

Sesión 10 • La Organización del Estado

En los capítulos precedentes estudiamos las notas que integran la naturaleza del Estado y las características esenciales que se advierten en esa misma naturaleza. Pero el Estado constituye una organización social, está dotado en su realidad de un conjunto institucional de estructuras jurídico-políticas.

El objeto de este capítulo consiste en efectuar el análisis de esas estructuras para definir las, clasificarlas y precisar su naturaleza.

1. Los órganos del Estado

Al estudiar el problema de la personalidad moral del Estado, analizamos las objeciones de Duguit, en el sentido de que no podía considerarse persona al Estado, en atención a que carece de voluntad que se equipare a la voluntad de la persona física, y criticamos esa objeción, afirmando que el Estado sí tiene voluntad; que su voluntad es de una naturaleza peculiar, correspondiente a su particular realidad, y que esa voluntad se constituye por la que corresponde a las personas físicas encargadas de realizar las actividades estatales ejercitando la soberanía, esto es, los gobernantes.

Los actos de éstos, los actos de los gobernantes en el ejercicio de la soberanía, no son actos que se consideren individuales, sino actos del Estado.



Esta concepción, como hace notar Jellinek, es muy antigua. Aun los pueblos primitivos consideraban la actuación de sus dirigentes, de sus jefes, como actividad del grupo social. En esta forma, se observa que es la realidad la que impone ese concepto, y podemos decir, también con Jellinek, que la idea de que la actividad de los grupos puede ser representada por los individuos, constituye el fundamento de la actividad asociativa y precede a toda jurisprudencia.

Es decir, que ese concepto, que esa idea, es anterior incluso a la idea del orden jurídico. De lo anterior concluimos que la actividad del Estado se manifiesta o se ostenta por medio de la activación de sus gobernantes que actúan formando parte de estructuras del Estado que se llaman órganos.

Lo expuesto nos lleva a afirmar la existencia dentro del Estado, de estructuras particulares, que son las que tienen la misión de llevar a cabo su actividad, de realizar los actos estatales, y que son los que denominamos órganos.

Estos órganos en su conjunto integran el gobierno y la administración del Estado. Pero no son todos de la misma categoría; tienen diversa función, y de la misma se deriva que tengan, igualmente, distinta estructura.

2. Clasificación de los órganos del Estado

Por ello debemos analizarlos y examinar así las distintas clases de órganos del Estado. Como -hemos afirmado, la estructura del Estado se compone de órganos, por el hecho de que constituye un ser que tiene ese matiz; se caracteriza por estar estructurado en forma -organizada.

La estructura del Estado se compone de órganos, repetimos. Pero como esta estructura estatal es compleja, requiere, igualmente, la existencia de una pluralidad de órganos.

Para su estudio, lo más conveniente es clasificarlos para examinar sus caracteres. Al hacerlo, al clasificarlos, encontramos en primer término un grupo de ellos, que son los que denomina Jellinek "órganos inmediatos".

En el Estado existen, de manera necesaria, unos órganos cuya naturaleza es de tal orden, que determinan la existencia del Estado, matizando con ese cariz a las organizaciones sociales que los posean:

cuando existen esos órganos, que denominamos "inmediatos", dentro de un grupo social, ese grupo social es un Estado.

Estos órganos se llaman "inmediatos" -dice Jellinek- porque su carácter de órganos es una consecuencia inmediata de la constitución de la asociación misma.

La actividad del Estado sólo puede tener lugar, sólo puede manifestarse por medio de ellos, por medio de estos órganos inmediatos.

Un órgano inmediato puede estar formado por un solo individuo, cuando reúna en, sí mismo todo el poder del Estado, con exclusión de otras personas. Tal sucedía en las monarquías absolutas, en las que el monarca, por tener concentrado en sí todo el poder estatal, era el único órgano inmediato del Estado.

A través del monarca, de sus actos, se manifestaba toda la actividad del Estado; se manifestaba la soberanía del mismo.

Son órganos inmediatos también, los grupos de personas físicas con atributos de poder, derivado directamente de la misma constitución, como en el Estado Mexicano, los titulares del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo.

En los Estados Federales, los Estados miembros tienen también el carácter de órganos inmediatos, pues, igualmente, son vehículos de primer orden en la actuación del poder del Estado. Son órganos de realización inmediata de la actividad estatal.

La calidad de órganos inmediatos, queda fijada por el orden jurídico estructural del Estado, que fija las condiciones de elección o de sucesión en el poder, constituyendo la institución misma y dando vida a esos órganos del Estado.

3. Clasificación de los órganos inmediatos del Estado

Estudiamos los caracteres de los órganos del Estado, en general, y los dividimos en órganos mediatos y en órganos inmediatos.

Vamos a ver ahora la clasificación de los órganos inmediatos del Estado. De acuerdo con Jellinek, podemos clasificar los órganos inmediatos, en primer término, en creadores y creados. Órgano creador es el que da origen a otro órgano, que resulta así órgano creado. Por ejemplo: el Colegio de Electores es un órgano creador y el cuerpo que éstos eligen es un órgano creado. Los electores, reunidos para elegir a las personas que han de formar una asamblea legislativa, constituyen un órgano creador; la asamblea legislativa que surge en virtud de la actividad de ese órgano creador, es un órgano creado.

Los órganos inmediatos pueden también dividirse en primarios y secundarios. Esta clasificación tiene importancia en los Estados que adoptan la teoría de la representación. El órgano secundario representa al primario, quien exterioriza su voluntad por medio de su representante, que es el órgano secundario.

Así, según esta doctrina, los órganos legislativos serían órganos secundarios, pues representan la voluntad del pueblo, que sería el órgano primario.

También se clasifican los órganos inmediatos en dependientes e independientes. Son dependientes cuando necesitan de la colaboración de otro órgano del Estado para exteriorizar su voluntad. Por ejemplo, las leyes emanadas del Legislativo tienen que ser promulgadas, y tienen que ser dadas -a conocer o sea publicada por el Ejecutivo.

Los órganos inmediatos son independientes cuando no necesitan de otro órgano para desarrollar su actividad. Por ejemplo, el Ejecutivo, al realizar su función administrada lo hace directamente, sin el concurso de otros órganos del Estado.

Por último, los órganos inmediatos del Estado pueden también clasificarse en normales o extraordinarios. Normales (u ordinarios) son aquellos que, como su nombre lo indica, existen siempre en la estructura del Estado, para su funcionamiento regular.

Extraordinarios son los que únicamente existen cuando concurren circunstancias especiales, que requieren su funcionamiento.

Un órgano ordinario es el Legislativo, es el Ejecutivo, y lo es el Poder judicial, que normalmente existen siempre en el Estado y concurren con su actividad para su funcionamiento regular, en todas las circunstancias.

En cambio, por ejemplo, una regencia en una monarquía durante la minoría del rey, o un gobierno provisional en las repúblicas, en caso de muerte o renuncia de los titulares del Ejecutivo, de acuerdo con lo previsto en las diferentes constituciones, forman órganos extraordinarios del Estado, puesto que no concurren en la marcha ordinaria, normal, del Estado, sino que únicamente existen cuando se requiere su funcionamiento por la existencia de determinadas circunstancias, anormales, dentro de la vida del Estado.

4. Características de los órganos del Estado

Habiendo clasificado los órganos inmediatos, vamos ahora a precisar con mayor amplitud las características de los órganos del Estado.



Los órganos inmediatos presentan una característica fundamental, y es que no están sometidos al poder de mando de otro órgano en el ejercicio pleno de las funciones que les son propias. Es decir, que en este sentido de no encontrarse subordinados al poder de mando de otro órgano dentro del Estado, son completamente independientes.

Por ello, el Estado más simple, de estructura más sencilla, es el que tiene un solo órgano. Esta circunstancia especial se daba en la monarquía absoluta, en que sólo había un órgano: el monarca.

Y a medida que se reparte la soberanía, a medida que se distribuye el poder, la estructura del Estado es más compleja y aparecen más órganos.

Dijimos que en lo que respecta a su contenido, a su función, los órganos inmediatos siempre son independientes; pero esa independencia sólo la debemos considerar en su aspecto formal, pues ya dijimos que tomando en cuenta circunstancias especiales podemos también clasificarlos en dependientes e independientes. Esto quiere decir que puede haber una jerarquía dentro de esos órganos.

5. Relaciones entre los órganos del Estado

Por lo que se refiere a las relaciones entre los órganos dependientes y los independientes, no ofrecen tales relaciones ningún problema, pues su estructura misma es la que las establece y las define.

En cambio, cuando se trata, no de una relación entre un órgano independiente y un órgano dependiente, sino de relaciones de órganos independientes entre sí, entonces hay que precisar los límites de cada uno para que no haya interferencia entre sus respectivas esferas de acción y para que no exista lucha política entre los mismos.

Los órganos inmediatos característicos del Estado moderno, son el Ejecutivo, el Legislativo y el judicial. Históricamente se ha desarrollado una lucha entre estos poderes, entre los órganos inmediatos del Estado, pues siempre ha habido la tendencia de alguno de ellos a colocarse en lugar superior al de los demás. Por ejemplo, en Inglaterra es típica la lucha entre el Parlamento y la Monarquía, lucha que se decidió de manera decisiva en favor de la supremacía del Parlamento sobre el poder de los Reyes.

Pero lo conveniente, como estudiamos al analizar los límites de la soberanía, es que ésta se encuentre repartida en su ejercicio y que ningún órgano del Estado se coloque en situación de dominar a los demás.

En el Estado Mexicano es de la conciencia de todos que, no obstante que dentro del orden constitucional no existe supremacía de ninguno de los órganos del Estado sobre los demás, de hecho el Poder Ejecutivo, tradicionalmente, se encuentra colocado en un plano superior al de los otros poderes.

Pero teniendo la soberanía repartida, conservándose la independencia no sólo teórica, sino real, de los órganos del Estado, se asegura el mejor ejercicio del poder, el mejor desarrollo de la soberanía, y con ello no se

destruye la unidad del Estado, con ello no llega a rearse una pluralidad de voluntades del organismo político, simplemente se establecen diversos órganos a través de los cuales ha de exteriorizarse la soberanía, de acuerdo con sus funciones correspondientes.

Existe una corriente de doctrina falsa, que afirma la superioridad del titular del poder respecto del órgano cuyas funciones está llamado a realizar; por ejemplo, la superioridad del Rey sobre el reino.

Esta doctrina es falsa, pues el que es supremo es el órgano que da esta calidad a su titular, a la persona física encargada de actualizar las funciones que le corresponden.

Groppali objeta la doctrina de Jellinek que hemos examinado, de órganos creadores y creados. Considera que no se debe hacer esa distinción porque no existe vínculo jurídico entre ellos. Dice que entre un cuerpo electoral y una asamblea legislativa, a la que han dado vida por medio de sus votos, no existe un vínculo jurídico que los defina como "órgano creador" y "órgano creado", respectivamente, sino que entre ellos existe simplemente un vínculo político.

Esta observación me parece mal enfocada, pues no se refiere a la existencia del vínculo jurídico para clasificar los órganos, simplemente toma en cuenta su proceso originario y éste es criterio válido.

6. Los órganos mediatos del Estado

Habiendo examinado la clasificación y las características de los órganos inmediatos del Estado, vamos a estudiar ahora los órganos mediatos del mismo.

Según Jellinek, son órganos mediatos del Estado aquellos cuya situación no descansa de un modo inmediato en la Constitución, sino en una comisión individual. Son responsables y están subordinados a un órgano inmediato de una manera directa o indirecta.

Su actividad en relación con la colectividad, en este sentido, es siempre derivada. Tienen, históricamente, su origen en formarse por individuos que cuando se asocian forman un órgano inmediato para la satisfacción de su necesidad social. Ese órgano es inmediato en relación con el grupo de individuos que se asociaron, pero es mediato en relación con la actividad del Estado.

7. Clasificación de los órganos mediatos

Estos órganos mediatos también pueden clasificarse siguiendo los lineamientos que utilizamos al clasificar los órganos inmediatos. Y así, también hay órganos mediatos dependientes o independientes, simples y de competencia múltiple.

Pero, además, pueden clasificarse en facultativos y necesarios, esta clasificación es de gran trascendencia.



En el desarrollo de sus funciones, el Poder Ejecutivo (que ya dijimos es uno de los, órganos típicos inmediatos del Estado) puede libremente crear órganos mediatos que lo ayuden en su actividad. Son los órganos mediatos facultativos, cuando el ejecutivo tiene a su arbitrio el crear esos órganos, que han de auxiliarle en el desarrollo de sus funciones.

Por el contrario, en ocasiones la estructura jurídica del Estado le obliga a desarrollar sus actividades dentro de determinada esfera, de acuerdo con los órganos cuyos lineamientos se fijan en ese mismo orden jurídico; no queda al arbitrio del Ejecutivo el formarlos, sino que el orden jurídico mismo ya establece sus lineamientos disponiendo que ese órgano inmediato del Estado tiene que ser auxiliado órganos mediatos, cuya estructura e índole, precisa el mismo orden jurídico, son los órganos mediatos necesarios.

En ese sentido, estos órganos mediatos también significan un nuevo reparto de la soberanía, un nuevo reparto del poder, que evita la preponderancia excesiva de los órganos inmediatos del Estado.

Con objeto de precisar con mayor claridad estos conceptos, un tanto abstractos, vamos a examinar un caso de órgano mediato; un órgano mediato creado por el orden jurídico. Digamos: el Municipio. El Municipio es un órgano mediato, puesto que auxilia al Poder Ejecutivo, al Administrativo, en el desarrollo de sus funciones dentro de determinada esfera espacial, dentro de la demarcación territorial que corresponde a un Municipio. Pero no queda al arbitrio del Ejecutivo el crearlo, sino que su estructura está fijada por el orden jurídico. Entonces, el Ejecutivo, para desarrollar su actividad dentro de esa esfera espacial del Municipio, ha de servirse de este órgano mediato del Estado.

Por otra parte, dentro de los órganos mediatos del Estado, en su estructura particular puede distinguirse también la existencia de órganos inmediatos y de órganos mediatos de ese especial organismo estatal.

Por ejemplo, el régimen municipal (que ya dijimos es un órgano mediato del Estado) en sí mismo, dentro de su propia estructura particular, tiene órganos mediatos y órganos inmediatos para realizar sus funciones.

Dentro del Municipio, son órganos inmediatos las autoridades ejecutivas del mismo; digamos, el Presidente Municipal. En cambio, serán órganos mediatos los constituidos por las actividades y por los titulares de esas actividades que corresponden a funcionarios de segundo orden de ese mismo Municipio, dentro de sus especiales esferas de competencia.

8. Situación jurídica de los órganos del Estado

Para poder precisar la situación jurídica de los órganos del Estado, cuya estructura ya hemos delimitado, es necesario distinguir radicalmente entre el órgano y el titular del mismo.

Según Jellinek, el órgano, como tal, no posee personalidad alguna frente al Estado. No existen dos personalidades: la del Estado y la del órgano, entre las cuales pueda darse una relación de Derecho, una relación: jurídica, sino que Estado y órgano forman una sola unidad.

La anterior afirmación se deriva de la circunstancia de que los órganos constituyen la estructura misma del Estado; son parte de su realidad. No puede concebirse el Estado sin ellos.

No es posible colocar al Estado frente a sus órganos, porque, si se elimina a éstos del Estado, desaparece éste, al desaparecer su estructura jurídica.

Sabemos que los órganos forman la estructura del Estado a través de la cual se hace presente el poder público. Por tanto, si tratáramos de separarlos del mismo, lo reduciríamos a la nada.

El Estado no representa a sus órganos, sino que los lleva dentro de sí, constituyéndolo. Cada órgano tiene su respectiva esfera de competencia, y cuando uno invade el terreno del otro, se suscitan conflictos que han de solucionarse por medio del control jurisdiccional. Pero los órganos no son personas únicamente el Estado tiene personalidad jurídica, y los órganos participan de esa personalidad dentro de esa particular esfera de competencia.



Las cuestiones jurídicas que se plantean entre los órganos son problemas de competencia que existen dentro de la personalidad única del Estado. Son cuestiones de Derecho objetivo, no de Derecho subjetivo.

La competencia de los órganos es algo que proviene de la estructura política del organismo estatal. No puede desdoblarse el Estado en un conjunto de personas jurídicas, que podrían entonces colocarse frente a él o acaso sobre él. El poder no pertenece a los titulares de los órganos, en un momento dado, sino al Estado, que se sirve de los órganos de que está formado para actuarlo.

El orden jurídico se encarga de precisar la estructura de los órganos y definir los derechos y las obligaciones de las personas físicas, a quienes se atribuye la titularidad de sus funciones.

Estos titulares no se confunden con el órgano mismo cuyas funciones desarrollan. El Estado y el titular de sus órganos constituyen, -ellos sí, personalidades separadas entre las cuales puede existir una pluralidad de relaciones jurídicas.

De la separación entre órgano y titular se sigue la consecuencia de que el titular tenga un conjunto de derechos y deberes como persona física que se derivan de su función, que le pertenecen a él mismo y no al órgano del que es titular.

Por ejemplo: el derecho a la retribución que tiene un funcionario; el deber de responsabilidad que tiene este mismo funcionario respecto al recto desempeño de sus atribuciones, responsabilidad que puede traducirse en penas disciplinarias, en castigo a su actuación indebida.

Esos derechos y deberes corresponden a la persona física titular del órgano; no son propios del órgano. Esta separación entre órganos del Estado y sus titulares, nos sirve también para explicar la continuidad del Estado, que permanece siempre el mismo, pues no cambia; sus órganos siguen siendo siempre los mismos, aun cuando los titulares de ellos, de acuerdo con los vaivenes de la política y las circunstancias biológicas de las personas físicas, cambian frecuentemente.

Esta permanencia de las instituciones, independientemente del cambio de sus titulares, ha sido conocida desde mucho tiempo atrás.

En las antiguas monarquías europeas se precisaba que el monarca podría morir; no así la monarquía. Blackstone decía: "Enrique, Eduardo o Jorge pueden morir; pero el rey (significando con esto la monarquía) sobrevive a todos ellos."

Esta separación del titular y del órgano, también sirve para precisar que los derechos y deberes de los titulares no les corresponden como parte integrante de su personalidad física aislada, sino que les son atribuidos en cuanto son funcionarios del Estado y están ligados con éste, lo que significa que su actuación como titulares de los órganos del Estado no será independiente, sino que permanecerá unida a la vida del Estado, en razón de esa titularidad que los vincula.

9. Límites de la actividad de los órganos del Estado

Con objeto de evitar las interferencias de la actividad de un órgano en la de los otros y para asegurar la uniformidad de dirección de su actividad, es preciso, como observa Groppali, que los órganos del Estado sean coordinados y unificados.

Esta coordinación y unificación se obtiene por medio de dos instituciones: la competencia y la jerarquía.

La competencia es la esfera particular de atribuciones que corresponde de cada órgano. El orden jurídico se encarga de delimitar las respectivas esferas de competencia de los órganos, distribuyéndola de acuerdo con los diversos criterios de clasificación.

Y así, habrá competencia territorial, consistente en la delimitación espacial de la actuación de los órganos.

Competencia por materia, de acuerdo con el contenido específico de las funciones que se les atribuyan.

Y competencia por grado, correspondiente a la disposición escalonada del ordenamiento jerárquico de los órganos, con objeto de unificar y coordinar su actividad.

10. La jerarquía

Vamos a examinar el segundo de los principios que sirven para mantener al poder dentro de su justo cauce, de acuerdo con las respectivas esferas de actividad que el orden jurídico asigna a los órganos del Estado. Viste segundo principio es la jerarquía o Principio jerárquico.

Habíamos expuesto que, para un recto funcionamiento de los órganos del Estado, era preciso que su actividad se coordinara y ordenara en atención a dos principios: la competencia Y la jerarquía.

Indicamos lo que se entiende por competencia y ahora vamos a entrar en el análisis del segundo de los elementos coordinarlos y ordenadores que hemos anotado: la jerarquía o principio jerárquico.

Esa jerarquía se entiende, según el mismo profesor italiano Gropali, como el ordenamiento por grados de varios órganos diferentes de acuerdo con sus Competencias específicas, subordinados los unos a los otros con objeto, de coordinar su actividad era vista del fin universitario del Estado, disciplinándose así los poderes y los deberes.



El hecho de que el poder se manifieste en forma gradual, escalonada, tiene la misma explicación y justificación que éste elemento del Estado, que es el poder. Su necesidad deriva de la existencia dentro del Estado de una voluntad que manda y de otras voluntades que deben obedecer, para lograr que ambas voluntades ordenen y obedezcan en forma disciplinada, tomando siempre en cuenta que lean de dirigirse hacia la realización del fin del Estado, supliendo las deficiencias, corrigiendo los errores y dirimiendo las controversias.

Por ello, puede decirse que la jerarquía, es la sumisión de una voluntad a otra voluntad. No se concibe un Estado sin jerarquía, ni ésta sin obediencia.

La jerarquía significa la obediencia de una autoridad respecto de otra de grado superior. Por encima de todas está la autoridad suprema; luego, otras autoridades que tienen que obedecer a las superiores, con una esfera de competencia más limitada.

La jerarquía implica la existencia de un vínculo que ligue en forma escalonada a los órganos del Estado, estableciendo la obediencia de los órganos inferiores respecto de los órganos superiores, que hacen valer su supremacía por medio de órdenes y por medio de la vigilancia de la autoridad de los órganos inferiores.

Y, además, esa vigilancia no es exclusivamente pasiva. El superior puede incluso controlar la actividad de los inferiores por medio de anulación o de la reforma de los actos de éstos que sean ilegítimos siendo éste el fundamento del recurso de revisión jerárquica.

Además, el órgano superior puede resolver los conflictos de competencia que surjan entre órganos inferiores.

De este modo, la jerarquía cumple su papel de coordinadora y ordenadora de la actividad de los órganos estatales.

Por otra parte, tomando en cuenta la distinción que hemos hecho entre órganos y titulares de los Mismos, la jerarquía, en atención a esa distinción, también es doble: es jerarquía de los oficios o funciones con una particular distribución de las esferas de competencia correspondientes a cada uno de los órganos. Y jerarquía de las personas titulares de esas funciones.

Todos sabemos que en un órgano del Estado, como es, una Secretarías (de Estado), existe una jerarquía en las funciones, que consiste en una superioridad de aquellas que se atribuyen al Secretario de Estado; a continuación, hay una jerarquía inmediatamente inferior, que corresponde al Subsecretario; en tercer orden, la atribuida al Oficial Mayor, y posteriormente la de los diversos Jefes de Departamento. A esa jerarquía en las funciones corresponde, igualmente, una Jerarquía entre los titulares de las mismas.

Así encontramos la jerarquía escalonada entre el Secretario y el Subsecretario, el Oficial Mayor y los titulares de los Departamentos.

11. El deber de obediencia y sus límites

De la existencia del principio de jerarquía resulta de manera concomitante la necesidad de que exista un deber de obediencia, de los órganos inferiores respecto de los órganos superiores.

Pero surge inmediatamente el problema de saber si este deber de obediencia es absoluto, si no tiene límites. Y entonces, si los tiene, cuáles son estos límites. Por supuesto el deber de obediencia no es absoluto, tiene límites.

Debemos precisar cuáles son los límites del deber de obediencia. Todas las legislaciones establecen sistemas para asegurar esa obediencia, cuya existencia necesaria hemos indicado, y fijan sanciones, controles,

etc., para que la misma sea efectiva. Sin embargo, en teoría política, pues ya en forma concreta esa reglamentación es materia de estudio del Derecho administrativo, conviene, repetimos, precisar cuáles son los límites de ese deber de obediencia.

Algunas legislaciones consideran (como en Francia, Italia, Bélgica y otros países) que la orden dada por el superior jerárquico obliga siempre a la obediencia del inferior a quien se dirige, quedando éste excluido de responsabilidad, si el cumplimiento de esa orden de s, superior jerárquico, entraña en realidad la comisión de un delito siempre y cuando las funciones de ese órgano inferior que acata la orden sean de simple ejecución; siempre y cuando ese órgano inferior esté constituido precisamente para llevar a la práctica las órdenes de un órgano superior.

En cambio, en Alemania, no se admite esa exclusión de responsabilidad, pues se dice que el órgano ejecutivo tiene el deber de controlar la legitimidad de las órdenes que se le dan, no estando obligado a obedecer los mandatos ilegítimos.

Otros sistemas, como el inglés y el griego, admiten un término medio, considerando la buena fe de la actuación de los inferiores en ejecución de las órdenes de los superiores. O bien, como hacen en Grecia, excluyen de responsabilidad a las autoridades inferiores únicamente, en el caso de que se trate de delitos leves.



El Código Penal Mexicano, en el capítulo correspondiente a las circunstancias excluyentes de responsabilidad, artículo 15, dice: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: fracción VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que la conocía el acusado."

Vemos, por tanto, que el sistema mexicano excluye de responsabilidad al órgano inferior que actúa en obediencia de una orden de su superior jerárquico, aun cuando la ejecución de ese mandato constituya un delito, pero sujetándola a dos condiciones enteramente justificadas y racionales: que no sea notorio, es decir, al alcance del común de las gentes, que esa orden entrañe una violación de la ley penal y que no se pruebe que el acusado conocía que se trataba de una actuación delictuosa.

En consecuencia, el deber de obediencia que se deriva del principio de jerarquía tiene sus límites; no es absoluto. El inferior no sólo no está obligado a la obediencia cuando notoriamente la orden ocasiona la perpetración de un delito, sino que si lo hace, si a pesar de todo la ejecuta, incurre en responsabilidad penal, si es que ocurren las circunstancias que hemos visto fija la legislación penal.

Pero tratándose de actos que no entrañen la comisión de un delito, sino simple antijuridicidad administrativa, hay que distinguir, como lo hace Groppali, entre órganos de mera ejecución, que simplemente deben acatar las órdenes que reciben en todo caso, pues entonces la responsabilidad recaerá en el superior y órganos no de mera ejecución, y éstos deben controlar la legitimidad formal y sustancial de la orden que reciben, negándose justificadamente a acatarla, si el mandato que reciben no queda dentro de la esfera de competencia del superior jerárquico, o bien, si notoriamente es violatoria del orden jurídico.

En México, la doctrina ha planteado el problema de si los órganos del Estado, distintos del Poder judicial Federal, pueden dejar de aplicar una ley, o dejar de cumplir una orden que viola los principios de la Constitución. La solución más aceptable es la que concede privativamente al Poder judicial Federal el control de constitucionalidad de las leyes, negándolo a las demás autoridades.

Este control jurisdiccional se realiza en México a través de la institución jurídica conocida como juicio de amparo.

12. Las funciones del Estado

En este capítulo seguiremos el desarrollo que hace Alejandro Gropali en su Doctrina del Estado. Vamos a analizar las funciones del Estado.

Todo Estado, con la naturaleza específica que le hemos asignado, independientemente de su régimen, sin tornar en cuenta su forma de gobierno, tiene que realizar funciones. En su vida, en la vida del Estado, tiene que haber determinadas manifestaciones de actividad imprescindibles, que no pueden faltar, pues si desaparecen, si faltan, se destruye la vida misma del Estado, pues a través de esas funciones, por medio de esa actividad, es como el organismo político puede llegar a realizar los fines que lo originan y justifican.

a. Clasificación de las funciones del Estado

Para poder realizar sus fines, el Estado tiene que actuar, tiene que desarrollar actividad. Esa actividad fundamentalmente corresponde a su estructura orgánica inmediata. Esa actividad se desarrolla de acuerdo con el contenido propio de las funciones atribuidas a sus órganos inmediatos, y así en la vida del Estado, en el desarrollo de su actividad, encontramos las siguientes funciones -fundamentales:

- En toda organización estatal tiene que existir una actividad encaminada a formular las normas generales que deben, en primer término, estructurar al Estado y, en segundo término, reglamentar las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y las relaciones de los ciudadanos entre sí. Esto es, necesariamente, en todo Estado existe una función legislativa.
- Además, el Estado, todo Estado, debe tener una función encaminada a tutelar el ordenamiento jurídico definiendo la norma precisa que aplicar en los casos particulares. Es la función jurisdiccional.
- Por último, una tercera función esencial del Estado es actuar promoviendo la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y fomentando el bienestar y el progreso de la colectividad.

Se trata de la función administrativa, en la cual se encuentra comprendida la función gubernamental o de alta dirección del Estado, con los caracteres que le hemos asignado.

En el Estado moderno, cuya estructura nos ha servido de base para establecer los principios generales en qué consiste su teoría, es decir, la teoría del Estado, existen de manera necesaria, siempre, esas tres funciones típicas, a través de las cuales se manifiesta el poder supremo o soberanía.

b. Historia de la teoría de las funciones del Estado

Habiendo analizado la existencia de esas funciones dentro del organismo estatal, vamos a ver de qué manera las concibió el pensamiento político; la teoría de las ideas políticas en relación con este concepto de las funciones del Estado.

Haremos, pues, una breve historia de la teoría de las funciones: No obstante que, como hemos dicho, esas funciones son características del Estado moderno, no significa esto que las mismas no existieran en otros tipos históricos de organización política, ni que pensadores de otras épocas no las hubiesen observado y analizado.

Aristóteles, en la Política, indica que son esenciales a toda Polis los "órganos deliberativos", entendiéndose por esto la función legislativa, los "órganos de la magistratura" y los "órganos judiciales".

También encontramos referencia a esas funciones en los estudios que hicieron para fundamentar la necesidad de separar el poder ejecutivo del legislativo, Santo Tomás de Aquino, Marsilio de Padua, Maquiavelo y muchos otros pensadores.

c. Teoría de Montesquieu

Sin embargo, tal como la encontramos en el pensamiento moderno, esta teoría de las funciones del Estado no fue profundizada y expuesta en su completo alcance, sino hasta época muy posterior, por dos pensadores fundamentalmente: Locke y Montesquieu.

Vamos a examinar en forma más amplia la teoría de la división de poderes de Montesquieu. Como he dicho, el mérito de haber proporcionado una base científica de valor jurídico a la teoría de la división de poderes, de la separación de las diversas funciones del Estado de acuerdo con su contenido, corresponde a Locke y, sobre todo, a Montesquieu, que la llevó a su mayor extremo, observando los vicios que existían en el funcionamiento de las instituciones parlamentarias en Francia comparándolas con las de Inglaterra.



Montesquieu tomó en consideración la preponderancia que tuvo en Francia el monarca en los siglos XVII y XVIII sobre los Estados Generales, que constituían entonces el órgano legislativo y que no funcionaron de 1614 a 1789 por no ser convocados por los reyes, y en consecuencia, la preponderancia de éstos era absoluta.

Montesquieu tomó en consideración la preponderancia que tuvo en Francia el monarca en los siglos XVII y XVIII sobre los Estados Generales, que constituían entonces el órgano legislativo y que no funcionaron de 1614 a 1789 por no ser convocados por los reyes, y en consecuencia, la preponderancia de éstos era absoluta.

Por el contrario, como contraste a esa situación que existía en Francia, Montesquieu se dio cuenta de la situación política inglesa, en la que el poder de los reyes mermaba constantemente, a medida que paralelamente acrecía el poder del Parlamento.

Esas observaciones históricas dieron base a Montesquieu para elaborar su teoría, buscando un mayor equilibrio entre los poderes, aun cuando consideraba que siempre deberla haber mayor predominio del legislativo.

Con objeto de establecer ese equilibrio, Montesquieu dice que ha de procurarse la división de los poderes de acuerdo con el contenido de sus funciones, fijando con claridad sus respectivas esferas de competencia, evitando las interferencias de la actividad de unos en los campos correspondientes a los demás.

Esta teoría de Montesquieu tuvo una gran influencia en el pensamiento y en las instituciones políticas de su tiempo. Sin embargo, no fue aceptada en su integridad, no se conservó pura, sino que posteriormente sufrió modificaciones. Pero, como digo, también cristalizó en textos positivos; fue aceptada por diferentes Constituciones.

La teoría de Montesquieu fue recogida en primer término, por las Constituciones de los Estados Unidos y de Francia, en las que afirmó que no existe constitución política, si ésta no se apoya en la separación de poderes.

De acuerdo con Montesquieu, son muchísimas las ventajas que se derivan de ese sistema, encontrándose entre las principales la eliminación del peligro de que un órgano ignore cuál es el campo preciso de sus atribuciones y lo desborde. Esto puede suscitarse sobre todo en el Ejecutivo, que podría absorber las funciones del legislativo, convirtiéndose en dictador.

Repartida la soberanía entre varios órganos, correspondiendo distintos órganos dentro del Estado ejercitar la soberanía dentro de un mismo plano de igualdad, se puede obtener un equilibrio que se traduzca en un prudente ejercicio del poder, en un balance de poderes, en el que un poder sirva de freno y de control al otro.

Es la teoría que se conoce como de los frenos y contrapesos. Un poder vigila y controla la actividad del otro, en atención a su recíproca vigilancia, en virtud de que estando perfectamente delimitados sus campos, cada uno dentro de su propia esfera evitará salirse de ella y que los otros poderes puedan también inmiscuirse dentro de su correspondiente esfera de competencia.

Hemos empezado a examinar el capítulo correspondiente a las funciones del Estado. Las analizamos viendo las ventajas que resultan de la división de poderes, del hecho de que la soberanía no se ejercite por un solo órgano, sino que la misma se encuentre repartida entre varios. Afirmando que del equilibrio entre los poderes y de la delimitación precisa de su competencia, que hemos visto es una ver taja indiscutible de la

llamada división de poderes, resulta también un beneficio indudable en favor de los ciudadanos, de su libertad y de su seguridad.

En efecto, quedando perfectamente enmarcado el campo de competencia de la actividad estatal, los ciudadanos quedan asegurados contra las acciones desorbitadas del poder del Estado, pues éste tiene que manifestarse a través de las normas generales, es decir, a través de leyes, y estas leyes tienen que emanar del órgano u órganos estatales encargados de esa función, y en caso de duda, otro órgano estatal, el órgano jurisdiccional, definirá, establecerá la norma precisa cuya aplicación se requiera.

Si los jueces creasen las leyes e igual sucediera con el órgano administrativo, que en todo caso las creara, los ciudadanos no sabrían a qué atenerse; existiría una inseguridad e inestabilidad notorias que redundaría en perjuicio del bienestar y de la tranquilidad de la comunidad política.

Además de estas ventajas, la distribución de la soberanía especializa las funciones y divide las tareas a realizar por el Estado y con la especialización y distribución de labores, hace posible un mejor ejercicio del poder.

d. Modificaciones de la teoría de Montesquieu

En consecuencia, la teoría expuesta por Montesquieu en el siglo XVIII en su *Espíritu de las Leyes*, por presentar tantas ventajas indiscutibles, ha sido adoptada por la mayoría de las constituciones de los Estados modernos, aun cuando no en toda su rigidez, sino que al elaborarse los textos constitucionales de acuerdo con los lineamientos dados por ese pensador francés, ha tenido cierta elasticidad para que permita un mejor funcionamiento de los órganos políticos.

La doctrina de Montesquieu, con el transcurso del tiempo, ha sufrido precisiones, moderaciones e integraciones; es decir, ha cristalizado en textos positivos que no la han adoptado de manera absoluta, sino que siguen sus lineamientos adaptándola a circunstancias prácticas que la hacen de más valor.

Por ejemplo: mientras que Montesquieu habla siempre de poderes, en sentido objetivo o sustancial, esto es, como funciones, la doctrina moderna toma en cuenta cierto sentido subjetivo y habla de un complejo de órganos estatales definidos o estructurados por el orden jurídico, para el ejercicio de la competencia que les atribuye, de tal manera que los poderes resultan formados por un conjunto de órganos a los cuales se atribuye algún conjunto de las funciones del Estado.

Algunos pensadores tratan de reducir esas funciones estatales a dos fundamentales, y, en cambio, hay otros que las multiplican hasta llegar a la docena.

e. Doctrina de Groppali

Groppali considera que los poderes del Estado son fundamentalmente cuatro: el jefe del Estado, el Gobierno, el Parlamento y la Magistratura, a los cuales corresponden, respectivamente, la titularidad y el ejercicio de la función administrativa, titularidad de la función administrativa, al jefe del Estado; ejercicio de la función administrativa, al Gobierno; función legislativa, que corresponde al Parlamento, y función jurisdiccional, atribuida a la Magistratura o Poder judicial.

En cambio, considera que no es sostenible que, como algunos afirman, el pueblo constituya, además de esos cuatro órganos, que hemos enumerado, en sí mismo un poder, ni concebido como "población"; es decir, en sentido numérico, pues este concepto no tiene trascendencia jurídica, ni como elemento del Estado, pues entonces el poder no le corresponde como elemento del Estado, sino como parte integrante o constitutiva del mismo, y entonces el poder se manifiesta por conducto de los órganos estatales constituidos para ejercitarlo; no se manifiesta a través del pueblo.

No juzgamos pertinente considerar al jefe del Estado como un órgano diferente, pues está colocada indudablemente en la estructura administrativa o ejecutiva, no obstante su jerarquía.

f. División del poder ejecutivo

El poder ejecutivo, que era considerado de manera unitaria por Montesquieu, ha sido dividido posteriormente en poder político o de gobierno y en poder administrativo, aun cuando no sea posible desligar esas funciones, pues si el gobierno procura la realización de los fines del Estado, la administración se encamina directamente a realizarlos.

Pero, en realidad, no se trata de una distinción esencial que permita dividir tajantemente al Ejecutivo en poder político y poder administrativo. Es la misma función del Estado, considerada desde distintos ángulos de vista, sólo hay una diferencia de grado: el poder político, a de Gobierno, fija los lineamientos fundamentales de la acción del Estado, su orientación general, y el poder administrativo, como una faceta de ese mismo poder ejecutivo, se encargará de la realización práctica de ese programa formulado.

g. Flexibilidad de la división de poderes

Por otra parte al continuar el estudio de las modificaciones de la teoría de la división de poderes, debemos tomar en cuenta que existe, no una división tajante entre ellos, como hemos visto expone Montesquieu, sino que, de acuerdo con la doctrina moderna, existe una flexibilidad en la separación de los poderes, o para expresarlo con propiedad en el reparto de las competencias.

De acuerdo con el pensamiento de Montesquieu, como hemos visto, los poderes correspondían de manera absoluta y tajante a órganos diferentes. La atención a sus respectivas funciones, y su separación aseguraba el equilibrio de los poderes y evitaba las interferencias de competencias.



Pero esta concepción rígida de la división de poderes obstaculiza la marcha del Estado moderno, cuya actividad requiere un mejor entendimiento y relaciones entre los órganos del Estado y una mayor flexibilidad en la atribución de las funciones que les corresponden.

Esto no quiere decir que se termine con el concepto de la división de poderes; se continúa atribuyendo a los órganos típicos tradicionales las funciones específicas que se les ha asignado; pero, en vista de las necesidades prácticas, se vuelve flexible esa atribución y se les conceden, además de esas funciones específicas, otras que son sustancialmente diferentes, que tienen un contenido distinto a aquellas que les corresponden de acuerdo con su denominación formal.

Pero esta atribución solamente se hace de manera excepcional y subsidiaria. En el estudio del Derecho administrativo encontramos funciones jurisdiccionales y legislativas del Ejecutivo.

En el Derecho procesal se toma en cuenta la posibilidad de funciones administrativas y aun materialmente legislativas de los jueces.

Pero siempre la tarea fundamental de esos poderes, será la correspondiente al desarrollo de las actividades específicas que derivan de su denominación formal.

La actividad fundamental del Ejecutivo será la realización de actos administrativos.

La actividad fundamental del Poder Legislativo será la creación de normas jurídicas de observancia general.

La función fundamental del Poder jurisdiccional será la aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos.

Es decir, se conservan los tres poderes fundamentales: Ejecutivo, Legislativo y judicial; pero con cierta permeabilidad en sus funciones, no con la rigidez original de la doctrina de Montesquieu.

Hay autores, como Esposito, que afirman que todos los actos del Estado son complejos; que llevan dentro de sí un contenido de creación, definición y aplicación del Derecho. Es decir, que el acto del Estado, cualquiera que sea el órgano del que emane, tiene un contenido legislativo, judicial y administrativo.

Esta teoría es falsa, pues si bien es cierto que existen actos complejos con ese mismo contenido, la mayoría de los actos estatales tienen un perfil propio, que los clasifica dentro de los moldes tradicionales. Por ello, esta doctrina debe desecharse.

Hay actos complejos; hay actos que, en efecto, participan de las tres características. Pero la mayoría de los actos, si los analizamos, veremos que los podemos clasificar dentro de los moldes clásicos que sirven para hacer la división de poderes.

Se plantea, además, el problema de definir si esos tres poderes fundamentales deben considerarse de un mismo nivel, o si alguno de ellos ha de tener preponderancia sobre los otros; si alguno de ellos ha de ser de una Jerarquía superior.

Si se prescinde de toda valoración política y se toma en cuenta únicamente el aspecto jurídico, la tesis más aceptada es la de la igualdad entre todos los poderes, por la misma importancia de sus funciones y la necesidad de su coordinación en el mismo plano.

En la práctica, este problema debe ser solucionado por los textos constitucionales, que lo tratan en distinta forma, de acuerdo con los diferentes regímenes de gobierno que establecen.

Sin embargo, las circunstancias históricas y políticas y aun de la calidad particular que corresponde a los titulares de los poderes, ordinariamente proporcionan mayor preponderancia al Ejecutivo.

Debemos precisar, no obstante, una vez más, que el poder del Estado o soberanía es única e indivisible, simplemente se distribuye en diversos órganos para su ejercicio repartiéndose la competencia.

h. Función legislativa

Habiendo estudiado la teoría de la división de poderes en Montesquieu y habiendo examinado las moderaciones e integraciones que ha tenido esa doctrina en el Estado moderno y llegado a la conclusión de que, no obstante esas moderaciones e integraciones, se conserva en la actualidad esa división primordial del Estado atribuyéndola a sus órganos fundamentales, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, vamos a examinar ahora, en detalle, cada una de estas funciones del Estado, empezando con la función legislativa.



La función legislativa es definida por Groppali como "La actividad del Estado que tiende a crear el ordenamiento jurídico y que se manifiesta en la elaboración y formulación, de manera general y abstracta, de las normas que regulan la organización del Estado, el funcionamiento de sus órganos, las relaciones entre el Estado y ciudad nos y las de los ciudadanos entre sí".

El órgano legislativo, con pocas excepciones, se compone, generalmente, como sucede en México, de dos Cámaras que colaboran en la tarea legislativa, de acuerdo con el mecanismo fijado en las constituciones.

En la función legislativa coopera, directa o indirectamente, de acuerdo con los sistemas, el jefe del Estado, a quien a veces se autoriza a vetar las leyes, a presentar iniciativas, a promulgarlas, etc.

En otros sistemas, como sucede en Francia y en Estados Unidos, el jefe del Estado no tiene injerencia alguna en la función legislativa, que se atribuye únicamente al Parlamento en Francia, o al Congreso en los Estados Unidos.

Un tercer sistema concede facultades al pueblo, a la población, para que intervenga en la función legislativa, para aprobar las leyes después de que han sido elaboradas por el órgano legislativo, tienen que sujetarse a la votación popular. Es la institución que se conoce con el nombre de "referendum". En Suiza encontramos adoptado este sistema.

El "referendum puede ser facultativo, suspensivo u obligatorio; abrogatorio o constitutivo, según que consista en un medio obligatorio o dilatorio de la entrada en vigor de una ley o constituya un veto o una necesidad para integrarla.

La estructuración particular de las asambleas legislativas es tarea que corresponde a las diferentes constituciones concretas de los Estados.

i. Clasificación de la función legislativa

La función legislativa, generalmente, se divide en función legislativa ordinaria y función legislativa constituyente, según que su tarea se enfoque a la formulación de la legislación ordinaria, o sea, la que regula las relaciones de los particulares entre sí, o bien se enfoque hacia la estructuración de los organismos mediatos del Estado.

Por el contrario, es constituyente la función legislativa cuando su objetivo consiste en la elaboración de las normas que han de regir la estructura fundamental del Estado, o sea, la estructura de sus órganos inmediatos o constitucionales.

j. Constituciones flexibles y rígidas

Relacionada con esa división que hemos hecho de la función legislativa se encuentra la clasificación de las constituciones de los Estados en flexibles y en rígidas.

Una constitución es flexible cuando puede ser modificada por el órgano legislativo normal, siendo rígida cuando se requiere la existencia de un órgano superior, según Bryce, o simplemente cuando se exige para modificarla que se observe un procedimiento excepcional.

De acuerdo con estos conceptos, la Constitución Mexicana es rígida, porque no puede ser modificada por el procedimiento legislativo ordinario, sino que sus reformas tienen que ser hechas por el Poder Constituyente.

En otros países, los sistemas se multiplican, habiendo Estados con Constitución flexible y otros que las tienen rígidas, siendo también diferentes los mecanismos de sus órganos legislativos.

k. Límites de la función legislativa

No obstante que su función es crear el orden jurídico, es erróneo creer que por esta circunstancia el órgano legislativo, el Poder Legislativo, no tenga límites jurídicos a su actividad.

Al igual que los restantes poderes, el Legislativo también queda sujeto al orden jurídico, que fija su estructura y norma su funcionamiento.

Desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material, es decir, del contenido de las leyes que puede elaborar, se encuentra también limitado por exigencias no menos imperiosas, de carácter jurídico.

En el sistema mexicano, el Poder Legislativo se encuentra sujeto a las normas constitucionales, que tienen una jerarquía superior a las normas que el mismo puede elaborar. Al tener esta jerarquía superior, toda actividad del Legislativo al elaborar las leyes ordinarias ha de basarse precisamente en los lineamientos que se encuentran en los textos constitucionales, es lo que se conoce como supremacía de la constitución.

La legislación ordinaria no puede en manera alguna contravenir las disposiciones constitucionales. Si las contraviene, corresponde a otro órgano del Estado, al jurisdiccional, el controlarlas, haciendo que no sean acatadas.

Por otra parte, el Legislativo, además de ese freno jurídico, además de encontrarse limitado en su actividad por esas consideraciones jurídicas que hemos examinado, también encuentra límite a su actividad en consideraciones políticas: la opinión pública, la conveniencia, la necesidad, etc.

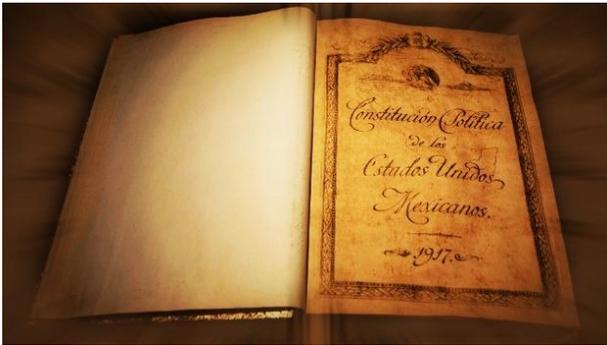
Además, también debe encontrar límite la actividad legislativa, en cuanto al contenido de las reglas que elabore, en consideraciones de carácter ético, de carácter moral: el contenido de las leyes no ha de contravenir a los principios morales de equidad, de buenas costumbres, de respeto a los derechos adquiridos, y en general de los principios supremos contenidos en el orden jurídico natural.

I. Constituciones escritas y constituciones históricas

Otra división de las constituciones es en escritas y en históricas o consuetudinarias, según que resulten de la elaboración de un texto escrito, concreto, o sean, el resultado de la observancia repetida de las mismas prácticas históricas; es decir, de la aceptación de la costumbre que es refrendada por la voluntad nacional, que la acepta como el propio orden constitucional que estructura al Estado.

Inglaterra nos proporciona el ejemplo típico de país con constitución histórica o consuetudinaria. En Inglaterra no existe un texto constitucional único, sino que la constitución consuetudinaria de este país está formada por una serie de actas, como la Magna Carta del Siglo XIII (1225), arrancada por los nobles al Rey Juan Sin Tierra, la confirmación de dicha Carta Magna y otras Actas posteriores en distintos siglos.

Estas Actas, al igual que la Magna Carta que las inició, generalmente eran el resultado de la transacción que hacia la Corona con las clases sociales que se le enfrentaban, para dar fin a la lucha que se había originado.



En esos documentos están establecidos diversos derechos que constituyen las bases estructurales del Estado Inglés.

Pero esos documentos escritos simplemente confirman la presencia de costumbres existentes y quedan sujetos a ser modificados o adicionados por nuevas costumbres que se originen en la vida histórica del pueblo inglés.

Las constituciones escritas, generalmente se encuentran o constan en un solo texto, en un solo documento, como la vigente Constitución Mexicana de 1917 y todas las que la precedieron, o bien pueden encontrarse en varios textos, como sucedía con la Constitución Francesa de 1875, que se encontraba encerrada en tres Leyes Constitucionales.

Pero sin, embargo, las constituciones escritas, aun cuando se encuentren en diversos textos, como la francesa aludida, siempre surgen, no de la confirmación de costumbres existentes, como es el caso de las constituciones consuetudinarias, sino que nacen a consecuencia o como resultado de las deliberaciones de una asamblea que, frecuentemente, surge o se forma o se constituye a consecuencia de un movimiento revolucionario.

Por su origen, las constituciones pueden clasificarse en otorgadas y de origen popular. Otorgadas, si su redacción e imposición se efectúa por una voluntad superior del Estado, que las impone imperativamente. O bien, son de origen popular, cuando surgen de la elaboración que tiene lugar en una asamblea constituyente de ciudadanos.

m. Función legislativa del ejecutivo

Vamos a examinar ahora la función legislativa del Ejecutivo. Como hemos explicado, el concepto rígido de la división de poderes de Montesquieu, no opera en el Estado moderno, en el que, aun cuando la gran mayoría de los actos estatales son realizados por los poderes típicos organizados para llevarlos a efecto de acuerdo con sus respectivas organizaciones o denominaciones formales, en ocasiones tienen funciones que no corresponden a esa denominación formal.

Un caso notorio lo encontramos examinando la función legislativa del Ejecutivo. El Ejecutivo tiene facultades legislativas que aparecen en la forma siguiente: al dictar leyes con el valor propio de ellas en su forma y contenido, de, acuerdo con facultades extraordinarias para legislar que le concede (al Ejecutivo) el Poder Legislativo o que le corresponden constitucionalmente de manera directa, en situaciones de emergencia; y además como una de sus tareas normales al hacer uso de la facultad reglamentaria que le concede la Constitución.

Esta facultad reglamentaria que formalmente, es decir, por su fuente, da origen a actos administrativos, desde el punto de vista material, o sea, de su contenido, origina o da nacimiento a normas

jurídicas, como son los reglamentos, con todas las características de las leyes, y por ello se trata en realidad, en sentido intrínseco, de una función legislativa del Ejecutivo.

Estos reglamentos sirven para encauzar las facultades discrecionales, y necesariamente han de apoyarse, por su jerarquía inferior, en normas legales que fijan los lineamientos que después son desarrollados por ellos (por los reglamentos), en vista de las necesidades prácticas.

La actividad fundamental del Ejecutivo, es la producción de actos administrativos. Al estudiar en concreto el acto administrativo, se advierte que muchas veces el contenido del mismo tiene todas las características de las leyes, y entonces se dice que es un acto administrativo desde el punto de vista formal y que es una verdadera ley desde el punto de vista material, o sea, de su contenido.'

n. La función jurisdiccional

Habiendo estudiado la función legislativa y la excepcional función legislativa del Ejecutivo, vamos a estudiar ahora la función Jurisdiccional.

"Se denomina función jurisdiccional -dice Groppali- la característica actividad del Estado encaminada a tutelar el ordenamiento jurídico, esto es, dirigida a obtener en los casos concretos la declaración del derecho y la observación de la norma jurídica pre-constituida, mediante la resolución, con base en la misma, de las controversias que surjan por conflictos de intereses, tanto entre particulares como entre particulares y el poder público, y mediante la ejecución coactiva de las sentencias.



La declaración del derecho y la observancia de las leyes aplicables a la resolución de las controversias, se obtienen por medio del proceso, que es definido por Chiovenda como "el conjunto de los actos coordinados con objeto de actuar la voluntad concreta de la ley, en relación con un bien que el actor pretende está garantizado por ella, por medio de los órganos jurisdiccionales".

Presupuestos del proceso son: el derecho de obtener justicia y la potestad y el deber de proporcionarla, o sean, la acción y la jurisdicción, que se dividen en acción y jurisdicción civil, acción y jurisdicción penal y acción y jurisdicción administrativa, fundamentalmente.

El proceso tiene dos fases principales: el conocimiento y la ejecución. Como lo indican sus nombres, esos momentos del proceso tienen, respectivamente, por objeto proporcionar al juez los elementos de la certeza que necesita para dictar sentencia, como lo indica su nombre, el conocimiento de los hechos que constituyen la controversia; y el segundo (momento), llevar a efecto lo resuelto en esa decisión judicial, en la sentencia que ha dictado después de tener los elementos necesarios para formularla.

Sirviéndose de ese proceso, el juez realiza la función jurisdiccional; define y aplica las normas jurídicas en vista de los casos que son llevados a su conocimiento.

Hay autores que pretenden identificar la función jurisdiccional con la administrativa, porque dicen que ambas 'tienden a la aplicación de las leyes.

La falsedad de esta doctrina es manifiesta, porque el contenido de ambas actividades es diferente.

Toda actividad del Estado, por realizarse dentro del orden jurídico, entraña aplicación de normas de esta índole; pero atendiendo a las causas, al mecanismo de aplicación y a; su contenido, claramente se distinguen los actos administrativos de los jurisdiccionales.

Es falsa, igualmente, la opinión que identifica la función jurisdiccional con la legislativa, pues, si bien ambas crean normas jurídicas, al igual que al tratarse de los actos administrativos, es fácil distinguir las leyes de los actos jurisdiccionales por su motivación, su mecanismo y, fundamentalmente, por su contenido.

La estructura fundamental del órgano jurisdiccional se encuentra fijada por las constituciones. Los lineamientos secundarios de organización y funcionamiento son dados por la legislación ordinaria.

o. La función administrativa

Habiendo visto en términos generales, que son los que corresponden al estudio de la Teoría del Estado, los lineamientos de la función jurisdiccional, vamos a examinar la función administrativa.

La actividad administrativa difiere de la función legislativa y de la función jurisdiccional, puesto que mientras que la función legislativa tiene por objeto formar el Derecho y la jurisdiccional tutelar y actuarlo, la función administrativa, por su parte, se dirige a satisfacer una necesidad concreta o a obtener el bien o la utilidad que la norma jurídica debe garantizar.

La función administrativa aplica las normas jurídicas, actuándolas; pero no se confunde con la función jurisdiccional, que también las aplica, pues sus características son diferentes:

La Administración Pública es parte interesada en las situaciones jurídicas en las que interviene. La actividad, en cambio, del órgano jurisdiccional, se encuentra colocada en un plano superior. El órgano jurisdiccional está por encima de las partes en el proceso. La Administración toma parte directa, es sujeto de las relaciones con los particulares.

Además, el objeto de la Administración Pública es la satisfacción de los propios intereses y de los colectivos. En cambio, el objeto de la jurisdicción es la tutela objetiva del ordenamiento jurídico, por medio de la aplicación de la norma al caso concreto.

Lo característico de los actos administrativos es un obrar. Lo característico de los actos jurisdiccionales es un pronunciamiento; es una decisión judicial.

En la función administrativa existe, además, una distinción respecto de la jurisdiccional, por cuanto en la función administrativa no se da la existencia de un proceso, del proceso contencioso, que, como hemos visto, forma precisamente la base de la función jurisdiccional.

Las sentencias firmes son irrevocables. En cambio, los actos administrativos son siempre de naturaleza revocable.

p. El contenido de la función administrativa

La función administrativa tiene por contenido fundamental las actividades del Poder Ejecutivo, que son complejas.

Comprende la actividad propiamente ejecutiva, encaminada a la actuación directa de las leyes, y la función gubernamental o administrativa, propiamente dicha, que cuida de los asuntos del Estado y tiende a la satisfacción de los intereses y necesidades de la colectividad.

Por último, corresponde también al poder Ejecutivo la función política de coordinación de los varios poderes del gobierno y la alta dirección del Estado.

Según la doctrina rígida de Montesquieu, para conservar el equilibrio derivado de la estricta división de poderes, de acuerdo con la función legislativa, correspondería sólo al órgano legislativo el proporcionar las directrices del Estado, quedando a su cargo todas las iniciativas que después se encargaría de realizar el Ejecutivo.

Pero las necesidades de la vida práctica del Estado, llena de dinamismo, requieren que el Ejecutivo tenga autonomía y libertad de iniciativa para enfrentarse a los problemas.

q. Actos de gobierno y actos administrativos

Aun cuando se mantenga siempre en su actividad, dentro del orden jurídico, esa libertad de iniciativa y de alta dirección del Estado corresponde al Ejecutivo, en su aspecto de gobierno, perteneciendo a su aspecto administrativo de mera ejecución la realización de los actos concretos destinados a satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

Los actos de gobierno son de índole política, de alta dirección de los negocios públicos. Estos actos de gobierno, políticos, no son recurribles, es decir, no puede pedirse la revocación de los mismos, en cambio, son los actos administrativos típicos, de los cuales ya hemos dicho que presentan la característica de revocabilidad.

Sin embargo, la distinción absoluta entre actos de gobierno, entre actos políticos y actos administrativos, es difícil de fijar en abstracto. No se puede trazar una línea divisoria con perfiles enteramente claros que separe estas dos categorías de actos del Ejecutivo.



Algunos autores dicen que los actos de gobierno son aquellos que el Estado realiza por motivos políticos, y todos los demás son administrativos.

Esta definición tiene el defecto de dejar al arbitrio del poder público el calificar los motivos de su actividad y, en consecuencia, de definir, de precisar, la naturaleza de los actos resultantes de su actividad.

Otra clasificación pretende tomar como base para hacer esa distinción, las leyes en que se funde la actividad estatal, considerando actos de gobierno los que se deriven

directamente de las leyes constitucionales y actos administrativos los que tengan su fundamento en la legislación ordinaria.

Este criterio de distinción tampoco es decisivo, pues, en realidad, todas las leyes emanan de la Constitución, supuesto que no pueden ir legítimamente en contra de sus preceptos, en atención a la jerarquía suprema que tienen las normas constitucionales.

Otro criterio que se utiliza para distinguir los actos administrativos de los actos políticos o de gobierno, es el que considera que son actos de gobierno los que derivan de las facultades discrecionales del Ejecutivo, y administrativos, los que tienen que fundarse para su realización en los lineamientos precisos que señalen los reglamentos.

En efecto, es cierto que los actos de gobierno tienen lugar dentro de las facultades discrecionales del Ejecutivo; pero no es de su esencia, ya que también existen actos típicamente administrativos que nacen igualmente del arbitrio del Poder Ejecutivo.

Todos los actos políticos o de gobierno son discrecionales, puesto que nacen precisamente cuando el Ejecutivo hace uso de facultades de este orden; pero no todos los actos discrecionales son actos de gobierno o actos políticos, porque dentro de estas mismas facultades discrecional podemos encontrar la existencia de actos administrativos propiamente dichos.

r. Doctrina de Ranelletti

Hablamos expuesto que había que distinguir dentro de los actos correspondientes a la función administrativa, los actos políticos o de gobierno de los actos estrictamente administrativos. Examinamos diversos criterios de distinción, no habiendo encontrado una solución satisfactoria.

Vamos a estudiar la doctrina formulada por Ranelletti, a este respecto. Ranelletti proporciona un criterio de distinción en relación con -ese problema y dice que actos políticos o de gobierno son aquellos en los que se encuentra involucrado el Estado en la totalidad de sus funciones, en su complejo unitario; cuando se encuentran en juego los intereses generales, la seguridad, el prestigio y la defensa misma del Estado.

Actos políticos, en consecuencia, según este criterio de Ranelletti, son aquellos que están determinados por una consideración unitaria en el interior y en el exterior de los intereses del Estado, en los momentos fundamentales de su vida.

Los actos políticos o de gobierno son, por tanto, los que tienen por finalidad la protección de los intereses más altos y delicados de Estado, considerado, no en sus manifestaciones aisladas de actividad dirigida hacia la satisfacción de determinadas necesidades, sino como una actividad tendente a satisfacer el conjunto de esas necesidades consideradas globalmente como una unidad.

Es un acto político típico la determinación de la actividad, de un Estado ante los otros, por ejemplo: hacer la declaración de una guerra; también el acto que fija las relaciones del Estado con otros grupos, por

ejemplo: con la iglesia; la declaración de una situación de emergencia dentro del país, a consecuencia de disturbios políticos, de una rebelión, de una epidemia, de una catástrofe, etc.

Es decir, todos los actos que se dan y se justifican en vista de los intereses supremos del Estado y que se manifiestan en virtud de las facultades discrecionales o extraordinarias del gobierno, legítimamente ejercitadas.

Estos actos de alta categoría, de gran trascendencia para la vida del Estado, son los actos de gobierno o actos políticos.

Por su gran importancia, estos actos son atribuidos, por la mayoría de las Constituciones, generalmente al jefe del Estado.

Repetimos que esta actividad de gobierno o política no significa una nueva categoría; es sólo una fase o aspecto de la función administrativa, pero con manifestaciones especiales.

s. El jefe del Estado

Nos hemos referido al jefe del Estado. Debemos, en consecuencia, hacer un examen del significado de este concepto.

En todas las Constituciones se encuentra instituida la figura del Jefe del Estado, que representa el símbolo viviente de la unidad política y es el depositario del principio de autoridad.



Jellinek fundó la necesidad de esta institución y los argumentos que hizo valer permanecen, no obstante las críticas de Duguit y de Kelsen, que sostienen que el jefe del Estado no tiene sino una simple función decorativa y simbólica en el juego de los poderes y que por ello no es una institución necesaria.

Aun cuando se admita que el jefe del Estado no es sino un elemento de uno de los poderes del mismo (del Poder Ejecutivo) y que, en consecuencia, sus funciones son de la misma categoría que las que corresponden a los otros poderes del Estado, no obstante "subsiste la necesidad de que exista un órgano -supremo que exprese y represente la unidad del Estado, tanto en su aspecto nacional como en el internacional. Que, además, ponga en movimiento los órganos del Estado y coordine sus funciones.

No obstante la división de poderes, o precisamente por su existencia, se requiere que haya una institución que represente la unidad de todas esas diversas funciones, que signifique o represente la unidad del Estado en atención de la orientación de la actividad de todos sus órganos para realizar conjuntamente el fin supremo del Estado.

Será discutible de qué naturaleza tiene que ser ese jefe del Estados puede ser un rey, un presidente o un cuerpo colegiado. Y la mayor o menor extensión de sus atribuciones, igualmente, dependerá de circunstancias concretas, de la tradición histórica, etc.

Pero lo que sí es imprescindible en todo Estado es la existencia de un jefe del mismo, no tratándose de un cuarto Poder, sino de una parte que corresponde a la estructura del Ejecutivo, y que además de las funciones específicas que le son atribuidas por esta situación, representa la unidad de la sociedad política, al significar la figura investida con la jerarquía suprema dentro de la misma.