

LA NATURALEZA INTRINSECA DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA

JOAQUIN CARRILLO PATRACA

LAS FUNCIONES DEL ESTADO

El concepto de las funciones del Estado se encuentra íntimamente ligado al de sus atribuciones. Las atribuciones representan la parte sustancial, el contenido de la actividad del Estado, en tanto que las funciones constituyen la parte externa, formal, de dicha actividad. El Estado debe llevar al cabo un determinado número de actividades, pero no puede hacerlo de cualquier modo, sino por ciertos caminos que son precisamente las funciones.

La doctrina jurídica está acorde en que las funciones del Estado actualmente son tres: la ejecutiva o administrativa, la legislativa y la judicial o jurisdiccional.

Dicha clasificación, en principio, responde a la división de los Poderes en el Estado moderno: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, cada uno realizando, a través de su respectiva función, un determinado número de atribuciones.

En puridad, el órgano caracterizaría la función; función administrativa sería aquella que llevara a cabo el Poder Administrativo y así sucesivamente. Pero nos encontramos con que, en la práctica, no existe una correspondencia exacta entre los Poderes y las funciones sino que, con frecuencia, el Órgano Jurisdiccional realiza actos que por su naturaleza propia son considerados como administrativos, o el Poder Ejecutivo lleva a efecto determinada actividad que reviste los caracteres internos de un acto legislativo, etc.

Esto ha creado la necesidad de contemplar las funciones del Estado desde dos puntos de vista diferentes: el formal o externo y el material o intrínseco, atendiendo en el primer caso al Órgano que lleva a cabo el acto y en el segundo, a los rasgos característicos del mismo, con prescindencia del Poder que lo ha efectuado.

Los actos que realiza el Poder Ejecutivo son formalmente administrativos aunque sustancialmente deban considerarse legislativos o jurisdiccionales y a su vez, un acto que por su naturaleza interna sea administrativo, puede ser ejecutado por cualquiera de los otros poderes en el desarrollo de sus actividades.

Este es pues el doble aspecto de las funciones del Estado. Tenemos que atender a ellas desde ambos puntos de vista para caracterizarlas, en virtud de esa disidencia existente entre los Poderes y los medios de realización de sus atribuciones.

LA FUNCION ADMINISTRATIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL

Autores hay que han querido caracterizar a la función administrativa diciendo que es la actividad que desarrolla el Poder Ejecutivo, sin ocuparse en lo absoluto de la sustancia propia de dichos actos.

Inaceptable es, a nuestro modo de ver, tal postura, porque en la realidad nos encontramos con que el Poder Ejecutivo lleva a cabo ciertos actos que no podemos considerar como materialmente administrativos y de otro lado, actos materialmente administrativos son efectuados por el Poder Legislativo y por el Judicial con sobrada frecuencia.

Desde el punto de vista puramente formal u orgánico, función administrativa es aquella que realiza el Poder Administrativo o Ejecutivo, aunque dentro de ella vaya incluida una serie de actos que revisten una naturaleza interna diferente.

Pero nuestro problema consiste precisamente en determinar cuál es la nota distintiva de los actos administrativos considerados en su aspecto material, sin guiarnos por notas externas, esto es, sin tener que acudir al elemento formal del órgano ejecutor de la función, y a ello vamos a dedicar nuestra atención de aquí en adelante.

LA FUNCION ADMINISTRATIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL

En nuestro afán de llegar a una conclusión acerca de la naturaleza intrínseca de la función administrativa, hemos procurado consultar los autores que tratan dicha materia, los cuales distan mucho de ponerse de acuerdo sobre la misma, pero cuya lectura nos ha servido para formarnos un criterio acerca de tan debatido tema. Transcribiremos pues sus opiniones al respecto,

haciendo los comentarios que creamos pertinentes para, finalmente, poder adoptar una determinada postura expresando nuestro modesto modo de pensar.

Rafael Bielsa, por ejemplo, define la Administración Pública como “la actividad general del Estado, externa e interna, jurídica y social, que tiene por fin proveer a las necesidades colectivas cuya satisfacción entra en los fines del Estado”. (Rafael Bielsa.—“Derecho Administrativo”.—Roque Depalma Editor.—5a. edición.—Buenos Aires, 1955.—Tomo I.—pág. 202 en nota).

Piensa el autor referido, que la Administración Pública desenvuelve su actividad en una esfera que aumenta infinitamente, a veces conforme a las normas jurídicas existentes, cuando efectúa actos jurídicos; otras, sin atender a dichas normas, cuando su actividad no es necesariamente jurídica, pero en todo caso debajo de las limitaciones impuestas por el derecho objetivo.

Nos dice también que lo que define la naturaleza y el especial carácter de la función administrativa es la forma en que su actividad jurídica se realiza y las instituciones que genera.

“La legislación y la jurisdicción —continúa diciéndonos Bielsa— no alcanzan a integrar la actividad jurídica del Estado. El solo establecimiento de la norma y su aplicación en la esfera jurisdiccional no bastan. El Estado debe realizar una actividad continua, previniendo, ordenando, manteniendo, en suma, el orden jurídico y social, y ésta es la actividad que ejerce la Administración. Por eso, a diferencia de la actividad legislativa y de la judicial que son más o menos intermitentes, la actividad administrativa es continua y ejecutoria. El Estado no sólo realiza funciones jurídicas, sino de bienestar general que no son legislativas ni judiciales; se trata de la acción administrativa. La ley crea un servicio público y la Administración Pública lo realiza”. (Rafael Bielsa.—ob. cit.—Tomo I.—pág. 199 y sigts.)

Para el jurista que venimos consultando la administración es, ante todo, organización, y piensa que ella no puede manifestarse ordenadamente si antes no se organiza, puesto que primero debe haber una actividad interna de índole económica, ética, técnica, no jurídica; y después una actividad externa, que comprende las funciones jurídicas y sociales. En su actividad interna, la administración se limita a sí misma y no produce efectos de derecho.

De este modo, por administrar, en la acepción común del vocablo, debemos entender: ordenar económicamente los medios que se tienen a la mano y usarlos convenientemente para satisfacer las propias necesidades.

Una buena administración supone precisamente el establecimiento o mantenimiento de una relación armónica y proporcionada entre la satisfacción de las necesidades y los medios disponibles.

En este sentido, Bielsa utiliza la palabra administrar como sinónimo de ordenar, de proveer.

Pero nos encontramos con que la administración pública debe desenvolverse dentro de normas, no sólo de eficacia técnica, económica o moral, sino jurídicas; normas que señalen el límite lícito dentro del cual pueda desenvolverse la actividad administrativa. Y entonces se nos presenta lo que él considera como la actividad externa, que es jurídica porque genera derechos o, en general, produce efectos de derecho; son estos los actos administrativos.

Bielsa caracteriza la actividad jurídica administrativa porque sus actos, a diferencia de las normas legislativas, establecen casi siempre relaciones de derecho entre la entidad administrativa que la dicta y los sujetos a los cuales dichos actos van referidos; son raros los casos en que ellos vinculan jurídicamente a los particulares entre sí.

Más adelante, el autor a que nos venimos refiriendo nos hace algunas consideraciones en las cuales recoge las ideas de Otto Mayer, respecto a la posición de las funciones del Estado con respecto al Derecho.

“La actividad administrativa —sostiene Bielsa— realiza fines del Estado considerado como unidad. De este modo, se concibe que ella tenga en la vida de ésta, posición y funciones análogas, en cierto modo, a las que toda persona física o jurídica tiene en la actividad que desarrolla para la satisfacción de sus necesidades y realización de sus fines. Surge pues, en la administración una distinción importante, que constituye otro carácter diferencial de la actividad administrativa respecto de la legislativa y la judicial y que consiste en la especial situación en que la Administración está colocada respecto del derecho. Mientras la actividad legislativa se resume en la formación y establecimiento del derecho positivo y la judicial en la aplicación del derecho, la actividad administrativa tiene siempre en el derecho objetivo sus límites, de libertad de acción, de apreciación, de conveniencia, ya sea de manera general en el caso de las atribuciones discrecionales, ya de manera determinada, en el de las atribuciones regladas. De estas limitaciones legales surgen para los administrados los derechos que se protegen con recursos contencioso administrativos, para invalidar actos lesivos de los intereses legítimos de los administrados”. (Rafael Bielsa.—ob. cit.—Tomo I.—pág. 199 y sigts.)

Otto Mayer opina a este respecto: “El Estado es un pueblo organizado bajo un poder soberano para la persecución de sus intereses. La adminis-

tración es la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines. Así comprendida, ella se opone a la Constitución, que no hace sino preparar esta actividad; administración implica la existencia del poder soberano mediante el cual el Estado llega a ser capaz de obrar". (Otto Mayer.—"Derecho Administrativo Alemán".—Editorial Depalma.—Buenos Aires, 1949.—Tomo I. — pág. 3).

"La administración —nos sigue diciendo el jurista germano— es la actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico. Podremos dispensarnos de agregar la condición de que debe ser una actividad separada de la legislación y de la jurisdicción; esto está suficientemente especificado con las palabras "bajo su orden jurídico". En efecto, en la legislación tal como la entendemos el Estado se encuentra sobre este orden jurídico; en la justicia, todo se hace por este orden jurídico; en cuanto a la administración, su dependencia respecto del orden jurídico bajo el cual ella actúa, es menos estricta y más variada." (Otto Mayer.—ob. cit.—pág. 15).

Tanto en Bielsa como en Mayer, encontramos dos notas comunes con las cuales tratan de caracterizar la función administrativa. Ambos nos hacen referencia al fin que el Estado persigue por medio de esa función y a que dicha función se realiza "bajo un orden jurídico".

Encontramos todavía algunos autores más que piensan en igual sentido, esto es, que creen encontrar la nota distintiva de la función administrativa en la idea de fin.

Fritz Fleiner, otro de los autores alemanes que se han ocupado del análisis de tan importante punto, nos dice lo siguiente:

"La Administración, en sentido amplio, a diferencia de la Constitución, viene a ser la actividad que el Estado desarrolla para la realización de sus fines esenciales. Así como la Constitución representa en el Estado el elemento estable, permanente, en la administración por el contrario, se nos manifiesta el Estado en actividad". (Fritz Fleiner.—"Instituciones de Derecho Administrativo".—Traducción de la 8a. edición alemana por Sabino A. Gendin.—Editorial Labor, S. A.—Barcelona, 1933.—pág. 3).

Fleiner encuentra dos facetas de lo que él llama la tercera función política —esto es, la función administrativa— la función ejecutiva y el gobierno y nos dice que todo lo que cae fuera de las atribuciones del legislador y de los tribunales es la administración en sentido estricto. La administración para dicho tratadista es un conjunto de funciones de naturaleza técnica, intelectual y jurídica, cada una de las cuales tiende a alcanzar resultados útiles para el bien común. (Fritz Fleiner.—ob. cit.—pág. 4).

Posteriormente establece una comparación entre la actividad jurisdiccional y la administrativa, con fines a delinear una definición de esta última.

Piensa que la diferencia fundamental entre la justicia y la administración estriba en que para la primera la aplicación del Derecho es su fin propio, en tanto que para la administración la aplicación del derecho se reduce a un medio para alcanzar cierto fin. La justicia tiene que establecer en sus sentencias lo que es justo según la ley vigente, prescindiendo de las consecuencias que resulten para el Estado y partes interesadas. En cambio la administración tiene que proveer al bien común y procurar siempre cosas útiles.

“El elemento vital de la administración —expresa el mencionado jurista alemán— es la actividad, la intervención activa, la obtención inmediata de determinados resultados materiales. Su norma es la oportunidad y la utilidad. En atención a ello, la Administración se puede llamar “poder activo del Estado”, en contraposición al Poder Legislativo y al Judicial, los cuales agotan su función en formular decisiones de voluntad; pero la Administración sólo es capaz de desarrollar toda su actividad dentro de una ordenación jurídica. El derecho impulsa su actividad, pero al mismo tiempo la limita. Sin embargo, la Administración no emplea el Derecho con el exclusivo objeto de servirle y de proporcionar eficacia a sus normas, sino para alcanzar, bajo su amparo, un determinado rendimiento material que esté fuera del ámbito de realización del Derecho”. (Fritz Fleiner.—ob. cit.—pág. 6).

De acuerdo con la anterior exposición, Fleiner entiende la Administración como: “toda actividad del Estado o de cualquier otra Corporación de Derecho Público que desarrollen en su propio orden jurídico para alcanzar sus fines esenciales y que no pertenezca a la esfera de la legislación ni de la administración de justicia”. (Fritz Fleiner.—ob. cit.—pág. 7).

Fleiner nos dibuja los dos caracteres que ya habíamos apuntado al examinar a Bielsa y a Otto Mayer. Nos habla del orden jurídico bajo el cual se desarrolla la actividad administrativa y de los fines del Estado como rasgo determinante.

Nos reservamos para cuando esbochemos nuestro personal modo de pensar el hacer las consideraciones pertinentes respecto al criterio que sustentan los tratadistas antes citados.

En cuanto a lo que Fleiner dice “. . . y que no pertenezca a la esfera de la legislación ni de la justicia”, nos hace recordar una corriente doctrinal que trataba de definir la función administrativa como: aquella actividad que no es legislativa ni jurisdiccional, tratándose de las actividades del Estado. La afirmación es cierta, por supuesto, pero ello elude el problema y

no nos proporciona ninguna luz que ilumine el sendero que pueda llevarnos a encontrar la naturaleza interna de la función administrativa.

Adolfo Posada, sin llegar a formular una definición de la actividad administrativa en su aspecto material, nos hace algunas consideraciones acerca de ella que hemos creído pertinente citar:

Posada opina que la función del Estado supone una actividad continua, ordenada en vista del cumplimiento de su fin. Para él el fin, o sea el contenido, determina la naturaleza y caracteres de la actividad y los de la función. Dice que el contenido de la actividad del Estado es el Derecho; que el Estado es, o al menos se propone ser, una realización jurídica y se define en virtud de la atracción que sobre él ejercen las necesidades racionales de la vida. (Adolfo Posada.—“Tratado de Derecho Político”.—5a. edición revisada.—Librería General de Victoriano Suárez.—Madrid, 1935.—Tomo I.—pág. 428).

“Formulada la norma —expresa Posada— el Derecho cae bajo la acción inmediata de la voluntad. Aquí la voluntad colectiva del Estado-Persona. El Estado-Persona se somete a su norma, realizando así el Derecho con su poder, el cual actúa en dos sentidos: 1o.—como expresión de la voluntad misma del Estado, que por sí se acomoda a su norma; 2o.—como manifestación de esta voluntad, actuando sobre la comunidad toda y sobre sus miembros, para hacer eficaz la norma. En el proceso de las realizaciones jurídicas, esta operación jurídica es el momento de ejecución directa de la norma —función ejecutiva o Poder ejecutivo— algunos denominan esta operación función administrativa o administración. Como la operación de la elaboración de la norma, la de su ejecución se produce: 1o.—por la acción espontánea y general de la comunidad-Estado, que ejecuta o cumple la norma en forma difusa, manteniendo y renovando el orden jurídico, o sea el orden público en sentido estricto; 2o.—por la acción reflexiva y en su caso, con el apoyo de la coacción del Poder Constituido, esto es, con órganos de la autoridad ejecutiva”. (Adolfo Posada.—ob. cit.—pág. 442).

Posada nos revela un modo de pensar que participa de una corriente sostenida por diversos autores, entre los cuales se cuenta Berthelemy, que considera la función administrativa como la actividad del Poder Ejecutivo encaminada a la ejecución de las normas legislativas. Es decir, los autores distinguen la legislación como ejecución de los principios consagrados en el texto constitucional y la ejecución, como ejecución de la legislación.

Pero creemos que el concepto de ejecución es impropio para caracterizar debidamente la función administrativa, pues abarca menos o abarca más de lo que propiamente constituye la actividad de la administración. Bajo la primera acepción que señala Posada, se comprenden todas las funciones de

la vida jurídica y bajo la segunda, el criterio resulta demasiado estricto y deja fuera muchos aspectos de la actividad administrativa.

Los tratadistas Gabino Fraga y Andrés Serra Rojas, en sus obras de Derecho Administrativo, nos citan a Hauriou como otro de los autores que intentan definir la función administrativa en relación al fin que persigue; de ellos hemos recogido los datos que a continuación vamos a glosar.

Para Maurice Hauriou la función administrativa se caracteriza por: “manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de derecho público y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo esto por medios de policía y por la organización de los servicios públicos, en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la gestión administrativa”. (Maurice Hauriou.—“Derecho Administrativo”.—págs. 9 y 33.—citas de Gabino Fraga.—“Derecho Administrativo”.—5a. edición.—Editorial Porrúa, S. A.—México, 1952.—pág. 62; y Andrés Serra Rojas.—“Derecho Administrativo”.—Librería de Manuel Porrúa, S. A.—México, 1959.—pág. 170).

Serra Rojas piensa que esta importante definición señala varios elementos del concepto moderno de función administrativa, principalmente la noción del servicio público, la de la empresa administrativa y la del régimen de policía aplicable, pero además señala un dato, dentro de la definición general del acto administrativo, que según él es indispensable para constituirlo, desde cualquier punto de vista que se le considere y es que el acto administrativo se realice en vista del funcionamiento de un servicio público.

De este modo, él considera que no constituyen actos administrativos los actos relativos a las actividades privadas de la administración, principalmente cuando se trata de actos de gestión del dominio privado. (Serra Rojas.—ob. cit.).

Gabino Fraga señala, en la definición de Hauriou, tres elementos, que son: a) el fin de la función; b) los medios con los cuales se realiza; c) los límites que la constriñen.

El mismo autor nos hace ver que, para Hauriou, el fin de la función es la gestión de los asuntos corrientes del público, de los intereses generales, permanentes, ordinarios y pone de relieve el empleo de medios técnicos, con marcada preponderancia sobre los medios jurídicos, aunque éstos deban ser al fin y al cabo empleados en el desempeño de una gestión que señala como eminentemente práctica. Al mismo tiempo, el Doctor Fraga nos hace ver el peligro que acarrea el empleo de los elementos que señala Hauriou para definir la función administrativa, en cuanto a la posibilidad de crear una confusión lamentable entre las funciones y las atribuciones del Estado, así

como también en cuanto a la forma de reglamentación de los medios de policía y de los servicios públicos que el Estado debe prestar. (Gabino Fraga. ob. cit.).

Algunos otros autores sudamericanos nos ofrecen también diversos conceptos relativos a la función administrativa.

Sayagués Laso, por ejemplo, dice: "La función administrativa es la función concreta, práctica, desarrollada por el Estado para la inmediata obtención de su cometido. Es un hacer efectivo, mientras que la legislación y la justicia son actividades exclusivamente jurídicas". (Enrique Sayagués Laso.—"Tratado de Derecho Administrativo".—Montevideo, 1953.—págs. 48 y sigs.).

Por otra parte, Benjamín Villegas Basavilbaso nos dice que la Administración debe ser siempre considerada en relación con los fines del Estado y opina que este criterio, seguido por numerosos publicistas, parte de un enunciado que dice: la legislación crea la norma jurídica, la justicia la aplica en los casos controvertidos, la administración provee a la satisfacción de las necesidades sociales. Las doctrinas que aceptan este criterio están fundadas en la idea del fin.

Pero más adelante admite que podría argumentarse que medio y fin no son elementos apropiados para determinar diferencias, porque lo que desde un punto de vista aparece como medio, puede ser considerado como un fin desde el otro y que además, la actividad de proveer a la satisfacción de las necesidades sociales no es un fin privativo de la administración porque también lo llevan a cabo la función legislativa y la jurisdiccional.

Villegas Basavilbaso define la función administrativa como: "la actividad concreta mediante la cual se provee a la satisfacción de las necesidades colectivas, función que debe ejercerse dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley". (Benjamín Villegas Basavilbaso.—"Derecho Administrativo".—Tipográfica Editora Argentina.—Buenos Aires, 1949.—Tomo I.—págs. 12, 13 y 35).

En lo relativo al tema objeto de nuestro estudio, Serra Rojas por su parte dice:

"Tanto la escuela alemana, representada por Jellinek, Merkl y otros más; la escuela vienesa por Kelsen, como la escuela francesa de Leon Duguit, Roger Bonnard, Gaston Jéze y Carré de Malberg, han mantenido vivas discrepancias sobre el sentido material de la función administrativa. La propia Jurisprudencia del Consejo de Estado en Francia, refleja un criterio tradicional y otro moderno sobre la noción de acto administrativo y de servicio público". (Serra Rojas —ob. cit.).

En su obra, el autor citado nos ofrece diversas definiciones que él ha tomado de las diferentes escuelas a que hace referencia en el párrafo anterior.

Así, la función administrativa puede entenderse como: “la acción del Estado para actualizar la legislación, haciéndola concreta y particular”; o como “la actividad práctica del Estado para cuidar de modo inmediato los intereses públicos que asumen en los fines propios” y también como: “la actividad del Estado subordinada al orden jurídico, que se propone la realización de actos subjetivos, es decir, actos creadores de situaciones jurídicas individuales o particulares”.

Serra Rojas distingue, en la función administrativa los siguientes elementos: a) la subordinación al orden jurídico; b) la finalidad de la función; c) los medios como se realiza; y d) los límites concretos de la misma. Opina que el elemento orgánico o formal es indispensable para precisarla y pone de relieve que el derecho administrativo hace intervenir una noción que a su juicio es fundamental: el régimen de los poderes de policía, diciendo que sin tales medios, el orden jurídico administrativo carecería de facticidad.

Finalmente, concluye dándonos su definición de función administrativa: “La función administrativa —expresa— es la actividad que normalmente corresponde al poder ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos jurídicos a los actos materiales o a los actos jurídicos que tienen por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades del Estado, reguladas por el interés público; todo ello bajo el régimen de los poderes de policía”. (Serra Rojas.—ob. cit.—pág. 174).

El maestro Fraga, al estudiar la función administrativa desde el punto de vista material, hace un análisis de los elementos que deriva de las principales definiciones de dicha función que él examina en su obra y nos dice:

“En primer término, en todas las definiciones nos encontramos, en una forma o en otra, que la función administrativa se realiza bajo un orden jurídico. En segundo lugar, en todas ellas se encuentra otro elemento constante: la limitación de los efectos que produce el acto administrativo; esto es, a la función administrativa se le reconoce un efecto concreto, individualizado. En tercer lugar, los actos en que la referida función se exterioriza no son de un tipo único desde el punto de vista de su naturaleza interna, pues al lado de los actos jurídicos (actos subjetivos y actos condición) a que ya nos referimos, el Estado realiza una serie de actos materiales que unánimemente se consideran como actos administrativos”. (Gabino Fraga.—ob. cit.—pág. 69 y siguientes).

Para más adelante concluir: "Con todos los elementos apuntados, podemos ya dar un concepto completo de la función administrativa, diciendo que es una actividad del Estado que se realiza bajo un orden jurídico y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinen situaciones jurídicas para casos individuales". (Gabino Fraga.—ob. cit.—pág. 69 y sigts.).

El citado autor opina que la función administrativa no requiere para su ejercicio una situación preexistente de conflicto, y por lo tanto no interviene tratando de resolver controversias con el fin de dar estabilidad al orden jurídico. El piensa que la función administrativa es una actividad ininterrumpida que puede prevenir conflictos por medidas de policía, pero si el conflicto ha surgido ya, se entra al dominio de la función jurisdiccional.

Para concluir el examen y exposición de los diversos autores que tratan el tema objeto de nuestro ensayo, vamos a hacer un resumen de las ideas que Leon Duguit expone en su obra de Derecho Constitucional al estudiar las funciones del Estado.

Duguit coincide con Posada en cuanto a que el Estado es, o al menos se propone ser, una realización jurídica y así piensa que a través de la función administrativa el Estado crea una situación de Derecho subjetivo o condiciona por un acto individual el nacimiento de una situación legal, pero que el Poder Ejecutivo, antes de ser un Poder que crea situaciones, derechos y posiciones legales, es un Poder que expresa la obligación del Estado en el sentido de la realización del Derecho. (Leon Duguit.—"Manual de Derecho Constitucional".—Traducción de José G. Acuña.— 2a. edición española.—Francisco Beltrán Editor.—Madrid, 1926.—pág. 130).

"Estudiar —dice Duguit— las funciones jurídicas del Estado, no es, en manera alguna, estudiar el resultado que los gobernantes persiguen desde el punto de vista social, moral o económico; es, en cambio, estudiar los efectos que produce sobre las voluntades una manifestación de voluntad por la que los gobernantes persiguen un fin cualquiera. Importa mucho retener esta idea y comprender que, para clasificar las diversas funciones jurídicas del Estado, no hay para qué considerar ni preocuparse del objeto que se persigue y que dichas funciones se proponen. Para alcanzar un fin determinado, los gobernantes ejercitan su voluntad, quieren, en una palabra; este acto de voluntad produce un efecto en el mundo del Derecho, esto es, un efecto sobre las demás voluntades; crea, determina, condiciona o modifica el derecho objetivo; crea, modifica, suprime o reconoce en forma auténtica una situación objetiva. He aquí la función jurídica. Es pues, únicamente, según la manera cómo los actos de los gobernantes se ejercen sobre las voluntades, según

sus efectos en el campo del derecho objetivo, como debemos determinar las diversas modalidades que reviste la acción jurídica del Estado". (Leon Duguit.—ob. cit.—pág. 85).

Duguit considera el acto administrativo como un acto jurídico en el sentido propio, realizado por los gobernantes y piensa que acto jurídico *stricto sensu* es toda manifestación de voluntad conforme al derecho objetivo que produce una situación de derecho subjetivo o condiciona el nacimiento de una situación de derecho objetivo.

Siguiendo este orden de ideas, nos proporciona su concepto de acto subjetivo y de acto condición, al considerar que ambos forman el grupo de los actos jurídicos que pueden considerarse como administrativos.

Para Duguit, el acto subjetivo nace cuando por él se crea a cargo de un sujeto una obligación especial, concreta, individual, momentánea, que no existía a cargo de este individuo, por aplicación de una regla cualquiera de derecho objetivo. Este acto para él, es puramente subjetivo, en tanto que el acto regla (la ley) y el acto condición, son objetivos.

Al hablar de los actos-condición nos dice que ciertas reglas de derecho objetivo se aplican únicamente a los que se encuentran en determinadas condiciones. Todo acto que tenga por consecuencia hacer nacer para un individuo un "status" que no tenía anteriormente, entra en una categoría nueva de actos jurídicos y una modificación se produce en el orden jurídico existente, porque una regla de derecho objetivo se aplicará en adelante a un individuo al cual no se aplicaba, o inversamente, porque un "status" individual aparece, que antes no existía.

Para Duguit, existe un acto condición cuando nace o se extingue, por virtud de tal acto, un "status" para un individuo y opina que esos actos, denominados actos-condición, tienen algo de subjetivo porque condicionan la aplicación a un sujeto determinado de la norma considerada. Cita algunos ejemplos para ilustrar su pensamiento, tales como el nombramiento de un funcionario, la legitimación, la naturalización, afirmando que los ejemplos de esta especie abundan en el derecho público y en el privado. (Leon Duguit.—ob. cit.—págs. 16 y siguientes).

Después nos brinda su concepto de la función administrativa resumiéndola así: "es la función por la cual el Estado ejecuta actos jurídicos, es decir, expresa una voluntad al efecto de crear una situación de derecho subjetivo o de condicionar una situación de derecho objetivo. De esta suerte, el acto administrativo es siempre un acto individual y concreto, en tanto que el acto legislativo es una disposición general y abstracta. El acto legislativo es la

fórmula de una regla de derecho; el acto administrativo es la creación o la condición de una situación de derecho". (Leon Duguit.—ob. cit.—pág. 99).

El autor que venimos comentando nos habla también de los actos políticos, considerando entre éstos, algunos actos políticos no administrativos y finalmente de los actos diplomáticos.

A este respecto comienza afirmando: "Está hoy unánimemente rechazada la opinión que en algún momento contó con numerosos partidarios, según la cual, un acto, siendo intrínsecamente y por su propia naturaleza acto administrativo, al ser ejecutado con un fin político, tal como vulgarmente se entiende, deja de ser acto administrativo para convertirse en acto político, en acto de gobierno, escapando por lo tanto, a todo recurso habitualmente admitido contra los actos administrativos." (Leon Duguit.—ob. cit.—pág. 107).

Duguit sostiene que el acto administrativo no puede cambiar de naturaleza según que haya sido inspirado a la autoridad que lo ejecuta por esta o aquella consideración. Posee en sí mismo una naturaleza propia e independiente del fin a que se dirige y esta naturaleza no puede cambiar conforme al fin particular en cuya vista se realiza.

Añade que, de una manera general, la idea del fin debe quedar completamente ajena a la determinación jurídica de las funciones del Estado y de los actos derivados de las mismas.

No obstante, nos habla de actos políticos que según él no son actos administrativos, refiriéndose a los actos relativos al funcionamiento y a las relaciones de los organismos políticos y a la acción recíproca que ejercen unos sobre otros.

Evidentemente, entre los órganos del poder existe una limitación recíproca que implica la existencia de relaciones activas entre ellos. Son actos verdaderamente de la vida interior del Estado, resultando directamente del funcionamiento de la Constitución y por ello, Duguit considera que no pueden ser atacados ante ningún Tribunal por vía contenciosa. Esto lo lleva a concluir que dichos actos no emanan, por ningún título, de autoridad administrativa alguna.

Se sitúan aquí todos aquellos actos que origina el sistema constitucional de frenos y contrapesos, por el cual los poderes ejercen control y crítica recíproca y, según Duguit, ninguno de tales actos tiene carácter administrativo, ni emana de una autoridad que, al realizarlo, proceda como autoridad administrativa.

Tampoco quiere él considerar como actos administrativos los decretos por los que se acuerda una gracia o se concede un indulto, o por los que se declara el estado de sitio, así como tampoco los actos diplomáticos. Formula, en este punto, dos interrogantes:

¿Cuál es la naturaleza de los actos diplomáticos?

¿Pueden ser incluidos entre los actos administrativos?

Para responder, comienza por definir los actos diplomáticos diciendo que: "son aquellos que se refieren a las relaciones internacionales de un Estado".

Continúa afirmando que la actividad diplomática del Estado se manifiesta en las negociaciones, correspondencia, instrucciones facilitadas a los agentes diplomáticos, etc., características de la gestión de los intereses públicos en el exterior.

Todas estas operaciones son, evidentemente, actos diplomáticos, pero, según Duguit, son actos que no producen ningún efecto de derecho y no pueden, por consiguiente, ser calificados de actos administrativos.

A pesar de tal aseveración, él mismo admite que muchos de estos actos tiene un carácter jurídico innegable; tales son las declaraciones diplomáticas como declaraciones de guerra, de neutralidad, etc., y también los convenios diplomáticos.

¿Cuál sería entonces, exactamente, el carácter jurídico de estos actos?

Duguit acepta que son actos administrativos, puesto que entran en la definición general que él ha dado del acto administrativo, esto es: son manifestaciones de voluntad encaminadas a crear una situación concreta de derecho.

No obstante, en virtud de que tales actos se producen en condiciones perfectamente singulares y considerando que la situación de derecho que por ellos se origina no presenta todos los caracteres de una verdadera situación jurídica, prefiere colocar los actos diplomáticos en un grupo aparte y *sui generis*, sin clasificarlos ni comprenderlos en la categoría general de los actos administrativos. (Leon Duguit, *ob. cit.*, pág. 107 y siguientes.)

NUESTRO MODO DE PENSAR AL RESPECTO

Nuestra opinión es que la naturaleza de la función, cualquiera que esta sea, debe determinarse por el carácter interno del acto y por su repercusión en el mundo del Derecho.

Acudir al elemento "fin" para tratar de caracterizar la función administrativa, nos hace correr el riesgo de crear una confusión entre la función y la atribución, que es el contenido de aquélla.

El Estado puede proponerse múltiples fines, así como tiene múltiples atribuciones que cumplir y ello va a ser encauzado a través de las funciones propias del mismo. Pero decir que la función administrativa es aquella que desempeña el Estado para el cumplimiento de sus fines, no es precisarla debidamente, porque también a través de las funciones legislativa y jurisdiccional el Estado puede llevar a cabo sus fines, ya que también por medio de ellas cumple con determinadas atribuciones.

La atribución es el contenido de la actividad del Estado, en tanto que la función es el medio de realizarla. La atribución es el fondo, la función es la forma. Si la función se define por la atribución, es sumamente fácil crear una confusión sobre el carácter de las funciones.

Además, como sostiene Fraga, cuando hay otros elementos que sirven perfectamente para caracterizar en forma debida una función, no debe recurrirse a la noción de "fin".

Por otro lado pensamos, con Duguit, que para la diferenciación de las funciones jurídicas estatales, es indispensable atenderse al contenido de los actos, con abstracción absoluta del órgano que los ha producido.

En efecto, la definición que el maestro Serra Rojas nos proporciona de la función administrativa es indudablemente completa, pero no debemos perder de vista que él lo hace, como nosotros, en la parte correspondiente a la "noción material de la función administrativa", siendo lógico que para entonces, ya debe haberse examinado dicha función desde el punto de vista formal y que, tomada en cuenta sólo en atención a su naturaleza intrínseca, lo que importa es definir los actos administrativos desde el punto de vista material, para desentrañar la naturaleza de la función, sin que ella se altere en lo más mínimo por el hecho de que dichos actos sean efectuados, de manera excepcional, por el Poder Legislativo o por el Judicial.

A nuestro modo de ver, no es el hecho de que la función sea realizada normalmente por el Poder Ejecutivo lo que le da el carácter de administrativo a sus actos desde el punto de vista de su naturaleza interna, pues también el Poder Ejecutivo tiene, entre sus atribuciones, la llamada potestad reglamentaria que es, en esencia, legislativa, exigida únicamente por las necesidades mismas de la ejecución.

Creemos que las funciones del Estado en su esencia, deben ser caracterizadas por los efectos jurídicos que producen, esto es, por su repercusión en el mundo del derecho.

De este modo, el Estado ejercerá la función administrativa todas las veces que realice un acto-condición o un acto subjetivo, o cuando sus agentes procedan, para asegurar el cumplimiento de las propias atribuciones, a cumplir actos puramente materiales.

Por medio de la función administrativa, el Estado interviene en un sector de la actividad jurídica, diferente a los que son invadidos por las otras dos funciones: la legislativa y la judicial.

Cuando el Estado ejecuta un acto administrativo, entra en vista de una situación particular, en relación con personas determinadas.

Algunos piensan que administrar se reduce a ejecutar; ya hemos analizado el criterio que ve a la legislación como ejecución de la constitución y a la ejecución propiamente dicha, como simple ejecución de las normas legislativas; así como la opinión de quienes piensan que administración es simplemente la función encargada de ejecutar las leyes.

Pero administrar es algo más que ejecutar, pues si ejecutar es cumplir lo ordenado, administrar es concebir, y luego llevar a la práctica la concepción o disposición con criterios de oportunidad, de elección, de medios, de mayor eficacia y de economía, ya que el poder de administrar implica más que el simple poder de ejecutar; implica el ejercicio de facultades discrecionales por parte del encargado de dicha función.

La función administrativa es una función del Estado que se realiza siempre bajo un orden jurídico, como se realizan en nuestro medio, bajo un orden jurídico también, las otras dos funciones: legislativa y judicial. Pero la función administrativa se distingue de las otras porque en virtud de ella se determinan siempre situaciones jurídicas para casos individuales y no situaciones abstractas e impersonales como sucede con el acto-regla, resultado de la labor legislativa; ni es tampoco su misión la resolución de controversias para mantener el orden jurídico vigente, como sucede con la función jurisdiccional.

Tanto Maurice Hauriou como Andrés Serra Rojas, insisten en señalar como una nota distintiva de la función administrativa, los medios que dicha función emplea para la consecución de sus fines. Afirman que los actos administrativos, ya sean jurídicos o materiales, tienen como finalidad la prestación de servicios públicos o la realización de las demás actividades del Estado que se hallan reguladas por el interés público y que todo ello se lleva a cabo bajo el régimen de policía.

No negamos que el Estado cuente entre sus atribuciones la prestación de servicios públicos, ni que éstos constituyan una actividad que se lleve a

cabo a través de la función administrativa, así como tampoco negamos que el régimen de policía sea uno de los medios eficaces con que la administración cuenta para el logro de sus propósitos; pero en lo que no estamos de acuerdo es en que ello forme parte de la esencia misma de la función administrativa, la cual debe caracterizarse, insistimos, por los efectos que produce en el mundo del derecho. Todo ello sin contar con que, como sostiene Fraga, ese elemento "medio" puede ser causa de confusiones, porque la policía y los servicios públicos son medios que normalmente deben establecerse por disposiciones de carácter legislativo y no administrativo.