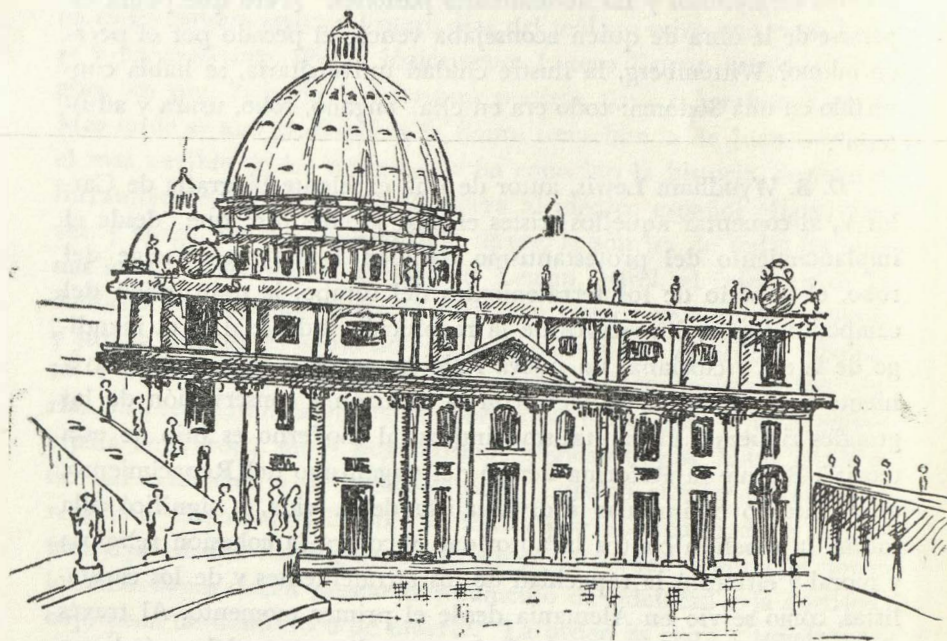


Las nuevas corrientes históricas desatadas con la rebelión religiosa, que produjo tan tremendos e inmediatos efectos sociales en su propia patria de origen, extendiéndose a otras partes del continente, determinaron la ruptura del equilibrio espiritual del Viejo Mundo sin que a éste se la haya dado en cambio ni siquiera estabilidad política y sosiego económico y una afirmación positiva y permanente de justicia internacional. Eco convulsionado de aquellos impulsos desquiciadores, son las dos grandes guerras del presente siglo, que apenas constituyen un alto en la carrera trágica de disolución, que conoció su lejana e inicial hora conflictiva el Día de todos los Santos de 1517. De esta manera puede afirmarse sin temor de exagerar que todo el caos de los tiempos presentes, procede de Martín Lutero, verdadero autor de la anarquía espiritual contemporánea.



# D E R E C H O

## De la distinción entre las funciones judicial y administrativa en derecho civil y canónico (\*)

Por LEOPOLDO UPRIMNY

Profesor titular de Derecho Canónico en este Colegio Mayor; profesor de Derecho Canónico Procesal en la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Javeriana; profesor titular de Derecho Constitucional General en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la misma Universidad; profesor de la misma materia en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional.

### 1. ESTADO CAOTICO DE LA CUESTION

1. Existen pocas cuestiones tan discutidas en el campo del Derecho Canónico como las distinciones entre las funciones y potestades judicial y administrativa. Los autores anteriores al Código y aun algunos posteriores al mismo, no conocen, por regla general, tales distinciones. Ellos dividen la "jurisdicción" (*iurisdictio*) comúnmente en contenciosa y voluntaria. Trátase de ésta según algunos, cuando se ejerce sobre personas que la consienten (*volentes*), (como en el caso de adopciones) mientras que la jurisdicción contenciosa o judicial se extiende también a las personas contra su voluntad (*invitos*) (1). Otros autores que escriben ya después del Código mantienen esta distinción pero afirman que ella se refiere tan sólo al procedimiento. La jurisdicción voluntaria tiende a resolver los asuntos sin juicio, mas *ex aequo et bono* que en conformidad con normas estrictas de derecho,

(\*) Reproducido de *Questioni attuali di Diritto Canonico* (Analecta Gregoriana vol. LXXIX), pp. 478 ss., Roma, 1955, Pontificia Universidad Gregoriana.

(1) P. ej. Reiffenstuel, t. 29, par. 1, n. 8; Devoti, *Institutiones*, Lib. III, tit. II, par. IV.

por lo cual puede denominarse también jurisdicción no-judicial, mientras que la jurisdicción judicial o contenciosa se ejerce en forma de juicios sometidos estrictamente a la ley (2). El Código mismo se limita a distinguir entre jurisdicción voluntaria o no-judicial y jurisdicción judicial, sin dar definición alguna (Can. 201, 205 y 1507).

2. Según varios tratadistas la jurisdicción voluntaria no se identifica con la no-judicial, porque ésta comprende fuera de la voluntaria también la legislativa y gubernativa o sea administrativa (3), lo que otros niegan (4). Cappello, a su vez, divide la *potestas jurisdictionis* en *potestas magisterii* y *potestas regiminis* y subdivide esta última en legislativa, judicial y coercitiva o punitiva (5). Aunque el Código identifica la *potestas jurisdictionis* con la *potestas regiminis* (Can. 196).

3. Según la mayoría de los autores la potestad administrativa es la misma gubernativa y forma parte de la jurisdicción voluntaria. Della Rocca distingue, sin embargo, entre el poder judicial y el administrativo y afirma que tanto la jurisdicción voluntaria como la administrativa pertenecen al primero: "La actividad del poder administrativo se desenvuelve... con miras a procurar directa e indirectamente el bien público; mientras que la actividad desarrollada en forma de jurisdicción voluntaria, aun cuando tienda en forma indirecta a satisfacer un interés público, tiene por fin la tutela de un derecho o de un interés privado, y a pesar de ello, es por la común propia de los órganos encargados de la administración de justicia" (6). A resultados diametralmente opuestos llega el ilustrísimo Mörsdorf, uno de los canonistas que más a fondo han estudiado el problema. Divide el director del Instituto de Derecho Canónico de la Universidad de Munich la *potestas iurisdictionis* (Hirtengewalt) en la legislativa (*Gesetzgebund*), judicial (*Rechtsprechung*) y administrativa (*Verwaltung*). En cuanto a la distinción entre las funciones judicial y administrativa se expresa el citado autor de la siguiente manera:

"La función judicial tiende directamente a la realización del derecho. La tarea del juez consiste en aplicar a un caso concreto la nor-

(2) Ferreres, *Institutiones*, I, nos. 363 y 364; Cocchi, *Coment*, II, no. 116, 3; Regatillo, *Institutiones*, I, no. 365, 3.

(3) Coronata, I, 227, y 3 282 nota; Wernz-Vidal, II, 375 b; Maroto, *Institutiones*, 724.

(4) Vermeersch-Creusen, I, 316.

(5) *Summa Iuris Publici Ecclesiastici*, no. 141.

(6) *Institutiones de Derecho Procesal Canónico*, no. 9.

ma abstracta de conducta... La función administrativa o ejecutiva es la potestad activa que impulsa hacia la acción, el éxito positivo; ella tiende directamente al fomento práctico del bien de la Iglesia; su actividad es ora aplicación del derecho, ora creación de derecho; aquélla la une con la función judicial, ésta con la legislativa... (7).

Subdivide la función administrativa en "administración voluntaria (*freiwillige Verwaltung*, iurisdictio voluntaria)" que se ejerce contra *volentes et petentes* y en "administración coactiva (*Zwangsmässige Verwaltung*)" que se dirige contra invitos (8). Luego para Mörsdorf la jurisdicción voluntaria forma parte de la función administrativa y no de la judicial. Y la distinción que establece el citado autor entre las funciones judiciales y administrativa, es una distinción material (porque se deriva de las materias objeto de las respectivas funciones) y no de carácter formal, como la célebre distinción de la Escuela de Viena (Kelsen, Merkl, Adamovich), la cual niega la posibilidad de establecer una distinción material o de contenido entre las funciones judicial y administrativa, puesto que ambas tienen como objeto la ejecución de las leyes o normas generales. Por lo tanto, aquella distinción se funda en la diferencia entre los órganos que ejercen ambas funciones: los jueces (titulares de la función judicial) son independientes e inamovibles; los funcionarios administrativos no tienen jamás, al mismo tiempo, estas dos garantías. Función judicial es, pues, la ejercida por tales jueces independientes e inamovibles; función administrativa la puesta en obra por funcionarios administrativos que carecen de tales garantías.

4. Melichar trató de establecer esta distinción formal entre las funciones judicial y administrativa en el campo del Derecho Canó-

(7) Eichmann-Mörsdorf, *Lehrbuch der Kirchenrechts*, pág. 53, III, "Die Rechtsprechung zielt unmittelbar auf die Verwirklichung des Rechtes. Die Aufgabe des Richters besteht darin, die abstrakte Verhaltensnorm auf einen konkreten Fall anzuwenden... Die Verwaltung oder die Vollziehung ist die handelnde, die zur Tat, zum sachlichen Erfolg hindrängende Gewalt, sie zielt unmittelbar auf die praktische Förderung des Wohles der Kirche. Ihre Tätigkeit ist bald Rechtsanwendung, bald Rechtsschöpfung; das eine verbindet sie der Rechtsprechung, das andere der Gesetzgebund...". Cf. también Hofmann, *Die freiwillige Gerichtsbarkeit* (iurisdictio voluntaria) *im kanonischen Recht*, Paderborn, 1929; Johnson, *De distinctione inter potestatem iudicalem et potestatem administrativam in iure canonico*, Apollinaris, 1936, pp. 258-269; Mörsdorf, *Rechtsprechung und Verwaltung*, pp. 17 ss.

(8) Eichmann-Mörsdorf, *loc. cit.*, p. 296.

nico (9). Más con razón observa Mörsdorf que su intento no puede prosperar, puesto que tanto el Sumo Pontífice como los Obispos reúnen en su persona las funciones que en el Estado ejercen los órganos legislativo, judicial y administrativo (10). Sin embargo, debe decirse que tampoco es satisfactoria la distinción material defendida por este insigne autor, el cual debe confesar “que hasta ahora no se ha logrado encontrar un distintivo material de validez universal, según el cual podrían distinguirse asuntos judiciales de asuntos administrativos” (11). Por lo mismo, anota *Wernz-Vidal*: “De distinctione inter potestatem administrativam et contentiosam. I. Haec distinctio non est fafacilis, nec ipsa const. “Sapienti consilio” praebet normam certam, fixam et claram ad illam distinctionem faciendam” (12).

5. Ahora bien; podría quizás creerse —como afirman varios autores muy eminentes— (13) que todas estas distinciones entre jurisdicción judicial y no-judicial, entre potestad judicial y administrativa no tienen sino un valor teórico y carecen de toda importancia práctica. No podemos compartir esta opinión. Creemos, por el contrario, que si no se soluciona este problema, es imposible llegar a una noción clara de muchas cuestiones de alta importancia práctica, como por ejemplo de los efectos de un decreto que pone fin a un proceso administrativo (si tal decreto puede ser revisado por la vía judicial, como afirma *Cappello* (14); sobre las normas que deben seguirse en los procesos administrativos de lecho, mesa y habitación que no aparecen reglamentados en el Código, lo que es tanto más grave, cuanto que las causas de separación temporal deben ser tramitadas por la vía administrativa, a no ser que el Ordinario disponga lo contrario, de oficio o a instancia de las partes (15); si el Ordinario al decidir por la vía administrativa puede fallar *ex aequo et bono*, como lo sostiene el insigne *Cappello* (16), o si debe proceder conforme a la ley. Todas estas

(9) Melichar, *Gerichtsbarkeit und Verwaltung im staatlichen und kanonischen Recht*, Vienna, 1948.

(10) *Loc. cit.*

(11) *Ibid.*: “Wenn es bisher nicht gelungen ist, ein allgemeingültiges inneres Kennzeichen zu finden, nach dem die Gerichtssachen von den Verwaltungssachen zu unterscheiden sind...”.

(12) II, 487.

(13) Roberti, *De processibus*, I, 52; Coronata, *Institutiones*, I, 282, nota 9, pp. 329-330 (3ª ed.).

(14) *Praxis processualis*, no. 4, 4ª.

(15) *Com. Pont.* 25 de junio de 1932, AAS. xxiv, 284.

(16) *Praxis*, no. 4, 5ª.

cuestiones no pueden ser solucionadas, si no existe claridad sobre los siguientes supuestos: Si en el Derecho Canónico existe o no una potestad administrativa distinta de la judicial y, en caso afirmativo, cual es su nota distintiva; y si falta en Derecho Canónico tal potestad administrativa distinta de la judicial, debe establecerse cuál es el significado del “proceso administrativo” mencionado en una Decisión de la Comisión Pontificia de Interpretación, la cual como es sabido tiene fuerza de ley. Para ensayar la solución de estos problemas consideramos como el método más adecuado al histórico, de acuerdo con la gloriosa tradición de Antonio Agustín y la sabia norma de la S. C. de Seminarios y Universidades de 7 de agosto de 1917.

## II. ORIGEN DE LA DISTINCION ENTRE ORGANOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES EN DERECHO CANONICO

6. La distinción entre órganos administrativos y judiciales en Derecho Canónico data tan sólo de este siglo.

En efecto; tanto el Vicario de Cristo, como los Obispos como sucesores de los Apóstoles vienen ejerciendo, por Derecho Divino, funciones que en terminología moderna se denominarían legislativa, judicial y administrativa. Igualmente los Concilios no solamente legislaban, sino que imponían sanciones penales, como la excomunión solemne de ciertos delincuentes.

También los representantes de los Obispos, primero los arcedianos (archidiáconos) y después los oficiales y vicarios generales, servían al mismo tiempo, tanto como jueces en procesos contenciosos, criminales y de jurisdicción voluntaria, como en asuntos (por ejemplo visita pastoral) que hoy se denominarían administrativos. Si bien había en algunos países aun antes del Código una distribución de trabajo de tal manera que el oficial se ocupaba, por lo general, en los juicios contenciosos y criminales, mientras que el Vicario General representaba al Obispo en las otras materias, especialmente en el gobierno de la diócesis y en causas de jurisdicción voluntaria, en muchas diócesis no había esta división de trabajo, por lo cual tanto el derecho de las Decretales como el Concilio de Trento emplean los términos de Vicario General y Oficial promiscuamente (17). En mu-

(17) Cap. 3, Lib. I, 13 in vi; Conc. Trid. sess. xxiv, cap. 12 de ref.; *Wernz-Vidal*, II, no. 634, III.

chas diócesis de poca extensión, especialmente en Italia, no existía el cargo de Oficial. El Vicario General administraba también justicia en nombre de Obispo.

7. Igualmente tenían funciones que hoy llamaríamos legislativas, judiciales y administrativas las Congregaciones de Cardenales hasta que, en 1908, por medio de la Constitución *Sapienti consilio* Su Santidad Pío IX, al reorganizar la Curia Romana, dispuso que estas congregaciones no debían fallar “causas contentiosas tam civiles quam criminales, ordinem iudicarium cum processu et probationibus requirentes”, porque tales Congregaciones deciden “administrativa ratione et disciplinae tramite”. Aparece, por lo tanto, aquí una división entre órganos de la Curia Romana (las Congregaciones de Cardenales) que conocen, por regla general, de cuestiones que no requieren pruebas, de manera “administrativa o disciplinar” (aunque, a veces, siguen competentes para ciertas materias contenciosas, como el Santo Oficio), mientras que las causas contenciosas (civiles y criminales) que necesitan la producción de pruebas deben ser tramitadas por el Tribunal de la S. Rota. Trátase, pues, aquí de una simple división de trabajo que tiende, más que todo, aliviar la tarea de las Congregaciones las cuales (como, por ejemplo, la del Concilio) hasta la reforma tenían que decidir en un sinnúmero de causas contenciosas. A partir de la reforma éstas se tramitaban, por regla general, ante la S. Rota. Más si por razón de sus funciones la S. Rota puede equipararse de cierta manera a un tribunal de apelación de un Estado, no puede decirse que las Congregaciones de Cardenales se hayan convertido, por la reforma iniciada por la Constitución “*Sapienti Consilio*” y perfeccionada por el Código, en entidades semejantes a las autoridades administrativas del Estado. Las Congregaciones siempre conservan funciones legislativas, aun después de la Motupropio *Cum iuris canonici* (18). Además, no solamente sigue la S. Congregación del Santo Oficio administrando justicia en ciertas materias contenciosas como un verdadero tribunal (19), sino que también las otras Congregaciones pueden decidir las mismas causas contenciosas de modo administrativo o disciplinar (si juzgan que no se necesita tomar de-

(18) Cf. Eichmann-Mörsdorf, *ob. cit.*, I, par. 62, I, Wernz-Vidal, II, 484, nota 20.

(19) Cf. Can. 1555 C. I. C. que habla del “tribunal de la Congregación del S. Oficio”.

claraciones a testigos), o de lo contrario, remitirlos a la S. Rota (20). Luego no se trata de funciones distintas ejercidas por las S. Congregaciones, por una parte, y la S. Rota, por la otra; el mismo asunto puede ser tratado por una S. Congregación (si no se necesitan declaraciones testimoniales y otras formalidades procesales) y por la S. Rota, si ellas se necesitan. Trátase tan sólo de diferencias en cuanto al proceso. Se quiere librar a autoridades tan altas como son las S. Congregaciones de actividades como tomar declaraciones testimoniales, fallar incidentes procesales, etc. Pero esto no es peculiar de autoridades administrativas; lo mismo sucede, por ejemplo, con muchas Cortes de Casación de los Estados, las cuales también se limitan a decidir sobre la cuestión de derecho. En resumen puede decirse que la Constitución “*Sapienti Consilio*” lejos de establecer una potestad administrativa o un órgano administrativo semejante al del Estado, se limitó a librar las S. Congregaciones de ciertos asuntos en que es necesario tomar declaraciones testimoniales y tramitar incidentes y los remitió a la S. Rota. Al hablar de trámite disciplinario administrativo usa estas expresiones tan sólo por vía de analogía.

8. Semejante es la distinción entre Oficial y Vicario General. En los trabajos preparatorios del Código de Derecho Canónico se discutió mucho si era necesario crear el cargo de Oficial al lado del Vicario General. En los dos primeros proyectos (Schemata A y B) se atribuía al Vicario General la representación del Obispo también en la jurisdicción contenciosa, prescindiendo del cargo del Oficial (21).

Dijo, por ejemplo, el primer proyecto (Schema A):

“*Can. 30, par. 1. Iudices ordinarii in tribunalibus inferioribus communibus sunt Episcopi, singuli in districtu suae dioecesis. Tales quoque censendi sunt Vicarii Generales Episcoporum, qui tamen cum Episcopo unam personam iuridicam constituunt...*” (22).

Fue el entonces Secretario de la S. Congregación del Concilio (y más tarde Cardenal) De Lai quien pidió la distinción entre las funciones del Oficial y del Vicario General “de acuerdo con la costumbre vigente en Alemania”. Por lo tanto, a partir del tercer proyecto (Schema C) se establece la distinción entre Vicario General y Oficial. Reza el Can. 24 par. 1 del mencionado proyecto: “*Quilibet Ordinarius,*

(20) Cf. Norm. Pec. cap. I, n. 3 y cap. III, n. 7.

(21) Roberti, *Schemata*, pp. 36 ss.

(22) *Ibid.*, p. 36.

praeter Vicarium suum Generalem, tenetur officialem eligere cui committat ordinarium ius iudicandi." Los proyectos siguientes (Schemata D, E, F y G) como el Can. 1537 del Código vigente mantienen tal distinción (23).

Estos proyectos reciben el siguiente comentario de Roberti, de acuerdo con lo expuesto en las comisiones respectivas:

"Distinctio inter Vicarium Generalem et officialem suadet pluribus causis et sive ut Vicarius Generalis nimio labore levetur sive ut rite consulatur rectae administrationis iustitiae, prout demonstrant usus iam introductus in pluribus Galliae et Germaniae regionibus, necnon legum civilium dispositiones" (24).

"Iterum animadvertitur hunc canonem ius iam introductum referre cum officialis in multis Germaniae et Galliae dioecibus iudex ordinarius inveniatur constitutus. Nam Vicarii Generalis magnarum dioecesium angustiis temporis impediuntur quominus officium iudicandi exercent. Insuper cum Vicarius Generalis functionem administrativam habeat, si idem esset iudex, posset in aliquo casu videri in suos actus pendere. Ceterum cur non adhibenda in Ecclesia distinctio functionum publicarum quae in pluribus obtinet Civitatibus?" (25).

No faltaban voces que se oponían a esta disminución de la jurisdicción del Vicario General, como las del Ilmo. Felipe Pacelli, Decano de los Abogados Consistoriales, y la del Ilmo. y Revmo. Many (26). Tampoco se estableció la distinción entre las funciones del Vicario General y del Oficial en forma absoluta, puesto que en diócesis pequeñas o de pocos negocios las funciones de éste pueden ser desempeñadas por aquél.

9. Ahora bien, según lo expuesto es innegable que la distinción entre Oficial y Vicario General, establecida en forma nítida y general en el Código, se hizo por tres razones:

a) Primero para aliviar la tarea de los Vicarios Generales que a menudo era, antes del Código, demasiado pesada. Esta no fue, sin embargo, la razón principal, porque el mismo fin puede lograrse al nombrar dos o más Vicarios Generales.

b) Se adujo también como justificación de esta distinción la

(23) Ibid, pp. 38-39.

(24) Pág. 39, D, nota 2.

(25) Pág. 39, E, nota 1.

(26) Pág. 38, D, nota 6.

costumbre de muchas diócesis alemanas y francesas, en las cuales el Vicario General ejercía, desde tiempos atrás, funciones administrativas y el Oficial judiciales de tal manera que a éste último lo consideraban como "juez ordinario". Más esta razón tampoco fue la decisiva, puesto que costumbres de dos países por cierto importantes no podían prevalecer contra el derecho común, por lo cual, si hubiera juzgado éste innecesario la distinción entre Oficial y Vicario General, la habría abolido como tantas otras instituciones consuetudinarias (y, realmente, así lo propusieron los autores de los dos primeros proyectos (Schemata A y B).

c) Así queda como razón fundamental para esta separación la analogía con el Derecho Civil el cual establece, en casi todos los países, la división de las tres funciones, legislativa, judicial y ejecutiva (o administrativa). Para comprender, pues, la esencia e importancia de esta división es necesario estudiar su origen en el Derecho Civil.

### III. IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER EN DERECHO CIVIL LA DISTINCION ENTRE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

10. Hay pocas cuestiones en el campo del Derecho Civil (27) que son tan discutidas como la relativa a la diferencia entre las funciones judicial y administrativa. Esta última es identificada por muchos con la ejecutiva, mientras que otros distinguen entre ésta y aquélla; varios tratadistas, a su vez, subdividen la función ejecutiva en gubernamental y administrativa y algunos distinguen entre función judicial y jurisdiccional (28).

Esta distinción era desconocida en la Antigüedad y la Edad Media; la establecieron Locke en el siglo xvii y Montesquieu en el xviii. En efecto; es cierto que Aristóteles distingue entre deliberar, gobernar y juzgar (29), pero aquí no se trata de una división material de

(27) Empleamos aquí el término "Derecho Civil" como equivalente de "Derecho estatal", según lo emplean los canonistas y no contrapuesto a Derecho Público.

(28) Cf. p. ej. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, París, 1923, p. 395; Jellinek, *Teoría General del Estado*, ed. esp., pp. 498 ss.; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, II, 1928, pp. 284 ss.; Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, ed. esp., pp. 427 ss.; Dabin, *Doctrina General del Estado*, ed. esp., pp. 253 ss.; P. Luis Izaga, S. J., *Elementos de Derecho Político*, 2ª ed. I, pp. 539 ss.; Berthelemy-Duez, *Traité de droit constitutionnel*, pp. 783 ss.

(29) Pol. IV, 1297 b y 1998 a.



las funciones del Estado, según su contenido, sino derivadas del respectivo órgano. Deliberar comprendía no solamente la legislación, sino, además, todo de la competencia de la Asamblea Popular, como declarar la guerra, concertar la paz, alianzas, juicios por delitos graves. Gobernar era el equivalente de la actividad de los gobernantes (archontes) y "juzgar" era lo que hacían los jueces en lo civil y en lo penal (con excepción de ciertos delitos graves reservados a la Asamblea).

11. Parece que la primera división material de las funciones del Estado fue establecida por Marsilio de Padua quien distingue entre dos partes del poder del Estado: la legislativa que es la parte "primaria" o "principal" del poder, por ser la "regla preceptiva y coercible" y "esta autoridad de hacer leyes pertenece únicamente al cuerpo entero de los ciudadanos o a la parte de más valor (*pars valentior*)"; el príncipe, a su vez, no tiene sino "la secundaria casi instrumental y ejecutiva parte (secundaria, quasi instrumentalis seu executiva pars)" que debe ejercer "de acuerdo con la voluntad y el consentimiento de sus súbditos (*iuxta subditorum suorum voluntatem et consensum*)" (30). Aun cuando algunos creen que también Marsilio se funda en su distinción en la diferencia de órganos, por el contrario, Marsilio distingue nítidamente entre función legislativa (que es la parte primaria del poder) y la ejecutiva (que es la secundaria), precisamente porque Marsilio es uno de los defensores más radicales de la teoría que más tarde se llamó soberanía del pueblo. Por ello, después de distinguir entre las partes legislativa y ejecutiva del poder del Estado, consecuentemente afirma que la primera pertenece al pueblo y solamente la segunda (secundaria casi instrumental o ejecutiva parte del poder) puede ser ejercida por el príncipe, conforme a la voluntad de sus súbditos. La competencia de los órganos es, pues, como más tarde en Rousseau, una consecuencia de la distinción material entre las funciones (31).

En el siglo xvi, Bodino, afirma que son ocho las "características verdaderas (*verayes marques*)" de la soberanía: El derecho de legislar (que es la más importante y la única esencial de ellas); el derecho sobre la paz y la guerra; derecho de nombramiento de los magistrados; derecho de juzgar en última instancia, derecho de gracia o indulto;

(30) *Defensor Pacis*, I, 12-13; cf. también, Rehm, *Geschichte der Staatsrechts-wissenschaft*, p. 187 ss.

(31) P. ej. Rehm, *loc. cit.*

derecho a la fidelidad o la obediencia; derecho de acuñar moneda; y derecho a la imposición tributaria. Y aunque el jurista francés se empeña en concentrar todo el poder del Estado en manos del monarca, le aconseja que renuncie a la administración de justicia y lo deje a jueces independientes (32). Aquí aparece claramente el origen de la distinción moderna entre funcionarios judiciales independientes y otros funcionarios (que más tarde se llamarán administrativos) que carecen de tal independencia.

12. Mas si los jueces franceses no alcanzan la independencia del órgano ejecutivo sino durante la Revolución de 1789, los de Inglaterra son, a partir del siglo xvii, independientes y desde 1701 inamovibles. En 1641 el Parlamento inglés suprime las "Cortes Prerrogativas", especialmente la "Star Chamber", por medio de las cuales los Estuardos trataban de imponer el absolutismo monárquico, condenando a muerte y encarcelando sus adversarios por tales tribunales dependientes del rey. Y el *Act of Settlement* de 1701 declara los jueces inamovibles, *quamdiu se bene gesserint* (33). A partir de las Revoluciones norteamericana y francesa estos principios de la independencia e inamovilidad de los jueces entran, poco a poco, en el derecho positivo de casi todos los Estados civilizados.

Trátase, pues, de principios tan nuevos que todavía *John Locke* en su "Segundo tratado sobre el Gobierno", aparecido en 1690, ni conoce un poder judicial, ni tampoco distingue entre funciones y funcionarios judiciales o administrativos. Locke habla de cuatro poderes: El legislativo, que es el supremo poder y que "tiene un derecho de dirigir cómo la fuerza del Estado debe ser empleada para conservar la comunidad y sus miembros (that which has a right to direct how the force of the commonwealth shall be employed for preserving the community and the members of it)"; el ejecutivo (que comprende también el denominado "judicial" por autores modernos) "que mira la ejecución de las leyes establecidas que quedan vigentes (which should see to the execution of the laws that are made and remain in force)"; el federativo "que contiene el poder de guerra y paz, de ligas

(32) Bodin, *Les six livres de la Republique*, lib., I, cap. x.

(33) Cf. J. A. R. Marriott, *English Political Institutions*, 4ª ed., 1948, Oxford, pp. 290-291; cf. también José Castan Tobeñas, *Poder Judicial e Independencia Judicial*, Madrid, Reos, 1951, p. 8 y nota 5.

y alianzas (power of war and peace, leagues and alliances)”; mientras que los poderes ejecutivo y federativo deben ser ejercidos conforme a la ley, el titular del poder ejecutivo tiene en ciertas materias un poder discrecional, sin estar sometido a una norma legal, lo que Locke llama el poder prerrogativo que comprende, por ejemplo, el derecho a conceder indultos (34).

13. Siguiendo a Locke y a otros autores ingleses Montesquieu, al establecer su célebre teoría de la división de los poderes, parece ser el primero que habla de un “poder judicial” distinto del “poder ejecutivo”. Al lado del poder legislativo, existe “el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes (*puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens*) y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadores, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado” (35).

De este pasaje se ve claramente que lo que Montesquieu llama “poder ejecutivo del Estado” o “poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes” corresponde exactamente al “poder federativo” de Locke y se refiere exclusivamente a las relaciones exteriores.

El “poder ejecutivo” de Locke lo denomina Montesquieu “poder judicial” o también “poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil”.

Luego no se trata de una verdadera distinción entre las funciones judicial y ejecutiva (o administrativa) en ninguno de estos dos autores; el “poder federativo” de Locke y el “ejecutivo” de Montesquieu se refieren al derecho de gentes, a las relaciones exteriores; el “ejecutivo” de Locke y el “judicial” de Montesquieu a las relaciones entre Estado o súbdito (derecho civil lo llama Montesquieu y “municipal law” Locke).

Montesquieu tampoco quiere que sean jueces inamovibles de carrera que ejerzan el poder judicial. Dice, por el contrario: “El poder judicial no sólo debe dársele a un Senado permanente, sino ser

(34) Cap. xii, 143-145; cap. xiv, 159-161.

(35) *L'esprit des lois*, Lib. xi, cap. vi.

ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas de manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad. De este modo se consigue, que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función exclusiva de una clase o de una profesión...” (36). Por consiguiente, Montesquieu no solamente deja de establecer una distinción entre las funciones judicial y ejecutiva (o administrativa) en el sentido moderno, sino que ignora también la diferencia entre juez independiente e inamovible y funcionario administrativo, como existe en la Gran Bretaña desde principios del siglo xviii y en casi todo el resto del mundo civilizado a partir del siglo xix. La verdadera doctrina de Montesquieu es muy distinta de la interpretación dada a ella por los autores modernos (37).

14) La distinción entre las funciones administrativas y judiciales es obra de juristas alemanes de los siglos xviii y xix. Sus teorías estaban de acuerdo con el Derecho de las monarquías alemanas de su época. Ellas son inaplicables a los tiempos actuales.

Hasta la segunda mitad del siglo xviii los monarcas alemanes, como todos los gobernantes del continente europeo, interfirieron en ciertos casos en la administración de justicia, a pesar de que en muchos de los Estados alemanes había funcionarios judiciales de carrera dedicados exclusivamente a dirimir litigios civiles y penales. Jueces independientes e inamovibles no los había entonces sino en la Gran Bretaña y se consideraba en el continente europeo, de acuerdo con la tradición medioeval, como uno de los deberes primordiales del príncipe garantizar a los súbditos una justa administración de justicia. Más mientras que el rey medioeval administraba frecuentemente justicia en persona, durante el “despotismo ilustrado” del siglo xviii el monarca intervenía tan sólo de manera excepcional y, por lo general, indirecta en la administración de justicia, ora revocando en casos muy graves las sentencias de los tribunales, ora destituyendo jueces ineptos o deshonestos (o jueces cuyas opiniones no gustaba del monarca); solamente en casos relativamente raros intervenía el monarca directamente en materia penal o civil (*lettres de cachet*, etc.). Así había de hecho una cierta diferencia entre los litigios civiles y procesos penales,

(36) *Ibid.*

(37) Cf. también Charles Eiseemann, *L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, en “*Mélanges R. Carré de Malberg*”, Paris, Sirey 1933, pp. 165 ss.

por una parte, y los asuntos fiscales, militares, de política exterior, de obras públicas, previsión social, etc., por la otra. Estos interesaban mucho más al monarca que aquéllos, por lo cual los funcionarios respectivos (llamados administrativos) tenían que obedecer en forma constante e irrestricta las órdenes del monarca, el cual intervenía en tales asuntos muchísimo y en forma directa, y ello tanto más cuanto que, por regla general, faltaban normas escritas en esta materia, fuera de ordenanzas del príncipe. Como en aquellos asuntos de litigios civiles y penales el monarca estaba, por lo común, poco interesado, y como en casi la totalidad del continente europeo en esta materia había leyes escritas o se aplicaba el Derecho Romano, el príncipe intervenía en tales causas mucho menos, por lo cual en muchos países los jueces adquirieron de hecho (aunque no de derecho) cierta independencia y cierta inamovilidad. Mas ¿en qué materias intervenían estos jueces casi inamovibles e independientes? No había una delimitación estricta; todo dependía de la voluntad del monarca. Por regla general, los jueces eran competentes para litigios del derecho privado (familiar, de bienes, obligaciones, sucesiones, mercantiles) y en los procesos penales. Pero ciertos asuntos civiles (por ejemplo tutela de menores) y penales (delincuentes políticos, etc.), eran en un país de competencia judicial y en otro administrativa. Y muchos Estados no conocían la división de los funcionarios en administrativos y judiciales. Tanto la administración, como la administración de justicia se ejercía por los mismos funcionarios.

Esto cambió, poco a poco, y primero en Prusia, bajo Federico II. Este amigo de la Enciclopedia quedó muy impresionado por el "Espíritu de las leyes", donde se leía que únicamente déspotas orientales ejercían el poder judicial. Mientras que en los primeros años de su reino, el rey se ocupaba frecuentemente en asuntos de competencia de los jueces, en un rescripto de 1752 se negó a intervenir en la quiebra del yerno de uno de sus ministros, declarando que el mismo rey estaba sometido a la ley; en 1765 su gran canciller Jariges afirmó que el monarca no podía ejercer el oficio del Juez (38). Consagró estas ideas finalmente la Constitución prusiana de 1850, la cual dispuso en su art. 45 que "al rey únicamente le pertenece la potestad ejecutiva" y en su art. 86: "La potestad judicial se ejerce en nombre del rey por tribunales independientes que no están sometidos a más auto-

(38) Cf. Helfritz *Allgemeines Staatsrecht*, 5ª ed., 1949, p. 301 ss.

ridad que la de la ley." Por lo tanto, enseñaban los autores alemanes que el Juez no hace sino *aplicar la ley*, mientras que el monarca al ejercer la potestad ejecutiva o administrativa desempeña una "actividad libre" no sometida a una regla del derecho (39). Eso fue admisible para las monarquías alemanas del siglo XIX; la distinción es inaplicable hoy, porque el funcionario administrativo (por ejemplo del ramo fiscal que liquida impuestos) está tan sometido a la ley como el juez. Con razón observa Berthélemy: "La función de juzgar y la función de administrar concurren al mismo fin que es la ejecución de las leyes" (40). El juez tiene, a menudo, un poder discrecional (por ejemplo al conceder licencia para enajenar bienes de menores; al fijar la pena entre varios límites) y el funcionario administrativo (al conceder una marca de comercio, al liquidar impuestos y en muchísimos otros casos) está tan sometido a la ley como el Juez. Tampoco es admisible la teoría sostenida por gran número de autores, según la cual "la administración pública puede ser definida como la actividad a través de la cual el Estado y los sujetos auxiliares del mismo tienden a la satisfacción de los intereses colectivos" (41), mientras que la función judicial "tiene por objeto la realización del derecho discutido" (42). La realización del derecho discutido tiene también como fin la satisfacción de intereses colectivos, porque el fin del derecho es el bien común y si al ejercerse la función judicial en algunos casos (por ejemplo derecho de bienes o de obligaciones) prevalece el interés privado sobre el colectivo, en otros muchos (por ejemplo en el derecho de la familia o en el derecho penal) prevalece el interés público sobre el privado. Mas lo mismo sucede con respecto a la función administrativa. También en ella son muy frecuentes los casos en que prevalece el interés privado sobre el público (marcas de comercio, concesiones para explotar actividades económicas, minas, etc.). Contraponer, como lo hacen estos autores, el interés público y el interés privado, o el interés del Estado y el de los particulares, es enteramente equivocado, porque tanto el fin del Estado como el del Derecho es el bien común y este bien común garantiza, al mismo tiempo, los de-

(39) *Teoría General del Estado*, Libro III, cap. XVIII, II.

(40) *Traité élémentaire de droit administratif*, 7ª ed., p. 1.

(41) Santi Romano, *Corso di Diritto Amministrativo*. Principi Generali, 2ª ed., Padova, 1932, p. 1.

(42) Radbruch, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, ed., esp., Madrid, 130, p. 191.

rechos inalienables de la persona humana. Como dijo Su Santidad Pío XII, felizmente reinante, en su admirable alocución sobre la democracia de 24 de diciembre de 1944: "El mismo orden absoluto de los seres y de los fines, que dispuso que el hombre sea persona independiente, esto es sujeto de derechos y deberes inviolables, y que es fuente y fin de su propia vida social también incluye el Estado como sociedad necesaria y dotada de autoridad, sin la cual éste no podría existir ni vivir... Puesto que se asientan sobre el mismo fundamento, la persona, el Estado y el gobierno, con sus respectivos derechos, de tal manera hállanse vinculados entre sí que, o se sostienen unidos, o todos perecen." Por ello, tanto el Estado, como el Derecho, al procurar el bien común, al mismo tiempo garantizan los derechos e intereses privados. Tanto los individualistas como los totalitarios (que coinciden en este punto) al contraponer bien común (intereses colectivos) al bien particular (intereses privados), los unos para exaltar éstos y los otros para glorificar aquéllos, todos ellos yerran: No hay contradicción entre el bien común y los derechos inviolables de la persona humana. Por lo tanto, son inaceptables desde el punto de vista del derecho positivo como de la filosofía estas distinciones entre las funciones judicial y administrativa que estriban en contraponer el interés público (administración) y los derechos e intereses privados (función judicial). Y como las otras teorías que tratan de establecer una distinción material entre las funciones judicial y administrativa no son sino variantes de las anteriores, debemos decir con uno de los más eminentes tratadistas contemporáneos del Derecho Administrativo: "No se puede, por lo tanto, decir que haya una función administrativa que pueda distinguirse de las funciones legislativa y jurisdiccional por el análisis de los actos que constituyen su ejercicio" (43). Y ello lo admite también el ilustre Mörsdorf al anotar que no se ha logrado todavía encontrar un criterio válido universalmente para distinguir los asuntos administrativos de los judiciales (44).

15. Por lo tanto, es menester admitir que la única diferencia entre la función administrativa y la judicial es la siguiente: Función judicial es la ejercida por jueces y administrativa la ejercida por funcionarios administrativos. Desde principios del siglo XVIII en Inglaterra

(43) Marcel Waline, *Traité de droit administratif*, 5ª ed., Paris, Sirey, 1950, p. 7.

(44) Eichmann-Mörsdorf, *ob. cit.*, III, p. 19, nota 1.

y desde las Revoluciones americana y francesa, o por lo menos desde el siglo XIX, en casi todos los países civilizados los jueces son independientes e inamovibles. Son independientes, es decir, no obedecen sino a la ley; son inamovibles porque, tanto cuando son vitalicios como cuando son nombrados por determinado período, no pueden ser destituidos antes de vencerse su período, sino en virtud de sentencia judicial por haber cometido un delito. El funcionario administrativo puede gozar de una de estas dos garantías (independencia sin inamovibilidad; inamovibilidad sin independencia), mas de ambas no.

Esta distinción formal entre funcionarios judiciales y administrativos establecida por la Escuela de Viena (Kelsen, Merkl, v. Verdross, Adamovich, etc.), no es resultado del positivismo jurídico, como lo afirma el insigne Mörsdorf (45). Es cierto que la mayoría de los juristas de esta escuela son positivistas, varios de ellos (como el propio Kelsen), además, neokantianos. Pero ni son todos ellos positivistas, por ejemplo el ilustre v. Verdross es uno de los defensores más insignes del Derecho Natural e inspira su doctrina del Derecho Natural y de Gentes en Vitoria y Suárez, ni tiene esta teoría de Kelsen y Merkl, compartida también por muchos otros autores (por ejemplo Carré de Malberg), algo que ver con el positivismo jurídico que profesan algunos representantes de aquella escuela. Creemos, por el contrario, que cualquier examen del origen histórico de la distinción entre las funciones o potestades administrativas y judicial confirman el acierto de la mencionada teoría que es la única que explica tal distinción de manera satisfactoria. Y como aquella distinción no surgió en el Derecho Canónico, sino que fue introducida recientemente en éste, como quedó demostrado (cf. nos. 6 a 9 de este artículo), los resultados a los cuales hemos llegado deben ser tomados en cuenta al estudiar la distinción entre las potestades judicial y administrativa en Derecho Canónico.

16. Esta doctrina que no encuentra diferencia material entre las llamadas funciones judicial y administrativa, porque se trata en ambos casos de ejecución de la ley (que es norma general), mientras que la sentencia judicial y el acto administrativo son normas individuales o concretas, no está en desacuerdo con el concepto de los canonistas. Por el contrario, dice Santo Tomás de Aquino, anticipándose a esta

(45) *Loc. cit.*

“teoría de los grados del derecho” de Kelsen y de Merkl, hasta con terminología semejante: “Sententia indicis est quasi quaedam particularis lex in aliquo particulari facto. Et ideo sicut lex generalis debet habere vim coactivam... ita etiam sententiae iudicis debent habere vim coactivam...” (46). Para Kelsen la ley es “norma general”, para el Aquinate “lex generalis”; la sentencia judicial es para el profesor vienés “norma particular” y para Santo Tomás de Aquino “particularis lex”. La terminología es casi idéntica (47).

El P. Francisco Suárez, S. J., a su vez, anota con respecto a la sentencia judicial: “Nam hic actus iudicis solet nomine iuris appellari, vel quia secundum leges fieri debet, vel quia interdum videtur quasi legem constituere et sic dicitur iudex, cum manus suum exercet ius dicere” (48).

La sentencia judicial es, pues, por una parte aplicación de la ley y, por la otra, norma jurídica (quasi lex). La semejanza entre esta concepción y de la Escuela de Viena es, como demostramos en otra oportunidad (49), verdaderamente sorprendente.

#### IV. POTESTAD JUDICIAL Y POTESTAD ADMINISTRATIVA EN DERECHO CANONICO

17. Según lo expuesto, no es posible establecer una distinción material entre las funciones judicial y administrativa en Derecho Civil, como el Derecho Canónico tomó esta distinción del Derecho Civil, comprendemos por qué todos los ensayos tendientes a hacer aquella distinción en Derecho Canónico necesariamente tenían que fracasar. En el Derecho Civil de casi todos los Estados contemporáneos existe una diferencia fundamental entre el juez independiente e inamovible, por una parte, y el funcionario administrativo que no tiene jamás, al mismo tiempo, estas dos garantías. Y resulta entonces que la función judicial es sencillamente la función ejercida por tales jueces independientes e inamovibles y la función administrativa

(46) *Summa Theol.*, II-II, a. 67, a. 1.

(47) Cf. Uprimny, *La coercibilidad del derecho una doctrina tomista*, Revista del Colegio del Rosario, vol. xxxv, Bog. julio de 1940, pp. 267 ss.

(48) *De Legibus*, I, c. 2, n. 8.

(49) Cf. Uprimny, *La Teoría del Estado según el P. Francisco Suárez*, Revista Javeriana, tomo xv, febrero de 1941, pp. 9 ss. (reproducido también por IUS, México, no. 38, sep. 1941 y “Cátedra”, tomo v, p. 108 ss.).

es la ejercida por funcionarios administrativos. Cabe, por lo tanto, preguntar. ¿Existe esta distinción también en el campo del Derecho Canónico?

18. La contestación tiene que ser negativa. Es evidente que no existe entre el Vicario General y el Oficial la diferencia que subsiste en el campo del Derecho Civil entre un funcionario administrativo y un juez independiente e inamovible. Ni el Oficial ni el Vicario General son inamovibles. Ambos pueden ser removidos a voluntad del Obispo (Can. 366, par. 2 y 1573 par. 5). Ninguno de ellos es independiente en el sentido del Juez civil. Como el Obispo es el verdadero juez de su diócesis, él puede —si no está de acuerdo con la actitud de su oficial— asumir el conocimiento de las causas respectivas, menos en ciertos casos exceptuados (por ejemplo Can. 1572, par. 2 y 1576). Y el Vicario General está naturalmente bajo las órdenes del Prelado. Resulta, pues, que el Oficial tiene un poco más de autonomía que el Vicario General y goza también de más estabilidad que éste, en cuanto que el oficio de Vicario General termina, cuando queda vacante la sede, y el cargo del oficial no cesa (Can. 371 y 1573, par. 6). Más como ni el Oficial ni el Vicario General gozan de verdadera independencia e inamovilidad, no existe entre ellos aquella diferencia fundamental como entre juez civil y funcionario administrativo. Trátase tan sólo de una distribución de trabajo, por motivos de conveniencia, semejante a la que existe entre varias salas de un mismo tribunal o entre varios departamentos de un Ministerio. El oficial conoce de los juicios contenciosos y criminales; los otros negocios son de competencia del Vicario General. Si éste es llamado funcionario administrativo, se trata de una mera analogía, no muy afortunada ni acertada; por lo cual el Código no habla de procesos administrativos sino de disciplinares.

#### V. RESUMEN

19. De consiguiente, llegamos a las siguientes conclusiones:

a) No es posible establecer, ni en Derecho Canónico, ni en Derecho Civil una distinción material entre las funciones administrativa y judicial;

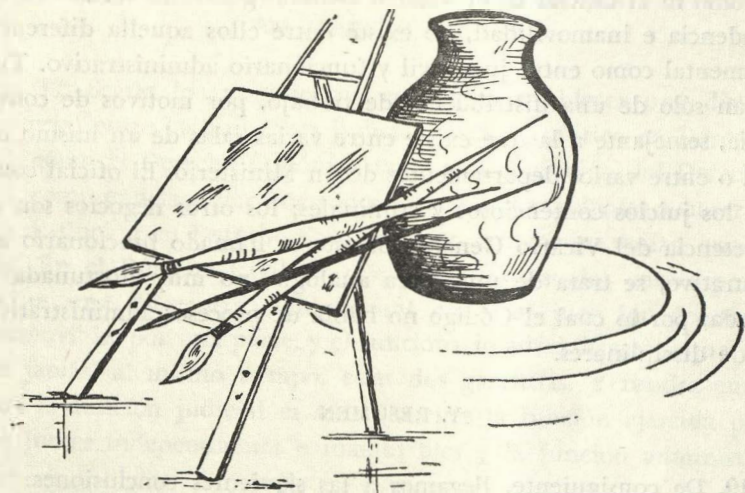
b) En Derecho Civil puede tan sólo distinguirse entre jueces independientes e inamovibles y funcionarios que no tienen estas dos

garantías (o no las tienen al mismo tiempo). Por lo tanto, la función judicial es la ejercida por jueces y la administrativa la ejercida por funcionarios administrativos;

c) En Derecho Canónico no es admisible esta distinción, porque no hay diferencia fundamental entre Oficial y Vicario General;

d) Luego no existe, en Derecho Canónico, una verdadera distinción entre las potestades judicial y administrativa. Trátase tan sólo de una división de trabajo y el Vicario General es llamado funcionario administrativo tan sólo por analogía;

e) Tampoco existe, por lo tanto, diferencia fundamental en Derecho Canónico entre proceso judicial y proceso administrativo. Este último, llamado también —y con más propiedad— proceso disciplinario, es sencillamente un proceso sumario.



## La cesión de deudas en el Derecho Civil Colombiano

Por GUSTAVO FAJARDO PINZON

### I

En el campo de los contratos es principio soberano el de que ellos se rigen por las estipulaciones libremente acordadas por las partes, en cuanto no sean contrarias a normas legales prohibitivas o de imperativo cumplimiento. De aquí que la mayor parte de las disposiciones de la ley civil sobre contratos, tengan un carácter, ya supletorio, ya interpretativo de la voluntad de los contratantes; y que esa misma ley no intervenga para impedir ciertas estipulaciones y hacer producir a otras precisos efectos ineludibles, sino en determinados casos de atención a superiores consideraciones de orden público, en los varios aspectos de esta noción trascendental.

La novación es un fenómeno jurídico esencialmente intencional. Por eso, dice el artículo 1693 del Código Civil que “para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua”.

Es verdad que el mismo Código señala la sustitución de un nuevo deudor al antiguo que queda libre, como un modo de novación, es decir, como creación de una nueva obligación, distinta de la primitiva que desaparece. En lo cual, el legislador no hace sino estatuir un sistema que, —si en el Derecho Romano, influido de formalismo y rigor geométrico, encadenó a sus imperativos la suerte de las obligaciones—, en el Derecho Colombiano, siguiendo la inspiración de la doctrina y de los códigos contemporáneos, no debe entenderse sino como una forma técnica de dar aplicación a la voluntad de las partes.