

Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo

Ediciones
IRAP

**Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho**

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

ESTELA B. SACRISTÁN*

I. PLANTEO

Echando una mirada a la experiencia comparada, puede afirmarse que un tribunal, en especial un tribunal de última instancia, puede hallarse, según los ordenamientos, facultado no sólo para producir, con sus sentencias, normas obligatorias de carácter individual, válidas para el caso presente (sentencia notificada a la partes), sino también normas de carácter general. En este último sentido, los jueces producen sentencias con valor de normas de carácter general cuando ellas crean *precedente*. Que una sentencia judicial constituya precedente significa que se torna obligatoria o vinculante para la resolución de casos judiciales iguales. Por cierto, la determinación de si un caso es igual a otro es de elevada significancia, y esa igualdad siempre se refiere a la igualdad entre puntos esenciales; v. gr., circunstancias fácticas insitas en la norma de carácter general que la sentencia establece¹.

* Abogada (UMSA, 1992), Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA, 1998), Doctora en Derecho (UBA, 2006). Recibió el Premio Corte Suprema de Justicia de la Nación instituido por la Acordada N° 6/91 (1995).

Integra el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y las secciones Derecho Constitucional y Derecho Administrativo del Instituto de Estudios Legislativos de la FACA.

Es Profesora Adjunta de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la UCA, Profesora Adjunta de Derecho Procesal Constitucional en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, Procuración del Tesoro de la Nación, así como docente del posgrado en diversas universidades del país.

Autora de *Régimen de las Tarifas de los Servicios Públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales* (Ábaco, 2007) y de más de sesenta publicaciones en revistas jurídicas y obras colectivas, argentinas y extranjeras.

Trabajó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Administración, y en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Desde el 2005 se desempeña en el sector privado.

¹ En tal sentido, Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1997, 9ª edición, traducción de Roberto J. Vernengo de la 2ª edición, p. 258.

En Argentina no existe ley alguna que establezca el régimen de obligatoriedad o carácter vinculante del *precedente*, salvo en los escasos supuestos específicamente reglados². Los jueces argentinos se hallan obligados por las previsiones del Código Civil y de los demás códigos, las leyes, los decretos del Ejecutivo, las reglamentaciones administrativas; pero no se hallan vinculados por las decisiones de otros jueces en casos similares. Ello, pues en Argentina, a diferencia de otros ordenamientos donde rige el *common law*, no existe el *stare decisis*. Por ende, los fallos de los tribunales superiores no obligan a los tribunales inferiores; la autoridad del precedente judicial sólo es persuasiva. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revoca aquellas sentencias emanadas de los tribunales inferiores que se apartan de las sentencias de aquélla sin proveer nuevos fundamentos que justifiquen o avalen dicho apartamiento, de lo cual se sigue que, si el tribunal inferior provee nuevos fundamentos, podrá apartarse del precedente de la Corte Suprema³.

Como se dijo, los jueces argentinos aplican las normas. Pero esta afirmación merece ser ponderada a la luz de un par de circunstancias fácticas. En primer lugar, en la realidad, existen más de veintiséis mil leyes publicadas, por ejemplo, en la colección *Anales de Legislación Argentina*, y tres mil quinientas leyes se hallarían vigentes. Esta cantidad de leyes se proyecta, asimismo, sobre las reglamentaciones que de ellas dependen o que bajo ellas se dictan. Hay, por tanto, una evidente abundancia de legislación todavía no consolidada que, además, todavía no ha sido ordenada en el digesto que el Congreso ordenara por Ley N° 24.967, del año 1998, en armonía con el Artículo 24 de la Constitución histórica⁴.

En este marco, ¿qué significado o qué verdadera dimensión posee la jurisprudencia como fuente del derecho? Y, en especial, ¿qué significado tiene como fuente del administrativo, rama que se caracteriza por hallarse en permanente desarrollo productivo legislativo formal y, sobre todo, material? La segunda circunstancia que

² Así, por ejemplo, en materia de *plenarios* de una Cámara de Apelaciones, obligatorios para la misma cámara y para los jueces inferiores, según el Artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o, por ejemplo, en el antiguo régimen, hoy derogado, del Artículo 19 de la Ley N° 24.463, que rigiera entre 1995 y 2005. Ampliar en Bianchi, Alberto B., “Algunas reflexiones sobre los efectos de las sentencias”, en *ReDA*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Depalma, 2002, Año 14, pp. 1-35, especialmente p. 5.

³ Así, en “Müller, Miguel A. c/ PEN - Contaduría General - Ejército Argentino - Decreto N° 430/2000 s/ amparo Ley N° 16.986”, *Fallos*: 326: 1138 (2003): “Las sentencias de los tribunales que se apartan de los precedentes de la Corte Suprema *sin aportar nuevos fundamentos* que justifiquen modificar la posición sentada por aquélla, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, carecen de sustento, máxime cuando dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante”, cfr. dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema” (la bastardilla no es del original). En similar sentido, “Gaifer S.R.L. c/ Cía. Argentina de Seguros Visión S.A.”, *Fallos*: 325: 1515 (2002); “Lapadu, Oscar E. c/ EN (Dirección Nac. de Gendarmería) s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 327: 5723 (2004).

⁴ Cfr. Knudsen, Nora, “Argentina”, en Kritzer, Herbert M. (ed.), *Legal Systems of the World. A Political, Social and Cultural Encyclopedia*, T. I, Oxford, ABC-Clio, 2002, pp. 64-70, especialmente pp. 66-67; a esta obra corresponden los guarismos consignados.

cabe mencionar, y que merecerá alguna reflexión adicional *infra*, es que, si bien los jueces aplican las normas, también aplican su propia interpretación de las normas cuando ellas dejan espacio para la discrecionalidad judicial. Ello también es relevante en el universo de relaciones iusadministrativistas, donde la discrecionalidad es, por sí misma, un instituto de marcada relevancia⁵, y conduce a preguntarse acerca del eventual rol de legislador que podría adoptar un juez al reglamentar los detalles que la ley deja abiertos a las determinaciones ora administrativas, ora judiciales.

Para encarar estos interrogantes, podemos detenernos, entonces, en diversas cuestiones. En primer lugar, podemos visualizar a la jurisprudencia en sus efectos *hacia adentro* del Poder Judicial, y en sus efectos *hacia fuera* de dicho Poder del Estado. Ponderar la jurisprudencia en punto a sus efectos *hacia adentro* del Poder Judicial implicaría, a la luz del tema de este trabajo, indagar en: i) si es una fuente; ii) si es una fuente de derecho administrativo; y iii) si existe alguna tendencia hacia la convergencia, esto es, si en el derecho administrativo argentino, inserto en un ordenamiento codificado, se advierte una tendencia hacia el régimen del *precedente* tal como se lo aplica en aquellos ordenamientos donde impera el *common law*. Y, en segundo lugar, observando la jurisprudencia en sus efectos *hacia fuera* del Poder Judicial, cabe preguntarse (sin perjuicio de la aplicabilidad de las conceptualizaciones efectuadas al estudiar los efectos de la jurisprudencia hacia adentro del Poder Judicial) acerca de la interacción entre los jueces y los restantes Poderes del Estado, sea porque se perciba que la jurisprudencia afecta el accionar de los Poderes constituidos o del poder constituyente, o porque se detecte que el accionar de éstos afecta a aquélla. Se indagará en estas cuestiones, considerando, en especial, la experiencia judicial iusadministrativista.

II. LA JURISPRUDENCIA HACIA ADENTRO DEL PODER JUDICIAL

La primera parte de este trabajo debe transitar, indefectiblemente, por un par de aspectos primordiales ya enumerados: por un lado, lo relativo a si la jurisprudencia es una fuente, en especial, del derecho administrativo, lo cual presupone repasar un concepto de fuente del derecho y un concepto de jurisprudencia. Asimismo, esta primera parte indagará en la cuestión de si se verifica una tendencia a la convergencia entre sistemas del precedente y sistemas codificados en el campo del derecho administrativo argentino.

II.1. Dos conceptos

Se han intentado definiciones de “fuentes del derecho” con referencia exclusiva a la labor productiva de los jueces, o con referencia a otros órganos. Así, por ejemplo, Ross las define como “conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la

⁵ Ya aparece la discrecionalidad mencionada e interpretada en pluralidad de pasajes del célebre “*Marbury v. Madison*”, de la Corte Suprema norteamericana, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

formulación, por parte del juez, de las reglas en que éste basa su decisión”⁶. Es claro que esta postura hace caso omiso de otros órganos que también deciden, como, por ejemplo, los de la Administración.

Sentado ello, podría concebirse como más abarcativa la definición propuesta por Cueto Rúa, para quien son fuente del derecho “aquellos datos sociales perceptibles, a los que se acude para encontrar en ellos criterios de inspiración o de corroboración que permitan una actuación objetiva de los órganos de aplicación”⁷. Ese órgano de aplicación podrá pertenecer al Poder Judicial, al Poder Ejecutivo, o al Poder Legislativo, o podrá ser un órgano extra-Poder subjetivado, entre otros supuestos que se podrían traer a colación. Y esos datos sociales perceptibles variarán según los sistemas: primordialmente, normas jurídicas que se aceptan como tales o legislación, en los sistemas codificados; primordialmente, precedentes o *case law*, en los sistemas de *common law* o sistemas del precedente. La morigeración –“primordialmente”– responde a que ni los sistemas codificados parecerían abreviar exclusivamente en la legislación, ni los sistemas del precedente parecerían abreviar exclusivamente en la jurisprudencia. Se vuelve sobre ello enseguida.

Siguiendo, nuevamente, a Cueto Rúa, puede tenerse, por jurisprudencia, aquel “conjunto de casos decididos por los tribunales en sentido concordante y uniforme sobre un mismo problema de derecho, como la sentencia dictada por un tribunal de última instancia”⁸.

La jurisprudencia así entendida podría abarcar, además de las sentencias emanadas de los órganos judiciales, los actos de tipo adjudicativo emanados de órganos o entes de la Administración que tipifican como tribunales administrativos⁹.

Sin embargo, razones de extensión de este trabajo obligan a centrarnos en la emanada de órganos judiciales.

⁶ Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1974, 3ª edición, traducción de Genaro R. Carrió de la edición de Londres de 1958, p. 75: “Por ‘fuentes del derecho’, pues ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquellas ‘fuentes’, que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita”.

⁷ Cueto Rúa, Julio, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 123. Tributan a esta definición Gottheil, Julio, *Common law y civil law. El common law y nuestro sistema jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, p. 111 (“para trascender su inclinación meramente subjetiva [el juez] se sirve de los criterios de objetividad que le dan las fuentes del derecho”); y Vilanova, José, *Elementos de filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, 2ª edición actualizada, p. 310 (“las fuentes son aquellos hechos que denotan la aceptación comunitaria de un sentido general”).

⁸ Cueto Rúa, Julio, *op. cit.*, p. 29.

⁹ En tal sentido, Patterson, Edwin W., *Jurisprudence*, Brooklyn, The Foundation Press, 1953, 1ª edición, p. 205.

Restringiéndonos, entonces, al conjunto de casos decididos por los tribunales judiciales, en sentido concordante y uniforme, sobre un mismo problema de derecho, se podrán considerar incluidas en ese conjunto tanto las decisiones de los tribunales supremos, como las decisiones a nivel judicial intermedio (por ejemplo, decisiones de las cortes o cámaras de apelación, especialmente si no puede apelarse desde estas cortes al nivel supremo), como las emanadas de un tribunal inferior (por ejemplo, de primera instancia, o una corte o cámara de apelación en lo supuestos de recursos directos), en especial cuando el asunto es tratado únicamente a nivel de un tribunal inferior¹⁰.

Efectuadas estas dos conceptualizaciones, relativas a las fuentes del derecho y a la jurisprudencia, podemos acercarnos a la jurisprudencia como fuente del derecho administrativo.

II.2. ¿Es la jurisprudencia una fuente del derecho administrativo?

La cuestión de si la jurisprudencia es una fuente del derecho administrativo se vincula, es claro, con el concepto que tengamos, previamente, de fuente del derecho. Como se dijo antes, aquí se opta por un concepto amplio de fuente (“datos sociales perceptibles, a los que se acude para encontrar en ellos criterios de inspiración o de corroboración que permitan una actuación objetiva de los órganos de aplicación”, en el lenguaje de Cueto Rúa), aplicado a ciertos órganos (los órganos judiciales). En ese contexto, y según los sistemas, serían la legislación, por un lado, y la jurisprudencia, por el otro, las que deberían aparecer como fuentes primordiales. Veremos enseguida la verdadera incidencia de esta suposición.

Con relación a los sistemas del precedente, puede recordarse que “la autoridad de la legislación, en las naciones que se rigen por el *common law*, es evidente. Es la autoridad primaria”¹¹. Ello parecería preterir a la jurisprudencia como fuente incluso en sistemas que deberían privilegiarla. Empero, un vistazo a dos ordenamientos, como el británico y el norteamericano, conduciría a una apreciación menos categórica.

En el Reino Unido, “una ley sancionada inmediatamente se vuelve objeto de interpretación judicial, y los jueces ingleses siempre se han negado, en principio al menos, a interpretar una ley del Parlamento de una manera que no sea con referencia

¹⁰ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, traducción de Ernesto Garzón Valdés, p. 130.

¹¹ Gordon, Michael Wallace, “Common law”, en Kritzer, Herbert M. (ed.), *Legal Systems of the World. A Political, Social and Cultural Encyclopedia*, T. I, Oxford, ABC-Clio, 2002, pp. 322-324, especialmente p. 324. En contra, en relación con Estados Unidos, Williams, Jorge N., *Interpretación de las leyes en el Derecho norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, p. 8: “Los Estados Unidos es un país de *common law* y como tal de derecho no escrito, por lo cual la legislación tiene un rol secundario”, con cita de Manckiewicz, René H., “Le role de la jurisprudence et l’ attitude du judge en pays de *common law* et en pays de droit écrit”, en *Cahiers du Droit*, Paris, N° 33, noviembre-diciembre 1954, p. 19.

a las palabras de la ley sancionada [...]. Todo ello [...] sin duda, frecuentemente, brinda cierta estrechez a la interpretación judicial de las leyes. Contribuye enormemente, sin embargo, tanto [...] a la autoridad de los jueces y a la fijación del derecho”¹². De acuerdo con ello, entonces, se hace hincapié en la faz productiva del derecho que se halla a cargo de los jueces, pero con énfasis en las palabras de la ley, v. gr., haciendo caso omiso de factores no incluidos en la literalidad de la ley, como ser la voluntad del legislador o, genéricamente, los trabajos preparatorios.

De otra parte, en el ordenamiento norteamericano, donde también rige el *common law*, la jurisprudencia como fuente del derecho muestra similares bríos, pretiriendo a la legislación. En tal sentido, se ha destacado que la legislación siempre será desplazada por la jurisprudencia que conforma el sistema del *common law*: “La técnica específica del *common law* se encuentra tan enraizada en el alma de los abogados, que su derecho legislado queda desfigurado en pocos años en un hijo bastardo del primero”¹³. Este fenómeno, que subordina la legislación como fuente a las reiteradas interpretaciones judiciales, se halla claramente cristalizado en un discurso que pronunciara Theodore Roosevelt en 1908: “Los principales creadores de la ley en nuestro país serían, y muy frecuentemente son, los jueces, porque son la autoridad máxima. Cada vez que interpretan un contrato, la propiedad, los derechos adquiridos, el debido proceso de ley, la libertad, necesariamente convierten en ley secciones de un sistema de filosofía social; y dado que tal interpretación es fundamental, le dan sentido a la creación del derecho. Las decisiones de los tribunales en materias económicas y sociales dependen de su filosofía económica y social”. Ese peso que se reconoce en la jurisprudencia halla su manifestación máxima en la doctrina que admite la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial. Y si a esa fuerza vinculante se le reconoce un rango constitucional¹⁴, queda consagrado un sistema donde la pregunta relativa a si la jurisprudencia es realmente una fuente del derecho (o, específicamente, una fuente del derecho administrativo), se debilita hasta casi desaparecer.

Los sistemas codificados se hallan asociados a la legislación o codificación como fuente de aplicación primordial. Como se recordará, en Argentina, el Artículo 16 del Código Civil prescribe: “Si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de *la ley*, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la

¹² Dicey, Albert V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis, 1982, edición facsimilar de la 8ª edición de Macmillan, 1915, p. 269; también citado en Capitant, Henri, “Los trabajos preparatorios y la interpretación de las leyes”, en *LL, Páginas de Ayer*, Año 1, N° 7, diciembre de 2000, pp. 11-19, especialmente p. 12.

¹³ Cueto Rúa, Julio, “El *common law* (análisis de un problema interpretativo concreto. Conclusiones)”, en *LL*, T. 85, enero-marzo 1957, pp. 881-893, citado, asimismo, en Williams, Jorge N., *Interpretación de las leyes en el Derecho norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, p. 39.

¹⁴ Ampliar en Olivecrona, Karl, *El Derecho como hecho*, Buenos Aires, Depalma, 1959, traducción de Jerónimo Cortés Funes, p. 45: “La Constitución determina la posición de los jueces, y la doctrina de la fuerza obligatoria de los precedentes puede ser reconocida como parte integrante de la Constitución”.

cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”¹⁵. Esta norma, que privilegia la ley, fija el orden en los procedimientos interpretativos a que puede recurrirse para resolver, como enseña Vernengo en su clásica obra¹⁶. En este contexto, parecería natural preterir a la jurisprudencia como fuente del derecho, y, por ende, como fuente de la rama iusadministrativa.

Empero, un repaso de la doctrina permite arribar a la conclusión de que esa afirmación no puede esgrimirse en forma indubitante. En efecto, según algunos iusfilósofos, la jurisprudencia sí es fuente del derecho¹⁷, postura compartida por algunos iusadministrativistas¹⁸. Sin embargo, para otros iusfilósofos¹⁹ y iusadministrativistas²⁰, la jurisprudencia no sería fuente del derecho, lo que impediría tenerla por fuente del derecho administrativo. Puede echarse una mirada en esta pluralidad de opiniones desde la vereda del derecho comparado europeo.

¹⁵ La bastardilla no es del original.

¹⁶ Vernengo, Roberto J., *La interpretación de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, p. 13.

¹⁷ Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 242-243; Recasens Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1978, 6ª edición, p. 297; Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1998, pp. 119 y 123.

¹⁸ En Argentina, Bielsa, Rafael, *Metodología jurídica*, Santa Fe, Castellví, 1961, pp. 439 y sigs.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, 4ª edición actualizada, pp. 291-292, y sus citas en nota N° 307; Linares, Juan Francisco, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 94 y 96; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, 8ª edición, pp. VII-40 a VII-43; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, 8ª edición actualizada, pp. 210-211; Abad Hernando, Jesús L., “La jurisprudencia como fuente en la génesis del derecho administrativo y su trascendencia actual”, *LL* 1985-E, especialmente p. 896.

En el derecho comparado, Debbasch, Charles, *Institutions et droit administratifs*, T. II, París, PUF, 1998, 4ª edición, pp. 36-37; Gaudemet, Yves; Laubadere, André de; Venezia, Jean Claude, *Traité de droit administratif*, T. I, París, LGDJ, 1996, 14ª edición, p. 15; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, T. I, Madrid, Civitas, 2000, 10ª edición, p. 69; Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I/1, Madrid, Tecnos, 1999, 13 edición, pp. 78 y 138.

¹⁹ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, T. I, Barcelona, Bosch, 1935, 2ª edición, p. 538; Soler, Sebastián, *Las palabras de la ley*, México D.F., FCE, 1969, pp. 139 y 159-160.

²⁰ Alessi, Renato, *Instituciones de Derecho administrativo*, T. I, Barcelona, Bosch, 1970, traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, pp. 26-35; Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México D.F., Porrúa, 1962, 9ª edición, p. 115; Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, T. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1960, p. 274.

Para Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 298, existen normas fundamentales, primarias y secundarias; las normas secundarias no serían autosuficientes, y las sentencias “son también normas secundarias en sentido estricto y restringido para las partes”; aunque la sentencia, en virtud de la reiteración, se convierta en precedente, continúa teniendo ese carácter de norma secundaria, es decir, norma que depende de otras normas (Barra, Rodolfo C., *op. y loc. cit.*, p. 668).

II.3. El derecho administrativo argentino: un punto de confluencia entre derecho elaborado por los jueces y derecho codificado

Como enseña Dicey, el sistema de derecho administrativo europeo-continental, específicamente francés, ó *droit administratif*, es, en cuanto a su contenido, totalmente diferente del moderno derecho anglosajón, pero en punto al método de su formación, se asemeja al derecho inglés mucho más fielmente que el derecho civil codificado francés.

En palabras del precitado jurista británico, esa semejanza se debe a que el *droit administratif*, como la mayor parte del derecho inglés, es *case-law* o derecho integrado por casos, o derecho elaborado o hecho por los jueces. En tal sentido, explica que, en el sistema de *droit administratif*, “los preceptos [...] no se hallarán en ningún código; se basan en el precedente: los abogados franceses se aferran a la creencia de que el *droit administratif* no puede ser codificado, igual que los abogados ingleses o americanos sostienen –por una razón u otra que nunca pueden llegar a explicitar– que el derecho inglés, y especialmente el *common law*, no admite codificación alguna [...]. Los devotos del *droit administratif* en Francia, al igual que los devotos del *common law* en Inglaterra, saben que el sistema de cada uno de ellos admira es el producto de la legislación judicial, y temen que la codificación limitaría, como probablemente lo haría, la autoridad esencialmente legislativa de los *tribunaux administratifs* en Francia, o de los jueces en Inglaterra”²¹.

Se percibe, entonces, desde la visión del precitado jurista victoriano, que un escaso nivel de codificación existe en el ámbito del *droit administratif*, y que abundante legislación judicial reina, en cambio, a cada lado del Canal de la Mancha.

Aplicar estas consideraciones a la experiencia iusadministrativista argentina implica advertir que, *prima facie*, el sistema de derecho administrativo nacional no es tan marcadamente distinto del que impera en ordenamientos regidos por el *common law*, y, desde cierta perspectiva, una vez superada la barrera lingüística, parecería iniciarse el hallazgo de puntos en común. En punto a sus contenidos, hay institutos cuya existencia se puede verificar en ambos (elaboración de actos de alcance general, recaudos para el dictado de actos de alcance particular, régimen de responsabilidad del Estado), sin perjuicio, por cierto, de las diferencias de régimen y de evolución. Y en cuanto a su formación, también habría similitudes de cara al *input* jurisprudencial: sería la jurisprudencia la que nutre permanentemente la disciplina, sea inspirando la legislación a dictarse eventualmente (cuestión que se analiza en la sección III, *infra*), o reglamentando o proveyendo los detalles iusadministrativos que la codificación deja en manos de la discrecionalidad judicial.

Esto último –reglamentación por vía judicial– se advierte, por ejemplo, cuando se busca, y se hallan, en la jurisprudencia, definiciones, clasificaciones, recaudos, en

²¹ Dicey, Albert V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, Liberty Classics, 1982, edición facsimilar de la 8ª edición de Macmillan, 1915, p. 245.

fin, determinaciones. Así, las diferentes clases de emergencia, políticas o económicas²²; los requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por acto legislativo²³; el concepto de Estado de Derecho²⁴; la configuración de una relación jurídica sustancial para poder demandar al Estado²⁵; la flexibilidad de la exigencia de motivación del acto²⁶; las relaciones entre emergencia y necesidad²⁷; los perfiles del contrato de empleo público²⁸; la suerte de fuero de atracción administrativo de las renegociaciones de licencias y concesiones bajo la Ley N° 25.561²⁹; el contenido del derecho a la movilidad del haber jubilatorio³⁰; entre otros institutos relevantes. Estas determinaciones poseen la virtualidad de orientar y guiar las sentencias de los tribunales inferiores con la vía de escape apuntada en la primera sección de este trabajo.

III. LA JURISPRUDENCIA HACIA AFUERA DEL PODER JUDICIAL

Habiendo repasado, en la sección anterior, lo relativo a la jurisprudencia como fuente del derecho administrativo y las particularidades de las precisiones que por vía judicial se obtienen en materia iusadministrativa, que nutren las decisiones de los tribunales inferiores a la Corte Suprema y, en especial, las del Fuero Contencioso Administrativo Federal, podemos ahora acercarnos a la actuación de la jurisprudencia hacia fuera del Poder Judicial. En otras palabras, podemos, en esta sección, apreciar dos diversos procesos: uno, que hace a la actitud del Poder Judicial ante la toma de decisión por parte de los otros Poderes del Estado (acápites a); otro, que hace a ese proceso vital por el cual las soluciones judiciales generan procesos jurídico-políticos que culminan con la producción de específica legislación inspirada en las soluciones jurisprudenciales (acápites b) y siguientes).

III.1. Diversas actitudes

Empero, en sus relaciones hacia afuera, no siempre la jurisprudencia guarda perfecta conformidad con las soluciones que se adoptan en el seno de los demás Poderes, constituidos o incluso constituyente. Es por ello que puede concebirse una rama judicial disidente hacia los otros Poderes, o conforme con ellos, e incluso puede

²² “Perón, Juan Domingo”, *Fallos*: 238:76 (1957).

²³ “Establecimientos Americanos Graty S.A. c/ Nación”, *Fallos*: 180:107 (1938).

²⁴ “Pérez de Smith, Ana M. y otros”, *Fallos*: 300: 1282 (1978).

²⁵ “Ruiz, Mirtha E. y otros c/ Pcia. de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 312:2138 (1989).

²⁶ “Menéndez de Ricciardello, Ana M. c/ MCCA”, *Fallos*: 313: 739 (1990).

²⁷ “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional - Mrio. de Economía - BCRA s/ amparo”, *Fallos*: 313:1513 (1990).

²⁸ “Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público”, *Fallos*: 323:1566 (2000).

²⁹ “Central Térmica Güemes S.A. s/ Resolución N° 1.650/1998 ENRE (Exp. 4689/98)”, *Fallos*: 329:3986 (2006).

³⁰ “Badaro, Adolfo V. c/ ANSeS s/ reajustes varios”, *Fallos*: 330: 4866 (2007).

advertirse cómo, en ocasiones, la rama judicial triunfa o fracasa en su tarea de intentar domesticar a los restantes poderes.

El Poder Judicial se ha percibido como disidente hacia el Poder Legislativo en la experiencia comparada, específicamente, en la jurisprudencia de reacción contra las medidas del *New Deal* norteamericano³¹, y disidente hacia el Poder Ejecutivo cuando, por ejemplo, se frenó judicialmente el plan del Poder Ejecutivo norteamericano para tomar las acerías³². Una similar disidencia, ante el poder constituyente, se advierte en materia de mantenimiento del recaudo de agotamiento de la vía administrativa en el amparo no obstante la redacción del actual Artículo 43, Constitución Nacional³³, o ante los Poderes constituidos, en la primera etapa de control de constitucionalidad del Decreto de Pesificación del 2002³⁴, o, más recientemente, en la protección del derecho a la intimidad³⁵.

También puede ser posible percibir una conformidad del Poder Judicial con los restantes Poderes: ilustran sobre ello los precedentes norteamericanos relativos, en general, a las convalidaciones constitucionales de las delegaciones legislativas³⁶, en la admisión del abandono del patrón oro en materia de deuda privada³⁷ y la amplísima jurisprudencia norteamericana sobre aplicación de la doctrina de la deferen-

³¹ Así, en tres fallos: “*Panama Refining Co. v/ Ryan*”, 293 US 388 (1935), también conocido con el “*Hot Oil case*”, caso en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de una medida, adoptada por el gobierno de Roosevelt, según la cual se prohibía el comercio interestadual e internacional de hidrocarburos producidos por encima de los máximos estadales prefijados adoptados de conformidad con la *National Industrial Recovery Act* de 1933. En el caso conocido como “caso de los pollos enfermos”, “*Schechter Poultry Corporation v. United States*”, 295 US 495 (1935); y en “*Carter v. Carter Coal Co.*”, 298 US 238 (1936). Ampliar en McKenna, Marian, *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War. The Court Packing Crisis of 1937*, New York, Fordham University Press, 2002, así como en O’ Brien, David M., *Constitutional Law and Politics. Struggles for Power and Governmental Accountability*, T. I, New York, Norton, 2008, 7ª edición, pp. 417-418.

³² “*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*”, 343 US 579 (1952), también conocido como el “*Steel Seizure case*”. Este fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos limitó las facultades del Presidente de la nación para tomar la propiedad privada cuando mediaba ausencia de una facultad específica, de las enumeradas en el Artículo Dos de la Constitución o emergente de una ley formal.

³³ “Neuquén para el Mundo c/ Neuquén, Pcia. de y otro s/ amparo”, Causa N.50.XXXIV.O, fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *ED*, t. 189, p. 515.

³⁴ El ya abrogado San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo, Fallos: 326: 417 (2003).

³⁵ Causa H. 270. XLII. “Halabi, Ernesto c/ PEN – Ley N° 25.873 – Decreto N° 1.563/2004 s/ amparo Ley N° 16.986”, fallo del 24-2-2009, en el cual, por mayoría, se declara procedente el recurso extraordinario, y se confirma la sentencia apelada, declarándose la inconstitucionalidad de la Ley N° 25.873 y su Decreto reglamentario N° 1.563/2004, relativo a intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet.

³⁶ La Corte Suprema las convalidó todas salvo las enumeradas en la nota N° 31.

³⁷ Los casos relativos a obligaciones entre personas privadas, en los cuales son bendijo judicialmente la resolución conjunta del 5 de junio de 1933 de abandono del patrón oro, fueron “*Norman et al. v/ Baltimore & Ohio Railroad Company*”, 294 US 240 (1935), que arribó a la Corte unido a otro caso similar, “*US v/ Bankers Trust Company*”, 294 US 240 (1935). En cambio la convalidación constitucional del abandono del patrón oro en materia de deuda pública estuvo acotado al caso y a las alegaciones y probanzas aportadas por las partes, en fallos que merecen detenida lectura: “*Nortz v/ United States*”, 294 US 317 (1935), en el cual se hizo hincapié en la existencia o no de pérdida del poder adquisitivo, y

cia³⁸ a las medidas emanadas de la Administración. Puede ejemplificarse este supuesto con los múltiples precedentes argentinos en materia de ciega aplicación de la doctrina de la irrevisibilidad de las razones de oportunidad tenidas en mira por el legislador al sancionarse una ley³⁹, y en la convalidación de Poderes de emergencia en cabeza del Poder Ejecutivo, en especial en la segunda etapa de control de constitucionalidad del premencionado decreto de pesificación⁴⁰.

Por último, en cuanto a la cuestión de si el Poder Judicial triunfa o fracasa en la tarea que podemos identificar como una suerte de domesticación de los restantes Poderes, la respuesta aparecería dividida. Ha tenido éxito en tal tarea, ante el Poder Legislativo, en el ordenamiento norteamericano, creando las condiciones para la posterior sanción legislativa de un sistema de revisión judicial en la ley de procedimientos administrativos⁴¹, o

“*Perry v/ United States*”, 294 US 330 (1935), en el cual se entendió inconstitucional la resolución conjunta que alteraba el bono, pero no se hizo lugar al reclamo de daños.

³⁸ Consagrada en “*Chevron, USA, Inc. v/ NRDC*”, 467 US 837 (1984). Este fallo, en un buscador de información jurídica, podía generar, en el 2005, más de siete mil citas; cfr. Cope, Torrey A., “Judicial Deference to Agency Interpretations of Jurisdiction after ‘Mead’”, en *Southern California Law Review*, Vol. 78, pp. 1327-1369, especialmente p. 1328, nota N° 8, lo cual significa haber sido citado en más de siete mil sentencias posteriores. Sobre la doctrina de la deferencia, ampliar en Tawil, Guido S., “Control judicial sobre los servicios públicos”, en AAVV, *Control de la Administración pública*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2003, pp. 571-583, especialmente pp. 580-581; y en Bianchi, Alberto B., “El control judicial de la Administración pública bajo la llamada doctrina de la deferencia”, en Arismendi, Alfredo y Caballero Ortiz, Jesús (coords.), *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Vol. II, Caracas, 2003, pp. 2265-2308.

³⁹ “Fisco Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Nicola, María del Carmen s/ ejecución fiscal”, *Fallos*: 329: 2152 (2006), sobre facultades impositivas; “Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - Ley N° 25.561 - Decretos Nros. 1.570/2001 y 214/2002 s/ amparo sobre Ley N° 25.561”, *Fallos*: 328: 690 (2005) y “Bustos, Alberto Roque y otros c/ EN y otros s/ amparo”, *Fallos*: 327: 4495 (2004), sobre poderes de emergencia; “Licanic, Juan Lenin c/ Volpino Laboratorios S.A.”, *Fallos*: 326: 2200 (2003), sobre topes indemnizatorios; “Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/ información”, *Fallos*: 321: 92 (1998), sobre opción de matrimonio indisoluble; “Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas - Causa N° 6.491”, *Fallos*: 314: 424 (1991), sobre fijación de penas; “Soaje, Pedro y otros c/ Provincia de Tucumán y otro”, *Fallos*: 306: 1074 (1984), sobre reducción de haberes de la clase pasiva; “Del Sel, R. y N., S.A. c/ Nación”, *Fallos*: 244: 13 (1959), sobre determinación de un impuesto; “Bemberg, Otto S. y Elortondo de Bemberg, Josefina - sus suc.”, *Fallos*: 224: 810 (1952), sobre agravio a la garantía de igualdad; entre muchos otros.

⁴⁰ “Bustos, Alberto Roque y otros c/ EN y otros s/ amparo”, *Fallos*: 327: 4495 (2004).

⁴¹ Señala Mairal, con referencia a la ley federal norteamericana de procedimientos, que “es difícil decidir si su influencia ha sido significativa, o si se limitó a codificar las soluciones que la jurisprudencia ya había alcanzado”; cfr. Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración pública*, T. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 37, con cita de Jaffe, Louis, “Suits against Governments and Officers: Sovereign Immunity”, en *Harvard Law Review*, Vol. 77, 1, 1965, p. 372. Ampliar, asimismo, en Tawil, Guido S., *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, T. I, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 65, 92-112 y 453-481 y T. II, pp. 209-266; así como en García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 152-158.

decidiendo que incluso los detenidos en Guantanamo tienen derecho a una revisión judicial⁴². Similar éxito puede advertirse en nuestro país en la derrota judicial del régimen de subrogancias⁴³, en el sano mantenimiento de la doctrina republicana según la cual un juez no puede ser removido en razón del contenido de sus sentencias⁴⁴; o en la puesta en mora al legislador que culminara con el dictado de la ley de régimen de los decretos de necesidad y urgencia y delegados⁴⁵. Empero, existen casos de fracasos del Poder Judicial ante las ramas legislativa y ejecutiva; dos ejemplos de ellos, en el ámbito norteamericano, son la sanción legal de un régimen de responsabilidad del Estado en 1946, ley que provocó el deceso de la tesis judicial de la inmunidad soberana⁴⁶, o la crisis constitucional norteamericana de 1937, cuando la Corte Suprema debió comenzar a convalidar cierta legislación progresista del *New Deal* ante la amenaza, por parte del Ejecutivo, de propiciar ampliar, por ley, la cantidad de jueces de nueve a quince para asegurar una mayoría oficialista⁴⁷. Y, en nuestro país, la prohibición constitucional, como regla, de la delegación legislativa en oportunidad de la reforma de 1994, no obstante la antigua jurisprudencia de la Corte Suprema que la admitía y controlaba⁴⁸; el acotamiento de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema en virtud de la actual redacción de los Artículos 113 y 114, inciso 6°, Cons-

⁴² Los fallos producidos entre 2004 y 2006 son “*Rasul v/ Bush*”; “*Hamdi v/ Rumsfeld*”; “*Rumsfeld v/ Padilla*”; y “*Hamdan v/ Rumsfeld*”; ampliar en Bianchi, Alberto B., “El caso ‘Hamdam’ y la ley marcial en los Estados Unidos”, *LL*, 2007-B, pp. 1045-1061.

⁴³ “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación”, *Fallos*: 330: 2361 (2007).

⁴⁴ Sigue vigente la regla emergente de Bustos Fierro, explicada nítidamente por Gelli, María Angélica, *Constitución de la nación argentina. Comentada y concordada*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª edición ampliada y actualizada, pp. 515-516. Como se recordará, en el fallo “De la Cruz, Eduardo Matías (Procurador General de la Suprema Corte de Justicia) s/ acusa - Causa N° 93.631”, *Fallos*: 331: 810 (2008), el rechazo del agravio del ex magistrado –relativo a que la remoción se había basado en el contenido de las sentencias– fue considerado, en el caso, dotado de “dogmática y genérica invocación”, lo cual evidencia que la doctrina de Bustos Fierro, destacada por Gelli, no ha sido abrogada.

⁴⁵ Ley N° 26.122. Se recordará el voto del Juez Petracchi en “Verrocchi”, *Fallos*: 322: 1726, puntualizando la “imposibilidad” de recurrir a esa clase de decretos hasta tanto se sancionara la respectiva ley reguladora.

⁴⁶ Ley de 1946 denominada *Federal Tort Claims Act* o ley federal de responsabilidad aquiliana, que sentó la regla general de que el Estado federal era responsable por los perjuicios ocasionados por sus funcionarios en los mismos casos en que, bajo las normas de derecho común, una persona respondía por los actos de sus dependientes; sobre esta ley, ampliar en Mairal, Héctor A., *op. cit.*, T. I, pp. 43-44.

⁴⁷ Ampliar en O’ Brien, David M., *Constitutional Law and Politics*, T. I, New York, Norton, 2008, 7ª edición, p. 34.

⁴⁸ Ampliar en Bianchi, Alberto B., *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 1990; “Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma constitucional”, en *ReDA*, N° 17, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 379-430; “El caso San Luis o de cómo la emergencia fue encarada desde la delegación legislativa”, en *ReDA*, N° 15, Buenos Aires, Depalma, 2003, pp. 611-614; “Reflexiones sobre la delegación legislativa para negociar la deuda externa”, en *EDA*, Buenos Aires, El Derecho, Universitas, 2004, pp. 495-503 y el trabajo del mismo autor incluido en esta obra colectiva.

titución Nacional⁴⁹; la sanción de la Ley N° 23.042 de hábeas corpus especial para perseguir la nulidad de las sentencias condenatorias de civiles por tribunales militares, sentencias que habían emanado de la Corte Suprema; la eliminación de la cuestión política no justiciable “declaración de estado de sitio” por la Ley N° 23.098⁵⁰; la anulación, por el Congreso, de las leyes de obediencia debida y punto final, otrora convalidadas constitucionalmente por la Corte Suprema⁵¹; la prohibición de indemnización del lucro cesante en los contratos administrativos en el Decreto N° 1.023/2001, no obstante la doctrina de Sánchez Granel⁵²; la reacción del Poder Ejecutivo dictando el Decreto de Pesificación N° 214/2002 tres días después de que la Corte Suprema se expidiera en “Smith”⁵³.

III.2. La dinámica del derecho administrativo

Parecería evidente que la jurisprudencia adquiere un rol particular si se adopta una visión más amplia, y si se la pondera a la luz de sistemas codificados, como teóricamente es el nuestro, o en el marco de regímenes de *common law*. Tal vez sea ése el aspecto de mayor interés para el derecho administrativo. Es que, como se re-

⁴⁹ Artículo 113, Constitución Nacional: “La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados”. Artículo 114, Constitución Nacional: “Serán sus atribuciones [del Consejo de la Magistratura]: [...] 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”.

⁵⁰ Ley N° 2.3098, Artículo 4°: “Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el Artículo 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto [...] 2. La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio”.

⁵¹ Ley N° 23.492, de punto final, del año 1986, y Ley N° 23.521, de obediencia debida, del año 1987, derogadas por la Ley N° 24.952, del año 1998. La primera fue aplicada en “Julia J. Jofre”, *Fallos*: 311: 80 (1988), y la segunda fue convalidada en “Camps”, *Fallos*: 310: 1162 (1987). Ampliar en Bianchi, Alberto B., *Una Corte liberal. La Corte de Alfonsín*, Buenos Aires, Ábaco, 2007, pp. 95-97 y numerosos fallos citados en su nota N° 28, así como en el Prólogo de Andrés D’ Alessio a dicha obra, pp. 9-17, especialmente p. 13. En agosto del 2003, el Congreso sanciona la Ley N° 25.778, por la cual otorga jerarquía constitucional a la convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad aprobada por la Ley N° 24.584, del año 1995.

⁵² “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad”, *Fallos*: 306: 1409 (1984), y Decreto N° 1.023/2001, Artículo 12: “La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual. Especialmente tendrá: [...] b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un 20% el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos. La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”. Ello obligó a la Corte Suprema a reafirmar su doctrina en “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento”, *Fallos*: 328: 2654 (2005).

⁵³ “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: ‘Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo’”, *Fallos*: 325: 28 (2002), en el cual se desestimó el recurso interpuesto por la entidad bancaria.

cordará, en nuestro país, el derecho administrativo se desprendió del Código Civil cuando Vélez Sarsfield dispuso, en el Artículo 2611 del Código Civil, que “las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el *derecho administrativo*”. Así, mediante esta norma codificada, el derecho administrativo pasó a convertirse en una rama autónoma del derecho, que estaba destinada a ser también codificada –como las ramas civil, o comercial, o penal–, pero que, con el paso de los años, se nutrió, tal vez, *más* de la jurisprudencia que de la norma escrita, codificada por ser un derecho en permanente formación⁵⁴. Y aquí, la palabra clave es “*más*”. Ello se verá en la experiencia que se reseña *infra*, en el acápite siguiente.

Puede advertirse cómo la jurisprudencia se erige en una suerte de “diccionario de legislación” en el que las palabras encuentran sus sinónimos a través de las definiciones elaboradas por los jueces en su tarea de interpretar la ley y aplicarla a los casos concretos⁵⁵; en sistemas de derecho legislado o codificado como el nuestro, la legislación administrativa, siguiendo este *simile*, tiene un diccionario en la jurisprudencia contencioso administrativa; y, al elaborarse ese diccionario, se retroalimenta el sistema, y la jurisprudencia administrativa deviene el diccionario que, de tanto en tanto, el legislador codifica⁵⁶ y que los jueces aplican.

La elaboración judicial de ese diccionario –en materia, por ejemplo, iusadministrativista– bien puede ser asimilada a la noción de Holmes sobre “creación intersticial de derecho”, o a la afirmación de Holmes, compartida por Pound, en cuanto a que los jueces “crean” derecho, y en tal punto se desdibujan los límites entre los sistemas del precedente y los sistemas codificados: “Reconozco, sin dudar, que los jueces deben legislar y legislan, pero pueden hacerlo sólo intersticialmente; están confinados, de los pedidos molares a los moleculares. Un juez del *common law* no podría decir ‘creo que la doctrina de las obligaciones es un poco un sinsentido histórico y no la aplicaré en mi juzgado’”⁵⁷. Así las cosas, se llega a la conclusión de que el juez “legisla sólo los vacíos. Llena los huecos del derecho”⁵⁸, hace “creación intersticial del derecho [...] sea frente a las leyes del Congreso, sea frente a las normas del *common law*”⁵⁹, como, en nuestro país, sintetiza Cossio, empleando el lenguaje de Holmes en la disidencia en “*Southern Pacific*”⁶⁰.

⁵⁴ Destaca esta cualidad de la disciplina administrativa Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, T. I, p. 211.

⁵⁵ Cueto Rúa, Julio, *op. cit.*, p. 149.

⁵⁶ Así, por ejemplo, la jurisprudencia incluye, en el concepto de “régimen republicano de gobierno”, el derecho de acceso a la información en poder estatal (por todos, voto del Dr. Fayt en “Urteaga, Facundo R. c/ EN - Estado Mayor Conjunto de las FF AA s/ amparo Ley N° 16.986”, *Fallos*: 321: 2767 –1998–); posteriormente se legisla en la materia (Decreto N° 1.172/2003, Anexo VII).

⁵⁷ Disidencia del *Justice* Holmes en “*Southern Pacific Co. v. Jensen*”, 244 US 205 (1917), especialmente p. 221.

⁵⁸ Cardozo, Benjamin, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921, p. 113.

⁵⁹ Cossio, Carlos, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, 2ª edición, p. 187.

⁶⁰ Disidencia del *Justice* Holmes en “*Southern Pacific Co. v/ Jensen*”, 244 US 205 (1917), especialmente p. 221.

Pero no siempre triunfa la labor pretoriana, o sus triunfos no siempre poseen la fortaleza que se imaginaría. Así, consideremos solamente la oportunidad en que la sanción de una norma abroga jurisprudencia existente, y la jurisprudencia convalida tal abrogación⁶¹; o bien el supuesto en que, en el caso, se declara inconstitucional una norma, con el efecto inevitable de inaplicación, al caso, de la norma en juego⁶², siguiendo la misma vigente para quienes no revistieran la calidad de parte en el proceso judicial, lo cual guarda plena coherencia con la separación de poderes, que conlleva la prohibición, al órgano judicial, de substituir al legislador.

III.3. Cómo la jurisprudencia agrega derecho administrativo en un sistema codificado

La jurisprudencia ha enriquecido y enriquece el derecho administrativo. Ello se percibe en diversas formas, se observe el derecho administrativo de nuestro país o el sistema norteamericano, que ha dejado mojonos adoptados por nuestro ordenamiento.

Así, por ejemplo, se puede apreciar la formulación, por vía de *obiter*, de una zona de discrecionalidad administrativa en “*Marbury v. Madison*”⁶³ (cuya solución inspirara a nuestro “Sojo”⁶⁴ en cuanto a la cuestión de fondo), discrecionalidad del Ejecutivo que la Corte Suprema argentina posteriormente invoca en “David”⁶⁵ y limita en “Alem”⁶⁶. También puede recordarse la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, que se consagra, por vía de *obiter*, en el precitado “*Marbury v. Madison*”⁶⁷, y que obtiene sanción judicial, entre nosotros, a partir de “Cullen c/ Llerena”⁶⁸. La categoría de los derechos adquiridos ya se avizora en el caso de los “Saladeristas”⁶⁹, y la protección de los derechos contractuales halla carta de consagración en “Bourdieu”⁷⁰. El régimen de revisión judicial de las decisiones emanadas de los órga-

⁶¹ Tal el supuesto de “YPF c/ Corrientes”, *Fallos*: 315: 158 (1992), especialmente Considerando 14, fallo en el cual se hace constar que la ley veda las actualizaciones que hasta entonces la jurisprudencia había procreado, y la Corte Suprema convalida tal acto legislativo.

⁶² Ampliar en Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, T. I, Buenos Aires, Ábaco, 2002, 2ª edición, p. 343 y jurisprudencia allí citada.

⁶³ 5 US 137 (1803): “*The discretion of the executive is to be exercised until the appointment has been made [...] by the constitution of the United States, the president is invested with certain important political powers, in the exercise of which he is to use his own discretion [...]*” (pp. 162 y 165-166).

⁶⁴ *Fallos*: 32: 120 (1887).

⁶⁵ “David, Darío c/ Gobierno de la Pcia. de San Luis”, *Fallos*: 16: 431 (1875).

⁶⁶ “Leandro N. Alem y Mariano M. Candiotti, por rebelión contra el Gobierno Nacional”, *Fallos*: 54: 432 (1893).

⁶⁷ 5 US 137 (1803): “*By the constitution of the United States, the president is invested with certain important political powers, in the exercise of which he is to use his own discretion [...]*” (pp. 165-166).

⁶⁸ “Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fe c/ Baldomero Llerena, s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Pcia. de Santa Fe y nulidad”, *Fallos*: 53: 420 (1893).

⁶⁹ “Podestá y otros Saladeros c/ Pcia. Buenos Aires”, *Fallos*: 31: 273 (1887).

⁷⁰ “Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital”, *Fallos*: 145: 307 (1925).

nos y entes de la Administración reina a partir de “Fernández Arias c/ Poggio”⁷¹; y el de la cosa juzgada administrativa queda instalado con “Carman de Cantón”⁷². El recaudo de motivación del acto ya se perfila en “Simón Sheimberg”⁷³ mucho antes del dictado de la Ley N° 19.549.

Otras instituciones de redundante perfil iusadministrativista vieron la luz por vía jurisprudencial antes de poseer un régimen normativo o codificado: así, cabe enumerar los reglamentos delegados, en la línea jurisprudencial que nace en “Delfino”⁷⁴, que se modifica con “Cocchia”⁷⁵, que tributa a la reforma de 1994 y al actual Artículo 76, Constitución Nacional; los decretos de necesidad y urgencia en “Peso”⁷⁶, “Porcelli”⁷⁷ y “Peralta”⁷⁸, que también tributan al actual Artículo 99.3, Constitución Nacional; la acción de amparo contra actos de autoridad y lo relativo al control de constitucionalidad en el marco de una acción de amparo, legislados por vía judicial en líneas interpretativas que arrancan en “Ángel Siri”⁷⁹ y en “Outón”⁸⁰, respectivamente, y después volcados la Ley N° 16.986 y en el Artículo 43, Constitución Nacional, respectivamente; el régimen de la anulación de oficio del acto administrativo, gestado en la rica jurisprudencia que sistematizara brillantemente Comadira y que nutriera el articulado de la ley de procedimientos administrativos⁸¹. En síntesis, son múltiples los institutos jurisprudencialmente creados que van inspirando al legislador legislativo o constituyente, y retroalimentando al sistema.

IV. CONCLUSIONES

En el marco del sistema codificado argentino, la jurisprudencia aparecería como una fuente del derecho que en el ámbito del derecho administrativo posee marcada relevancia. Los precedentes “crean” derecho administrativo; la jurisprudencia “es” una suerte de reglamentación de la ley administrativa. Este sistema, que no prevé la obligatoriedad del precedente, deja a salvo la posibilidad, de los jueces inferiores, de apartarse de las decisiones de los tribunales superiores en la medida en que aporten nuevos o novedosos argumentos a tal fin.

⁷¹ “Fernández Arias, Elena, y otros c/ Poggio, José”, *Fallos*: 247: 646 (1960).

⁷² “Carman de Cantón, Elena c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 175: 368 (1936).

⁷³ “Simon Scheimberg”, *Fallos*: 164: 344 (1932), especialmente pp. 388-389.

⁷⁴ “Delfino y Cía.”, *Fallos*: 148:430 (1927).

⁷⁵ “Cocchia c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 316. 2624 (1993).

⁷⁶ “Peso, Agustín c/ BCRA”, *Fallos*: 307: 2061 (1985).

⁷⁷ “Porcelli c/ Banco Nación”, *Fallos*: 312. 555 (1989).

⁷⁸ “Peralta, Luis c/ Gobierno Nacional”, *Fallos*: 313: 1513 (1990).

⁷⁹ “Siri, Ángel”, *Fallos*: 239: 459 (1957).

⁸⁰ “Outón, Carlos”, *Fallos*: 267: 215 (1967).

⁸¹ Comadira, Julio R., *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada “cosa juzgada administrativa”*, Buenos Aires, Astrea, 1981.

Una reflexión que se anexa, inevitablemente, a la jurisprudencia como fuente —y que ameritaría un estudio por separado— es la necesidad de su publicación. No puede concebirse una fuente del derecho que no pueda ser conocida, y la publicación, en tal aspecto, aparece como neural a su sentido no sólo didáctico sino también creador de derecho. En otras palabras, sólo la publicación previa permitiría la utilización del precedente. Debe destacarse, en este renglón, la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esfuerzo que, se espera, eventualmente alcance a las cámaras de apelaciones federales y sus juzgados de primera instancia, así como a la justicia nacional y a los poderes judiciales provinciales.

¿Implica algún peligro a la separación de Poderes la admisión de la jurisprudencia como fuente? En este punto son adecuadas, en extremo, las reflexiones de Cardozo en *The Nature of the Judicial Process*: “El juez, aun cuando es libre, no es totalmente libre. No tiene que innovar como le plazca. No es un caballero errante paseando libremente en busca de su propio ideal de la belleza o de la bondad. Se inspirará en principios bien establecidos. No se entregará a un sentimiento momentáneo, a una benevolencia vaga y desregulada. Ejercerá su discrecionalidad sujeta a la tradición, con el método de la analogía, disciplinada por el sistema [...]. El campo de discrecionalidad que queda no es tan ancho [...]”⁸².

Es claro, entonces, que, desde el punto de vista institucional, no es tan peligrosa la admisión de la jurisprudencia como fuente o como fuente del derecho administrativo. Como se vio en este trabajo, ella ha interactuado, e interactúa, con los demás Poderes, pero en un marco en el cual ninguna victoria está asegurada.

⁸² Cardozo, Benjamin, *op. cit.*, p. 141.