

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL

Jesús Vallejo Mejía

INTRODUCCION

El derecho administrativo es la rama del derecho público que estudia las normas que regulan la estructura de la **Administración Pública** y el ejercicio de la **función administrativa** del Estado.

El derecho administrativo es una rama del derecho público. Aunque no hay mucha claridad en la doctrina jurídica acerca del contenido del derecho público y hasta llega a negarse la validez de esta categoría, por lo menos desde un punto de vista didáctico es conveniente estudiar por una parte las normas que regulan la estructura y el funcionamiento de los poderes públicos, y por otra las que reglamentan las actividades y relaciones de los particulares como tales. Las primeras corresponden a lo que en un sentido muy amplio y carente de pretensiones dogmáticas puede considerarse como derecho público. Las segundas forman parte del derecho privado.

Como rama del derecho público, al derecho administrativo le corresponde una posición **subordinada**, por cuanto se estructura con base en el derecho constitucional, pero no secundaria, pues su importancia crece diariamente a medida que se incrementa el intervencionismo estatal y se destaca la posición del poder ejecutivo dentro de la organización política.

El derecho administrativo constituye una especialización en el derecho público, pero al mismo tiempo tiene el carácter de un

derecho común de la actividad estatal. En efecto, su objeto se restringe a la Administración del Estado, o sea que los restantes aspectos de la actividad de los gobernantes quedan por fuera de su consideración y constituyen tema de otras disciplinas del derecho público; v.gr. las relaciones internacionales, la organización constitucional, la actividad parlamentaria, los procedimientos judiciales, etc. Con todo, la importancia creciente de la Administración y por consiguiente la mayor elaboración y complejidad de los conceptos jurídicos que le son propios, conducen a que dichos conceptos se apliquen a instituciones que no forman parte del orden administrativo. Valdría la pena estudiar más a fondo en qué medida las reglas forjadas para los actos administrativos o para los funcionarios de la administración, se han ido adaptando al derecho parlamentario, al judicial o al internacional.

Por otra parte, el derecho administrativo suministra conceptos que son indispensables para comprender la estructura de otras disciplinas más especializadas, como la Hacienda Pública o Derecho Financiero, el Derecho Tributario, el Derecho Agrario, el Derecho Laboral, el Derecho de Sociedades, el Derecho Penal Contravencional, el Derecho Bancario y lo que con cierta imprecisión ha venido llamándose desde hace algún tiempo como Derecho Económico. Muchas de estas ramas se ubican en una región fronteriza dentro del derecho público y el privado, pues participan de ambos por cuanto se refieren a relaciones particulares más o menos intervenidas o controladas por las autoridades administrativas. De suerte que sería imposible entender, por ejemplo, el derecho laboral sin tener en cuenta la intervención de las autoridades laborales en los contratos de trabajo o en los conflictos colectivos, ni el derecho de sociedades sin considerar a la vez la vigilancia que ejercen las distintas superintendencias sobre las formas societarias. Dichas intervenciones se rigen por el derecho administrativo, por lo menos en lo que concierne a las actuaciones de las autoridades.

Es más, vale la pena observar cómo el modelo de la organización administrativa ha servido de base para el establecimiento de algunas instituciones nuevas dentro de las sociedades comerciales, como por ejemplo, las acciones contra las decisiones de las asambleas de accionistas. Basten las consideraciones precedentes para señalar que en la actualidad no es posible entender y practicar el Derecho si no se conoce adecuadamente el Derecho Administrativo.

Los tratadistas suelen distinguir en el objeto del derecho administrativo dos aspectos: la **administración en sentido subjetivo** y la **administración en sentido objetivo**.

El estudio de la administración en sentido subjetivo comprende lo que podría denominarse como la **estática** administrativa, en la cual se analizan la personalidad jurídica pública, la teoría de los órganos administrativos, la estructura de la administración, la función pública y el patrimonio de las entidades administrativas.

La **dinámica** administrativa, o sea, el estudio de la administración en sentido objetivo, se refiere a la actividad de la administración, a los cometidos o tareas que realiza, a las formas jurídicas que la desarrollan (los actos administrativos, los contratos de la administración, las operaciones y hechos administrativos), a los controles y responsabilidades que pesan sobre ella, así como a las relaciones jurídicas que surgen a propósito de sus actuaciones.

Como se verá más adelante, no puede decirse que estos dos conceptos sean como dos caras de la misma moneda, dado que la administración pública no realiza exclusivamente tareas administrativas ni la función administrativa del Estado se halla completamente en manos de aquélla. En efecto, los órganos administrativos también realizan actividades legislativas y, en menor grado, judiciales. Por otra parte, hay aspectos de la función administrativa que corren a cargo del Congreso y también, en menor grado, de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, hay íntima conexión entre los conceptos subjetivo y objetivo, pues la estructura de la administración obedece a un orden autoritario precisamente porque está orientada hacia la realización de la función administrativa, la cual constituye su tarea principal.

Conviene tener en cuenta que en los Estados Occidentales modernos la separación de poderes no es absoluta, pues ningún poder ejerce una sola función exclusivamente; sin embargo, a cada rama se le asigna una función principal y otras accesorias. Es esa función principal la que sirve de principio ordenador de la estructura de cada rama del poder. Así, la organización del Congreso tiende a adecuarse a la tarea legislativa, aunque eventualmente se le asignen también tareas administrativas o jurisdiccionales. Lo

mismo, la organización judicial busca el mejor ejercicio posible de la función jurisdiccional, aunque también le corresponde alguna participación en la actividad administrativa.

Lo dicho significa que el concepto más importante para iniciar el estudio del derecho administrativo es el de **función administrativa**, la cual sólo puede comprenderse a cabalidad si se la relaciona con las demás funciones estatales. Al análisis de estos conceptos se dedicará el capítulo que sigue, para continuar luego con un estudio más detallado de las **características** y las **fuentes** del derecho administrativo.

El estudio de la **Administración en sentido subjetivo** será tema del Capítulo III. Conviene desde ya señalar que se trata de una estructura diferente del Congreso y de la rama jurisdiccional, es decir, que los órganos y los funcionarios administrativos no se confunden con los congresistas, ni con los tribunales o jueces, que sus actividades gozan de relativa autonomía frente a aquéllos y que los criterios que presiden su organización y funcionamiento son específicos. Habrá que discutir más adelante, en qué medida la Administración es algo diferente del Gobierno o si constituye una mera proyección de éste. Entre ambos, en todo caso, se integra la rama ejecutiva del poder público.

LA FUNCION ADMINISTRATIVA

1. Las Funciones del Estado

Si la función administrativa, concepto fundamental del derecho administrativo, es una función del Estado, para comprenderla hay que precisar previamente **qué** son las funciones estatales, **cuántas** son y **cómo** se diferencian las unas de las otras.

Estas cuestiones han dado lugar a debates, al parecer interminables, dentro de la doctrina jurídica. Son muchas y muy encontradas las diferentes opiniones que existen acerca de estos tópicos, sea por la influencia de prejuicios muy difíciles de desarraigar, o por los distintos puntos de vista desde los cuales se los estudia, o por las finalidades de diverso orden que presiden los análisis que se realizan, o en últimas, por la complejidad de los fenómenos estatales, los que se dan, como dice Jellinek, en la vida y no en la razón abstracta o en la materia muerta, por lo cual las clasificaciones que se hagan de dichos fenómenos no pueden obedecer a criterios lógicos de rigurosa precisión (Jellinek, "Teoría General del Estado", Cecsca, México, 1958, p. 494). No es el caso de distraer la atención para mencionar siquiera las más importantes teorías que se han ideado a propósito de las funciones estatales, para luego enunciar la que se considere correcta. A riesgo de parecer dogmáticos y en aras de la claridad, será preferible orientar la exposición en el sentido que se estima más apropiado, señalando de paso las objeciones más pertinentes acerca de las conclusiones que se vayan sentando.

El concepto de funciones estatales se relaciona con el de actividad del Estado. Puede decirse que las funciones son distintas **manifestaciones** de la actividad del Estado.

La **actividad** del Estado es todo lo que los gobernantes hacen con miras a la realización del **fin** del Estado, que es el bien público temporal. Esa actividad consiste en **tareas** o **cometidos** de distinto orden (sancionar a quienes atenten contra la seguridad pública, defender las fronteras patrias, regular las relaciones entre patronos y trabajadores, educar a los jóvenes, prestar servicios médicos a los enfermos, construir obras públicas, etc.), que pueden cla-

sificarse en los siguientes grupos: a) proveer a la organización jurídica y técnica del Estado; b) reunir los medios suficientes para su funcionamiento y la consecución de sus fines; c) regular el comportamiento de los súbditos y las relaciones con el exterior; d) prestar servicios de distinta índole; e) estimular a los particulares para que realicen tareas de beneficio común (cf. Alessi, "Instituciones de Derecho Administrativo", Bosch Barcelona, 1970, T. II, p. 364).

Las tareas o cometidos, que son actos mediante los cuales se pretende satisfacer las necesidades públicas cuya solución demanda el bien común, se realizan a través de procesos que constan de varias etapas. Son esas etapas o manifestaciones que se dan en la realización de los cometidos lo que constituye la distintas funciones del Estado. La satisfacción de las necesidades públicas no opera en forma inmediata. Todo lo contrario, para llegar a resolver alguna exigencia de la comunidad se requiere un proceso generalmente complicado que va desde la formulación de la exigencia por parte de algún sector de la colectividad, su reconocimiento por parte de alguna autoridad pública, la decisión de dar respuesta a dicha exigencia, la organización de los medios y actividades requeridos para solucionar la demanda y la realización de las operaciones concretas que satisfagan la exigencia formulada, así se refiere ésta a la educación, a la seguridad, a la habitación, al empleo, a la moralidad o a cualquier otra materia que se estime deba ser regulada o administrada por las autoridades estatales.

En el Estado moderno las tareas que se encomiendan a las autoridades son cada vez más variadas y complejas, de manera que resulta prácticamente imposible enumerarlas en su totalidad, no sólo en todos los Estados, en los cuales hay muchas variaciones según la naturaleza de los respectivos regímenes políticos y las características de cada comunidad, sino en cada Estado en particular, por cuanto día a día el proceso político va adjudicándoles nuevas misiones a los gobernantes. Sin embargo, para la realización de esas variadísimas tareas los gobernantes siguen ciertos **procesos** más o menos organizados, más o menos típicos, que configuran etapas, manifestaciones o funciones dentro de la actividad más general de dar satisfacción a las exigencias colectivas y realizar el bien común. Las competencias o poderes de los gobernantes se van especializando según se observó atrás, de acuerdo con las funciones principales que les corresponden a los distintos "órganos" o "ramas del poder" dentro del proceso de la actividad estatal.

Ahora bien, ¿cuáles son esas funciones? ¿Cómo se diferencia cada una de las demás?

La opinión más generalizada hoy en día considera que las funciones del Estado son cuatro: la constituyente, la legislativa, la administrativa y la judicial.

Hay quienes piensan, sin embargo, que deben distinguirse otras funciones, como la gubernativa o política, la electoral y la de contraloría. Otros sostienen que se debe abandonar las categorías jurídicas tradicionales y adoptar una clasificación más acorde con la realidad del proceso político. Por ejemplo, Lowenstein sugiere una nueva división tripartita: la decisión política conformadora o fundamental; la ejecución de la decisión y el control político (Lowenstein, "Teoría de la Constitución", Ariel, Barcelona, 1964, p. 62).

Los norteamericanos Almond y Powell han propuesto una clasificación más compleja que parte de un esquema dinámico del funcionamiento del sistema político, el cual estaría llamado a traducir las demandas, exigencias o apoyos de la comunidad (inputs) en decisiones o actuaciones de diversa índole (outputs), como reglas, servicios, símbolos, etc., a través de las siguientes funciones:

a) Articulación de intereses, o la manera como se formulan las demandas en el sistema;

b) Agregación de intereses o la forma como se comunican las demandas y se proponen alternativas de acción;

c) Función legislativa, que hace relación a la manera como se formulan los mandatos imperativos;

d) Función jurisdiccional, o cómo se adjudican las leyes a los casos particulares;

e) Función ejecutiva, o cómo se aplican y se hacen cumplir las leyes y decisiones autoritarias;

f) Función de comunicación, o sea la forma como toda la variedad de actividades enunciadas se comunican dentro del sistema y entre el sistema político y su ambiente;

g) Funciones de adaptación y mantenimiento del sistema (vid., Roza Acuña, "Análisis Moderno de los Sistemas Políticos", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1968, p. 33).

Estas clasificaciones son muy valiosas para los estudios de ciencia política; en cambio su interés para la ciencia jurídica es

menor. En efecto, a la ciencia política le interesa la realidad de los procesos estatales, mientras que el derecho se ocupa de los aspectos normativos de dichos procesos, es decir, de las normas que los regulan y las que se derivan de los mismos procesos. Para este efecto resulta más adecuada la clasificación tradicional de las funciones.

Ahora bien, no es fácil encontrar un criterio indiscutible que sirva para fijar los límites conceptuales entre las diferentes funciones del Estado. La doctrina tradicional ha oscilado entre los criterios **orgánicos** (basados en los órganos que realizan las respectivas funciones), los **formales** (basados en los procedimientos que se utilizan para llevarlos a cabo) y los **materiales** (basados en el grado de generalidad o de concreción de los actos propios de cada función), sin que hasta el momento pueda decirse que alguno de ellos desplace a los demás y brinde completa claridad para la clasificación de las funciones.

En términos generales, la doctrina prefiere los criterios materiales, porque considera que éstos apuntan a la naturaleza misma de las funciones estatales, mientras que los criterios orgánicos y formales se fundan en consideraciones extrínsecas y variables. En efecto un mismo órgano puede realizar funciones muy diferentes; igualmente, un mismo procedimiento puede servir para producir actuaciones de muy diverso contenido. Por otra parte, es posible que haya Estados en los cuales las distinciones orgánicas o procedimentales no sean muy claras. Sin embargo, estas consideraciones subjetivas o extrínsecas pueden revestir importancia en cuanto sirvan para indicar diferencias de fuerza jurídica, o sea, de posición dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico entre los actos estatales. Así, actos con el mismo grado de generalidad, como una disposición constitucional, una ley o un reglamento, pueden tener fuerza jurídica diferente según provengan de un Órgano Constituyente, del Parlamento o del Gobierno, o hayan sufrido procedimientos distintos para su expedición.

Este ejemplo sirve para demostrar que la clasificación material de las funciones estatales, formulada con base en la mayor o menor generalidad de su contenido, no da una imagen exacta de la diferente posición que puede corresponderles dentro de la jerarquía del ordenamiento a actos cuyos contenido sea idéntico. O sea, que más que el contenido, se deben tener en cuenta las relaciones de superioridad o de subordinación que pueden darse entre

los actos estatales. En el ejemplo propuesto, lo que permite calificar a una norma como constitucional, como legal o como reglamentaria, según el caso, no es su contenido, el cual puede ser idéntico, sino la circunstancia de que la norma constitucional tiene una jerarquía superior, que la legal es resultado de un poder de iniciativa fundado en aquélla y que la reglamentaria está subordinada a la legal.

Esta discusión tiene importancia teórica, pues de ella dependen la determinación de los objetos del derecho constitucional y del administrativo; además genera consecuencias prácticas notables, ya que de ahí se deducen los campos de acción, o sea, las competencias de los órganos constituyentes, los legislativos, los judiciales y los administrativos. Tales órganos, según se anotó atrás, conforme a la doctrina de la separación de poderes, tienen asignadas funciones principales, que corresponden a su competencia ordinaria, y funciones excepcionales que sólo por mención expresa del ordenamiento les están atribuidas.

Significa lo anterior que una clasificación jurídica de las funciones del Estado debe tener en cuenta la fuerza normativa y la ubicación que en consecuencia les corresponde dentro del ordenamiento a los actos propios de cada función.

Y si las funciones del Estado son etapas que se dan dentro del proceso de la actividad estatal, su clasificación no puede dejar a un lado la posición de cada una de ellas dentro de dicho proceso. O sea, que los actos iniciales del proceso no pueden clasificarse dentro de la misma categoría que los intermedios y los finales.

Dos son pues los criterios principales que se deben tener en cuenta para la clasificación de las funciones: a) un criterio de **jerarquía**, que permita diferenciar la fuerza jurídica de los actos estatales, de acuerdo a su posición dentro de la estructura del ordenamiento; b) un criterio **dinámico** que permita reconocer la función que cada clase de actos cumpla dentro del proceso de la actividad estatal.

De acuerdo con el primer criterio, el orden jerárquico en escala descendente estará conformado por los actos propios de las funciones constituyente, legislativa, jurisdiccional y administrativa. En efecto, las normas fundamentales integran la Constitución; luego siguen las leyes, que deben ser obedecidas y desarrolladas tanto por los actos de la administración como por los jurisdiccio-

nales. Y éstos prevalecen sobre aquéllos, puesto que pueden anularlos o suspenderlos, a la vez que no pueden ser desconocidos por los actos de administración.

Conforme al segundo criterio, los actos propios de la función constituyente deberán ser actos de organización, de fundamentación; los de la función legislativa serán actos de decisión sobre los cometidos estatales; los de la función administrativa serán de realización práctica de dichos cometidos y los de la función judicial serán de control jurídico y aplicación definitiva de las normas de derecho.

Estos criterios obedecen a la realidad estatal en cuanto ésta muestra que el orden jurídico está estructurado jerárquicamente y es además un orden dinámico que se crea para la satisfacción de las necesidades colectivas.

Sin embargo, volviendo sobre los conceptos de Jellinek que se citaron atrás, estos criterios solamente pueden dar una idea aproximada de las distintas manifestaciones de la actividad estatal; por consiguiente es inevitable que se presenten incongruencias en su aplicación y casos dudosos en los que no se sepa con claridad dentro de qué función ubicarlos. A veces, será necesario tener en cuenta otros criterios, de orden histórico o práctico. Como se verá después, la diferencia entre la función jurisdiccional y la administrativa radica sobre todo en consideraciones propias de los regímenes liberales. Y la diferencia entre las normas constitucionales y las legales frecuentemente se desprende del valor que en determinado momento histórico les otorga a aquéllas la comunidad. Por ejemplo, son ante todo consideraciones de orden histórico las que en Inglaterra permiten distinguir los textos constitucionales de los legales.

2. La Función Constituyente

A la función constituyente le corresponde la creación de las normas constitucionales, que son aquellas sobre las cuales reposa la validez del ordenamiento jurídico y por eso se las conoce también como normas fundamentales.

El carácter fundamental de la Constitución significa que ella se destaca dentro del ordenamiento estatal, por cuanto sirve de fundamento de la validez de las restantes normas jurídicas y, además, porque toda la actividad del Estado debe ceñirse al contenido constitucional.

Desde este punto de vista, todo Estado tiene Constitución. En efecto, en todo ordenamiento estatal hay una jerarquía de normas que forman una estructura fundada en el principio de validez. Son las normas constitucionales las que definen dicho principio de validez o de legitimidad y sientan las bases de la estructura jurídica que le dan a ésta su fisonomía específica.

Siguiendo al profesor Sánchez Agesta, a la Constitución, concebida como el derecho fundamental que define un régimen político, le corresponde:

- a) Fijar el principio o principios que sirven de criterio del orden, o sea, los fundamentos de legitimidad del régimen;
- b) Una ordenación de las instituciones de gobierno en sentido estricto, o más simplemente la atribución del poder a uno o más órganos, cuya estructura, competencias y equilibrio se definen; y 536685 01pa
- c) Definir un orden económico y social que comprende aquellas instituciones en que se basa el orden mismo de la comunidad, familia, propiedad, economía, grupos profesionales, económicos o políticos y los derechos individuales y sociales, mediante los que esas instituciones desenvuelven su vida (Sánchez Agesta, "Derecho Constitucional Comparado". Editora Nacional, Madrid, 1971, Cap. II).

En la mayoría de los Estados es frecuente que las normas constitucionales consten en documentos cuya expedición o reforma se someten a formalidades especiales y más rigurosas que las previstas para la legislación ordinaria. Así mismo, a las normas contenidas en tales documentos suele rodeárselas de procedimientos que buscan amparar su inviolabilidad, o sea, su supremacía dentro del ordenamiento.

De ahí surge el concepto **formal** de constitución, el cual sin embargo, no es adecuado en todos los casos, pues hay países que no lo siguen, como es el caso de Inglaterra, y aún en los países que lo observan en principio pueden darse situaciones excepcionales en que dicho concepto no sea acogido. Por ejemplo, en nuestro país la reforma constitucional de 1957 no tuvo en cuenta los requisitos formales previstos por la Constitución de 1886 para su modificación; es más, la propia Constitución de 1886 se expidió sin consideración a las normas de la Carta de 1863 sobre revisión constitucional, las cuales, por otra parte, hacían ésta prácticamente imposible.

Los criterios formales deben complementarse con otros, para poder obtener así un concepto más ajustado a la realidad constitucional. La doctrina, según se observó atrás, es muy favorable a los criterios materiales, según los cuales la Constitución se definiría ante todo por su contenido. Un ejemplo de estos criterios se encuentra en el concepto de Sánchez Agesta que se acaba de citar.

Evidentemente hay muchas disposiciones cuyo contenido es necesariamente de orden constitucional, por tratarse de un contenido fundamental. Pero no siempre es fácil distinguir cuándo una norma es fundamental y cuándo es derivada de otra. No basta con afirmar que las normas relativas al poder político en cualquiera de sus aspectos (titularidad, adquisición, estructuras, ejercicio, limitaciones, duración, etc.) son fundamentales, pues es posible encontrar esas normas en distintos niveles dentro de la jerarquía del ordenamiento. Por ejemplo, las normas sobre el funcionamiento del Congreso, o sobre el régimen electoral, o sobre la organización territorial, se hallan diseminadas en el texto constitucional y en la legislación ordinaria. Luego, no es posible catalogar su jerarquía con base en el contenido, ni siquiera diciendo que en la Constitución se encuentran las normas más importantes y en la ley las de desarrollo, ya que a veces sucede que en el texto constitucional se encuentran normas de escasa trascendencia para la comprensión del régimen político, mientras que en la ley puede haber disposiciones de contenido muy significativo.

No es extraño entonces, según se observó atrás, que para obtener un concepto realista de la Constitución se tengan que utilizar criterios **empíricos**, según los cuales el carácter fundamental de un texto o de una costumbre jurídica solamente pueda colegirse de la consideración especialmente destacada que le otorgue la comunidad en un momento dado, cualquiera sea su fuente o su contenido.

De todas maneras, sea que a la Constitución se la reconozca por su forma, o por su contenido, o por la valoración colectiva, su rasgo más esencial consiste en que ella es un conjunto de normas fundamentales que, valga la redundancia, sirven para "constituir" la estructura básica del Estado.

3. La Función Legislativa

A la función consitutuyente le corresponde, por así decirlo, una fase estática: la organización de la comunidad política. Las demás

funciones tienen en cambio un sentido dinámico, pues se inscriben dentro del proceso de la actividad estatal.

Una vez organizado el Estado en lo que atañe a sus aspectos básicos, la primera función que lógicamente se debe cumplir consiste en decidir acerca del contenido de la actividad estatal, éstos es, de las tareas o cometidos cuya realización ha de asignarse a los gobernantes.

Se vió atrás que los cometidos fundamentales del Estado consisten en proveer a su propia organización y dotación, en regular el comportamiento de los súbditos y las relaciones con el exterior, en prestar servicios a la comunidad y en promover o estimular a los súbditos para que éstos realicen actividades de beneficio común.

En cada Estado, conforme a las necesidades de su población, a su idiosincrasia, a las tendencias políticas predominantes, etc., se le dará mayor importancia a unos de éstos cometidos que a otros; así mismo, puede haber distintas orientaciones acerca del sentido o de las formas como se realizarán dichos cometidos. Así, la tarea de organizar concretamente el aparato estatal puede dar lugar al establecimiento de diferentes sistemas administrativos; la dotación del Estado da pie para implantar gravámenes y sistemas de financiación de varia índole; la regulación de la actividad de los súbditos se realiza a través de la expedición de normas civiles, penales, laborales, comerciales, etc.; la prestación de servicios se concreta en la construcción de obras públicas, en el establecimiento de hospitales, de escuelas, de centrales hidroeléctricas, etc.; la promoción de la actividad privada puede manifestarse en el otorgamiento de subsidios, de asistencia técnica, de préstamos, etc.

Pues bien, la decisión sobre los cometidos concretos que le corresponde realizar a los gobernantes es materia de la función legislativa. De acuerdo con esto, **el aspecto más importante de la ley es su contenido, que consiste en definir las materias sobre las cuales pueden actuar los gobernantes.**

Este contenido le da una especial jerarquía a la ley, pues la actividad concreta de los gobernantes encuentra en ella su fundamento y sus límites. De ahí que sea frecuente en la doctrina la caracterización de **la ley como acto que se funda inmediatamente en la Constitución** y que solo a ésta debe someterse. Hay mucho de cierto en este concepto, pues la ley tiene una fuerza jurídica supe-

rior a los demás actos estatales, excluida obviamente la Constitución, y puede modificar todo el ordenamiento legal preexistente. Sin embargo, no es un concepto exacto porque hay leyes que tienen fundamento **mediato** en la Constitución, como las que se dictan a través de decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias, las cuales se fundan primero en las respectivas leyes de facultades y luego en la Constitución; por otra parte, hay actos estatales con fundamento inmediato en la Constitución que no pueden catalogarse como leyes, como el nombramiento de Ministros que efectúa el Presidente o la conservación del orden público que a él mismo corresponde, pues a través de estos actos no se decide sobre cometidos estatales sino que se entra a desarrollarlos.

Como la legislación traza los cometidos gubernamentales, lo más razonable es que lo haga a través de prescripciones de carácter general. De ahí que la gran mayoría de los autores señale como característica esencial de la ley, la **generalidad** de su contenido. En efecto, desde el punto de vista ideológico, la generalidad de la decisión legislativa es garantía de la igualdad, por cuanto de ahí no se derivarán privilegios jurídicos para unos, ni cargas o limitaciones especiales para otros. Y, desde el punto de vista práctico, no se justifica realizar el esfuerzo legislativo para cada caso concreto sino que es preferible cubrir con una sola decisión una multitud de situaciones análogas, actuales o futuras. Por estas razones puede considerarse que en los Estados modernos en principio la actividad gubernamental sigue un proceso que va de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto, y que las funciones, por lo tanto, podrían clasificarse de acuerdo al grado de generalidad o de concreción de los actos respectivos.

Sin embargo, esta apreciación sólo puede sostenerse parcialmente porque no todas las leyes tienen carácter general, ni todos los actos generales son de orden legislativo.

En nuestro derecho positivo la generalidad del contenido sólo se exige para las leyes que decreten gratificaciones, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones, salvo algunas excepciones constitucionales (art. 78, N° 5° C. N.), las que establezcan prohibiciones (art. 78, N° 6° C. N.), las leyes marcos y las orgánicas (art. 76, Nos. 3°, 4°, 9°, 22° C. N.), y las que decreten amnistías o indultos (art. 76 N° 19° C. N.). Sin embargo, puede haber varios grados de generalidad y resulta difícil, por consiguiente, determinar en qué punto pierde la ley esa característica, ya que hay leyes apli-

cables a determinados territorios o que beneficien o graven a sectores específicos de la comunidad. Las leyes fiscales, las leyes de fomento y, en general, las leyes de intervención en la economía, así como las de servicios o de obras públicas, tienen un contenido cada vez más específico, si bien no se llega hasta el extremo de destinarlas a personas o a grupos individualizados.

Por otra parte, la generalidad es nota común de las normas constitucionales, las legales y las reglamentarias; sin embargo, no puede decirse que todas ellas sean de la misma naturaleza, pues la fuerza jurídica y la función que cumplen en la actividad estatal son diferentes en cada una de tales categorías. Las normas constitucionales ocupan el primer lugar dentro del ordenamiento jurídico y su función es, según se anotó, constituir el Estado; las normas legales están inmediatamente subordinadas a las constitucionales y definen específicamente los cometidos estatales; los reglamentos deben ceñirse a las leyes y su función es facilitar la aplicación de éstas. No puede sostenerse entonces, como se hace frecuentemente, que los reglamentos son de naturaleza legislativa, pues aunque también son generales como la mayoría de las leyes, carecen de la fuerza jurídica y el poder de iniciativa de éstas.

Por lo dicho, el concepto de ley en sentido material, muy utilizado en la doctrina, no apunta a la verdadera naturaleza de la ley que es ser un acto de iniciativa política más que una norma de alcance general.

La importancia que tienen las decisiones legislativas para la vida del Estado, puesto que son las que determinan el contenido y la orientación de sus intervenciones en la sociedad, hace que en los Estados modernos la legislación frecuentemente sea encomendada a órganos **representativos y deliberantes**, como los Congresos o Parlamentos.

De acuerdo con la tradición liberal la ley debe expedirse por autoridades elegidas de acuerdo con el principio representativo, ya que dicha tradición la concibe como la fuente primaria de la regla de derecho que va a limitar la libertad de las personas y debe, en consecuencia, ser consentida por éstas. Por otra parte, la ley debe ser fruto de la deliberación, pues mediante ella se toman decisiones que afectan a toda la comunidad y se requiere en consecuencia que en su elaboración participen representantes de los distintos sectores sociales.

Estas características hacen que la ley sea frecuentemente producto de la actividad parlamentaria que se realiza a través de procedimientos preestablecidos con miras precisamente a la deliberación. De ahí ha surgido el concepto **legislación en sentido formal**, que concibe a la ley como un acto producido conforme al procedimiento legislativo. Pero este concepto formal es inexacto porque la función legislativa no es tarea exclusiva de los Parlamentarios sino que en buena medida la ejercen también los Gobiernos. En Francia por ejemplo, después de 1958 el ámbito de la ley formal se circunscribe sólo a determinadas materias, mientras que las restantes son reguladas por el Gobierno. En nuestro país la competencia legislativa aún radica en principio en el Congreso, pero también la ejerce parcialmente el Gobierno a través de Decretos Extraordinarios, Decretos Legislativos y Reglamentos Autónomos. Por otra parte, no todas las decisiones que se toman a través del procedimiento parlamentario tienen contenido legislativo (v. gr: leyes aprobatorias de contratos).

Otra caracterización frecuente de la ley consiste en decir que ésta debe contener una **regla de derecho** que produzca facultades y deberes subjetivos (cfr. Barthelemy-Duez, "Droit Constitutionnel", Dalloz, París, 1926, p. 560).

Por eso suele decirse que la ley de presupuesto no es verdadera ley, por cuanto sólo contiene autorizaciones de gasto para las autoridades administrativas y no contempla derechos ni deberes de los súbditos. Sin embargo, ésta es una concepción muy estrecha del papel de la ley y, en último término, de la actividad estatal, la cual no es solamente actividad jurídica de creación y aplicación de normas, sino también actividad de organización, de creación y prestación de servicios. La iniciativa en la creación de servicios, en su organización y dotación financiera y administrativa y en la reglamentación de su funcionamiento también es de alcurnia legal. Por eso la tradición política occidental ha pretendido dejar en manos del Parlamento no sólo la limitación de las libertades sino la financiación y la destinación de los ingresos públicos, es decir, en el fondo, la decisión sobre los servicios a prestar por parte del Estado.

El análisis que se viene haciendo acerca de los distintos conceptos de ley que se utilizan en la doctrina, muestra el carácter parcial de la mayoría de ellos y confirma el criterio inicialmente expuesto de que lo más importante en la definición de la ley son

el poder de iniciativa que ella traduce y la fuerza jurídica que de dicho poder se desprende. En apoyo de esta tesis conviene citar lo que al respecto dice el notable tratadista italiano Renato Alessi:

"Desde un punto de vista más propiamente jurídico, debe afirmarse que **legislación** es la emanación de actos de producción jurídica (de producción, es decir, de modificación en relación a una situación jurídica dada) **primarios**, o lo que es lo mismo, fundados única y directamente en el poder soberano, del que constituyen directo y primario ejercicio. La ley es, por lo tanto, no sólo una **innovación** en el mundo jurídico (ya que en esencia y bajo un cierto perfil constituyen también innovaciones el acto administrativo, la sentencia y el propio negocio jurídico privado), sino, además, una **innovación primaria**, como ejercicio directo o inmediato del poder soberano del Estado. Mediante la ley, el Estado regula relaciones permaneciendo por **encima y al margen** de las mismas" (Alessi, op. cit., T. I., p. 7).

Hay algunos conceptos de Alessi que merecen glosarse, pero en lo esencial parece acertada su apreciación acerca de la naturaleza de la ley, la cual se acerca mucho a la que hace años formulaba Carré de Malberg en su Teoría General del Estado.

4. La Función Jurisdiccional

A la función legislativa le corresponde la toma de decisiones que impulsan la actividad estatal. Las restantes funciones llevan a la práctica las decisiones legislativas y son por consiguiente funciones de ejecución. En esto se asemejan las funciones jurisdiccional y administrativa. Sin embargo, estas dos funciones ejecutan o aplican la ley de manera muy diferente.

Como su nombre lo indica, a la jurisdicción le corresponde "decir el derecho", esto es, constatar la existencia de la norma jurídica, señalar su alcance y decidir su aplicabilidad a casos concretos, con fuerza de "verdad legal" que da base entonces para otorgarles a sus decisiones la autoridad de la "cosa juzgada". Como suelen decir los procesalistas, la decisión judicial definitiva hace de lo blanco negro y de lo negro blanco, o sea, define de manera indiscutible cuál es el derecho en relación con una situación dada.

Esa es la característica más notable de la ejecución jurisdiccional de la ley: su fuerza de verdad legal, de cosa juzgada.

Muchos doctrinantes consideran que también es característica esencial de la función jurisdiccional, además del efecto de cosa juzgada de los actos que la desarrollan, el aplicarse a controversias o conflictos. Por ejemplo, dice Gordillo: "desde el punto de vista material o sustancial, podemos considerar a la función jurisdiccional como la decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes" (Gordillo, "Introducción al Derecho Administrativo", Abeledo - Perrot, Bs. Aires, 1966, p. 95). En el mismo sentido se expresa Sayagués Laso (Sayagués Laso, "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, 1959, T. I., p. 47).

Juan Francisco Linares va más lejos, pues define la función jurisdiccional con base en su aplicación a situaciones contenciosas y sostiene que el efecto de cosa juzgada no es de rigor en esta función "pues también los actos de administración activa producen un efecto, en el sentido de que tienen cierta estabilidad por no ser revocables, en determinadas circunstancias, sin indemnización, o sin incurrir en acto irregular invalidable" (Linares, J. F. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Artrea, Bs. Aires, 1975, p. 50 - 55). Dice pues lo siguiente: "Entendemos por jurisdicción la función estatal de ejecutar el orden jurídico mediante actos unilaterales de alcance individual que deciden situaciones contenciosas en casos concretos, por los que se particularizan para el caso cualesquiera de los contenidos de normas jurídicas" (Linares, Op. cit., p. 50).

La decisión de controversias a través de la aplicación de normas jurídicas a casos concretos es ciertamente uno de los aspectos fundamentales de la jurisdicción. Pero ésta se aplica además en los casos de imposición de sanciones y en los casos en que sea necesario definir algún punto de derecho, aún no estando en la hipótesis de conflicto, pero siempre con carácter de verdad legal.

En la aplicación de sanciones puede no haber controversia; el reo puede estar dispuesto a que se le imponga la sanción que corresponda, pero siempre será necesario definir cuál debe ser esa sanción. Así mismo, hay casos que van a los Tribunales no propiamente porque haya controversia al respecto sino para evitarla; por ejemplo, las sucesiones y los negocios de jurisdicción voluntaria, en los cuales los jueces definen situaciones jurídicas con fuerza de verdad legal.

Se sigue de lo anterior que la función jurisdiccional no ejecuta o aplica la ley en todos los casos sino solamente en las hipó-

tesis mencionadas (solución de conflictos, aplicación de sanciones, definición de situaciones jurídicas) cuando sea necesario "decir el derecho" con carácter de cosa juzgada.

Esta última nota es fundamental para distinguir la función jurisdiccional de la administrativa pues como dice Sayagués, "establece un límite claro y preciso" entre ambas (Sayagués, op. cit., p. 47). Ciertamente, en pura teoría la jurisdicción no se diferencia esencialmente de la administración y puede concebirse como una forma de ésta; sin embargo, la distinción tiene que mantenerse porque en los Estados liberales rige el dogma de la separación de funciones, con especial énfasis en la independencia de la jurisdicción como garantía necesaria de la libertad personal. Ahora bien, la diferenciación de estas funciones no puede hacerse con base en la materialidad o el contenido de los actos correspondientes, porque también a la administración le toca como aspecto normal de la puesta en práctica de la ley, la solución de controversias, la aplicación de sanciones o la definición de situaciones jurídicas, pero sin que sus decisiones en estos asuntos puedan tener carácter indiscutible y definitivo, dado que es posible revisarlas posteriormente, desde luego con ciertos requisitos puestos en orden a preservar la estabilidad de las decisiones administrativas y la seguridad jurídica. (Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Octubre 20/69 sobre el D. 3161/68).

Por ejemplo, las autoridades laborales toman decisiones de diversa índole en la solución de los conflictos de trabajo; las autoridades de policía aplican sanciones; las autoridades administrativas de todo orden, al aplicar la ley a casos concretos, tienen que interpretarla y reconocer las situaciones jurídicas que se someten a su decisión. Un funcionario de impuestos al liquidar un tributo está definiendo la situación jurídica de un contribuyente; un funcionario aduanero que afora una mercancía y decide su entrega al interesado, también define por ello situaciones jurídicas. Y así sucesivamente...

La diferencia necesaria entre estas decisiones y las judiciales reside en que éstas tienen vocación definitiva, en tanto que la estabilidad de aquéllas es más o menos precaria. Por eso dice Gordillo: "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; así lo exige el artículo 18 de la Constitución (Argentina) cuando expresa

que es inviolable la defensa **en juicio** de la persona y de los derechos, y lo reafirma el artículo 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" (Gordillo, op. cit., p. 95).

Estas observaciones son pertinentes también en nuestro derecho positivo, pues el artículo 61 de la Constitución, al disponer que "ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar", está señalando que hay diferencias esenciales entre lo político o civil (léase: administrativo), lo judicial y lo militar. Esas diferencias no pueden reducirse a la denominación de las autoridades, pues la garantía constitucional perdería entonces su sentido y se reduciría a un simple enunciado formal, sino que apuntan al fondo o contenido de las funciones respectivas, las cuales son separadas, según lo manda el artículo 55 C. N.

El artículo 18 de la Constitución Argentina que cita Gordillo tiene su correlato en el artículo 26 de la nuestra, según el cual "nadie podrá ser **juzgado** sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada **juicio**" (las subrayas no son textuales).

Se sigue de ahí que violan la independencia de las autoridades judiciales y la garantía de la separación de la función jurisdiccional, reconocidas paladinamente por la Constitución, las normas que asignan competencia a los funcionarios administrativos para resolver sobre conflictos, sanciones o situaciones jurídicas, sin que haya posibilidad de controvertir posteriormente dichas decisiones ante los jueces.

Por eso es criticable la disposición del numeral 2º del Artículo 73 C. C. A., según el cual no son revisables por el contencioso-administrativo "las resoluciones que se dicten en los juicios de po-

licía de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales", actos que según la jurisprudencia y la doctrina nacionales dizque tienen carácter de verdaderas decisiones judiciales. Si lo tienen, no pueden asignarse a autoridades administrativas.

En realidad, como se viene diciendo, el carácter judicial de tales decisiones no se deriva de su contenido sino de la fuerza jurídica que les asigna el texto citado al hacer que varios de ellos sean irrevisables ante las autoridades judiciales. Hay algunas, como las sentencias en juicios de policía civil, que no producen efectos de cosa juzgada y pueden ser objeto de controversia en procesos judiciales posteriores.

Igual observación cabe acerca del art. 5º de la ley 45/46, según el cual "las disposiciones de carácter transitorio que se dicten por autoridades de higiene, para evitar la propagación de enfermedades y remediar calamidades públicas, tendrán el carácter de medidas de policía y por consiguiente no estarán sujetas a recurso alguno administrativo o contencioso-administrativo".

También es discutible la regla del numeral 3º del art. 73 C. C. A. que declara irrevisables por el contencioso "las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes", por razones análogas.

Estas consideraciones no se refieren al caso de que la decisión administrativa sea irrevisable porque transcurrieron los términos legales para impugnarla, pues el hecho de dejar vencer esos términos puede interpretarse como una aceptación tácita de la juridicidad de la decisión por parte de los afectados. La decisión se hace definitiva no por su propio contenido, el cual en principio estaba expuesto a la controversia judicial, sino por la admisión expresa o tácita de los afectados.

5. La Función Administrativa

El deslinde que viene haciéndose entre las funciones estatales es indispensable para efectos del derecho administrativo porque la función administrativa le corresponde, por así decirlo, un contenido residual, ésto es, todo aquello que no sea materia constitucional, legislativa y judicial; o sea que, definiendo aquellas fun-

ciones con claridad, se despeja al menos desde un punto de vista negativo la vía para definir la función administrativa. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, salvo las excepciones consagradas en la Constitución, a las autoridades administrativas no se les pueden otorgar competencias legislativas ni jurisdiccionales, lo cual significa que por regla general la asignación de poderes de iniciativa en la formación del Derecho, en la creación de servicios, o de decisión definitiva en cuestiones jurídicas, a dichas autoridades es contraria al orden jurídico.

Pero no puede definirse la función administrativa por lo que no es; más bien, sin violar la competencia de las demás funciones, debe procurarse una definición positiva que tenga en cuenta su naturaleza. Desde luego, esta no es tarea fácil y por ello muchos juristas se han apuntado a la noción negativa o residual que es mucho más cómoda. Por ejemplo, Waline dice que "la administración es el conjunto de organismos del Estado que no tienen la calidad de autoridades legislativas ni de autoridades jurisdiccionales, es decir, que no son ni el Parlamento ni los Jueces. Es, por otra parte, la actividad de esas personas y organismos" (Waline, "Droit Administratif", Sirey, París, 1963, p. 4).

Una definición positiva de la Administración puede partir de compararla con la legislación y la jurisdicción. Mientras que a éstas les corresponde formular y constatar el Derecho, esto es, realizar tareas netamente jurídicas y abstractas, a la administración le toca llevar a la práctica la formulación jurídica y dar respuesta concreta a las exigencias sociales reconocidas como relevantes por el legislador.

No significa ello que la administración no realice funciones jurídicas, pues también a su manera crea derecho o constata su contenido, pero siempre lo hace con miras a la aplicación concreta de los fines del Estado.

Dos son las características que la doctrina más moderna resalta en la función administrativa: su carácter práctico y la heterogeneidad de su contenido.

Así, Sayagués, en una definición difícilmente superable, dice que la función administrativa es "la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos —que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos condición— y operaciones materiales" (Sayagués, op. cit., T. I., p. 46).

La finalidad de la función administrativa, elemento sustancial de su definición, consiste en poner en práctica los cometidos estatales formulados por la legislación. Por eso dice Diego Tobón que "corresponde a la función administrativa la actividad constante que el Estado desarrolla para la obtención de sus fines esenciales", entendiéndolo por tal "la que se realiza día a día, hora a hora, minuto a minuto, sin interrupción alguna, en la prestación de los servicios sociales y en la lucha porque la ley se cumpla" (Tobón, Diego "Principios Fundamentales del Derecho Administrativo", Tipografía Industrial, Medellín, 1939, p. 59). En el mismo sentido se expresa Zanobini: la administración es "la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata los intereses públicos que toma a su cargo para el cumplimiento de sus fines" (Zanobini, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Arayú, Bs. Aires, 1954, T. I., p. 21).

La función administrativa ha ganado cada día mayor importancia por el incremento del intervencionismo estatal. De ahí que muchos autores liguen estos dos conceptos y señalen que a la función administrativa le corresponde asegurar las múltiples intervenciones del Estado en la vida social. La decisión sobre cuáles áreas de la vida social van a ser intervenidas por los gobernantes y en qué sentido, es del resorte legislativo; el asegurar que dichas intervenciones se realicen es tarea propia de la administración (vid: De Laubadère, "Manuel de Droit Administratif", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1969, p. 5; Vidal Perdomo, Jaime "Derecho Administrativo", Universidad de los Andes, Bogotá, 1975, p. 2).

Otros aspectos a tener en cuenta en la función administrativa y que tienen que ver con su carácter práctico, se refieren a la variedad de poderes y de medios de que disponen las autoridades administrativas para realizar sus cometidos. En efecto, la tarea de aplicar las leyes no es mecánica o automática, es decir, no basta para realizarla en todos los casos el constatar la existencia de una situación de hecho, comparándola con la hipótesis prevista en la norma, para después aplicar la consecuencia jurídica correspondiente, pues hay situaciones en las que el ejecutivo puede adaptar la norma general a las circunstancias concretas y dispone, por autorización de la propia ley, de iniciativa para impulsar las actividades que considere más importantes o para tomar las decisiones más aconsejables. Más adelante se explicará en de-

talle como a pesar de que el fundamento de la tarea administrativa se encuentra siempre en la Constitución o la Ley, éstas pueden ligar al ejecutor de maneras muy diferentes, otorgándole una competencia **reglada**, que le deja muy poca iniciativa, o competencias **discrecionales**, que señalan diferentes alternativas a elección de la autoridad administrativa. O sea que las leyes a veces imponen deberes estrictos a cumplir por los funcionarios, mientras que en otras les confieren autorizaciones más o menos amplias para desarrollar las iniciativas legales.

La amplitud de ciertas competencias otorgadas por la Constitución o las leyes y el hecho de que las autoridades ejecutivas realicen tareas de coordinación de los poderes públicos, de impulsión de la actividad estatal en su conjunto o de representación de la personalidad jurídica del Estado, han llevado a muchos a sostener que la función administrativa no puede definirse con base en el concepto de ejecución o aplicación de las leyes o que, de mantenerse este criterio, sería necesario encuadrar cometidos como los que acaban de enunciarse dentro de una categoría diferente de la legislación, la administración y la jurisdicción. (cfr. García Oviedo "Derecho Administrativo", EISA, Madrid, 1962, T. I., p. 34). Esta consideración ha dado base para sostener la existencia de la función **gubernamental** o **política** cuyo ejercicio correspondería también al poder ejecutivo. Más adelante, en apartado especial, se examinará esta cuestión.

Los medios de que dispone la Administración para aplicar o desarrollar la ley son muy variados pero pueden clasificarse en dos grandes categorías: actos jurídicos y operaciones materiales.

Gran parte de la actividad administrativa es actividad jurídica tendiente a producir efectos normativos: crear, modificar o extinguir relaciones de derecho. Es lo que hacen los funcionarios cuando expiden reglamentos, dictan órdenes, imponen prohibiciones o conceden autorizaciones. Frecuentemente esta actividad jurídica se desenvuelve a través de **actos administrativos** que surten efectos por la sola voluntad administrativa y vinculan en forma heterónoma a los funcionarios o a los particulares; otras veces la administración utiliza el procedimiento jurídico del **contrato** en el cual los efectos normativos para las partes surgen del curso de las voluntades de ambas. A veces la ley le impone a la Administración el medio jurídico que debe utilizar en determi-

nadas circunstancias; otras la Administración puede elegir el medio que considere más conveniente de acuerdo con las circunstancias del caso.

Otro aspecto de la actividad administrativa lo constituyen las operaciones materiales que son actividades prácticas y concretas cuya misión no es modificar las situaciones jurídicas sino hacerlas efectivas en la realidad. Son parte de esta categoría todos los actos de prestación concreta de los servicios estatales, o la construcción de obras, o la aplicación material de sanciones, etc. También en esta categoría se puede distinguir entre la actividad reglada y la discrecional, pues hay operaciones materiales que son consecuencia obligada de una situación jurídica, como cuando se debe aplicar una sanción dispuesta por orden administrativa o judicial, en tanto que en otras operaciones la administración puede tener iniciativa propia. Tal sucede con las obras públicas o con la prestación de servicios, casos en los cuales los funcionarios gozan de cierta discrecionalidad técnica para decidir en qué sentido la obra o el servicio resultan más eficientes, más económicos o más ajustados a las exigencias de la técnica. Es obvio que la ley que autoriza la construcción de una carretera no llega hasta prever el diseño de la vía o sus especificaciones técnicas.

Vale la pena comparar el procedimiento de la actividad administrativa, que es muy variado para poderse adaptar a la diversidad de situaciones concretas, con los procedimientos legislativos y judiciales, los cuales son muy formalistas y culminan, los primeros, con la ley, y los segundos, con sentencias o autos definitivos.

El carácter práctico de la función administrativa y la variedad de actividades que ésta realiza deben ponerse muy de presente, por cuanto hay un sector muy extendido de tratadistas de derecho administrativo que considera que lo típico de esta función aparece solamente en los actos concretos de ejecución, dejando por fuera los reglamentos administrativos, los cuales también son propios de la función administrativa, así su alcance sea general. Más adelante habrá oportunidad de explicar por qué los reglamentos son de naturaleza administrativa y cuáles son las diferencias esenciales que los separan de las leyes y de los decretos con fuerza de ley. Por lo pronto debe hacerse hincapié en que la actividad administrativa incluye no sólo la ejecución última de los cometidos estatales sino también y de modo principal, aspectos de organización y disposición de medios para realizar dichos cometidos (cfr. García Oviedo, op. cit., T. I., ps. 49, 58).

6. Nociones de Técnica Jurídica

La definición de Sayagués Laso sobre la función administrativa que se acoge en este curso, hace hincapié en la variedad de actos jurídicos que se producen en ejercicio de la función: actos reglamentarios, actos subjetivos y actos condición.

Esta clasificación de los actos jurídicos, elaborada desde hace años por los juristas franceses con base en las situaciones jurídicas producidas por aquéllos, es muy útil para entender la técnica del derecho administrativo. También es aplicable al derecho privado, pero en éste no ha tenido pareja acogida.

Las situaciones jurídicas en que suelen encontrarse los individuos pueden ser de dos clases, según De Laubadère:

“a) Situaciones **generales e impersonales** (u **objetivas**). Son aquellas cuyo contenido es el mismo para una misma categoría de individuos; así, en derecho privado, la situación del hombre casado, y en derecho público, la situación de un alcalde municipal, son de este tipo porque los poderes y obligaciones de todos los casados, de todos los alcaldes son idénticos. Esta identidad resulta de que esas situaciones se determinan por las leyes o los reglamentos (en estos casos concretos, por el Código Civil o la ley municipal); también se las llama frecuentemente **situaciones legales o reglamentarias**...

“Una segunda característica de estas situaciones consiste en que ellas pueden ser modificadas en cualquier momento por la ley o el reglamento, así hayan sido atribuidas concretamente a un titular; si la ley modifica los deberes de los esposos o la competencia de los alcaldes, estas innovaciones serán inmediatamente aplicables a los individuos casados o a los alcaldes ya posesionados.

“b) Las **situaciones individuales o subjetivas** son aquellas cuyo contenido ha sido determinado individualmente y varía según los titulares. Las situaciones de un acreedor, de un deudor, de un arrendatario, de un contribuyente a quien se le ha liquidado un impuesto son de este tipo porque ellas se diferencian esencialmente en su cuantía, sus modalidades, etc., dado que no han sido determinadas uniformemente por la ley. De ahí resulta que estas situaciones son **intangibles** en cuanto no pueden ser revisadas sino mediante el consentimiento del titular” (De Laubadère, op. cit., p. 7).

Con fundamento en esta clasificación de las actividades jurídicas, los actos pueden ser **reglamentarios, subjetivos y condición**, así:

a) **Actos reglamentarios**, también llamados **actos regla**, son los creadores de situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas y objetivas, los cuales se aplican a un número indefinido de personas, tienden a ser permanentes pues no se agotan con la primera aplicación que de ellos se haga y pueden ser modificados en cualquier momento. Ejemplos: las leyes y los reglamentos.

b) **Actos Subjetivos**, son los creadores de situaciones concretas, individuales, subjetivas, aplicables a personas determinadas, susceptibles eventualmente de extinguirse por cumplimiento de las prestaciones o ejercicio de los derechos correspondientes y modificables solamente por el consentimiento de sus titulares, pues normalmente generan derechos adquiridos, al contrario de lo que sucede con los actos reglas que no crean derechos adquiridos. Ejemplo típico de acto subjetivo: el contrato.

c) **Actos Condición**, dice De Laubadère: “Es aquel que atribuye a un individuo determinado una situación general objetiva. Se diferencia entonces del acto subjetivo en que, a pesar de que también tenga un **contenido individual**, no crea una situación subjetiva, sino que se limita a establecer la atribución de un estatuto objetivo. Se trata de cierto modo de un complemento del acto regla por cuanto inviste a los individuos de situaciones determinadas por tales actos que generalmente, sin concretización por los actos-condición, permanecerían en niveles abstractos, teóricos. El matrimonio en derecho civil, el nombramiento de un alcalde en derecho público son actos condición” (De Laubadère, op. cit., p. 8). Como el acto condición no crea la situación jurídica sino que se limita a hacerla aplicable a una situación concreta, él no está en capacidad de modificarla; de ahí que en el matrimonio no puedan establecerse condiciones no previstas por la ley, ni que en el nombramiento de un alcalde puedan imponerse más o menos atribuciones que las señaladas por el derecho objetivo para todos los alcaldes de la misma categoría.

Muchos autores incluyen una cuarta categoría, los **actos jurisdiccionales**, que según dice Sayagués, “consisten en un pronunciamiento o constatación sobre un punto controvertido, que adquiere fuerza de verdad definitiva” (Sayagués, op. cit., T. I. p.

26; Tobón, op. cit., p. 115). Hay que observar, sin embargo, que estos actos son ajenos a la técnica del derecho administrativo y pertenecen más bien a la órbita del procedimiento judicial, ya que según se anotó atrás, el efecto de cosa juzgada le está vedado a los pronunciamientos administrativos.

7. Ejemplos prácticos de cómo actúa la Función Administrativa

Se dejó sentado que la administración actúa bajo el impulso de la ley, debiendo poner en práctica las decisiones de ésta. Conviene poner algunos ejemplos sobre cómo actúa la Administración para realizar los cometidos trazados por la legislación (entendida ésta en sentido amplio). Al legislador (sea el Congreso, o el Gobierno actuando en uso de poderes legislativos) le corresponde decidir sobre la organización del Estado no prevista en la Constitución, la regulación de los comportamientos de los súbditos, los servicios que debe prestar el Estado y el fomento que éste debe llevar a cabo.

a) Organización del Estado

La Constitución dice que es función de la ley "determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales" (Art. 76 - 9 C. N.).

Por consiguiente, si en un momento dado se considera que es necesario crear el Ministerio de Transporte o el de Turismo, la decisión correspondiente debe tomarla el Congreso por medio de ley, previendo además los aspectos generales de la estructura del nuevo organismo y las funciones que se le asignen.

A la administración le toca llevar a cabo esa decisión legislativa, creando los empleos que demande el servicio, señalando sus funciones especiales, fijando sus emolumentos, distribuyendo los negocios según sus afinidades entre los distintos Ministerios, nombrando las personas que deben desempeñar los cargos correspondientes, organizando la planta física que permita el funcionamiento y dotando a la entidad de los recursos necesarios, conforme al Presupuesto (Art. 120 N^o 1, 5, 11, 21 y art. 132 C. N.).

Esta actuación de la decisión legislativa se traduce en actos muy diferentes pero ligados por la finalidad que los anima, consistente en llevar a la práctica la decisión. La creación de empleos y la asignación de funciones y emolumentos a los mismos se hace por medio de reglamentos; la designación de funcionarios impone expedir actos —condición; la dotación de la planta administrativa puede dar lugar a la celebración de contratos de diverso orden (suministro, compraventa, arrendamiento, etc.); el funcionamiento del Ministerio dará pie para diferentes operaciones administrativas, etc.

b) Regulación de Conductas

La decisión sobre los comportamientos que deben regularse y el sentido de tales regulaciones es también de orden legislativo.

Por ejemplo, si en un momento dado se considera que es conveniente actuar sobre los precios de artículos de consumo popular porque el encarecimiento de los mismos genera conflictos sociales o lesiona la justa distribución de los recursos, la decisión básica debe tomarla el legislador. Dicha decisión contiene el enunciado de los comportamientos (v.gr. la venta o el acaparamiento de productos de consumo popular) y el sentido de la regulación (establecer controles de precios, sancionar el acaparamiento y la especulación, autorizar u ordenar la provisión de víveres por parte de las autoridades administrativas, etc.).

La ejecución de esta decisión también se realiza a través de actos variados: **reglamentar** la ley, señalando precios máximos, definiendo los artículos de consumo popular, estableciendo procedimientos para hacerla viable, asignando competencias a funcionarios que se encarguen de aplicarla, etc.; dictar **instrucciones** generales o específicas a los funcionarios correspondientes; expedir **actos subjetivos** de autorización de expender artículos determinados o de prohibición de guardarlos; imponer **sanciones** y hacerlas efectivas a través de cierre de establecimientos o decomiso de artículos, con lo cual se configuran **operaciones administrativas**; celebrar **contratos** para la adquisición de productos de consumo popular y expenderlos al público, etc.

c) Prestaciones de Servicios

La ley define cuáles son las necesidades cuya satisfacción debe procurarse a través de la acción pública. Si el Estado presta

el servicio de educación en los distintos niveles (primaria, secundaria, técnica, universitaria, etc.), ello obedece a una decisión legislativa. Lo mismo puede decirse para los demás servicios: carreteras, ferrocarriles, hospitales, telecomunicaciones, vivienda, etc.

La ley define además la dotación financiera del servicio, autorizando el gasto e incluyendo la partida correspondiente en el Presupuesto. Puede decidir además sobre otros aspectos, como la organización del servicio (si se presta directamente, o a través de un ente descentralizado, o por concesión, etc.), la financiación a través de contribuciones específicas o de tasas, etc., los derechos de los usuarios y en general el régimen jurídico del servicio.

Pero la previsión legislativa obviamente permanece en un nivel abstracto y es necesario tomar una serie de decisiones que conduzcan a lo querido por el legislador, es decir, a que el servicio se preste efectivamente al mayor número posible de personas que lo requieran.

La prestación del servicio puede suponer una **reglamentación** previa si el legislador, como es corriente, se ha conformado con crear el servicio y ordenar el gasto correspondiente. Es más, en el servicio educativo el legislador no puede hacer otra cosa, pues la Constitución le reserva al Presidente las facultades de "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional" art. 120 - 12 C. N.). Esa reglamentación puede comprender cuestiones como las siguientes: adscripción del servicio a determinados organismos, procedimientos para prestarlo al público, requisitos que deben llenar los usuarios, deberes de los organismos que lo prestan, etc.

A la reglamentación le sigue la organización concreta del servicio: designar personal que lo atienda, celebrar contratos para financiarlo o para dotarlo de los elementos necesarios, ordenar expropiaciones que autoricen las leyes, imponer contribuciones previstas en la ley, prestar concretamente el servicio expidiendo actos jurídicos de admisión al mismo y realizando las prestaciones administrativas correspondientes (dictar clases, asistir a los enfermos, entregar viviendas, conectar las redes de energía y suministrar el fluido, etc.).

d) Fomento

Según la Constitución, a la ley le corresponde "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta

ta sujeción a los planes y programas correspondientes" (Art. 76 - 20 C. N.). Esas decisiones comprenden además los medios de fomento (asistencia técnica, exenciones o descuentos tributarios, prestaciones pecuniarias, etc.) y desde luego las asignaciones financieras correspondientes.

Pueden incluir también la determinación de los organismos que van a prestar el fomento y las relaciones con los beneficiarios (derechos, obligaciones y procedimientos), si bien es frecuente que estos temas sean materia de reglamentación administrativa.

La actuación del fomento supone, como en los otros casos que vienen mencionándose, la expedición de **reglamentos**, la organización concreta de servicios administrativos, la celebración de **actos subjetivos** unilaterales o contractuales de admisión de beneficiarios, o la expedición de **actos - condición**, si no hay lugar a establecer modalidades individuales de fomento, y la realización de las prestaciones correspondientes a través de **operaciones administrativas** (entregar Certificados de Abono Tributario, brindar asistencia técnica efectiva, hacer las erogaciones que autoricen la ley y las decisiones administrativas, etc.).

8. Función Administrativa y Función de Gobierno

Atrás se dijo que existe una tendencia doctrinaria que sostiene la necesidad de distinguir en la función ejecutiva lo que es propiamente administrativo y lo que sería de índole política o gubernamental. La función administrativa se caracterizaría por ser ejecución rigurosa de la ley; la función política tendría cometidos más amplios, de coordinación, de iniciativa, de mantenimiento de la continuidad del Estado y de representación del mismo. (vid. Supra Nº 6).

Goodnow, citado por Tobón, dice: "...Lo que se llama Poder Ejecutivo se compone realmente de dos funciones: la función política o gubernamental, como la llaman los franceses, y la función administrativa. Algo difícil es distinguir estas dos funciones, pero la distinción existe y puede ser reconocida. Un notable tratadista francés ha expuesto con toda claridad apetecible esa distinción, que en Francia es más acentuada que en ninguna otra parte, y que tiene una gran influencia en el Derecho francés. Ese tratadista es M. Aucoc, el cual dice:

"Cuando distinguimos el Gobierno de la Administración, que-remos designar con ese nombre la dirección de todos los asuntos

que se miran como políticos; es decir, las relaciones del jefe del Estado con los grandes cuerpos del Estado; la convocatoria de la Cámara de Diputados, su clausura, la disolución de la Cámara de Diputados, la convocatoria para las elecciones de Senadores y Diputados, la dirección de las relaciones diplomáticas con las potencias extranjeras, la disposición de la fuerza pública, el ejercicio de la prerrogativa del indulto, la concesión de títulos de nobleza...

“La autoridad administrativa tiene una misión muy diferente. Está encargada de proveer a aquellas necesidades colectivas de los ciudadanos que no puede satisfacer convenientemente la iniciativa de los individuos o de las asociaciones de individuos; debe reunir los recursos necesarios, en hombres y en dinero, para la conservación y el desarrollo de la vida social; debe realizar actos de gestión para la marcha de los varios servicios públicos (por ejemplo, para la ejecución de las obras públicas); debe adoptar medidas de inspección y de previsión para conservar la propiedad destinada al uso público; debe mantener el orden y fomentar la prosperidad general” (vid. Tobón, Op. cit., p. 66).

Un tratadista más moderno, Rivero, constata en la rama ejecutiva la distinción entre “los **órganos de preparación y de ejecución**, dedicados exclusivamente a la acción administrativa, compuestos a menudo de especialistas que le consagran toda su existencia, y los **órganos de dirección suprema y de control**, cuyos miembros acumulan sus funciones administrativas con otras funciones públicas; su estatuto y sus competencias son fijados por la Constitución y cambian con ésta. En todos los regímenes se encuentran así a la cabeza de la Administración autoridades que tienen un carácter constitucional y un origen político” (Rivero, “Droit Administratif”, Dalloz, París, 1971, p. 12-3).

Desde el punto de vista funcional el mismo autor dice que “sin duda se percibe una diferencia entre el Gobierno y la Administración: gobernar es tomar decisiones esenciales que comprometen el porvenir nacional: una declaración de guerra, un plan económico. La administración es una tarea cotidiana que descende hasta los actos más humildes: la visita de un inspector, el golpe de pica de un peón caminero” (Rivero, op. cit., p. 12).

Jaime Vidal Perdomo ha tratado de aplicar estos conceptos a nuestro derecho positivo, el cual a su entender concibe la función de las autoridades ejecutivas no simplemente como ejecución de la ley sino como la actividad destinada a cumplir la Constitución,

bien sea reglamentando o ejecutando la ley o con independencia respecto de ella. Dentro de este último campo cabrían las tareas legislativas que cumple el Gobierno, las relaciones con el Congreso, las relaciones internacionales, la guerra y la seguridad exterior, los poderes excepcionales de los Estados de Sitio y de Emergencia Económica, cometidos éstos que configurarían el ejercicio de verdaderos poderes de gobierno, en tanto que otros significarían el desarrollo de funciones administrativas ordinarias. De ahí que el artículo 120 C. N. distinga en el Presidente de la República dos calidades diferentes, la de Jefe del Estado y la de Suprema Autoridad Administrativa, que reunidas configuran la titularidad de lo que Vidal llama una nueva función: la gubernamental (Vidal Perdomo, Jaime “Derecho Administrativo”, 5ª ed., Universidad de los Andes, Bogotá, 1975, p. 303 y s.s.).

Para formarse un criterio sobre estas opiniones, hay que comenzar por admitir que evidentemente las autoridades ejecutivas realizan funciones que desbordan el concepto de administración ordinaria. Nadie discute este punto de vista y es precisamente por tenerlo en cuenta que la mayoría de los autores ha abandonado los criterios formales u orgánicos de clasificación de las funciones estatales, para considerar bien sea el contenido de las respectivas funciones o, según el criterio que se sigue en este curso, la posición que cada función tiene en el proceso de la actividad estatal.

Sentado que las autoridades ejecutivas cumplen funciones que no son administrativas, cabe preguntarse: será necesario clasificar aquellas funciones dentro de un nuevo concepto, o por el contrario, habrá posibilidad de enmarcarlas dentro de las funciones restantes, esto es, la constituyente, la legislativa o la judicial?

Miradas las cosas desde un punto de vista más rigurosamente jurídico habría que preguntar cuáles serían las consecuencias normativas que se desprenderían de admitir una nueva categoría de actos estatales o de la adscripción de las funciones no administrativas de la rama ejecutiva a cualquiera de las funciones tradicionales. En efecto, las clasificaciones jurídicas son aceptables en cuanto de ellas se derive alguna utilidad para la explicación del derecho; en otras palabras: los supuestos que produzcan las mismas consecuencias jurídicas deben clasificarse dentro de la misma categoría; los supuestos que generen consecuencias jurídicas diferentes deben clasificarse de manera diferente.

El origen de la teoría de la función gubernamental como algo diferente de las funciones tradicionalmente reconocidas, se motivó en Francia precisamente por consideraciones prácticas: en la idea de sustraer del conocimiento de los Tribunales algunos actos de "alta política" cuya justificación quedaría al arbitrio de las autoridades gubernamentales. Más adelante, vista desde 1875 la arbitrariedad de esta explicación, los juristas franceses intentaron formular una lista objetiva de actos que por su naturaleza escaparían al control judicial. Esa lista, amplia en un principio, ha ido estrechándose paulatinamente, hasta el punto de que en la actualidad son muy pocos los actos de las autoridades ejecutivas que se sustraen al contencioso.

Vedel cita los siguientes:

1º) Actos que se refieren a las relaciones entre los poderes públicos (Proyectos de ley, decretos de clausura o disolución de las Cámaras, etc.);

2º) Actos relativos a la conclusión, la interpretación o la aplicación de tratados, cuando den lugar a cuestiones de derecho internacional;

3º) Actos de gracia o indulto;

4º) Actos o hechos de guerra;

5º) Medidas de orden interior (v.gr.: disciplinarias de una Asamblea) (Vedel, "Droit Administratif", PUF, París, 1973, p. 305 y s.s.; en sentido similar, Waline, op., p. 217 y s.s.; Rivero, op. cit., p. 148 y s.s.).

De Laubadère reduce a dos clases el dominio de los llamados actos de gobierno: 1º) Los actos del poder ejecutivo en sus relaciones con las Asambleas Políticas; 2º) Los actos de carácter diplomático (De Laubadère, op. cit., p. 93).

Se observa pues que a pesar de las críticas que ha sufrido la teoría de los actos de gobierno, en Francia aún se admite que algunos, muy pocos, actos del ejecutivo son irrevisables por las autoridades judiciales.

Sin embargo, los juristas mencionados (Vedel, Rivero, Waline, De Laubadère), se niegan a deducir la irrevisabilidad de dichos actos de la existencia de una función gubernamental que justificaría esas excepciones al principio de la legalidad administrativa. Dice Vedel que "no hay ninguna razón para considerar como una categoría autónoma la lista, por demás heteróclita, de actos

sustraídos a todo recurso contencioso, puesto que los elementos que componen esa lista están excluidos del control judicial por razones que no tienen nada de misterioso" (Vedel, op. cit., p. 309).

¿Cuáles son esas razones? En los actos que relacionan al Gobierno con el Parlamento la excepción se justifica porque en Francia el juez administrativo no es competente para juzgar la actividad parlamentaria. La falta de control sobre los actos que interesan a las relaciones internacionales se explica porque el Gobierno no actúa en ellos como poder ejecutivo sino como sujeto de derecho internacional. Las decisiones que otorgan una gracia o la niegan, son irrevisables por el juez administrativo porque éste no es competente sobre los actos judiciales. La inexistencia de recursos contra los actos de guerra se explica porque esta es materia reservada al legislador: éste interviene para decir cuáles daños son reparables y donde no dice nada se entiende que no hay reparación. En cuanto a las medidas de orden interior, se aplica el adagio "de minimis non curat praetor". (Vedel, op. cit.; Rivero, id.).

En conclusión, la doctrina francesa actual no vincula la existencia de actos excluidos de control judicial a la idea de una función gubernamental diferente de las funciones tradicionales, sino que procura explicar esos actos por su conexión con las funciones legislativas y judiciales, por su relación con el derecho internacional, o en último grado, por su escasa importancia.

Se sigue de ahí que la distinción entre gobierno y administración carece de efectos jurídicos prácticos y sólo se justificaría mantenerla para fines pedagógicos que interesan más a la ciencia política o a la administración, que al derecho propiamente dicho. Por otra parte, la existencia en el derecho francés de actos no sujetos a control contencioso administrativo no invalida el principio de la sumisión de la administración a la ley, pues dichos actos no se consideran administrativos.

¿Cuál es la situación en nuestro derecho positivo?

Dice Alvaro Copete Lizarralde: "La teoría de los actos de poder, también llamados actos de gobierno o actos políticos, no ha merecido por parte de los tratadistas colombianos de derecho público ninguna atención, porque juzgan que dentro de nuestra organización institucional no es dable ningún acto del Ejecutivo que no esté sometido a la jurisdicción de algún Tribunal.

"Ya dijimos cómo desde 1954 venimos disintiendo de esta opinión, pues si bien es cierto que según la letra de los arts. 215 y 216

de la Constitución todos los actos del Gobierno están sometidos a control jurisdiccional, no lo es menos que existen algunos que por su naturaleza misma resisten este control.

“En páginas anteriores creemos haber demostrado que los decretos que declaran el estado de sitio y los que lo levantan carecen de control material y sólo podrán ser juzgados en relación con los vicios de forma. Pero al lado de estos actos, existen otros que son esencialmente discrecionales del Presidente, como la orden de retención de personas contra quienes aparezcan indicios de que atentan contra la paz pública (art. 28), el mensaje de urgencia en el despacho de proyectos de ley (art. 91), el hacer la guerra, el impartir instrucciones a los agentes diplomáticos, el ordenar el canje de las ratificaciones de un tratado diplomático o abstenerse de hacerlo, y algunas otras. Aparece claro que la índole misma de estas facultades, acordadas por la Constitución al Presidente, supone una potestad discrecional que en manera alguna puede estar sometida a control jurisdiccional” (Copete Lizarralde, Alvaro, “Lecciones de Derecho Constitucional”, Ed. Lerner, Bogotá, 1960, p. 317)

A decir verdad, la teoría de los actos políticos y su fundamento en la función política o gubernamental, solamente se han invocado en nuestro derecho para unos cuantos casos que, como en Francia, tienden a reducirse y pueden explicarse por motivos diferentes sin necesidad de crear una nueva categoría de funciones.

De hecho, la discusión se ha centrado en los decretos que declaran o levantan los Estados de Sitio o de Emergencia Económica y Social, y en los actos que interesan a las relaciones internacionales. Conviene analizar, sin embargo, otros puntos que pueden suscitar controversia.

1º) Decretos que establecen o levantan el Estado de Sitio o el de Emergencia Económica.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido durante muchos años la tesis de que los Decretos que establecen o levantan el Estado de Sitio sólo son susceptibles de control formal, para verificar si tienen las firmas requeridas y si se oyó el concepto del Consejo de Estado, pero sin que sea posible entrar al análisis de las condiciones de fondo invocadas para tomar estas medidas, cuya apreciación debe hacerla soberanamente el Gobierno dentro del poder que le otorga la Constitución de “conservar en todo el te-

ritorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado” Art. 120 - 7 C. N. (vid. reseña y comentario crítico en Sanín G., Jaime, “La defensa judicial de la Constitución”, Temis, Bogotá, 1971, p. 159 y s.s.).

Esta doctrina fue reiterada por la Corte para el caso del Estado de Emergencia Económica en fallo del 15 de Octubre de 1954: “El Decreto inicial que declara el “estado de emergencia económica” es un acto conjunto del Jefe del Estado y los Ministros, sometido al control de la Corte en los términos del artículo 214 y del párrafo del artículo 122, y cuya revisión no puede comprender el estudio de los motivos que se hayan tenido para declararla, pues tomar esa decisión es potestativa del Gobierno, de modo discrecional” (vid. “Emergencia Económica 74”, Ediadinos, Bogotá, 1975, p. 178).

Sin embargo, en fallo del 5 de Agosto de 1976, emitido en relación con el D. 1.263/76 que declaró restablecido el orden público y levantó el Estado de Sitio que venía rigiendo desde 1975, la Corte parece haber admitido la posibilidad de un examen sobre el fondo de estos decretos, pues no dejó la salvedad de que se restringía al aspecto formal y, además, se produjeron dos salvamentos de voto en los cuales se insistía en la incompetencia de la Corte para conocer de estos actos políticos (vid. “Foro Colombiano”, Bogotá, Agosto de 1976, T. XV, Nº 86, p. 139 y s.s.).

Es interesante tener en cuenta que en Francia desde 1953 el Consejo de Estado ha admitido recursos contenciosos contra los actos de proclamación del Estado de Sitio expedidos por autoridades administrativas (Vedel, op. cit., p. 309).

En realidad, como lo observa Sanín, los argumentos para declarar irrevisables estos decretos no son muy consistentes. Si se ha mantenido hasta ahora la posición de la Corte, es porque en sí mismos esos Decretos no generan consecuencias prácticas inmediatas que afecten la legalidad. Las consecuencias se derivan de los decretos posteriores al establecimiento de los Estados de Sitio o de Emergencia Económica, los cuales sí son susceptibles de control a fondo por parte de la Corte. Y en cuanto a los Decretos de levantamiento de dichas situaciones, su consecuencia es el retorno a la legalidad ordinaria. En cambio, una posición de la Corte sobre la inoportunidad de declarar un Estado de Excepción, careciendo de elementos probatorios para sustentarla, podría acarrear consecuencias prácticas de la mayor gravedad.

El razonamiento no es pues jurídico sino de prudencia y no cabe darle todo el alcance de una teoría especial sobre la clasificación de las funciones estatales, pues la Corte parte de la base de que estos decretos son legislativos, es decir, que corresponden a la competencia legislativa del Presidente y no al ejercicio de funciones administrativas ni políticas.

2º) Actos del Gobierno que trascienden el ámbito del Derecho interno de Colombia.

En los últimos años ha habido lugar a varias controversias relacionadas con la juridicidad de decisiones gubernamentales que afectan las relaciones internacionales del país. Los casos más importantes han sido la demanda de inexecutable del D. 1254/69 y la ley 8/73 que aprobaron el Acuerdo de Integración Subregional Andina, la demanda contra el D. 1299/71 que puso en vigencia el régimen común de tratamiento de los capitales extranjeros en el Pacto Andino y la demanda contra el oficio del Ministro de Relaciones Exteriores dirigido al Embajador de Venezuela el 22 de Noviembre de 1952 en relación con el Archipiélago de "Los Monjes".

En el primer caso, el Gobierno Nacional, invocando autorizaciones dadas por la ley 88/61 que aprobó el Tratado de Montevideo (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio), adhirió al Acuerdo de Integración Subregional mejor conocido como Pacto Andino. Se intentó primero una demanda contra dicho Decreto ante el Consejo de Estado, pero éste se declaró incompetente para juzgarlo con base en que se trataba de un acto complejo íntimamente vinculado a las normas del derecho internacional, por lo cual su control correspondía a procedimientos y a Tribunales Especiales de orden internacional (C. de E., autos Marzo 2 y Junio 5/71, exp. 1.500). Posteriormente se llevó el asunto a la Corte Suprema de Justicia y ésta reiteró en Sentencia de Julio 26/71 el pronunciamiento del Consejo de Estado y su doctrina tradicional, absteniéndose de resolver sobre el asunto. (vid. ANDI, Boletín de Comercio Exterior, N° 2594, Agosto 3/71).

La ley 8/73, para despejar dudas sobre la juridicidad del Pacto Andino desde el punto de vista interno, reiteró la aprobación de dicho documento, lo cual dió lugar a un nuevo proceso que culminó en sentencia del 27 de Febrero de 1975. Aunque en dicho proceso no se ventiló la aprobación misma del Acuerdo o Pacto, sí se analizaron algunas disposiciones de trámite interno del

mismo. En efecto, el Art. 2º de la ley estableció que las decisiones de los organismos del Acuerdo que modificaran la legislación colombiana debían ser aprobadas por el Congreso, sobre lo cual conceptuó la Corte que se estaba coartando la libertad de acción del Presidente para dirigir las relaciones internacionales. En consecuencia, declaró inexecutable el Art. 2º de la ley 8/73 (vid. Foro Colombiano, T. XII, N° 69, Marzo /75).

En el segundo caso, la Corte declaró la inexecutable del D. 1299/71 que puso en vigencia el Estatuto de Capitales del Grupo Andino (Sent. Enero 20/72). Conceptuó la Corte que dicho estatuto debía llevarse a la consideración del Congreso y no podía adoptarse directamente por el Gobierno. Pero esta doctrina se modificó totalmente en el fallo de Febrero 27/75 mencionado atrás.

En el tercer caso, que se tramitó ante el Consejo de Estado, éste se abstuvo de pronunciarse sobre el fondo del asunto diciendo que la dirección de las relaciones internacionales le corresponde al Presidente, que ningún otro funcionario es competente para tomar decisiones en ese sentido, que no corresponde al Consejo sino a los Tribunales internacionales el pronunciarse sobre la legitimidad de tales actos y que en el caso de discusión "el acto, por su contenido mismo, desborda el ámbito del derecho público interno de Colombia y se expidió en ejercicio de una competencia constitucional de carácter político y no de naturaleza administrativa", lo cual excluye el control contencioso (Consejo de Estado, Sentencia Enero 28/76, vid. "Jurisprudencia y Doctrina", Tomo V, N° 51, Marzo/76, p. 136 y s. s.).

En estos casos, la ausencia de control judicial no se fundamenta tanto en el carácter "político" de las actividades en cuestión sino más bien en la superioridad del derecho internacional sobre el interno y, por consiguiente, en la competencia de los organismos de justicia internacionales. No puede hablarse pues de que los actos que interesan a las relaciones internacionales escapen a la legalidad, pues ésta se concreta, como bien lo admite nuestra jurisprudencia, en los principios y reglas del derecho internacional.

Ahora bien, en la actividad internacional del Gobierno hay que distinguir dos aspectos. El primero se refiere a la concertación de tratados y demás actos normativos de derecho internacio-

nal, los cuales configuran ejercicio de la función legislativa del Estado y no se requiere explicarlos por una función gubernativa o política diferente de las tradicionales. El segundo alude a la práctica de las relaciones internacionales en desarrollo de las reglas generales del Derecho Internacional o de las estipulaciones acordadas en los tratados; dentro de este aspecto caben el nombramiento de agentes diplomáticos, la votación en los organismos internacionales, la dotación de Embajadas, los intercambios culturales, económicos o militares, etc. Este es un aspecto indudablemente administrativo que puede definirse como aplicación práctica de las reglas legislativas contenidas en el Derecho Internacional consuetudinario o en el convencional. No parece pues necesario explicar la gestión de las relaciones internacionales con base en funciones diferentes de las tradicionales, pues el que los tribunales de justicia internos no sean competentes para controlar dicha gestión no cambia su naturaleza. Sostener lo contrario conduciría a clasificar las funciones estatales utilizando un criterio extrínseco basado en el juez competente para calificar los actos respectivos.

Como un aspecto especial de las relaciones internacionales pueden considerarse las facultades de declarar la guerra (Art. 120-9 C. N.) y dirigir sus operaciones (art. 120-8 C. N.), que en Francia suelen catalogarse como de orden político. No hay en nuestra jurisprudencia antecedentes al respecto, por cuanto sólo en teoría nos hemos visto envueltos en conflictos internacionales, pero la Constitución prevé responsabilidades por expropiaciones en tiempo de guerra (Art. 32 C. N.), lo cual indica la existencia de un principio general sobre limitación jurídica del fenómeno; éste, por otra parte, está sometido a regulaciones de Derecho internacional.

3º) Actos del Gobierno en relación con el Congreso.

Podría considerarse, a la luz de un análisis superficial, que la convocatoria del Congreso a sesiones extraordinarias, la presentación de un proyecto de ley, la manifestación de urgencia, o la sanción de una ley, son actos políticos que escapan al control contencioso y no configuran ejercicio de potestades administrativas. Sin embargo, como se verá más adelante, un estudio más cuidadoso de estas facultades permitiría vincularlas a la función legislativa.

4º) Retención por motivos de orden público.

El Art. 28, incisos 2º y 3º de la Constitución, autoriza al Gobierno a retener a las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública. Se ha considerado tradicionalmente que esta decisión es manifestación de facultades políticas que también escapan al poder administrativo y no estaría sometida a control jurisdiccional. Sin embargo, la propia Constitución impone límite temporal, de 10 días, a la retención y en parte alguna excluye la posibilidad de hacer responsable patrimonialmente a la administración por los excesos en que se incurra al hacer uso de esta facultad.

Conclusiones: De los análisis precedentes pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) En nuestro derecho la función administrativa es principalmente ejecución de la ley, pero también es ejecución directa de la Constitución cuando ésta no requiera ser aplicada a través de decisiones generales y pueda ser llevada a la práctica de manera inmediata. La objeción que hace Vidal Perdomo es válida frente a quienes conciben a la función administrativa solamente como ejecutora de la ley. No es este el caso de Sayagués, cuyo concepto se sigue aquí, pues su definición habla de llevar a la práctica los cometidos estatales, sea que los formulen las leyes o que la misma Constitución los prevea expresamente. No es necesario, por consiguiente, diferenciar los actos administrativos, ejecutores de la ley, de los actos políticos, ejecutores de la Constitución: todos, en principio, caben dentro de la función administrativa, salvo algunas excepciones.

b) Los actos que suelen darse como ejemplo de la función gubernamental pueden clasificarse sin mayor esfuerzo dentro de la misma función administrativa o dentro de las funciones legislativa y jurisdiccional.

c) La ausencia de control contencioso administrativo tendiente a la anulación de un acto no es indicio necesario de que se esté en presencia de facultades políticas no sujetas a trámite jurídico, pues puede haber otros controles, como la responsabilidad patrimonial del Estado, la responsabilidad penal del agente público o las responsabilidades de derecho internacional.

d) Los pretendidos actos políticos no forman un conjunto homogéneo que permita descubrir en ellos una función específica del Estado.

9. Función Administrativa y Funciones Seudo-Administrativas.

El ejercicio de la función administrativa le corresponde de manera característica y principal a la rama ejecutiva. Hay aspectos de la actividad administrativa que sin embargo, les competen al Congreso o a los jueces; por ejemplo, la aprobación de un contrato mediante ley, o los actos que realiza el Consejo de Estado a través de la función consultiva.

Se presentan algunas situaciones dudosas en la actuación del Congreso y de los organismos judiciales, que no son claramente legislativas ni jurisdiccionales y que tampoco se ubican muy exactamente dentro de la función administrativa. Son actividades que no están destinadas propiamente a la ejecución de los cometidos estatales sino a la puesta en práctica de las funciones legislativa o judicial. Por ejemplo, el nombramiento de empleados de las Cámaras, la designación de jueces, la dotación de los servicios del Congreso o de la rama judicial, las decisiones relativas al personal de estos órganos, la apertura de las sesiones, la aprobación de actas, etc.

La doctrina ha discutido mucho sobre éstos y otros casos semejantes. Muchos piensan que por regla general se trata de actividades administrativas, análogas a las que realizan las autoridades ejecutivas; por ejemplo, dice Gordillo, no puede variar la naturaleza de un acto de nombramiento el que lo disponga una autoridad administrativa o lo verifique el Congreso (vid. Gordillo, "Introducción al Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1966, p. 84). Algunos, cuya posición es minoritaria, como Garrido Falla, consideran que si bien se da cierta semejanza entre la actividad administrativa y las que se vienen reseñando, debe destacarse la diferencia de las funciones que realizan y eventualmente del régimen jurídico que las rige. Esas actividades del Congreso y de los jueces, similares a las que cumplen las autoridades ejecutivas pero no destinadas directamente a la práctica de los cometidos estatales, serían "seudo-administrativas".

El Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre algunos problemas de esta índole, pero sin admitir la tesis de que hay actividades seudo-administrativas.

En fallo de Junio 14/61 sostuvo una tesis formalista en los siguientes términos: "Nuestro sistema jurídico concibe la función administrativa como una actividad propia del órgano ejecutivo del poder público encaminada a la realización del derecho, y el acto

administrativo como la resultante directa e inmediata de esa función. Entre el órgano, la función y el acto hay una relación que marca la orientación seguida en nuestros estatutos. En principio, es acto administrativo el expedido por la Administración con el fin de producir efectos jurídicos. La denominación del Capítulo VII del C.C.A., por sí sola, acusa una aguda concepción formalista, cuando identifica las nociones de acto administrativo y de acto de la administración para los efectos jurisdiccionales. En los Artículos 62 y siguientes se relievra más aún esa marcada tendencia. Allí se enumeran los actos administrativos acusables en razón del sujeto que los expide y no de su contenido jurídico. La única excepción es la consagrada por la ley en su artículo 189" (Anales, T. LXIII, N° 392-6, p. 149).

De acuerdo con el art. 189 C.C.A., el Consejo de Estado puede conocer de controversias sobre elecciones de Presidente y congresistas; asimismo, es competente para conocer de juicios que se susciten con motivo de elecciones o nombramientos hechos por cualquier autoridad nacional, excepción hecha de la elección de Designado y los nombramientos de Consejeros de Estado y de magistrados de Tribunales Administrativos, que se cuestionan ante la Corte Suprema (art. 190 C.C.A.), y de las elecciones de comisiones para el orden interno de cualquier corporación, cuya nulidad es declarada por la misma corporación (Ley 85/16, Art. 182).

De consiguiente, sólo serían actos administrativos los de elección o nombramiento provenientes de las Cámaras o de los Jueces. Los demás actos de estos organismos no podrían catalogarse como administrativos. No siendo tampoco actos de legislación ni de jurisdicción, habría que clasificarlos como actos sui-generis, de carácter político.

El Consejo siguió esta orientación en autos de Noviembre 29/69 y Septiembre 17/75, mediante los cuales no admitió demandas contra una decisión sobre levantamiento de inmunidad de un parlamentario y contra un permiso dado por el Senado al Presidente de la República para ausentarse del país (Foro Colombiano N° 76, Octubre/75, p. 373 y s.s.).

En otros fallos se ha admitido claramente la posibilidad, muy bien fundada en la ley, de ocuparse de nombramientos hechos por el Congreso o por los órganos judiciales (Consejo de Estado, Sentencias Junio 19/70, Octubre 22/72, Junio 8/73; además, Corte, Auto, Octubre 29/69).

Sin embargo, en auto de Noviembre 6/75 (ponente: doctor Galindo Pinilla) el Consejo modificó su tesis tradicional, diciendo que todos los actos del Congreso y de los Jueces que no sean de legislación ni judiciales, son administrativos y por consiguiente justiciables ante lo contencioso-administrativo o, por excepción, ante la Corte, por cuanto en su concepto la palabra administración que emplea el Art. 20 del D. 528/64 debe entenderse en sentido funcional y no orgánico, de donde se deduce que cubre no sólo a los órganos de la rama ejecutiva sino al Congreso y a los jueces cuando actúan en función administrativa. Por consiguiente, revocó el auto de Septiembre 17/75 que se mencionó atrás y admitió la demanda contra la Proposición N° 64 de 1975 que aprobó el Senado el 2 de Septiembre y mediante la cual se autorizó al Presidente para viajar al exterior (Jurisprudencia y Doctrina, Tomo V, N° 49, Enero/76, p. 18 y s.s.).

En esta dirección se orienta, aunque partiendo de otros supuestos, la sentencia de Marzo 3/72, recaída en el juicio que promovió Alfonso Lombo Ortega. En esa oportunidad el Consejo de Estado admitió el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por falla en el servicio judicial y ordenó indemnizar a un funcionario acusado injustamente por la Contraloría que se vio sometido a detención preventiva durante un año (vid. González Rodríguez, Miguel, "Derecho Contencioso Administrativo Colombiano". Sociedad Colombiana de Abogados, Bogotá, 1976, p. 110).

De estas últimas decisiones del Consejo de Estado se desprende que en nuestra jurisprudencia está haciendo carrera la tesis de que la organización y los aspectos puramente mecánicos del funcionamiento de las ramas legislativa y judicial son asuntos administrativos a los cuales debe aplicarse el derecho administrativo ordinario y que en los aspectos contenciosos corresponden a la jurisdicción administrativa, salvo en lo que expresamente se exceptúe.

La postulación de esta tesis no afecta la definición acogida aquí sobre la función administrativa, pues esos actos de organización y puesta en funcionamiento de los aparatos legislativo y judicial tienden a que se realicen los cometidos legislativos y judiciales del Estado.

De lo dicho se desprende que la teoría de las funciones pseudo-administrativas, de que se viene hablando, no tiene repercusiones prácticas en nuestro derecho positivo.