

**LA TEORÍA PURA DEL DERECHO
Y LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL
ENTRE LAS FUNCIONES
ADMINISTRATIVAS,
JURISDICCIONALES Y DE GOBIERNO,
EN LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA
ALEMÁN DE PROTECCIÓN JURÍDICA
DEL INDIVIDUO**

ALEXANDER ESPINOZA RAUSSEO / JHENNY RIVAS ALBERTI

© UNED. *Revista de Derecho Político*
N.º 111, mayo-agosto 2021

SUMARIO

INTRODUCCIÓN I. EL ÁMBITO DE EVALUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS JUECES II. LA DELIMITACIÓN FRENTE A LAS FUNCIONES DE GOBIERNO III. LA RELACIÓN JURÍDICA EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL CIVIL IV. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIÓN PENAL V. RESULTADOS

Fecha recepción: 27/07/2020
Fecha aceptación: 02/03/2021

LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS, JURISDICCIONALES Y DE GOBIERNO, EN LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ALEMÁN DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL INDIVIDUO

ALEXANDER ESPINOZA RAUSSEO* / JHENNY RIVAS ALBERTI**

INTRODUCCIÓN

Una de las particularidades que encontramos en el estudio de la organización del Estado reside en que el análisis jurídico se realiza en un territorio compartido con elementos políticos y esencialmente históricos. En palabras de WAHL, las reglas sobre democracia y conformación de los órganos constitucionales es más historia y experiencia política, o en todo caso, el resultado de crisis históricas, que un concepto técnico-funcional del derecho de organización.¹ No es de extrañar que encontremos frente a estos temas la más decidida crítica de parte de la teoría pura del derecho, la cual, si bien no niega las conexiones estrechas entre el derecho y otras materias,

* Doctor iuris y Magister Legum por la Universität Passau, Alemania. Académico Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas, Sede Viña del Mar, Los Castaños 7 Norte 1348. ORCID: 0000-0001-7600-3054. Dirección electrónica: espinoza@estudiosconstitucionales.com.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España. Académico Investigador de la Universidad Católica del Maule, Chile, Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Departamento de Ciencias sociales. ORCID: 0000-0002-2589-6742. Dirección electrónica: jhenry.rivas@estudiosconstitucionales.com.

¹ WAHL, R. (2013). «Entwicklungspfade im Recht». *Juristenzeitung*, 68(8), 369-379. DOI: 10.1628/002268813X13636293039104, p. 373.

advierte de los grandes peligros de la confusión entre el método de la ciencia del derecho y las opiniones ético-políticas.²

En la teoría pura del derecho,³ el Estado es concebido como un orden jurídico, en abierta oposición al dualismo entre Estado y derecho. La persona del Estado es un producto del ordenamiento jurídico, cuya única función consiste en la realización de la voluntad del Estado.⁴ KELSEN estima que la tradicional distinción entre la función administrativa y la jurisdiccional debe ser considerada como arbitraria, desde un punto de vista técnico-jurídico de análisis racional.⁵ La teoría pura del derecho rechaza además la concepción del monarca como jefe del poder ejecutivo, advirtiendo que la misma se funda sobre una deformación, llevada a cabo por una teoría impura del Estado, es decir, inspirada en motivos políticos.⁶

En el presente estudio nos preguntamos si es posible establecer una diferencia conceptual entre la función de la jurisdicción y la función administrativa que justifique su distinta ubicación constitucional, en base a criterios que deriven de las garantías de protección jurídica del individuo, o si la misma se debe sólo a motivos histó-

² KELSEN, H. (2008) [1965]. El profesor Stone y la teoría pura del derecho, en KELSEN, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Distribuciones Fontamara, S.A., p. 56; KELSEN, H. (1923) [1911]. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz*. Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), p. XI; KELSEN, H. (2009) [1953]. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Córdoba, Distribuciones Fontamara, S. A., p. 29. Con ello no se pretende mantener al derecho «puro» frente a la mezcla de otras disciplinas, como la sociología, la ética, la psicología o la economía, sino que se trata de garantizar la pureza de la ciencia del derecho y del método que le es propio (JESTAEDT, M. (2014). *Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts*. ALIPRANTIS/OLECHOWSKI (Hrsg), *Hans Kelsen. Internationale Tagung an der Akademie von Athen*. Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, p. 5).

³ La separación del derecho como ciencia pura se remonta a inicios del siglo XIX (STOLLEIS, M. (2017). «Acerca de la pureza», Bernal y Porciuncula (Eds.). *Kelsen para erizos: ensayos en honor a Stanley L. Paulson*. Bogotá, Universidad Externado, p. VI). Según Mehmel, el derecho es la forma racional del Estado, esto es, la forma orientada a la finalidad de la existencia racional y su ciencia general es la teoría pura del derecho (MEHMEL, G. E. A. (1815). *Die reine Rechtslehre*, Erlangen, Johann Jakob Palm, p. IX).

⁴ KELSEN, H. (1923) [1911]. *Hauptprobleme...* Op.cit, p. 446; KELSEN, H. (2009) [1934]. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, p. 150, MERKL, A. [1937]. «Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens», KLECASTSKY et al (Edit.). *Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien, Verlag Österreich GmbH, p. 1599.

⁵ KELSEN, H. (2010) [1929]. «Justiz und Verwaltung», Klecastsky et al (Edit.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien, Verlag Österreich GmbH, p. 1459; 1463; 1468; VARGA, C. (1990). «Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre: Entwicklung, Mehrdeutigkeiten, offene Probleme, Perspektiven», *ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie* 76(3), 348-366. Recuperado el 28 de diciembre de 2020 de: www.jstor.org/stable/23679890, p. 354. Esta teoría sería luego desarrollada por Adolf Merkl, en cuanto al ámbito de evaluación de la administración en su obra sobre derecho administrativo general (JESTAEDT, M. (2016). «Das doppelte Ermessensantlitz: Eine rechtstheoretische Vermessung des administrativen Entscheidungsfreiraums». *Osaka University Law Review*, 63, 190-209, p. 199).

⁶ KELSEN, H. (1992) [1925]. *Compendio de Teoría del Estado*. Colofón S.A., México, p. 220.

rico-políticos. Realizaremos una investigación teórica y hermenéutica,⁷ basada en un análisis conceptual e histórico⁸ a partir de fuentes documentales, en el marco de la teoría de la organización del Estado. Acudiremos a la historia constitucional doctrinal⁹, en el contexto de la filosofía del derecho y de la política,¹⁰ en el proceso ilustrado del pensamiento político alemán, a partir del liberalismo temprano de mediados y fines del siglo XVIII y su evolución, hasta la teoría política moderna de fines de siglo XIX.¹¹

El objetivo general se encuentra dirigido a determinar, a partir del análisis racional propuesto por KELSEN y la Escuela de Viena, ¿cuáles son los elementos que determinan la ubicación constitucional de la administración pública y sus relaciones con la jurisdicción y el gobierno? Analizaremos la teoría de la libre evaluación, como criterio de delimitación entre las funciones administrativa, jurisdiccional y de gobierno y valoraremos las propuestas de delimitación de las funciones administrativas y jurisdiccionales y su eventual relación con la garantía de protección jurídica del individuo, en base al criterio de la relación jurídica.

I. EL ÁMBITO DE EVALUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS JUECES

KELSEN rechazó la teoría dominante de la época, que afirmaba la existencia de una discrecionalidad libre de los funcionarios administrativos.¹² La administración es siempre una función jurídica y se encuentra conformada sólo por actos jurídicos. Por ello, cuestionó los intentos de diferenciarla frente a la jurisdicción, a partir de su condición libre del derecho y desestimó la doctrina, según la cual la administración se desenvuelve libremente dentro de los límites establecidos por la norma, mientras que la jurisdicción aplica la ley y se sujeta a ella.¹³ Se trataría, pues, de una distinción lógi-

⁷ VILLABELLA, C. M. (2009). «La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades IUS». *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* núm. 23, 2009, pp. 5-37, p. 34.

⁸ TANTALEÁN, R. M. (2016). «Tipología de las investigaciones jurídicas». *Derecho y cambio social*, 13(43), 10, p. 2.

⁹ Según Suanzes-Carpegna, la historia constitucional se ocupa de la reflexión intelectual que tuvo lugar acerca del Estado liberal y liberal-democrático (SUANZES-CARPEGNA, J. (2007). «Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional». *Historia Constitucional*, (8), pp. 245-259, p. 247).

¹⁰ SUANZES-CARPEGNA, J. (2013). «Constitucionalismo e historia del pensamiento jurídico. Entrevista al profesor Maurizio Fioravanti. *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*». (14), 22-553. DOI: <http://dx.doi.org/10.17811/hc.v0i14.384.g347>, p. 571.

¹¹ Con respecto a las corrientes políticas en la Alemania del siglo XIX, KLIPPEL, D. (1987). «Politische Theorien im Deutschland des 18. Jahrhunderts». *Aufklärung*, 2(2), Aufklärung als Prozeß, pp. 57-88. Recuperado el 13 de diciembre de 2020 de: <https://www.jstor.org/stable/24361076>, p. 88.

¹² KELSEN, H. (1923). «Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates». *Archiv Für Rechts- Und Wirtschaftsphilosophie*, 17(3), 374-408. Recuperado el 1 de diciembre de 2020 de: <http://www.jstor.org/stable/23685311>, p. 386.

¹³ *Ibidem*, p. 392.

camente insostenible, que encubre un postulado político contrario al derecho positivo.

La función de la administración sólo constituye — según KELSEN — una individualización o concreción de las leyes,¹⁴ al igual que ocurre en la relación entre la jurisdicción y la legislación. Advertía que cualquier aplicación de la ley, es decir, cualquier especificación de normas generales, cualquier transición de una etapa superior a una etapa más baja de la producción legal, es sólo un cumplimiento de un marco, sólo una actividad dentro de los límites establecidos por la norma superior. El nivel superior nunca predetermina de forma completa al nivel inferior, sino que siempre se incorporan en la etapa inferior elementos de nuevo contenido. De lo contrario no sería posible en absoluto un nuevo avance en el proceso de producción normativa; sólo sería una etapa superflua. Así como debe haber una diferencia en el contenido entre el concepto abstracto y la concepción concreta, esa diferencia necesaria es la llamada “libre evaluación” (*freie Ermessen* o libre discrecionalidad), pero se encuentra presente por igual en la administración como en la jurisdicción.¹⁵

Con respecto a la cuestión de hasta qué punto el órgano de aplicación debe estar vinculado por la ley, KELSEN encontraba dos puntos de vista de política jurídica opuestos. Algunos exigen una estricta sujeción para no abandonar al individuo a la arbitrariedad de la institución, con el fin de garantizar la seguridad a esta fase de concretización jurídica y hacerla tan previsible como sea posible. Otros exigen amplia libertad, para que la norma individual, la decisión concreta o la resolución se adecúe lo mejor posible a las particularidades del caso concreto, para evitar las situaciones injustas que se encuentran vinculadas a la regulación general demasiado detallada. Pero, incluso en los casos extremos de libre evaluación del órgano, la sujeción a la ley no desaparece por completo.¹⁶ Esta afirmación permite advertir que la aplicación de la ley a que alude KELSEN se produce, en ambos casos, en relaciones jurídicas que afectan intereses individuales, es decir, como veremos más adelante, aquellas correspondientes a las funciones administrativas y jurisdiccionales, pero no aquellas que sólo afectan intereses generales, como la función de gobierno.

El amplio ámbito de evaluación es un elemento asociado históricamente a la función administrativa, como se desprende de la cláusula general, sólo predeterminada por la finalidad de la norma, contenida en el §10 Parte II Título 17 del *Allgemeine*

¹⁴ Un criterio distinto era sostenido por JELLINEK, W. (1929). *Verwaltungsrecht*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag GmbH, p. 26.

¹⁵ KELSEN, H. (1923). *Die Lehre von...* Op.cit, p. 392; KELSEN, H. (2010) [1929]. «Justiz und Verwaltung», Op. cit., p. 1475. Este mismo resultado es sostenido en base al derecho administrativo contemporáneo en Alemania y Austria, por JESTAEDT, M. (2016). «Das doppelte Ermessensantlitz...» Op.cit, p. 208.

¹⁶ KELSEN, H. (1923). *Die Lehre von...* Op.cit, p. 395; KELSEN, H. (2010) [1929]. «Justiz und Verwaltung», Op. cit., p. 1475.

*Landrecht für die Preussischen Staaten*¹⁷ de 1794.¹⁸ Pero las teorías sobre el alcance del ámbito de evaluación de la administración son propias de la controversia acerca de la densidad del control judicial. Por ello, pertenecen a la doctrina clásica del derecho administrativo y a la jurisprudencia de los tribunales administrativos de la segunda mitad del siglo XIX, las cuales consideraban legítimo dejar a la administración pública un espacio libre de regulación legislativa y de control judicial. En la doctrina de la monarquía constitucional, la libre evaluación o discrecionalidad era un área en la que permanecía intacta la soberanía del monarca con respecto a la administración.¹⁹ Si bien la intervención en los derechos y libertades de los individuos requería de una habilitación legislativa, de conformidad con el cada vez más aceptado principio constitucional de reserva legal, sin embargo, no se consideraba necesaria ni la regulación estricta de los presupuestos de la intervención ni de sus modalidades. La cuestión de, cuáles áreas de la administración interna y en qué medida la intervención policial podía limitar los derechos del individuo, era en el derecho prusiano, una cuestión de la libre evaluación de los órganos de policía, lo cual excluía la revisión judicial.²⁰

Una temprana observación acerca del distinto ámbito de evaluación de la administración y los jueces es expuesta por MEHMEL, quien insinúa que la particularidad de la función del juez, dentro del poder ejecutivo deriva de su especial sujeción a la ley: «el juez es el poder ejecutivo que se encuentra sujeto a la ley, quien vincula la ley y los hechos, a través de una sentencia firme».²¹ PFIZER advierte que el objeto de la justicia civil está referido a relaciones jurídicas basadas en normas determinadas en detalle y no modificables, mientras que la mayor parte de las relaciones de sujeción de las cuales derivan las competencias del Estado, se encuentran redactadas en forma general, debido a que, para alcanzar su finalidad en las relaciones en constante cambio, dejan un campo de juego mucho mayor.²² Un criterio similar es sostenido por GERBER, quien considera que, la aplicación de la ley en un caso concreto permitiría identificar a la actividad judicial frente a ciertas decisiones libres,

¹⁷ Véase al respecto, HERNANDEZ, M. (1994). «A propósito del bicentenario del “Allgemeines Landrecht” de 1794. Perspectivas de valoración». *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, (8), 195-202.

¹⁸ Esta disposición describía la llamada «policía de seguridad» y marcaría el rumbo del derecho policía en el sentido de la hasta hoy reconocida «cláusula general», según la cual «La policía asume las medidas necesarias para el mantenimiento de la paz pública, la seguridad y el orden y para la prevención del peligro para el público o los individuos.»

¹⁹ BULLINGER, M. (1984). «Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung — Entwicklung, Funktionen, Gerichtskontrolle». *JuristenZeitung*, 39(22), 1001-1009. Recuperado el 4 de diciembre de 2020 de: <http://www.jstor.org/stable/20817222>, p. 1001.

²⁰ ROSIN, H. (1895). *Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen*, Berlin, F. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, p. 141.

²¹ MEHMEL, G. E. A. (1815). *Die reine...*, Op.cit. pp. 454-483.

²² PFIZER, C. von (1828). *Ueber die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civil-Justiz und über die Form bei Behandlung der Verwaltungsjustiz*, Stuttgart, J. G. Cotta'schen Buchandlung, p. xxi.

que no podían ser determinadas previamente por la ley, que constituiría el campo de la función administrativa.²³

Las decisiones discrecionales se consideraban excluidas del control de tribunales administrativos. Dado que el monarca podía realizar libremente sus objetivos, dentro del marco de la finalidad de la competencia legalmente atribuida, el control judicial sólo estaba referido al cumplimiento de tal finalidad.²⁴ En algunos casos, tal exclusión se encontraba expresamente establecida en la ley. De conformidad con la Ley del Tribunal Administrativo de Baviera de 08 de agosto de 1878, la competencia del Tribunal Administrativo no se extiende «a cuestiones y asuntos en los que las autoridades administrativas se encuentran facultadas a actuar según su propia evaluación» (§1313). En términos similares a la regulación prusiana, el § 3 lit. e de la ley austriaca relativa a la instalación de una Corte Administrativa disponía que «de la competencia de la Corte Administrativa se encuentran excluidos: ... Asuntos en los cuales y en la medida en que los órganos administrativos estén facultados para actuar según su libre evaluación.»²⁵ Según la Ley de Jurisdicción Administrativa de Hamburgo de 02 de noviembre de 1921, «en la medida en que las autoridades estén autorizadas legalmente a actuar según su evaluación, el demandante no puede hacer valer un resultado distinto en base a una correcta evaluación» (§46). Un control de contenido del acto fue luego desarrollado en forma progresiva.²⁶

Con respecto a la aplicación del término de «libre evaluación», FEZNER advertía que la competencia de la Corte Administrativa austriaca se encuentra dada cuando una persona afirma que ha sido lesionado en su derecho por una decisión o resolución

²³ GERBER, C. F. (1869). *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig. Verlag von Bernhard Tauchnitz, p. 27.

²⁴ En tal sentido, JELLINEK, W. (1929). *Verwaltungsrecht...* Op. cit, p. 28; KISSLING, C. (1876). *Formelles Verwaltungsrecht. (Verwaltungsgerichtsbarkeit)*, Wien, Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung, p. 45, 54.

²⁵ Con una detallada exposición de las críticas de la doctrina y de la impredecible e insegura aplicación práctica de tal disposición, TEZNER, F. (1888). *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Wien, Manz'sche K. K. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, p. 1; TEZNER, F. (1892). *Über das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Wien, Alfred Hölder, K. U. K. Hof- und Universitäts-Buchhändler, p. 327. En la exposición de motivos de la ley austriaca relativa a la instalación de una Corte Administrativa, se distingue entre la verdadera administración (freie Verwaltung o administración libre) y la jurisdicción administrativa (Verwaltungsrechtspflege). La primera consiste en la ejecución de las tareas políticas, en base a motivos de conveniencia y oportunidad, la última consiste en las decisiones sobre las facultades y obligaciones de los ciudadanos, que derivan de los derechos públicos vigentes. En la medida en que en el ámbito de la libre administración no se oponen derechos de los individuos, la misma actúa sólo en consideración de las particularidades de cada caso, sólo en base al poder hacer (pouvoir discrétionaire), en el dominio de la libre y no sujeta evaluación. Esta formulación coincide con nuestra tesis, acerca de los elementos que distinguen la función política del gobierno frente a la afectación de intereses individuales de la administración.

²⁶ BULLINGER, M. (1984). «Das Ermessen der öffentlichen... Op. cit, p. 1002.

de un órgano administrativo, por lo que no podía excluirse del control judicial el ejercicio de una facultad de evaluación.

El concepto de «libre evaluación» fuertemente cuestionado por KELSEN constituye en la actualidad un criterio superado en la doctrina del derecho administrativo alemán y ha sido sustituido por la — ya conocida en el siglo XIX — teoría de la evaluación sujeta a la finalidad de la ley (*pflichtgemäßes Ermessen*).²⁷ En todo caso, debemos reconocer que la «libre evaluación» formó parte de un importante proceso evolutivo. En palabras de LASKER, la Constitución despojó al poder ejecutivo de la libre decisión y, si bien no la erradicó por completo, la transfirió a la ley, creando al mismo tiempo los factores que garantizan una más precisa ponderación entre el derecho y las necesidades del Estado en mayor grado que el monarca absoluto y su ejército de funcionarios.²⁸

Al mismo tiempo, podemos afirmar que el principio que se considera como contrapartida de la discrecionalidad administrativa, el de la estricta sujeción del juez a la ley, también ha sufrido un proceso de relativización, el cual se remonta a la objeción de G.F. PUCHTA, a fines del siglo XIX, en el sentido que, el derecho no sólo deriva del legislador político, sino que el poder judicial asume una tarea productiva en la formación del derecho, guiado por principios, más allá de la aplicación de la ley.²⁹ De igual forma, BORNHAKENE afirmaba la existencia de ámbitos de la jurisdicción que no se encontraban sujetos a la aplicación de la ley, sino a la libre evaluación de los jueces.^{30 31}

Como resultado, podemos afirmar que, el ámbito de evaluación que deriva de la aplicación de la norma general al caso concreto no constituye un factor que ofrezca una justificación material a la distinción entre la administración y la jurisdicción.

²⁷ WAHL, R. (2013). «Entwicklungspfade im Recht», Op. cit., p. 373; SCHMIDT-ASSMANN, E. (2006). *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Springer Science & Business Media, p. 29

²⁸ LASKER, E. (1874). *Zur Verfassungsgeschichte Preussens*, Leipzig, Brodhaus.

²⁹ HABERMAS, J. (1987). «Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?». *Kritische Justiz*, Vol. 20 N° 1, pp. 1-16. Recuperado el 28 de diciembre de 2020 de: <http://www.jstor.com/stable/23996308>, p. 10; HABERMAS, J. (1988): «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?» *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 5, pp. 21-45, p. 34.

³⁰ BORNHAKENE, K. (1888). *Preussisches Staatsrecht: Erster Band*, Freiburg i. B. Akademische verlagsbuchhandlung von J.C.B. Mohr (P. Siebeck), p. 542.

³¹ En el derecho contemporáneo, Ferrajoli ha advertido acerca del cambio de ubicación del juez frente a la ley, especialmente en el sentido que sólo está sujeto a la ley válida (FERRAJOLI, L. (2005). «El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho», en CARBONELL, J. y otros (Coord) *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 93), que deriva de una innovación en la estructura de la legalidad; la regulación jurídica del derecho positivo, a partir de modelos axiológicos (FERRAJOLI, L. (1999). *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, p. 19), entre otras concreciones del llamado Estado constitucional de derecho (Aguiló R., J. (2003): «De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica» *Jueces para la Democracia*, Vol 46: pp. 47-56, p. 54).

Esta evolución nos obliga a preguntarnos, si es o no acertada la advertencia de Kelsen, acerca de la imposibilidad de establecer una distinción material entre las funciones administrativas y jurisdiccionales, en la medida en que el ámbito de evaluación y el grado de sujeción a la ley no son características esenciales que justifiquen su distinta naturaleza; pero también acerca de las consecuencias de tal identidad material para justificar su distinta ubicación constitucional, en relación con los demás poderes y, especialmente, frente al gobierno.

II. LA DELIMITACIÓN FRENTE A LAS FUNCIONES DE GOBIERNO

Los argumentos de Kelsen, en contra de la discrecionalidad libre de la administración, pueden ser además confrontados con respecto a la controversia sobre la delimitación entre las funciones de gobierno, por una parte, y las funciones administrativas y jurisdiccionales, por la otra. Nos preguntamos, si asumimos que la discrecionalidad no constituye un criterio que permita distinguir entre funciones administrativas y jurisdiccionales, ¿podría sin embargo, ser determinante de la delimitación entre éstos y las funciones de gobierno?

En la teoría de Locke, la discrecionalidad es el elemento que justifica la distinción entre el poder de gobierno, o federativo, encargado de la política exterior,³² frente a la ejecución de las leyes del poder ejecutivo.³³ La delimitación entre ambos se basa en la discrecionalidad del gobierno, el cual es mucho menos susceptible de regirse por previas y vigentes leyes positivas que el ejecutivo.³⁴ La distinción entre las funciones administrativas y jurisdiccionales, frente a la función de gobierno, en los términos expuestos por Locke, permite advertir que la discrecionalidad y sujeción a la ley se encuentran asociados a distintos tipos de relaciones jurídicas, las cuales a su vez se distinguen por la afectación de intereses individuales, que se produce a través de las primeras y de la inexistencia de ese elemento en las funciones de gobierno.

En el pensamiento político alemán del siglo XVIII, Justi también alude a la «la mayor discreción política y eficiencia técnico-administrativa» del monarca, como justificación de su competencia para el ejercicio del poder ejecutivo y de sus prerrogativas, las cuales comprenden toda el área de la política, el mando supremo de las fuerzas armadas, la dirección de los negocios del gobierno, la designación de los ministros, así como de los funcionarios superiores y de los jueces y la supervisión sobre

³² LOCKE, J. (1994). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Traducción, introducción y notas Carlos Mellizo, §145.

³³ *Ibidem*, §147.

³⁴ *Ibidem*. LOCKE advierte que, las leyes que se refieren a las relaciones entre súbditos pueden preceder a las acciones de éstos; más lo que se hace en referencia a súbditos extranjeros, ha de dejarse a la prudencia del Gobierno. Véase también, FERNÁNDEZ, S. I. (2003). Dirección política y función de gobierno en la historia constitucional. *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 4, pp. 151-195, p. 159.

la burocracia y la jurisdicción.³⁵ Si bien la jurisdicción se ubica como una subcategoría del ejecutivo,³⁶ en todo caso, el Cameralista JUSTI, exigía una total independencia, jurídica e institucional de la justicia.³⁷

En la teoría del Estado unificado de HEGEL, a pesar de que el poder judicial y policial (administrativo) están comprendidos en el poder gubernativo,³⁸ sin embargo advierte que el mismo es ejercido por «funcionarios estatales» que tienen una fuerte orientación de interés público, razón por la cual se les debe dar la mayor independencia posible en relación con el gobierno y el parlamento.³⁹

La delimitación conceptual del gobierno y la administración es objeto de desarrollo en la obra de BLUNTSCHLI (1875), quien observa que la esencia del poder de gobierno no reside en la ejecución sino en el poder de dirigir la totalidad del Estado; ordenar lo justo y de interés para el bien común; proteger a la nación y al pueblo frente a peligros determinados y agresiones, y representarlo. El poder de gobierno es el que ejerce la autoridad más elevada (*gouvernement politique*), mientras que cuando ese poder se refiere a situaciones individuales, entonces constituye la administración.⁴⁰ El cuerpo de funcionarios gozaba en Alemania de independencia y capacitación.⁴¹ El orden jerárquico era más estricto en el caso de los funcionarios del gobierno, a diferencia de los funcionarios de justicia, pero la obediencia no era absoluta, sino determinada por el orden jurídico y los principios fundamentales de las buenas costumbres.⁴² BLUNTSCHLI definía al gobierno político como un poder que ejerce la dirección del Estado en su conjunto, mientras que la administración se encuentra referida a lo pequeño e individual.⁴³ Esta idea es desarrollada más adelante por el propio BLUNTSCHLI en su obra «La política como ciencia» (1876). Sostiene que, debe tenerse el cuidado de distinguir la administración de la política, de tal forma que se encuentre separada tanto de la ley como de la política. La política es especialmente tarea de los hombres de Estado; la administración es tarea de los funciona-

³⁵ *Ibidem*, p. 429.

³⁶ SEIF, U. (2003). «Recht und Gerechtigkeit... *Op.cit*, p. 127. También en este sentido, PFIZER, C. von (1828). *Ueber die Grenzen...* *Op.cit*, p. 4.

³⁷ WILHELM, U. (1991). «Das Staats— und Gesellschaftsverständnis von J. H. G. von Justi: Ein Beitrag zur Entwicklung des Frühliberalismus in Deutschland». *Der Staat*, 30(3), 415-441. Recuperado el 13 de diciembre de 2020 de: <https://www.jstor.org/stable/43642389>, p. 427.

³⁸ HEGEL, G. W. F. (1968) [1820]. *Filosofía del derecho: Introducción de Carlos Marx*, Buenos Aires, Editorial Claridad, § 273.

³⁹ HEGEWISCH, N. (2016). *Verwaltung und Gewaltenteilung im Vormärz. Ein ideengeschichtlicher Beitrag zu einer aktuellen politikwissenschaftlichen Problematik*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, p. 84; HEGEL, G. W. F. (1968). *Filosofía del derecho...*, *Op.cit.*, § 287.

⁴⁰ BLUNTSCHLI, J. K. (1875). *Lehre vom Modernen Staat. Vol. I. Allgemeine Statslehre*, Stuttgart, J.G. Cotta, p. 294.

⁴¹ *Ibidem*, p. 612.

⁴² *Ibidem*, p. 619.

⁴³ *Ibidem*, p. 595.

rios técnicos.⁴⁴ Esta contraposición es naturalmente difusa. La política no puede ser ejecutada sin ayuda de la Administración y algunos actos administrativos contienen al mismo tiempo un carácter político, en la medida en que sean de interés para el Estado y el pueblo.⁴⁵ Estas reflexiones ejercerían una notable influencia en la teoría norteamericana sobre la dicotomía entre política y administración.

Según Otto MAYER, corresponde al Gobierno la supervisión del todo, la dirección uniforme del destino político del Estado y el desarrollo cultural.⁴⁶ Quedan entonces excluidas del concepto de administración, todas las actividades del Estado con el fin de alcanzar sus fines, tales como, las relaciones diplomáticas;⁴⁷ la guerra o el derecho de emergencia de Estado.⁴⁸

JELLINEK desarrolló la tesis de la distinción entre la actividad discrecional y la actividad reglada, como criterio de delimitación material entre las distintas funciones del Estado.⁴⁹ El más amplio margen de juego es el que corresponde al ámbito de la legislación, la cual de acuerdo con su naturaleza debe disfrutar de la mayor libertad. No menos significativa es la libertad de la administración, donde este elemento recibe el nombre de gobierno. Un Estado con un gobierno que actúa sólo sujeto a la ley sería políticamente inconcebible. La dirección de la actividad gubernamental nunca puede encontrarse determinada por reglas jurídicas.⁵⁰ Sobre todo, esto se refleja en la política exterior, que muestra casi la misma libertad que la actividad legislativa, pero incluso en cuanto a los asuntos internos, se excluye necesariamente la regulación jurídica de la actividad del gobierno.^{51 52}

A diferencia de la evolución del concepto del ámbito de evaluación de la administración, la discrecionalidad del gobierno ha permanecido prácticamente inalterada. La explicación de este resultado deriva, en nuestro criterio, de la variable relacionada

⁴⁴ BLUNTSCHLI, J. C. (1876). *Politik als Wissenschaft*, Stuttgart, Verlag der J.G. Cotta'schen Buchhandlung, p. 467.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 468.

⁴⁶ MAYER, O. (1895). *Deutsches...* Op. cit., p. 4.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁹ GROTE, R. (2010). *Der Verfassungsorganstreit: Entwicklung, Grundlagen, Erscheinungsformen*, Mohr Siebeck, p. 379.

⁵⁰ JELLINEK, G. & JELLINEK, W. (1921). *Allgemeine Staatslehre*. 3. Auf. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag GmbH, p. 617

⁵¹ *Ibidem*, p. 617

⁵² En la teoría contemporánea del Estado, el elemento de la discrecionalidad continúa siendo utilizado en la separación de las funciones políticas del gobierno. Para Ferrajoli, es evidente que las funciones de gobierno, precisamente porque se refieren a la esfera de lo decidible, es decir, a la valoración discrecional o política de los intereses generales, tienen su fundamento en la voluntad popular (FERRAJOLI, L. (2013) [2007]. «*Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia: 1. Teoría del derecho*». Madrid, Editorial Trotta, SA., p. 828). Según Zagrebelsky la discrecionalidad como expresión de la voluntad que se impone, propia de los órganos políticos, es una cosa distinta a la discrecionalidad «republicana», dirigida al consenso sobre la Constitución (ZAGREBELSKY, G. (2006). «Jueces Constitucionales». *Boletín mexicano de derecho comparado*, 39(117), 1135-1151, p. 1149).

con la afectación directa en la esfera jurídica del individuo, la cual se encuentra presente en las funciones administrativas y jurisdiccionales, pero que debemos considerar excluida de la función de gobierno. La densidad normativa que reduce la discrecionalidad se encuentra en proporción directa al grado de afectación del interés individual, por lo que los ámbitos de incuestionable influencia política del gobierno, como por ejemplo, las relaciones internacionales, o la política económica, las cuales sólo producen, en principio, una afectación mediata e indirecta del individuo, corresponden a la esfera del interés general. El interés general y la exclusión de la afectación directa individual son los elementos que consideramos determinantes del concepto de función de gobierno.

III. LA RELACIÓN JURÍDICA EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL CIVIL

La tesis sostenida por KELSEN, en el sentido de la imposibilidad de establecer una delimitación material entre la función administrativa y la jurisdiccional coincide con un importante sector de la teoría del Estado. Es el caso de ZOEPFL, quien considera que la función del Estado de subsunción o de juzgamiento sólo se distingue de la ejecución en sentido estricto o la ejecución de sentencias.⁵³ Según BORNHAKENE, la aplicación de la norma general al caso concreto, a través de una deducción lógica, no es en caso alguno una característica exclusiva de la actividad judicial, sino que también pertenece a la actividad de la administración.⁵⁴ Otto MAYER observa que, la facultad de defensa del orden jurídico y de garantizar protección jurídica no corresponde en forma exclusiva a los tribunales, de lo cual deriva el reconocimiento de la independencia de la administración y de su facultad de declarar el derecho al igual que la justicia.⁵⁵

Por el contrario, como se observa en la obra de los publicistas que estudiaremos a continuación, es posible encontrar ciertos elementos materiales de distinción. Mientras que STRUBEN, SCHEIDEMANTEL y ROSIN aluden a la dicotomía entre intereses individuales y generales, MEHMEL distingue entre la afectación directa o indirecta y PFIZER y LABAND entre relaciones jurídicas horizontales y verticales. Estos criterios son exactamente los que hasta nuestros días han servido a la clasificación entre los derechos subjetivos, o intereses jurídicamente protegidos y el simple interés general y entre el derecho público y privado y, como veremos más adelante,

⁵³ ZOEPFL, H. (1846). *Grundsätze des allgemeinen und des constitutionellmonarchischen Staatsrechts, mit besonderer Rücksicht auf das gemeingültige Recht in Deutschland, nebst einem kurzen Abrisse des deutschen Bundesrechts und den Grundgesetzen des deutschen Bundes als Anhang*. 3. Auf., Heidelberg, Akademische Verlagshandlung von C. F. Winter, p. 189.

⁵⁴ BORNHAKENE, K. (1888). *Preussisches Staatsrecht...* Op.cit, p. 542.

⁵⁵ MAYER, O. (1895). *Deutsches Verwaltungsrecht I*, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, p. 63.

pueden ser un aporte para proponer una teoría de delimitación de funciones, basada en la protección del interés individual.

STRUBEN emplea una definición negativa de los asuntos del gobierno, señalando que, «aquel que sabe qué son las cuestiones de la justicia, no puede desconocer qué son las cuestiones de gobierno, las cuales resultan ser su contrapartida». ⁵⁶ Las cuestiones de policía [o administrativas] son una parte de las cuestiones de gobierno. ⁵⁷

El análisis de la organización del Estado de STRUBEN se enmarca, como es característico de la ilustración, en la transición del estado de naturaleza al estado civil y con ello, en términos similares a LOCKE, la división de funciones resulta asociada a la libertad natural del individuo. Las personas habrían abandonado su libertad natural y se sometieron al monarca, principalmente porque de esa forma podían alcanzar más fácilmente lo que tenía derecho a reclamar de los demás y que aquellos se niegan a conceder. ⁵⁸ Por ello, se nombraron en todos los Estados a los jueces, quienes dilucidan las controversias surgidas. ⁵⁹ Pero esta regla encuentra su excepción cuando la máxima autoridad a través de leyes y decretos limita la libertad de algún súbdito. La esencia del régimen civil trae consigo que lo que cada súbdito ha adquirido, debe ser sacrificado por el bienestar general. ⁶⁰ Es entonces una cuestión de la justicia, cuando surge una controversia sobre la interpretación y aplicación de las leyes entre personas individuales o comunes. ⁶¹ De tal forma, podemos identificar una clasificación basada en criterios materiales que distinguen entre relaciones jurídicas destinadas a proteger intereses individuales, en manos de los jueces, y de aquellas en que la justificación deriva de la protección del interés general, por parte de la máxima autoridad, es decir, una clasificación que reside en la determinación del bien jurídico protegido.

La protección de intereses jurídicos individuales que caracteriza la jurisdicción civil es también el criterio utilizado por SCHEIDEMANTEL en 1771 para distinguirla de la protección de intereses generales, que es propia de la función administrativa, en la tarea de establecer límites entre los asuntos de policía y de la justicia. El ámbito de la policía no se limita a los asuntos de la seguridad contra delincuentes, ladrones y accidentes naturales, sino que se refiere a todos los ramos del gobierno. SCHEIDEMANTEL estima más acertado fijar los límites de la policía y la justicia, según el bienestar público y la utilidad privada. ⁶² Los asuntos judiciales son en parte civiles y en parte penales. Los civiles se refieren sólo a lo mío y a lo tuyo entre particulares. Sólo se relacionan indirectamente con el interés común y en la medida

⁵⁶ No podemos dejar de notar que, esta temprana tesis describe el criterio residual para la determinación de la función administrativa que se atribuye a Otto Mayer y que se encuentra todavía vigente en el derecho alemán. BVerwG, Sentencia de 03.11.2011 — 7 C 3.11, Abs. 13.

⁵⁷ STRUBEN, D. G. (1761). *Neben-Stunden*. Hannover, Schmidt, XIII § 1.

⁵⁸ STRUBEN, D. G. (1761). *Neben-Stunden*. Hannover, Schmidt, XIII § 1.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 49.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 50.

⁶¹ *Ibidem*, p. 54.

⁶² *Ibidem*, p. 54.

en que son protegidos los derechos de los ciudadanos o cuando han sido perdidos de forma contraria a derecho; los asuntos de la policía se refieren en forma inmediata al bienestar del Estado y, aunque aquí y allá promueven la utilidad privada de los súbditos, solo se realiza con el objeto de producir ventajas para la comunidad.⁶³

Mehmel emplea como criterio de distinción, la forma de afectación directa o indirecta del individuo. La ejecución de la ley por los jueces sólo se produce frente a conductas que lesionan los derechos del Estado o de las personas, mientras que es tarea de la policía intervenir frente a impedimentos que no lesionan de forma directa los derechos de las personas. Los obstáculos que impiden el cumplimiento de los fines del Estado pueden ser objeto de la prevención o de procura a través de medios adecuados.⁶⁴ Un siglo más tarde, la distinción entre la afectación directa e indirecta sería determinante del incipiente desarrollo de la teoría de los derechos subjetivos públicos, de los cuales, a su vez, depende la protección judicial de los tribunales administrativos en Alemania, hasta nuestros días.

En 1828, en su obra titulada «De los límites entre la justicia administrativa y la justicia civil», PFIZER postula la distinción entre administración, bajo el nombre de «justicia administrativa» (*Verwaltungsjustiz*) y la «justicia civil» (*Civiljustiz*), basado en parte en aspectos formales, como la rapidez del procedimiento, pero también alude a otra distinción que deriva de las leyes. Las relaciones de sujeción que se plantean entre el súbdito y el monarca tienen una naturaleza distinta a las de los súbditos entre sí.⁶⁵ Estas relaciones sólo tienen por objeto los derechos de los súbditos en su condición de tales, el derecho a la libertad de conciencia, de prensa y de emigración, con las posibles limitaciones de la libertad natural.⁶⁶ Éstos derechos y cargas del individuo se basan directamente en el contrato del Estado (*Staatsvertrag*) y sólo pueden ser explicados por la relación de sujeción (*Subjektionsverhältnis*).⁶⁷ Muy distinta es la esfera del derecho civil, el cual ya no se refiere a relaciones de sujeción, sino al derecho común, *ius commune*, esto es un derecho que es común para cualquier ciudadano, comuna o Estado.⁶⁸ La justicia criminal (*Criminaljustiz*) es también una rama de la justicia y sólo se distingue por su objeto, los delitos y las penas.⁶⁹ En la medida en que se plantea el ejercicio de los derechos soberanos, basados en relaciones de sujeción, el poder de los jueces queda excluido y sería un contrasentido que interviniera en ellas.⁷⁰ De tal forma, la tesis de PFIZER alude a los elementos que conforman la teoría de la subordinación, que aún es empleada en el derecho alemán

⁶³ *Ibidem*, p. 1771: 65; PAHLOW, L. (2003). Zur Theorie der Gewaltenteilung im 18. Jahrhundert. *Aufklärung*, 15, 275-299. Recuperado el 3 de enero de 2021 de: www.jstor.org/stable/24361757, p. 291.

⁶⁴ MEHMEL, G. E. A. (1815). *Die reine...*, *Op.cit.* pp. 483-494.

⁶⁵ PFIZER, C. von (1828). *Ueber die Grenzen...* *Op.cit.*, p. xi; 14 y sig.

⁶⁶ *Ibidem*, p. xi.

⁶⁷ *Ibidem*, p. xii.

⁶⁸ *Ibidem*, p. xiii.

⁶⁹ *Ibidem*, p. xiii.

⁷⁰ *Ibidem*, p. xiv.

contemporáneo, para distinguir entre las relaciones jurídicas de derecho público y de derecho privado.

La estructura de la relación jurídico-administrativa es descrita por ROSIN, en el sentido que, en la medida en que los órganos de policía establecían obligaciones de hacer o de no hacer de los súbditos, para el cumplimiento de su finalidad, dan lugar a limitaciones de la libertad de actuación natural del individuo, en interés del bien común.⁷¹ ROSIN define la policía como «una rama de la administración interna del Estado, que se expresa en la limitación de la libertad natural de actuación del individuo, en favor de bienestar general».⁷²

La sistematización de estos criterios materiales nos permite identificar los elementos determinantes de la naturaleza administrativa o jurisdiccional civil de determinada relación jurídica, a partir de la identificación del bien jurídico protegido. La función jurisdiccional civil se encuentra determinada por el conflicto de derechos subjetivos de particulares. En la teoría de la voluntad de SAVIGNY, el derecho subjetivo asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña,⁷³ mientras que la obligación es un acto, que queda sustraído al libre arbitrio de la persona obligada y se somete al imperio de la voluntad del titular del derecho,⁷⁴ de tal forma que las obligaciones pasivas restringen la libertad del individuo en lugar de extenderla.⁷⁵ A partir de esta descripción, podemos afirmar que la relación jurídica que corresponde a la función jurisdiccional civil tiene por objeto brindar protección directa e inmediata a un interés individual del acreedor, a quien le reconoce un poder jurídico para exigir una conducta del deudor, quien es el titular del derecho de libertad afectado. El bien jurídico protegido es entonces un interés individual, a diferencia del interés general protegido por el derecho administrativo.

Como resultado, observamos que la relación jurídico-administrativa tiene por objeto la protección de intereses generales⁷⁶ y para lograr tal objetivo, el legislador puede limitar derechos individuales⁷⁷ o realizar prestaciones directas de derecho social o deberes de protección, mientras que en la función jurisdiccional civil el bien jurídico

⁷¹ ROSIN, H. (1895). *Das Polizeiverordnungsrecht...* Op. cit., p. 130.

⁷² *Ibidem*, p. 133.

⁷³ SAVIGNY, F. K. (1879). *Sistema del derecho romano actual*, Tomo 4, trad. Guenoux, Madrid, F. Góngora y Compañía, p. 223.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 227.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 250. Para ROSIN, la finalidad propia de la justicia civil reside en la protección y restablecimiento de los derechos privados amenazados de peligro o lesionados. ROSIN, H. (1895). *Das Polizeiverordnungsrecht...* Op. cit., p. 134.

⁷⁶ También en este sentido, LABAND, P. (1882). *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 3, Abt. 2, Freiburg (Breisgau), p. 29.

⁷⁷ Este concepto coincide además con la definición de ROSIN, como «una rama de la administración interna del Estado, que se expresa en la limitación de la libertad natural de actuación del individuo, en favor de bienestar general» (ROSIN, H. (1895). *Das Polizeiverordnungsrecht...* Op. cit., p. 133).

protegido, que justifica la limitación de la libertad de un individuo es, como hemos visto, un interés individual.

IV. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIÓN PENAL

La imposibilidad de distinción material entre la funciones administrativa y jurisdiccional penal sirve a KELSEN de ejemplo de la arbitrariedad del dualismo entre administración y jurisdicción. La diferencia de si alguien es enjuiciado por un juez, por infracción de la ley penal, o por un órgano administrativo por el incumplimiento de una regulación de la actividad económica sólo reside, según KELSEN, en la independencia del órgano jurisdiccional. Pero incluso tal diferencia quedaría reducida por las múltiples posibilidades de intervención del ejecutivo en la jurisdicción.⁷⁸

Según MEHMEL, las sanciones policiales (*Polizeistrafe*) se identifican con las sanciones criminales (*Criminalstrafen*), en cuanto a su procedimiento de oficio y la indeterminación de los parámetros aplicables, pero se distinguen en cuanto a que se refieren a transgresiones menores del orden jurídico, mientras que aquéllas se dirigen en contra de transgresiones y delitos contra determinados derechos del individuo o del Estado.⁷⁹ Se trataría entonces de una diferencia formal, basada en la distinta valoración de la conducta y de la respuesta del Estado en la esfera jurídica individual.

MOHL propuso que la totalidad de la potestad sancionatoria del Estado quedara reservada a la administración de justicia (*Verwaltung der Rechtspflege*), la cual comprendería entonces la justicia preventiva (*Präventivjustiz*) y la justicia restablecedora (*wiederberstellende Rechtspflege*), y ésta última a su vez se dividiría en justicia civil (*Civiljustiz o bürgerliche Rechtspflege*) y justicia penal (*Strafrechtspflege o Criminaljustiz*).⁸⁰ MOHL atribuía a la «justicia preventiva» todas las actividades dirigidas al aseguramiento y mantenimiento del derecho, lo cual incluiría el ámbito de la prevención policial frente a peligros.⁸¹

⁷⁸ KELSEN, H. (2010) [1929]. «Justiz und Verwaltung», Op. cit., p. 1468. Una detallada descripción acerca de la evolución de la discusión en torno a muy controvertido problema de distinguir entre el injusto policial y criminal, LISZT, F. (1888). *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Dritte durch gearbeitete Auflage, Berlin und Leipzig, Verlag von J. Gutentag, p. 111.

⁷⁹ MEHMEL, G. E. A. (1815). *Die reine...*, Op.cit, p. 498.

⁸⁰ MOHL, R. (1866) [1834]. *Die Polizei — Wissenschaft nach den Grundfäßen des Rechtsstaates*, Tübingen, Paul & Siebeck, p. 12. MOHL, R. (1872) [1859]. *Encyklopädie der Staatswissenschaften*. Freiburg i / B. und Tübingen, Akadem. Verlagsbuchhandlung von F. C. B. Mohr. Paul Siebeck, p. 274; SCHEUNER, U. (1979). «Der Rechtsstaat und die soziale Verantwortung des Staates: Das wissenschaftliche Lebenswerk von Robert von Mohl». *Der Staat*, 18(1), 1-30. Recuperado el 18 de diciembre de 2020 de: <http://www.jstor.org/stable/43641167>, p. 14.

⁸¹ SCHEUNER, U. (1979). «Der Rechtsstaat... Op. cit, p. 20; SCHÄFFLE, A. (1871). «Die Stellung der politischen Verwaltung im Staatsorganismus aus dem Gesichtspunkt technisch zweckmäßiger Arbeitsteilung. Ein Beitrag zur Theorie der Polizei». *Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft*

La tesis de MOHL, que reuniría la justicia preventiva o de policía en manos de la jurisdicción no tuvo acogida en la doctrina,⁸² pero es en nuestro criterio, un indicio en el sentido de la identidad material entre las relaciones jurídicas del derecho penal y del derecho administrativo de intervención. Por su parte, la teoría de MOHL, que justificaba la distinción entre el carácter represivo del primero, el cual actúa para reprimir el daño cometido en el pasado, en la medida en que se encuentran sujetos a una calificación jurídica, mientras que el segundo actuaba preventivamente para evitar daños futuros, tendría amplia recepción.⁸³

En sentido contrario, SCHÄFFLE desestimaba la posibilidad de encontrar una diferencia material entre ambos. En su criterio, tanto la policía como la justicia actúan en forma preventiva como represiva, combatiendo conductas injustas y peligros generales y ambos perseguían el bienestar y la felicidad comunes, cada uno a través de la técnica que les es propia.⁸⁴ De tal forma, ni la distinta finalidad, ni el objeto de su actuación, sino sólo elementos formales, tales como la particularidad técnica de su método de intervención, serían determinantes de la relación entre la policía y la justicia.⁸⁵ Su delimitación deriva entonces — según SCHÄFFLE — sólo de elementos formales.⁸⁶

También en este sentido, estima LISZT que la llamada sanción policial no difiere de la pena en sentido estricto, mientras que el injusto criminal y policial se distinguen en base a la lesión o peligro de bienes jurídicos del primero, frente a la simple desobediencia de una prohibición que podría poner en peligro bienes jurídicos de forma indirecta, es decir, a través de la afectación de instituciones que son relevantes para la protección de bienes jurídicos.⁸⁷ La diferencia entre las distintas áreas del derecho no deriva, según LISZT del tipo de interés protegido, sino de la intensidad de la protección que caracteriza al derecho penal.⁸⁸

Efectivamente, si por una parte, la distinción entre prevención y represión resulta inadecuada, para distinguir entre el derecho de policía y el derecho penal, tampoco encontraremos, a diferencia del caso de la jurisdicción civil, una distinción a partir

/ *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 27(2), 181-250. Recuperado el 12 de diciembre de 2020 de: <http://www.jstor.org/stable/40736856>, p. 185, 207.

⁸² SCHEUNER, U. (1979). «Der Rechtsstaat... Op. cit, p. 20.

⁸³ Este es el criterio empleado por STEIN, quien sostenía que la esencia de la tarea de la policía residía en repeler los peligros que amenazan la seguridad. STEIN, L. (1870). *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts: mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland; als Grundlage für Vorlesungen*, Stuttgart, Cotta, p. 98.

⁸⁴ SCHÄFFLE, A. (1871). «Die Stellung... Op. cit, p. 198.

⁸⁵ Ibidem, p. 203

⁸⁶ De acuerdo con la Ley relativa a la emisión policial de disposiciones penales frente a transgresiones de 23 de abril de 1883, quien ejerce la administración de policía puede imponer las sanciones en contra de las contravenciones. En caso de sanciones pecuniarias puede establecerse la pena de arresto sustitutiva, que no excederían de 30, marcos o de tres días. GENZMER, S. (1905). *Die Polizei. Handbuch der Gesetzgebung in Preußen und dem Deutschen Reiche*. Berlin Heidelberg, Springer-Verlag GmbH, p. 199.

⁸⁷ LISZT, F. (1888). *Lehrbuch des deutschen...* Op. cit, p. 110.

⁸⁸ LISZT, F. (1888). *Lehrbuch des deutschen...* Op. cit, p. 22.

de la naturaleza del bien jurídico protegido. La coincidencia desde el punto de vista de la naturaleza del bien jurídico protegido, entre la función administrativa y jurisdiccional penal, que es al efecto, el interés general, se muestra en la observación de BIERMANN, en el sentido que, «la policía puede intervenir en protección del derecho objetivo. No sólo del derecho administrativo, sino incluso también del derecho penal, que también es una parte del derecho público. Sin embargo, no para la protección del derecho privado. La preservación del derecho privado es tarea de los particulares por sí mismos».⁸⁹

Por su parte, en cuanto a la delimitación entre la función jurisdiccional civil y penal, debemos recordar que inicialmente, el derecho penal se consideraba orientado a la protección de la libertad individual. Tales eran las posturas de SAVIGNY, para quien la pena era una garantía de protección frente a violaciones de los derechos subjetivos;⁹⁰ y de KANT, que atribuía su finalidad a la protección del libre desenvolvimiento de la personalidad del individuo.⁹¹ Según JHERING,⁹² el injusto y, bajo ciertas condiciones, el delito, es el intento de hacer valer un interés individual en contra de la colectividad. En apoyo de esta doctrina FEUERBACH y LISZT sostendrían más tarde que el derecho penal es un mecanismo de protección de intereses individuales.⁹³ A partir de la segunda mitad del siglo XIX, BINDING establece que el objeto de protección de las normas penales son los bienes jurídicos.⁹⁴⁹⁵ Por su parte, mientras que el Código Penal se expresa desde el punto de vista de los intereses públicos,⁹⁶ la función del derecho privado es, como destacaba LISZT en sus comentarios sobre el proyecto de Código Civil, la protección de los intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico.⁹⁷

⁸⁹ BIERMANN, J. (1897). *Privatrecht und Policey in Preußen*, Berlin, Verlag von Julius Springer, p. 17.

⁹⁰ SAVIGNY, F. K. (1879). *Sistema del derecho...* Op. Cit, p. 7.

⁹¹ ESER, A. (1996). «Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen», en IMMENGA (Hrsg.): *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, Baden-Baden, Nomos Verlagsges. p. 1008.

⁹² JHERING, Rudolf (1877). *Der Zweck im Recht*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, p. 292.

⁹³ FEUERBACH, P. (1801). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*. Giessen, Georg Friedrich Heyer, § 9; LISZT, F. (1894). *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlín, J Gutentag Verlagebuchhandlung, 6. Aufl, p. 49.

⁹⁴ ESER, A. (1996). «Rechtsgut und...» Op. cit, p. 1010. También en este sentido, LISZT, F. (1894). *Lehrbuch des Deutschen...* Op. cit., p. 49.

⁹⁵ El concepto de bien jurídico no era sólo empleado en el derecho penal, sino también en el derecho público (GAREIS, C. (1883). *Allgemeines Staatsrecht*. Bd. 1, Freiburg i. B. und Tübingen. Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, Paul Siebeck) y civil (KATZENMEIER, C. (2003). «Zur neueren dogmengeschichtlichen Entwicklung der Deliktsrechtstatbestände». *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, 203(1), 79-118. Recuperado el 1 de enero de 2021 de: www.jstor.org/stable/40995828).

⁹⁶ LISZT, F. (1889). *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin und Leipzig. Verlag von J. Gutentag (D. Collin), p. 7.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 4.

No es este el lugar para fijar posición frente al problema de si la jurisdicción penal protege exclusivamente intereses generales o si entre los bienes jurídicos protegidos (también) se encuentran derechos subjetivos,⁹⁸ ni es un asunto determinante para concluir que las relaciones jurídicas a que se refieren las funciones administrativas y jurisdiccionales civil y penal tienen en común el elemento de afectación directa de intereses individuales, por lo que su distinción sólo deriva del bien jurídico protegido, esto es, un interés individual, en el caso de la función jurisdiccional civil, mientras que las funciones administrativas y de jurisdicción penal protegen intereses generales. De allí deriva, la imposibilidad de distinguir estas últimas relaciones jurídicas en base a criterios materiales, pero también, consecuencias relevantes para la determinación de su ubicación constitucional y separación e independencia frente a la función de gobierno.

V. RESULTADOS

Hasta este punto, podemos afirmar que, el elemento de la protección jurídica individual constituye un criterio adecuado para llevar a cabo una clasificación de las funciones del Estado a partir de su diversa naturaleza. Los conceptos de interés individual y de interés general no son sólo los elementos que conforman la estructura de las relaciones jurídicas, por lo que son determinantes de diversas clasificaciones del derecho, sino que también son determinantes del distinto ámbito de evaluación, esto es, del espacio de libre juego que queda a partir de la norma superior y, funcionan al mismo tiempo como punto de referencia a las fuentes de legitimación democrática y del Estado de derecho, de lo que es propio de la opinión pública y la voluntad general o de la esfera de libertad del individuo, por lo que finalmente, permiten distinguir entre las materias a que se refieren las diversas funciones del Estado y de sus relaciones de dependencia, independencia o coordinación.

En cuanto al criterio de KELSEN, acerca de la identidad material entre la función administrativa y jurisdiccional, observamos que, el elemento que permite delimitar entre tales funciones deriva de la naturaleza del bien jurídico protegido. En resumen, las funciones jurisdiccionales civiles y penales y la función administrativa se encuentran referidas a relaciones jurídicas en las que, por una parte, se afecta un interés jurídico individual, pero por otra parte, tienen una justificación diversa, que reside en la protección de un interés individual, en la primera y de un interés general en las dos últimas.

De acuerdo con lo anterior, si bien es posible establecer una diferencia conceptual entre la función administrativa y la jurisdicción civil, sin embargo, su delimitación frente a la jurisdicción penal nos obligaría a acudir a criterios formales. Desde el punto

⁹⁸ En sentido negativo, SCHULEV-STEINDL, E. (2008). *Subjektive Rechte. Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts*. Wien - NewYork. Springer, p. 65.

de vista de la afectación del interés individual, que constituye un elemento de todas estas funciones, no existe una justificación material de su distinta ubicación constitucional, especialmente en su relación con respecto a la función de gobierno. En nuestro criterio, no sólo los asuntos sometidos a la competencia de los jueces, sino toda actuación del Estado que produzca una afectación de intereses individuales debe encontrarse protegido por el principio de sujeción sólo a la ley y por la garantía de independencia frente al gobierno.

Title

The pure Theory of Law and the conceptual separation between functions administrative, jurisdictional and governmental, in the evolution of the German individual legal protection system

Summary

Introduction I. The scope of evaluation of administration and judges II. Delimitation versus government functions III. The legal relationship in the civil administrative and judicial function IV. Administrative Function and Criminal Jurisdiction V. Results

Resumen

El objetivo general se encuentra dirigido a determinar, a partir del análisis racional propuesto por KELSEN y la Escuela de Viena, ¿cuáles son los elementos que determinan la ubicación constitucional de la administración pública y sus relaciones con la jurisdicción y el gobierno? Analizaremos la teoría de la libre evaluación, como criterio de delimitación entre las funciones administrativa, jurisdiccional y de gobierno y valoraremos las propuestas de delimitación de las funciones administrativas y jurisdiccionales y su eventual relación con la garantía de protección jurídica del individuo, en base al criterio de la relación jurídica.

Como resultado, podemos afirmar que, el elemento de la protección jurídica individual constituye un criterio adecuado para llevar a cabo una clasificación de las funciones del Estado a partir de su diversa naturaleza. Los conceptos de interés individual y de interés general son determinantes del distinto ámbito de evaluación, esto es, del espacio de libre juego que queda a partir de la norma superior y, funcionan al mismo tiempo como punto de referencia a las fuentes de legitimación democrática y del Estado de derecho, de lo que es propio de la opinión pública y la volun-

tad general o de la esfera de libertad del individuo, por lo que finalmente, permiten distinguir entre las materias a que se refieren las diversas funciones del Estado y de sus relaciones de dependencia, independencia o coordinación.

En cuanto a la identidad material entre la función administrativa y jurisdiccional, observamos que, el elemento que permite delimitar entre tales funciones deriva de la naturaleza del bien jurídico protegido. En resumen, las funciones jurisdiccionales civiles y penales y la función administrativa se encuentran referidas a relaciones jurídicas en las que, por una parte, se afecta un interés jurídico individual, pero por otra parte, tienen una justificación diversa, que reside en la protección de un interés individual, en la primera y de un interés general en las dos últimas.

Desde el punto de vista de la afectación del interés individual, que constituye un elemento de todas estas funciones, no existe una justificación material de su distinta ubicación constitucional, especialmente en su relación con respecto a la función de gobierno. En nuestro criterio, no sólo los asuntos sometidos a la competencia de los jueces, sino toda actuación del Estado que produzca una afectación de intereses individuales debe encontrarse protegido por el principio de sujeción sólo a la ley y por la garantía de independencia frente al gobierno.

Abstract

The overall objective is to determine, on the basis of the rational analysis proposed by Kelsen and the Vienna School, what are the elements that determine the constitutional location of the public administration and its relations with jurisdiction and government? We will analyze the theory of free evaluation, as a criterion of delimitation between administrative, judicial and governance functions and assess proposals for the delimitation of administrative and judicial functions and their possible relationship with the guarantee of legal protection of the individual, based on the criterion of the legal relationship.

As a result, we can say that the element of individual legal protection is an appropriate criterion for carrying out a classification of the functions of the State on the basis of its various nature. The concepts of individual interest and of general interest are decisive in the different area of assessment, that is, of the free play space that remains from the higher standard and, at the same time, function as a reference point to the sources of democratic legitimacy and the rule of law, of what is typical of public opinion and the general will or sphere of freedom of the individual, so finally, they make it possible to distinguish between the matters referred to in the various functions of the State and its relations of dependency, independence or coordination.

As regards the material identity between the administrative and judicial function, we note that the element which allows the delimitation between such functions derives from the nature of the protected legal good. In

short, civil and criminal judicial functions and administrative functions relate to legal relationships in which, on the one hand, an individual legal interest is affected, but on the other hand, they have a diverse justification, which lies in the protection of an individual interest, in the former and in a general interest in the latter two.

From the point of view of the impact of the individual interest, which is an element of all these functions, there is no material justification for its different constitutional location, especially in its relationship with regard to the role of government. In our view, not only matters before the jurisdiction of judges, but any action by the State which results in an affectation of individual interests must be protected by the principle of subjection only to the law and by the guarantee of independence from the government.

Palabras clave

Separación de poderes; funciones de gobierno; funciones administrativas.

Keywords

Separation of powers; government functions; administrative functions.

