cuando el Poder Ejecutivo decide un recurso jerárquico, etc.

Así entonces, en sentido *material*, el órgano administrativo realiza no sólo funciones administrativas, sino también legislativas y jurisdiccionales; el órgano jurisdiccional no sólo funciones jurisdiccionales, sino también administrativas; el órgano legislativo no sólo funciones legislativas, sino también administrativas.

Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra inobjetablemente que no puede pretenderse hallar 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 otro tipo pueda finalmente ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás.

6. Concepto orgánico-material de función legislativa

Podemos ya observar un dato en este entrecruzamiento de funciones: En materia de *función legislativa* el criterio sustancial o material no designa suficientemente 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 hayan sido realizados por el órgano legislativo*.

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

6.1. En el caso del Poder Ejecutivo ello se advierte 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 que el régimen jurídico aplicable a los reglamentos no es en modo alguno el aplicable a la función legislativa. En primer lugar, existe una gradación 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; la ley, en cambio, puede contradecir lo que expresa una 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 art. 14: “... gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan 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. Los órganos administrativos, pues, no ejercen función legislativa.

Simbólicamente representado, sería: PE ≠ FL.

6.2. En el caso del Poder Judicial la cuestión es idéntica: Los reglamentos que en algunas oportunidades 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 jurisprudencia 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.

Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia Nacional ha declarado que “... el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces, comprensivo de la declaración e interpretación de las normas jurídicas generales vigentes, de su sistematización y de la suplencia de sus lagunas, con arreglo a principios conocidos —art. 16 del Código Civil—, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma. No es lícito a los magistrados judiciales argentinos... atribuirse... facultades legislativas de que carecen.”¹⁸ En lo que respecta a los fallos plenarios y su obligatoriedad, hay que distinguir dos aspectos: *a*) En lo que respecta a *las Salas* que integran la Cámara respectiva, y *b*) en lo que respecta a los jueces inferiores. En el primer punto hay simplemente un pronunciamiento jurisdiccional concreto: Como las Salas no constituyen tribunales aislados sino que son parte de la Cámara, es perfectamente razonable que deban ajustarse a la opinión de la mayoría. En cuanto hace a los jueces inferiores, estimamos que es inconstitucional exigir de un juez que falle de acuerdo a la interpretación del derecho que hace un tribunal superior, pues ya ha dicho también la Corte Suprema que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia conciencia de magistrados, y en tal concepto 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;”¹⁹ la inconstitucionalidad deriva de que viola la independencia del juez, lo que hace a la esencia de nuestro sistema inconstitucional.²⁰

¹⁸ Corte Suprema, *Fallos*, 234: 82 y 98.

¹⁹ Corte Suprema, *Fallos*, 131: 105 y 110.

²⁰ VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 27 y ss.

Si por el contrario se admitiera la constitucionalidad de los fallos plenarios, la solución no varía, pues en tal caso habría obviamente una delegación del Congreso al Poder Judicial, delegación que estaría destinada a la fijación del recto sentido de la ley dictada por el Congreso: En tal alcance, el fallo plenario tendría la misma jerarquía normativa que un reglamento delegado; se dicta en virtud de una ley que delega la facultad pertinente, y obliga en la medida en que el legislador así lo ha dispuesto; con ello, resultaría que el fallo plenario, por su sustancia normativa delegada y no originaria, tendría también contenido de tipo administrativo reglamentario. Lo mismo cabe sostener de las acordadas que dictan los tribunales, que constituyen típicos actos reglamentarios, de contenido y régimen administrativo: 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: $PJ \neq FL$.

6.3. La conclusión a que arribamos es así 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 entonces a la función legislativa como “el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso.”²¹

En esta definición encontramos dos elementos: *a*) Uno material, objetivo, que conceptúa cuál es el contenido de la función (el dictado 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 sustancial, podemos considerarla como la “decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes.” De acuerdo con este primer concepto objetivo, 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.

7.1. 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.

²¹ De acuerdo al procedimiento previsto en la Constitución para la formación y sanción de las leyes, desde luego, para efectuar así la distinción con los reglamentos meramente administrativos del Congreso.

El régimen jurídico propio de la función jurisdiccional es que la decisión pueda ser *definitiva* y, además, que sea producida precisamente por un órgano imparcial e independiente:²² 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 reafirma 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. El particular puede renunciar, si quiere, a plantear la cuestión ante la justicia, pero ello no altera la naturaleza de la actividad desarrollada en tal caso por la administración, que 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 trata, para precisarlo y delimitarlo: Si encontramos aquí que el régimen jurídico de la función jurisdiccional a cargo de los jueces 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 de la administración. Esto lo ampliaremos con el necesario detalle en los § 8 a 20.

Concluimos así en que la administración no ejerce en ningún caso función jurisdiccional, y que si sus actos se parecen en alguna hipótesis, por su contenido a los de aquella función, no tienen, sin embargo, el mismo régimen jurídico. Representándolo simbólicamente, diríamos entonces que PE \neq PJ: Esto es, que *la administración no realiza función jurisdiccional*.

7.2. 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— sujeto 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.

²² Asimismo cabe hacer notar que los órganos administrativos carecen también de los atributos formales típicos de la función jurisdiccional: La *executio*, o el poder de embargar y ejecutar bienes; el poder de llamar a declarar a testigos bajo apercibimiento de llevarlos por la fuerza pública; la circunstancia de que el falso testimonio se configura como delito solamente si es prestado ante órganos judiciales y no ante órganos administrativos, etc.

7.3. 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.*

El régimen jurídico de la *función jurisdiccional*, entonces, sólo se aplica a los actos *materialmente jurisdiccionales* realizados por *órganos jurisdiccionales*: No así a los actos materialmente jurisdiccionales realizados por órganos administrativos o legislativos. En otros términos: El régimen jurídico pertinente se aplica sólo cuando el acto es *materialmente* el que corresponde y *además* ha sido dictado por el órgano a quien compete realizar la función: El juez. Tenemos así, en lo que respecta a la distribución de la función jurisdiccional entre los órganos estatales, el siguiente esquema:

PE ≠ FJ

PL ≠ FJ

PJ = FJ

Y 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, que incluimos en el § 20 de este capítulo. En los § 8 a 19, que siguen, profundizaremos en particular el problema de la llamada “jurisdicción administrativa.”

8. Alcance jurídico-político del problema

Ya decía COUTURE, refiriéndose a la doble instancia judicial (que él postulaba en lugar de la instancia única) que “luego de larga y trágica experiencia en la conquista de las libertades del hombre, siempre cabría pronunciarse en favor de aquella solución que traiga consigo el prestigio del libre examen, que es la esencia del sistema democrático de gobierno. Y si aún quedara alguna duda, en nombre del precepto agustiniano que nos impone, en la duda, la libertad.”²³ Ello es más aplicable aún cuando se trata, no ya de suprimir una instancia judicial dejando otra, sino de suprimir o reducir incluso a ésta; por eso, adelantándonos a cuál sea en verdad la interpretación constitucional que corresponda, no podemos dejar de señalar la trascendencia que desde el punto de vista político tiene la cuestión: La limitación de la revisión judicial en beneficio de la administración y en desmedro

²³ COUTURE, en el prólogo al libro de COSTA, *op. cit.*, p. 5.

de los particulares es característica de los Estados totalitarios, de la negación del Estado de Derecho.²⁴ Por ello, si compartimos los principios superiores de la libertad y del Estado de Derecho, no podremos sustentar una tesis que excluya o limite la protección judicial de los administrados frente a la administración.²⁵

9. *Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración*

En resumen: Ni de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema ni con las normas constitucionales, puede hablarse de función jurisdiccional por parte de la administración, con el alcance de sustituir total o parcialmente la actividad jurisprudencial propia de los jueces. Si hacemos la dicotomía “jurisdicción judicial” y “jurisdicción administrativa,” ello no sólo implicará una contradicción lógica insuperable, sino que será otro de los términos que arrojará siempre dudas innecesarias sobre la naturaleza de la revisión judicial. Si, a pesar de todo, leemos en los fallos una mención a tales supuestas “facultades jurisdiccionales de la administración,” tendremos que hacerlo con la reserva mental de que *no se confunden ni se sustituyen a la función propia de los jueces; no se trata de especies de un mismo género, ni son intercambiables; la necesaria intervención judicial exigida por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con la Constitución, no se salva con la intervención de un organismo administrativo, llámense como se llamen las atribuciones que en el caso ejerza. Esto es lo fundamental, y lo que nos lleva a afirmar que la revisión judicial de los actos administrativos no es en absoluto una continuación limitada del “proceso administrativo,” ni un proceso especial con caracteres esencialmente distintos del proceso judicial ordinario. Este es el punto de partida, a nuestro juicio más importante, para toda consideración de los distintos aspectos que dicha revisión presenta.*

Para expresarnos con absoluta corrección, en consecuencia, no debemos hablar en caso alguno de “facultades jurisdiccionales de la administración,” por cuanto en nuestro sistema las facultades jurisdiccionales sólo corresponden a los jueces.

10. *Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres poderes*

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 adminis-

²⁴ REAL, ALBERTO RAMÓN, “El Estado de derecho” (*Rechtsstaat*), Montevideo, 1957 (en el libro *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*), pp. 601-2; ver también, del mismo autor, “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas,” en *La Justicia Uruguaya*, t. XVII, sección 2, doctrina, 1948, p. 47 y ss.

²⁵ Consecuentemente, no creemos que pueda decirse que reconocer facultades jurisdiccionales a la administración, con el alcance de que entonces sólo procederá contra ellas el recurso extraordinario, pueda conceptuarse como ventajoso para el administrado, pues a nuestro criterio la verdadera garantía procesal está en la natural y normal intervención de la justicia ordinaria, y no en un recurso excepcional y sumamente restringido como es el recurso extraordinario.

trativa, no correspondiendo en principio aplicarle el régimen jurídico de la función jurisdiccional ni de la función legislativa, aunque de esos poderes se trata.

10.1. Tratándose del Poder Legislativo, observamos que cuando las cámaras nombran y remueven a su personal; cuando otorgan una concesión para los servicios de confitería, etcétera, 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.

10.2. 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; alquiler 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

10.3. El poder administrador 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: PE = FA.

10.4. El concepto de función administrativa es así el más indefinido de todos, pues 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 (*supra*, nº 6 y 7), 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 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 los otros poderes realizaban alguna actividad semejante a las de uno, pero esa actividad no tenía su régimen jurídico y no podía, por ende, ser considerada como parte de la misma función.

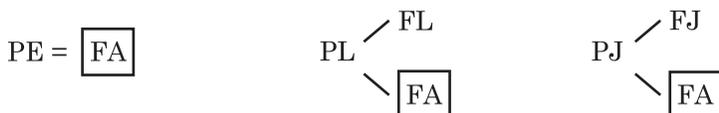
La actividad de tipo administrativo que realizan los poderes judicial y legislativo se rige, repetimos, por el régimen jurídico de la actividad administrativa y no procede aplicarle el régimen jurídico de la función jurisdiccional ni de la función legislativa, salvo en las posibles excepciones que comentamos en el punto 22.1.

11. Resumen de las funciones del Estado

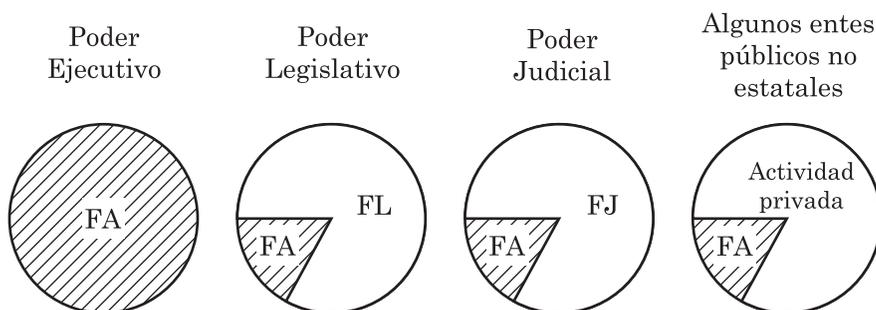
Resumiendo en un cuadro comparativo las premisas que hemos ido sentando, tendríamos que:

	P.E.	P.L.	P.J.
F.J.	1º) PE ≠ FJ	PL ≠ FJ	$\boxed{PJ = FJ}$
F.L.	2º) PE ≠ FL	$\boxed{PL \neq FL}$	PJ ≠ FL
F.A.	3º) $\boxed{PE = FA}$	$\boxed{PL = FA}$	$\boxed{PJ = FA}$

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



Gráficamente, si representáramos con un círculo el total de las actividades de cada poder, y agregáramos el caso de los entes públicos no estatales, encontraríamos lo que sigue:



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: a) En primer lugar, toda la actividad que realizan los órganos administrativos; b) en segundo lugar, toda la actividad que realiza el órgano legislativo, excluida la

función legislativa (en sentido material y orgánico) que le es propia; c) 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 legislativo y jurisdiccionales, excluidos, respectivamente, los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.”* Por razones de simplificación no incluimos en el concepto el caso de las funciones administrativas excepcionalmente realizadas por instituciones no estatales.

12. Otros problemas

12.1. La *“jurisdicción voluntaria”* y las leyes concretas

Finalmente, es necesario referirse al problema planteado por 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 función administrativa, su calidad de tal es perfectamente coherente con las definiciones que hemos expuesto; sin embargo, se ha planteado la objeción de que tales actividades no se rigen en verdad por el derecho administrativo, por lo cual mal puede aplicárseles la denominación de función administrativa. La objeción es exacta en la medida en que se sostenga que tales actividades son de tipo administrativo, pero la cuestión es que tal vez lo inexacto sea considerar, como se hizo tradicionalmente, que tales actos sean de sustancia administrativa. En ese sentido es posible que corresponda modificar la formulación tradicional del carácter administrativo de estos actos, y decir que si bien ellos no tienen intrínsecamente carácter jurisdiccional, en un caso (en cuanto no son resolución de una contienda entre partes) o legislativo, en el otro (en cuanto no son normas generales), *deben con todo asimilarse a los actos de tal naturaleza*, por su íntima relación sustancia y formal con ellos, y por la aplicación que reciban de igual régimen jurídico. Con esa aclaración, mantenemos, pues, las definiciones aportadas.

12.2. *Funciones administrativas de órganos no estatales*

Otra cuestión de interés, que implica también una excepción a la idea genérica que la definición transmite, es la relativa a la realización de funciones administrativas por órganos no estatales. Los llamados entes públicos no estatales, a que nos referimos más abajo, y a veces simples personas privadas, ejercen una parte del poder del Estado y en esa medida ejercen función administrativa y dictan consecuentemente actos administrativos. La cuestión es discutida en el derecho argentino, primando la opinión contraria, pero las razones que exponemos en su lugar creemos que la excepción cabe ser admitida, por lo menos en el derecho administrativo argentino. En otros países la práctica de otorgar funciones ad-

ministrativas a entidades no estatales se halla más difundida aún,²⁶ por lo que debe tenérsela presente como una excepción de cierta importancia.

12.3. *Las funciones materiales del Estado*

Cabe advertir contra una errada concepción que asimila a las así denominadas “funciones” del Estado, con una noción finalista o teológica, pretendiendo por asimilación verbal suponer que el fin del Estado es realizar las tres funciones antedichas. Por el contrario, el fin del Estado se concreta hoy en día principalmente en sus funciones económicas y sociales, que son así funciones en sentido material pero no en sentido formal jurídico. Lo que ocurre es que la clasificación formal de las tres “funciones” del Estado en legislativa, jurisdiccional y administrativa, es una primera manera de aproximarse al conocimiento del funcionamiento jurídico del aparato del Estado. Luego de esta primera aproximación corresponderá seguir analizando otras clasificaciones igualmente formales, pero que responden a diversos aspectos del régimen jurídico administrativo: Facultades discrecionales y regladas, actos y hechos administrativos, derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, entes públicos estatales y no estatales, etc. También será necesario referirse a algunas instituciones clásicas del derecho administrativo que hoy día están cuestionadas: Servicio público, poder de policía, etc. Una vez explicados en el primer y segundo tomo de la parte general estos diversos aspectos del régimen jurídico administrativo, y en el tercer volumen lo atinente al acto administrativo, corresponderá entonces al cuarto tomo el exponer el sistema económico y administrativo de la sociedad en que la administración actúa: El régimen de propiedad privada y sus limitaciones por el Estado, el régimen de propiedad pública y mixta, las formas de producción de bienes en lo que hace al derecho administrativo, etc. Explicar aquí las funciones del Estado en la trilogía clásica mencionada no quiere en modo alguno decir, pues, que esas sean las funciones materiales que el Estado moderno debe realizar para satisfacer con ello sus fines: Será en todo caso a *través* de estas funciones formales que habrá luego de cumplir, o no, sus finalidades materiales en el campo económico y social.

²⁶ Ver FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS, *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972, p. 179 y ss.; MODERNE, FRANK, “Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo en derecho francés: Los actos administrativos de origen privado,” *REDA*, n°4, p. 3 y ss.; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN.; “¿Contratos administrativos entre personas privadas?” *REDA*, n°1, pp. 115.