

dencia favorable a los delincuentes políticos. Hay que atribuírlos a las concepciones nuevas que reaccionan contra el individualismo de la revolución francesa y pretenden subordinar el ejercicio de los derechos particulares de los ciudadanos al interés colectivo."

Después de explicar las manifestaciones de ese cambio, en Italia, en Alemania, en Rusia y en Francia, dice:

"Pero es sobre todo de la evolución que se ha producido en cuanto a la determinación de los delincuentes políticos de donde ha resultado el cambio del derecho. Por efecto de un movimiento jurisprudencial y legislativo, su categoría se ha restringido progresivamente. El punto de partida de esta evolución restrictiva es muy anterior al cambio que ha venido a agravar su condición. Parece que, conscientes del peligro que acarrea el privilegio atribuido a la calidad del delincuente político, leyes y tribunales se dedicaron a limitar el número de sus titulares."

Tras de explicar las dificultades que ha habido para encontrar el criterio que permita distinguir el delito político del común y de sintetizar las teorías objetiva y subjetiva sobre la materia, concluye, después de anotar que en materia de delitos conexos ha prevalecido la definición del Instituto de Derecho Internacional de Ginebra de 1892:

"En definitiva la solución que ha prevalecido para la distinción del delito político y del delito de derecho común no da satisfacción absoluta ni a la tesis subjetiva ni a la objetiva. *Se tiene en cuenta la impresión producida por el crimen sobre la opinión pública. Hay infracción de derecho común cuando los procedimientos empleados son objeto de una reprobación general; cuando hieren el sentimiento público.*

Con los anteriores elementos de juicio podría ensayarse, en la forma que se expresa a continuación, una enumeración de los hechos que en ningún caso se reputarían como delitos políticos para los efectos del asilo.

"No serán considerados como delitos políticos aquellos cuyo autor sólo haya estado determinado por un móvil egoísta o vil ni las infracciones que creen un peligro común o estado de terror."

"Tampoco serán considerados como delitos políticos, aunque tengan el carácter de conexos con los delitos políticos, los crímenes más graves desde el punto de vista de la moral y del derecho común, como el asesinato, el homicidio, el envenenamiento, las mutilaciones y las heridas graves voluntarias y premeditadas, las tentativas de crimen de este género y los atentados contra las propiedades por medio de incendio, explosión e inundación, así como los robos graves, especialmente los cometidos a mano armada y con violencia."

"En lo referente a los actos ejecutados durante una insurrección o una guerra civil por uno u otro de los partidos empeñados en la lucha por el interés de su causa no quedarán excluidos del asilo sino cuando constituyan actos de barbarie o vandalismo prohibidos por las leyes de la guerra y sólo cuando la guerra haya terminado."

LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Por ALVARO COPETE LIZARRALDE

Profesor de Derecho Constitucional Colombiano en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Apartes de un capítulo del libro en preparación *Lecciones de derecho administrativo.*

1.—*Criterio para la determinación de las funciones del Estado.*
El Estado desarrolla su actividad a través de las funciones que le competen en su condición de autoridad suprema. Por ello, para fijar con exactitud su legítima esfera de acción, es menester indagar cuál es la esencia y contenido de las funciones estatales. Como punto previo a ese examen es indispensable elegir el criterio para determinar la diferencia entre cada una de ellas.

Dentro de una organización estatal de estricta separación de poderes, sería aceptable el *criterio orgánico*, que sostiene que cada poder ejercita una actividad propia y exclusiva. De acuerdo con él, todos los actos del Congreso son producto de la función legislativa; cualquier actividad del Gobierno corresponde a la administrativa; los jueces sólo ejercen la función jurisdiccional. Mas como quiera que la absoluta separación de poderes no es susceptible de estructurarse en el campo del derecho positivo, este criterio es inaplicable. Dentro de nuestra organización constitucional, por ejemplo, se atribuyen al Congreso funciones tan claramente jurisdiccionales como juzgar al Presidente (1), a los Ministros y otras altas autoridades nacionales; o tan evidentemente administrativas como el nombramiento de designado o el dar posesión al Presidente.

Muy cercano al anterior es el *criterio formalista* que toma como base para determinar el contenido de cada función la *forma* que deben revestir los actos estatales. Esta opinión, la más difundida en el siglo pasado, es acogida por nuestro Código Civil que define la ley

(1) La atribución de juzgar al Presidente se ha dado al Senado por todas nuestras Constituciones. Const. de 1821, arts. 97 a 104; Const. de 1830, art. 51 a 56; Const. de 1832, arts. 45 a 49; Const. de 1843, arts. 141 a 151; Const. de 1853, arts. 21 a 22; Const. de 1858, art. 49; Const. de 1863, art. 51; Const. de 1886, arts. 96 y 97; Codificación constitucional vigente, arts. 96 y 102.

como una "declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional" (2).

Aunque con el criterio formalista se elimine la objeción señalada al orgánico, no por ello es adecuada para desentrañar las notas esenciales de cada función, porque al examinar normas producidas por actos revestidos de idéntica forma, observamos que no todas tienen la misma fuerza vinculatoria. La ley que contiene el Código Civil no es de la misma especie de la que ordena la construcción de una carretera; aunque en ambos casos el órgano productor sea el Congreso y se expidan bajo forma de ley.

Al agrupar dentro de la misma función actos de diferente especie, el criterio formalista produce una delimitación artificial de las funciones del Estado.

Finalmente encontramos el criterio *material* que toma como regla para determinar las funciones del Estado el *contenido* en los actos, es decir, la *materia* de los mismos. De esta suerte pertenecerá a la función legislativa cualquier formulación del derecho objetivo aunque se haga a través de un decreto, e, inversamente, será de la esfera de la función administrativa la conclusión de un contrato, aunque éste asuma la forma de una ley.

Para nuestro estudio adoptamos este criterio que encontramos más científico y acorde con la realidad de las cosas, no obstante la crítica que a él formulan algunos tratadistas franceses, encabezados por Carré de Malberg, para quien "la ley no se caracteriza por su contenido sino por su forma" (3). Empero como los argumentos que aportan en defensa de su posición están basados en el texto de la Constitución francesa, a nosotros nos basta examinar nuestra Carta fundamental, para concluir que en ella hay base para acoger el criterio material.

Del propio texto de nuestra Constitución se desprende para el Presidente la facultad de dictar decretos con fuerza de ley, no sólo en las ocasiones de emergencia a que se refiere nuestro artículo 121, sino además en condiciones de normalidad institucional, cuando ha sido revestido por el Congreso de facultades extraordinarias, de acuerdo con el ordinal 12 del artículo 76. La misma Carta considera tales facultades como el ejercicio de la función legislativa, según puede apreciarse en el ordinal 8º del artículo 118 y en el inciso 3º del artículo 295. De acuerdo con el primero de los textos citados corresponde al Presidente de la República en relación con el Congreso dictar decretos con fuerza legislativa dentro de las condiciones establecidas en el artículo 121; el artículo 205, señala que los límites establecidos para el Congreso en relación con la época en que pueden empezar a regir las leyes que establezcan o aumenten impuestos indirectos, o modifiquen las tarifas de aduanas, no se aplican a las fa-

(2) Artículo 49.

(3) Teoría general del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pág. 311. En igual sentido Vedel, Manuel Elementaire de Droit Constitutionnel, París, 1949, pág. 480.

cultades extraordinarias del Gobierno cuando de ellas se halla investido.

Cuando el artículo 214 de la Constitución da facultad a la Corte para declarar la inexecutable de las leyes y de los decretos dictados por el Gobierno en uso de las atribuciones del artículo 121 y del artículo 76 en sus ordinales 11 y 12, acoge expresamente el criterio material en la determinación del concepto de ley.

Basada en esta consideración la Corte Suprema de Justicia afirma su incompetencia para declarar la inexecutable de las leyes aprobatorias de contratos, no obstante ser expedidas con idénticas formalidades a las demás sobre las cuales emite su decisión (4).

Discrepamos, pues, de la opinión del profesor Constain, quien afirma que "de acuerdo con el sistema constitucional colombiano no hay diferencias en cuanto a las leyes materiales y formales, pues unas y otras tienen la misma fuerza obligatoria; se expiden por el Organismo Legislativo del Poder público y tienen vigencia mientras no sean derogadas o sustituidas" (5). Claro está que en muchas ocasiones el criterio formal y el criterio material coinciden en la definición de ley, pero de ello no puede deducirse que nuestra Constitución confunda los dos conceptos, y el mismo Constain, páginas adelante acepta la existencia de normas con fuerza de ley que se producen bajo la forma de un decreto, al expresar que "las disposiciones contenidas en los decretos dictados en virtud de autorizaciones extraordinarias del Congreso son de vigencia permanente y para ser modificadas se necesita de una nueva ley o de nuevas autorizaciones parlamentarias" (6).

Así, a lo largo de este curso habremos de atenernos al criterio material para la determinación de las funciones del Estado.

2.—*Función legislativa. Función constituyente.*—Ley en sentido material es la norma que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas de carácter general y permanente. Función legislativa es, por tanto, la actividad del Estado que produce la ley en sentido material.

Una de las notas distintivas de la ley es su generalidad, por lo que interesa fijar la extensión de este concepto.

Encontramos indispensable señalar que la generalidad no implica que todas las normas legales hayan de ser aplicadas a todos y cada uno de los habitantes del territorio del Estado. Ni las disposiciones de más amplia aplicación que puedan concebirse, las que rigen la nacionalidad por ejemplo, cobijan a todas las personas sometidas a la autoridad estatal, como que a ellas no están sujetas los extranjeros. La generalidad de la ley no mira, pues, al número de las personas que coloca bajo su órbita, sino al hecho de que sea abstracta, impersonal y permanente, de suerte que cualquier persona que esté colo-

(4) No es este el único caso en que la Corte reconoce la diferencia entre la ley formal y la ley material. Al respecto pueden verse numerosas sentencias como las de 9 de septiembre de 1931, 14 de diciembre de 1931 y 9 de diciembre de 1946.

(5) Elementos de Derecho Constitucional, 2ª ed., Popayán, 1952, pág. 158.

(6) Op. cit., pág. 282.

cada en las circunstancias previstas por la ley, queda bajo el imperio de sus disposiciones.

La generalidad, además de integrar la esencia filosófica del concepto de ley, constituye una de las más preciosas garantías de la persona, por cuanto de ella se desprende el principio de igualdad, que consiste en "el hecho de que varias personas, en un número indeterminado, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones" (7).

La permanencia, que es una nota derivada de la generalidad, no hace referencia al tiempo de vigencia de la ley, sino al hecho de que el ejercicio de los derechos que de ella nacen o el cumplimiento de las obligaciones que impone no hacen agotar la eficacia de la norma. De aquí que carezcan de razón los autores que sostienen que las leyes limitadas en el tiempo, pierden una de las notas características de la ley. Esmein, citado por Fraga, afirma que "presentándose la ley como una regla general y justa, no se explica cómo quienes la hacen pueden pensar en restringir su imperio a un tiempo determinado" (8). Este argumento nos parece carente de fuerza, porque es bien sabido que una de las potestades inherentes al legislador es la de derogar la legislación anterior, por cuyo motivo la ley siempre está en potencia de tener una restricción en el tiempo.

A nuestro juicio las facultades relacionadas con la sanción y promulgación de la ley pertenecen a la función legislativa, porque la promulgación es una de las notas esenciales del concepto filosófico de la ley (9). Así, nos apartamos de quienes suponen que la promulgación es el primero de los actos de ejecución de la ley, cuando en verdad es el último de los que le da vida y vigencia.

En nuestra organización constitucional la función legislativa es ejercida de manera ordinaria por el Congreso, con la colaboración del Ejecutivo, a quien pertenece la facultad de sancionar y promulgar las leyes y la de objetar los proyectos de ley que estime inconstitucionales o inconvenientes. También se atribuye al Ejecutivo la función legislativa de manera extraordinaria en los casos de perturbación del orden público (art. 121) y en los de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso por medio de ley (art. 76 ord. 12).

La Corte Suprema de Justicia sostiene que asimismo se ejerce la función legislativa cuando el Presidente recibe del Congreso las autorizaciones administrativas a que se refiere el ordinal 11 del artículo 76. Esta opinión acogida casi unánimemente por los tratadistas co-

(7) Burgoa. Las garantías individuales, 2ª ed. México, 1954, pág. 185.

(8) Fraga. Derecho Administrativo, 5ª ed. México, 1952, pág. 47.

(9) No es necesario recordar la conocida definición de Santo Tomás de Aquino, según la cual ley es "la ordenación de la razón para el bien común, promulgada por aquél que tiene el cuidado de la comunidad" (S. Th. 1ª, 11ae., C. XC. a IV), o la opinión de Hegel, quien afirma que "la obligación de la ley incluye... la necesidad de que las leyes sean dadas a conocer universalmente". Filosofía del Derecho, pág. 189.

lombianos, no la encontramos acertada, por razones que expondremos al analizar la índole de tales autorizaciones y los actos que en virtud de ellas puede dictar el Gobierno.

Debemos estudiar por último un problema de grande importancia en el derecho público, cual es establecer si el Estado sólo produce normas creadoras de situaciones generales a través de la función legislativa, o si, por el contrario, existe con caracteres definidos, otra que no sólo genera situaciones impersonales, abstractas y permanentes, sino que llega a ser la base de la validez positiva de los actos legales. Nos referimos a la función constituyente.

Sin entrar al análisis de las muy diversas teorías que se han dado para explicar el poder constituyente, cuya exposición es materia propia del derecho constitucional general, nos basta señalar una diferencia que a nuestro juicio es suficiente para distinguir las funciones constituyente y legislativa. Mientras la primera, por definición, no está sometida a norma alguna de derecho positivo, la segunda está sujeta a las normas constitucionales. Por consiguiente encontramos entre la función constituyente y la legislativa, la diferencia de causa a efecto. Para hablar de la función legislativa de un Estado, se requiere un supuesto previo indispensable: el que exista una organización jurídica expedida a través del ejercicio de la función constituyente.

3.—*Función administrativa.*—Es claro que el Estado para procurar el bien común de los asociados, no puede limitarse a la producción de la norma legal. A él además, corresponde dirigir la satisfacción de las necesidades comunes a través de servicios públicos, para lo cual es menester que estos tengan una reglamentación adecuada, estén provistos de una eficaz organización y sean prestados en forma continua. Esta misión es cumplida por los funcionarios administrativos, con la sola excepción del servicio público de justicia, que se encomienda en todos los países civilizados a una rama especializada del Estado: la judicial o jurisdiccional.

Gran número de autores que parten del criterio material definen la función administrativa, por contraste con la legislativa, como la actividad del Estado que crea situaciones jurídicas individuales y concretas (10). Ya en nuestras *Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano* (11) hemos observado cómo, si es evidente que muchos de los actos administrativos se refieren a un caso particular, el restringir la función administrativa a la mera producción de actos individuales y concretos lleva a excluir de su esfera una actividad tan característica de la administración como es la de dictar actos reglamentarios, que son por esencia de carácter general.

(10) Entre los muchos que adoptan esta posición pueden citarse: Duguít, Manual de Derecho Constitucional, pág. 99; Fraga, op. cit., pág. 71; Sarria, Derecho Administrativo, pág. 13; Pareja, Derecho Administrativo, T. I, págs. 30 y 31; Gascón y Marín, Derecho Administrativo, T. I, pág. 184.

(11) 2ª ed., págs. 297 y 298.

“Se ha observado fundadamente, dice Sayagués Laso, que la actividad reglamentaria es típicamente administrativa y que la opinión expuesta la desplaza al campo de la legislación. También se ha objetado que al considerar exclusivamente los actos jurídicos, se prescinde de las operaciones materiales que constituyen una parte fundamental de la actividad administrativa” (12).

La potestad reglamentaria es inherente al administrador, en forma tal, que puede sostenerse que aun en los casos en que no se otorga de modo expreso, el funcionario administrativo tiene esta facultad por ser ella una condición indispensable para el adecuado cumplimiento de los deberes propios de su cargo (13). Este concepto, que compartimos plenamente y ha sido acogido en numerosos fallos por el Consejo de Estado (14), lleva de manera indiscutible a ubicar dentro de la órbita administrativa la atribución de expedir reglamentos, aunque ellos deban ser generales, a menos de incurrir en la flagrante contradicción de sostener que es facultad propia del *administrador* el producir normas de carácter *legislativo* (15).

Asimismo es muy puesto en razón el anotar que la función administrativa no se agota con la producción de actos jurídicos, sino que además capacita al Estado para la realización de las operaciones materiales que son indispensables para prestar eficazmente los servicios públicos.

Si, pues, la producción de actos individuales o generales no sirve para distinguir la función administrativa de la legislativa, y si aquella, a diferencia de esta, no sólo se traduce en actos jurídicos sino también en operaciones materiales, resulta que para determinar el carácter de la función administrativa precisamos buscar su finalidad, que no es otra que la de prestar en forma *inmediata* los servicios públicos, por lo cual dota a la administración de potestad para expedir reglamentos, dictar normas de carácter individual, o ejecutar operaciones materiales. Mas esta actividad no agota la función administrativa. El Estado tiene la obligación de procurar un orden externo que permita a los particulares el libre ejercicio de su derecho, y el cumplimiento de ese deber corresponde a la administración. Por ello la actividad administrativa del Estado no se cumple en su totalidad sino cuando a más de prestar los servicios públicos, conserva el orden público.

Como conclusión, definimos la función administrativa como la potestad del Estado que se endereza de un modo inmediato a la prestación de los servicios públicos distintos del de justicia y procura la

(12) Derecho Administrativo, T. I, pág. 41.

(13) Pareja. Op. cit. T. I, págs. 121 y 206.

(14) Entre otras, véanse las sentencias de 5 de julio de 1940 y 27 de octubre de 1945.

(15) Bielsa también considera el reglamento como una actividad propia de la función administrativa y no de la legislativa. Derecho Administrativo, 4ª ed. Buenos Aires, 1947. T. I, págs. 202 y 205.

existencia de un orden externo que permita a las personas el ejercicio de sus derechos.

4.—*La función jurisdiccional*.—“No hay problema, dice Pedro Lampué, en que reine mayor confusión y en que aparezcan más divergencias que el de la definición de acto jurisdiccional. En primer término, su misma existencia, en cuanto acto jurídico que tiene naturaleza propia, está discutida. Después, aquellos que le reconocen esa existencia desde el punto de vista material, se forman de él las ideas más diversas y, para caracterizarlo recurren a criterios harto diferentes. Finalmente, si las dificultades son mucho menores cuando lo examinamos en su aspecto formal, aun desde este punto de vista su definición no es del todo fácil” (16).

La raíz de la disparidad de opiniones en este punto se encuentra en el concepto muy difundido de que el Estado frente a la ley no tiene en último término sino dos potestades: la de producirla y la de aplicarla, de donde resultaría que no es posible diferenciar las funciones administrativa y jurisdiccional, puesto que una y otra no serían sino el ejercicio de la potestad de aplicar la ley (17). A nuestro modo de ver, esta conclusión peca de simplista, porque si bien es verdad que tanto en el ejercicio de la actividad administrativa como en el de la jurisdiccional se requiere, como supuesto previo, la existencia de una ley, la manera como se traduce su aplicación en la esfera de los actos jurídicos implica una diferencia esencial entre las dos actividades, puesto que mientras el acto administrativo es *creador* de normas, el jurisdiccional *declara* la existencia de un derecho anterior, con el fin de producir su tutela por parte del Estado o *reconocer* hechos cuyos efectos jurídicos están predeterminados.

El diferente tipo de actos producidos por cada una de las dos funciones se explica en razón del distinto fin que tiene cada una de ellas. El de la función administrativa, ya lo hemos señalado, es la prestación de los servicios públicos y la conservación del orden público. El fin de la función jurisdiccional es la tutela de cualquier situación purídica lesionada o en vía de sufrir quebrantamiento.

Importa sí aclarar un punto que puede inducir a confusión. Es indudable que la justicia es un servicio público, por lo que anteriormente fue menester aclarar que ella constituye una excepción al principio de que el Estado presta los servicios públicos a través de la función administrativa. Esta circunstancia es aparentemente un argu-

(16) La noción del acto jurisdiccional. México, 1947, pág. 7.

(17) “El espíritu no puede concebir sino dos poderes: aquel que crea la ley y aquel que la hace ejecutar... La autoridad administrativa y la judicial... son autoridades paralelas encargadas, cada cual en su esfera, de concurrir a la aplicación y ejecución de las leyes” (Ducrocq, Cours de Droit Administratif 6^{ème} ed. París, 1881, pág. 27). Coincidiendo en la indiferenciación de estas funciones, desde ángulo diferente, Kelsen afirma que “la distinción entre autoridades judiciales y autoridades administrativas no se explica sino por motivos históricos”, por cuanto siempre se realiza “un acto de jurisdicción, de creación de normas individuales”. (Teoría general del Estado, México, 1948, pág. 311).

mento en favor de quienes sostienen la indiferenciación de las dos funciones. Pero un análisis a fondo del problema despeja la dificultad que pudiera surgir al considerar la justicia como servicio público, porque este es un servicio público *sui generis*, que ni está, ni puede estar sujeto a las normas de los demás servicios públicos, como que estos agotan su finalidad en el momento mismo de su prestación, lo que no ocurre con la justicia cuyo fin tutelador de derechos sólo se produce como culminación de un proceso en el cual, muy a menudo, se ha presentado una pugna de intereses encontrados. El vencido en un juicio no puede afirmar que le haya sido negado el servicio público de justicia, a pesar de no haber obtenido la pretensión por él perseguida. En cambio, con la prestación de cualquier otro servicio público se llega a la satisfacción del interés buscado por el particular. Esta característica se hace aún más patente al considerar que la actividad jurisdiccional debe desarrollarse a través de reglas estables que constituyen el derecho denominado procesal, al paso que los demás servicios están sometidos, a reglamentos que si bien son generales, son de esencia mudable.

Dijimos ya que el ejercicio de la función jurisdiccional tiene como supuesto previo la existencia de una norma legal por aplicar. Este aserto no es compartido por todos los autores. Carré de Malberg apoyado en el artículo 4º del Código Civil francés sostiene que la actividad de los jueces, en asuntos civiles, participa en cierta forma de la función legislativa, por cuanto están autorizados para crear derecho nuevo en los casos de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, si bien esta creación carece de la generalidad propia de la ley (18). Entre nosotros es necesario estudiar esta opinión, porque nuestra legislación civil establece que "los jueces y magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia" (19), por lo cual estatuye que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho" (20).

El enfoque dado al problema por Carré de Malberg parte de dos premisas contradictorias, porque no se puede afirmar por un lado la potestad legislativa del juez, para reconocer por otro que su decisión es sólo obligatoria en el caso concreto en que se profiere la sentencia, ya que para que una norma tenga carácter de ley precisa ser de aplicación general.

Llegando al fondo del asunto, que consiste en averiguar si todo acto jurisdiccional existe la aplicación de una norma legal, encontramos con la obvia consideración de que cuando el juez da cabida a la interpretación por analogía o recurre para fundamentar

(18) Op. cit., págs. 666 a 682.

(19) Art. 48 de la ley 153 de 1887. Esta disposición es traducción casi literal del art. 4º del Código Civil francés.

(20) Art. 8º de la ley 153 de 1887.

sentencia a un principio general de derecho, no hace otra cosa que dar *aplicación* a las normas legales que así se lo ordenan.

Estando la actividad del juzgador siempre circunscrita al marco de la ley por aplicar, su fallo no puede limitarse a desatar la situación ante él planteada, sino que, además, debe expresar las razones de su resolución. Así lo ordena perentoriamente el artículo 163 de la Constitución que dice: "Toda sentencia deberá ser motivada."

Finalmente hemos de indagar si, como muchos lo sostienen (21), es esencial al acto jurisdiccional el tener la posibilidad de llegar a ser inmodificable, es decir, si toda sentencia, al adquirir el carácter de definitiva, pasa bajo la autoridad de cosa juzgada.

Aunque por regla general el acto jurisdiccional ejecutoriado, tiene la fuerza de verdad legal indiscutible, es lo cierto que existen algunos siempre revisables, a pesar de lo cual tienen inconfundiblemente el carácter de jurisdiccionales. Tal es el caso de las sentencias penales de condena. Por ello concluimos que no es de la esencia de esta función el producir actos que necesariamente lleven aneja la presunción de verdad legal.

Entendemos, pues, por función jurisdiccional la potestad del Estado para definir, en casos individuales, la manera como debe aplicarse una norma jurídica, declarando la existencia de derechos o reconociendo hechos, con el fin de tutelar las situaciones que se derivan de éstos y aquéllos.

5.—*Funciones auxiliares.*—A menudo se considera que toda posible actividad del Estado tiene por fuerza que quedar comprendida en una de las tres funciones básicas que han sido estudiadas. Sin embargo, existen facultades estatales que ciertamente son el ejercicio de funciones distintas de las tradicionalmente reconocidas y que sólo aparecen en Estados de marcado adelanto evolutivo.

Tal es el caso de la función fiscalizadora, ejercida entre nosotros por el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, o de la función electoral.

A) *Función fiscalizadora.*—La función fiscalizadora no puede confundirse con ninguna de las que hasta ahora han sido estudiadas, porque sus actos tienden a vigilar las actividades de los órganos del poder, limitándose a velar por el cumplimiento de disposiciones emanadas de otras autoridades.

El poder fiscalizador difiere de la administración en que mientras esta tiene en sus manos el poder activo, aquél sólo puede cuidar de que esa actividad se desarrolle dentro de los límites señalados por la ley, sin que le sea dable nunca asumir las funciones del órgano fiscalizado. Esta condición aparece nítida en el artículo 142 de nuestra Carta que encomienda a los funcionarios del Ministerio Público "*promover* la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones

(21) Entre otros Jeze. Principios generales de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 1948-1950. Tomo I, pág. 53; Fraga, ob. cit., pág. 58; Sayagüés Laso, Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo, 1953, pág. 47; Sarria Eustorgio, Tratado de Derecho Administrativo, 2ª ed. Bogotá, 1952, pág. 67.

administrativas". Puede verse cómo la facultad atribuida al Ministerio Público es de impulso de las actividades de los demás órganos, pero no de ejecución.

Por lo que respecta a la Contraloría General de la República nuestra Constitución dice: "La Contraloría será una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal, y no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización" (22). La redacción de esta disposición no es ciertamente afortunada, porque induce a pensar que el constituyente calificó como administrativa la función de vigilancia y control fiscal. Nosotros mismos así lo creímos, y criticamos esta notoria impropiedad (23). Pero renovando el estudio del citado inciso hemos encontrado que la intención del constituyente fue la de dotar a la Contraloría de plena independencia, por lo que estableció que además de las funciones de fiscalización que le son propias, tendrá las administrativas necesarias para su organización interna. Así el contralor tiene autonomía para nombrar y remover sus empleados, para reglamentar la manera como estos deben desempeñar sus funciones, para establecer los sistemas técnicos que permitan el adecuado ejercicio de sus facultades. En esta forma, resulta que la Constitución no define el carácter de la función que atribuye a la Contraloría, que por otra parte, ha sido objeto de análisis jurisprudencial por nuestra Corte Suprema de Justicia, quien ha dicho que entre los Ministerios y la Contraloría hay diferencias sustanciales, "las que existen entre la obra de administrar y la de fiscalizar" (24).

B) *Función electoral*.—Frente a esta función, es menester distinguir la que es ejercida por los ciudadanos en elecciones directas, y la que es ejercida por corporaciones públicas tales como el congreso, las asambleas, la corte suprema de justicia, etc. Es claro que estas al ejercer las funciones electorales que les competen producen un acto típicamente administrativo, cual es el de designar a las personas que deban desempeñar funciones públicas.

Pero la función electoral que compete al ciudadano, y que por virtud de expresa disposición de nuestra Carta ha de ejercerse como función constitucional (25), no puede asimilarse a la administrativa, por múltiples razones. En primer lugar, porque esta última es cumplida por el Estado a través de funcionarios públicos o por medio de corporaciones que ejercen una función pública, mientras que el ciudadano, carece de la condición de empleado público, por lo que al sufragar no actúa como personero del Estado.

En segundo término, aparece muy nítido que la función electoral no es inherente al concepto de Estado, sino en cuanto este adopte la forma democrática de gobierno. En cualquier organización esta-

(22) Art. 59, inc. 2º.

(23) Lecciones de Derecho Constitucional, pág. 383.

(24) Sentencia de 9 de agosto de 1924 (G. J. T. XXX, pág. 31. En igual sentido sentencia de 2 de agosto de 1933, G. J. T. XL, pág. 403).

(25) Art. 179 de la C. N.

tal, por rudimentaria que ella sea, se puede encontrar, al menos en germen, las funciones básicas. Sólo en un Estado de organización superior aparece la necesidad de que los súbditos intervengan en los negocios públicos por medio de la escogencia de sus gobernantes. Mas esta intervención tiene un carácter *sui generis*, que hace menester la delimitación de una función especial con caracteres propios.

El ejercicio de la función del sufragio por parte del ciudadano es un acto eminentemente político. El efecto de ese acto no puede considerarse de manera individual, sino que es preciso tomar el conjunto de los sufragios, para que de ese conjunto venga a derivarse el efecto jurídico. La voluntad de los ciudadanos que en una elección popular han sufragado por candidatos derrotados no tiene efecto obligatorio, aunque sea evidente que cada uno de ellos ejerció la función del sufragio. Inversamente, las voluntades individuales de quienes votaron por el candidato electo, no tiene otra virtualidad que la de designar a la persona que deba desempeñar determinadas funciones públicas, quien al asumirlas no lo hace en representación de sus electores sino en la de todos los asociados, y con el fin de procurar el bien común, según sus facultades.

La función del sufragio corresponde en Colombia a todos los ciudadanos, quienes para poderla ejercer deben llenar ciertos requisitos que se establecen como medio de garantizar la pureza del sufragio.

