

6

INTRODUCCION
AL DERECHO
ADMINISTRATIVO
Jose Roberto Pizarro

IV. FUNCIONES DEL PODER

1 PODER, ÓRGANOS Y FUNCIONES

El Estado constitucional asigna las diversas funciones públicas a varios e independientes órganos estatales, los que a su vez somete a un recíproco control. La medida y el grado de la interdependencia orgánica la establece el ordenamiento jurídico, en su jerarquía constitucional, al fijar la «*forma de gobierno*» (26), por la que precisamente confía el gobierno a los llamados «*poderes del Estado*».

(26) La noción de gobierno no tiene el mismo alcance en todos los ordenamientos jurídicos. Por ello, en varias constituciones gobierno es sinónimo de Poder Ejecutivo, de altas magistraturas, de Consejo de Ministros. Constitución de la V República francesa de 1958, art. 20; en España, art. 16 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública del 30-1-1938 y texto refundido del 26-7-1957; Constitución de Guinea Ecuatorial de 1968, art. 34; Constitución de Irak de 1968; que en su art. 61 dice: «El gobierno constituye el poder ejecutivo y administrativo; está compuesto por el presidente del Consejo de Ministros, los vicepresidentes y los ministros».

En nuestra Constitución, en la segunda parte, «Autoridades de la Nación», tít. 1.º, se habla de «gobierno federal» a partir del art. 36, comprensivo del Poder Legislativo (arts. 36 a 73), Poder Ejecutivo (arts. 74 a 93) y Poder Judicial (arts. 94 a 103).

Si bien en el orden normativo, gobierno es sinónimo de «los

a) *Unidad del poder*

La expresión «división de poderes», de uso habitual, no corresponde con exactitud al contenido, porque el poder es único. Propiamente la división no es tal, sino más bien una distribución de facultades de los órganos jerarquizados del Estado. No hay que seguir la falsa idea de desvinculación, aislamiento o antagonismo de poderes.

La fórmula síntesis es «un poder político unitario, actuante por el cauce de plurales funciones y ejercido por diversos órganos». De la llamada «división de poderes» no resulta más que una separación de funciones y correlativamente una separación de órganos y competencias, pues, en estricta interpretación constitucional, el «poder», el «gobierno», lo integran los órganos máximos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) que lo ejercen a través de diversas funciones, evitando la concentración autoritaria o la «suma del poder público».

b) *Pluralidad de órganos y funciones*

Las funciones del poder son las diversas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad del Estado. Vale decir, los modos por los que se canaliza el ejercicio de la actividad pública en manos de determinados órganos públicos. La separación e interdependencia orgánica y funcional es un presupuesto de auténtica garantía política para la defensa de la libertad (27). Precisamente la

tres poderes del Estado», en el orden real y existencial sólo los órganos ejecutivo y legislativo integran el gobierno. Ver GALLO, Orlando: «Las funciones políticas y las funciones jurídicas del poder. (En torno a la crisis de la división de poderes en el constitucionalismo contemporáneo)», en *E.D.*, 76-817.

(27) La Jurisprudencia de la C.S.J.N., sobre el particular ha dicho: «Es exacta la afirmación de los defensores de los reos,

libertad no exige que los órganos del Estado ejerzan todas las funciones, pero sí que algunos de ellos ejerzan todas las competencias especializadas de modo exclusivo y excluyente: vgr. órganos legislativos y judiciales.

El poder es uno. Las funciones son varias (gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa) (28). Son también diversos los órganos a los que la norma constitucional les confía el ejercicio de competencias públicas. La competencia es precisamente esa porción del poder que el ordenamiento jurídico atribuye a un órgano. Tal fraccionamiento de atribuciones puede comprender el ejercicio de una o más funciones. Las funciones comprendidas en el reparto orgánico del poder es materia de determinación constitucional, circunscripta a la ideología constitucional, y en razón de la tipología constitucional adoptada por una comunidad política, según sea

de que el Capitán de Puerto Rosario, no ha tenido jurisdicción para sentenciar esta causa... La nulidad, pues, no puede recaer sino sobre la sentencia por falta de jurisdicción para juzgar y condenar, porque es éste verdaderamente el acto en que la jurisdicción se ejerce...».

«... Un proceder contrario no importaría otra cosa que decir, que el Poder Ejecutivo crea de facto tribunales inferiores de Justicia en sus mismos agentes subalternos...»

«... que siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas, pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno.» (C.S.J.N., Fallos, 1:35-36-37, 4 de diciembre de 1863, considerando 2.º, Fiscal c. Ríos y Gómez p. salteamiento, y robo a bordo del pailebot nacional 'Unión', en el río Paraná»).

(28) XIFRÁ HERAS, Jorge: *Formas y fuerzas políticas*, Barcelona, Ed. Bosch, 1958, págs. 229 y ss.

de inspiración «racionalista», «historicista» o «sociológica» (29).

Una visión retrospectiva pone en evidencia que la fragmentación del ejercicio del poder ha sido preocupa-

(29) GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*, 5.ª ed., Madrid, Rev. de Occidente, 1959, cap. II, págs. 33 y ss. «... la palabra constitución va acompañada de un adjetivo, y así se habla de constitución jurídica o de constitución 'real', de constitución política o de constitución normativa, de constitución material o de constitución formal, de constitución empírica o de constitución ideal, de constitución en sentido amplio o en sentido restringido. Mas como sucede que lo que aparece como adjetivo es en realidad lo sustantivo, el resultado es que a tales contraposiciones se les escapa la constitución como un todo.»

El criterio *racionalista* considera a la constitución como un complejo normativo, un sistema universal y abstracto de normas establecidas de una vez y para siempre. El concepto de ley es sublimizado. Como reacción a este criterio, surge la corriente *historicista*. Esta concibe a cada pueblo como una individualidad, por lo tanto, el ordenamiento constitucional debe responder al espíritu o al carácter nacional de cada país. La ley y la constitución son expresión de las tradiciones y costumbres de los pueblos. El criterio *sociológico* considera que la constitución es primordialmente una forma de ser y no de deber ser, que no es resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones y estructuras presentes, y que no se sustenta en una norma trascendente, sino que la sociedad tiene su propia «legalidad», como resultado de la suma de los factores reales de poder de la sociedad. El concepto sociológico tiene algo en común con el histórico en la medida que ambos sostienen una actitud crítica hacia el concepto racional. Ampliar en JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel: *Los regímenes políticos contemporáneos*, 5.ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1971, «Los tres conceptos de Constitución», págs. 21-23; QUIROGA LAVIE, Humberto: «Tipología y clasificación de las constituciones», en Rev. *Dike*, núm. 1, Buenos Aires, 1978, págs. 44 y ss., enumera como *tipologías*: histórico tradicional, racional normativa, empírico sociológica, decisionista y dialéctica; y como *clasificaciones*: materiales o formales; rígidas o flexibles (BRYCE) dispersas o codificadas; escritas o no escritas; pétreas (KELSEN); originarias o derivadas (LOEWENSTEIN); ideológicas o utilitarias; normativas, nominales o semánticas; genéricas o analíticas.

ción de todas las épocas (30) y no patrimonio exclusivo y novedoso del constitucionalismo liberal que eclosiona (31) en el siglo XVIII, sin perjuicio de reconocer que a través del tiempo cambia el sentido, la finalidad y el valor de esa distribución, como también las formas políticas que se institucionalizan en cada Estado y en épocas históricas concretas.

La división tripartita del poder no se ajusta a la estructura del Estado moderno. Esta división tradicional se mantiene sólo formalmente en los sistemas constitucionales, pues, en la realidad estructural del Estado, aparecen otros de origen constitucional o no. Así, las tres formas de manifestación —ejecutiva, legislativa y judicial— no son las únicas, sino apenas las tres ramas principales del poder público, en el que aparece con un mayor predominio, el poder ejecutivo (31). También

(30) BOSCH, Jorge Tristán: *Ensayo de interpretación del principio de separación de poderes*, Buenos Aires, 1944, págs. 46-47 y 84-85.

El modelo trialista de división horizontal del poder fue propuesto por: ARISTÓTELES: *Política*, ob. cit., L. VI, cap. XI, 1975; y MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, Puerto Rico, Ed. Universitaria, 1964, L. XI, cap. VI, pero se registran otras fórmulas empíricas y flexibles, no tan apriorísticas, en la propia organización de la República Romana. Ver HOMO, León: *Las instituciones políticas romanas*, 2.ª ed., México, Ed. UTEHA, 1958, L. I, caps. I-IV, y L. II, cap. I; BURDÉSE: *Manual de derecho público romano*, Barcelona, Ed. Bosch, 1972, cap. I, parágs. I-III.

ALCALÁ-ZAMORA, Niceto: *Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias*, Buenos Aires, Ed. Kraft, 1944, cap. III, «El Poder; las distintas autoridades», pág. 36, señala que existe una relativa plenitud del poder y la legislación de Indias contiene «un esbozo de división de funciones» entre Virreyes, Capitanes Generales, Audiencias, Gobernadores, Alcaldes Mayores, Corregidores, conformando un orden jerárquico político. Recuerda la ley XLVIII, título XV, L. II, de Felipe II, 1593, «que a los Virreyes... toca el gobierno y la guerra a los Capitanes generales».

(31) Ver SACHICA, Luis Carlos: *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Ed. Temis, 1974, págs. 182-183, y ROMERO, César Enri-

existen «órganos estatales extra-poderes» (por ej. ministerios, en un sistema presidencialista, Tribunales de Cuentas, Contadurías Generales, Consejos de Estado, etc.) y «sujetos no estatales auxiliares del poder» (por ej. corporaciones profesionales, universidades privadas, cooperativas públicas, partidos políticos, etc.), que ejercen prerrogativas públicas.

c) *Transferencia de funciones*

Las técnicas jurídicas de transferencia de competencias como modos delegativos del ejercicio del poder, no afectan la indivisibilidad y unidad del poder público. Las transferencias de competencias del Estado a entidades públicas —estatales o no—, como procedimiento para la ejecución de «medios» en prosecución de «fines»; y por cualquiera de sus formas (descentralización, desconcentración y delegación) no altera la unidad institucional del poder (32).

que: *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Ed. Zavallía, 1975, cap. 10, «El poder ejecutivo en la realidad política contemporánea», págs. 194 y ss., donde estudia las causas del acrecentamiento del Ejecutivo, a saber: a) frecuencia de los estados de emergencia; b) facultades militares; c) conducción de las relaciones internacionales; d) política y planes de progreso económico y social; e) dirección burocrática; f) delegación de funciones legislativas; g) crisis del Parlamento y de los partidos políticos; h) centralización de los Estados (decadencia del federalismo); i) lucha contra los grupos de presión; j) liderazgo y jefatura de Estado; k) progreso técnico y científico; l) masificación e industrialización de la sociedad actual; ll) funciones del Estado moderno (planificación).

(32) GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho administrativo*, 6.ª ed., vol. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, págs. 143 y ss. Ver L.P.A. núm. 1284 de la provincia del Neuquén, art. 1.º: «Esta ley regirá toda la actividad administra-

La delegación de competencia de un «poder» a «otro», cualquiera sea la vía de formalizarse es *inconstitucional*, pero sí puede delegarse, por vía de «*imputación de funciones*», dentro del ámbito del «mismo poder» cuando parte del ejercicio de las competencias de un órgano está encomendada a otro, en relación *jerárquica* (33).

Puede también haber delegación «impropia», pero constitucionalmente válida, cuando la ley aumenta la

tiva estatal provincial, centralizada y descentralizada. Se aplicará también a las personas públicas no estatales y a las personas privadas cuando ejerzan función administrativa por autorización o delegación estatal...». Idem L.P.A. núm. 2234 de la provincia del Chubut, art. 1°.

(33) Como ejemplo de imputación de funciones que no es inconstitucional, podemos traer a colación: a) el fallo de la Corte Suprema en el caso «Prequiú, Raúl F.» —del año 1967—, en el que el tribunal sostuvo que no era inconstitucional el decreto 557/59, por el que el poder ejecutivo imputó al presidente del directorio de la Dirección Nacional de Energía y Combustibles la facultad de designar, promover y remover al personal de esa repartición descentralizada; b) el fallo de la Corte Suprema en el caso «Empresa Toc» —del año 1969—, en el que afirmó que si bien la ley 17088 atribuye a la Secretaría de Estado de Industria y Comercio la instrucción del sumario y la imposición de penas, el art. 8° de la ley de ministerios 16956 estableció que los secretarios de Estado pueden confiar a los subsecretarios parte de los asuntos de competencia de sus secretarías, razón por la cual no es inconstitucional la resolución 831/67, que «delegó» en el subsecretario de Comercio Interior la facultad de dictar aquellas resoluciones; c) el fallo de la Corte en el caso «Panzeri c. Banco di Napoli» —del año 1969—, en el que sostuvo que el art. 89 de la Constitución no se opone a que los ministros ejerzan atribuciones que puedan ser válidamente «delegadas por el Presidente de la República, sin perjuicio de la potestad de éste para dejar sin efecto, modificar o convalidar los actos cumplidos en razón de esa «delegación». BIDART CAMPOS, Germán: *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1972, págs. 475-476. Ver L.L., 137-470; LINARES, Juan Francisco: *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1975, pág. 23.

competencia reglamentaria del ejecutivo (34). No se trata de la «delegación del poder para hacer la ley», sino en conferir cierta autoridad al ejecutivo u otro órgano administrativo a fin de reglar los detalles de ejecución de aquélla.

2. FUNCIONES DEL «ESTADO» Y FUNCIONES DEL «PODER» (35)

a) *Funciones del Estado*

Las funciones, quehaceres o cometidos estatales conforman una categoría única de prestaciones y actividades públicas para alcanzar la causa final de la comunidad política: el bien común. Las funciones del Estado se

(34) C.S.J.N., «in re», «Delfino A. M. y Cía.», 1927; C.S.N., «Pratino Carmelo y otros c. Basso y Cía.», 1960; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Ed. Tecnos, 1970, págs. 168 y ss.

(35) POSADA, Adolfo: *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1897, págs. 212 y ss.

Las funciones del *poder* o los poderes del Estado son «la aptitud de obrar de los órganos en una determinada manera», en tanto las funciones del *Estado* son los cometidos estatales. La relación de *función* con cometido estatal es la relación de «medio a fin». PRAT, Julio A.: *Derecho administrativo*, t. 1, Montevideo, Ed. Acalí, 1977, págs. 90 y ss.; t. 2, pág. 14.

SAYAGUÉS LASO, Enrique: *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1959, págs. 34 y ss.; BREWER CARÍAS, Allan R.: *Derecho administrativo*, t. I, Caracas, Publicación de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1975, págs. 373-374.

La consideración de los cometidos estatales por el Derecho administrativo ha sido objetada por el formalismo jurídico, considerándola como «meta-jurídica» y fuera del Derecho. Adolfo MERKL señala que «el sentido especial de nuestra teoría administrativa reside en el intento de reducir la administración a un puro sistema de funciones jurídicas» (*Teoría general del Derecho administrativo*, Méjico, Editora Nacional, 1975, pág. 130).

identifican, así, con los *fin*es de la actividad estatal y traducen la imperativa ejecución de actividades de carácter material (económico-social) para el logro de los objetivos de la comunidad política: paz, orden, prosperidad, seguridad, asistencia, solidaridad y justicia. En una tipificación de los cometidos estatales se indican los siguientes: a) funciones públicas (vgr. justicia, ejército); b) servicios públicos (transporte, comunicaciones y suministros públicos); c) servicios sociales (asistencia social, previsual, hospitalaria, bibliotecas); d) empresa pública (intervención directa e indirecta en la economía, fomento, estímulo, organización administrativa de la economía).

fu
p
E

b) *Funciones del poder*

Las funciones, procedimientos o medios de acción estatal conforman las vías procesales para el ejercicio del poder como medio de la comunidad para alcanzar los fines de la misma. Las funciones del poder se identifican con los medios propios de la actividad estatal y traducen la actuación del poder, de carácter formal (jurídica) como vías de actuación (gubernativa, legislativa, judicial y administrativa) por cuyo conducto el Estado logra los fines que se le asignan.

Existe una íntima vinculación entre las funciones del poder (funciones formales-medio) con las funciones del Estado (funciones materiales-fines), pues la nota finalista es informante de la realidad política en todas sus dimensiones, dado que no se concibe «función sin actividad, ni actividad sin fin». La organización persigue ciertamente un fin y éste se logra mediante una actividad reiterada: la función.

En los ordenamientos jurídicos del constitucionalis-

mo occidental, pueden enunciarse cuatro funciones jurídico-formales del poder: gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa.

La diferencia específica de las funciones del poder, entre sí, por las que se canaliza y exterioriza el concreto ejercicio del poder, se logra con un criterio mixto, teniendo en cuenta aspectos «sustantivos», «orgánicos» y «procesales»; a saber:

a) *Aspectos sustantivos (¿qué?)*. Por los que se define la «naturaleza» o «contenido esencial» de la actividad pública comprendida en la función del poder de que se trate.

b) *Aspectos orgánicos (¿quién?)*. Por los que se determina «el sujeto» u «órgano» que cumple la función. Interesa la individualización del «agente orgánico», fundamentalmente en la conceptualización de la *jurisdicción* y de la *legislación*, que son funciones altamente estatizadas y su ejercicio corresponde monopólicamente al Estado.

c) *Aspectos procesales (¿cómo?)*. Por los que se especifican el «continente» o «modo» de preparación (procedimientos) y exteriorización (actos). Vale decir que comprende los procedimientos de formación (procedimientos de formación (procedimientos legislativos, judiciales y administrativos) y manifestación (ley, sentencia, decreto) de los actos de poder.

3. FUNCIÓN GUBERNATIVA O POLÍTICA

Por encima del esquema de Montesquieu creemos en la existencia de una función gubernativa caracterizada por:

a) *Aspecto sustancial*

Desde este enfoque, la función gubernativa o política es la actividad estatal discrecional sin límites jurídicos, realizada en ejecución de una directa atribución constitucional por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, fundados en razones de seguridad, orden, y defensa de la propia comunidad política (36).

(36) El concepto americano de «political questions» es aquella parte de la actividad estatal encargada de afrontar las decisiones críticas del quehacer gubernamental, a diferencia de las decisiones rutinarias, de jerarquía inferior, meramente administrativas. Es comparable con los «actes de gouvernement» en Francia, los «acts of state» en Inglaterra y también, en alguna medida, aunque es una especie más reducida, los «justizfreien Hoheitsakte» de la teoría constitucional alemana y los «actos institucionales» de nuestro Derecho. Comparte este criterio XIFRÁ HERAS, Jorge: *Formas y fuerzas políticas*, ob. cit., págs. 253-263.

LINARES, Francisco: *Fundamentos de Derecho administrativo*, ob. cit., págs. 66-67, dice que: «La función estatal llamada de gobierno o política, es uno de los cauces por el que circula todavía en el Estado de Derecho, el absolutismo y la razón del Estado... son ciertas funciones generalmente muy discrecionales que por su importancia para la comunidad se han dado en llamar "de gobierno", "política" o "de Estado"».

OYHANARTE, Julio: *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, ob. cit., págs. 58-59, señala: «En los regímenes de Poder eficaz, la función gubernamental consiste, primordialmente, en el trazado de la política global y en la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarla... [que] amplan una opción entre diversas alternativas vitales, como podrían serlo, por ejemplo, defensa o devaluación de la moneda..., estímulo o resistencia a las inversiones extranjeras desnacionalizadoras... El gobierno que no es una suma de decisiones individuales e inconexas, requiere una política vertebrada, y esta política actúa a través de la función gubernamental. La premisa liberal del Poder mínimo hizo que la función gubernamental permaneciera oculta y fuese considerada, a lo sumo, como una desviación vulnerada de los sanos principios. Si a esta altura mantuviéramos esa actitud, nos sumergeríamos en una hipocresía en que ciertamente no caen las constituciones de Francia, Italia y Alemania Federal, entre otras.»

03-13
Consiste, precisamente, en fijar las grandes directrices de la orientación política, a través de la gestión de asuntos que afectan los intereses vitales de la comunidad, respecto a su seguridad interna, relaciones internacionales interorgánicas o entre poderes.

Dentro de la actividad de los órganos legislativo y ejecutivo hay actos superiores de dirección o iniciativa que reflejan una especial y primordial intensidad del poder estatal. Integran una función gubernativa que es distinta a la función administrativa, por cuanto ésta supone actos subordinados o derivados de mediatez constitucional. En cambio, la función gubernativa tiene directa inmediatez constitucional, con rango supremo de jerarquía. Es decir que no tiene, en principio, legislación intermedia.

b) *Aspecto orgánico*

La función gubernativa no requiere de un órgano específico de realización. Puede ser ejecutada tanto por el ejecutivo como por el legislativo. Es competencia exclusiva de ellos o concurrente entre la voluntad de ambos órganos, según los casos. Pero, desde el punto de vista orgánico, es una actividad indelegable que le está vedada en todos los supuestos al órgano jurisdiccional.

Sin embargo, cobra su verdadero carácter en el ámbito y actuación del órgano ejecutivo, típicamente gubernativo.

El Poder Ejecutivo no se limita a la administración sino que tiene el poder de dirigir la política (37).

(37) Así, el art. 23 de la Constitución francesa de 1958 dice: «el gobierno determina y conduce la política de la Nación»; el art. 95 de la Constitución italiana expresa: «El presidente del

c) *Aspecto procesal*

La función gubernativa se exterioriza a través de una de las modalidades de actos del poder: «actos políticos», «de gobierno» o «institucionales» (38). Estos actos sólo pueden emitirse en los casos constitucionales, expresa o

Consejo de Ministros dirige la política general del gobierno y es responsable de ella. Mantiene la unidad de la dirección política y administrativa, promoviendo y coordinando la actividad de los ministros». En igual sentido se expresa el art. 65 de la Constitución alemana.

En el Derecho positivo argentino, si bien no hay una norma constitucional idéntica, las leyes de ministerios atribuyen a los ministros la realización de la política de la Nación, o confían al presidente la máxima responsabilidad en la dirección superior del desarrollo nacional, determinando los objetivos políticos y las estrategias (art. 4 decreto 132, Ley de Ministerios, t.o. 83). La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo, en 1958, la disidencia de los doctores ARAOZ DE LAMADRID y JULIO OYHANARTE, que aceptaron la existencia de «una potestad de suprema dirección de los intereses públicos». (C.S.J.N., caso «Partido Peronista», 25-11-1958, Fallos, 242:337).

(38) Cfr. MARIENHOFF, quien señala: «el acto institucional no se vincula o relaciona inmediata o directamente con los administrados o particulares; se vincula o relaciona con los propios órganos o poderes estatales, contemplando principalmente relaciones entre poderes públicos, siendo por ello que los administrados no pueden impugnar el acto institucional; no son «parte» en el mismo, careciendo entonces de acción para impugnarlo». (*Tratado de Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1966, pág. 759.)

En esta orientación se pronuncia el Anteproyecto de Código de lo Contencioso-Administrativo de la Nación de 1968, preparado por los doctores MARIENHOFF, LINARES, BOSCH, BIDART CAMPOS, que en su art. 2.º expresa: «... no serán de competencia de la Cámara las causas siguientes: a) Las relativas a actos institucionales tales como la declaración de guerra, celebración de tratados internacionales de paz, alianza, neutralidad, límites, concordatos, intervención federal a las provincias, declaración de estado de sitio, nombramiento de jueces de la Suprema Corte de Justicia y demás jueces de la Nación y los actos en que se concreten las relaciones del Poder Ejecutivo con el Congreso o sus Cámaras;...».

razonablemente conferidos a los órganos estatales de legislación y ejecución y dictarse con «efectos jurídicos generales».

Todo acto de gobierno, político o institucional, trasunta una directiva de carácter superior vinculada a la propia organización y subsistencia del Estado y no incide directa ni inmediatamente en la esfera del particular o administrado. Por su índole no afecta directamente derechos subjetivos de los administrados, por lo que no da lugar a impugnación jurisdiccional. Los derechos de los administrados podrán verse afectados directa e inmediatamente a raíz de actos emitidos como consecuencia de los actos políticos, de gobierno o institucionales y en estos casos cabe la impugnación judicial contra tales actos de aplicación.

Los actos políticos, de gobierno o institucionales presentan las siguientes características (39):

- a) Ejecutan directamente una norma constitucional.
- b) Son dictados en ejercicio de actividad «discrecional», indelegable de los órganos ejecutivo y/o legislativo, sin límites jurídicos y por motivo de oportunidad o mérito.
- c) Se vinculan a la propia «organización y subsistencia del Estado», y se justifican por un móvil político vital para la seguridad, defensa y orden del Estado. No se trata de asuntos que hacen a la simple marcha de la buena administración.

(39) Ver LINARES, Juan F.: *Fundamentos de Derecho administrativo*, ob. cit., págs. 79-81; cfr. MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de Derecho administrativo*, t. II, ob. cit., págs. 755 y ss.; MURILLO, Ferrol: «Administración y política», en *R.A.P.*, núm. 6, Madrid, 1951, págs. 30 y ss.; BOQUERA OLIVER, José María: «Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa», en *R.A.P.*, núm. 40, Madrid, 1963, págs. 78 y ss.

d) No inciden directa ni inmediatamente en la esfera jurídica del administrado, «cuyo status no se altera ante la emisión del acto político, de gobierno o institucional».

e) Son unilaterales en su estructura y de alcance o efecto general.

f) Son irrevisibles, no judiciales, no justiciables o no invalidables judicialmente. Están exentos del control jurisdiccional.

La Constitución resultaría violada si el Poder Judicial pretendiese arrogarse competencias que, según aquella, incumben exclusivamente a los órganos políticos en ejercicio de atribuciones propias de naturaleza *discrecional* que hacen a la *oportunidad política*. Admitir lo contrario importaría, quizás, cambiar una dictadura por otra: la dictadura del «gobierno» por la dictadura «judicial», la dictadura de los que mandan por la dictadura de los que controlan. Agravada más aún la situación si se quiere negar, como lo pretende la teoría de la *judiciabilidad plena*, que los actos institucionales están taxativamente enunciados en la Constitución Nacional. Se afirma que existiría un círculo vicioso, por cuanto los actos políticos o institucionales son los no judiciales y es el órgano judicial quien dice cuáles y cuándo son no judiciales. Si ello fuere así, en qué quedaría el culto liberal a la división de poderes, al equilibrio de poderes? En nada, pues habríamos creado el más peligroso de los desequilibrios, «que los jueces manden, legislen y juzguen». Razones de prudencia política avalan esta conclusión.

La prudencia (40) es una virtud moral que está ínti-

(40) PALACIOS, Leopoldo: *La prudencia política*, 3.ª ed., Madrid, Ed. Rialp, 1957, págs. 93 y ss.

7/2/55
mamente entrelazada con el quehacer estatal. Va acompañada necesariamente de varias cualidades, entre ellas la de previsión, o sea «la consideración de los efectos que podrán resultar de lo que se emprende».

El prudente precisará conocer tanto los principios universales de la razón, cuanto las realidades concretas sobre las que versa la acción moral. El sentido de la virtud es que el conocimiento objetivo de la realidad se torne medida del obrar.

¿Qué resultados acarrearía la revisión judicial de todos los actos políticos, de gobierno o institucionales? ¿Se ha pensado en las consecuencias que importaría si la Corte Suprema declarara nula una intervención federal o la declaración del estado de sitio? (41). Además, ello, en nada obsta a que los jueces controlen la legitimidad y constitucionalidad de los actos administrativos dictados en aplicación o consecuencia de aquéllos.

(41) Cfr. C.N. arts. 6, 23, 67, incs. 14, 19 y 26, 86, incs. 14 y 19. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente el Supremo Tribunal de Justicia Nacional, diciendo que no puede ser declarada la inconstitucionalidad de una *ley de intervención* a una provincia (Fallos, 53:420; 54:180, año 1924; 143:131, año 1925), ni resolver sobre las circunstancias que autorizaban al Congreso a establecer el estado de sitio (Fallos, 195:440, año 1943; 247:708, año 1960), ni revisar la *legitimidad con que fue sancionada una Constitución provincial*, facultad que tenía el Congreso y fue suprimida en la reforma de la Constitución de 1860 (Fallos, 177:390, año 1937; 184:639, año 1939), ni examinar el *procedimiento adoptado para la formación y sanción de las leyes* (Fallos, 53:420; 141:271; 210:855). Alguna doctrina y cierta jurisprudencia (C.S.J.N., Fallos, 164:344) considera también como acto exento de control jurisdiccional a la expulsión de los extranjeros. Para nosotros, es un acto administrativo de inmediatez meramente legal (leyes 4144 y 18325), que produce efectos jurídicos respecto de un administrado y que puede impugnar jurisdiccionalmente por lesión de derechos subjetivos (C.S.J.N., Fallos, 211:162).

BIDEGAIN, Carlos María: «Control judicial y control político de constitucionalidad en la Argentina», en *E.D.*, págs. 87-579.

Los actos políticos, de gobierno o institucionales se clasifican de la siguiente forma: 1) actos relativos a las relaciones internacionales (declaración de guerra, concertación de tratados, mantenimiento o ruptura de relaciones diplomáticas); 2) actos relativos a la seguridad interna (declaración del estado de sitio, intervención federal a las provincias); 3) relativos a las relaciones entre los tres «poderes» del Estado (veto, apertura y clausura de las sesiones de las cámaras).

4. FUNCIÓN LEGISLATIVA

a) *Aspecto sustancial*

La función legislativa es aquella actividad estatal reglada o discrecional con límites jurídicos constitucionales, para la elaboración o creación del derecho a través de normas jurídicas generales (42).

(42) BIDART CAMPOS, Germán: *Manual de Derecho constitucional argentino*, ob. cit., pág. 471, caracteriza a la legislación por «la creación de Derecho nuevo», «no tiene ningún plano que la distancie de la Constitución; al no estar intermediada, esta función crea Derecho sin condicionamiento ni determinación que la subordinen; o sea, el contenido de la ley puede ser cualquiera, puede ser por eso novedoso u originario, con sólo respetar la Constitución; por debajo de la legislación se ubica la función administrativa, que tiene naturaleza sublegal o "infralegem"». Ver también LINARES, Juan Francisco: *Fundamentos de Derecho administrativo*, ob. cit., pág. 39; MERKL: *Teoría general del Derecho administrativo*, ob. cit., pág. 74.

74000
b) Aspecto orgánico

La función legislativa es la actividad privativa, especializada e indelegable del órgano legislativo (43).

La función no es legislativa porque la cumpla el órgano encargado de legislar, pues no toda la actividad del Parlamento es legislativa ni todo acto reviste la forma de ley.

Se aplica únicamente para los actos que, siendo sustancialmente legislativos, hayan sido realizados por el órgano específico en virtud del procedimiento constitucional.

La legislación no importa la creación de todas las normas generales, sino sólo la de normas generales por el órgano específico: el órgano legislativo. La creación de normas generales por el ejecutivo (ordenanzas, decretos) o judicial (acordadas) se concibe, usualmente, como función administrativa.

El órgano ejecutivo no ejerce función legislativa; ello se advierte al considerar los reglamentos (art. 86 inc. 2.º C.N.). Aun cuando su contenido sustancial-material es idéntico al de las leyes (por ello algunos autores le llaman legislación secundaria o leyes en sentido material), no tienen idéntico agente orgánico, ni tampoco es el mismo el régimen jurídico aplicable.

(43) Ver un estudio de Derecho comparado en LIONS, Monique: *El Poder Legislativo en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, págs. 43 y ss. «En principio, las constituciones latinoamericanas prohíben la delegación al ejecutivo del poder legislativo; pero unas crean una delegación institucional, y todas prevén situaciones de emergencia que justifican la delegación del poder legislativo y habilitan al presidente República a dictar medidas de carácter legislativo».

MEEHAN, José Héctor: *Teoría*,
Aires, Depalma, 1976, págs. 9 y ss.

Los órganos administrativos no ejercen función legislativa. Los reglamentos no tienen entidad legislativa; tampoco pueden contradecir las leyes, ni desempeñar una función supletoria secundaria con respecto a la ley.

Este principio enunciado doctrinariamente en abstracto, no ha sido receptado por las constituciones. Varias leyes fundamentales autorizan al Poder Ejecutivo —en el derecho comparado— a pedir normas generales en lugar del legislativo, con una autorización especial de dicho órgano, dada en la forma de una *ley otorgadora de facultades*, cuando se presentan circunstancias especiales, tales como guerra, rebelión o crisis económica. Trátase de un órgano legislativo extraordinario al cual no se le quita únicamente la denominación de *legislativo*. Ahora bien, éste no es el caso del derecho argentino.

Kelsen (44) señala que el órgano ejecutivo ejercita función legislativa cuando tiene derecho a *evitar, por medio del veto*, que normas aprobadas por el órgano legislativo se conviertan en leyes, o cuando no, puedan convertirse en preceptos legales sin la *sanción* del mismo ejecutivo, o cuando toma la *iniciativa en el proceso* legislativo sometiendo un proyecto de ley a la consideración del órgano encargado de legislar. Si bien es cierto que esa participación del órgano ejecutivo en el proceso de formación y sanción de las leyes es establecida por la Constitución (arts. 68, 73 C.N.), la misma no es sustancialmente legislativa, sino que conforma un acto, le da completividad formal, como es el caso de la promulgación y *sanción* de las leyes.

Los casos del *veto* y de la *iniciativa por intermedio de un proyecto*, no hacen a la esencia de la función, ni

(44) KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, ob. cit., pág. 322.

son siempre obligatorios. Además, el veto puede ser eludido por el órgano legislativo con una especie de *contra-veto* o aprobación mayoritaria, que importa sanción automática por expresa disposición constitucional.

La *iniciativa legislativa* que es uno de los puntos débiles de la estricta aplicación de la división de poderes, permite al órgano ejecutivo, en vista de la realización y promoción de sus funciones materiales, el ejercicio de una actividad propia, de naturaleza *administrativa*, la de instar la *función legislativa*. Guardando las distancias, decir que la iniciativa legislativa del órgano ejecutivo es función legislativa, equivale a decir que la designación de los jueces por parte del Ejecutivo es función jurisdiccional.

El órgano jurisdiccional tampoco ejerce función legislativa (45). Los reglamentos como normas de carácter general que se dictan para ordenar y regir el funcionamiento interno del órgano judicial (art. 99 C.N.), no tienen ni están sujetos al mismo régimen de las leyes. Se trata de actividad administrativa ejercida por el órgano jurisdiccional. No es actividad legislativa, por cuanto no se dan los recaudos exigidos para tipificar ésta. No coincide el agente orgánico ni el régimen jurídico aplicable. Las *acordadas* que dictan los altos tribunales de Justicia constituyen típicos actos reglamentarios de contenido y régimen administrativos.

Tampoco puede considerarse actividad legislativa a

(45) Cfr. Kelsen, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, ob. cit., pág. 322, quien sostiene: «... que los tribunales realizan una función legislativa cuando están autorizados para nulificar leyes inconstitucionales. La cumplen también cuando tienen competencia para nulificar un reglamento, basándose que es contrario a una ley... Los tribunales ejercen, además, una función legislativa, cuando su decisión, en un caso concreto, se convierte en precedente para la resolución de otros similares».

las *sentencias obligatorias (jurisprudencia plenaria)*. El conjunto concordante de resoluciones de órganos jurisdiccionales desempeña una auténtica función creadora del Derecho, aportando en más de una oportunidad nuevas instituciones a la dogmática jurídico-positiva. Pero no puede reconocérsele a la jurisprudencia un *poder co-legislador que pueda sentar reglas «erga omnes»*, tal como ocurre en el derecho angloamericano; sería una extralimitación de las funciones del órgano judicial e incurriríamos en la dictadura judicial.

Desde un punto de vista constitucional se polemiza sobre la *constitucionalidad del precedente obligatorio*, en razón de una supuesta interferencia en los atributos legislativos, al crear principios generales reguladores de la conducta humana.

No puede considerarse a la jurisprudencia como función legislativa; no se trata de una regla general *erga omnes*, sino de la *reiteración de un determinado criterio de interpretación, de la plenitud hermenéutica del orden jurídico en cada caso concreto*. Admitir la constitucionalidad de los fallos plenarios importa obviamente reconocer una delegación de facultades del Congreso al órgano judicial. La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto en este sentido, que «no es lícito a los magistrados argentinos atribuirse facultades legislativas que carecen» (46).

(46) En nuestro libro *El Poder Judicial* (3.^a reimpresión, Mendoza, Ed. Ciudad Argentina, 1984, pág. 83) sostuvimos que el poder judicial no es colegislador. Si así fuera, se extralimitaría en sus funciones, transformando el régimen republicano en una dictadura judicial.

Ver Fallos, 234:82, donde la C.S.J.N. señaló que «la ingente misión que en la elaboración del Derecho incumbe a los jueces debe cumplirse sin arbitrariedad, y no llega hasta la facultad de instituir la ley misma». Ver también DROMI, José Roberto: «La jurisprudencia como fuente y como conocimiento del Derecho», en J.A., 1968-II-753 y ss.

2002
88

Por último, también se plantea como un supuesto de ejercicio de la función legislativa la declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley. Tal caso es una prueba evidente de la energía de la función judicial y de su relevante gravitación en la dinámica constitucional. No invade la órbita política, sino que se limita a *negarse a aplicar* una norma conceptuada contraria a la super legalidad en un caso concreto. El órgano jurisdiccional tiene que declarar la inconstitucionalidad porque para él la norma constitucional es obligatoria en primer lugar, y si la norma legal de jerarquía inferior no se conforma con la Constitución, la prioridad de ésta enerva la segunda.

No obstante la calificada opinión de muchos juristas, como Kelsen, pensamos que es erróneo afirmar que los tribunales ejercen función legislativa cuando declaran la inconstitucionalidad de una ley.

En la declaración de inconstitucionalidad el órgano jurisdiccional no anula ni deroga la ley, ella subsiste y es necesario que se la juzgue en cada caso. La sentencia no puede extenderse para hechos futuros; en consecuencia el planteo de inconstitucionalidad debe repetirse en cada juicio. Declara la inconstitucionalidad de la norma, las cuestiones planteadas en el juicio respectivo deben ser resueltas como si aquella norma no existiera (47). Los efectos derogatorios de la ley por vía de declaración de inconstitucionalidad, requieren una expresa previsión y reglamentación constitucional.

(47) Ver Fallos, 247:716 (1960); 202:184 (1945); 264:364 (1966).

c) *Aspecto procesal*

La función legislativa se exterioriza por «actos legislativos» (leyes), una de las especies de actos del poder, dictados en virtud de «un procedimiento constitucional» (para la «sanción de las leyes»), que producen efectos jurídicos generales, abstractos, objetivos e impersonales de carácter imperativo y permanente.

El carácter general como nota distinta de la ley viene desde antiguo. Ya lo expone Aristóteles en su *Política*, lo repite el pensamiento medieval y lo reiteran gran parte de los publicistas actuales (48).

5. FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional se encarga de dirimir los conflictos de intereses que alteran o pueden alterar el orden social (49). A ese fin, el Estado monopoliza la jurisdicción y proscribe la autodefensa, sustituyendo la actividad privada por la actividad pública, salvo casos excepcionales de legítima defensa. Los individuos han sido privados de la facultad de hacer justicia por su

(48) ARISTÓTELES: *Política*, ob. cit., l. II (las constituciones más perfectas), cap. 8, págs. 49-51, núm. 1268 b. y 1269 a., dice: «... las normas escritas serán generales y en la práctica no se dan más que casos singulares... algunas leyes, y en determinadas ocasiones, deben ser susceptibles de cambios... la ley no tiene otra fuerza para hacerse obedecer que el uso, y éste no se produce sino mediante el transcurso de mucho tiempo».

La C.N., en sus arts. 68 y 73, prevé el procedimiento constitucional para la «sanción de las leyes».

(49) Ampliar en DROMI: *El poder judicial*, ob. cit., Introducción, págs. 21 y ss.

El Derecho admite excepcionalmente la defensa privada o la autotutela, art. 2.470 C.C., art. 34, inc. 6.º, C.P.

mano; por ello, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de jurisdicción.

Esta actividad monopólica y sustitutiva del Estado, con la finalidad trascendente de mantener el orden y la paz social, se manifiesta a través del acto jurisdiccional, del cual es arquetipo la sentencia.

Si la ley contempla un supuesto abstracto, la jurisdicción se enfrenta con un caso concreto: la aplicación de aquél. Por ello, el esquema lógico se ha comparado con un silogismo, en el que la premisa mayor es la ley, la premisa menor es el caso concreto y la conclusión es la decisión jurisdiccional.

Para su conceptualización debemos tener en cuenta, al igual que en las demás funciones estatales, los aspectos sustancial, orgánico y procesal de la función jurisdiccional.

a) *Aspecto sustancial*

La función jurisdiccional, desde este aspecto, comprende la decisión con fuerza de verdad legal, de una controversia entre partes que determine y restablezca el Derecho en el caso concreto. Define en los casos individualizados la aplicación de la normativa jurídica para la efectiva protección de las garantías y derechos consagrados por la legislación.

b) *Aspecto orgánico*

La decisión jurisdiccional es producida por un órgano ~~de jurisdicción~~ constitucional y exclusivo, del ejercicio de la función jurisdiccional. Función jurisdiccional y jurisdicción judi-

cial son expresiones y actividades idénticas, titularizadas por un órgano estatal constitucional caracterizado por su «imparcialidad e independencia» (50).

Órgano imparcial en tanto no se parte, sino ajeno o tercero en la controversia. Independiente porque está sujeto sólo a leyes y no a órdenes e instrucciones de órganos superiores judiciales o administrativos, por cuanto no hay relación jerárquica. La independencia no es un atributo accidental o secundario del órgano jurisdiccional, sino consustancial al mismo.

Órgano constitucional por haberle adjudicado la propia Constitución esta actividad privativa y exclusiva. Vale decir, no compartida con los otros órganos del poder (51). La exclusividad es absoluta y no admite *delegación alguna*.

En su consecuencia, el ejercicio de la función jurisdiccional se caracteriza por ser:

(50) «... 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.» (C.S.J.N., Fallos, 131:105-110). Es inconstitucional exigir que un juez falle de acuerdo a la interpretación del Derecho que hace un tribunal superior. La inconstitucionalidad deriva de que viola la independencia del juez, lo que hace a la esencia de nuestro sistema institucional. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Ed. TEA, 1950, págs. 27 y ss.; GORDILLO, Agustín: *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Ed. Macchi, 1974, págs. VII-12-13; Díez, Manuel María: *Derecho administrativo*, t. 7, 2.^a ed., Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1974, pág. 111.

(51) Ver GORDILLO: *El acto administrativo*, 2.^a ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1969, págs. 136-137; SAYAGUÉS LASO, Enrique: *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, ob. cit., págs. 175-176.

En doctrina se sostiene que los entes públicos no estatales

92

1) *Independiente* (52). Dicho ejercicio es extraño al conflicto de intereses. El juez es ajeno a la relación jurídica negocial: «*nemo iudex in causa propria*». Realiza una función objetiva «*super-partes*». No es uno de los sujetos del conflicto, sino que está sobre los sujetos en conflicto.

2) *Indelegable* (53). Conferida la investidura a una persona determinada, ésta no puede a su vez encargar el ejercicio de la función a otra, aunque estuviera investida de la calidad de juez.

3) *Decisorio, ejecutorio e instrumental*. La función jurisdiccional, en tanto manifestación del poder estatal, debe exteriorizar una relación de sujeción del individuo que se revela en las atribuciones de decisión, ejecución e instrumentación.

El poder de *decisión* es la atribución por excelencia de la función jurisdiccional. Al juez no solamente le está prohibido la absolución de la instancia si no que se le impone el deber de fallar, no pudiendo negarse a admi-

ejercen función jurisdiccional en materia disciplinaria, vgr., las corporaciones profesionales, porque el Estado las erige en órganos jurisdiccionales.

(52). La garantía de los derechos de los ciudadanos reside fundamentalmente en la separación e independencia del órgano judicial, en cuanto a su «designación, ejercicio y responsabilidad». Ver ALVAREZ GENDÍN, Sabino: *La independencia del poder judicial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, cap. II, págs. 69 y ss.; RAMIELLA, Pablo: *La estructura del Estado*, Buenos Aires, 1946, pág. 387, señala: «Un poder judicial independiente, jueces dignos y un pueblo educado jurídicamente, es la trilogía indispensable para obtener una verdadera justicia. Afianzar la justicia es todavía una de las tareas augustas del Estado...».

La independencia *orgánica-institucional* (como poder) requiere de la independencia *funcional* (como juez). El derecho al juez natural y a la imparcialidad del juzgador, que presupuesta el debido proceso, requiere como «*condictio sine qua non*» la independencia del juez.

(53) Art. 3.º Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

nistrar justicia. Dicha atribución se revela en la resolución judicial, como mandato o «lex specialis» que afecta a las partes, motivada y fundada en Derecho, pues no se trata de un acto de pura autoridad, sino de una «declaración de derecho sobre el mérito del conflicto de intereses».

El poder de *ejecución* consiste en la atribución (derecho y deber) de hacer cumplir la decisión judicial. Por ello, se dota al juez del atributo de utilizar la fuerza para el cumplimiento de la sentencia, recurriendo al órgano administrador que lo auxilia con la fuerza pública.

El poder de *instrumentación* es la posibilidad de dar categoría de instrumento auténtico a las actuaciones procesales, documentándolas o protocolizándolas, en su caso, por medio de las actas judiciales.

c) *Aspecto procesal*

En cuanto a su exteriorización la función judicial se manifiesta a través de normas jurídicas particulares o individuales que señalan un deber ser concreto (no hipotético), objetivo en cuanto al contenido y subjetivo respecto al destinatario de la sentencia. La producción del acto jurisdiccional se ajusta a un *procedimiento judicial* (civil, comercial, laboral, penal) que regla la preparación, emisión e impugnación de la voluntad estatal judicial.

En síntesis, por función jurisdiccional entendemos aquella actividad del Estado comisionada para dirimir controversias entre partes con fuerza de verdad legal y desarrollada por un órgano constitucional, imparcial, exclusivo e independiente que se manifiesta a través de una norma jurídica individual, producida por un procedimiento reglado.

6. FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Es la actividad desarrollada por los órganos públicos en relación jerárquica (aspecto orgánico), para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales (aspecto sustancial) que se hace efectiva mediante actos y hechos jurídicos públicos (aspecto procesal) (54).

a) *Aspecto sustancial*

Desde este aspecto la función administrativa indica una actividad directiva (de orientación) y directa (de ejecución), de gestión y servicio en función del interés público, que se traduce en la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales.

Es una actividad de gestión y servicio hacia un fin (55).

(54) Díez, Manuel María: «La administración moderna», en R.A.D.A., núm. 7, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, enero-marzo 1975, pág. 16; quien define a la Administración pública como el conjunto de órganos estructurados jerárquicamente.

GARCÍA-TREVIJANO Y FOS, José: *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1974, pág. 51.

SILVA CENCIO, Jorge: *Estudios de Derecho administrativo*, t. 1, Montevideo, Ed. Amalio M. Fernández, 1979, págs. 87-89. Considera que las concepciones funcional y orgánica no son excluyentes, por cuanto la Administración es un conjunto de órganos públicos —no sólo estatales— que ejercen función administrativa, es decir, que tienen atribuido el poder jurídico de realizar los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución inmediata.

Es una función concreta (a diferencia de la legislativa y de la gubernativa) que ejecutan los órganos públicos en relación jerárquica (a diferencia de la función legislativa y jurisdiccional) dirigida a la realización de los fines públicos que se exterioriza por formas jurídicas propias reguladas de modo preponderante por el Derecho público.

(55) CASSAGNE, Juan Carlos: *Derecho administrativo*, t. I, ob. cit., pág. 60, define a la función administrativa en sentido «material» como actividad «encaminada al bien común» (aspecto teleológico).

La especificidad pública o privada de la Administración viene dada por la entidad de los intereses y necesidades que se gestionan en uno u otro caso. La Administración es pública cuando desarrolla una actividad de gestión que se especifica en el ámbito público en tanto lo gestado y gestionado es el *bien común*, a cuyo efecto los órganos públicos (estatales y no estatales) ejecutan los cometidos que el orden político y el ordenamiento jurídico le asignan al Estado.

Etimológicamente el vocablo «administrar» («administrare» «ad»: a y «ministrare»: servir) significa «servir a» (56).

Bajo ese aspecto se define a la Administración como una «acción», vale decir un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, los cometidos estatales ejecutados por el Estado «per se» o por órganos y entes no estatales bajo autorización o delegación estatal.

* Así pues, la función administrativa abarca amplia actividad pública, no sólo de ejecución estatal, de contenido heterogéneo, que puede consistir en:

- a) El dictado de normas jurídicas generales (reglamentos) o individuales (actos administrativos);
- b) La actuación material en ejecución de decisiones

(56) ZAFRA VALVERDE, José: *Poder y poderes*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, S. A., 1975, pág. 56, «yendo al sentido práctico de las palabras, que es el que importa más a cualquier discreto ciudadano de la calle, administrar bienes de varia índole. Todo lo demás es envoltura legal, sin duda importante, pero de valor meramente instrumental. Para mí, ciudadano a quien va destinada la acción administrativa del Consejo de Ministros y del Ministerio de Obras Públicas, es de gran interés que se dicte una ley de carreteras y todas las disposiciones complementarias precisas, pero lo que más me importa es que se construyan y se pongan a mi disposición las carreteras. Es este hecho en sí lo que constituye el objeto directo y primordial de mi preocupación como ciudadano administrado».

Q12

para satisfacer necesidades públicas (hecho administrativo);

c) La certificación de hechos jurídicamente relevantes, tanto a petición de particulares interesados (registros, transcripciones, certificaciones) como de oficio (actas, inspecciones, etc.);

d) La constitución, modificación y extinción de relaciones entre los particulares (inscripciones en registros públicos: propiedad, estado civil, comercio, etc.);

e) La consulta (dictámenes, pareceres, etc.) con el fin de informar o asesorar a los órganos activos (simples actos de administración);

f) El control preventivo o sucesivo de legitimidad u oportunidad en la actividad de los órganos estatales;

g) La promoción de la actividad de los órganos llamados a satisfacer un interés público concreto (propuestas, peticiones);

h) La efectiva realización de los intereses públicos por medio de actos, hechos, contratos, etc.

Por otro lado, el aumento de la actividad estatal se refleja más que en ninguna parte en los dominios de la Administración Pública, porque a través de ella se realiza la mayoría de los fines estatales. La actividad teleológica de la Administración (57) se despliega a través de tres vías principales: *la intervención* (policía, defensa del orden y seguridad pública), *el fomento* (promoción y estímulo a la actividad de los particulares) y el *servicio público* (prestación técnica para la satisfacción de necesidades públicas).

(57) XIFRÁ HERAS, Jorge: *Formas y fuerzas políticas*, ob. cit., págs. 267 y ss.

b) *Aspecto orgánico* (58)

Desde este punto de vista la función administrativa implica una estructura orgánica; equivale a aparato administrativo o «Administración Pública». Vale decir, el

(58) EISENMANN, Charles: «Droit public, droit privé», en *Revue du Droit Public*, París, 1952, pág. 903, y «La théorie des "Bases constitutionnelles du droit administratif"», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París, 1972, pág. 1345; CHAPUS, R.: «Le service public et la puissance publique», en *Revue du Droit Public*, París, 1968, págs. 238 y ss.; AMSELEK, P.: «Le service et la puissance publique», en *Actualité Juridique Droit Administratif*, París, 1968, págs. 492 y ss. Solamente definen a la función administrativa desde una perspectiva orgánica o «institucional» tomando en cuenta a las personas u órganos que componen la Administración, con lo que conduce a una definición amplia de función administrativa.

La perspectiva *orgánica o subjetiva*: como conjunto de «órganos encuadrados en el Poder Ejecutivo». La función administrativa o Administración Pública es un «sector» de la actividad que despliega el Poder Ejecutivo; incluyen dentro del concepto «administración» actividades que materialmente no son administrativas —actividad reglamentaria y jurisdiccional del Poder Ejecutivo—. La administración no constituye la única actividad que ejerce el Poder Ejecutivo, pues tiene atribuida la *función de gobierno*.

Ver VEDEL, Georges: *Derecho administrativo*, Madrid, Ed. Aguilar, 1980, págs. 34 y ss. Para la perspectiva *orgánica*, el Derecho administrativo se funda en la concepción «administración-institución». La Administración es considerada como un aparato de órganos y todos los problemas relativos a las actividades de sus órganos administrativos, cualesquiera sean esas actividades, cualesquiera sean las reglas que las regulan, cualquiera sea la naturaleza del régimen que se les aplica (Derecho público o Derecho privado), son la base del Derecho administrativo. La definición de Derecho administrativo, en la práctica, no coincide con la definición del régimen de la Administración. El Derecho administrativo se funda en una noción más amplia de la Administración, en la noción institucional u orgánica de la Administración.

SILVA CENCIO, Jorge: *Estudios de Derecho administrativo*, t. 1, ob. cit., págs. 76-78.

Por otra parte, la concepción orgánica o *subjetiva* considera que la personalidad jurídica del Estado sólo se da en la Admi-

9310
conjunto de órganos no sólo estatales, sino también no estatales, encargados de la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales. Incluye a todos los órganos que forman el aparato tradicionalmente llamado «Administración estatal» —órganos del Poder Ejecutivo— y órganos integrantes de los otros poderes del Estado —legislativo y judicial— y los órganos extrapoderes —Tribunal de Cuentas—, en tanto realicen esa actividad sustancial de ejecución práctica y gestión inmediata de cometidos estatales. Además comprende a los «órganos y entes públicos no estatales» —es decir los que no integran la estructura del Estado—, cualesquiera sean las denominaciones que les dé el Derecho positivo (corporaciones profesionales, personas públicas, para-estatales, etcétera) que titularizan prerrogativas de poder público

nistración Pública —conjunto de entes personificados—. Esta separa y distingue a la Administración de otras actividades del Estado. La Administración Pública (persona jurídica) está regulada por un derecho propio, de naturaleza estatutaria: el *Derecho administrativo*, que nace para explicar las relaciones de las siguientes clases de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, aislándolos de la regulación propia de los derechos generales. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario», *Riv. Trimestrale de Diritto Pubblico*, núms. 2-3, 1960, págs. 330-333; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho administrativo*, 4.ª ed., t. I, Madrid, Ed. Madrid, Ed. Civitas, 1983, págs. 23 y ss. Ver también CASSAGNE, Juan Carlos: *Derecho administrativo*, t. 1, ob. cit., págs. 57-58.

«Como Administración entendemos las funciones de aquel complejo orgánico regido por relaciones de dependencia que se revelan en el Derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior.» MERKL, Adolfo: *Teoría general del Derecho administrativo*, ob. cit., pág. 59.

El Estado y la *realidad política* no se identifican; hoy la *vida política* desborda al Estado, es una realidad más extensa que el Estado; consiguientemente, si la *realidad política* es más que el Estado, de suyo propio —como la parte respecto del todo—, también la *realidad administrativa* es más extensa que la realidad estatal.

por autorización o delegación estatal para la ejecución de cometidos públicos. Los entes públicos no estatales integran la «Administración Pública», aunque no la Administración del Estado que funcionalmente depende de ella por vínculo de «tutela administrativa» (59).

c) *Aspecto procesal*

Desde el punto de vista procesal la Administración también tiene modos especializados de exteriorización. Son las *formas jurídicas administrativas* (acto, hecho, simple acto, reglamento y contrato administrativo) que se producen, preparan, emiten y extinguen por vía de los *procedimientos administrativos*, reglados al efecto.

El régimen jurídico de esos actos, que forman parte del contenido de la función, puede ser de Derecho público o de Derecho privado, aunque este último nunca se aplica exclusivamente. En otros términos, cabe hablar de un régimen jurídico preponderante de Derecho público en todos los casos.

(59) VEDEL, Georges: «Les bases constitutionnelles du droit administratif», en *Etudes et documents Conseil d'Etat*, fasc. 8, 1954, págs. 21 y ss., quien definió a la *función administrativa* por el régimen jurídico al cual está sometida y a la Administración pública como el «conjunto de actividades del Estado y de los poderes públicos, que no pertenecen, en virtud de una cláusula particular, a un régimen derogatorio del régimen administrativo», encerrando la definición de administración en un concepto restringido al ámbito del régimen administrativo, disociando la noción de actividad o función administrativa de la de organismo o institución administrativa y de la de órgano o agente administrativo.

Si tradicionalmente se ha considerado a la Administración desde dos perspectivas: material u orgánica-institucional, en la actualidad se debe adoptar una concepción orgánico-funcional de la Administración. La Administración es un conjunto de personas y órganos que actúan en función administrativa, para el logro de los cometidos estatales. El Derecho administrativo regula la estructura y el funcionamiento de la Administración Pública.

Aspectos integrantes del concepto de:	Función Gubernativa	Función Legislativa	Función Jurisdiccional	Función Administrativa
SUSTANCIAL (¿por qué y para qué?)	- Actividad estatal discrecional sin límites jurídicos emitida en ejercicio de una directa atribución constitucional por motivos de oportunidad o mérito, fundados en razones de seguridad, orden y defensa de la comunidad política. - Se caracteriza por ser un cometido de immediatez constitucional e irrevisibilidad jurisdiccional.	Actividad estatal reglada o discrecional con límites constitucionales, para la elaboración o creación del derecho a través de normas jurídicas generales.	Actividad estatal reglada comisionada para dirimir controversias entre partes con fuerza de verdad legal, determinando y/o restableciendo el derecho en los casos concretos. Define en los casos individualizados la aplicación de la normatividad jurídica.	Actividad estatal directa y de gestión y servicio en función del interés público para la ejecución concreta y práctica de los cometidos que el orden político y el ordenamiento jurídico le asignan al Estado.
	Actividad ejecutada por los órganos legislativo y/o ejecutivo, en los casos constitucionales expresamente conferidos, vgr. declaración de intervención federal, estado de sitio, guerra, etcétera.	Actividad ejecutada privativamente por el órgano legislativo.	Actividad ejecutada privativa y exclusivamente por el órgano judicial, caracterizada por su «imparcialidad» (en tanto no es parte sino tercero en la controversia) o «independencia» (en tanto está sujeto sólo a la ley y no a órdenes e instrucciones jerárquicas).	- Actividad ejecutada por los órganos estatales (ejecutivo, legislativo y judicial) y entes no estatales por autorización o delegación estatal. - Es delegable a órganos estatales inferiores y otras personas públicas y/o privadas no estatales en los casos permitidos por el ordenamiento jurídico.
ORGANICO (¿quién?)	- Es indelegable. - No implica una estructura orgánica propia. El «aparato gubernativo» lo integran el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.	- Es indelegable. - Implica una estructura orgánica propia y especializada. El «aparato legislativo» dentro de la estructura constitucional del poder.	- Es indelegable. - Implica una estructura orgánica propia y especializada: «El aparato judicial» dentro de la estructura constitucional del poder.	Implica una estructura orgánica que equivale a «aparato administrativo» o «Administración Pública», integrado por órganos estatales y no estatales encargados por delegación, cesión, etcétera.

ción, elegida. La ejecución concreta y práctica de cometidos asignados al Estado. Incluye la «Administración Estatal» y los órganos y entes no estatales que si bien no integran la estructura del Estado dependen funcionalmente de él por titularizar prerrogativas de poder público por autorización estatal, y están sujetos a controles por vínculo de tutela administrativa.

- Se exterioriza por «actos de administración» que asumen forma jurídica concreta del acto administrativo, hecho administrativo, reglamento administrativo, contrato administrativo y simples actos de administración.
- Que producen efectos jurídicos generales o particulares, directos o indirectos, mediatos o inmediatos, según la forma jurídica de que se trate.
- En virtud de un «procedimiento administrativo», de especificidad de trámite y regulación jurídica, que regula la preparación, emisión e impugnación de la voluntad administrativa.

- Se exterioriza por «actos judiciales».
- Que producen efectos jurídicos particulares o individuales.
- En virtud de un «procedimiento judicial» (civil, comercial, laboral, penal) de especificidad de trámite y regulación jurídica que regula la preparación, emisión e impugnación de la voluntad estatal judicial.

- Se exterioriza por «actos legislativos» (leyes).
- Que producen efectos jurídicos generales, abstractos, objetivos e impersonales.
- En virtud de un «procedimiento legislativo», de especificidad de trámite y regulación jurídica, constitucionalmente previsto para «la formación y sanción de las leyes».

- Se exterioriza por «actos políticos» o «institucionales», en los casos constitucionales.
- Que producen efectos jurídicos generales. No inciden inmediatamente en la esfera del administrado.
- En virtud de un «procedimiento gubernativo», que tiene la base jurídica del procedimiento administrativo y legislativo, según el acto emane del poder Ejecutivo o Legislativo, pero con modalidades procesales específicas: mayorías legislativas cuantificadas; dictámenes de órganos especiales, etc.

PROCESAL
(¿cómo?)

