

CAPÍTULO III

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

| | |
|---|------------|
| 1. Las tres funciones del Estado | IADA-III-1 |
| 2. Soluciones y dificultades pragmáticas existentes | IADA-III-2 |
| 3. Criterios para conceptualizar la función administrativa. Crítica | IADA-III-3 |
| 4. Nociones orgánica y material..... | IADA-III-4 |
| 5. Superposición de las nociones orgánica y material..... | IADA-III-5 |
| 6. Concepto orgánico-material de función legislativa y jurisdiccional | IADA-III-5 |
| 7. Inaplicabilidad del concepto orgánico-material a la función administrativa | IADA-III-7 |
| 8. Conclusión: Concepto mixto (orgánico-material, negativo)..... | IADA-III-8 |
| 9. Objeciones a la conclusión..... | IADA-III-8 |
| 10. El camino a seguir | IADA-III-9 |

Capítulo III

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

1. MONTESQUIEU, partiendo de la hipótesis certera de que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él,¹ concibió su famosa teoría de la separación de los poderes.² Esta doctrina propone que el poder contenga al poder, lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las porciones respectivas para que se refrenen recíprocamente; ello a su vez se consigue distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos, constituidos por personas físicas distintas.

Cómo se realizará la distribución de funciones, es algo que ha sido solucionado de diferente manera en la Constitución de cada país; pero en general la mayoría ha introducido el principio de la separación de los poderes tratando de seguir en lo más importante la triple premisa a que dio lugar la teoría de MONTESQUIEU: Que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute.

Surge así el germen de los conceptos de Legislación, Administración y Justicia, conceptos que todavía se mantienen en constante elaboración. En general, son *órganos* administrativos los que están estructurados jerárquicamente y sujetos a órdenes (dependientes);³ son *órganos* judiciales aquellos que no están sujetos a órdenes o instrucciones, es decir, aquellos que son independientes. Hay así tres tipos de *órganos*, y tres tipos de función estatal.

Precisando el lenguaje se habla más de “separación de funciones” que de separación de poderes, ya que el poder es uno sólo; pero se mantiene el principio de

¹ *C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser: Il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites.*

² Sobre el tema, ampliar en BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Ensayo de interpretación del principio de separación de los poderes*, Buenos Aires, 1944.

³ Es decir, que están regidos por relaciones de dependencia que se traducen en “el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior.” MERKL, ADOLFO, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935, p. 59.

que ella tiene por finalidad coordinar el ejercicio del poder público y evitar que pueda ser fuente de despotismo o arbitrariedad.

2. Todo sería sencillo si las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional estuvieran respectiva y exclusivamente a cargo de los órganos legislativo (Congreso), administrativos (órganos dependientes) y judiciales. (Órganos independientes.)

Pero las dificultades surgen de que ello no es así; de que cada órgano no se limita únicamente a la función que le corresponde, y que por lo tanto la separación de las funciones en cuanto atribución de las mismas a órganos diferenciados se realiza imperfectamente. De allí también la dificultad en hallar la noción que identifique plenamente a cada una de las funciones estatales.

En efecto, la práctica y la doctrina han ido elaborando soluciones para casos concretos, antes que lineamientos generales, y es por ello que si en algunos casos se puede afirmar pragmáticamente con certeza de qué tipo de función se trata, en los más la duda es inevitable y permanente.

De las soluciones existentes veamos por ejemplo los actos que realiza el Congreso. Se conviene en que su actividad de contralor sobre el Poder Ejecutivo (investigaciones, pedidos de informes, venias, autorizaciones, etc.) es actividad administrativa; lo mismo se admite para las otras labores propiamente ejecutivas del mismo cuerpo. (Todo lo referente a la Biblioteca e Imprenta del Congreso, y en general el nombramiento, dirección y remoción de los empleados del Congreso.) Estos actos, que *orgánicamente* (es decir, en razón del órgano que los dicta) son legislativos, *materialmente* (sustancialmente, en razón de su esencia propia) son entonces administrativos.

En lo que se refiere al Poder Judicial sucede aproximadamente lo mismo: Las autorizaciones y venias (para vender, casarse, etc., los menores), el contralor sobre los interdictos, pupilos, y en general la así llamada “jurisdicción voluntaria;” el nombramiento y remoción de los empleados judiciales; la superintendencia ejercida por la Corte Suprema, etc., son actos que a pesar de ser orgánicamente jurisdiccionales, *materialmente* son administrativos.

Hasta aquí, hay acuerdo en doctrina; las dificultades comienzan ya cuando se trata de analizar la actividad de los órganos administrativos. Estos órganos dictan actos *materialmente* similares a los actos legislativos y jurisdiccionales (lo primero, cuando crean reglamentos; lo segundo, cuando se deciden recursos jerárquicos presentados por el particular frente a un órgano inferior); pero predomina actualmente la opinión de que tanto los reglamentos como las decisiones en casos concretos son actividad *administrativa* a pesar de su posible similitud con la legislativa y la jurisdiccional.⁴

⁴ Para su fundamento, ver *infra*, n° 6.

3. ¿Es posible hallar algún criterio general que tomando esas soluciones concretas dé un concepto para cada una de las funciones del Estado?

Como ya dijimos antes, se considera que la función legislativa es la creación de normas generales de conducta, imperativas para todos los habitantes,⁵ y que la función jurisdiccional es la decisión imperativa de contiendas entre partes, determinando el derecho aplicable;⁶ pero no hay hasta el presente un concepto de *función administrativa* que pueda *ser armonizado con los dos anteriores*. Todos los conceptos existentes de “función administrativa” son incompatibles en alguna medida con las otras dos nociones, y si bien es ello ha sido evidente, los nuevos intentos buscan en general dar un nuevo concepto de función administrativa antes que modificar o precisar específicamente el de función legislativa o jurisdiccional.

1º) Se sostuvo primero que la función administrativa es la que realiza el Poder Ejecutivo,⁷ criterio insuficiente por cuanto según hemos visto los otros órganos estatales (legislativo y jurisdiccionales) también realizan funciones administrativas.

2º) Se dijo luego que función administrativa es la actividad estatal que resta luego de excluidas la legislación y la jurisdicción,⁸ a lo que se observa que en realidad no resuelve nada, pues si en muchos casos es manifiesto que no hay legislación ni jurisdicción —y por lo tanto si administración—, quedan muchos más en los que se duda de que actividad se trata.⁹

3º) Ante el fracaso del concepto *orgánico* y del *negativo*, se intentó definir a la función administrativa en forma *material*, como “la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios,”¹⁰ o “la actividad concreta del Estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata,”¹¹ o “la actividad del Estado dirigida a la creación o prohibición (*Verhinderung*) de algo nuevo en casos individuales,”¹² o como “actividad funcional, idónea y concreta del Estado que satisface las necesidades colectivas en forma directa, continua y permanente y con sujeción al ordenamiento jurídico vigente.”¹³ Todos estos conceptos de tipo *material* y positivo —es decir, que definen directamente y no por exclusión la esencia misma de la función administrativa—, si bien dan una cierta idea de lo que es administración, son inexactas. Todas esas definiciones, en efecto, conceptúan a la función administrativa como realización de algo con-

⁵ Eso es lo principal: Los autores agregan detalles como la “permanencia,” la “novedad,” etc., pero ello no quita la claridad del concepto básico.

⁶ Al igual que el concepto material de legislación, el de jurisdicción es susceptible de agregados; pero lo principal a afectos de lo aquí tratado es lo ya señalado.

⁷ SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid 1903, p. 34.

⁸ FLEINER, FRITZ, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Madrid, 1933, p. 7.

⁹ Conf. ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1954, p. 3.

¹⁰ ZANOBINI, GUIDO, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. I, Milán, 1958, 8ª ed.

¹¹ D'ALESSIO, E., *Istituzione di Diritto Amministrativo*, t. I, Turín, 1949, 4ª ed., p. 17.

¹² JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, 3ª ed., p. 6.

¹³ DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, p. 32.

creto en casos individuales —oponiéndola así a la legislación (norma *abstracta* de tipo *general*) y a la jurisdicción (norma individual, pero *abstracta*)—; mas esa noción es errónea, por cuanto ya se ha visto que la potestad reglamentaria de la administración integra la función administrativa, siendo que es precisamente lo contrario de las definiciones citadas. (Pues el reglamento es una norma abstracta de tipo *general*.)

Este tipo de definición material no puede prosperar, en consecuencia, pues la función administrativa comprende actividades que son sustancialmente idénticas a la función legislativa (los reglamentos) y a la función jurisdiccional (la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo ante un recurso jerárquico presentado frente al acto de un órgano inferior); tomadas éstas también en sentido material.

4°) Finalmente se produce un retorno al criterio *orgánico*, considerándose que función administrativa es aquella parte de la función estatal que es realizarla por órganos administrativos, a cuyo efecto se aclara que son órganos *legislativos* aquellos facultados directamente por la Constitución para dictar disposiciones generales (con lo cual se excluyen los reglamentos del concepto de legislación), órganos jurisdiccionales aquellos que aplican el derecho en situación de *independencia*, y órganos *administrativos* aquéllos sujetos a órdenes (*weisungsgebunden*); con lo cual el concepto final sería: La función realizada por el conjunto de órganos regidos por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior;¹⁴ a lo cual se observa lo mismo que a la primera definición: Que los otros órganos también realizan funciones administrativas. (*Supra*, nº 2.)

4. De lo dicho se desprende que, además del concepto *negativo* (“administración es lo que no es ni legislación ni jurisdicción”), hay dos criterios distintos de tipo positivo que han sido propuestos para diferenciar las funciones estatales: El *orgánico* y el *material* o sustancial.

Desde el punto de vista orgánico (a veces llamado “formal”), según el acto sea realizado por un órgano jurisdiccional (independiente), administrativo (dependiente) o legislativo (de índole constitucional), nos encontraríamos ante una función de tal o cual tipo; pero este criterio es insuficiente y, tomado a la letra, erróneo, por cuanto en los órganos legislativo y jurisdiccionales también se realizan funciones administrativas. Desde el punto de vista material o sustancial, es decir, ateniéndonos a la naturaleza *interna* de los actos mismos, son actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa (o sea, son actos legislativos los que crean normas o reglas de derecho), son actos jurisdiccionales los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable: Y son actos de la función administrativa los que constituyen manifestaciones concretas (por oposición a

¹⁴ MERKI, *op. cit.*, p. 59. En igual sentido ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 4 y ss.

abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) de voluntad estatal. Este criterio también es insuficiente y erróneo, pues ya hemos visto que la función administrativa no siempre se limita a manifestaciones concretas de voluntad.

5. Ninguno de estos criterios es de por sí suficiente para distinguir las funciones jurisdiccional, administrativa y legislativa; pues hay actos *materialmente* legislativos que son *orgánicamente administrativos* (los reglamentos); actos *materialmente administrativos* que son orgánicamente legislativos (las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc., que conceden o realizan las Cámaras); actos *materialmente administrativos* que son orgánicamente jurisdiccionales. (Las autorizaciones y venias que tienen a su cargo los tribunales: La así llamada “jurisdicción voluntaria;” el nombramiento y remoción de los empleados judiciales; la superintendencia ejercida por la Suprema Corte.)

Hay además actos *materialmente jurisdiccionales* que son orgánicamente administrativos. (Cuando el Poder Ejecutivo decide un recurso jerárquico.)

Así entonces, en sentido *material*, el órgano administrativo realiza no sólo funciones administrativas sino también legislativas y jurisdiccionales; el órgano jurisdiccional no sólo funciones jurisdiccionales sino también administrativas; el órgano legislativo no sólo funciones legislativas sino también administrativas.

Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra inobjetablemente que no puede pretenderse hallar un criterio orgánico o material *positivo y puro* para conceptuar cada una de las funciones: Es necesario buscar un *criterio mixto*, que combinando elementos de uno y otro tipo pueda finalmente ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás.

6. Podemos ya observar un dato concreto en este entrecruzamiento de funciones: En materia de *función legislativa y función jurisdiccional* el criterio sustancial o material no designa suficientemente a la función, y es necesario agregarle una referencia al órgano respectivo.

Sucede así que el régimen jurídico previsto para la función legislativa se aplica únicamente a los actos que sean materialmente *legislativos* y que *ADEMÁS hayan sido realizados por el órgano legislativo*.

En efecto, el régimen jurídico de los actos *legislativos* no puede ser aplicado a los actos de sustancia legislativa que realice un órgano administrativo, pues ello contrariaría el principio del moderno estado de derecho y de casi todas las legislaciones, de que sólo el Poder Legislativo, esto es, el cuerpo formado por los representantes del pueblo, puede imponer reglas imperativas de conducta. Los reglamentos que dicta el administrador son pues unánimemente considerados parte de la función administrativa, y el régimen jurídico pertinente es el que corresponde a tal función y no el de la función legislativa.

El régimen jurídico de la *función jurisdiccional*, a su vez, sólo se aplica a los actos *materialmente jurisdiccionales* realizados por *órganos jurisdiccionales*: No así a los actos materialmente jurisdiccionales realizados por órganos administrativos o legislativos. En otros términos: El régimen jurídico pertinente se aplica sólo cuando el acto es *materialmente* el que corresponde y *además* ha sido dictado por el órgano a quien compete realizar la función: El juez.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia Nacional en el conocido fallo del 19-IX-1960 sobre arrendamientos rurales,¹⁵ en el que se aplicó primordialmente el principio de la defensa en juicio. Sostuvo la Corte que el artículo 18 de la Constitución Nacional incluye la garantía de que “ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia,” y que si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha, existe agravio constitucional originado en privación de justicia. “Puede afirmarse, por tanto, que aun cuando el art. 78 de la Constitución no requiere multiplicidad de instancias, según ha sido uniformemente resuelto, debe entenderse que sí impone una instancia judicial al menos.” (Considerando 20.)

Cuando la ley atribuye a un órgano administrativo la facultad de resolver una contienda entre partes (es decir, cuando le confiere facultades jurisdiccionales *en sentido material*), es necesario que se haya previsto “oportunidad para que los jueces revisen el pronunciamiento administrativo,” estimándose imprescindible el otorgamiento de “recurso y ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial,” “en la inteligencia de que, a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente con los derechos y garantías constitucionales.” (Fallo citado, considerando 17.) Es decir, que no se admite que la función *materialmente jurisdiccional* realizada por un órgano administrativo tenga el régimen *jurídico* correspondiente a la función jurisdiccional; que toda vez que la ley confiera a un órgano administrativo una facultad materialmente jurisdiccional, no podrá hablarse allí con criterio jurídico de “ejercicio de la función jurisdiccional,” lo que se reserva a los jueces a través del “control judicial suficiente.” (Ya que se estima indispensable en nuestro sistema constitucional que exista tal control después de la actuación orgánicamente administrativa.) Dice además el tribunal: “De conformidad con lo hasta aquí expuesto, pues, y a título de síntesis, cabe declarar que... «control judicial suficiente» quiere decir: a) Reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertido, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial.” (Doctrina de *Fallos*, 205, 17; 245, 351.) La mera facultad de deducir recurso

¹⁵ *Fernández Arias, Elena y otros, v. Poggio, José (Suc.)*, en JA del 15-X-1960.

extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas.” (Considerando 19.)

Por otra parte, el artículo 95 de la Constitución es tan categórico que parece imposible pueda haberse dudado en nuestro país de la certeza del principio mencionado: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.” Es obvio que lo que no puede hacer el jefe supremo de la administración, tampoco pueden hacerlo sus órganos inferiores. La interpretación se afirma aún, si cabe, al relacionar el artículo 95 con el art. 23, en el cual se expresa que ni siquiera durante el estado de sitio tiene el Presidente función judicial alguna; con el artículo 29, que prohíbe conceder al Ejecutivo nacional “facultades extraordinarias,” la “suma del poder público,” “supremacías” o “sumisiones.” (Fallo citado, considerando 4 del voto de la minoría.)

Además, la independencia del órgano que ha de decidir el derecho aplicable a una contienda es un avance en la historia de la lucha por la defensa de los derechos individuales y la libertad del hombre que no puede abandonarse sin peligro de esa libertad;¹⁶ no se trata tan sólo de tener un juzgador “imparcial” (pues también el administrador puede ser “imparcial” al resolver un reclamo que se le haga), sino de tener un juzgador que pueda resolver el caso de acuerdo a su interpretación de la legislación vigente, sin que haya posibilidad de que se le den órdenes o instrucciones de un órgano superior acerca de cómo resolver la cuestión planteada. (Y en esa situación sólo se encuentra el juez: 131 FSC 105, 110.)

Finalmente, cabe señalar que la solución contraria atentaría contra el principio axiomático de que nadie puede ser juez y parte, aunque sea parte sólo en forma indirecta.

Esa particularidad, esa restricción que observamos en las funciones legislativa y jurisdiccional, y que consiste en que sólo se les aplique el régimen jurídico respectivo a los actos *orgánica y materialmente* identificados como exteriorización de la función de que se trata, se da, repetimos, en la función legislativa y en la jurisdiccional, *pero no en la administrativa*.

7. Aquella unión de los criterios orgánico y material, que lleva al concepto de función legislativa y jurisdiccional, es inaplicable a la función administrativa pues según ya vimos *no sólo los actos materialmente administrativos, dictados por órganos administrativos*, forman parte de la función administrativa, sino también

1°) los actos materialmente administrativos dictados por *órganos jurisdiccionales*,
¹⁶ Comp. FIORINI, BARTOLOMÉ, “Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional,” en *LL*, 17 de diciembre de 1960. Pero este autor considera que la independencia del órgano es un elemento del concepto *material* de jurisdicción. Como contrapartida, es harto interesante la posición de R. BIELSA, quien afirma que el Poder Ejecutivo tiene “funciones jurisdiccionales y no judiciales, porque éstas se las prohíbe la Constitución. (Art. 95.)” (*Estudios de Derecho Público*, t. I, Buenos Aires, 1950, p. 321.) Se advierte así que las disidencias son tal vez más de tipo terminológico que de fondo; y una forma de evitarlas es tal vez la de distinguir entre el concepto *material* y el total o mixto de función jurisdiccional, como hacemos en el presente capítulo.

2°) los actos materialmente administrativos dictados por el *Poder Legislativo*, 3°) los actos *materialmente jurisdiccionales* dictados por órganos administrativos, 4°) los actos *materialmente legislativos* dictados por órganos administrativos.

8. De todo ello se desprende que podemos definir claramente las funciones legislativas y jurisdiccional mediante la unión de los criterios orgánico y material; y que por exclusión, con criterio negativo, podemos entonces definir a la función administrativa. La *función legislativa* sería la producción de normas jurídicas generales realizada por el Poder Legislativo; la *función jurisdiccional* sería la resolución con fuerza de verdad legal de contiendas entre partes, realizada por el Poder Judicial (es decir, por órganos independientes y relativamente estables); la *función administrativa* sería “toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales.” Dicho de otra forma, “es administración todo lo que no es, *orgánica* y *materialmente a la vez*, ni legislación ni jurisdicción.”

9. Este concepto no está libre de críticas, desde luego, pero nos parece que los casos que ofrecen dudas ante el planteamiento general que ofrecemos, son menos frecuentes y de menor trascendencia que los que quedan en la duda con los demás conceptos analizados.

Un caso que podría ofrecer dudas, por ejemplo, es el del llamado “juicio político,” que parecería ser actividad jurisdiccional realizada por el órgano legislativo, desmintiendo así la afirmación de que todo lo realizado por dicho órgano que no sea legislación habrá forzosamente de ser administración. Sin embargo, es de hacer notar que se trata aquí simplemente de la *remoción de un funcionario público*, que, aunque sujeta a determinados requisitos o confiada a órganos especiales, no pierde su carácter propio e intrínseco de acto administrativo.

Otro caso del mismo tenor se presenta en la función jurisdiccional: La jurisprudencia, ¿no sería acaso actividad legislativa? Pero la semejanza es inexistente, pues la jurisprudencia no es una *regla general* dictada por órganos jurisdiccionales, sino la reiteración concordante de una misma solución individual: La regla existe tan sólo en la mente del juzgador, o en los estudios de la doctrina; esa regla no obliga a nadie (salvo en el derecho anglosajón) y por lo tanto no es imperativa. Cada caso individual fallado por el juez en concordancia con esa “regla” es pues simplemente función jurisdiccional.

Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia Nacional ha declarado que “...el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces, comprensivo de la declaración e interpretación de las normas jurídicas generales vigentes, de su sistematización y de la suplencia de sus lagunas, con arreglo a principios conocidos —art. 16 del C. Civil—, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma. No es lícito a los magistrados judiciales argentinos... atribuirse... facultades legislativas

de que carecen.”¹⁷ En lo que respecta a los fallos plenarios y su obligatoriedad, hay que distinguir dos aspectos: 1º) En lo que respecta a las Salas que integran la Cámara respectiva, y 2º) en lo que respecta a los jueces inferiores. En el primer punto hay simplemente un pronunciamiento jurisdiccional concreto: Como las Salas no constituyen tribunales aislados sino que son parte de la Cámara, es perfectamente razonable que deban ajustarse a la opinión de la mayoría. En cuanto hace a los jueces inferiores, estimamos que es inconstitucional exigir de un juez que falle de acuerdo a la interpretación del derecho que hace un tribunal superior, pues ya ha dicho también la Corte Suprema que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia conciencia de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones;”¹⁸ la inconstitucionalidad deriva de que viola la independencia del juez, lo que hace a la esencia de nuestro sistema institucional.¹⁹

10. Es posible corregir y mejorar el concepto que ofrecemos, pero habrá de insistirse en un concepto *mixto*, pues las definiciones *materiales* habrán de ser siempre infructíferas, al igual que las orgánicas.

Ello es así, pues “sustancialmente” o “materialmente,” no todo lo que realiza el órgano ejecutivo sería administración, sino sólo “la actividad concreta, práctica, desarrollada por el Estado para la inmediata obtención de sus cometidos;” el “hacer efectivo,” la “concretización en hechos de la actividad estatal,”²⁰ siendo que en el derecho positivo ello no es así. (Ejemplo: Los reglamentos.)

Surge allí pues la gran diferencia entre la administración y las otras funciones: Mientras que en las demás funciones el *elemento material es demasiado amplio* para caracterizarlas (requiriéndose agregar un elemento restrictivo para lograr la naturaleza jurídica del acto y de la función), en la función administrativa *el elemento material es demasiado estrecho* para ello, siendo por lo tanto imposible de mejorar o corregir. No puede conceptuarse materialmente (sustancialmente, positivamente) a la función administrativa, pues lo que ya es designado materialmente como legislación o jurisdicción también forma parte de la misma. Los reglamentos, de sustancia legislativa, se incluyen en la función administrativa; las decisiones en casos controvertidos que dicten órganos administrativos, de sustancia jurisdiccional, se incluyen también en la función administrativa. (Pues no se les aplica el régimen jurídico de las sentencias sino el de los actos de la administración.) Suelen hacerse distinciones y matices que recuerdan por momentos el régimen jurídico de los actos legislativos o jurisdiccionales, en cada caso; pero

¹⁷ *Fallos de la Suprema Corte*, 234: 82, 98.

¹⁸ 131 FSC 105, 110.

¹⁹ V. VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 27 y nota.

²⁰ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 42 y ss.

lo fundamental de su regulación es y sigue siendo el correspondiente a la función administrativa, con lo que los actos respectivos pasan a formar parte de ella.

Y si tenemos entonces tres géneros —administración, legislación, justicia—, uno de los cuales —la administración— comprende a los otros dos en sentido material, se concluye que es imposible hallar un concepto material de uno de los géneros —la administración—, que al mismo tiempo que se diferencie de los otros dos, pueda abarcarlos.