

Desafíos del **Derecho Administrativo Contemporáneo**

Commemoración Internacional del Centenario
de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela

Coordinación
Víctor Hernández-Mendible

Tomo I


**Ediciones
Paredes**

Caracas-Venezuela
2009

poder judicial. En ese caso, ¿también aboliremos el “agotamiento de la vía judicial argentina” cuando la cuestión sólo sea obtener el pronunciamiento de Tribunales internacionales?

Y cuando tampoco estos puedan darnos una respuesta acorde a los “tiempos televisivos”, ¿cómo habremos de resolver nuestra ansiedad tuitiva?

En los últimos tiempos he releído precedentes de hace más de veinte años de la Corte Suprema Argentina, vinculados a la exigencia de Tribunal Superior para la admisión del recurso extraordinario. Me refiero a los casos *Strada y Di Mascio*⁸⁵. Allí se hacen consideraciones sobre la vinculación entre la demora en la atención del derecho y el funcionamiento de las instituciones fundamentales de la República, sin mengua de la salvaguarda de los intereses definitivos, de modo que podría aplicarse más allá de las competencias entre tribunales judiciales y hacia otros controles de poder.

VI. Epílogo

Hace apenas cuarenta años, una tarde de huelga general, en el contexto de una Facultad de Letras signada por la impronta del hoy llamado progresismo, Borges llegaba tarde para la apertura de su clase de Literatura Inglesa. Al verlo demorado, el bedel le indicó si él se había plegado a la huelga y el maestro le respondió que su tardanza se debía a que se había detenido para afiliarse al partido conservador. Desconcertado, el bedel le dijo si no le parecía una afiliación contraria a la evolución del hombre, a lo que Borges respondió: No, porque es de caballeros defender las causas perdidas⁸⁶.

He expuesto mi opinión sobre esta inserción del agotamiento de la vía administrativa en el contexto del proceso judicial preguntándome si estaré reivindicando mi condición de caballero en la defensa de una causa perdida, pues ante la avalancha de derechos de los ciudadanos que embanderan nuestra vida cotidiana, ¿quién podría pretender que debe exigirse aún este requisito para el acceso a la tutela judicial efectiva? o lo que es peor, ¿quién podría siquiera sugerir que su cumplimiento se fundamenta en la preservación de un sistema que genera ventajas para los propios administrados en el contexto de sus relaciones jurídicas con el Estado y preserva la eficacia de la jurisdicción en el control de los actos administrativos? Pareciera, pues, que vengo tan caballero y tan contradictoriamente ciego como Borges.

Sin embargo, a la luz de estos comentarios y de los contenidos de los fallos que se han citado en último término, tal vez sea la hora de releer todo el sistema, desde una perspectiva diversa, con una luz de otro tiempo, como si Borges nos iluminara desde su caballerosidad y su ceguera.

⁸⁵ Estos fallos han cumplido 20 años de antigüedad, pero su vigencia y calidad han merecido el renovado aplauso de la doctrina argentina.

⁸⁶ Ver www.vivriadesl.com Borges como profesor de Literatura Inglesa.

LA DINÁMICA JURISPRUDENCIA-CODIFICACIÓN (ACERCA DE LA INFLUENCIA DEL DERECHO JUDICIAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO)

Estela B. Sacristán¹

Profesora de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica Argentina

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. 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 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, *e.g.*, circunstancias fácticas ínsitas en la norma de carácter general que la sentencia establece².

En Argentina no existe ley alguna que establezca el régimen de obligatoriedad o carácter vinculante del *precedente*, salvo en los escasos supuestos específicamente reglados³. Los jueces argentinos se hallan obligados por las provisiones del código

¹ Doctora en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, de la Universidad Católica de Cuyo en San Juan, de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Nacional del Rosario, de la Universidad Nacional de Comahue en Neuquén, de la Universidad Austral y de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, de la Procuración del Tesoro de la Nación.

² En tal sentido, Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 9na. ed., trad. de Roberto J. Verruengo de la 2da. ed. de 1960, Porrúa, México, 1997, p. 258.

³ Así, por ejemplo, en materia de *plenarios* de una cámara de apelaciones, obligatorios para la misma cámara

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 Suprema⁴.

Como se dijo, los jueces argentinos aplican las diversas normas enumeradas. Mas ello merece al menos dos clarificaciones. Por un lado, en la realidad, existen más de 26.000 leyes publicadas, en su gran mayoría, en la colección *Anales de Legislación Argentina*, pero sólo la modesta cantidad de 3500 leyes se hallaría vigente; esta cantidad de leyes se proyecta, asimismo, sobre las reglamentaciones que de ellas dependen. 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 24967, del año 1998, en armonía con el art. 24 de la Constitución histórica⁵. En este marco, ¿qué significado tiene la jurisprudencia como fuente del Derecho? Y, en especial, ¿qué significado tiene como fuente del Derecho administrativo, rama que se caracteriza por hallarse en permanente desarrollo productivo legislativo formal y, sobre todo, material? La segunda clarificación que debe efectuarse, y que merece alguna reflexión adicional más abajo, 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

ejemplo, en el antiguo régimen, hoy derogado, del art. 19 de la ley 24463, que rigiera entre 1995 y 2005. Ampliar en BIANCHI, Alberto B., "Algunas reflexiones sobre los efectos de las sentencias", en *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis Dopalma, Buenos Aires, 2002, Año 14, ps. 1/35, esp. p. 5.

⁴ Así, en MÜLLER, Miguel A. c/ PEN - Contaduría General - Ejército Argentino - dto. 430/00 s/ amparo ley 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", conf. 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).

⁵ Conf. KNUDSEN, Nora, "Argentina", en KRITZEN, Herbert M. (ed.), *Legal Systems of the World. A Political, Social and Cultural Encyclopedia*, ABC-Clío, Oxford, 2002, t. I, ps. 64/70, esp. en 66/67.

relevancia⁶, 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 judiciales.

Para encarar todos estos variados 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. Ponderar la jurisprudencia en punto a sus efectos *hacia adentro* del Poder Judicial implica, 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, correspondiente a un ordenamiento de tradición codificadora, 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 a la jurisprudencia en sus efectos *hacia fuera* del Poder Judicial, cabe preguntarse acerca de la dinámica jurisprudencia-Poder Legislativo, Poder Legislativo-jurisprudencia y jurisprudencia-Poder Ejecutivo. Veamos estas preguntas, 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 lo relativo a la posible tendencia a la convergencia entre sistemas del precedente y sistemas codificados en el campo del Derecho administrativo argentino.

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

Por ello, parecería más abarcativa una definición como la 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

⁶ Ya aparece la discrecionalidad mencionada e interpretada en pluralidad de pasajes del célebre *Marbury*

que permitan una actuación objetiva de los órganos de aplicación⁷. Ese órgano de aplicación podrá pertenecer al Poder Judicial, o al Poder Ejecutivo, o al Poder Legislativo, o podrá ser un órgano extra-poder subjetivado, entre otros supuestos. 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 *caselaw*, en los sistemas de *common law* o sistemas del precedente. La morigeración –“primordialmente”– respondería a que ni los sistemas codificados abrevan exclusivamente en la legislación, ni los sistemas del precedente abrevan exclusivamente en la jurisprudencia. Se vuelve sobre ello en el acápite siguiente.

Siguiendo, nuevamente, a Cueto Rúa, puede tenerse, por jurisprudencia, a aquel “un conjunto de casos decididos por los tribunales en sentido concordante y uniforme sobre un mismo problema de Derecho (...)”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, haciendo caso omiso de la definición de Ross, transcrita antes.

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), especialmente cuando el asunto es tratado únicamente a nivel de un tribunal inferior¹⁰.

Efectuadas estas dos conceptualizaciones, podemos acercarnos a la jurisprudencia como fuente del Derecho administrativo.

⁷ CUETO RÚA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 123. Tributan a esta definición GOTTFRID, Julio, *Common law y civil law. El common law y nuestro sistema jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 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*, 2da. ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 310 (“las fuentes son aquellos hechos que denotan la aceptación comunitaria de un sentido general”).

⁸ CUETO RÚA, *Fuentes...* cit., p. 29.

⁹ En tal sentido, PATTERSON, Edwin W., *Jurisprudence*, 1st printed ed., The Foundation Press, Brooklyn, 1953, p. 205.

¹⁰ AARSTO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1991, p. 120.

b) ¿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”), 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. Veamos 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, conducirían a una apreciación diferente.

En 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 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 (como ya lo he destacado) 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, preteriendo a la legislación. En tal sentido, enseña Cueto Rúa que la legislación siempre será desplazada por la jurisprudencia que conforma el sistema del

¹¹ GORDON, Michael WALLACE, “Common law”, en Kritzer, Herbert M. (ed.), *Legal Systems of the World. A Political, Social and Cultural Encyclopedia*, ABC-CLIO, Oxford, 2002, t. I, pp. 322/324, esp. p. 324. En contra, en relación con Estados Unidos, WILLIAMS, Jorge N., *Interpretación de las leyes en el Derecho norteamericano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 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 MASKEWICZ, René H., “Le rôle de la jurisprudence et l’attitude du juge en pays de *common law* et en pays de droit écrit”, en *Cahiers du Droit*, Paris, N° 33, nov.-dec. 1954, p. 19.

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

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.

Con relación a los sistemas codificados, se tendrá presente que los mismos se hallan asociados a la legislación o codificación como fuente de aplicación primordial. En Argentina, el art. 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 cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso"¹⁵. Esta norma, que privilegia a la ley, fija el orden en los procedimientos interpretativos a que puede recurrirse para resolver, como afirma Vernengo¹⁶.

En ese contexto parecería natural postponer 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 una conclusión diversa. En efecto, según algunos iusfilósofos, la jurisprudencia sí es fuente del Derecho¹⁷, postura com-

¹³ CUETO RÚA, Julio, "El *common law* (análisis de un problema interpretativo concreto. Conclusiones)", en *LL*, 85, ps. 881/893, citado, asimismo, en WILLIAMS, Jorge N., *Interpretación de las leyes en el Derecho norteamericano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 39.

¹⁴ Ampliar en OLIVECRONA, Karl, *El Derecho como hecho*, trad. de Jerónimo Cortés Funes, Depalma, Buenos Aires, 1959, 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".

¹⁵ La bastardilla no es del original.

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

¹⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 9na. ed., trad. de Roberto J. Vernengo de la 2da. ed. de 1960, Porrúa, México, 1997, p. 242/243; RECASENS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del Derecho*, 6ta. ed., Porrúa, México, 1978, p. 297; ALCHOURRÓN, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 3ra. reimp., Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 110-112.

partida por algunos iusadministrativistas¹⁸. Sin embargo, para otros iusfilósofos¹⁹ y iusadministrativistas²⁰, la jurisprudencia no es fuente del Derecho, por lo que tampoco es fuente del Derecho administrativo.

Esta diversidad de posturas parecería, empero, desaparecer, si se analiza el específico supuesto del Derecho administrativo pues el mismo parecería generar una suerte de punto de confluencia entre codificación y sistema del precedente.

c) ¿Un punto de confluencia entre Derecho elaborado por los jueces y Derecho codificado?

Enseña Dicey que el sistema de Derecho administrativo europeo-continental, específicamente francés, o *droit administratif*, es, en cuanto a su contenido, totalmente diferente del moderno Derecho anglosajón, pero en punto al método de su formación, semeja 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

¹⁸ En Argentina, BIELSA, Rafael, *Metodología jurídica*, Castellvi, Santa Fe, 1961, p. 439 y ss; MAILLENHOF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, 4ta. ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, t. I, pp. 291/292, y sus citas en n. 307; LINARES, Juan Francisco, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975, pp. 94 y 96; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, 8va. ed., FDA, Buenos Aires, 2003, t. I, pp. VII-40 a VII-43; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 8va. ed. act., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, t. I, pp. 210/211; ABAD HERNANDEZ, Jesús I., "La jurisprudencia como fuente en la génesis del derecho administrativo y su trascendencia actual", en *LL* 1985-E, ps. esp. p. 896.

En el Derecho comparado, DEBBASCH, Charles, *Institutions et droit administratif*, 4ta. ed., PUF, Paris, 1998, t. 2, pp. 36/37; LAUBADERE, ANDRÉ DE VENIZIA, Jean Claude GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*, 14a. ed., LGDJ, Paris, 1996, t. I, p. 15; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, TOINÁS RAMÓN, *Curso de Derecho administrativo*, 10ma. ed., Civitas, Madrid, 2000, t. I, p. 69; ENRIQUETA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, 13a. ed., Tecnos, Madrid, 1999, vol. I/1, pp. 78 y 138.

¹⁹ DEL VECCINO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, 2da. ed., Bosch, Barcelona, 1935, t. 1, p. 538; SOLER, Sebastián, *Las palabras de la ley*, FCE, México, 1969, pp. 139 y 159/160.

²⁰ ALFESSI, Renato, *Instituciones de Derecho administrativo*, (trad. de la 3ra. ed. italiana por Buenaventura Pellisó Prats), Bosch, Barcelona, 1970, t. I, ps. 26/35; FRAGA, Gabiño, *Derecho administrativo*, 9a. ed., Porrúa, México, 1962, p. 115; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, t. I, p. 274; BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 298.

temen que la codificación limitaría, como probablemente lo haría, la autoridad esencialmente legislativa de los *tribunaux administratifs* en Francia, o de los jueces en Inglaterra²¹.

Se percibe, entonces, desde esa visión, que un escaso nivel de codificación existe en el *droit administratif*, y mucha 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*. En punto a sus contenidos, hay institutos compartidos (elaboración de actos de alcance general, recaudos para el dictado de actos de alcance particular, régimen de responsabilidad del Estado). Y en cuanto a su formación también habría similitudes: sería la jurisprudencia la que nutre permanentemente la disciplina, sea inspirando la legislación a dictarse (cuestión que se analiza en la sección siguiente de este trabajo), o reglamentando o proveyendo los detalles 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 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 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.

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

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

²³ Establecimientos Americanos Gaty 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 1650/98 ENRE (exp. 4689/98), Fallos: 329: 3986 (2006).

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

En suma, 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 concretos³¹; 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 codifica³² y que los jueces aplican. La elaboración judicial de ese diccionario 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’³³. Así las cosas, el juez “legisla sólo los vacíos. Llena los huecos del Derecho”³⁴, hace “creación intersticial del Derecho (...) sea frente a las leyes del Congreso, sea frente a las normas del *common law*”³⁵, como, en nuestro país, sintetiza Cossio, empleando el lenguaje de Holmes en la disidencia en “Southern Pacific”³⁶.

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, en clara manifestación de la confluencia entre sistemas de codificación y del precedente, podemos ahora acercarnos a la actuación de la jurisprudencia hacia afuera del Poder Judicial. En otras palabras,

³¹ CUETO RÍA, Fuentes... cit., p. 149.

³² 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 FFAA. s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 321: 2767 (1998)); posteriormente se legisla en la materia (Dto. 1172/03, Anexo VII).

³³ Disidencia del Justice Holmes en el fallo de la Corte Suprema norteamericana en Southern Pacific Co. v. Jensen, 244 US 205 (1917), esp. p. 221.

³⁴ CARDOZO, Benjamin, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921, p. 113.

³⁵ COSSIO, Carlos, *La teoría ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2da. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 187.

³⁶ Disidencia del Justice Holmes en el fallo de la Corte Suprema norteamericana en Southern Pacific Co. v. Jensen, 244 US 205 (1917), esp. p. 221.

podemos, en esta sección, apreciar ese dinámico proceso relativo al Derecho administrativo por el cual las soluciones judiciales generan procesos jurídico-políticos que a veces culminan con la producción de específica legislación inspirada en esas soluciones jurisprudenciales y que otras veces, pendiente de sanción de la legislación respectiva, operan como correctores, de hecho, de la actuación de los diversos órganos del Poder Ejecutivo.

a) La dinámica del Derecho administrativo

La apreciación del efecto que la jurisprudencia tiene en el amplio campo legislante puede postularse así: el Derecho producido por los jueces adquiere un rol particular si se lo pondera a la luz de sistemas codificados, como teóricamente es el argentino, o en el marco de regímenes de *common law*. En Argentina, el Derecho administrativo se desprendió del Código Civil cuando Vélez Sarsfield dispuso, en el art. 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.

Empero, con el paso de los años, la rama iusadministrativa parecería haberse nutrido o fortalecido *más* a partir de la jurisprudencia que de la norma escrita, codificada: aquí, la palabra clave es "*más*". Ese fortalecimiento le permite generar soluciones, eventualmente codificables o legislables. Ello se verá en la experiencia que se reseña enseguida.

En primer lugar, podría decirse que la ley codificada afecta a la jurisprudencia, haciéndola producir, por ejemplo, determinaciones o definiciones³⁷, o haciéndola sufrir abrogaciones por vía legislativa³⁸, o haciéndola tener, de hecho, por derogadas vías procesales creadas jurisprudencialmente³⁹.

³⁷ Tales las repasadas en la sección anterior, *in fine*.

³⁸ Tal el supuesto de YPF *c/* Corrientes, Fallos: 315: 158 (1992), esp. cons. 14, fallo en el cual se hace constar que la ley del Congreso veda las actualizaciones que hasta entonces la jurisprudencia había procreado, y la Corte Suprema convalida tal ley.

³⁹ Tal el caso del recurso extraordinario *per saltum*, preanunciado en Carlos Eduardo Guardia y otra *c/* CSJN, Fallos: 307: 1779 (1985), en Scacheri de López, María *s/* denuncia, Fallos: 310: 2214 (1987), voto del Dr. Petracchi, en Investigación de los hechos ocurridos el 13/12/1976, Margarita Belén, Fallos: 311: 1762 (1988), disidencia del Dr. Petracchi, en Riveros, Santiago Omar y otros, Fallos: 312: 977 (1989), voto del Dr. Petracchi, consagrado por la mayoría de la Corte Suprema en Dronni, José R. (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) *s/* avocación en autos: 'Fontenla, Moisés Eduardo *c/* Estado Nacional', Fallos: 313: 863 (1990), en Reiriz, María G. y Casal, Eduardo E., procuradores fiscales de la CSJN *s/* su recurso extraordinario en causa: 'Alonso Jorge E. y otros *s/* contrabando de estupefacientes y otros delitos' - inc. de excarcelación, Fallos: 317: 1690 (1994), y en Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina *c/* Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social *s/* juicio sumarísimo, Fallos: 319: 371 (1996); legislado o codificado en el Dto. 1387/01 por cuyo art. 50, se incorporó al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el art. 195 bis, artículo posteriormente modificado por el art. 18 de la ley

Más, en segundo lugar, se puede verificar, al mismo tiempo, el camino inverso, esto es, que la jurisprudencia surta efectos hacia afuera del Poder Judicial, y suscite soluciones legislativas o actitudes del Ejecutivo cuidadosas hacia la jurisprudencia vigente. Veamos los dos supuestos: el que relaciona jurisprudencia y labor legislativa, y el que vincula jurisprudencia y labor ejecutiva.

En punto a las relaciones entre *jurisprudencia* y *labor legislativa*, pueden considerarse dos supuestos de actuación de la jurisprudencia, uno sin necesaria culminación legislativa, supuesto que puede contrastarse con el que sí cuenta con ulterior consagración legislativa.

La jurisprudencia ha enriquecido y enriquece el Derecho administrativo —incluso sin formulación de textos legales expresos—, y ello se percibe en diversas formas, se observe el Derecho administrativo de nuestro país o el sistema norteamericano, que ha dejado mojoneros adoptados por nuestro ordenamiento. Así, por ejemplo, cabe mencionar la formulación, por vía de *obiter*, de una zona de discrecionalidad administrativa en *Marbury v. Madison*⁴⁰ (cuya solución inspirara a nuestro Sojo⁴¹ en cuanto a la cuestión de fondo), discrecionalidad del Ejecutivo que la Corte Suprema argentina invoca en *David*⁴² y limita en *Alem*⁴³; la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, que se consagra, por vía de *obiter*, en el precitado *Marbury v. Madison*⁴⁴, y que ve la luz, entre nosotros, a partir de *Cullen c/ Llerena*⁴⁵; la categoría de los derechos adquiridos, que ya se avizora en el caso de los *Saladeristas*⁴⁶, decenios antes de su reconocimiento legislativo; la protección de los derechos contractuales de Bourdieu⁴⁷, que envía sus destellos desde el contractualismo privado hasta la esfera de los contratos del gobierno.

Más importante aún, otras instituciones de redundante perfil iusadministrativista vieron la luz por vía jurisprudencial *antes* de poseer un régimen normativo específico, esto es, antes de ser codificadas. En otras palabras, el proceso jurisprudencial

25.561 de emergencia, modificatorio del premenionado art. 195bis; y, finalmente, derogado pues el art. 7° de la ley 25.587 o ley antigoteo derogó sin ambages el art. 195bis del código ritual.

⁴⁰ 5 U.S. 137 (1803): "The discretion of the executive is to be exercised until the appointment has been made (...); [b]y 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 (...)" (ps. 165-166).

⁴¹ Sojo, Fallos: 32: 120 (1887).

⁴² *David, Darío c/* Gobierno de la Pcia. de San Luis, Fallos: 16: 431 (1875).

⁴³ Leandro N. Alem y Mariano M. Candiotti, por rebelión contra el Gobierno Nacional, Fallos: 54: 432 (1893).

⁴⁴ 5 U.S. 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 (...)" (ps. 165-166).

⁴⁵ 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).

⁴⁶ *Podestá y otros Saladeros c/* Pcia. Buenos Aires, Fallos: 31: 273 (1887).

⁴⁷ *Bourdieu, Pedro Emilio c/* Municipalidad de la Capital, Fallos: 145: 307 (1925).

dencial habría propiciado la ulterior consagración legislativa. Así, cabe enumerar el régimen de revisión judicial de las decisiones emanadas de los órganos y entes de la Administración, que rige a partir de Fernández Arias *c/ Poggio*⁴⁸; el de la cosa juzgada administrativa, que queda instalado con Carman de Cantón⁴⁹; el recaudo de motivación del acto, que ya se perfila en Simon Scheimberg⁵⁰ mucho antes del dictado del régimen de procedimientos administrativos. Asimismo, cabe ponderar instituciones clásicas como los reglamentos delegados, en la línea jurisprudencial que corre desde Delfino⁵¹ hasta Cocchia⁵², que tributa a la reforma de 1994 y al actual art. 76, Const. Nac.; los decretos de necesidad y urgencia en el perfil concebido por los precedentes Peso⁵³, Porcelli⁵⁴ y Peralta⁵⁵, que también tributan al art. 99.3, Const. Nac. en su actual redacción; 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 Angel Siri⁵⁶ y en Outón⁵⁷, respectivamente, y después volcados en el art. 43, Const. Nac.; el régimen de la anulación de oficio del acto administrativo, gestado en la rica jurisprudencia que sistematizara brillantemente Comadira y que nutricia el articulado de la ley de procedimientos administrativos⁵⁸.

Finalmente, puede advertirse, también, que la jurisprudencia administrativa ha influido en la toma de decisión del *Poder Ejecutivo*. Ello puede ser ilustrado mediante lo acontecido en materia de procedimientos administrativos antes del dictado de la respectiva ley, y también puede ser ejemplificado mediante la experiencia en materia de decretos de necesidad y urgencia.

Antes del dictado de la ley de procedimientos administrativos, es la jurisprudencia la que, desde antiguo, fue —de cierta manera, y si se permite la expresión domesticando a la Administración, efectuando las siguientes afirmaciones: los actos de alcance general sólo son obligatorios después de su publicación⁵⁹, a

⁴⁸ Fernández Arias, Elena, y otros *c/ Poggio, José*, Fallos: 247: 646 (1960).

⁴⁹ Carman de Cantón, Elena *c/ Nación Argentina*, Fallos: 175: 368 (1936).

⁵⁰ Simon Scheimberg, Fallos: 164: 344 (1932), esp. ps. 388/389.

⁵¹ Delfino y Cía., 148: 430 (1927).

⁵² Cocchia *c/ Nación Argentina*, Fallos: 316: 2624 (1993).

⁵³ Peso, Agustín *c/ BCRA*, Fallos: 307: 2061 (1985).

⁵⁴ Porcelli *c/ Banco Nación*, Fallos: 312: 555 (1989).

⁵⁵ Peralta, Luis *c/ Gobierno Nacional*, Fallos: 313: 1513 (1990).

⁵⁶ Siri, Ángel, Fallos: 239: 459 (1957).

⁵⁷ Outón, Carlos, Fallos: 267: 215 (1967).

⁵⁸ COMADIRA, JUAN R., *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada "cosa juzgada administrativa"*, Astrea, Buenos Aires, 1981.

⁵⁹ Mackinnon y Coelho S.A. *c/ Nación*, Fallos: 179: 89 (1937); Madalón, Andrés F., Fallos: 280: 200 (1964).

diferencia de las comunicaciones internas⁶⁰ (aspectos posteriormente reglamentados en el art. 11, LPA, y en el art. 103, RPA); se halla vedado omitir, en el procedimiento, una oportunidad para que el administrado sea oído y pruebe, de algún modo, los hechos que se creyeren conducentes⁶¹ (principio que hoy refleja el art. 1.9.f, LPA); cuando la ley permite optar entre el recurso administrativo y el judicial, la elección de uno excluye el ejercicio ulterior del otro⁶² (tal como hoy se prevé en materia de recurso de alzada, art. 95, RPA, con las modulaciones allí establecidas); son aplicables los plazos de gracia, que favorecen al administrado (art. 25, último párr., RPA); existe la función jurisdiccional-administrativa⁶³ (y hoy la consagra el art. 99, RPA); debe haber participación de los administrados en el procedimiento⁶⁴ (art. 1.a., *in fine*, LPA); entre otros supuestos.

En materia de decretos de necesidad y urgencia las exigencias pretorianas parecerían, de hecho, haber tendido un marco de sombra sobre una herramienta de la cual se habría hecho uso y abuso. La jurisprudencia de la era democrática inaugurada en 1983 proveyó una mirada laxa en cuanto a su convalidación en Peso⁶⁵ y Porcelli⁶⁶ —sobre Plan Austral— esperando la actuación del Congreso, y en Peralta⁶⁷ —sobre Plan Bonex— el Alto Tribunal esperó la inactividad congresional de un año: Posteriormente, la Corte Suprema ajustó sobremana su control en San Luis⁶⁸ —sobre pesificación—, morigerándolo con equidad en Bustos por directa incidencia del voto del Juez Zaffaroni⁶⁹. Más recientemente ha estado observando la hiperproducción de decretos de necesidad y urgencia por parte del Ejecutivo entre el 2003 y el 2007 y la jurisprudencia existente parecería haber generado una sana reacción del Poder Ejecutivo, a tal punto que dicho Poder, en su actual conformación, no ha dictado decreto de necesidad y urgencia alguno entre diciembre del 2007 y agosto del 2008, en llamativo *quietus*.

IV. Conclusiones, y alguna acotación adicional

Al inicio de este trabajo, nos preguntábamos acerca del significado de la juris-

⁶⁰ Carracedo Núñez, José Agustín *c/ Nación*, Fallos: 279: 215 (1971).

⁶¹ Provincia de Santiago del Estero *c/ Compagno, Enrique N.*, Fallos: 198: 78 (1944); Hijos de Domingo Parodi, S.R.L., Fallos: 229: 507 (1954).

⁶² Sociedad Stewart y Sealy *c/ Nación*, Fallos: 205: 17 (1946); en similar sentido, Roel y Cía., Fallos: 207: 90 (1947); Frigolide, S.R.L., Fallos: 236: 271 (1956).

⁶³ Fernández Arias, Elena, y otros: *c/ Poggio, José, suc.*, Fallos: 247: 646 (1960).

⁶⁴ Levi, José y otro, Fallos: 211: 922 (1948).

⁶⁵ Peso *c/ BCRA*, Fallos: 307: 2061 (1985).

⁶⁶ Porcelli *c/ Banco Nación*, Fallos: 312: 555 (1989).

⁶⁷ Peralta, Luis A., *c/ Gobierno Nacional*, Fallos: 313: 1513 (1990).

⁶⁸ San Luis, Provincia de *c/ Estado Nacional s/ acción de amparo*, Fallos: 326: 417 (2003).

⁶⁹ Bustos, Juan Carlos, Fallos: 326: 417 (2003).

prudencia como fuente del Derecho, y, especialmente, como fuente del Derecho administrativo, rama que se caracteriza por hallarse en permanente desarrollo productivo legislativo formal y, sobre todo, material. Para encarar estos interrogantes nos referimos a la jurisprudencia en sus efectos *hacia adentro* del Poder Judicial, y en sus efectos *hacia fuera* de dicho Poder.

La cuestión de si la jurisprudencia es una fuente del Derecho administrativo puede resolverse acudiendo a una conceptualización amplia: 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 supuesto, judiciales. Según los sistemas, la autoridad primaria tendría que ser la legislación (sistemas codificados), o la jurisprudencia (sistemas de precedente). Ahora, la jurisprudencia, en el ámbito del Derecho administrativo posee la curiosa virtualidad de teñir a un sistema nacido para ser codificado como el argentino, con una original impronta: un escaso nivel de codificación y abundante "legislación judicial", que reina en un sistema nacido para ser codificado, al estilo europeo-continental. Sería la jurisprudencia, por ende, la que nutre permanentemente la disciplina, sea inspirando la legislación a dictarse, o reglamentando o proveyendo los detalles que la codificación deja en manos de la discrecionalidad judicial.

Hacia *adentro* del Poder Judicial, la jurisprudencia se erige en una suerte de "diccionario de legislación" (sección II). Y hacia *afuera* del Poder Judicial, se opera un dinámico proceso por el cual las soluciones judiciales generan procesos jurídico-políticos que pueden culminar con la producción de específica legislación inspirada en esas soluciones, o bien con la construcción de limitaciones jurisprudenciales a respetar (sección III). De tal modo, la jurisprudencia genera reacciones dentro y fuera del Poder Judicial.

Por cierto, es innegable la función didáctica de los precedentes jurisprudenciales, mas sólo se posibilitaría su pleno empleo como fuentes en la medida en que se verifique su oportuna, íntegra y total publicación, se trate de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como, en lo que nos interesa, de los tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo. Un evidente esfuerzo está siendo realizado por el Máximo Tribunal argentino en lo relativo a la publicación, por la *web*, de sus propios fallos.

Por último, y a modo de acotación adicional, ¿resaltar el rol de la jurisprudencia como fuente, y, en especial, como fuente del Derecho administrativo implicaría el sometimiento a la discrecionalidad judicial? Puede considerarse infundado este temor.

Como sostuviera el Juez Cardozo,

"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, y subordinada a la necesidad primordial del orden en la vida social"*⁷⁰.

De tal modo, bien puede colegirse que el campo de discrecionalidad judicial que queda disponible no es tan ancho. En otras palabras, no es tan peligrosa la jurisprudencia como fuente, o como fuente del Derecho administrativo. Y aún cuando el respectivo resultado fuere desaconsejable, en la dinámica descrita, siempre quedan, a disposición, los procesos jurídico-políticos de formación y sanción de normas generales que podrían —llegado el caso— encorsetar o reencorsetar la discrecionalidad judicial.

⁷⁰ Benjamin. *The Nature of the Judicial Process*. Yale University Press, New Haven, 1921, p. 113.