

# Estado de Derecho y poderes discrecionales en Estados Unidos de América

## Rule of law and discretionary powers: United States of America

Juan Gustavo Corvalán\*

En el presente artículo detallo la evolución de los poderes discrecionales de la Administración Pública en Estados Unidos. A diferencia de lo que sucede en Francia o en Alemania, Estados Unidos se constituyó como Estado Constitucional Moderno. Por ello, la discrecionalidad nunca pudo concebirse como una actividad *completamente libre*, pues desde sus inicios el Poder Ejecutivo nació limitado por el derecho. No obstante, con posterioridad veremos que se terminó aceptando la existencia de ciertos poderes discrecionales, los que fueron aceptados bajo el ropaje de lo que los tribunales judiciales denominaron *doctrina de la deferencia* y que encuentra su máxima expresión el precedente *Chevron USA v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (467 U.S. 837, 1984).

**Palabras clave:** Historia del Derecho, Derecho Administrativo, Estado de Derecho, Poderes Discrecionales, Control Judicial.

In the present article I detailed the evolution of the discretionary powers of the Public Administration in the United States. As opposed to what happens in France or in Germany, the United States turned into a Modern Constitutional State. That is why discretion could never be taken as a *completely free* activity since from its beginnings the Executive Power was born with limitations by the law. However, we will later see that the existence of certain discretionary powers was accepted, under the protection of what courts called the *doctrine of judicial deference* which finds its maximum expression in *Chevron USA v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (467 U.S. 837, 1984).

**Keywords:** History of Law, Administrative Law, Rule of law, Discretionary Powers, Judicial Review.

RESUMEN / ABSTRACT

\* Abogado (UBA) y Doctor en Derecho (USAL). Profesor Adjunto (UBA). Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Presidente de Derecho para Innovar (DPI). Correo electrónico: juancorvalan@derecho.uba.ar

Recibido el 6 de mayo y aceptado el 8 de junio de 2015

## Introducción

En Estados Unidos la discrecionalidad nunca pudo concebirse como una actividad completamente libre, pues desde sus inicios el Poder Ejecutivo nació limitado por el derecho. No obstante, como veremos a lo largo de este capítulo, se terminó moldeando con la aceptación y el uso de los tribunales judiciales de la “doctrina de la deferencia”.

Locke<sup>1</sup> y Montesquieu proporcionaron a los norteamericanos las herramientas argumentales para presentar la separación de poderes como un principio fundamental. Sin embargo, la doctrina de la separación de poderes sería “atravesada” por la concepción de los frenos y contrapesos<sup>2</sup>. Por ello, a diferencia de Francia, Estados Unidos es desde sus inicios un Estado Constitucional en sentido moderno.

Sin embargo, para comprender la problemática de la discrecionalidad en Norteamérica, es preciso repasar brevemente el surgimiento histórico de su Estado.

En 1776 se dictó la Constitución de Virginia<sup>3</sup> (ratificada el 29 de junio de 1776) que concretó el surgimiento formal del constitucionalismo moderno<sup>4</sup>. Ese instrumento jurídico-político comenzaría a ocupar un rol

<sup>1</sup> Muñoz Machado, además de la influencia de Locke, destaca la de Puffendorf y J.J. Burlamaqui en los orígenes ideológicos de la revolución norteamericana. Ver MUÑOZ MACHADO 2009, 128.

<sup>2</sup> En 1770, un periódico de Boston publicaba que “los derechos y privilegios del pueblo habían cedido su lugar a un sistema de equilibrio (*checks and balances*)”. Ver DIPPEL 2009, 31 (con cita de Merrill Jensen, 170 y 171). Desde un sector doctrinal, los frenos y contrapesos de la Constitución americana suponían correcciones al absoluto monopolio de cada una de las funciones por el poder titular de las mismas, “[...] pero sin permitir que ningún poder pueda asumir más de una función”. Ver MUÑOZ MACHADO 2009, 141 y 142. Por otra parte, la doctrina prescindía *a priori*, de la tradición monárquica o aristocrática. Ver VILE 2007, 158. Por lo general se sostiene que los Estados que participaron en la Convención de Filadelfia y suscribieron la Constitución americana, incorporaron la mayoría de los principios e instituciones del sistema jurídico británico vigente durante la época colonial. Ver, por todos, CUCHILLO FOIX 1996, 94 y 95, y los autores americanos citados en nota 3. En nuestro país, se afirma que la Constitución de Filadelfia tenía, entre otras características esenciales, un sistema de separación de poderes con frenos y contrapesos. Ver GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO 2006, 16. Asimismo, los precitados autores entienden que Madison (cuya influencia fue decisiva en el derecho norteamericano) comprendió que no era suficiente establecer facultades limitadas de los poderes públicos, sino que resultaba también necesario crear incentivos para que cada poder se opusiera a las usurpaciones de los otros poderes. Madison, entonces, establecía una división parcial de funciones dentro de un sistema recíproco de controles. GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO 2006, 20.

<sup>3</sup> En el fallo *Immigration National Service v. Chadha* (462 US 919, 1983), la Corte trajo a colación el principio en los siguientes términos: “[...] el principio de separación no es tan solo una generalización abstracta en la mente de los constituyentes, sino que por el contrario se incluyó en el documento que redactaron en Filadelfia en el verano de 1787”. Ver BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 482 y 482, con cita del fallo *Buckley v. Valeo* (1976).

<sup>4</sup> Se sostiene en forma tajante que el constitucionalismo moderno nace el 12 de junio de 1776 con la promulgación de la “Declaración de Derechos de Virginia”. Ver DIPPEL 2009, 185.

central en la cuestión de la limitación del poder<sup>5</sup>. Veamos los principios básicos enunciados en la Declaración de Derechos de Virginia: 1) la soberanía del pueblo, 2) los principios universales, 3) los derechos del hombre, 4) el gobierno representativo, 5) la Constitución como ley suprema, 6) la separación de poderes, 7) el gobierno limitado, 8) la independencia e imparcialidad del Poder Judicial y 9) el derecho del pueblo a enmendar y revisar la Constitución<sup>6</sup>.

Estos principios darían surgimiento al constitucionalismo moderno en Norteamérica<sup>7</sup>, y claramente concibieron a un "Ejecutivo" (aunque se lo postulara como un poder fuerte e independiente<sup>8</sup>) en una posición diferente a la de otros países del derecho continental europeo<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Con la declaración de derechos de Virginia, por primera vez un texto constitucional se convertía en el fundamento y la base del gobierno. Ver DIPPEL 2009, 186. Tal como afirma LOWEINSTEIN: "Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo". El fundamento de su teoría constitucional radica en determinar si "...el poder [entre los diferentes sistemas políticos], a lo largo del proceso gubernamental, está atribuido a varios, en sí independientes, detentadores del poder, entre los cuales, por lo tanto, está distribuido para un común ejercicio del dominio, o si dicho poder del dominio está concentrado en un solo detentador del poder, que lo monopoliza" (Ver LOWEINSTEIN 1976, 29 y ss.).

<sup>6</sup> DIPPEL 2009, 186.

<sup>7</sup> En nuestro país, CASSAGNE afirma la influencia de MONTESQUIEU en el derecho norteamericano. Ver CASSAGNE 2007. En el derecho español, desde un sector de la doctrina se ha reconocido la influencia de Locke, Montesquieu y Rousseau en el ánimo de los constituyentes de Filadelfia; ver BOQUERA OLIVER 1963, 59. También es relevante destacar que CASSAGNE recientemente ha destacado la influencia de las concepciones políticas y principios jurídicos fundamentales del antiguo Derecho hispánico en las *Fundamental Orders* de la colonia de Connecticut de 1639, considerada como la primera expresión de los principios liberales y republicanos que se plasmaron luego en las constituciones de las demás colonias y distintos Estados "[...] cuya recepción culminó en la Constitución de 1787". Ver CASSAGNE 2009, 58 (con cita de RODRÍGUEZ VARELA, 234 y ss.). JELLINEK ha resaltado que la *Fundamental Orders* de Connecticut apareció bajo la forma de un contrato llevado a cabo entre los colonos. Ella fue la base de la carta que concedió a la colonia Carlos II, carta que fue confirmada por el pueblo en 1776 como Constitución del Estado libre y sustituida más tarde en 1818 mediante una nueva Constitución. Ver JELLINEK 2005, 636 y 637. Por el contrario, Tristán Bosch entendía que Montesquieu no influyó en la formación constitucional de los Estados Unidos. El autor argentino reconocía que esta opinión era contraria a lo que comúnmente sostenían los autores que se ocupan de esta materia. Por otra parte, consideró que la obra de Montesquieu se hizo popular en los Estados Unidos, y estos vieron en ella una conformación racional de sus ideas prácticas. En definitiva, la influencia de Montesquieu real fue ínfima aunque en sus lineamientos generales coincidió con los principios de organización estatal dados en la citada obra (Ver TRISTÁN BOSCH 1944, 148 a 150). A *posteriori*, el autor argentino se refirió en los siguientes términos respecto de la Constitución de Filadelfia: "se han hecho aplicación de los verdaderos principios" de la obra de Montesquieu, aun cuando el sistema se presentó más complejo y diverso en muchos otros sentidos (TRISTÁN BOSCH 1951, 165 y 166).

<sup>8</sup> Conforme el examen de la convención constituyente que redactó la Constitución de Filadelfia. Ver TRISTÁN BOSCH 1944, 158. La doctrina francesa entendía que la Constitución americana de 1787 establecía una separación rígida entre los poderes políticos y, en particular, entre el Ejecutivo y el Legislativo. Ver HAURIOU 1971, 239.

<sup>9</sup> Como bien ilustra Muñoz Machado, en América existía una desconfianza hacia el Legislativo y no del Ejecutivo. El primero tenía una tendencia más natural al abuso de su poder.

Tempranamente en Norteamérica se estructuró al Estado en tres ramas distintas y diferenciadas y se abolieron los Consejos del Gobernador que intervenían en todos los asuntos<sup>10</sup>. Aquí es donde se pretendió despojar a los gobernadores de los poderes "discrecionales" al eliminar el "derecho de veto"<sup>11</sup>, dejando como "único vestigio de poder discrecional"<sup>12</sup> al Poder Ejecutivo la tarea de conceder indultos.

En este esquema, se pretendió modificar el rol otorgado al Poder Ejecutivo: debía ser el encargado de poner en práctica las normas elaboradas por el Poder Legislativo. Se consagraba, así, el principio de vinculación positiva mediante el cual no podía ejercerse ningún poder que no estuviera definido por ley y, además, tampoco debía establecerse ninguna disposición aplicable a circunstancias no previstas en la ley<sup>13</sup>.

Estas razones, llevan a Vile a sostener que se eliminaba así:

"[...] de un plumazo el problema que suponía la existencia de un poder con facultades discrecionales en el seno del Estado, un asunto al que Locke había prestado gran atención, que Montesquieu había pasado por alto en gran medida, y que finalmente, en la atmósfera de exaltación democrática de los patriotas americanos, dejó simplemente de existir"<sup>14</sup>.

## I. El debate por los poderes discrecionales

Si bien por un lado se comenzaba a construir un sistema "sin poderes discrecionales" sustanciales, por otro se comenzaron a plantear sucesivos intentos para modificar las funciones propias de un "presidente ejecutivo"<sup>15</sup>. Se originó así una evidente necesidad de independencia

---

Ver MUÑOZ MACHADO 2009, 134. En tal sentido, el autor español describirá "Dos métodos para evitar el absolutismo legislativo". Ellos serían el Federalismo y la supremacía de la Constitución.

<sup>10</sup> La declaración de independencia de 1776 procura disminuir el poder del órgano ejecutivo, y en forma correlativa, el aumento de las facultades atribuidas al cuerpo legislativo. TRISTÁN BOSCH 1944, 135.

<sup>11</sup> La Corte Suprema de Estados Unidos hacia fines del siglo XX se pronunció en relación al derecho de veto en el precedente *Immigration National Service v. Chadha* (1983). Se analizó el principio de separación de poderes y, desde cierto sector de la doctrina española, se sostiene que "En pocas ocasiones el principio de separación de poderes ha sido tan detenidamente interpretado [...]". Ver BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 476, con cita del fallo publicado en 462 US 919. Entre otras cosas, en el fallo precitado se sostiene, con cita de Hamilton, que la primera ventaja de conferir el poder de veto al Ejecutivo es darle un arma para defenderse.

<sup>12</sup> VILE 2007, 150.

<sup>13</sup> VILE 2007, 150.

<sup>14</sup> VILE 2007, 150 y 151.

<sup>15</sup> Como bien destaca Vile, no se puede afirmar que estas manifestaciones reflejen con exactitud la realidad de todos los Estados integrantes del país norteamericano. No obs-

del Ejecutivo, que venía acompañada por un replanteo en cuanto a su supuesto rol de mero aplicador de la ley<sup>16</sup>.

Es decir, la dinámica del ejercicio de la función ejecutiva requería, en los hechos, *potestades discrecionales*<sup>17</sup> que no encajaban en el modelo teórico adoptado. Por tanto, se planteaba si “[...] aquel recurso seguía siendo necesario cuando, en vez de un rey, lo que había era simplemente un cargo ejecutivo”<sup>18</sup>. Más aún, la historia de la doctrina constitucional durante la década que transcurrió entre la Constitución de Georgia (1777) y la Constitución Federal consistió (en parte), en una búsqueda de bases teóricas para resolver “[...] el problema que planteaban los antiguos poderes discrecionales de la Corona”<sup>19</sup>.

En concreto, se discutió el poder de veto, el poder de firmar tratados o de declarar la guerra y la paz y, lo que se denominaba *impeachment* británico, que constituía una herramienta utilizada para controlar el poder del monarca.

En este contexto, 1779 y 1780<sup>20</sup> fueron años en donde se comenzó a gestar la reacción contra el sistema, planteándose considerar “aceptable” conceder a los gobernadores la posibilidad de vetar legislación con el fin de limitar el Poder Legislativo. No obstante, esta iniciativa no se concretó en el artículo XXX de la Constitución de Massachusetts de

---

tante, a nuestro entender, en cierta medida las manifestaciones de Vile evidencian un problema que, *a posteriori*, se abordaría principalmente por la nutrida jurisprudencia norteamericana emanada en el siglo pasado (Ver VILE 2007, 151). Tristán Bosch, por su parte, destacaba que, como contrapartida a un típico sistema judicialista, comenzaba a justificarse en norteamericana la delegación del ejercicio de las funciones jurisdiccionales en órganos del poder administrador.

<sup>16</sup> Hamilton sostenía que un buen gobierno presupone, como uno de sus elementos salientes, un Poder Ejecutivo con una energía esencial para proteger (entre otros) a la comunidad y para la firme administración de las leyes. Textualmente afirmaba: “Un Ejecutivo débil significa una ejecución débil del gobierno. Una ejecución débil no es sino otra manera de designar una ejecución mala; y un gobierno que ejecuta mal, sea lo que fuere en teoría, en la práctica tiene que resultar un mal gobierno”. Ver HAMILTON *et al.* 2010, 297.

<sup>17</sup> Textualmente argumenta Vile: “Los demás vestigios de poder discrecional presentaban dificultades similares. ¿Quién debía disponer del poder para nombrar a los cargos? La solución más frecuente entre los revolucionarios fue confiar esta tarea al cuerpo legislativo en la medida de lo posible, disminuyendo así la autoridad del gobernador; sin embargo, el considerar aquella capacidad como parte del Poder Legislativo tenía difícil justificación. Por otra parte, conceder este poder al gobernador podía darle la oportunidad de crear una red de relaciones e influencias que le convirtiera en algo más que un simple cargo ejecutivo, e incluso le permitiera aspirar a un poder semejante al que había obtenido la Corona en Inglaterra a través de aquellos dudosos métodos”. VILE 2007, 159.

<sup>18</sup> VILE 2007, 159.

<sup>19</sup> VILE 2007, 159.

<sup>20</sup> En el período 1780/1870 se consagró la “puesta en marcha” del Constitucionalismo. Ver BIANCHI 1999, 1056 y ss.

1780, cuya redacción resultaba, en lo que a nuestro ordenamiento importa, particularmente familiar.

Allí se afirmaba que: “En el gobierno de esta república, el departamento legislativo jamás ejercerá los poderes ejecutivo y judicial, ni ninguno de ellos por separado; el ejecutivo jamás ejercerá los poderes legislativo y judicial, ni ninguno de ellos por separado; y el judicial jamás ejercerá los poderes legislativo y ejecutivo, ni ninguno de ellos por separado, con el fin de que sean las leyes las que rijan este Estado [...]”<sup>21</sup>.

Desde esta plataforma compleja, que pretendía formalmente una separación drástica de los poderes, aparecieron dos elementos de vital importancia que “atravesarían” el organizacional del Estado y alterarían la relación rígida postulada hacia los tres grandes órganos. Nos referimos al control judicial de constitucionalidad (*judicial review*)<sup>22</sup> y a la admisión de las cuestiones no justiciables<sup>23</sup>.

La doctrina de la separación de poderes, por sí sola, no resultaba suficiente para justificar una doctrina del control judicial de constitucionalidad<sup>24</sup>. De hecho, desde cierta concepción, aquella doctrina se presentaba como incompatible con dicho control<sup>25</sup>.

En suma, en este período, la discusión en Norteamérica, a grandes rasgos, discurría por dos cuestiones esenciales que producían un quiebre o fisura en el desarrollo clásico o rígido de las funciones de los tres grandes órganos del Estado.

<sup>21</sup> VILE 2007, 166. En similar sentido, se referencia en GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 206.

<sup>22</sup> Los orígenes del control judicial de constitucionalidad pueden ser apreciados en BIANCHI 1999, 151 a 157. Como bien señala el precitado autor, en los comienzos del control de constitucionalidad deben ser identificados tres períodos distintos: a) desde la Independencia hasta la publicación del n° 78 de El Federalista de Alexander Hamilton; b) desde este hasta *Marbury*, y c) desde el fallo citado hasta la finalización de la Corte bajo Marshall. En el mismo sentido, BIANCHI 1999, 74 y nota 133. No debe perderse de vista que el denominado *judicial review* fue ampliamente debatido entre la élite revolucionaria, hasta el extremo de que en 1787 incluso la Convención constitucional acabó por rechazar la idea de que el Tribunal Supremo “pudiera declarar nula una ley inconstitucional”. Ver DIPPEL 2009, 73 a 80 y 299 a 301.

<sup>23</sup> Como bien señala Baeza, el *judicial review* fue una creación pretoriana al igual que la doctrina de las cuestiones políticas (*political questions*). Ver BAEZA 2004, 125.

<sup>24</sup> A lo largo del siglo XVIII, principalmente en los últimos treinta años, los tribunales norteamericanos dictaron diversas sentencias que reconocieron el principio de supremacía del ordenamiento constitucional. Ver BIANCHI 1999, 155 y 156, nota 85 (con cita de Linares Quintana, 258).

<sup>25</sup> VILE 2007, 176. En similar sentido, García de Enterría, trae a colación las palabras de Jefferson, quien afirmaba “[...] la opinión de que la Constitución ha dado a los jueces el derecho de decidir lo que es constitucional y lo que no lo es, no solo en su propia esfera de acción, sino también en las del Legislativo y el Ejecutivo, haría del Poder Judicial un poder despótico”. Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 203 y 204. En el mismo sentido, Kelsen sostuvo que el *judicial review* constituyó un: “[...] indudable quebrantamiento del principio de la separación de poderes”.

Por un lado, los diferentes poderes discrecionales (por ejemplo el poder de veto) y, por otro, el control de constitucionalidad<sup>26</sup>. Ambos requerían un desarrollo teórico que aportaría la doctrina del sistema de frenos y contrapesos como límite al uso impropio del poder.

Ahora bien, desde un plano normativo, el Consejo de Revisión previsto por la Constitución de Nueva York de 1777 y las revoluciones de los primeros tribunales de los Estados, contribuyeron a consagrar en la Convención Federal<sup>27</sup> el control de constitucionalidad<sup>28</sup>. Se atribuyó así de forma expresa la facultad de los jueces para dejar sin efecto todos los actos inconstitucionales<sup>29</sup>.

Paralelamente, la doctrina francesa calificaría a la Constitución americana de 1787 (al igual que la francesa del 3 de septiembre de 1791), como una separación rígida entre los diversos poderes<sup>30</sup>. Sin embargo, Hauriou reconocía que la separación total de poderes organizada por la Constitución de 1787, se vio atenuada en la práctica de dos maneras. Primero, porque se aumentó el papel del presidente de los Estados Unidos. Segundo, por “[...] haberse establecido un cierto ‘parlamentarismo de pasillos’, [ya que] los diversos secretarios o ministros toman contactos oficiosos pero eficaces con el Congreso”<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Para Vile, el control de constitucionalidad se justificaba, en parte, por el argumento de que la mera existencia de una Constitución hace que el cuerpo judicial tenga el deber de no aplicar las leyes que entren en conflicto con esta norma fundamental, circunstancia que no era receptuada por todos los países que tenían Constitución escrita. VILE 2007, 176. En nuestro país, con el rigor metodológico y la exhaustividad que lo caracteriza, Bianchi pone de relieve la génesis y evolución del control de constitucionalidad.

<sup>27</sup> La Convención concebía el modelo de separación de poderes combinado con el de los frenos y contrapesos.

<sup>28</sup> En sus orígenes, numerosos autores se levantaron contra el control de constitucionalidad, parafraseando a tales controles como “ligaduras de tela de araña para atar leones”. Fischer, citado por VILE 2007, 108, nota al pie n° 106. Alexander Bickel decía al respecto: “la menos peligrosa de las ramas del gobierno norteamericano es la más extraordinariamente poderosa corte de justicia que el mundo haya conocido. El poder que distingue a la Corte Suprema de los Estados Unidos es el control constitucional de los actos de los (sic) restantes ramas del gobierno federal y de los estados. Curiosamente, este poder de revisión judicial, como es llamado, no deriva de ningún mandato constitucional explícito. La autoridad para determinar el significado y aplicación de una Constitución escrita no está definida o mencionada en parte alguna del documento. Ello no significa que el poder de revisión judicial no tenga lugar en la Constitución o que no pueda ser encontrado en ella”. Desde cierto enfoque doctrinal argentino, se entiende que la interpretación de la separación de poderes y la creación de todos los frenos y contrapesos (así como la vigencia de la Constitución como norma jurídica inmediatamente invocable por los particulares) determinaron el control judicial de constitucionalidad. Ver GARCÍA-MANSILLA-RAMÍREZ CALVO 2006, 3.

<sup>29</sup> VILE 2007, 176 y 177.

<sup>30</sup> Ver HAURIU 1971, 772 y 774 a 777.

<sup>31</sup> HAURIU 1971, 241.

## II. La inmunidad judicial de las potestades discrecionales y de los actos políticos. A propósito de *Marbury v. Madison*

La doctrina que por lo general se ocupa de *Marbury v. Madison*<sup>32/33</sup>, pretende destacar la consolidación del control de constitucionalidad de las leyes<sup>34</sup>. Aunque este no es la única consecuencia relevante de la conocidísima sentencia. Veamos este caso en que se resolvió la inmunidad judicial de los actos discrecionales.

El 17 de febrero de 1801, a 24 años de la declaración de independencia y a 11 años de la sanción de la *Judiciary Act*, luego de una reñida elección presidencial que había culminado con un empate virtual, la Cámara de Representantes eligió a Thomas Jefferson como presidente de los Estados Unidos.

El 4 de febrero de ese año se designa a John Marshall como Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Marshall, antes de ocupar este cargo se desempeñó como Secretario de Estado de la Administración saliente, encabezada por John Quincy Adams.

Desde la elección de Jefferson hasta su asunción como presidente el 4 de marzo ocurrirían hechos trascendentes.

El presidente saliente –además de la designación de Marshall– dispuso tres medidas que originarían un fuerte enfrentamiento con el presidente entrante.

Por un lado, propuso la modificación de la *Judiciary Act* y redujo el número de jueces de la Corte Suprema de seis a cinco. La razón ofrecida públicamente fue que el sexto juez del alto tribunal, Cushing, estaba enfermo y no podía desempeñar su función. Pero era obvio que esa reducción le quitaba a Jefferson la posibilidad de, una vez, asumido su cargo, designar a un reemplazante. En el proyecto también se creaban

<sup>32</sup> En la lectura de Muñoz Machado, este caso era la continuación de una doctrina que ya había sido establecida incluso antes de la aprobación de la Constitución Federal a través de una serie de resoluciones de los Tribunales de los Estados en los que se anteponía la Constitución a las leyes. Cita a los precedentes *Commonwealth v. Caton* resuelto por la Corte de Apelación de Virginia en 1782; *Trevett v. Weeden* de 1786 del Tribunal Supremo de Rodhe Island; *Bayard v. Singleton* de 1787 resuelto por el Tribunal Supremo de Carolina del Norte. Ver, MUÑOZ MACHADO 2009, 137.

<sup>33</sup> Ver GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 181 y BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 93.

<sup>34</sup> En relación a este precedente, Lozano argumenta con acierto que constituye el primer pronunciamiento en que, aplicando las reglas de un sistema de revisión judicial, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de la ley de oficio porque la ley ampliaba la competencia de la Corte originaria que había sido establecida exclusivamente por la Constitución. Ver LOZANO, 19 y nota 3, con cita del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Electrometalúrgica Andina c/Provincia de San Juan* (Fallos, 302:150). En este último precedente, sin pedido de parte legitimada, nuestro máximo tribunal federal declaró que su jurisdicción no podía ser extendida por ley a controversias que no reuniesen las condiciones de un caso justiciable.

16 cargos de jueces de circuito. Esta propuesta fue aprobada por el Congreso el 13 de febrero.

Por otro lado, envió un nuevo proyecto referido a la Carta Orgánica del Distrito de Columbia. En ese proyecto se creaban juzgados de paz para el distrito, unidades que estarían a cargo de jueces que se desempeñarían por 5 años en el puesto. El Congreso aprobó la ley el 27 de febrero y autorizó al presidente a designar los magistrados para ocupar esos puestos.

El 2 de marzo, es decir, un día antes de que Jefferson asumiera el cargo de presidente, Adams propuso a 42 personas para cubrir esos cargos y al día siguiente el Senado prestó acuerdo. Rápidamente, Adams firmó todas las designaciones y comenzó a notificar a cuantos jueces se pudiera. Se trabajó durante toda la noche corriendo con esas diligencias pero, a causa de la cantidad de nombramientos, los correspondientes a *Marbury* y sus tres *lites consortes* quedaron sin ser formalmente comunicados a sus destinatarios. El oficial notificador era James Marshall, hermano del nuevo presidente de la Corte, y simultáneamente, secretario de Estado.

Una vez que Jefferson asumió, ordenó a su secretario de Estado, William Madison, que retuviera las designaciones pendientes.

En ese contexto, *Marbury* y otros, que también contaban con acuerdo del Senado, solicitaron al Secretario de Estado que se les notificaran sus designaciones. Pero Madison nunca lo hizo. Ante el silencio de Madison, los cuatro perjudicados iniciaron demanda ante la Corte Suprema, invocando su competencia originaria y solicitándole que ordenara a Madison, a través del *writ of mandamus*, que los pusiera en funciones.

El tribunal solicitó al demandado que informara sobre la exactitud del reclamo y, eventualmente, las causas por las cuales habían retenido esas notificaciones. Madison nunca respondió.

Por una ley del Congreso de 1802 se impidió que la Corte resolviera, aboliendo el inicio de los períodos de reuniones de la misma. De allí que la decisión se conociera dos años después de iniciada la causa en 1803<sup>35</sup>.

Finalmente, la Corte decide que la ley invocada por *Marbury* para surtir competencia originaria del Tribunal era inconstitucional, lo que la privaba de la jurisdicción del caso. Hasta aquí los hechos relevantes del caso.

<sup>35</sup> La referencia histórica que hasta aquí se presentó es una reproducción de la realizada por GARAY 2009, 121-136.

Esta sentencia, a la vez, cambia radicalmente el estilo judicial imperante hasta entonces, pues se establece lo que se conoce hasta hoy en día como la "Opinión de la Corte" (*Opiniun of the Court*).

Ahora bien, con relación a la comprensión de los poderes discrecionales de la Administración, este fallo resulta de particular importancia para su comprensión, puesto que consagró, de modo expreso, las siguientes categorías<sup>36</sup>:

- 1) La "doctrina de las cuestiones políticas"<sup>37</sup> o de los actos políticos;
- 2) La inmunidad judicial de los actos discrecionales<sup>38</sup>.

Sin embargo, las *Political questions* y los actos discrecionales constituyeron categorías asimilables *ab initio*<sup>39</sup>. Como bien ilustra Tocqueville, los norteamericanos reconocieron a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes: "...un derecho semejante ha sido algunas veces solicitado por los tribunales de otros países; pero no se les ha concedido nunca. En los Estados Unidos de América, es reconocido por todos los poderes [...]"<sup>40</sup>.

#### 1. Los aspectos más relevantes del caso Marbury

En concreto, la Corte Suprema decidió declarar inconstitucional la Sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789<sup>41</sup>. Así, a la tercera pregunta del

<sup>36</sup> Para entender todas las circunstancias y los hechos relevantes del caso, remitimos al lector a BIANCHI 2008, 72 a 92; asimismo, ver BAEZA 2004, 76 a 80. En el derecho español, ver la introducción y la traducción del fallo en BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 93 a 121. Para SAGÜEZ, María Sofía, este fallo constituye el primer "salto cualitativo" en el desarrollo de la jurisdicción constitucional en los Estados Unidos de América. Sostiene así que "Tras este primer salto cualitativo en cuanto a la función de la Corte Suprema y del Poder Judicial Federal como órganos de constitucionalidad, la Corte continúa perfilando, a través de una vasta jurisprudencia, los límites y paradigmas de un sistema difuso de control de constitucionalidad". Ver SAGÜÉS 2004, 200 y 201 (con cita de Tribe, 25 y Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet, 1 y ss., especialmente 84 a 126).

<sup>37</sup> John Marshall, Presidente de la Corte Suprema, escribió: "En virtud de la Constitución de los Estados Unidos, el Presidente posee ciertas facultades políticas importantes, en el ejercicio de las cuales debe hacer uso de su propia discreción, y por las cuales es, en su carácter político, responsable solo ante su país y ante su propia conciencia [...] Los asuntos son políticos. Al haber sido confiados al Poder Ejecutivo, la decisión de este es definitiva. Las cuestiones que, en su naturaleza política, o que en virtud de la Constitución o de otras leyes, estén reservadas al Poder Ejecutivo nunca podrán ser entendidas por este tribunal".

<sup>38</sup> García de Enterría, tempranamente advirtió la incidencia de este precedente en la materia contencioso-administrativa. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 181 a 183. En el mismo sentido: BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 98.

<sup>39</sup> Ver MUÑOZ MACHADO 2009, 144.

<sup>40</sup> TOCQUEVILLE 2009, 107.

<sup>41</sup> Coincidimos con Bianchi en cuanto a que la Corte pudo haber rechazado el *writ of mandamus* (orden judicial dirigida a un funcionario, para que cumpla tareas específicas determinadas por ley. Es una acción o remedio extraordinario, que se requiere en forma

ponente del fallo (el juez Marshall), en cuanto a si ¿dicho remedio debe ser una orden (mandamiento) emanada de la Corte?, el Tribunal respondió negativamente, declarando la inconstitucionalidad de la sección 13 precitada<sup>42</sup>.

No obstante, el *poder discrecional* en el fallo<sup>43</sup> es concebido, en primer término, al desarrollar la respuesta a la primera pregunta<sup>44</sup>. Se consagró dicho poder de designación de las autoridades inferiores de los Estados Unidos<sup>45</sup> cuando el Congreso lo autorizaba por ley. Se resolvió entonces que: "Cuando se trata de un funcionario *no revocable discrecionalmente*, es necesario fijar una fecha a partir de la cual cesan los poderes que sobre él tiene el Gobierno o la autoridad que lo nombró"<sup>46</sup> (el destacado es nuestro).

Asimismo, se destacó que: "En el caso de los funcionarios que pueden ser cesados discrecionalmente por el Gobierno, las circunstancias y requisitos que se refieren a su nombramiento no son relevantes, ya que el nombramiento es en cualquier momento revocable [...]"<sup>47</sup>. "La discrecionalidad del Gobierno se puede ejercitar hasta el momento en que el nombramiento ha sido efectuado"<sup>48</sup>.

Al abordar la segunda cuestión, que se relacionaba con el interrogante acerca de si al Sr. Marbury ¿le proporcionan las normas un recurso adecuado?, la Corte entre otras cuestiones trajo a colación el "acto político" en los siguientes términos: "¿La negativa a notificar o a expedir el acta de nombramiento puede considerarse un acto puramente político, que pertenece en exclusiva al Gobierno [...]? [...] de ser así [...] el interesado no tendría ningún recurso posible, al margen de la entidad o gravedad de su perjuicio. No se puede dudar de que estos casos existan. Pero no podemos admitir que cada acto obligatorio o

---

inmediata y presupone la existencia de daños irreparables) por error en el planteo procesal, en vez de realizar una declaración de inconstitucionalidad por entender que no era competente para emitir el *writ of mandamus*. Ver BIANCHI 1999, 174.

<sup>42</sup> Ver BIANCHI 2008, 163 y 164.

<sup>43</sup> Los extractos del fallo que citamos se han extraído de la traducción del mismo efectuada por BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 99 a 121. Estos autores citan al fallo publicado en 5 US (1 *Cranch*) 137.

<sup>44</sup> La pregunta se formulaba del siguiente modo "1° ¿Tiene el demandante derecho a que se le expida el nombramiento que reclama?"

<sup>45</sup> "[...] la sección 2ª del artículo II de la Constitución autoriza al Congreso, por ley, a atribuir al Presidente, a los Tribunales de Justicia o a los jefes de los Departamentos ministeriales un poder discrecional de designación de las autoridades inferiores de los Estados Unidos [...]". BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 102.

<sup>46</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 103.

<sup>47</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 107.

<sup>48</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 108.

vinculante que deba ser realizado por los Ministerios represente uno de tales actos políticos<sup>49</sup>.

Con posterioridad, y desde una perspectiva similar al derecho francés, la Corte entendió que resultaba necesario determinar “[...] si un acto del Gobierno o de un Ministerio puede ser enjuiciado por un Tribunal *depende de la naturaleza del acto de que se trate*. Si algunos actos son revisables y otros no lo son, entonces debe existir *alguna regla de Derecho* para guiar al Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción<sup>50</sup> (el destacado nos pertenece).

La Constitución de los Estados Unidos, señalaba el fallo de la Corte, “[...] confiere al Presidente ciertos poderes políticos importantes, en ejercicio de los cuales *puede utilizar su propia discrecionalidad, respondiendo ante su país únicamente desde el punto de vista político y, asimismo, ante su conciencia*” (el destacado es nuestro). Si los funcionarios que auxilian al presidente, actúan por la “autoridad conferida y de conformidad con sus órdenes”, entonces, los actos de aquellos serían también actos del Presidente. Ambos actos, en esta inteligencia, eran concebidos como: “[...] *poderes discrecionales [...] que no están sometidos a ningún tipo de control. Las materias sobre las que versan son de naturaleza política*. Son poderes que conciernen a la nación, no a los derechos individuales, y desde el momento en que están confiados al Gobierno, la decisión que adopten es definitiva<sup>51</sup>(el destacado no es del original).

Esto es reiterado luego cuando el Tribunal concluyó que: “[...] cuando los responsables de los departamentos ministeriales actúan como agentes políticos y los miembros del poder ejecutivo ejecutan la voluntad del Presidente, o están llamados a actuar en aquellos casos en los cuales el Gobierno posee un poder discrecional otorgado por la Constitución o las leyes, es evidente que en tales casos sus actos son fiscalizables solo políticamente<sup>52</sup>.

Cuando la Corte abordó la tercera cuestión (respecto de si el recurrente tenía derecho a obtener el pronunciamiento que pide), al analizar la naturaleza de la reparación que solicitara Marbury (punto a), con cita de Blackstone (respecto de la definición del *mandamus*) afirmó:

<sup>49</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 109 y 110.

<sup>50</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 111.

<sup>51</sup> Y continúa: “La aplicación de este principio se percibe perfectamente analizando la Ley del Congreso por la que se crea el Departamento de Asuntos Extranjeros. Es obligación del titular del Departamento cumplir con sus funciones de acuerdo con la voluntad del Presidente. Es un mero órgano por el cual tal voluntad se exterioriza. Los actos de este funcionario no pueden ser examinados por los Tribunales”. Ver BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 111.

<sup>52</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 112.

“El papel de este Tribunal es únicamente pronunciarse sobre los derechos de los individuos, y no plantearse la manera en la cual [el] (sic) Gobierno y sus funcionarios llevan a cabo las funciones para las cuales son depositarios de un poder discrecional. Los asuntos políticos por naturaleza, o que la Constitución y las leyes colocan bajo la autoridad del Gobierno, no pueden ser discutidos ante este Tribunal”<sup>53</sup>.

En suma, en *Marbury v. Madison* se configuró claramente en una especie de relación de “mandato” entre el Presidente y los funcionarios que configuraba el poder discrecional de estos cuando actuaran en “nombre” y a “cuenta” de la voluntad del “gobierno”. Esta circunstancia se perfiló claramente cuando la Corte afirmó que si un funcionario “[...] actúa ejercitando sus poderes discrecionales, cuando es un mero órgano de la voluntad del Gobierno, cualquier intento de un Tribunal de censurar su conducta podría ser rechazado sin el menor problema”<sup>54</sup>.

Ahora bien, no obstante en *Marbury v. Madison* se trató por primera vez la doctrina de las cuestiones políticas, como bien afirma Chemerinsky, la Corte propuso una definición bastante reducida de dicha expresión.

En efecto, solo incluía asuntos en los que el presidente contaba con discreción ilimitada y, por lo tanto, no contemplaba violaciones constitucionales. Por ejemplo, el presidente podía escoger entre firmar o vetar un proyecto de ley o decidir a quién designar en caso de existir una vacante en el Poder Judicial Federal. En suma, la Constitución confería al presidente facultades plenas en estas áreas, y no se configuraban fundamentos para entablar una demanda por violación de la Constitución a pesar de la conducta del presidente. Pero si existía una demanda por algún otro tipo de violación de derechos individuales y si el demandante poseía legitimación activa, dicha acción no planteaba una cuestión política en virtud de lo establecido en *Marbury v. Madison*<sup>55</sup>.

### III. El tránsito hacia la consagración normativa del control de la discrecionalidad administrativa. El surgimiento de la doctrina de la deferencia y la evolución de la distinción entre “política” y “administración”

Hacia 1816, Jefferson comenzaba a rechazar el sistema de frenos y contrapesos, para inclinarse por la doctrina pura de la separación de poded-

<sup>53</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 113.

<sup>54</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 114.

<sup>55</sup> CHERMERINSKY, 144 y 145 y nota 7. En esta nota el autor aclara: “[...] nótese el efecto de la clasificación de *Marbury*: la legitimación es tan solo el anverso de las cuestiones políticas. Si un demandante alega que un derecho individual ha sido socavado, la acción, por definición, no implica una cuestión política”.

res. Esta afirmación se sustentaba en la "antipatía hacia el poder ejecutivo y el respeto de las aspiraciones del Tribunal Supremo de lograr la supremacía judicial sobre otras ramas del Estado". Como solución al problema de los controles, se inclinaría por el control popular sobre los órganos del Estado.

Cabe destacarse que la Constitución de Filadelfia introdujo la idea de supremacía constitucional, al producir la diferenciación entre "normas constitucionales" y las "legislativas ordinarias", estableciendo entre ellas una vinculación jerárquica bajo la vigilancia de los tribunales.

A la vez, tomando los aportes doctrinarios de Wilson y Madison, el poder de veto del Ejecutivo y el control de constitucionalidad tendrían por objeto que el Legislativo respetara la autoridad del pueblo. En este contexto, los "jeffersonianos" comenzaron a levantarse contra los avances de la Constitución Federal, argumentando que se pretendía introducir a los Estados Unidos los conceptos de monarquía y aristocracia (elementos que estaban presentes en la Constitución inglesa).

De aquí deviene el origen del argumento "contramayoritario" que sería vertido por Jefferson en su crítica a la Constitución de Virginia hacia 1816: "ni los Gobernadores ni los jueces era elegidos por la votación popular"<sup>56</sup>.

A su turno, John Mayor (miembro del Senado de Estados Unidos y "jeffersoniano") concibió una teoría política sistemática que, entre muchas otras cuestiones, apuntaba a otorgar a cada uno de los departamentos del Estado la porción de poder necesaria para el cumplimiento de las funciones que les fueran propias, asegurando la dependencia de todos ellos respecto de la nación. En la concepción de Taylor, a diferencia de Inglaterra y Francia, en Estados Unidos no era necesario que el jefe del Ejecutivo tuviera "prerrogativas o elementos de poder discrecional", ya que con ello se abriría la posibilidad de recrear el sistema monárquico.

En concreto, este autor criticaba la concesión de poderes discretos al presidente, "especialmente el poder para designar altos cargos, las competencias en el terreno militar y diplomático y el poder para nombrar jueces". También, recurrió al argumento contramayoritario para rechazar el control judicial de constitucionalidad, tal como había ocurrido en Francia.

Como colorario, en este período, la influencia de la filosofía de Jefferson determinaba que los cargos ejecutivos y judiciales pasaran a

---

<sup>56</sup> Creemos importante destacar que aquí encontramos un punto de convergencia con la postura que Sieyès mantuvo en Francia hacia 1789: ambos rechazaban en forma absoluta el sistema de frenos y contrapesos.

convertirse en cargos electivos. Sobre esa base, y al ser los tres poderes públicos directamente dependientes del electorado, se produjo una paralización de la acción de Gobierno. Esta circunstancia sustentó, al menos en parte, las fuertes críticas vertidas durante la “era progresista” de finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

Más aún, la doctrina francesa señalaba a Taylor como uno de los primeros en afirmar la posibilidad de fundar la gestión de las empresas sobre principios científicos.

En este escenario, la Corte Suprema norteamericana, 16 años después (en 1819) de haberse pronunciado en *Madison v. Marbury*, resaltaba en *McCulloch v. Maryland* una distinción entre los poderes “principales, esenciales, sustanciales y autónomos”. Estos poderes, entre otros, representaban la declaración de guerra, la recaudación de impuestos y la regulación del comercio. Al lado de estos, había otros denominados “instrumentales, secundarios, inferiores” que constituían la puesta en práctica de aquellos.

A partir del caso *MacCulloch*, como bien sostiene Barra, el principio o la regla de la “deferencia” a favor del legislador o del administrador es casi tan antiguo como la construcción de la revisión judicial de constitucionalidad<sup>57</sup>. Y esta deferencia que cristalizó un cambio de paradigma en relación al modelo originariamente adoptado<sup>58</sup>, en última instancia, se justificó a partir del principio de división de poderes<sup>59</sup>.

Ahora bien, pese a que este último fallo no trasuntó de modo expreso por la precitada línea argumental, sí se hallaba implícita la distinción entre “Gobierno y Administración” tal como el mismo tribunal se ocupó de referenciar<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Ver BARRA 2002, 607, nota 42. Sin embargo, desde un sector de la doctrina española se considera a J. B. Thayer como el precursor de la doctrina de la deferencia a raíz de un artículo que publicó en la *Harvard Law Review* en 1893. Ver MUÑOZ MACHADO 2009, 501.

<sup>58</sup> García de Enterría sostiene con “cierto asombro” que, tras la espectacular y ejemplar afirmación histórica de la jurisdicción del Tribunal Supremo sobre las leyes, se admitía que las “zorras cuiden las casas de las gallinas”. Esta ejemplificación burda, es referenciada por el autor español al citar la obra de Sunstein. Así, destacaba que: “Un principio cardinal del constitucionalismo americano es que aquellos que están limitados por el Derecho no tienen el poder de decidir sobre el sentido de tal limitación: las zorras no pueden guardar las casas de las gallinas. La regla de Chevron rompe este principio al permitir a las Agencias interpretar el Derecho que limita y controla su autoridad. La necesidad de un árbitro judicial independiente es aquí especialmente urgente”. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 203 (con cita de Sunstein 1990, 224).

<sup>59</sup> Textualmente afirma GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 203: “El peso singular del principio de la división de poderes como fundamento de la doctrina de la deferencia es claro; es verdaderamente, su justificación esencial y última”.

<sup>60</sup> Durante las décadas de 1840 y 1850, la teoría de la separación de poderes y la de los frenos y contrapesos habían perdido el vigor ideológico que las había caracterizado en el pasado. Sin embargo, al finalizar la guerra de Secesión, la Constitución formal de los Es-

Posteriormente en *Decatur v. Paulding* (1840), se admitió que el Poder Judicial federal solo estaba capacitado para interferir en las decisiones del Ejecutivo, en base a lo expresamente establecido por el Congreso (*statutory review*). Es decir, se matizaba fuertemente la línea trazada en *Marbury*.

Por diversas razones que no cabe profundizar, la Guerra de Secesión significó un punto de inflexión en el pensamiento político estadounidense. Se generó un cambio de actitud popular hacia la libertad y respecto del papel que el Estado debía cumplir en la sociedad. Se hizo necesario elaborar un nuevo esquema teórico que rechazara las teorías "simplistas" de los anteriores constitucionalistas liberales.

En este nuevo escenario se requería un sistema de gobierno que diera expresión a las crecientes demandas de acción estatal; uno en el que la unión o "armonía" de los poderes del Estado fuera un factor tan importante como su separación. A este factor, se adicionó la influencia de la Europa continental (principalmente de Francia y Alemania) en lo que se refería al crecimiento del derecho administrativo. Se perfilaban nuevos desarrollos institucionales y un interés creciente por la reforma de la Administración y la simplificación burocrática.

Si bien estas razones no provocaron que se rechace en forma indiscriminada la doctrina de la separación de poderes, sí se comenzó a rechazar la versión "pura" de la separación, por considerarla "indefendible intelectualmente e imposible de aplicar en la práctica"<sup>61</sup>.

Esta situación puede evidenciarse de forma nítida en los argumentos de Wilson. Este autor tenía especial interés en la realidad inglesa<sup>62</sup>. Entre otras cuestiones, entendía que el gobierno de gabinete se presentaba como una forma de acercar las ramas ejecutiva y legislativa en una relación de cooperación y armonía, sin unir ni confundir sus funciones<sup>63</sup> ni tampoco escindir las en forma tajante.

Para Wilson, el sistema estadounidense concebía un sistema de separación y equilibrio de poderes que producía, en la práctica, concentración y confusión de todos los poderes del Congreso. Desde aquí postuló que resultaba adecuado un sistema de gobierno de gabinete

---

tados Unidos continuó plasmando la combinación de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos que se había diseñado en 1787.

<sup>61</sup> VILE 2007, 297. Tampoco se podría sostener que los reformistas estadounidenses estaban totalmente alejados de la separación de los poderes. Véase, D. WALDO 1948, 105, citado por VILE, 297.

<sup>62</sup> El análisis de Wilson sobre el Gobierno de la Gran Bretaña ocupa una parte importante de su obra. Ver WILSON 1943, 351 a 412, párrafos 832 a 1.031.

<sup>63</sup> VILE 2007, 300.

que asegurase que las funciones del Estado se mantuvieran separadas<sup>64</sup> y coordinadas al mismo tiempo<sup>65</sup>. En definitiva, pretendía “ablandar” la línea p etra que existía entre el Poder Ejecutivo y Legislativo<sup>66</sup>.

#### IV. La consolidación del control jurisdiccional de la administración. A propósito del *New Deal*

Tras el desarrollo de una tendencia a rechazar el enjuiciamiento de las decisiones, actuaciones y omisiones administrativas, en ausencia de previsión legislativa expresa<sup>67</sup>, la Corte Suprema norteamericana resolvió el caso *School of Magnetic Healing v. MacAnnulty* (1902)<sup>68</sup>. Desde cierto sector doctrinario, se afirma que esta decisión marcó un giro muy significativo en la posición jurisprudencial<sup>69</sup>. Así, se argumenta que la asignación de potestades administrativas:

“[...] no siempre y necesariamente excluye la jurisdicción de los tribunales para otorgar protección a la parte perjudicada [...] Los actos de todos los funcionarios han de estar justificados por alguna ley y en el caso de que un funcionario viole la ley en perjuicio de una particular, generalmente los tribunales tienen competencia para proporcionar una reparación o compensación”<sup>70</sup>.

En definitiva, a través de este precedente se desarrolló la jurisprudencia a favor del control de los actos de la Administración<sup>71</sup>, circuns-

<sup>64</sup> Wilson era crítico con el sistema norteamericano. Así, afirmaba que “Las relaciones existentes entre el ejecutivo y el legislativo, influyen también sobre todas las demás cuestiones administrativas (...) en Inglaterra tenemos una verdadera y completa dirección de los ministros en la legislación, uniéndose a tal dirección una plena responsabilidad (...) En nuestro sistema tenemos aislamiento, más irresponsabilidad –la irresponsabilidad resulta del aislamiento–. Y de ahí el punto principal en que difiere nuestro gobierno de todos los demás del mundo. Otros ejecutivos dirigen: el nuestro obedece”. Ver WILSON 1943, 524, párrafo 1.386.

<sup>65</sup> Afirmaba textualmente Wilson: “Las relaciones entre la administración, que es la rama que ejecuta las leyes, y la legislatura, rama que las hace, entrañan la esencia de un sistema de gobierno. Legislación y administración deben marchar mano a mano bajo un sistema bien dividido. La ley debe recibir la consagración de su prudencia y posibilidad, de manos de la administración, y esta debe tomar su fuerza y su política de la legislación. Sin legislación la administración resultará coja, y sin administración la legislación no tendrá efecto [...] Una inteligencia perfecta entre el ejecutivo y el legislativo es, por lo tanto, indispensable, y esta inteligencia no puede existir sin el establecimiento de relaciones de plena confianza e intimidad entre las dos ramas”. Ver WILSON 1943, 523, párrafo 1.384.

<sup>66</sup> VILE 2007, 300.

<sup>67</sup> Como apuntamos al destacar el fallo *Decatur v. Paulding* en 1840, 14 Pet. 497, US 1840, citado en CUCHILLO FOIX, 93.

<sup>68</sup> 187 US 94, 96, 1902, citado en CUCHILLO FOIX 1996, 104 y 105.

<sup>69</sup> CUCHILLO FOIX 1996, 105.

<sup>70</sup> CUCHILLO FOIX 1996, 105.

<sup>71</sup> Ver MUÑOZ MACHADO 2009, 144.

tancia que continuó consolidándose en *Riverside Oil Co. v. Hitchcock* (1903)<sup>72</sup> y en *Geogio v. Uhl* (1915)<sup>73</sup>.

Hacia los albores de la Primera Guerra Mundial, se perfilaban los embates del movimiento progresista contra la Constitución. Esencialmente, se dirigían hacia dos objetivos principales:

1) Concretar la responsabilidad de las partes del Estado ante el pueblo mediante los mecanismos de democracia directa;

2) Obtener una relación armoniosa y efectiva entre las ramas del Estado.

Como exponente de relevancia del progresismo, hallamos a Croly, quien, hacia 1915, se empeñaba en fortalecer el Poder Ejecutivo y el Legislativo haciéndolos directamente responsables ante el pueblo. Croly reformuló la separación de poderes. Los funcionarios responsables de llevar adelante los cometidos de los tres principales departamentos del Estado, debían especializarse, controlarse y sostener un sistema de equilibrio. En este aspecto, desarrollaba una fórmula casi idéntica a la expuesta por Sieyès en 1795<sup>74</sup>.

En síntesis, la campaña progresista que se encaminaba a “acabar con la corrupción en los servicios públicos estadounidenses”, terminó por derivar (entre otros factores) en que se exija la separación de estos servicios de la “política”. Aquí es donde se produjo la influencia inglesa y se postuló que la rama ejecutiva del Estado dejara de ser un “mero Ejecutivo” para convertirse en un Gobierno al estilo inglés, con influencia e incluso predominio en el diseño de políticas estatales.

Es decir, se concretó en este esquema la división funcional entre la “política” y la “Administración” que se desarrolló luego a partir de las premisas de la imparcialidad y eficiencia.

La Administración se presentaba como un campo de actividades alejado de las prisas y conflictos de la política. Formaba parte de la vida política solo en la medida en que la maquinaria de una fábrica formaba parte del producto “manufacturado”. Los políticos determinaban las tareas que había de llevar a cabo la Administración. Sin embargo, tras determinarlas, no debían inmiscuirse en su desarrollo. Los “políticos”, en esta interpretación, no debían tener la posibilidad de manipular los cometidos de la Administración<sup>75</sup>.

La postura de Wilson, en este aspecto, resultaba paradójica: se presentaba como un detractor de la separación de poderes y, no obs-

<sup>72</sup> 190 US 316 (1903), citado por CUCHILLO FOIX 1996, 105.

<sup>73</sup> 239 US 3 (1915), citado por CUCHILLO FOIX 1996, 105.

<sup>74</sup> VILE 2007, 306.

<sup>75</sup> Ver WILSON, citado por VILE 2007, 309.

tante, aplicaba las viejas ideas de un modo sutilmente diferente en un contexto "ligeramente" distinto pero con fines análogos<sup>76</sup>. Desde la óptica de Vile, la distinción entre las funciones del Estado, esbozada por la doctrina estadounidense<sup>77</sup>, no podía trazar (al menos de forma adecuada) las líneas precisas entre la política y Administración.

Así, la política debía supervisar la puesta en ejecución de la voluntad del Estado y debía controlar a la Administración; no obstante, no podía excederse de los límites necesarios. En consecuencia, el administrador debía gozar del mismo grado de independencia que los jueces<sup>78</sup>. Surge entonces el intento por delimitar un área "propia" de la Administración tanto en términos institucionales como en el área conceptual de las funciones del Estado. Esto, sin más, era una forma o un modo de concebir la separación de poderes<sup>79</sup>.

Goodnow intentó resolver la dificultad acudiendo a las áreas de la acción estatal que debían ser ajenas a la política (ámbitos de acción de carácter semicientífico, cuasijudicial, cuasiempresarial). Por tanto, la función de establecer, preservar y desarrollar la organización del Estado, debían estar protegidas de las intromisiones de las ramas políticas<sup>80</sup>.

Durante las cinco décadas entre la Guerra de Secesión y la Primera Guerra Mundial, se concretó en los Estados Unidos un debate de la teoría constitucional de gran envergadura. Entre otros factores, la doctrina comenzó a defender el "proceso administrativo" como un sistema eficaz y responsable que nacía por la incapacidad derivada del sistema tripartito. Aquí es donde aparece el "margen" que requería el proceso para lograr los cometidos que tutelaba. No obstante, en este país todavía se mantenía un apego muy grande respecto de las ideas de la separación de poderes<sup>81</sup>.

En la concepción de Vile, la doctrina de la separación de poderes en el siglo XIX, comenzaba a dejar de tener trascendencia. Desde esta óptica se cristalizaba un traslado en el foco de atención: desde las "funciones" hacia los "procesos". Así, el eje se trasladaba así desde lo "formal" o "teórico", hacia lo "real" o "práctico". La organización del Estado pasaba a ser un asunto de política práctica y no de argumentos abstractos.

<sup>76</sup> VILE 2007, 309.

<sup>77</sup> Como exponente se puede referenciar a Goodnow, citado por VILE 2007, 311.

<sup>78</sup> Goodnow, citado por VILE 2007, 311.

<sup>79</sup> Como exponente se puede referenciar a Goodnow, citado por VILE 2007, 311.

<sup>80</sup> VILE 2007, 312.

<sup>81</sup> VILE 2007, 316.

A la vez, la Corte Suprema norteamericana pretendía abordar el problema de las funciones “propias” de cada rama del Estado, circunstancia que pondría de relieve las dificultades del constitucionalismo y la resistencia que presentaba la doctrina de la separación de poderes<sup>82</sup>.

#### V. De la inmunidad judicial a la limitación de las potestades discrecionales. A propósito de *Humphrey's Executor v. United States*<sup>83</sup> (1935)

En la segunda mitad de la década de 1920, la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció en relación a la separación de los poderes y su vinculación con los poderes discrecionales en los casos *Myers v. United States*<sup>84</sup> y *J. W. Hampton Jr. & Co. v. United States*<sup>85</sup>.

Luego, en 1935 con la resolución del caso *Humphrey's*, se volvió sobre una cuestión que había sido tratada en *Myers*: la potestad “libre” y “discrecional” para remover funcionarios por parte del presidente. En *Myers* se sentó el principio según el cual, si el presidente es el responsable de la ejecución de las leyes, entonces tiene plena libertad para cesar a sus subordinados si pierde la confianza en ellos<sup>86</sup>.

Contrariamente en *Humphrey's*, la Corte Suprema de los Estados Unidos falló en sentido contrario. En este precedente –calificado por Schwartz como “la base del moderno Derecho administrativo”<sup>87</sup>– expresamente aclaró el punto de partida de la doctrina de *Myers*: “[...] ese tipo de funcionario [se refiere un delegado de correos] es tan solo uno de los engranajes del poder ejecutivo y, por consiguiente, está sometido-

<sup>82</sup> VILE 2007, 318 y 319.

<sup>83</sup> 295 US 602, citado, traducido y comentado por BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 216 a 224.

<sup>84</sup> 272 U.S. 52 (1926) citado en BIANCHI 2008, 935.

<sup>85</sup> 276 U.S. 394 (1928) citado en BIANCHI 2008, 935 nota 295. En este precedente, la Corte declaró constitucional la delegación legislativa y sostuvo que las tres ramas del Estado, eran partes coordinadas de un Gobierno y, cada una, en el terreno de sus atribuciones, podía apelar a la actividad de las otras dos en la medida en que dicha apelación no constituyera una usurpación de la competencia constitucional de aquellas. Estableció así la Corte que: “La extensión y el carácter que puede tener la ayuda que un poder pueda requerirle a otro debe ser determinada por el sentido común y por las necesidades inherentes de la coordinación gubernamental”. Ver BIANCHI 2008, 46. A posteriori, en *Schechter v. US*. (1935), el presidente del Tribunal Supremo sostenía que el Congreso no podía transferir sus “funciones legislativas esenciales”. Ver, 295 U.S. 495, citado por VILE 2007, 319 y nota 57.

<sup>86</sup> Esta conclusión del fallo es extraída por BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 217.

<sup>87</sup> Ver “Shooting the piano player?”, *Justice Scalia and Administrative Law*, en: *Administrative Law Review*, núm. 47, Winter, 1995, p. 2, citado en GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 187 y nota 11; en consonancia, BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 218.

do a la persona que está en la cúspide del poder ejecutivo y a la potestad que este tiene de cesarle”<sup>88</sup>.

En *Humphrey’s* se resolvió que el poder del presidente de “cese discrecional” solo se aplicaba a los funcionarios del poder ejecutivo<sup>89</sup>. Sobre esta base se estableció la siguiente regla: para saber si el poder de “libre cese discrecional” del presidente, debía prevalecer sobre el poder del Congreso de someter dicho cese a limitaciones (fijando un plazo y tasando los motivos de cese<sup>90</sup>), resultaba preciso “[...] acudir a la naturaleza de la función ejercida por el empleado público”<sup>91</sup> (el destacado es nuestro).

Se trazaba así, implícitamente, una línea entre dos clases de funcionarios que, a nuestro entender, tiene un correlato con el binomio “política”/“administración”.

Un año después del caso *Humphrey’s*, la Corte Suprema norteamericana resolvió, en *St. Joseph Stockyards v. United States* (1936)<sup>92</sup>, que la exclusión de revisión podría plantear difíciles problemas constitucionales y expresó: “la supremacía de la ley exige que exista una oportunidad de que un tribunal decida si se aplicó una norma errónea y si el procedimiento en que se adoptó la decisión (administrativa) se adecuó a lo establecido (por la ley)”<sup>93</sup>.

A *posteriori*, con el correr de la década de 1940, la Corte Suprema norteamericana estableció una doctrina que impuso a los tribunales federales una autorrestricción en la revisión de las interpretaciones que las llamadas agencias administrativas<sup>94</sup> realizaban de las leyes y de los reglamentos que ellas mismas habían dictado<sup>95</sup>.

<sup>88</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 221.

<sup>89</sup> La Corte aquí trajo a colación los debates sobre un proyecto de ley de Madison del año 1789. Ver BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 223 y 224.

<sup>90</sup> En este caso se entendió que la potestad del presidente no podía extenderse a los funcionarios como los aquí examinados. Se trataba de un funcionario que no dependía estrictamente del Ejecutivo (llamado “ordinario”), sino que era miembro de las agencias federales de regulación.

<sup>91</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 224.

<sup>92</sup> 298, US 38, 46 (1936), citado por CUCHILLO FOIX 1996, 105.

<sup>93</sup> Ver CUCHILLO FOIX 1996, 105, y nota 33.

<sup>94</sup> Como bien ilustra Bianchi, en los Estados Unidos, en el orden federal, se entiende por agencia (agency –según la definición legal de la USC & 551) a todos los entes y órganos del gobierno con excepción de: el Congreso, los tribunales, los gobiernos de los territorios o posesiones; el gobierno del Distrito de Columbia, los tribunales militares y algunos cuerpos administrativos integrados por representantes de las partes en disputa sometidos a la decisión de aquellos. BIANCHI 2008, 84, nota N° 59.

<sup>95</sup> BIANCHI 2008, 84.

## VI. Hacia un cambio de paradigma: la sanción de la *Administrative Procedure Act* (A.P.A.)

La sanción de la *Administrative Procedure Act*<sup>96</sup> (1946) determinó la regulación, entre otros aspectos, de la justiciabilidad de los actos y omisiones de la Administración en general<sup>97</sup>.

Desde cierto sector, se afirmaba que la norma agravó los problemas de fragmentación de los poderes en el sistema estadounidense. Ello, respondía a la "autonomía" de estas entidades "administrativas" que en esencia tenderían a desviar la atención pública del intento de fusionar el diseño de políticas y su ejecución en las mismas manos<sup>98</sup>.

Si bien los artículos 701 y 702 habilitaban (y habilitan) el control judicial en términos genéricos, las excepciones se configuraban cuando las leyes excluían la revisión jurisdiccional o cuando la actuación administrativa era "discrecional según la ley". Esta previsión generó muchas confusiones en la doctrina.

Por un lado, de una interpretación literal del artículo 701.a).2) de la A.P.A., los tribunales no debían intervenir cuando la acción administrativa se dejaba por la ley a la discrecionalidad de la Administración<sup>99</sup>. Sin embargo, la propia A.P.A. se había ocupado del control de la discrecionalidad administrativa<sup>100</sup> a través del artículo 706, punto 2), B) de la Sección 10 de la Ley<sup>101</sup>.

Este control se hallaba en la esfera relativa a las "cuestiones de hecho". Se ejercía (entre otras circunstancias) cuando las decisiones fueran arbitrarias, caprichosas o constituyesen un "abuso en el ejercicio de facultades discrecionales"<sup>102</sup> o de otro modo no conformes a derecho<sup>103</sup>.

<sup>96</sup> Para apreciar sucintamente algunos aspectos relevantes de la ley, ver TRISTÁN BOSCH 1951, 241 a 244.

<sup>97</sup> Ver GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 188. En nuestro país Mairal ha destacado los aspectos relevantes de la A.P.A. (MAIRAL 1984, 37 y ss.). Por su parte, Tawil entiende que la A.P.A. reforzó la presunción a favor de la revisión judicial del obrar administrativo (TAWIL 1993, 466.)

<sup>98</sup> Ver KEY V.O.; citado por VILE 2007, 316.

<sup>99</sup> Ver CUCHILLO FOIX 1996, 130, 131 y 138. Entre nosotros: TAWIL 1993, 467.

<sup>100</sup> TAWIL 1993, 467 y CUCHILLO FOIX 1996, 130.

<sup>101</sup> Tres situaciones podrían ser revisadas como "cuestiones de derecho": a) cuando afectaban la Constitución; b) cuando excedieran la jurisdicción legalmente reconocida a la autoridad administrativa; y c) cuando se hubieran dictado sin observar las formas prescritas por el procedimiento administrativo. Ver TRISTÁN BOSCH 1951, 242 y GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 189.

<sup>102</sup> MAIRAL 1984, 41. Además, se consagraba el control cuando las decisiones no estaban fundadas en una "prueba sustancial" y cuando no estuviesen debidamente basadas en los hechos, en los casos en que estos se encontraban sujetos a juicio *de novo* ante la corte de revisión. Ver TRISTÁN BOSCH 1951, 242.

<sup>103</sup> Ver GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 189.

Ahora bien, es importante considerar que el posible aumento de la intensidad del control judicial en relación a la actividad administrativa no presentaba obstáculos desde un punto de vista teórico. Como bien señala Tristán Bosch, como en los Estados Unidos no tuvo ninguna influencia la interpretación francesa de la misma, “[...] a nadie se le ocurrió sostener en principio que las cortes judiciales no pudieran cumplir por tal razón un contralor más ajustado de la actividad administrativa”<sup>104</sup>.

A partir de este escenario y hasta *Chevron*, comenzó un debate entre jueces, legisladores y doctrinarios, en relación a uno de los problemas más preocupantes del derecho administrativo actual: cómo restringir, dentro de los límites tolerables, la extraordinaria facultad discrecional para dictar normas que tienen los órganos<sup>105</sup>.

## VII. La cristalización del cambio de paradigma: un núcleo amplio de inmunidad judicial de la discrecionalidad administrativa y del margen de integración de los conceptos jurídicos indeterminados bajo el amparo de la *doctrina de la deferencia*<sup>106</sup>

En forma contemporánea al nacimiento de la ley de procedimientos administrativos, se consolidaba la denominada “doctrina de la deferencia”<sup>107</sup>. Esta teoría presenta dos facetas de análisis. La primera viene dada por la autorrestricción (*self-restraint*) de los tribunales respecto del control de la potestad reglamentaria de la Administración<sup>108</sup>.

La segunda ha sido enunciada del siguiente modo: la interpretación administrativa de los términos de una ley<sup>109</sup> influye de modo determinante en el control judicial, a no ser que sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea<sup>110</sup>.

<sup>104</sup> Ver TRISTÁN BOSCH 1951, 231 y 232.

<sup>105</sup> Ver PIERCE 1985, citado por BARRAGUIRRE 1996, 73.

<sup>106</sup> Ver el nacimiento de la doctrina en BIANCHI 2008, 69.

<sup>107</sup> Una de los primeros autores en ocuparse de la doctrina de la deferencia fue O. W. Holmes al publicar un artículo en la *Harvard Law Review* en 1899. “*The theory of legal interpretation*”, y luego al intervenir, siendo ministro, en una de las importantes sentencias de la Corte Suprema norteamericana en *Missouri v. Holland* de 1920 y en *Lochner v. New York* de 1905. Ver MUÑOZ MACHADO 2009, 501.

<sup>108</sup> En los Estados Unidos existen, en el orden federal, tres clases de reglamentos (*rules*): 1) *substantive rules*, también llamados *legislative rules* (en nuestro derecho reglamentos autónomos); 2) *interpretative rules*; y 3) *procedural rules*. Estas “rules” no deben ser confundidas con las llamadas órdenes ejecutivas (*executive orders*) y las proclamaciones (*proclamations*) que son dos tipos de reglamentos típicos y exclusivos del presidente, nacidos de poderes delegados por el Congreso o bien inherentes a la función ejecutiva.

<sup>109</sup> El punto neurálgico, entonces, discurría por determinar hasta qué punto los tribunales deberían admitir la interpretación que las comisiones reguladoras y otras agencias hacían de las leyes. Ver BIANCHI 2008, 87.

<sup>110</sup> Ver BIANCHI 2009, 184, 185, 187 y 188.

En otros términos, el análisis de la doctrina de la deferencia se vincula con: 1. la interpretación administrativa de las leyes; 2. la interpretación administrativa de los reglamentos<sup>111</sup>. Se suele caracterizar a esta doctrina como un elemento extraño en el sistema de división de poderes<sup>112</sup>; no obstante, diversos fallos de la Corte Suprema<sup>113</sup> norteamericana, constituyeron la antesala de la consolidación de la doctrina hacia 1945.

1. Interpretación administrativa de un reglamento. El leading case *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co*

El precedente *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co*<sup>114</sup> se presenta como el *leading case* en relación a la deferencia vinculada con la interpretación administrativa de los reglamentos. En efecto, en *Bowles* se origina la doctrina según la cual la interpretación de la agencia administrativa es "controlante o influye en el ámbito judicial a menos que sea manifiestamente errónea o contradictoria con la regulación"<sup>115</sup>.

La cuestión debatida en *Bowles* (que luego fuera ratificada en diversos precedentes<sup>116</sup>) se relacionaba con una ley de control de precios que estableció el Congreso (1942) mediante la cual se estableció como autoridad de aplicación a la llamada *Office of Price Administration*. Esta última dictó diversas normas de aplicación de la ley, entre ellas la *Maximum Price Regulation* N° 188, que establecía el precio máximo de la piedra partida utilizada en la construcción<sup>117</sup>.

El caso se originó a raíz de que la empresa *Seminole Rock & Sand Co.* vendió piedra partida por un valor superior a lo permitido por la regulación administrativa. Sobre esta plataforma, y en lo que aquí nos interesa, la Corte estableció el siguiente "criterio principal"<sup>118</sup> y sus excepciones:

a) *Criterio principal*: la interpretación administrativa de un reglamento tiene "peso decisivo" (*controlling weight*).

b) *Excepciones*: la regla precedentemente expuesta cede cuando:  
i) La interpretación del sentido de las palabras empleadas esté en duda;

<sup>111</sup> BIANCHI 2008, 188.

<sup>112</sup> Ver voto discrepante de juez Scalia en el fallo *Morrison v. Olson* (1988). No hemos consultado el fallo y la cita puede verse en BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 480.

<sup>113</sup> BIANCHI trae a colación, entre otros, los siguientes fallos: *Yakus v. United States* (321 U.S. 414, 1944); *Fahey v. Mallonee* (332 U.S. 245 (1947)); *Lichter v. United States* (334 U.S. 742, 1948). BIANCHI 2004, 75 y ss.

<sup>114</sup> 325 U.S. 410 (1945), citado en BIANCHI, 187 y nota 392.

<sup>115</sup> BIANCHI 2008, 82 a 84.

<sup>116</sup> Ver BIANCHI 2008, 83 y jurisprudencia allí citada.

<sup>117</sup> BIANCHI 2008, 82.

<sup>118</sup> Este concepto es utilizado textualmente por la Corte. Cfr.: BIANCHI 2008, 83, nota n° 50.

ii) cuando la interpretación sea manifiestamente errónea o inconsistente con la regulación<sup>119</sup>.

La Corte americana, a su vez, sostuvo que la intención del Congreso o los principios de la Constitución, en ciertas situaciones, pueden ser relevantes –en primer término– para elegir entre varias interpretaciones. De ahí que el problema a dilucidar en este caso –sostuvo la Corte– “[...] consiste en descubrir el significado de ciertas porciones de la *Maximun Price Regulation* N° 188. Nuestras únicas herramientas, por ende, son las simples palabras de la regulación y cualquier interpretación relevante de la Administración”<sup>120</sup>.

2. La deferencia en el caso de la interpretación administrativa de las leyes: la inmunidad judicial de la discrecionalidad (integración de conceptos indeterminados)

A través de la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, a principios del siglo XX se comenzó a esbozar y a consolidar la deferencia en relación a la interpretación administrativa de las leyes y de los reglamentos administrativos.

El derrotero de los precedentes ha sido destacado con claridad meridiana por Bianchi<sup>121</sup>. En relación a la interpretación administrativa de las leyes, los casos más paradigmáticos son *Gray v. Powell*<sup>122</sup> y *Chevron USA v. Natural Resources Defense Council, Inc.*<sup>123</sup>. Además, en lo que nuestro estudio interesa, cabe destacar muy brevemente a los siguientes fallos:

a) *En American Telephone & Telegraph Co v. United States*<sup>124</sup>, la Comisión Federal de Comunicaciones dispuso la implementación de un sistema de facturación para todas las compañías telefónicas sujetas a la Ley de Comunicaciones de 1934. La Corte Suprema norteamericana, al convalidar la decisión, autorrestringió sus facultades y decidió que carecía de libertad para sustituir “con su propia discrecionalidad” la ejercida por la Comisión. Además, la Corte consideró que la Comisión se había mantenido dentro de los límites de su competencia y sin alterar los principios fundamentales de la debida contabilidad<sup>125</sup>.

<sup>119</sup> BIANCHI 2003, 83.

<sup>120</sup> BIANCHI 2003, 83.

<sup>121</sup> A nuestro entender, el precitado autor describe y analiza al derecho norteamericano como ningún otro autor latinoamericano o del derecho continental europeo. En lo que aquí interesa, ver BIANCHI 2003 188 y 194.

<sup>122</sup> 314 U.S. 402 (1941), citado en BIANCHI 2003, 188.

<sup>123</sup> 467 U.S. 837 (1984), citado en BIANCHI 2003, 188.

<sup>124</sup> 299 U.S. 232 (1936), citado por BIANCHI 2003, 189.

<sup>125</sup> BIANCHI, 236 y 237.

b) En *Mississippi Valley Barge Line Co. v. United States*<sup>126</sup> y en *Rochester Telephone Corp. v. United States*<sup>127</sup> se sostuvo el criterio según el cual no puede haber revisión judicial cuando existen bases racionales para las conclusiones aprobadas por el órgano administrativo<sup>128</sup>.

### 3. La consolidación de una concepción "revisora" y "limitada" del poder judicial

En el fallo *Gray v. Powell*<sup>129</sup> se consagró la regla que veda, en principio, la posibilidad de que se sustituya la actividad administrativa por parte de los tribunales judiciales<sup>130</sup>. Se trababa en el caso de la ley de Carbón Bituminoso que regulaba los precios del carbón. La norma estipuló la exención a quienes eran, a la vez, productores y consumidores.

Una compañía ferroviaria que había otorgado a terceros contratistas la explotación de los yacimientos del carbón consumido por ella, solicitó ante la Comisión del Carbón Bituminoso que se la encuadrara dentro de la exención prevista. El fundamento de la petición radicaba en el hecho de que la compañía se hallaba incluida dentro de la categoría de productor y consumidor.

El punto medular del fallo consistía en determinar el alcance del concepto "productor". Luego de que se denegó la petición administrativa y que se admitió luego por la justicia, la Corte, al revocar la decisión judicial, sostuvo los siguientes argumentos que demuestran la deferencia respecto de la decisión administrativa:

1) La función revisora de los tribunales se concreta cuando ha impedido lo que actualmente se conoce como el debido proceso adjetivo<sup>131</sup>;

2) Como el Congreso no legisló las excepciones a la ley, era más eficiente delegar tal cometido en un órgano administrativo;

3) La delegación debe ser respetada y la decisión no puede ser modificada porque no es propio de los tribunales "[...] absorber las funciones administrativas [...] a tal extremo que la Administración se con-

<sup>126</sup> 292 U.S. 282, 287 (1934), citado en BIANCHI 2003, 129.

<sup>127</sup> 307 U.S. 125, 146 (1939), citado por BIANCHI 2003, 189.

<sup>128</sup> Según BIANCHI, en estos precedentes giran en torno a la razonabilidad de la decisión administrativa.

<sup>129</sup> Hemos tomado como fuente la descripción e interpretación de BIANCHI en relación a este fallo. Ver BIANCHI, 190 y 191.

<sup>130</sup> Siempre y cuando la reglamentación administrativa sea razonable. Ver BIANCHI 2008, 189 y 190.

<sup>131</sup> Más precisamente, el fallo refiere que "...la función revisora de los tribunales (...) está completamente realizada cuando han determinado que las partes fueron escuchadas, han producido prueba y fundado sus peticiones, obteniendo una decisión justa y razonable" (Ver BIANCHI 2003, 190 y nota 30).

vierta en una mera recopiladora de datos fácticos, privada de facultades decisorias”<sup>132</sup>.

#### 4. El alcance “limitado” de la revisión judicial

En el caso *National Labor Relations Board v. Hearst Publications Inc.*<sup>133</sup>, cuatro editores de diario fueron demandados por el sindicato de distribuidores de diarios para que suscribieran un convenio colectivo de trabajo.

El juicio, en esencia, tenía por objeto determinar si los distribuidores eran o no empleados de los demandados. Al igual que acontecía en *Gray v. Powell*, se volvía a tratar el alcance e interpretación de un concepto. En este caso, se trataba de la noción de “empleado” que figuraba en la legislación laboral aplicable<sup>134</sup>. En consonancia con el caso *Gray*, el Tribunal supremo revocó la decisión judicial argumentado, básicamente, los siguientes aspectos:

1) Las cuestiones de interpretación de la ley deben resolverse dando el “peso apropiado a la decisión adoptada por la autoridad de aplicación de la norma”;

2) Cuando se trata de la aplicación específica de un término amplio, cuya interpretación ha formulado la autoridad de aplicación, la función “revisora” del tribunal es “limitada”, en la medida en que se haya fundamentado en una base razonable en la ley.

Por otra parte, en *Ford Motor Co. v. National Labour Relations Board* (1979)<sup>135</sup> se consolidaba la doctrina inicial respecto del denominado estándar de la razonabilidad<sup>136</sup> en la integración y aplicación de diversas nociones. En el caso se trató una norma emanada del *National Labors Relations Board* (NLRB), que ordenaba a la compañía a negociar con el sindicalismo las condiciones para poner el servicio de cafetería y máquinas expendedoras de bebidas y alimentos. En concreto, se analizó judicialmente la razonabilidad de la interpretación de la noción “términos y condiciones del empleo” que se había expresado en la ley laboral, concluyendo en la deferencia.

En otros precedentes, también la Corte trató la noción de “relación de empleo”<sup>137</sup> (a los fines de determinar si un daño se producía

<sup>132</sup> BIANCHI 2008, 190 y nota 30.

<sup>133</sup> 322 U.S. 111 (1944), citado por BIANCHI 2008, 191.

<sup>134</sup> BIANCHI 2008, 191.

<sup>135</sup> 441 U.S. 488 (1979), citado por BIANCHI 2008, 191 y 192.

<sup>136</sup> BIANCHI 2008, 191.

<sup>137</sup> *O’Leary v. Brown Pacific-MaxonInc*, 340 U.S. 504 (1951), citado por BIANCHI 2008, 192.

en tal contexto); la condición de un trabajador como “miembro de una tripulación”<sup>138</sup>; y la definición y alcance de “empleado agropecuario”<sup>139</sup>.

##### 5. La doctrina de la deferencia y la división de poderes

Un año antes del fallo *Chevron*, la Corte aludió a la doctrina de la separación de poderes en *Inmigration National Service*<sup>140</sup>. En este precedente, un inmigrante keniano solicitó la inconstitucionalidad de la norma que previó el veto legislativo. La Corte, que declaró inconstitucional la norma, se perfiló hacia una concepción rígida de la doctrina de la separación de los poderes, razón por la cual solo invocaremos los siguientes argumentos esenciales:

a) Se volvió a insistir en la plasmación concreta que tuvo el principio en el documento que redactaron en Filadelfia<sup>141</sup>;

b) Se mencionaron algunas ideas de Madison, Hamilton y Wilson;

c) Se reafirmó la necesidad de “dividir y dispersar poderes con el fin de proteger la libertad”<sup>142</sup>;

d) Expresamente destacó el fallo: “La constitución pretendió dividir los poderes delegados al nuevo Gobierno federal en tres categorías definidas, legislativo, ejecutivo y judicial, para que, en la medida de lo posible, cada uno de los órganos se mantuviese dentro de las responsabilidades que le eran asignadas [...]”.

Aun cuando el fallo reitera que la relación entre los poderes no presupone “comportamientos herméticamente estancos”<sup>143</sup>, las atribuciones y competencias que la Constitución otorga a los tres poderes son funcionalmente identificables. “Cuando cualquiera de ellos actúa se presume que está ejerciendo las atribuciones y competencias que le ha otorgado la Constitución”<sup>144</sup>.

Sobre esta plataforma interpretativa de la división de poderes, un año después la Corte Suprema de Justicia en Norteamérica consolidaría la doctrina de la deferencia a partir del precedente *Chevron*.

<sup>138</sup> *Norton v. Warner Co.*, 321 U.S. 565 (1944), citado en BIANCHI 2008, 192.

<sup>139</sup> *Bayside Enterprises v. NLRB*, 429 U.S. 298 (1977), citado en BIANCHI 2008, 192.

<sup>140</sup> En *Inmigration National Service v. Chadha* (462 US 919, 1983) pareciera consagrarse una concepción rígida de la doctrina. El fallo puede apreciarse en BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 476 a 492.

<sup>141</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 482 y 483.

<sup>142</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 486.

<sup>143</sup> Aquí, el Tribunal citó al precedente *Buckey v. Valeo*, 1976, citado en BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 487.

<sup>144</sup> Con cita de *Hampton J. W. & Co v. United States*, 276 US 394, 496 (1928), citado en BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 487.

## VII. El fallo *Chevron USA inc. v. Natural Resources Defense Council* (1984)<sup>145</sup>

Se ha considerado a *Chevron* como el fallo más relevante en el campo del derecho administrativo norteamericano de los últimos treinta años<sup>146</sup>. También se ha dicho de él, que constituye uno de los precedentes más importantes en la historia de este derecho<sup>147</sup>. Amén de tales consideraciones y aun cuando hasta la década de 1980 se habían extendido (con vaivenes) los poderes del juez en relación al control judicial de la actividad administrativa<sup>148</sup>, con *Chevron* se consolidó y expandió<sup>149</sup> la doctrina de la deferencia<sup>150</sup>.

La doctrina, en su gran mayoría, no ha reparado que en *Chevron*<sup>151</sup> se trató, en esencia, del análisis de conceptos jurídicos indeterminados<sup>152</sup> y de la interpretación y aplicación que la Administración había efectuado sobre ellos. Se trataba de la interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados tales como: "fuente contaminante", "gran fuente de contaminación", "burbuja" [*bubble*] o "agrupamiento en burbuja". El esquema conceptual que emana de la doctrina de la deferencia luego del fallo *Chevron*<sup>153</sup> es el siguiente:

<sup>145</sup> 467 US 834, citado, comentado y traducido parcialmente, no obstante se vuelcan los aspectos esenciales, por BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 498 a 505. En nuestro derecho, ver el comentario y análisis de BIANCHI 2003, 192 a 194.

<sup>146</sup> BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA 2006, 493.

<sup>147</sup> Ver BIANCHI 2003, 98.

<sup>148</sup> Ver BIANCHI 2003, 98. En 1983, la doctrina ponía el acento en la práctica establecida de deferencia judicial hacia la interpretación administrativa de la ley. Ver: CUCHILLO FOIX 1996, 150.

<sup>149</sup> Bianchi afirma que *Chevron* sintetizó los dos estándares del control judicial que la Corte había empleado por espacio de cuarenta años. Así, según este autor, este precedente incorporó, para la interpretación de las leyes, el de la interpretación de los reglamentos, y así amplió el ámbito de la deferencia judicial hacia la decisión administrativa. Ver BIANCHI 2003, 85.

<sup>150</sup> Bianchi destaca que en este fallo se cristalizaron dos graduaciones diferentes en la deferencia según sea la delegación legislativa. Por su parte, Cassagne ha destacado que la doctrina de la deferencia se presenta como una de las tres razones fundamentales por las cuales el sistema norteamericano ha evolucionado hacia un sistema mixto de control judicial de la administración. Según este autor, el funcionamiento del modelo norteamericano ha evolucionado hacia un sistema mixto básicamente por tres razones fundamentales: a) el reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria; b) la limitación de la revisión judicial en principio a los aspectos de fondo o de derecho o por la llamada doctrina de la deferencia; c) la exclusión de la revisión judicial por la ley o el marco regulatorio específico, e incluso, por la actuación discrecional de la agencia.

<sup>151</sup> Un sector importante de la doctrina norteamericana y también la jurisprudencia de la Corte Suprema, al igual que sucede con la interpretación administrativa de las leyes y de los reglamentos, afirman que la doctrina de la deferencia que emana de *Chevron* resulta aplicable a los actos administrativos individuales (*adjudication*).

<sup>152</sup> Con excepción de GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 200.

<sup>153</sup> Ver BIANCHI 2003, 84 y 85.

a) Si una ley es clara y sin ambigüedades, no puede ser desconocida por la Administración y los tribunales<sup>154</sup>.

b) Si hay silencio o ambigüedad, la doctrina entiende que se pueden presentar dos grados posibles de deferencia<sup>155</sup>: i) si la delegación es expresa, existe “*deferencia total*” y la reglamentación tiene peso decisivo a menos que sea arbitraria, caprichosa o manifiestamente contraria a la ley; ii) si la delegación es implícita, se configura “*deferencia atenuada*”, el tribunal no puede sustituir con su propia interpretación la que razonablemente haya realizado la Administración<sup>156</sup>.

En suma, la lógica estructural de *Chevron* supone el siguiente punto de partida: las opciones normativas deben ser realizadas por el poder de gobierno con mayor responsabilidad política, sin que ello se observe en las decisiones del Poder Judicial<sup>157</sup>.

Además de esta lógica general, *Chevron* plantea los siguientes postulados en cuanto al control jurisdiccional:

i. Frente al silencio o ambigüedad de la ley, el juez realiza un control de razonabilidad;

ii. El Tribunal no necesita llegar a la conclusión de que la interpretación es la única posible;

iii. El juez, frente a una delegación expresa conferida por ley a una agencia administrativa, solo ejerce control si las decisiones “...son arbitrarias, caprichosas o manifiestamente contrarias a la ley”;

iv. El juez, frente a una delegación implícita, también efectúa un control de razonabilidad. No obstante, no puede sustituir una resolución razonable realizada por la agencia administrativa, por la interpretación que él mismo haga de dicha disposición”;

v. En suma, si la resolución administrativa representa un equilibrio razonable entre las políticas o intereses opuestos y, además, no altera la delegación otorgada, entonces los tribunales no interfieren, a no ser que se hubiese resuelto en contra de la “propia ley” o de la “historia legislativa”;

<sup>154</sup> En esta hipótesis, como bien afirma Bianchi, no hay deferencia alguna hacia la Administración, ya que ella está obligada a ejecutar la ley tal como es. Ver BIANCHI 2003, 85.

<sup>155</sup> BIANCHI 2003, 85.

<sup>156</sup> BIANCHI 2008, 197 y 198; en un sentido similar (aunque con menor depuración y detalle): ver GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 200, y CUCHILLO FOIX 1996, 151. Esta última autora, entiende que cuando el Congreso no vincula de modo expreso a la Administración, la Administración puede hacerlo.

<sup>157</sup> BARRAGUIRRE 1996, 84, con cita de PIERCE 1985. Cabe aclarar que no se identifica el número de página.

vi. La Corte claramente consagra el carácter revisor del Poder Judicial. Precisamente, no se adentró a analizar si el concepto de “*burbuja*” resultaba o no adecuado en el contexto general de un programa destinado a mejorar la calidad del aire. En cambio, debía determinar si la decisión de la agencia que lo consideró correcto, es o no razonable;

vii. Por tanto, concluye la Corte que de las diversas interpretaciones posibles de la expresión “fuente de contaminación”, la agencia encargada de ejecutar la legislación ambiental la ha interpretado siempre “razonable” y “flexiblemente” en el marco de una política ambiental determinada y en situaciones de alta complejidad técnica. Es decir, las diferentes interpretaciones que hizo la EPA del concepto “fuente”, merecen la deferencia;

viii. La ley le confiere a la EPA y no al Tribunal la ejecución de la ley ambiental. Inclusive, se pretende trasladar una batalla en la que se debaten argumentos que no se mencionaron ni discutieron en el Congreso;

ix. “Los jueces no son especialistas en esta materia y no forman parte de ninguna de las ramas políticas del sistema constitucional. Los tribunales pueden, en ciertos casos, conciliar intereses políticos contrapuestos, pero no pueden hacerlo sobre la base de las preferencias políticas personales de los jueces”;

x. Los criterios políticos: “...una agencia en la que el Congreso ha delegado responsabilidades de configuración política puede, dentro de los límites de la delegación, tomar decisiones conforme a criterios políticos”;

xi. Si bien las agencias no son directamente responsables ante el pueblo, el cabeza del Ejecutivo sí lo es;

xii. Los jueces que no han sido elegidos, están obligados a respetar las decisiones sobre políticas públicas adoptadas por quienes sí lo han sido;

xiii. “No recae sobre los tribunales de justicia la responsabilidad de determinar el acierto y la sabiduría de estas decisiones, ni la de resolver la pugna entre las concepciones enfrentadas del interés general: `Nuestra Constitución ha otorgado tales responsabilidades a los poderes políticos”.

## IX. La extensión posterior de la doctrina de la deferencia en *Stinson v. United States*<sup>158</sup>

García de Enterría se ocupó de señalar lo que para él constituye “la marcha atrás, el retroceso del reloj jurídico” que se consolidó a fines del

<sup>158</sup> Ver GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 199 con cita de SCHWARTZ, 326.

siglo XX en el derecho administrativo norteamericano. Paradójicamente, mediando un control difuso de constitucionalidad y una versión de la doctrina de la separación de poderes atravesada por la concepción de los frenos y contrapesos, ahora –afirma el autor español– se reafirmaba con énfasis la doctrina de la deferencia. Es una suerte de vuelta a los argumentos “*jeffersonianos*”.

Esto se concreta –desde la óptica de García de Enterría– en la sentencia *Stinson v. United States* (1993) y lo que extendió, en definitiva, la doctrina de “*deferencia*”. Así, en caso de ausencia o ambigüedad de la ley, se deja un espacio para que la Agencia lo complete.

Inclusive, la posibilidad de poner en duda esa deferencia inicial y de principio a la Agencia, solo procede si existen indicaciones compulsivas (“*compelling indications*”) o imperiosas en contra. Es decir, no basta con la prueba que pueda apoyar una conclusión distinta. Se debe compeler forzosamente a esta para ser atendible<sup>159</sup>. Pero veamos esto con mayor detenimiento.

Actualmente, la Constitución americana sanciona el principio de separación de poderes (arts. I, II y III) y tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que ese principio expresa un dogma constitucional fundamental indispensable para garantizar el imperio de la ley<sup>160</sup>.

La posición jurisprudencial, a fines del siglo XX, consolidó una “*deferencia*” respecto de la Administración<sup>161</sup>. La autorrestricción judicial como regla, de cara a las potestades discrecionales, consolida la paradoja de un sistema que, dos siglos antes, dictó un fallo como *Marbury v. Madison*.

## X. Sinopsis jurisprudencial

A nuestro criterio, podemos enunciar las siguientes *líneas fundamentales generales* que, a trazo grueso y con diversos matices, la jurisprudencia norteamericana ha consolidado de cara al siglo XXI:

1) Una concepción rígida de la separación de los poderes (cuando menos en el aspecto aquí abordado). En similar sentido que en Alemania, pero sin el desarrollo dogmático propio de ese país, se consolidan ámbitos propios de los tres poderes<sup>162</sup>. La discrecionalidad constituye una faceta de este fenómeno insertada, principalmente, en el ámbito del Poder Ejecutivo;

<sup>159</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 200, con cita de SCHWARTZ, 327 y 328.

<sup>160</sup> CUCHILLO FOIX 1996, 74.

<sup>161</sup> CUCHILLO FOIX 1996, 139 y nota 75.

<sup>162</sup> Ver asimismo CUCHILLO FOIX 1996, 140.

2) Se advierte un afianzamiento de los siguientes argumentos que, en mayor o menor medida, justifican la doctrina de la deferencia<sup>163</sup>: i) la independencia y mayor legitimación democrática de la Administración<sup>164</sup>/Ejecutivo y del Legislativo; ii) la experiencia, capacidad profesional e idoneidad técnica<sup>165</sup>, como criterios que, *a priori*, determinarían la existencia de la “deferencia”; iii) la menor capacidad de los tribunales para supervisar ciertas decisiones (como podrían ser las económicas y de gestión)<sup>166</sup>;

3) Se consagra la regla que presupone que los tribunales no pueden interferir en la actividad administrativa para garantizar la economía, eficacia y celeridad<sup>167</sup>. Se admite la deferencia como regla respecto de los tribunales con funciones cuasijudiciales o arbitrales en materias tales como: transporte, seguridad social, telecomunicaciones, entre otras;

4) Se afianza la distinción entre el tipo de función que se ejerce y los diferentes derechos o materias en los que la administración regula.

5) Se postula un control judicial intenso cuando se trata del derecho a la vida, la libertad y la propiedad, al igual que los derechos económicos, sociales y, en concreto, vivienda, salud y medio ambiente<sup>168</sup>.

## Conclusiones

1° A nuestro modo de ver, en Estados Unidos la discrecionalidad no se concibe como un ámbito libre de ley. La presencia de una actuación discrecional, como regla, implica que no hay “ley especial aplica-

<sup>163</sup> Parte de la doctrina considera que la actitud de deferencia actual, hacia fines del siglo XX, se fundamenta en dos elementos. El primero tiene que ver con la ausencia de un ordenamiento jurídico-administrativo informado por principios y criterios susceptibles de aplicación unitaria y coherente. El segundo, se relaciona con el rechazo de aquellos principios y acciones del derecho común colonial, incorporados por la mayoría de los Estados, pero no por la Federación, que “[...] reconocen a los tribunales facultades inherentes o implícitas a los efectos de controlar la adecuación de la actuación administrativa al bloque de la legalidad”. Ver CUCHILLO FOIX, 167 y 168.

<sup>164</sup> El carácter democrático de la Administración y la ausencia de esta nota en el poder judicial, “[...] desautorizan la implicación de la magistratura en las cuestiones que, por su carácter político exceden del ámbito de lo jurídico al que el poder judicial debe circunscribirse”. Ver, *Greater Boston Television Corp v. FCC*, 444 F.2d 841, 851, D. C. Cir, 1970, citado en CUCHILLO FOIX 1996, 167.

<sup>165</sup> CUCHILLO FOIX 1996, 141.

<sup>166</sup> Cabe aclarar que se refería a las tratadas en el caso *Hahn v. Gottlieb*, 430 F.2d 1243, 1249, 1st Cir. 1970, citado en CUCHILLO FOIX 1996, 141 y nota 83.

<sup>167</sup> Ciertas sentencias establecen que: “[...] el escrutinio judicial detallado conduce inevitablemente a procesos de decisión más formalizados [...] y ello desalentaría la creciente implicación del sector privado que constituye, en este caso, el objetivo de la actuación de la Administración en cuestión”. Ver *Hahn v. Gottlieb*, 430 F.2d 1243, 1249, 1st Cir. 1970, citado en CUCHILLO FOIX 1996, 142 y nota 84.

<sup>168</sup> Ver CUCHILLO FOIX 1996, 120 y 121.

ble”<sup>169</sup>. Eso no quita que existe una importante tendencia “deferencial” en cuanto a su control.

2° El control judicial de la discrecionalidad podría ser resumido en dos grandes premisas:

a) La revisión jurisdiccional de la discrecionalidad se ejerce a través del control de razonabilidad, arbitrariedad o el error. Siempre y cuando previamente se ha verificado que no hay obrar irrazonable, arbitrario o abusivo, entonces ahí la discrecionalidad produce el siguiente fenómeno: no hay ley aplicable (porque es discrecional la actuación), y como los tribunales “definen la ley”, entonces ellos inhiben su propia intervención<sup>170</sup>;

b) La distinción entre Gobierno y Administración que se correlaciona con actos justiciables y no justiciables. Los actos políticos y los actos discrecionales son asimilados y se encuadran, *a priori*, en la categoría de no justiciables.

3° En lo que respecta a las cuestiones políticas no justiciables vinculadas a actos políticos y a la discrecionalidad, podemos enunciar siete postulados generales:

a) A fines del siglo XVIII el Ejecutivo era concebido como un poder instrumental: debía poner en práctica las normas elaboradas por el Poder Legislativo. Se consagró, desde los albores, el principio de vinculación positiva: no podía ejercerse ningún poder que no estuviera definido por ley y tampoco debía establecerse ninguna disposición aplicable a circunstancias no previstas en la ley.

b) Al comenzar el siglo XIX se inició una tendencia hacia la independencia del Ejecutivo: ya no sería un mero aplicador de la ley. Aquí es donde comienzan a consolidarse las potestades discrecionales en el ejercicio de la función ejecutiva. En este contexto, se gestó el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*) y las cuestiones no justiciables.

c) El fenómeno del *judicial review* y las cuestiones no justiciables no encajaban con el modelo constitucional estadounidense inicial. La separación de poderes, por sí sola, no resultaba suficiente para justificar ambas categorías. Aparece en escena la doctrina de los frenos y contrapesos que se combinaría con aquella.

d) Durante las primeras décadas del siglo XX se trataría la cuestión relativa a la potestad “libre” y “discrecional” para remover funcionarios por parte del presidente (entre otros fallos, *Humphrey’s Executor v. Uni-*

<sup>169</sup> Ver CUCHILLO FOIX 1996, 143.

<sup>170</sup> Ver CUCHILLO FOIX 1996, 163.

*ted States* y *Myers v. United States*). Se entendía que “Si el Presidente era el responsable de la ejecución de las leyes, entonces tenía plena libertad para cesar a sus subordinados si ya no gozaban de su confianza”. El límite a la potestad de nombramiento solo se aplicaba a los funcionarios del Poder Ejecutivo. A partir del precedente *Humphrey's* se estableció la siguiente regla: para saber si el poder de “libre cese discrecional” del presidente, prevalece sobre el poder del Congreso de someter dicho cese a limitaciones (fijando un plazo y tasando los motivos de cese), resulta preciso “[...] acudir a la naturaleza de la función ejercida por el empleado público”.

Implícitamente, entendemos, se trazaba una línea entre dos clases de funcionarios que respondía al binomio “política”/“administración”.

e) La consagración normativa del control judicial de la discrecionalidad administrativa llegaría con la sanción de la *Administrative Procedure Act* (1946), que determinó la regulación (entre otros aspectos) de la justiciabilidad de los actos y omisiones de la Administración en general. Los artículos 701 y 702 de dicho instrumento habilitaban el control judicial en términos genéricos, las excepciones se configuraban cuando las leyes excluían la revisión jurisdiccional o cuando la actuación administrativa era “discrecional según la ley”.

Sin embargo, el control de la discrecionalidad administrativa se instauró través del artículo 706, punto 2), B) de la Sección 10 de la Ley. El control se hallaba en la esfera relativa a las “cuestiones de hecho”. Se ejercía (entre otras circunstancias) cuando las decisiones fueran arbitrarias, caprichosas o constituyeran un “abuso en el ejercicio de facultades discrecionales” o de otro modo no conformes a derecho.

Desde esta base, el control se ejercía de modo negativo. Por regla se excluía de la competencia la discrecionalidad calificada por la ley. Sin embargo, solo un abuso en el ejercicio ameritaba la revisión judicial.

f) En forma contemporánea al nacimiento de la ley de procedimientos administrativos, se consolidaba la denominada “doctrina de la deferencia”. Esta teoría presenta dos facetas de análisis. La primera, viene dada por la autorrestricción (*self-restraint*) de los tribunales respecto del control de la potestad reglamentaria de la Administración. La segunda, ha sido enunciada del siguiente modo: la interpretación administrativa de los términos de una ley, influye de modo determinante en el control judicial, a no ser que sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea. La interpretación administrativa se subdivide en: a) por un lado, la interpretación administrativa de las leyes, y b), por otro, la interpretación administrativa de los reglamentos.

g) Posteriormente, en *Stinson v. United States* se consolidaría y extendería la doctrina de “deferencia”. Como regla, en caso de ausencia

o ambigüedad de la ley, se deja un espacio para que la Agencia. Deferencia inicial y por principio a la Agencia. Como excepción, si existen indicaciones compulsivas ("*compelling indications*") o imperiosas en contra, el juez puede ejercer control y obligar a que se respeten.

En resumidas cuentas, la historia jurisprudencial y dogmática de los Estados Unidos demuestra que, en líneas generales, el ámbito de la discrecionalidad es el margen de interpretación de los textos normativos que aplica el Poder Ejecutivo.

### Bibliografía citada

- BIANCHI, Alberto (1999): *Apunte preliminar para el estudio de la Historia del Derecho Constitucional* (Buenos Aires, El Derecho) Tomo 183.
- \_\_\_\_ (2003): "El control judicial de la administración pública bajo la llamada doctrina de la deferencia", en: ARISMENDI, Alfredo [coord.] *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* (Navarra, Civitas) pp. 2265-2308.
- \_\_\_\_ (2008): *Historia constitucional de los Estados Unidos. 2 tomos* (Buenos Aires, Cathedra Jurídica) 832 pp.
- BAEZA, Carlos R. (2004): *Cuestiones políticas. El control de constitucionalidad y las autolimitaciones de la Corte Suprema* (Buenos Aires, Ábaco) 328 pp.
- BARRA, RODOLFO (2002): *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Ábaco) 700 pp.
- BARRAGUIRRE, Jorge Alberto (1996): "Discrecionalidad administrativa", en: *Revista de derecho administrativo*, n° 21 a 23, Año 8 (Buenos Aires, Depalma).
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2006): *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª ed. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 720 pp.
- BOQUERA OLIVER, José María (1963): "Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa", en: *Revista de Administración Pública española*, n° 40, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril, pp. 33-78.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2007): *Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I (Buenos Aires, La Ley) 2.464 pp.
- \_\_\_\_ (2009): *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 1ª ed. (Buenos Aires, Marcial Pons) 21 pp.
- CHEMERINSKY, Erwin (2001): *Derecho Constitucional* (California Aspen Law & Business, Irvine).
- CUCHILLO FOIX, Montserrat (1996): *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)* (Madrid, Civitas) 296 pp.
- DIPPEL, Horst (2009): *Constitucionalismo moderno*. Traducción de ÁLVAREZ ALONSO, Clara y SALVADOR MARTÍNEZ, María (Madrid, Marcial Pons) 246 pp.
- GARAY, Alberto (2009): "La enseñanza del caso *"Marbury vs. Madison"*", en: *Revista Academia. Revista sobre la enseñanza del derecho*, año 7, número 13, pp. 121-136.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2009): *Democracia, jueces y control de la administración*, 6ª ed. (Navarra, Thomson-Civitas) 352 pp.
- GARCÍA-MANSILLA, M.J. y RAMÍREZ CALVO, R. (2006): *Las Fuentes de la Constitución Nacional* (Buenos Aires, LexisNexis) 436 pp.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John (2010): *El Federalista*, tercera reimpresión, Prólogo y traducción de VELASCO R., Gustavo (México, Fundación de Cultura Económica) 431 pp.

- HAURIUO, André (1971): *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Traducción de la cuarta edición francesa por GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio (España, Ediciones Ariel), 958 pp.
- JELLINEK (2005): *Teoría General del Estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por DE LOS RÍOS, Fernando (Montevideo-Buenos Aires, IBdef) 948 pp.
- LOWENSTEIN, Karl (1976): *Teoría de la Constitución*, segunda edición. Traducción y estudio de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (Barcelona, Ed. Ariel).
- MAIRAL, Héctor (1984): *Control judicial de la administración pública*, Vol. I (Buenos Aires, Depalma) 1.010 pp.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2009): *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, 2ª ed. reimpresión (Madrid, lustel) 1.416 pp.
- SAGÜÉS, María Sofía (2004): "Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de "Lawrence v. Texas", en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, ISSN 1870-8390, N°. 1, 2004, pp. 199-219. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529958>
- TAWIL, Guido Santiago (1993): *Administración y justicia* (Buenos Aires, Depalma) 2 T.
- TOCQUEVILLE, ALEXIS DE (2009): *La democracia en América*, 24ª ed. (México, Fondo de Cultura Económica).
- TRISTÁN BOSCH, Jorge (1944): *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales (Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales).
- (1951): ¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública? (Buenos Aires, ZAVALIA).
- VILE, M.J.C. (2007): *Constitucionalismo y separación de poderes* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid).
- WILSON, Woodrow (1943): *El Estado. Elementos de política histórica y práctica* (Buenos Aires, Editorial Americana).

### Jurisprudencia citada

- American Telephone & Telegraph Co v. United States* (299 U.S. 232, 1936).
- Bayside Enterprises v. NLRB* (429 U.S. 298, 1977).
- Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.* (325 U.S. 410, 1945).
- Buckley v. Valeo* (424 U.S. 1, 1976).
- Chevron USA inc. v. Natural Resources Defense Council* (467 U.S. 834, 1984).
- Chevron USA v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (467 U.S. 837, 1984).
- Commonwealth v. Caton* (8 Va. (4 Call) 5, 1782).
- Decatur v. Paulding* (14 Pet. 497 US, 1840).
- Fahey v. Mallonee* (332 U.S. 245, 1947).
- Ford Motor Co. v. National Labour Relations Board* (441 U.S. 488, 1979).
- Geogiew v. Uhl* (239 U.S. 3, 1915).
- Gray v. Powell* (314 U.S. 402, 1941).
- Greater Boston Television Corp v. FCC* (444 F.2d 841, 851).
- Hahn v. Gottlieb* (430 F.2d 1243, 1249).
- Hampton J. W. & Co v. United States* (276 U.S. 394, 496, 1928).
- Humphrey's Executor v. United States* (295 U.S. 602, 1935).
- Inmigration National Service v. Chadha* (462 U.S. 919, 1983).
- J. W. Hampton Jr. & Co. v. United States* (276 U.S. 394, 1928).
- Lichter v. United States* (334 U.S. 742, 1948).
- Lochner v. New York* (1905).
- Marbury v. Madison* (5 U.S. 137, 1803).
- McCulloch v. Maryland* (1819).

*Mississippi Valley Barge Line Co. v. United States* (292 U.S. 282, 287, 1934).  
*Missouri v. Holland* (1920).  
*Morrison v. Olson* (487 U.S. 654, 1988).  
*Myers v. United States* (272 U.S. 52, 1926).  
*National Labor Relations Board v. Hearst Publications Inc.* (322 U.S. 111, 1944).  
*Norton v. Warner Co.* (321 U.S. 565, 1944).  
*O'Leary v. Brown Pacific-Maxon Inc.* (340 U.S. 504, 1951).  
*Riverside Oil Co. v. Hitchcock* (190 U.S. 316, 1903).  
*Rochester Telephone Corp. v. United States* (307 U.S. 125, 146, 1939).  
*Schechter v. U.S.* (295 U.S. 495, 1935).  
*School of Magnetic Healing v. MacAnnulty* (187 US 94, 96, 1902).  
*St. Joseph Stockyards v. United States* (298 U.S. 38, 46, 1936).  
*Stinson v. United States* (1993).  
*Trevett v. Weeden* (1786).  
*Yakus v. United States* (321 U.S. 414, 1944).  
*Electrometalúrgica Andina c/Provincia de San Juan* (Fallos, 302:150) Argentina.