

REVISTA AMAGIS Jurídica

ISSN 2175-3849. v. 16 - n. 2 (maio-ago. 2024)



REVISTA AMAGIS JURÍDICA

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

REVISTA AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

v. 16, n. 2, maio-ago. 2024



Belo Horizonte

2024

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 16, n. 2, maio-ago. 2024)

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

CONSELHO EDITORIAL

Professora Doutora Alice de Souza Birchall
- Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais (PUC Minas) e Faculdade de Direito de
Contagem (FDCON) - Belo Horizonte - Minas
Gerais, Brasil.

Professor Doutor Álvaro Afonso Pena de
Oliveira Pires - Universidade de Ottawa -
Ottawa, Canadá.

Professora Doutora Cláudia Sofia Oliveira Dias
Monge - Faculdade de Direito da Universidade
de Lisboa - Lisboa, Portugal.

Professor Doutor Elian Pregno - Universidad
de Buenos Aires - Buenos Aires, Argentina.

Professor Doutor José Renato Nalini –
Uniregstral - São Paulo - São Paulo, Brasil.

Professor Doutor Luis Eduardo Rey Vázquez
- Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad de la Cuenca del Plata -
Corrientes, Argentina.

Professor Doutor Manoel dos Reis
Morais – Escola Judicial Edésio Fernandes
(EJEF) e Escola Nacional de Formação e
Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro
Sálvio de Figueiredo Teixeira - Belo
Horizonte - Minas Gerais, Brasil.

Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha
- Universidade do Porto - Porto - Portugal
(licenciado das atividades letivas para o
exercício do cargo de Juiz Conselheiro
do Supremo Tribunal de Justiça – a Corte
Suprema – de Portugal).

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação e editoração gráfica

Maria Rodrigues Mendes

Foto da capa: Rodrigo Albert/TJMG

www.amagis.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Amagis Jurídica. / Associação dos Magistrados Mineiros – vol. 16, n. 2
(maio/ago. 2024) __ Belo Horizonte, MG: Associação de Magistrados Mineiros.

Quadrimestral. 2024.
ISSN 2175-3849

Multilíngue.

1. Direito - periódicos I. Associação dos Magistrados Mineiros.

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada por Helenilza Santana dos Santos
Bibliotecária CRB 13/871

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 7

1

PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS: PLANOS AMERICANO E BRASILEIRO
Aflaton Castanheira Maluf 15

2

REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES Y OMISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN ESTADOUNIDENSE, EN EL ORDEN FEDERAL: UN MODELO EN CONTINUO DESARROLLO
Estela B. Sacristán..... 55

3

IL D.D.L. ITALIANO IN MATERIA DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE
Giuseppe Cassano..... 111

4

DERECHOS HUMANOS Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO
Juan Manuel de Faramiñán Gilbert..... 137

5

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN ARGENTINA, A 30 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994
Luis Eduardo Rey Vázquez..... 217

6

LIBERTAD VS. SEGURIDAD: NUEVAS TENSIONES A
PROPÓSITO DEL CIBERPATRULLAJE Y LA CREACIÓN
DE LA UNIDAD DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL
APLICADA A LA SEGURIDAD

Marcelo Alfredo Riquert 253

7

INTERPRETACIÓN EXPANSIVA EN EL DERECHO
AMBIENTAL

Mario Peña Chacón..... 315

8

COMO SERÁ O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO
IBS/CBS?: QUE TIPO DE CONTENCIOSO QUEREMOS
TER, APÓS A REFORMA TRIBUTÁRIA DO CONSUMO?:
UMA ANÁLISE A PARTIR DOS PROJETOS DE LEI
COMPLEMENTAR QUE PRETENDEM REGULAMENTÁ-LO

Murilo Silvio de Abreu..... 325

9

A PROVA ESTATÍSTICA E A PROVA POR AMOSTRAGEM:
APONTAMENTOS ACERCA DE SUA APLICABILIDADE
NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Roberta Vieira Gemente de Carvalho..... 353

10

EL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL COMO UNA
HERRAMIENTA DEL DERECHO COMPARADO

Victor Hugo Guerra Hernández..... 377

2

REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES Y OMISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN ESTADOUNIDENSE, EN EL ORDEN FEDERAL: UN MODELO EN CONTINUO DESARROLLO¹y²

JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION IN THE UNITED STATES, AT THE FEDERAL LEVEL: A CONTINUOUSLY DEVELOPING MODEL

*Estela B. Sacristán*³

¹ **Como citar este artículo científico.** SACRISTÁN, Estela B. Revisión judicial de las decisiones y omisiones de la administración estadounidense, en el orden federal: un modelo en continuo desarrollo. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 55-110, maio-ago. 2024.

² El presente trabajo reproduce, en lo principal, el ya publicado, bajo el mismo título, en *Revista de Derecho Administrativo*, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, N.º 39 (2024), p. 101-120. Aquí se incorpora un trascendente fallo estadounidense, *Loper Bright Enterprises et al. v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al.*, 603 U.S. ____ (2024), de 28-6-2024, producido cuando aquél estaba siendo publicado.

³ Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires, 2006). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina, 1998). Abogada (Universidad del Museo Social Argentino, 1992). Secretaria del Instituto de Derecho Administrativo (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires), y miembro del Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” de dicha Academia. En el grado, profesora titular de Taller de Doctrina y Jurisprudencia, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Docente

RESUMEN

Lejos de versar acerca de la revisión judicial del accionar administrativo en el orden federal en los Estados Unidos, el presente encara esa temática desde la doctrina de la separación de poderes. Ella permite un estudio de su desarrollo administrativo, congresional y judicial.

Palabras clave: revisión judicial, decisiones y omisiones administrativas, separación de poderes.

ABSTRACT

Far from analyzing the judicial review of administrative action at the federal level in the United States, I approach said subject matter from the separation of powers doctrine, which allows for the study of its administrative, congressional and judicial development.

Keywords: judicial review, administrative action, separation of powers.

SUMARIO. I Introducción. II. Faz administrativa. II.1. ¿Qué regla la APA? II.2. ¿Quién lidera los procedimientos reglados por la APA? II.3. ¿Qué queda sujeto al régimen de revisión judicial de la APA? III. Faz congresional. III.1. La intención del legislador en la APA. III.2. Cómo “lee” la Suprema Corte esa intención del legislador: *Marbury v. Madison* y la presunción de revisabilidad. III.3. Cómo la doctrina “lee” la presunción de revisabilidad. IV. Faz judicial. IV.1. Nociones de organización de la Justicia Federal. IV.1.a. Cortes de Distrito, Cortes de Circuito. IV.1. No hay jurisdicción exclusivamente contenciosoadministrativa. IV.1.c. Presupuestos constitucionales. IV.1.d. Aspectos a controlar inicialmente. IV.2. Margen y estándares de revisión, vistos desde el Tribunal Judicial Revisor. IV.2.a. Estándar de revisión. Decisor. Procedimiento previo. IV.2.b. El “modelo” adoptado por la APA. IV.2.b.1. Actitud

de posgrado en la UBA, CEARE, Universidad Austral, UCA, entre otras instituciones argentinas y extranjeras. Recibió, entre otros, el Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” (1995). Autora de un libro basado en su tesis doctoral, sobre tarifas de los servicios públicos, y autora o coautora de numerosas publicaciones, en el país y en el extranjero. Líneas de investigación: vida, propiedad y libertad. Trabajó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Administración pública, en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, y en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Desde 2005 se desempeña en el sector privado. *E-mail:* es@bgcv.com.ar

del órgano judicial. Espectro deferencial. IV.2.b.2. De novo. IV.2.b.3. “Claro error” o “claramente erróneo”. IV.2.b.4. Evidencia sustancial o razonabilidad. IV.2.b.5. “Arbitrariedad y capricho”. IV.2.b.6. Abuso de discrecionalidad. IV.2.b.7. Veda de revisión judicial. V. Supuesto de “agencias independientes”. V.1. La agencia independiente como delegataria. V.2. La ley delegante como medida de exposición al control judicial. V.3. Modulaciones de la revisión judicial del accionar de agencias administrativas “independientes” y “ejecutivas”. VI. Reflexiones finales. Bibliografía.

I INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva rica en matices históricos, Merrill explica que el legislador, al aprobar el texto de la *APA*, de 1946, “codificó el modelo de revisión judicial basado en la apelación” (*appellate model of judicial review*) (MERRILL, 2010, p. 389). Dicho modelo, según el citado autor, “toma prestada” la relación entre cortes de enjuiciamiento o *trial courts* y la Cortes de Apelaciones en los litigios civiles, relación que, a su vez, remite a la vinculación entre el juez y el jurado.⁴ De tal modo, entran en juego las instituciones propias de la apelación en un juicio civil, y la formación de la decisión en la primera instancia, en la cual se lleva a cabo el juicio.

En su núcleo, la apelación civil “presupone una división de funciones basadas en la distinción entre hechos y derecho.”⁵ En un caso judicial originariamente planteado en sede judicial, de los hechos y del derecho –pero primordialmente de los hechos– se ocupará el *trial court*, al tiempo que, naturalmente, la corte de apelaciones de circuito revisará cuestiones de derecho. Se entiende que la institución iniciante posee mayores habilidades –dadas por la ley– en materia de cuestiones de hecho, y la institución revisora usualmente respetará los hallazgos fácticos efectuados en la instancia judicial inferior.⁶

⁴ *Whitney National Bank v. Bank of New Orleans*, 379 U. S. 411 (1965).

⁵ *Whitney National Bank v. Bank of New Orleans*, 379 U. S. 411 (1965), con cita de Louis (1986). En similar sentido, Carp y Stidman (1998, p. 53-54).

⁶ *Whitney National Bank v. Bank of New Orleans*, 379 U. S. 411 (1965).

La elaboración de la materia “revisión judicial del accionar de la Administración” ha venido a apoyarse en la distinción reseñada en el párrafo precedente. Se trataría de un modelo de cuño judicial, adoptado y elaborado por los jueces, históricamente moldeado por el juego entre la experiencia legislativa y la interpretación jurisprudencial definitiva del ámbito de actuación de la rama judicial cuando ha intervenido previamente un órgano judicial, pero trasplantándose esa actuación a un escenario distinto: el del Tribunal Judicial revisor (por regla, corte de distrito, salvo que revise una corte de circuito de una cámara de apelaciones federal) controlando el accionar de la agencia.

Tal modelo se aplicaría al “accionar” de la agencia (MERRILL, 2010, p. 410, y su cita). A partir de ello, colijo que no distinguiría entre acción u omisión administrativa, adjudicación o elaboración de reglas o regulaciones.

En cierto modo, dicho modelo comenzó a manifestarse como tal en punto a la habilidad del órgano judicial para la revisión de cuestiones fácticas, lo cual puede ilustrarse, como explica Landis (1938), mediante la experiencia en materia de revisión judicial de componentes fácticos de decisiones en materia de tarifas.⁷ Pero tengamos presente las diferencias entre una primera instancia judicial, que decide con previa participación de un jurado, contacto directo del juez con los testigos, y demás, y una agencia administrativa que decide pero que no integra la rama judicial y que, en el mejor de los casos, será una agencia “independiente”.⁸

Ser destinatario del accionar de órgano o ente de la Administración, sea por acción u omisión, no puede significar verse despojado de la protección de las leyes. Ya en el célebre *Marbury v.*

⁷ Ampliar en el clásico Landis (1938, p. 124-155); en p. 124, dice que el área en la cual los Tribunales insisten en que los hallazgos fácticos no pueden ser finales es un “área interesante”, y a partir de allí reseña la línea jurisprudencial que se inicia con *Munn v. Illinois* 94 U. S. 113 (1877). Sobre esa jurisprudencia puede verse Sacristán (2007a, p. 114-119) y Sacristán (2007b, p. 235-242).

⁸ Vuelvo sobre ello en la sección V.

Madison, caso que en sí mismo involucraba la revisión de la decisión del Ejecutivo, el *Chief Justice* Marshall enfatizó que “la esencia misma de la libertad civil ciertamente consiste en el derecho de cada individuo de reclamar la protección de las leyes [...]. Uno de los primeros deberes del gobierno es ofrecer esa protección” (*Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803), 163). Entre esas leyes se incluirá la Constitución, ley de leyes. Y esa protección incluirá la posibilidad de que los jueces “revisen” el accionar de la Administración, posibilidad que puede ser interpretada en forma amplia.

No intento presentar aquí una exposición “exhaustiva” del régimen de revisión judicial del accionar de la Administración en Estados Unidos. Pensemos que hay libros enteros dedicados a ello, como la clásica obra de Jaffe (1965, p. 336) o el ágil volumen de Edwards y Elliot (2018). Mucho menos podría encarar aquí, con el merecido detalle, temas de ricas aristas como la cuestión de la revisión judicial de las cuestiones mixtas de hecho y de derecho.

Antes bien, mi propósito es sólo ofrecer, al lector, una comprensión acerca de los conceptos nucleares comprendidos en la materia de la revisión judicial del accionar administrativo en Estados Unidos en el orden federal, primero considerando un punto de acometida diverso: la visión desde cada uno de los tres poderes o ramas del gobierno. Ello, para luego descender sobre la materia en sí misma, en especial en punto a los estándares de revisión, verdadera “clave de bóveda” que permite comprender los numerosos decisorios que el *case law* o derecho judicial de aquel ordenamiento ofrecen. Ello me permitirá, en general, evaluar la situación en que se hallan las personas frente a la Administración en el ordenamiento seleccionado y habilitará las comparaciones y contrastes que cada lector pueda luego formular ante su propio ordenamiento.

De tal modo, el presente se organiza de la siguiente forma: inicialmente, reseñaré los lineamientos que tomaré en cuenta para el posterior desarrollo, y esos lineamientos comprenden tanto una faz administrativa (sección II), como una faz congresional (sección III)

y una judicial (sección IV). Después encararé, en la sección V, el régimen de la revisión judicial en el supuesto de que haya, involucrada, una “agencia independiente” del Poder Ejecutivo estadounidense. En la sección VI volcaré las conclusiones pertinentes.

II FAZ ADMINISTRATIVA

La faz administrativa del tema que motiva estas líneas lleva a considerar, siquiera en forma muy sucinta, qué regla la Ley de Procedimientos Administrativos o *Administrative Procedure Act*, ó *APA*, y a quiénes alcanza; quién lidera, bajo ella, un procedimiento administrativo; y qué es lo que es pasible de revisión judicial.

II.1 ¿QUÉ REGLA LA APA?

La *APA*, que es una ley federal, codificada, que data en términos generales de 1946, regula dos áreas: procedimientos en sede administrativa, y revisión judicial. Interesa, por su carácter nuclear, la noción de “agency” o agencia.

En lo principal, la *APA*⁹ regla los recaudos procedimentales para la elaboración o revocación de *rules* o reglas o regulaciones, y de *adjudications* o adjudicaciones. Ambos procedimientos ofrecen su versión formal, y su versión informal¹⁰, según haya audiencia formal, en el expediente, o no. La *APA* opera por *default*, razón por la cual prevalecerá la ley sustantiva específica bajo la cual opere la agencia o *agency* de que se trate. “Agencia” es un término que semejaría a lo que en otros ordenamientos se conoce como ente

⁹ Se halla codificada como 5 *United States Code* § 551-559.

¹⁰ En rigor, la *APA* no pronuncia el término “informal,” pero surge implícitamente de sus previsiones y de la doctrina de quienes comentan dicha ley, conf. Rubin (2003, p. 108). De tal modo, existen estas especies: (i) *rulemaking* formal reglado en 5 U.S.C. §§ 553, 556, y 557; (ii) *rulemaking* informal reglado en 5 U.S.C. § 553; y (iii) adjudicación formal reglada en 5 U.S.C. §§ 554, 556, y 557. La (iv) adjudicación informal, como vimos, no se halla reglada en la *APA*. en forma expresa. Ampliar, con provecho, en Carbonell Porrás y Muga (1996).

u órgano de la Administración, con lo que el término incluye órganos o departamentos ejecutivos federales y entes o agencias independientes, mas con las exclusiones que la propia ley fija¹¹. Pacífica jurisprudencia ha excluido, de la noción de *agency* de la *APA*, al Presidente de Estados Unidos¹², con lo cual sus actos no se hallan sujetos a esa ley.

En lo que hace a la revisión judicial, y en forma liminar, vale adelantar que la *APA* hace revisable la mayor parte de lo que se denomina “accionar de la agencia,” sea el mismo acción u omisión¹³.

Con sus variantes, y dada la organización federal estadounidense, el esquema se replicará en cada uno de los 50 estados. Así, cada uno de ellos tendrá, sancionada, su propia *state APA* o *APA* estadual, con su propio régimen estadual de revisión judicial del accionar de las agencias del estado. Ello, sin perjuicio de las previsiones que, en la materia, pueda fijar la Constitución estadual misma, por ejemplo, en materia de revisión judicial de las *rules*.

¹¹ Entre las exclusiones, cabe enumerar: Congreso, cortes de justicia estadounidenses, gobiernos de los territorios o posesiones de Estados Unidos, gobierno del Distrito de Columbia, agencias compuestas por representantes de las partes o representantes de organizaciones de las partes en las disputas determinadas por ellos, cortes marciales y comisiones militares, autoridad militar ejercida en el frente en tiempos de guerra o en un territorio ocupado, entre otros supuestos.

¹² *Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788, en p. 800-801 (1992), en el que se sostuvo que el accionar del Presidente no pueden ser revisado bajo la *Administrative Procedure Act*, rechazándose la inclusión de la Presidencia en la noción de *agency* de la *APA*. En igual sentido, Edwards y Elliot (2018, p. 137).

¹³ *5 United States Code* § 551 (13): “accionar de la agencia” comprende todo o parte de una regla, orden, autorización, sanción, asistencia, o su equivalente o denegatoria, o la omisión de actuar. Se excluirán, por ende, los pedidos de revisión judicial de publicaciones de la agencia en la *web*, y los informes de prensa, y todos aquellos documentos que no tipifiquen en la conceptualización que establece la *APA*.

II.2 ¿QUIÉN LIDERA LOS PROCEDIMIENTOS REGLADOS POR LA APA?

La APA regla lo relativo a las audiencias, tanto en los procedimientos de *rulemaking* como en los de *adjudication* [5 U. S. C. § 556 (a)]. Dichas audiencias aparecen como el núcleo vital del procedimiento administrativo y aquí es donde aparecen las aparentes similitudes con un procedimiento en sede judicial: las audiencias, en el procedimiento administrativo, deben ser conducidas inexorablemente en forma imparcial¹⁴.

La recepción de pruebas podrá ser presidida por un ALJ o *administrative law judge* o “juez de Derecho administrativo¹⁵”. Tengamos en cuenta, en este punto, que el ALJ toma juramento [5 U. S. C. § 556 (c) (1)], recibe pruebas [5 U. S. C. § 556 (c) (3)] y toma testimonios [5 U. S. C. § 556 (c) (4)].

Asimismo, el ALJ efectúa, en lo que aquí más interesa, determinaciones tanto fácticas como jurídicas: establece la APA que el *record* o registro o expediente mostrará la resolución de cada

¹⁴ 5 U. S. C. § 556 (b) (3). Se trata, por cierto, de una imparcialidad incomparable con la de los jueces judiciales, no obstante los permanentes aportes en pos de su perfeccionamiento, y dan cuenta de ello numerosas publicaciones de la *webpage* de la *Administrative Conference of the United States*, www.acus.gov

¹⁵ Las expresiones *hearing examiner* o examinador de audiencia, *hearing officer* o funcionario de audiencias, o *trial examiner* o examinador de juicio se emplean con significado similar. Conf. Wex (2021). En pos de una caracterización de los ALJs, tenemos que tener en cuenta las importantes diferencias entre éstos y los jueces federales de corte de distrito. Primero, los ALJs se vinculan al Artículo I de la Constitución estadounidense, razón por la cual pertenecen a la rama ejecutiva de gobierno federal. El Senado estadounidense no confirma los nombramientos de jueces efectuados bajo el Artículo I de la Constitución. Por el contrario, los jueces federales de corte de distrito son los del Artículo III de la Constitución estadounidense, por lo que son jueces de la rama judicial. El Artículo II de la Constitución estadounidense habilita al Presidente, “por y con el dictamen y consentimiento del Senado,” para nombrar a los *justices* de la Suprema Corte, a los jueces de corte de circuito, y a los jueces de corte de distrito. Otra importante diferencia entre los ALJs y los jueces federales de corte de distrito es que aquéllos conducen las audiencias después de las cuales el ALJ decide. Por el contrario, los jueces federales de corte de distrito conducen las audiencias en las peticiones (*motions*) y en los juicios (*trials*). Luego de un juicio por jurado (*jury trial*), la corte federal de distrito emite un veredicto.

hallazgo, conclusión o excepción presentados. Agrega la ley que todas las decisiones, incluyendo decisiones iniciales, recomendadas y tentativas, son parte del expediente e incluirán una declaración de (A) los hallazgos y conclusiones, y las razones o bases de las mismas, con respecto a todas las cuestiones materiales de hecho, derecho o discrecionalidad presentadas en el expediente; y (B) la adecuada regla, orden, sanción, remedio, o su denegatoria [5 U. S. C. § 557 (c) (3)].

Dadas las palabras de la *APA* –decisiones “iniciales”, “recomendadas” y “tentativas”–, se infiere que las determinaciones jurídicas y fácticas que efectúe el *ALJ* serán, en principio, pasibles de reconsideración o apelables dentro de la estructura de la agencia (*appellate division* de ésta)¹⁶ de conformidad con el específico régimen de procedimientos de la agencia de que se trate, en el camino del agotamiento de la instancia administrativa.

Cabe poner de relieve que un *ALJ* trabaja en forma independiente, en especial respecto de influencias políticas, o de las partes, y de su independencia dependerá su estabilidad. Su remoción se efectúa ante un *board* o cuerpo especial [5 U. S. C. § 7521 (a)].

II.3 ¿QUÉ QUEDA SUJETO AL RÉGIMEN DE REVISIÓN JUDICIAL DE LA APA?

En principio, y en forma liminar, puede decirse que todo el accionar de la *agency*, por acción u omisión, queda sujeto a revisión judicial [5 U. S. C. § 556 (c) (1)]. La *APA* establece que una persona que sufra agravio en razón del accionar de una agencia, o sea afectada en forma adversa o agraviada por el accionar de la agencia dentro de lo significado por una ley relevante, tiene “derecho a la

¹⁶ Por ejemplo, bajo 29 U. S. C. 160 (d), hasta el momento en que se haya efectuado el planteo en sede judicial, de conformidad con lo establecido, el *Board* podrá, en cualquier momento previa notificación razonable y de la manera en que lo considere adecuado, modificar o dejar sin efecto, total o parcialmente, cualquier determinación u orden efectuada o emitida bajo ella.

revisión judicial” de aquél (5 U. S. C. § 702). También prevé la ley el supuesto de omisión pues se incluye expresamente el supuesto que el funcionario haya “omitido actuar” (5 U. S. C. § 702). Tengamos en cuenta que se emplea el término *right* o “derecho” en punto a la disponibilidad de revisión judicial. De tal modo, hay un verdadero “derecho a la revisión judicial.”

III FAZ CONGRESIONAL

Desde la plataforma del Congreso mismo, resulta inevitable inquirir en la cuestión de cuál fue la intención del Legislador en punto a la revisión judicial en el texto legal relevante, y cómo ha “leído” esa intención la Suprema Corte estadounidense.

III.1 LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR EN LA *APA*

Puede advertirse, *prima facie*, que fue intención del Legislador estadounidense fijar, en la *APA*, el margen de revisión, así como los estándares o criterios de revisión judicial (5 U. S. C. § 706).

Respecto del margen de revisión judicial, establece la *APA* que el Tribunal Judicial decidirá *todas las cuestiones relevantes de derecho, interpretará las previsiones constitucionales y legislativas, y determinará el significado o aplicabilidad de los términos del accionar de la agencia* (5 U. S. C. § 706). Las “cuestiones relevantes de derecho” parecerían acotar los supuestos de revisión judicial a las cuestiones jurídicas, excluyendo las cuestiones fácticas. Empero, el sistema se flexibiliza pues, por vía “constitucional” o “legislativa” se puede también argumentar a fin de obtener la revisión de los hechos, sin perjuicio de lo que veremos en el párrafo siguiente.

Según la *APA*, el Tribunal Judicial, revisor de la decisión administrativa, entenderá en aquellas omisiones, dilaciones y accionar que la *APA* detalla. Así, dicho Tribunal Judicial revisor debe compeler aquel accionar de la agencia ilegalmente refrenado o

irrazonablemente demorado. Asimismo, dicho Tribunal Judicial debe determinar la ilegalidad y dejar sin efecto aquel accionar, hallazgos y conclusiones de la agencia que sean: (A) arbitrarios, caprichosos, un abuso de discrecionalidad, o, de otro modo, que no sean conformes a derecho; (B) contrarios al derecho, competencia, privilegio, inmunidad constitucionales; (C) un exceso de la jurisdicción, competencia o limitaciones fijadas en la ley, o carentes de derecho bajo la ley; (D) sin observancia del procedimiento requerido por la ley; (E) no sustentados en evidencia substancial en casos sujetos a las secciones que reglan la *adjudications* y *rulemakings* formales o de cualquier otro modo revisados con base en el registro de una audiencia, ante la agencia, establecida por la ley; (F) no garantizados por los hechos en la medida en que los hechos estarán sujetos a ser juzgados *de novo* por el Tribunal revisor (5 U. S. C. § 706).

Respecto de los estándares o criterios de revisión, y sin perjuicio del desarrollo que se efectúa más adelante, puede adelantarse que aquéllos son los que surgen de la norma recién reseñada. Los autores, empero, suelen agruparlos bajo subtítulos diversos, y ello colaborará con su mejor aprehensión.¹⁷

Las principales limitaciones a la revisión judicial provendrían de tres fuentes: primero, la evidencia sustancial; segundo, la arbitrariedad y capricho; tercero, la interpretación de la ley.

Sintéticamente, el primero se aplica para las *adjudications* y *rulemakings* formales: el Tribunal Judicial revisor convalidará la regla o regulación si es razonable o si hay evidencia de la clase que una “mente razonable” aceptaría a los fines de fundar una conclusión,¹⁸ la agencia suele abandonar aquel accionar suyo que haya sido invalidado en sede judicial bajo el *test* de evidencia sustancial.

El segundo estándar es usualmente aplicado a los *rulemakings* informales, y permite que el Tribunal Judicial revisor identifique

¹⁷ Comparar, en tal sentido, las clasificaciones que pueden verse en: Pierce Junior (2011, p. 77-98); Tawil (1993, p. 209-246); Mairal (2021, p. 635-636).

¹⁸ *Consolidated Edison Co. v. NLBR* (1938): a los fines de sostener una conclusión, se requiere “evidencia sustancial” o adecuada “para una mente razonable.”

“errores de juicio.”¹⁹ Se ha afirmado que “la agency debe examinar la data relevante y articular una explicación satisfactoria sobre su decisión”, incluyendo “una conexión racional entre los hechos y la decisión [...]” para salir indemne de este test.²⁰

El tercer estándar, de interpretación de la ley, otrora materializado en los dos pasos previstos en *Chevron*,²¹ dio origen a la oportunamente denominada doctrina de la deferencia. Esta doctrina, de origen no formal legal sino jurisprudencial, nunca ganó su quicio en el Derecho Administrativo: tuvo que ser acotada a los procedimientos formales, tanto de *adjudication* como de *rulemaking*;²² se acusó su carácter claramente contrario a lo que el Legislador había querido según el texto mismo de la APA.²³ De allí que, afortunadamente, su arquitectura haya sido derribada después de cuatro decenios, en *Loper Bright y Relentless*,²⁴ de 6-8-2024. En este último se concluyó en que “los Tribunales no necesitan, y, bajo la APA, no se hallan habilitados para, deferir a la interpretación que la *agency* efectúe respecto del Derecho sobre la sola base de que la ley sea ambigua.”²⁵

Las razones para tan acertada decisión, por parte de la Corte Suprema estadounidense, ya venían perfiladas —entiendo—:

¹⁹ *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971). Abrogado, por otros fundamentos, por *Califano v. Sanders*, 430 U. S. 99 (1977).

²⁰ *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U. S. 29 (1983) 462. Ello incluirá la conexión racional entre hechos y juicio requeridos para aprobar bajo el estándar de los arbitrario y caprichoso.

²¹ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U. S. 837 (1984).

²² De tal modo, quedaban excluidas de la deferencia de *Chevron* las declaraciones de políticas, los manuales o protocolos de las *agencias*, y otros instrumentos sin fuerza de ley, a diferencia del tratamiento de *adjudications* y *rulemakings* formales, que sí la tienen.

²³ *Consolidated Edison Co. v. NLBR* (1938): a los fines de sostener una conclusión, se requiere “evidencia sustancial” o adecuada “para una mente razonable.”.

²⁴ *Loper Bright Enterprises et al. v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al.*, 603 U.S. ____ (2024).

²⁵ *Loper*, en penúltimo párrafo del voto del J. Roberts. Sobre este fallo, cabe remitir al detallado estudio de Bianchi (2024).

- en leyes específicas, menos exigentes;²⁶
- en decisorios de dicho Tribunal en su actual composición cuya mayoría soslayaba invocar aquel precedente; en sentencias de la justicia federal que hacían lo propio;²⁷
- en sistematizaciones doctrinarias que enumeraban aquellos supuestos en que aquel precedente no tenía cabida;²⁸
- en general, en las muchas y sistemáticas críticas²⁹ que aquella doctrina había merecido por parte de los administrativistas.

Se vuelve sobre ello en la sección V., *infra*.

III.2 CÓMO “LEE” LA SUPREMA CORTE ESA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR: *MARBURY V. MADISON* Y LA PRESUNCIÓN DE REVISABILIDAD

La visión de lo que el Legislador ha querido, desde la Suprema Corte estadounidense, se apoya —como ya se adelantara en la sección

²⁶ Esto habría ocurrido en 2010 cuando se aprobó la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, que fijó estándares mucho menos deferentes que los de *Chevron*.

²⁷ Ver las enumeradas en *Lopez Brightr*, nota al pie 7 del voto del *J. Roberts*.

²⁸ Edwards y Elliot (2018, p. 237) enumeran los cinco supuestos en que no se acordará deferencia *Chevron*: (i) esa doctrina sólo opera cuando el accionar de la agencia tiene la fuerza de la ley; (ii) los Tribunales Judiciales pueden negarse a ser deferentes hacia la interpretación de la ley efectuada por la agencia —ley que esa agencia administra— si el accionar en disputa se sustenta sólo en una delegación implícita del Congreso a favor de la agencia e involucra cuestiones de política social o económica de importancia; (iii) no se debe ninguna deferencia, bajo *Chevron*, cuando la agencia actúa, pero no lo hace empleando la autorización que recibiera por delegación; (iv) no merece deferencia una pretensión procesal planteada por los letrados de una agencia si dicha pretensión no se basa en un accionar de la agencia que tenga fuerza de ley; (v) la interpretación que la agencia efectúe, respecto de una ley formal cuya administración no se halle a su exclusivo cargo, tampoco merece deferencia *Chevron*.

²⁹ Diversas sólidas críticas a la doctrina *Chevron*, en el ámbito legislativo estadounidense, pueden verse en: United States (2016). Además, en Argentina, ha formulado adecuadas advertencias, sobre esta doctrina, Cassagne (2016, p. 86). Ver, asimismo, García de Enterría (1998); Bianchi (2009); Bianchi (2024).

I, *supra*– en la siempre vigente doctrina de *Marbury v. Madison*.³⁰ En dicho célebre decisorio, en el cual se hallaba en juego el accionar de la rama Ejecutiva,³¹ el *Chief Justice* Marshall insistió en que la libertad civil consiste en poder reclamar la protección de las leyes.

Más tarde, en un caso tal vez menos conocido, *United States v. Nourse*,³² el *Chief Justice* recordó la tradicional observancia de este derecho de reclamar, y sentó los cimientos para la moderna presunción de revisión judicial:

Suscitaría alguna sorpresa si, en un gobierno de leyes y de principios dotado de una rama cuya adecuada responsabilidad es decidir cuestiones jurídicas, no solo entre las personas, sino entre el gobierno y las personas, un funcionario ministerial pudiera, según su discrecionalidad, dar inicio a este poderoso proceso y gravar a la persona, tierras y bienes del deudor por cualquier suma que considere adeudada, dejándole al deudor ningún otro remedio que no sea apelar a las leyes de su país si creyera que es injusto el gravamen. Pero esta anomalía no existe; la imputación no puede ser adjudicada a la Legislatura de los Estados Unidos. [...].

³⁰ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 163 (1803). Se sigue Gaffney (2020).

³¹ En el caso se hallaba en juego, en primer lugar, la decisión de la rama Ejecutiva, y no la decisión del Congreso. Por ende, *Marbury* vino a ser un decisorio de Derecho administrativo. En tal sentido, Merrill (2004, p. 481). Recordemos que, en *Marbury*, se hallaban involucrados un funcionario, James Madison, Secretario de Estado del Presidente Thomas Jefferson; y un particular agraviado, William Marbury, quien había sido nominado por el Presidente Adams y confirmado por el Senado como juez de paz del Distrito de Columbia por un período de cinco años. Marbury reclamaba por una omisión del Secretario Madison, quien no le había notificado la designación que le permitiría asumir sus funciones como juez. Sin recibir esa notificación, Marbury no iba a poder asumir sus funciones. De acuerdo con la ley entonces vigente, el Tribunal Judicial que iba a tener que entender en el planteo de Marbury era la Suprema Corte de los Estados Unidos. Ante ella, en competencia originaria, planteó Marbury su demanda, en pos de obtener una resolución, emanada de la Corte, que le ordenara a Madison entregar la notificación. Consideremos que la Suprema Corte efectuó una revisión casi *de novo*, concluyendo en su incompetencia, bajo la Constitución, para entender en el planteo de Marbury toda vez que una ley del Congreso no podía constitucionalmente ampliar la competencia originaria prefijada en la Norma Fundamental.

³² *United States v. Nourse*, 34 U. S. 8 (1835) 8-9.

Más de un siglo después, en *Bowen*,³³ la Suprema Corte estadounidense recordó ambos precedentes y sostuvo:

Comenzamos con la fuerte presunción de que el Congreso tiene la intención de que haya revisión judicial del accionar administrativo. Desde el inicio, ‘nuestros casos [han establecido] que la revisión judicial del accionar final de una agencia, por parte de una persona agraviada, no será impedida a menos que haya una persuasiva razón para creer que ese fue el propósito del Congreso.’ *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U. S. 136, 140 (1967) (y sus citas). Ver, en general, L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action* 339-353 (1965). [...] Comisiones de ambas Cámaras del Congreso han avalado este punto de vista.³⁴

Esta es la senda jurisprudencial, nacida en *Marbury v. Madison*, que ha permitido la elaboración y consagración de la denominada “presunción de revisión judicial,” que se proyecta sobre toda la *APA* (GAFFNEY, 2020, p. 1) y que ha sido reafirmada en el reciente fallo *Loper Bright* en tanto los Tribunales no deferirán a la interpretación que la *agency* efectúe respecto del Derecho sobre la sola base de que la ley sea ambigua. Ello permite enfocar a la revisión judicial –en especial desde la visión del órgano judicial que la lleva a cabo, pero también desde la visión del legislador– en forma armónica con la doctrina de la separación de poderes y de los poderes limitados y controlados, y respetando la sana intención del Legislador congresional al redactar y aprobar la *APA*.

III.3 CÓMO LA DOCTRINA “LEE” LA PRESUNCIÓN DE RE-VISIBILIDAD

La presunción acerca del derecho a la revisión judicial ha sido consagrada por Jaffe en los siguientes términos:

³³ *Bowen v. Academy of Family Physicians*, 476 U. S. 667 (1986).

³⁴ *Bowen v. Academy of Family Physicians*, 476 U. S. 667 (1986) 670-671.

En nuestro sistema [...] un individuo cuyo interés se halla afectado por el accionar administrativo de forma aguda e inmediata, tiene, probablemente, derecho a asegurarse en algún punto una determinación judicial de la validez de aquel. [...] Esta es, para mí, la enseñanza de nuestra historia y tradición. Es nuestro *common law*, y en menor medida el corolario de nuestras constituciones. Soy muy consciente de que esta afirmación puede ser criticada por constituir una generalidad fútil, vacía, inútil. Pienso, por el contrario, que es una afirmación importante, y que si la adopta una corte, podría convertirse en un factor crucial hacia la decisión a revisar. En la mayoría de los casos, las leyes o los decisorios de *common law* dejan en claro la revisibilidad del accionar administrativo a disposición de al menos una o más clases de potenciales actores. Pero en los casos de ambigüedad legislativa o de silencio, y en nuevas situaciones en las que hay factores a favor y en contra, el asunto de la revisibilidad puede tornarse agudo. En tales situaciones, la presunción de revisibilidad juega un rol decisivo. [...] Existe [...] una amplia variedad de grados de revisibilidad tanto del derecho como de los hechos. Empero, las fórmulas de margen de revisión [...] han ido por un proceso de generalización y de simplificación. En la mayoría de los casos el margen de revisión, sea legislativo o *common law*, es prácticamente el mismo. Aquí el propósito es tratar en forma primaria –aunque no exclusivamente– acerca de la revisión judicial vel non, acerca del ‘derecho’ a la revisión a disposición de personas cuyo interés es, verdaderamente, supremo e inmediato (JAFFE, 1965, p. 336).

De este modo, Jaffe deja sentado el verdadero “derecho” a la revisión judicial y, más importante aun, la “presunción” de revisibilidad, sobre todo en supuestos de ambigüedad o silencio de la ley formal. Su postura fue recordada al revocarse la restrictiva “doctrina *Chevron*” en *Loper Bright*.³⁵

IV FAZ JUDICIAL

A fin de encarar, en su faz judicial, la temática de la revisión judicial del accionar de una agencia, bajo la *APA*, se torna menester,

³⁵ *Loper Bright Enterprises et al. v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al.*, 603 U.S. ____ (2024), p. 16.

primero, recordar, siquiera en forma sucinta, algunas generalidades sobre la organización judicial estadounidense (sección a), para luego reseñar los estándares de revisión judicial del accionar de la *agency* vistos desde la rama judicial (sección b).

Tengamos, liminarmente, presente que las cortes federales tienen jurisdicción en casos que involucren:

- i. al gobierno de los Estados Unidos;
- ii. la Constitución o las leyes federales;
- iii. las controversias entre los estados o entre el gobierno estadounidense y los gobiernos extranjeros.

De allí que un reclamo de un cobro de Seguridad Social tramite ante la justicia federal. En cambio la mayoría de las cuestiones de Derecho de familia se litigarán ante las cortes estatales toda vez que la jurisdicción otorgada por la Constitución a favor de las cortes federales no incluye tal materia (Conf. UNITED STATES COURTS, 2024a).

IV.1 NOCIONES DE ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA FEDERAL

En Estados Unidos, en el orden federal,³⁶ y en lo que aquí interesa, hay cortes de circuito o *circuit courts*, y cortes de enjuiciamiento o *trial courts*. Cada *trial court* se halla a cargo de un *district court judge* o juez de corte de distrito. Existen más de 670 jueces de corte de distrito en todo el país (se sigue UNITED STATES, 2024). La decisión de la corte de distrito es apelable ante la corte de circuito competente. Hay 12 circuitos en todo el país.³⁷ Cada corte de circuito tiene una cantidad variable de jueces; por ejemplo, 6 en el Primer Circuito; 21 en el Noveno Circuito.

³⁶ En general, puede verse Bianchi y Sacristán (2020, p. 383-408).

³⁷ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 163 (1803). Se sigue Gaffney (2020).

Ante las cortes de distrito se registran los hechos (*factual record*) (CARP; STIDMAN, 1998, p. 25); dichas cortes resuelven disputas fácticas relevantes;³⁸ y sólo ante ellas se toman testimonios de testigos. También efectúan determinaciones de credibilidad sobre dichos testimonios.³⁹ Además, el juez de distrito resolverá con previa participación de un jurado (ampliar en BIANCHI, 1999), sean las causas civiles o penales, y el fallo será a favor del actor o demandado (causas civiles) o se resolverá el carácter culpable o inocente del acusado (casos criminales) (RUGG, 2019). En los casos civiles, se otorga enorme importancia a la etapa previa al inicio juicio, privilegiándose el arribo a un acuerdo a fin de evitar este último.⁴⁰

Respecto de las cortes de circuito, los casos en los que entienden siempre habrán sido discutidos en algún otro foro, judicial o no (CARP; STIDMAN, 1998, p. 44). Cualquier caso resuelto por la *district court* puede ser apelado ante la *circuit court*, haya sido resuelto en forma definitiva, o incluso, en algunos casos, si procediere la apelación interlocutoria. Las apelaciones contra la decisión de la corte de distrito son primero escuchadas por un *panel* compuesto por 3 jueces de Corte de circuito; luego, las partes presentan alegatos escritos donde arguyen por qué la decisión de la instancia anterior tiene que ser confirmada o revocada. Luego de la presentación de estos alegatos, la corte de circuito fijará fecha para la audiencia oral,⁴¹ en la cual los letrados, ante la corte de circuito, formularán sus argumentos y contestarán las preguntas que les formulen los jueces.⁴² Las cortes de circuito “reciben” las determinaciones fácticas efectuadas en la instancia judicial anterior,⁴³ y corrigen errores

³⁸ Cueto Rúa (2006, p. 200) enseña que los hechos quedan fijados ante el juez de primera instancia previa selección de los mismos por parte de él.

³⁹ Estarán personalmente en contacto con cada testigo en la sala de audiencias.

⁴⁰ Bajo 28 U. S. C. § 651, cada corte federal de distrito “creará e implementará su propio programa de resolución alternativa de disputas” a fin de promover el empleo de resolución alternativa de disputas en todas las acciones civiles en ese distrito.

⁴¹ Que puede durar, en total, 10 minutos, o 15; en algunas cortes de circuito, 30 minutos.

⁴² *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 163 (1803). Se sigue Gaffney (2020).

⁴³ Se halla bien establecida la regla de que la búsqueda de los hechos es responsa-

legales, jurídicos, en los que puedan haber incurrido los jueces de distrito; desarrollan el derecho y establecen precedentes. Como el *panel* estará integrado por tres jueces, se necesitarán al menos dos jueces para revocar lo decidido en la instancia anterior, y al tratarse de una corte de apelación, su competencia será menos amplia.⁴⁴ El paradigma es que los hallazgos fácticos, por parte de la corte de distrito, serán pasibles de muy limitada revisión en la apelación, en un contexto de deferencia judicial; y las conclusiones de derecho, en la apelación, serán pasibles de revisión *de novo*.⁴⁵

Algunas características, de relevancia para este trabajo, que presenta la organización de la justicia federal en Estados Unidos, son las siguientes.

IV.1.A CORTES DE DISTRITO, CORTES DE CIRCUITO

La jurisdicción de los Tribunales Federales es de fuente legal formal. Según 28 U. S. C. § 1331, quienes tienen, por regla, jurisdicción exclusiva para revisar cualquier accionar revisable de la Administración, son las cortes de distrito. Ello, salvo que la ley específica, u otra ley, dispongan que entienda una corte de circuito (conf. EDWARDS; ELLIOT, 2018, p. 145), que es una corte de apelaciones.

bilidad básica de las *district courts*. Conf. *Pullman-Standard v. Swint*, 456 U. S. 273 (1982) 291. Lo explica muy claramente Frank (1949, p. 4): “Hay dos clases de corte. Una, llamada *trial court*, lleva a cabo ambas partes de la tarea judicial; tanto determina los hechos como aplica las reglas. La otra clase, llamada cortes superiores, cortes de apelaciones, usualmente hacen muy poco respecto de los hechos de los casos. Estas cortes dedican la mayor parte del tiempo a decir, en grado de apelación, si las cortes inferiores, en casos en particular, incurrieron en errores respecto de las reglas. Las determinaciones fácticas por parte del *trial court* son la parte más ardua de la función judicial.”

⁴⁴ Bowen v. Academy of Family Physicians, 476 U. S. 667 (1986).

⁴⁵ Edwards y Elliot (2018, p. 7), con cita de *Salve Regina Coll. v. Russell*, 499 U.S. 225 en 231-233 (1991), este simple test en dos partes deriva de la firme creencia de que, dadas las respectivas ventajas institucionales de las cortes de enjuiciamiento y de las cortes de apelaciones, la interpretación jurídica se lleva a cabo mejor en el nivel de apelación, y los hallazgos fácticos, en el nivel del enjuiciamiento.

Muchas leyes específicas colocan la revisión judicial del accionar de la Administración en forma “originaria” o directa en las cortes de circuito, y, en este último supuesto, el otorgamiento de jurisdicción es exclusivo,⁴⁶ y de interpretación restrictiva.⁴⁷

Cuando la revisión judicial tiene inicio en la corte de distrito, la revisión de la decisión de ésta se rige por los mismos estándares que gobiernan la revisión ante la cámara de apelaciones, y cuando, bajo 28 U. S. C. § 1291, se lleve, la apelación contra la decisión final de la corte de distrito, a la corte de circuito, el Tribunal en grado de apelación no será deferente hacia el decisor judicial anterior: “Revisamos el accionar administrativo directamente, sin acordar ninguna deferencia en particular hacia el decisorio de la Corte de Distrito.”⁴⁸

En virtud de aquel “doble sistema”, en el que, según los supuestos, puede intervenir una corte de distrito o, en su caso, una corte de circuito, me referiré, en lo sucesivo, al “Tribunal Judicial revisor”, genéricamente, aludiendo al Tribunal que ejerce la revisión judicial, independientemente de que sea una corte de distrito o una corte de circuito.

IV.1.B NO HAY JURISDICCIÓN EXCLUSIVAMENTE CON- TENCIOSOADMINISTRATIVA

En Estados Unidos, en el orden federal, la jurisdicción es territorial; cada juez de distrito podrá entender en causas civiles o penales; las causas se distribuyen entre los jueces según la

⁴⁶ *Whitney National Bank v. Bank of New Orleans*, 379 U. S. 411 (1965).

⁴⁷ Davis y Pierce (1994) mencionan el ejemplo de una ley que confiere, a efectos de la revisión judicial, jurisdicción a la corte de apelaciones en el supuesto de órdenes emitidas después de una audiencia pública; si la agencia decide que no se llevará a cabo una audiencia pública, esa decisión no será apelable ante una corte de apelaciones. *AMVAC Chemical Corp. v. EPA*, 653 F.2d 1260 (9th Cir. 1981) (ampliar en DAVIS; PIERCE, 1994, p. 176-177).

⁴⁸ *Mingo Legan Coal Co. v. EPA*, 829 F.3d 710 (D.C. Cir. 2016) 718.

especialización de cada uno.⁴⁹ La revisión judicial del accionar del órgano o ente de la Administración estadounidense carece de un fuero especializado en litigios administrativos.

IV.1.C PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES

En este renglón deben incluirse, al menos: primero, la doctrina de la separación de poderes, que los jueces aplicarán, velando por que la *agency* no se arrogue funciones de otra rama del gobierno pues rige el principio de asignación de la competencia, a la agencia, por ley; segundo, la doctrina de la delegación legislativa, que los jueces aplicarán para verificar el margen de competencia que la agencia posee bajo la ley que la crea; y, tercero, el mandato del debido proceso, conforme al cual los jueces asegurarán que nadie pueda ser privado de su vida, propiedad o libertad por la sola decisión de una agencia administrativa.

IV.1.D ASPECTOS A CONTROLAR INICIALMENTE

Entre otros aspectos (remito a CARP; STIDMAN, 1998, p. 47-61), y con ecos de *Marbury*, se controlará que haya un agraviado por el accionar administrativo, verificándose si hay legitimación; gravamen de hecho;⁵⁰ causalidad, v.gr., conexión entre el gravamen

⁴⁹ Los métodos de asignación de causas entre los jueces son variables. La consideración básica es la distribución equitativa y evitar el *judge shopping*. Por ley, el *chief judge* de cada corte de distrito debe velar por que se cumplan las normas y órdenes del Tribunal en materia de asignación de causas. Cada corte tiene, escritas, sus reglas de asignación de causas. La mayoría de las cortes emplea alguna clase de sorteo. Un método simple es rotar los nombres de los jueces disponibles. A veces, los jueces con cierta especialidad reciben ciertas causas (casos criminales complejos; casos sobre asbestos). El beneficio de este sistema es que aprovecha la especialización desarrollada por algunos jueces en ciertas áreas. Existen sistemas para controlar si hay algún conflicto que tornaría impropio que un juez presida un caso en particular. Conf. United States Courts (2024b).

⁵⁰ *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972); *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U. S. 555 (1992).

y el accionar de la agencia; ⁵¹ reparabilidad (CUETO RÚA, 2006, p. 200); zona de interés protegida por la ley formal o regulación.⁵²

Se verificará si la *agency* esté alcanzada por la ley específica que establece la revisión, y si esa ley específica autoriza la revisión judicial: ocurre que hay leyes que podrían excluirla o limitarla. Vuelvo sobre ello, al referirme a la “veda de revisión judicial.”

Se estudiará si el accionar de la *agency* es final, y se controlará que no haya otro remedio adecuado en un Tribunal Judicial con respecto a ese accionar toda vez que la ley específica podría establecer un remedio específico diferente a efectos de la revisión judicial. También se verificará si hubo agotamiento de la vía administrativa, y que el caso no sea de jurisdicción primaria administrativa.

Por último, la *APA* parece vedar la revisión judicial de las decisiones discrecionales, y ello no debería sorprender a la luz del antiguo precedente *Curran*, caso en el cual era la ley misma la que confería discrecionalidad [*Curran v. Laird*, 420 F.2d 122 (1954)]. Sin embargo, como veremos *infra*, también las decisiones discrecionales han hallado su sendero hacia una sistematización de criterios para su análisis en ocasión de la revisión judicial, si bien con un cierto posicionamiento en el espectro de grados de deferencia del órgano judicial hacia la agencia,⁵³ y de conformidad con ciertos estándares jurisprudenciales.

⁵¹ *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U. S. 555 (1992).

⁵² Aunque según el *Justice* Scalia, en *Lexmark, International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 572 U. S. 118, 127 (2014), dicho test de la zona de interés resultaba ajeno, y debían emplearse herramientas tradicionales para interpretar la legitimación conferida por la ley. Cfr. *Bank of America Corp. v. City of Miami*, n.º 15-1111, *slip opinion*, p. 5 (Mayo 1, 2017), confirmando el criterio de que el test de la zona de interés hace a una investigación de si la ley, que confiere causa para accionar, comprende el reclamo del litigante.

⁵³ Tales los fijados en *Pierce v. Underwood*, 487 U. S. 552 (1988). Ver Davis (2000, p. 64-67).

IV.2 MARGEN Y ESTÁNDARES DE REVISIÓN, VISTOS DESDE EL TRIBUNAL JUDICIAL REVISOR

El tema de este acápite involucra tener en cuenta, primero, una definición siquiera operativa de “estándar de revisión;” con ese concepto en mente, se podrá encarar la afirmación de la doctrina (MERRILL, 2011) en punto a que, de los modelos usuales de revisión judicial (v.gr., el propio del siglo XIX, basado en la bipolaridad; el basado en la jurisdicción o modelo *ultra vires*, como en Reino Unido; y el basado en la apelación judicial), en Estados Unidos, en el orden federal, el legislador, al sancionar la *APA*, habría optado por consagrar este último.

IV.2.A ESTÁNDAR DE REVISIÓN. DECISOR. PROCEDIMIENTO PREVIO

Tiene que tenerse presente, en forma liminar, y en el campo de la revisión judicial en general, que, como explica Davis, los estándares de revisión pueden ser considerados como aquellos que miden el grado de deferencia o respeto debido, por un Tribunal Judicial que revisa, hacia la decisión bajo revisión; la expresión describe la autoridad positiva que la corte de apelación esgrime en su revisión; también define la relación y el poder compartido entre los decisores (DAVIS, 1988, p. 470).

Esos decisores serán,⁵⁴ en ocasiones, la *trial court*, y la *circuit court* como Tribunal revisor, o incluso el jurado y la *circuit court* como Tribunal revisor entre otros supuestos. En otras ocasiones –que son las que aquí más interesan–, esos decisores serán, respectivamente, la agencia administrativa, por un lado, y el Tribunal Judicial revisor, por el otro.

⁵⁴ Davis enumera cinco distintos tipos de decisores, pero, en lo que aquí interesa, estimo relevantes el jurado, el juez del *trial court* y la agencia. Ver Davis (1988, p. 471). También considera solo los tres decisores enumerados Louis (1984, p. 994).

Pero la escena no es totalmente binaria: Davis señala que las agencias, ocasionalmente, llevan adelante lo que parecería ser un procedimiento administrativo de tipo penal o que redundan en una sanción (lo cual –vale tenerlo muy en cuenta– no significará que la agencia administrativa lleve adelante un enjuiciamiento penal o criminal). Asimismo, puede recordarse que, desde la perspectiva general, la decisión bajo revisión podrá ser el resultado de uno de cuatro tipos de procedimientos que se hayan llevado a cabo previamente:

- i. civil;
- ii. criminal o penal;
- iii. administrativo formal; y
- iv. administrativo informal (DAVIS, 1988, p. 471).

¿Qué función tendría el estándar de revisión, en general? La “función nuclear”⁵⁵ de un estándar de revisión será definir el “adecuado rol del Tribunal revisor” al resolver acerca de la conducta de otros decisores⁵⁶ identificando el “grado de deferencia otorgado, por el Tribunal revisor, a la decisión bajo revisión.” (conf. DAVIS; CHILDRESS, 1986, p. 465). Ahora, ¿qué incidencia tendría este aserto en el específico ámbito de la revisión judicial del accionar de la agencia administrativa? Veamos:

IV.2.B EL “MODELO” ADOPTADO POR LA APA

Desde una perspectiva rica en matices históricos, Merrill explica que el legislador, al aprobar el texto de la APA, de 1946, “codificó el modelo de revisión judicial basado en la apelación” (*appellate model of judicial review*) (MERRILL, 2010, p. 389). Dicho modelo, según el citado autor, “toma prestada” la relación

⁵⁵ *Nelson v. State*, 68 P.3d 402, 406 (Alaska Ct. App. 2003).

⁵⁶ *Evans v. Eaton Corp Long Term Disability Plan*, 514 F.3d 315, 320 (4th Cir. 2008).

entre cortes de enjuiciamiento o *trial courts* y la Cortes de Apelaciones en los litigios civiles, relación que, a su vez, remite a la vinculación entre el juez y el jurado.⁵⁷ De tal modo, entran en juego las instituciones propias de la apelación en un juicio civil, y la formación de la decisión en la primera instancia, en la cual se lleva a cabo el juicio.

En su núcleo, la apelación civil “presupone una división de funciones basadas en la distinción entre hechos y derecho.”⁵⁸ En un caso judicial originariamente planteado en sede judicial, de los hechos y del derecho –pero primordialmente de los hechos– se ocupará el *trial court*, al tiempo que, naturalmente, la corte de apelaciones de circuito revisará cuestiones de derecho. Se entiende que la institución iniciante posee mayores habilidades –dadas por la ley– en materia de cuestiones de hecho, y la institución revisora usualmente respetará los hallazgos fácticos efectuados en la instancia judicial inferior.⁵⁹

La elaboración de la materia “revisión judicial del accionar de la Administración” ha venido a apoyarse en la distinción reseñada en el párrafo precedente. Se trataría de un modelo de cuño judicial, adoptado y elaborado por los jueces, históricamente moldeado por el juego entre la experiencia legislativa y la interpretación jurisprudencial definitiva del ámbito de actuación de la rama judicial cuando ha intervenido previamente un órgano judicial, pero trasplantándose esa actuación a un escenario distinto: el del Tribunal Judicial revisor (por regla, corte de distrito, salvo que revise una corte de circuito de una cámara de apelaciones federal) controlando el accionar de la agencia.

Tal modelo se aplicaría al “accionar” de la agencia (MERRILL, 2010, p. 410, y su cita). A partir de ello, colijo que no distinguiría entre acción u omisión administrativa, adjudicación o elaboración de reglas o regulaciones.

⁵⁷ Whitney National Bank v. Bank of New Orleans, 379 U. S. 411 (1965).

⁵⁸ Whitney National Bank v. Bank of New Orleans, 379 U. S. 411 (1965), con cita de Louis (1986). En similar sentido, Carp y Stidman (1998, p. 53-54).

⁵⁹ Whitney National Bank v. Bank of New Orleans, 379 U. S. 411 (1965).

En cierto modo, dicho modelo comenzó a manifestarse como tal en punto a la habilidad del órgano judicial para la revisión de cuestiones fácticas, lo cual puede ilustrarse, como explica Landis (1938), mediante la experiencia en materia de revisión judicial de componentes fácticos de decisiones en materia de tarifas.⁶⁰ Pero tengamos presente las diferencias entre una primera instancia judicial, que decide con previa participación de un jurado, contacto directo del juez con los testigos, y demás, y una agencia administrativa que decide pero que no integra la rama judicial y que, en el mejor de los casos, será una agencia “independiente.”⁶¹

IV.2.B.1 ACTITUD DEL ÓRGANO JUDICIAL. ESPECTRO DEFERENCIAL

Ya vimos que un estándar de revisión estaría enderezado a evaluar lo resuelto por otro decisor, y reflejaría grados de deferencia hacia éste. Ello, en el tema que nos ocupa, se traduciría en diversos grados de respeto, por parte del Tribunal Judicial revisor, hacia el accionar de la agencia.

Deben considerarse, en este punto, y respecto de ese respeto o deferencia, las tensiones que provoca la doctrina de la separación de poderes: no se quiere que la rama judicial “usurpe” competencia de la agencia administrativa; pero, al mismo tiempo, tampoco se quiere que la rama legislativa, mediante la leyes, “sustraiga” poder de revisión que naturalmente el órgano judicial posee; y –es claro–, tampoco se quiere que la agencia administrativa, ajena a la rama judicial, le “imponga,” a ésta última, su decisión.

Con base en las “variables” de una tabla comparativa elaborada por la doctrina (DAVIS, 1988, p. 471),⁶² podemos tomar nota de las

⁶⁰ Ampliar en el clásico Landis (1938, p. 124-155); en p. 124, dice que el área en la cual los Tribunales insisten en que los hallazgos fácticos no pueden ser finales es un “área interesante”, y a partir de allí reseña la línea jurisprudencial que se inicia con *Munn v. Illinois* 94 U. S. 113 (1877). Sobre esa jurisprudencia puede verse Sacristán (2007a, p. 114-119) y Sacristán (2007b, p. 235-242).

⁶¹ Vuelvo sobre ello en la sección V.

⁶² En similar sentido, Rugg (2019) y su remisión a Davis (1988).

diversas actitudes del Tribunal Judicial hacia la *agency* en lo que aparecería como un espectro o *spectrum*, y algunas particularidades:

IV.2.B.2 DE NOVO

Primero, no habrá deferencia alguna hacia la agencia en aquellos casos en que se deba juzgar, *de novo*, en sede del Tribunal Judicial revisor. Siguiendo el esquema de revisión apelada, se tratará de una revisión plenaria, independiente, meticulosa y libre, en la que se encarará el asunto como si se recreara una (imaginaria) primera audiencia en sede administrativa. En este poco frecuente supuesto, habrá que ver si la ley específica aplicable, en forma expresa, permite que, ante el Tribunal Judicial revisor, se juzguen, de *novo*, hechos y derecho provenientes de la agencia administrativa.⁶³ En caso afirmativo, el Tribunal Judicial revisor podrá basarse en el expediente o registro administrativo, o crear uno suyo (DAVIS; CHILDRESS, 1986, § 15.2).

Sin perjuicio de claros ejemplos que cita la doctrina (MAIRAL, 2021, 635), incluyendo la generalizada revisión *de novo* cuando los procedimientos de determinación de los hechos por la agencia resultan inadecuados (BENDOR; YADIN, 2019, p. 377), es ilustrativo el supuesto de 8 U. S. C. § 1252(b)(5)(B), sobre revisión judicial de órdenes de expulsión. Dicha norma, con sano criterio establece que, si el peticionante alega ser un nacional de los Estados Unidos, y la corte de apelaciones resuelve que se presenta una genuina cuestión fáctica en punto a la nacionalidad del peticionante, esa corte transferirá el procedimiento a la corte de distrito de los Estados Unidos correspondiente al distrito judicial en el cual el peticionante reside para una nueva audiencia sobre el reclamo de nacionalidad y una decisión sobre tal reclamo “como si la acción hubiera sido iniciada ante la corte de distrito [...]”

⁶³ La ley expresamente tiene que permitir que se juzgue *de novo*. El silencio o ambigüedad de la ley se entenderá como negativa (CASS; DIVER; BEERMANN, 1994, p. 185). En igual sentido, Davis (1988, p. 475).

IV.2.B.3 “CLARO ERROR” O “CLARAMENTE ERRÓNEO”

Segundo, tendría que haber un mínimo respeto o deferencia por parte de un Tribunal Judicial revisor cuando opere el estándar de “claro error” o estándar de lo “claramente erróneo.” Esta es la clase de error que crea una firme convicción en el juzgador acerca de dicho error.⁶⁴ Sin embargo, se debate si este estándar, propio del régimen de apelación civil bajo la regla 52(a) de las respectivas Reglas Federales de Procedimiento Civil y hábil para revisar con escasa deferencia las determinaciones fácticas de la *trial court* (ampliar en RUBIN, 2003, p. 128), se aplica a la revisión de las determinaciones fácticas de una agencia.⁶⁵ Alternativamente, se aplicaría el estándar de razonabilidad o “evidencia sustancial” previsto en la *APA*.

IV.2.B.4 EVIDENCIA SUSTANCIAL O RAZONABILIDAD

Tercero, el estándar de razonabilidad o de “evidencia sustancial,”⁶⁶ y sus especies, *rational basis review* y *hard look doctrine*,⁶⁷ presenta mínima deferencia. Este estándar opera tanto para revisar decisiones de un jurado como para revisar ciertas decisiones de la agencia administrativa.

⁶⁴ *U.S. v. Gypsum Co.*, 333 U.S. 364 (1948) 394-395: bajo las *Federal Rules of Civil Procedure*, Regla 52(a), un hallazgo fáctico, por parte del *trial court*, es ‘claramente erróneo’ cuando, si bien hay evidencia para sustentarlo, el Tribunal Judicial revisor, ante la evidencia toda, queda con la convicción definitiva y firme de que se cometió un error.

⁶⁵ A favor de su aplicación para hechos históricos y hechos que producen hechos finales generadores de principios, Louis (1984, p. 1001 y sus citas). En contra, pues solo se aplicaría a los hallazgos fácticos de jueces y magistrados: Davis (1988, p. 471); Rugg (2019, p. 3), quien propicia la aplicación del estándar de “evidencia sustancial,” que enseguida recordaremos.

⁶⁶ Originado ya en *U. S. v. Union Pacific R. Co.*, 226 U. S. 61 (1912) 84, en el cual se afirmó: “esta Corte declaró que se debe dar, a la ley, una interpretación razonable,” criterio posteriormente recogido en la *APA*.

⁶⁷ *Motor Vehicle Manufacturers Association of U.S., Inc. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983), en el cual se sostuvo que la Corte de Apelaciones había errado al no “intensificar el margen de su revisión con base en su lectura de los hechos legislativos.”

En el caso del jurado, el margen para la revisión de sus determinaciones fácticas es muy estrecho y el veredicto quedará incólumne, salvo no haya “evidencia sustancial” que lo respalde.⁶⁸ En el caso de la agencia, este estándar podrá conllevar menos o más deferencia que en un litigio civil (DAVIS, 1988, 478), y será hábil para la obtención de la revisión del accionar “formal” de la *agency*, es decir, el que se produce luego de una audiencia formal que conste en el expediente. La revisión bajo el estándar de “evidencia sustancial,” originariamente previsto en una antigua ley,⁶⁹ está consagrado en *APA* § 706(2)(E), y se aplica tanto a las *adjudications* formales como a los *rulemakings* formales. Esa aplicación, a su vez, exige distinguir entre dos supuestos, que hacen a cómo llegó la agencia a su decisión, y a otros factores:

- primero, si la agencia administrativa actuó con apego a los usos de los órganos judiciales, el estándar de “evidencia sustancial” operará como si fuera el estándar de “claro error.” (DAVIS, 1988, p. 471);⁷⁰
- segundo, si la agencia actuó de otra manera, el Tribunal Judicial revisor será deferente hacia el conocimiento especializado (*expertise*) de aquélla, la complejidad de los asuntos debatidos ante ella en sede administrativa, la claridad de las leyes que fijan los deberes de la agencia, entre otros extremos, y aplicará este estándar como si estuviera revisando las determinaciones que efectúe un jurado, cuyo

⁶⁸ *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979) 319: La cuestión relevante es si, luego de revisarse la evidencia bajo la luz más favorable a la acusación, cualquier juzgador racional de los hechos hubiera hallado los elementos esenciales del crimen más allá de una duda razonable.

⁶⁹ Ley de la *Federal Trade Commission* de 1914, 38 Stat. 719 (1914), sección 5 (c): “cualquier persona, sociedad o Sociedad anónima a la que la Comisión le ordene cesar y desistir de emplear cualquier método de competencia o accionar o práctica puede obtener la revisión de tal orden en la Corte de Apelaciones de Circuito de los Estados Unidos [...] interponiendo [...] una petición por escrito. [...] La Comisión, en el acto, certificará y presentará, ante la corte, una transcripción de todo el expediente [...]. Las determinaciones con respecto a los hechos, en tanto respaldadas por evidencia, serán concluyentes.”

⁷⁰ En similar sentido, Rugg (2019) y su remisión a Davis (1988).

veredicto será confirmado salvo que –como vimos–, no medie evidencia sustancial para sustentarlo (DAVIS, 1988, p. 471).⁷¹

La Suprema Corte, en su momento, definió a la “evidencia sustancial” como “más que un mero resplandor [*scintilla*];” agregó que “significa tal evidencia relevante como la que una mente razonable aceptaría como adecuada para respaldar una conclusión.”⁷² Sin duda, la definió mediante una fórmula aplicable al veredicto de un jurado. La doctrina administrativista, por su parte, se sugirió que, en lugar de “mente razonable,” se utilizara el criterio de “mente razonante.”⁷³ Con posterioridad a la sanción de la *APA*, la Suprema Corte visualizó a la evidencia con mayor amplitud, y afirmó que, en una investigación, en sede administrativa, se debe conferir peso adecuado tanto a la prueba a favor de una alegación como a la prueba en contra de ella, y que son inválidas las decisiones adoptadas sin tomar en consideración “toda la evidencia,” tanto incriminatoria como exculpatoria, contenida en el registro o expediente administrativo.⁷⁴

IV.2.B.5 “ARBITRARIEDAD Y CAPRICHO”

Cuarto, habrá, comparativamente, sólo una cierta deferencia, del Tribunal Judicial revisor hacia el accionar de la agencia, cuando, bajo *APA* § 706(2)(A),⁷⁵ medie “arbitrariedad y capricho,” o,

⁷¹ En similar sentido, Rugg (2019) y su remisión a Davis (1988).

⁷² *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U. S. 197 (1938) 229, caso en que la Suprema Corte encaró la duda planteada por el caso diciendo: “Coincidimos en que la ley, al establecer que ‘las determinaciones del *Board* con respecto a los hechos, en tanto sustentadas en evidencia, serán concluyentes’ significa sustentadas en evidencia sustancial.”

⁷³ “Razonante a partir de la evidencia,” (JAFPE, 1965, p. 596).

⁷⁴ *Universal Camera Corp. v. National Labor Relations Board*, 340 U. S. 474 (1951) 488.

⁷⁵ En rigor, 5 U. S. C. § 706(2)(A) contiene 4 supuestos distintos: accionar “arbitrario,” “caprichoso,” “abuso de discrecionalidad,” y “de cualquier otro modo no de conformidad con el Derecho.” Pero se lo suele ver bajo el rótulo genérico de “arbitrariedad.” Alguna vez sostuvo, el entonces juez Scalia, que era una

simplemente, “arbitrariedad,” y su especie, “claro error de juicio” o *clear error judgement*.⁷⁶ Éste último no tiene que ser confundido con el “claro error” antes reseñado, del cual constituiría una especie, y resultaría, por ende, más limitado (conf. RUBIN, 2003, p. 127, n. 143, y sus citas).

El estándar de “arbitrariedad” se aplica para el accionar “informal” de la agencia, sean *adjudications* o *rulemakings*, cuando no hay audiencia en el expediente administrativo o, directamente, no hay expediente administrativo. Se diferencia del anterior estándar, de razonabilidad o “evidencia sustancial,” en razón de qué es lo que el Tribunal Judicial revisor controla. Bajo el test de razonabilidad o “evidencia sustancial,” el Tribunal Judicial revisor se centra en la prueba y revisa:

- i. cómo la agencia evaluó la evidencia (“toda” la evidencia del expediente, como vimos al final del acápite precedente); y
- ii. cómo aplicó la evidencia al decidir. En cambio, en el estándar de “arbitrariedad y capricho.”

El Tribunal Judicial revisor se centra en la decisión misma y controla:

- i. la justificación de esa decisión por parte de la agencia;
- ii. si esa decisión puede ser lógicamente inferida a partir de la evidencia.

Originariamente empleado en forma ciegamente deferente,⁷⁷ lo cual es llamativo en el marco de procedimientos informales, este

suerte de “cajón de sastre”, conf. *Association of Data Processing Serv. Orgs. v. Board of Governors*, 745 F.2d 677 (D.C. Cir. 1984). Sin perjuicio de ello, aquí diferencio el “abuso de discrecionalidad” en razón del tipo de accionar administrativo que supone.

⁷⁶ Originado en *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, cit. en nota al pie 34.

⁷⁷ *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U. S. 176, 185 (1935), con cita de *Borden's Farm Prods. Co. v. Baldwin*, 293 U. S. 194, 209 (1934).

estándar, de “arbitrariedad y capricho” ha sido moldeado por la práctica judicial; la jurisprudencia ha ido exigiéndoles, a las agencias, que produzcan un expediente en el que consten las “bases” de su decisión, lo cual ha permitido que quien solicite la revisión acuda, no al estándar de “arbitrariedad y capricho,” sino al de razonabilidad o “evidencia sustancial,” que conlleva una menor deferencia (DAVIS, 1988, 480).

IV.2.B.6 ABUSO DE DISCRECIONALIDAD

Quinto, habrá, comparativamente, sólo una cierta deferencia cuando medie el “abuso de discrecionalidad” de *APA* § 706(2)(A): el estándar toma por sentado que podrá haber decisiones discrecionales bajo la ley aplicable porque ésta habilita para ello, y el litigante tendrá que demostrar que se configuró un “abuso” o exceso de discrecionalidad.

Nuevamente, resultará ilustrativo acudir al modelo de la apelación judicial respecto de la decisión de una *trial court*. Se ha definido a este estándar como “el error llano, la discrecionalidad ejercida en pos de un fin no justificado por la evidencia, un fallo que es claramente contrario a la lógica y efectos de los hechos tal como son determinados.”⁷⁸ En sede judicial, en ocasión del *trial*, el juez toma decisiones regladas, y decisiones discrecionales. Éstas últimas pueden incluir instrucciones al jurado; admisión o inadmisión de pruebas; concesión o denegación de peticiones las partes, entre otros supuestos.⁷⁹ En ocasión de la apelación, se suelen respetar estas decisiones discrecionales en razón del posicionamiento del juez respecto del caso. Pero se verificará un “abuso” de discrecionalidad cuando la corte de distrito no aplique el Derecho correcto o apoye su decisión en una

⁷⁸ *Rabkin v. Oregon Health Sciences University*, 350 F.3d 967, 977 (9th Cir. 2003). Ver también: *In re Korean Air Lines Co., Ltd.*, 642 F.3d 685, 698 n.11 (9th Cir. 2011).

⁷⁹ Ver, por ej., *U.S. v. Walrath*, 324 F.3d 966 (8th Cir. 2003). Ver *Federal Criminal Procedure Code*, Regla 30.

determinación fáctica claramente errónea;⁸⁰ cuando la corte de distrito falle en forma irracional;⁸¹ cuando la corte de distrito incurra en error de Derecho;⁸² cuando la corte de distrito interprete erróneamente una ley⁸³ o apoye su decisión en una visión errónea del Derecho;⁸⁴ cuando el expediente no contenga evidencia alguna para sustentar la decisión de la corte de distrito.⁸⁵ Además, se revocará la decisión y se devolverá el caso a la *trial court* para ulteriores determinaciones cuando ésta no haya considerado todas las opciones disponibles, no haya considerado factores relevantes, o haya considerado factores irrelevantes. También podrá haber revocación y devolución si del expediente no surgiera, en forma adecuada, el razonamiento empleado por el juez para arribar a su decisión discrecional.

En la *APA* la expresión “discrecionalidad” aparece en más de una ocasión. Comparemos, por ejemplo, 5 U. S. C. § 701 (a) (2), que veda la revisión judicial de materias confiadas a la discrecionalidad de la agencia, y 5 U. S. C. § 706 (2) (A), que habilita la revisión judicial cuando medió un “abuso” de discrecionalidad. Podría, en este contexto inferirse que resultarían aplicables, a este último supuesto y *mutatis mutandi*, las causales generadoras de la configuración del “abuso” enumeradas en el párrafo precedente.

⁸⁰ Ver *Jeff D. v. Otter*, 643 F.3d 278 (9th Cir. 2011) y su cita de *Casey v. Albertson's Inc.*, 362 F.3d 1254, 1257 (9th Cir. 2004).

⁸¹ Ver *Chang v. United States*, 327 F.3d 911, 925 (9th Cir. 2003); *Cachil Dehe Band of Wintun Indians of the Colusa Indian Cmty. v. California*, 618 F.3d 1066, 1084 (9th Cir. 2010), en el que se concluyó que la corte de distrito no había fallado de forma irracional.

⁸² Ver *Koon v. United States*, 518 U.S., 81 (1996) 100: Una corte de distrito, por definición, abusa de su discrecionalidad cuando incurre en un error de Derecho. Ver, asimismo, *Strauss v. Commissioner of the Social Security Administration*, 635 F.3d 1135, 1137 (9th Cir. 2011), con cita de *Koon; Forest Grove School Dist. v. T.A.*, 523 F.3d 1078, 1085 (9th Cir. 2008), aplicando *Koon; United States v. Martin*, 278 F.3d 988, 1001 (9th Cir. 2002), aplicando *Koon*.

⁸³ *United States v. Beltran-Gutierrez*, 19 F.3d 1287, 1289 (9th Cir. 1994).

⁸⁴ *Richard S. v. Dep't of Dev. Servs.*, 317 F.3d 1080, 1085-86 (9th Cir. 2003). Ver, asimismo: *Fox v. Vice*, 563 U.S. 826 (2011), 832 (2011), en el cual se reconoce que la *trial court* tiene amplia discrecionalidad cuando, “pero sólo cuando, juega por las reglas correctas.”

⁸⁵ *Oregon Natural Res. Council v. Marsh*, 52 F.3d 1485, 1492 (9th Cir 1995).

En la práctica, parecería haber mayor deferencia comparativa hacia la *agency* que hacia la *trial court*. Ello podría vincularse con que el Tribunal Judicial revisor –en la especie, corte de apelación– no posee el conocimiento especializado de la agencia, por lo que no podrá evaluar fácilmente cómo la agencia empleó la discrecionalidad (DAVIS, 1988, p. 480-481; RUGG, 2019, p. 4-5). Sin embargo, en ocasiones, ciertos accionares de las agencias han sido considerados no exentos de revisión judicial aun cuando parecían tipificar en 5 U. S. C. § 701 (a) (2): someter a censo, materia no confiada a la discrecionalidad de la agencia quien no puede, según su libre albedrío censar o no; la recisión de un programa de acción afirmativa de alivio para niños inmigrantes.⁸⁶ En ambos casos se halló sustento en la razonabilidad a efectos del análisis de la decisión discrecional y el eventual abuso de discrecionalidad.

IV.2.B.7 VEDA DE REVISIÓN JUDICIAL

Por último, cuando la ley formal vede la revisión judicial, se configurará un máximo de respeto o deferencia del Tribunal Judicial revisor hacia la agencia. Aunque ello pueda parecer llamativo, existen leyes, en Estados Unidos, que no permiten la revisión de cierto accionar de la agencia. Un ejemplo de tal supuesto es el de las determinaciones de beneficios dispuestas por la Administración de Veteranos pre-1989, las cuales se hallaban regladas en una ley que no establecía la revisión judicial. El beneficiario debía ineludiblemente aceptar la suma fijada (lo cual, se argüía, brindaba seguridad presupuestaria). Tal política legislativa fue posteriormente modificada.⁸⁷

⁸⁶ Respectivamente, *Department of Commerce et al. v. New York et al.*, 588 U. S. ____ (2019); y *Department of Homeland Security et al. v. Regents of the University of California et al.*, 591 U. S. ____ (2020).

⁸⁷ Ver *Johnson v. Robinson*, 415 U. S. 361, en 365 (1974), revisándose una ley, 38 U. S.C. s. 211(a), que expresamente vedaba la revisión judicial de las decisiones del Administrador de la Administración de Veteranos. Ahora, estas irrevisibilidades no parecen ser definitivas: la ley de beneficios para veteranos citada se modificó en 1988, estableciéndose la revisión judicial de ciertas decisiones

Otro supuesto de veda de revisión judicial por parte de cierto órgano judicial revisor en particular se verifica cuando el decisorio judicial podría contradecir la intención del Legislador, cual sería el caso de que se interrumpa o impida el fluido funcionamiento de un marco regulatorio complejo.⁸⁸

¿Son absolutas las vedas de revisión judicial? Consideremos el caso de la CRA o *Congressional Review Act*. Esta ley habilita al Congreso estadounidense para aprobar la abrogación de una *rule* emitida por una agencia federal, sin alcanzar el accionar del Presidente, es decir, sus órdenes ejecutivas y demás directivas, las cuales se hallan fuera de su ámbito de aplicación. La CRA constituye una de las herramientas con las que cuenta para controlar el accionar de las agencias federales, y ello se engarza con el esquema de leyes que, al crearlas, delegan, en ellas, competencias. Sancionada en 1996, la CRA propició que, por resolución conjunta de ambas Cámaras, se dejen sin efecto una *rule* en 2002-2002; 16 *rules* en 2017-2018; 3 en 2021-2022. Pues bien, la sección 805 de la CRA ley establece que, bajo ella, ninguna determinación, hallazgo, accionar u omisión podrá ser sujeto a revisión judicial (5 U. S. C. § 805). ¿Cómo se ha interpretado tal máxima restricción? Se la ha interpretado en el sentido de que no es absoluta, vedando el reclamo sobre la conformidad con la CRA, pero permitiendo la impugnación constitucional de la resolución conjunta de desaprobación emitida bajo dicha ley.⁸⁹

finales de la Administración. Esto prueba el diálogo entre las ramas Judicial y Legislativa y las consecuentes enmiendas legislativas de conformidad con las decisiones judiciales.

⁸⁸ Ver *Block v. Community Nutrition Inst.*, 467 U.S. 340, en 346-347 (1984). Además, la revisión judicial puede ser vedada en una corte en particular si la ley establece que un esquema íntegro que derive la revisión judicial hacia una corte en particular en determinadas circunstancias. *Thunder Basin Coal Co. v. Reich*, 510 U.S. 200, en 208-209 (1994); *Elgin v. Department of Treasury*, 567 U. S. 1, en 12-18 (2012). Cit. en: Cole (2016).

⁸⁹ *Center for Biological Diversity v. Bernhardt*, 946 F.3d 553 (9th Cir. 2019), esp. 561. Cit. en: Carey et al. 2021, 25, n. 148.

En general, ante leyes que vedan la posibilidad de revisión judicial, cuando se impugna con bases constitucionales, el Tribunal Judicial revisor leerá las normas excluyentes de la revisión de modo tal que se preserve su rol como órgano encargado del control de constitucionalidad.⁹⁰ De tal modo, se apuntará a que no se sacrifique tan trascendente rol.

V SUPUESTO DE “AGENCIAS INDEPENDIENTES”

De conformidad con 5 U. S. C. § 701 (b)(1), se halla comprendida en la noción de agencia administrativa “*cada autoridad del Gobierno de los Estados Unidos,*” (con exclusión, como vimos en la sección II, entre otros, al Presidente y a las cortes de justicia).⁹¹ Esas autoridades administrativas –que pueden denominarse agencias (*agencies*), comisiones (*commissions*), organismos (*boards*) o departamentos (*departments*)– no existirán si no hay ley previa del Congreso que las cree y les delegue competencias.

Algunas *agencies* son “*comisiones reguladoras*” que cuentan con un directorio colegiado, independiente, cuyos miembros sólo pueden ser exonerados por justa causa y, por ende, se las suele llamar “*independent agencies*” o “agencias independientes.”⁹² Las mismas, distinguibles por su campo de acción regulatoria, se hallan enumeradas en la *Paperwork Reduction Act* o ley de reducción del trabajo en soporte papel, de 1995 y comprenden, por ejemplo, a la

⁹⁰ Ver *McNary v. Haitian Refugee Center, Inc.*, 498 U.S. 479, en p. 498 (1991), en el que se afirmó que una veda de revisión judicial de fuente legal formal no impide que el Tribunal Judicial revise impugnaciones constitucionales a la conducta de la agencia; *Johnson v. Robison*, 415 U.S. 361, en p.367 (1974), en el que se sostuvo que una disposición legal formal que veda la revisión judicial no impide que los Tribunales Judiciales entiendan en impugnaciones constitucionales a la ley. Cit. en: Cole (2016).

⁹¹ Ver notas al pie 10 y 11 y texto correspondiente.

⁹² Ver *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*, 561 U. S. 477, en p. 483 (2010), conforme al cual el Congreso puede, bajo ciertas circunstancias, crear agencias independientes administradas por funcionarios principales nombrados por el Presidente, a quienes el Presidente puede remover según su libre voluntad, pero sólo por una causa justificada (*good cause*).

Agencia Federal Reguladora de la Energía o la Comisión Federal de Comunicaciones.⁹³ Con capacidad de síntesis, Verkuil explica que la independencia de estos reguladores se basa en tres recaudos de fuente legal formal: el requisito de nombramiento bipartidario; el requisito de servir por períodos fijos; y el requisito de remoción limitada a causas expresamente previstas (VERKUIL, 1988, p. 259; VERGARA BLANCO, 2017, p. 51). Se concretará, así, la independización respecto del poder político, asegurándose un alejamiento respecto de las “decisiones puramente políticas.” (VERGARA BLANCO, 2017, p. 47 y 49). Esas tres características serán las que diferencian al miembro del *board* o directorio de una de ellas, por un lado, y un funcionario de la rama ejecutiva, por el otro.

En lo que aquí interesa, si se considera su quehacer, que es “determinar algunos estándares técnicos y dirigir procedimientos en su materia; o sea, tareas eminentemente técnicas” (VERGARA BLANCO, 2017, p. 48), advertiremos que:

- i. la “independencia” incidirá en las determinaciones fácticas que efectúen en el marco de procedimientos llevados adelante ante ellas;
- ii. tal competencia se vinculará, a su vez, con el juicio “experto” o técnicamente especializado del que harán uso al efectuar esas determinaciones fácticas.

En cierto modo, si se tienen en cuenta –entre otros extremos localizables en la instancia de creación de estas agencias por parte del Congreso– los variables y crecientes cúmulos de información requeridos para las tomas de decisión, se concluirá en que su razón de ser radica, al menos, en la eficiencia. En efecto, en lugar de que el Congreso tenga que aprobar el texto legislativo y, además, legislar en detalles propios de una reglamentación especializada –con el *enforcement* o ejecución de su cumplimiento en cabeza de la rama

⁹³ *Paperwork Reduction Act*, 44 U. S. C. 3501 et seq., § 3502 (5).

Judicial, la cual compelerá ese cumplimiento sobre una base caso por caso—, las agencias independientes logran que se obtenga el mismo resultado, pero a un menor costo. Así, a partir de su creación, y en tanto habilitadas por la ley formal, dictan reglas o *rules* proveyendo los detalles propios de esa ley formal, y resuelven *adjudications* y *licencings*. En suma, se las creó y se las crea para que se facilite —se eficiente, en rigor— la función de gobierno.

Renglón aparte merecen las denominadas “*agencias ejecutivas*” o “agencias del Ejecutivo,” o “de la rama Ejecutiva” (*executive agencies*) que operan bajo la dirección de un solo administrador que cumple las órdenes o instrucciones del Presidente. Estas agencias ejecutivas se hallan ubicadas dentro de órganos liderados por miembros del Gabinete del Presidente. Por ejemplo, la *National Highway Traffic Safety Administration*, o administración nacional de seguridad del tránsito en las autopistas, funciona en el *Department of Transportation* o ministerio de transporte. A todo evento, tanto esa administración nacional como este ministerio son “agencias administrativas.”

V.1 LA AGENCIA INDEPENDIENTE COMO DELEGATARIA

Como vimos, la agencia administrativa es “delegataria” o “delegada” del Congreso. Ha dicho la Suprema Corte estadounidense que una agencia federal “literalmente no tiene poder alguno [...] salvo que y hasta tanto el Congreso le confiera poderes.”⁹⁴ Ahora, la forma en que se visualizará —sobre todo en sede judicial— esa delegación legislativa, no prevista en la Constitución estadounidense, pero tradicionalmente reconocida y convalidada constitucionalmente salvo las célebres excepciones producidas en el *New Deal* (ampliar en BIANCHI, 1990, p. 82-86), tomará en cuenta el reparto constitucional de competencias; en particular, el deber, en cabeza del Presidente, de velar por que las leyes sean “fielmente ejecutadas” bajo el Artículo

⁹⁴ *Louisiana Public Service Commission v. Federal Communications Commission*, 476 U. S. 355, en p. 374 (1986).

II de la Constitución en el marco de lo que conocemos como “*Take Care Clause*,” caso contrario, se producirá agravio a la doctrina de la separación de poderes.

V.2 LA LEY DELEGANTE COMO MEDIDA DE EXPOSICIÓN AL CONTROL JUDICIAL

La ley creadora de la agencia, además de conferirle competencias, podrá fijar estándares y condiciones para la revisión judicial; establecer cuándo habrá revisión judicial *de novo*; qué hechos, determinados en sede administrativa, podrán o no podrán ser revisados por el Tribunal Judicial revisor.⁹⁵ En otras palabras, será el legislador congresional mismo el que decidirá cuán pasible de revisión judicial será el accionar de la agencia, protegiéndolo o exponiéndolo al escrutinio de los magistrados. Y en caso de que la ley formal no establezca esos criterios, se aplicarán los de la *APA*. Asimismo, si el Congreso hubiere omitido especificar cuál será la corte federal que ejercerá la revisión judicial, entenderá una corte de distrito de conformidad con 28 U. S. C. § 1331.

V.3 MODULACIONES DE LA REVISIÓN JUDICIAL DEL ACCIONAR DE AGENCIAS ADMINISTRATIVAS “INDEPENDIENTES” Y “EJECUTIVAS”

No se podría negar que es necesario que las decisiones de la agencia administrativa independiente sean pasibles de control jurisdiccional (VERGARA BLANCO, 2017, p. 50). La revisión judicial del accionar de la agencia administrativa independiente, entiendo, puede verse como orientada por los dos extremos mencionados al inicio de esta sección: independencia y *expertise* o especialidad. Ambos componentes aparecerían hábiles para proveer una suerte de “blindaje” respecto de las decisiones de la agencia

⁹⁵ Respectivamente, pueden verse: *Food Stamp Act* de 1964, § 13, con su régimen de revisión judicial *de novo* por parte de una corte de Distrito, y la *Surface Mining Control and Reclamation Act* de 1977, § 526 (a)(2)(b).

independiente, ante la revisión judicial. Sin embargo, esa protección debería ser armónica no solo con su *expertise* sino, en especial, con su independencia.⁹⁶ En punto a ello, entiendo que no podría ser igual esa protección en el supuesto del accionar de una agencia reguladora independiente, que en el supuesto del accionar de una agencia ejecutiva, de marcada menor independencia respecto de los decisores políticos. A todo evento, más allá de la eficiencia que se quisiera lograr colocándose institucionalmente a la agencia en una posición de mayor o de menor independencia, esa finalidad debería armonizarse con el innegable derecho a la revisión judicial dada la máxima imparcialidad que asegurará.

En una investigación con firmes bases en la Economía y el Derecho se llegó a la conclusión de que, sobre 568 leyes reglando en materia de revisión judicial entre 1947 y 2016, 55 leyes la excluyen; y otras 46 la excluyen dadas ciertas condiciones (McCANN; SHIPAN; WANG, 2021, p. 92). ¿Ocurre lo mismo en el específico supuesto de las agencias independientes y de las agencias dependientes del Ejecutivo? ¿Se amplía la “base de revisión judicial” si la agencia es menos independiente a fin de que el Tribunal Judicial revisor sofrene al Ejecutivo? ¿O se verifica un supuesto distinto, en el que el Tribunal Judicial revisor sofrena o recorta la independencia de la agencia independiente?

La investigación citada, liderada por Pamela McCann y coautores, propicia la siguiente lectura de los datos que analiza: una mayor independencia de la agencia coincidirá con más posibilidades de revisión judicial. Se evita, de ese modo, que la agencia independiente alcance una suerte de independencia extrema. La agencia independiente pasa, entonces, de ser controlada por la Política, a ser controlada por la Justicia.

⁹⁶ Cobran relevancia, en este aspecto, entiendo, la fortaleza de la independencia y especialidad más allá de las políticas partisanas coyunturales; la aplicación de las salvaguardas procedimentales que brinda la ley, con su presupuesto de imparcialidad; las modulaciones propias de la materia que motivara el accionar administrativo; la especialización y la profesionalización.

También varía el margen de revisión según las características específicas de la agencia independiente y cuánto según querrá el Congreso exponerla al escrutinio judicial en la letra de la ley (McCANN; SHIPAN; WANG, 2021, p. 33). Todo ello brindaría los consecuentes diversos grados de exposición a la revisión judicial. Por cierto, si, a mayor independencia respecto del Ejecutivo, mayor control judicial, ello no excluirá el control político congresional, más intenso también cuanto más independiente sea la agencia,⁹⁷ lo cual se condice con el hecho de que son independientes del Poder Ejecutivo, pero no del Congreso que las crea e insufla competencias.

Finalmente, en punto a la revisión del accionar de estas agencias, se aplicarían los lineamientos ya recordados en la sección IV del presente. Interesa poner de resalto que los autores, por su parte, se han pronunciado a favor de que el accionar regulatorio quasi judicial, como ser la interpretación de leyes regulatorias y la aplicación de sanciones, sean revisadas, por el Tribunal Judicial revisor, en forma plenaria o *de novo* (BENDOR; YADIN, 2019, p. 378). También aseguran que, si bien las reglas o *rules* son revisadas por los jueces bajo la *APA*, § 701-706 a fin de determinar su conformidad con la ley formal, la Constitución y los procedimientos de la *APA*, el sistema dista de ser perfecto (ROSE-ACKERMAN, 2022, esp. sección 3). La jurisprudencia, por su parte, en ocasiones, al encarar el caso, abandona el criterio general de escudriñar inicialmente la delegación legislativa efectuada a favor de la agencia, para identificar si hay “clara autorización congresional” a favor de ella.⁹⁸ También considera que la imposición de sanciones se revisa si mediare abuso de discrecionalidad⁹⁹ y se las deja sin efecto si no están previstas en la ley o justificadas por los hechos.¹⁰⁰

⁹⁷ Strauss (1984, p. 592), quien recuerda que, como dijo un anterior Director de la Federal Trade Commission, las agencias independientes no tienen una línea telefónica directa con la Casa Blanca; están, ante el Congreso, sin protección. Cit. en Emerson (2022, p. 416).

⁹⁸ *West Virginia v. EPA*, 597 U. S. ____ (2022).

⁹⁹ *Saberi v. Commodity Futures Trading Commission*, 488 F.3d 1207, en p. 1215 (9th Cir. 2007)

¹⁰⁰ *West Virginia v. EPA*, 597 U. S. ____ (2022).

Chevron fue socavado todas las veces en que la Suprema Corte, reivindicando su rol constitucional en el *judicial review*, soslayó su aplicación en casos que claramente clamaban por ella (PIERCE JUNIOR, 2022). Puede haber incidido, en esta sana actitud, la actuación congresional aprobando, en forma sectorial, el abandono de la correspondiente doctrina (Ley cit. n. 44). Se advierte igual temperamento en proyectos de ley de modificación del margen de revisión judicial de la APA.¹⁰¹ Hoy, después de *Loper Bright* y *Relentless*, de Junio de 2024, bien podemos celebrar la recuperación de espacio decisorio en cabeza del órgano judicial en punto al ejercicio de la revisión judicial, de claro linaje constitucional.

VI REFLEXIONES FINALES

Al inicio del presente, me preguntaba acerca de la pertinencia de este trabajo atento las características únicas que perfilan el régimen respectivo en Estados Unidos.

Puedo decir que el desarrollo efectuado me permitió refrescar una visión sobre la experiencia estadounidense, en el nivel federal, con base en tres puntos de vista sobre un mismo objeto, y las tres faces resultantes. La faz administrativa permite reparar en las particularidades de la APA, entre las que se destacan los alcances subjetivos (y sus exclusiones), la figura del denominado “juez de Derecho administrativo” o ALJ y su legendaria independencia, y, en general, los alcances objetivos de aquella ley (sección II).

¹⁰¹ *Separation of Powers Act (SOPRA)*, que requeriría que los Tribunales Judiciales revisores examinen “*de novo* las cuestiones relevantes de derecho, incluyendo la interpretación de las previsiones constitucionales y legales formales efectuadas por las agencias.” *Regulatory Accountability Act*, S. 3208, que requeriría que los Tribunales revisores judiciales tomen en consideración factores adicionales, tales como la profundidad y validez del razonamiento efectuado por la agencia, al efectuar la determinación de cuánto incidirá la interpretación efectuada por la agencia respecto de su propia *rule*. Ver Scheffner (2020, hojas 3-4).

La faz congresional repara en la “piedra fundamental” del sistema: el apoyo en clásicos cánones de la revisión judicial que permite el establecimiento de una presunción de revisión judicial del accionar administrativo (sección III).

La sección IV se centra en la revisión judicial de ese accionar en su faz judicial, considerando presupuestos que tengo por esenciales, tales como la forma en que se hallan organizados los Tribunales Federales estadounidenses y la ubicación de la agencia como litigante, para converger en una suscita propuesta de sistematización de actitudes del órgano judicial según el menor o mayor respeto que el accionar administrativo amerite por parte del Tribunal Judicial revisor. Se destaca, en ese firmamento, la influencia del modelo revisor en grado de apelación, tal que el órgano judicial visualiza a la decisión de la agencia como si fuera la de una instancia (judicial) anterior.

El estudio de la faz judicial, con una revisión judicial teñida por el modelo de la revisión en grado de apelación, parecería suficiente para convencernos de que, efectivamente, estamos ante una materia, del Derecho comparado, estadounidense en la especie, incomparable, si se quiere; en especial, en vistas de los presupuestos de organización judicial federal en aquella Nación. Tributan, a esa incomparabilidad, un complejo de instituciones que insertan al régimen reseñado en un medio muy preocupado por no solo por la eficiencia sino por la eficacia de la actuación de la agencia.¹⁰²

La *APA* fija procedimientos formales y permite procedimientos informales, éstos últimos constituyen la regla y no

¹⁰² Entre esas instituciones, podemos tener en cuenta las *Sunset Laws*, que pueden fijar la fecha de extinción de una agencia o incluso darla por extinguida si no puede probar periódicamente su eficacia. Se suma la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos, que desde 1964 estudia problemas de la Administración, y en ella están representadas las agencias reguladoras independientes (*independent regulatory commissions*) y los ministerios o *departments*. El Presidente puede controlar el presupuesto de las agencias y reorganizarlas. La *APA* inspiró la *Uniform APA (Model State APA)*, modelo para los estados, y en su momento 27 estados la adoptaron sin más.

requieren audiencia, al tiempo que el particular sabrá que si solicita un procedimiento formal eventualmente habrá una etapa de revisión judicial, con todos sus costos de litigación. El régimen de los *ALJs* presidiendo audiencias orales, que el público puede usualmente presenciar, aleja al procedimiento administrativo del mero trámite burocrático enderezado sólo a que se alcance el agotamiento de la vía administrativa (sección IV)

Por último, en la sección V vuelco algunas reflexiones propias de la revisión judicial de las decisiones de las agencias administrativas, sean “independientes,” o “ejecutivas.” El supuesto de agencias independientes se resuelve con énfasis en los cimientos de su independencia respecto del poder político, su conocimiento técnico, y los respectivos efectos en materia de revisión judicial, en el marco de un escenario jurisprudencial que nos muestra la defunción de la denominada “doctrina *Chevron*.” (sección V).

Para concluir, entiendo que trasladar, sin más, desde una visión iusadministrativa, el régimen de revisión del accionar por acción u omisión de la *agency* en Estados Unidos, en el orden federal, a un ordenamiento jurídico distinto, se erige en una operación no desprovista de riesgos. Ello, en tanto no se privilegie una necesaria consideración previa de los innumerables factores históricos e institucionales y asimetrías resultantes ínsitos en el punto de acometida. Sólo la consideración de estos permitirán el recurso a la experiencia aquí recordada, sea para investigar, argumentar, comparar, contrastar o –en fin– propiciar, ante los diversos foros, un mejor andamiaje para que los particulares obtengan, en sede judicial, la revisión del accionar de la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

BARCZEWSKI, Benjamin (18-5-2023). *Chevron deference: A primer*. Washington (D.C.): Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44954>>.

BENDOR, Ariel; YADIN, Sharon. Regulation and the separation of powers. In: **Southern California Interdisciplinary Law Journal**, Los Angeles, Ed. University of Southern California Gould School of Law, v. 28, p. 357-385, 2019.

BIANCHI, Alberto. El control judicial bajo la doctrina de la deferencia. En: **Control de la administración pública: administrativo, legislativo y judicial**. 2. edición. Buenos Aires: Rap, 2009. p. 583-634.

BIANCHI, Alberto. **El juicio por jurados: la participación popular en el proceso**. Buenos Aires: Abaco, 1999.

BIANCHI, Alberto. **La delegación legislativa**. Buenos Aires: Ábaco, 1990.

BIANCHI, Alberto B. Un cambio significativo en la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el control judicial de los reglamentos administrativos (una referencia necesaria para el principio judicialista en la Argentina. Comunicación para la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires de 11-7-2024, En: **La Ley**, Buenos Aires, 2024 (en prensa).

BIANCHI, Alberto; SACRISTÁN, Estela. Estudio comparativo de los tribunales federales en Estados Unidos y Argentina. En: MANILI, Pablo L. (Dir.). **Derecho constitucional del siglo XXI: estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vanossi**. Buenos Aires: Astrea, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020. p. 383-408.

CARBONELL PORRÁS, Eloísa; MUGA, José Luis. **Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

CAREY, Maeve; DAVIS, Christopher (12-11-2021). The Congressional Review Act (CRA): frequently asked questions. Washington (D.C.): Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R43992>>.

CARP, Robert; STIDMAN, Ronald. **The Federal Courts**. Washington (D.C.): Congressional Quarterly, 1998.

CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack. **Administrative law**. 2. ed. Boston: Little Brown, 1994.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. 2. Ed. Actual. Montevideo / Buenos Aires: BdeF, 2016.

COLE, Jared. (7-12-2016). An introduction to judicial review of Federal Agency Action. Washington (D.C.): Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <<https://sgp.fas.org/crs/misc/R44699.pdf>>.

CUETO RÚA, Julio. El buen juez de primera instancia. En: **Revista Sobre Enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, Ed. Facultad de Derecho / Universidad de Buenos Aires, año 4, n. 8, p. 195-209, 2006.

DAVIS, Kenneth Culp; PIERCE, Richard. **Administrative law treatise**. t. III. Boston: Little Brown, 1994.

DAVIS, Martha S. A basic guide to standards of review. In: **South Dakota Law Review**, Vermillion (South Dakota), Ed. South Dakota Law School, v. 33, Issue 3, p. 469-483, 1988.

DAVIS, Martha S. Standards of review: judicial review of discretionary decisionmaking. In: **The Journal of Appellate Practice and Process**, Tucson (Arizona), Ed. University of Arizona James E. Rogers College of Law, v. 2, Issue 1, p. 47-84, 2000.

DAVIS, Martha S.; CHILDRESS, Steven Alan. Standards of review in criminal appeals: Fifth Circuit illustration and analysis. In: **Tulane Law Review**, Tulane (New Orleans), Ed. Tulane University Law School, v. 60, Issue 3, p. 461-561, 1986.

EDWARDS, Harry T.; ELLIOT, Linda A. **Federal standards of**

review: review of district court decisions and agency actions. third edition. [S. l.]: Thomson Reuters, 2018.

EMERSON, Blake. Liberty and democracy through the administrative state: a critique of the Robert's Court political theory. In: **Hastings Law Journal**, San Francisco (California), Ed. University of California College of the Law, v. 73, p. 371-436, 2022.

FRANK, Jerome. **Courts on Trial:** myth and reality in American Justice. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1949.

GAFFNEY, Jonathan M. (8-12-2020). Judicial review under the Administrative Procedure Act (APA), Washington D.C.: Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <https://www.everycrsreport.com/files/2020-12-08_LSB10558_babd79c50d2e4d559e06c1e0a31490db815f7558.pdf>.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre la doctrina norteamericana de la deferencia judicial hacia el ejecutivo. En: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Derecho administrativo:** obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 1.271-1.295.

JAFFE, Louis. **Judicial control of administrative action.** Boston: Little Brown, 1965.

LANDIS, James. **The administrative process.** New Haven: Yale University Press, 1938.

LOUIS, Martin. Allocating adjudicative decision making authority between the trial and appellate levels: a unified view of the scope of review, the judge/jury question, and procedural discretion. In: **North Carolina Law Review**, Chapel Hill (North Carolina), Ed. North Carolina School of Law, v. 64, 993-1.048, 1986.

LOUIS, Martin. Trial and appellate levels: unified view of the scope of review, the judge/jury question, and procedural discretion.

In: **North Carolina Law Review**, Chapel Hill (North Carolina), Ed. North Carolina School of Law, v. 64, p. 993-1.047, 1984.

McCANN, Pamela; SHIPAN, Charles R.; WANG, Yuhua. Measuring the legislative design of judicial review of agency actions. In: **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, Ed. Oxford University Press, v. 39, p. 123-159, 2021.

MAIRAL, Héctor. **Control judicial de la administración pública**. Buenos Aires: Thomson Reuters / La Ley, 2021.

MERRILL, Thomas W. Marbury v. Madison as the first great administrative law decision. In: **John Marshall Law Review**, Chicago, Ed. John Marshall Law School, v. 37, Issue 4, p. 481-522, 2004.

MERRILL, Thomas W. Article III, agency adjudication, and the origins of the appellate review model of administrative law. In: **Columbia Law Review**, New York, Ed. Columbia Law School, v. 111, p. 939-1.003, 2011.

MERRILL, Thomas W. The origins of American-style judicial review. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Ed.). **Comparative administrative law**. Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA): Edward Elgar, 2010. p. 389-414.

PIERCE JUNIOR, Richard J. Is Chevron deference still alive? In: *The Regulatory Review*, Pennsylvania, Ed. Penn Program on Regulation (University of Pennsylvania, July 14, 2022. Disponible en: <<https://www.theregreview.org/2022/07/14/pierce-chevron-deference/>>.

PIERCE JUNIOR, Richard J. What do the studies of judicial review of agency actions mean? In: **Administrative Law Review**, Washington, Ed. Washington College of Law, v. 63, Issue 1, p. 77-98, Winter 2011.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Democracy and executive power: administrative policymaking in comparative perspective. In:

Revista de Derecho Público: Teoría y Método, Madrid, Ed. Marcial Pons, v. 6, p. 155-182, 2022.

RUBIN, Edward. It's time to make the administrative procedure act administrative. In: **Cornell Law Review**, New York, Ed. Cornell Law School, v. 89, Issue 1, p. 95-190, November 2003.

RUGG, Julia. **Identifying and understanding standards of review**. Washington (D. C.): The Writing Center Georgetown University Law Center, 2019.

SACRISTÁN, Estela. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Abaco, 2007.

SCHEFFNER, Daniel (23-7-2020). Administrative law reform legislation in the 116th Congress. Washington (D.C.): Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10523>>.

STRAUSS, Peter. The place of agencies in government: separation of powers and the fourth branch. In: **Columbia Law Review**, New York, Ed. Columbia Law School, v. 84, p. 573-669, 1984.

TAWIL, Guido. **Administración y justicia: alcance del control judicial de la actividad administrativa**. t. II. Buenos Aires: [S. n.], 1993.

UNITED STATES. Department of Justice (2024). Introduction to the Federal Court System. U. S. Attorneys, Justice 101. Disponible en: <<https://www.justice.gov/usao/justice-101/federal-courts>>.

UNITED STATES. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Public Law 111-203).

UNITED STATES. Federal Rules of Civil Procedure, Regla 52(a).

UNITED STATES. Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 30.

UNITED STATES. Federal Trade Commission Act, 38 Stat. 719 (1914), sección 5.

UNITED STATES. Supreme Court. AMVAC Chemical Corp. v. EPA, 653 F.2d 1260 (9th Cir. 1981).

UNITED STATES. Supreme Court. Association of Data Processing Serv. Orgs. v. Board of Governors, 745 F.2d 677 (D.C. Cir. 1984).

UNITED STATES. Supreme Court. Bank of America Corp. v. City of Miami, n.º 15-1111, slip opinion, p. 5 (Mayo 1, 2017).

UNITED STATES. Supreme Court. Block v. Community Nutrition Inst., 467 U.S. 340 (1984).

UNITED STATES. Supreme Court. Borden's Farm Prods. Co. v. Baldwin, 293 U. S. 194 (1934).

UNITED STATES. Supreme Court. Bowen v. Academy of Family Physicians, 476 U. S. 667 (1986).

UNITED STATES. Supreme Court. Cachil Dehe Band of Wintun Indians of the Colusa Indian Cmty. v. California, 618 F.3d 1066 (9th Cir. 2010).

UNITED STATES. Supreme Court. Califano v. Sanders, 430 U. S. 99 (1977).

UNITED STATES. Supreme Court. Casey v. Albertson's Inc., 362 F.3d 1254 (9th Cir. 2004).

UNITED STATES. Supreme Court. Center for Biological Diversity v. Bernhardt, 946 F.3d 553 (9th Cir. 2019).

UNITED STATES. Supreme Court. Chang v. United States, 327 F.3d 911 (9th Cir. 2003).

UNITED STATES. Supreme Court. Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U. S. 837 (1984).

UNITED STATES. Supreme Court. Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).

UNITED STATES. Supreme Court. Consolidated Edison Co. v. NLBR (1938).

UNITED STATES. Supreme Court. Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 U. S. 197 (1938).

UNITED STATES. Supreme Court. Curran v. Laird, 420 F.2d 122 (1954).

UNITED STATES. Supreme Court. Department of Commerce et al. v. New York et al., 588 U. S. ____ (2019).

UNITED STATES. Supreme Court. Department of Homeland Security et al. v. Regents of the University of California et al., 591 U. S. ____ (2020).

UNITED STATES. Supreme Court. Elgin v. Department of Treasury, 567 U. S. 1 (2012).

UNITED STATES. Supreme Court. Evans v. Eaton Corp Long Term Disability Plan, 514 F.3d 315, 320 (4th Cir. 2008).

UNITED STATES. Supreme Court. Forest Grove School Dist. v. T.A., 523 F.3d 1078 (9th Cir. 2008).

UNITED STATES. Supreme Court. Fox v. Vice, 563 U.S. 826 (2011).

UNITED STATES. Supreme Court. Franklin v. Massachusetts, 505 U.S. 788 (1992).

UNITED STATES. Supreme Court. Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board, 561 U. S. 477 (2010).

UNITED STATES. Supreme Court. In re Korean Air Lines Co., Ltd., 642 F.3d 685 (9th Cir. 2011).

UNITED STATES. Supreme Court. Jackson v. Virginia, 443 U.S. 307 (1979).

UNITED STATES. Supreme Court. Jeff D. v. Otter, 643 F.3d 278 (9th Cir. 2011).

UNITED STATES. Supreme Court. Johnson v. Robinson, 415 U. S. 361 (1974).

UNITED STATES. Supreme Court. Johnson v. Robison, 415 U.S. 361 (1974).

UNITED STATES. Supreme Court. Koon v. United States, 518 U.S. 81 (1996).

UNITED STATES. Supreme Court. Lexmark, International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 572 U. S. 118 (2014).

UNITED STATES. Supreme Court. Loper Bright Enterprises v. Raimondo and Relentless, Inc. v. Department of Commerce, 603 U.S. _____ (2024).

UNITED STATES. Supreme Court. Louisiana Public Service Commission v. Federal Communications Commission, 476 U. S. 355 (1986).

UNITED STATES. Supreme Court. Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U. S. 555 (1992).

UNITED STATES. Supreme Court. Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 163 (1803).

UNITED STATES. Supreme Court. McNary v. Haitian Refugee Center, Inc., 498 U.S. 479 (1991).

UNITED STATES. Supreme Court. Mingo Legan Coal Co. v. EPA, 829 F.3d 710 (D.C. Cir. 2016) 718.

UNITED STATES. Supreme Court. Motor Vehicle Manufacturers

Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co., 463 U. S. 29 (1983).

UNITED STATES. Supreme Court. Munn v. Illinois 94 U. S. 113 (1877).

UNITED STATES. Supreme Court. Nelson v. State, 68 P.3d 402, 406 (Alaska Ct. App. 2003).

UNITED STATES. Supreme Court. Oregon Natural Res. Council v. Marsh, 52 F.3d 1485 (9th Cir 1995).

UNITED STATES. Supreme Court. Pacific States Box & Basket Co. v. White, 296 U. S. 176 (1935).

UNITED STATES. Supreme Court. Pierce v. Underwood, 487 U. S. 552 (1988).

UNITED STATES. Supreme Court. Pullman-Standard v. Swint, 456 U. S. 273 (1982).

UNITED STATES. Supreme Court. Rabkin v. Oregon Health Sciences University, 350 F.3d 967 (9th Cir. 2003).

UNITED STATES. Supreme Court. Richard S. v. Dep't of Dev. Servs., 317 F.3d 1080 (9th Cir. 2003).

UNITED STATES. Supreme Court. Saberi v. Commodity Futures Trading Commission, 488 F.3d 1207 (9th Cir. 2007).

UNITED STATES. Supreme Court. Salve Regina Coll. v. Russell, 499 U.S. 225 (1991).

UNITED STATES. Supreme Court. Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972).

UNITED STATES. Supreme Court. Strauss v. Commissioner of the Social Security Administration, 635 F.3d 1135 (9th Cir. 2011).

UNITED STATES. Supreme Court. Thunder Basin Coal Co. v. Reich, 510 U.S. 200 (1994).

UNITED STATES. Supreme Court. United States v. Beltran-Gutierrez, 19 F.3d 1287 (9th Cir. 1994).

UNITED STATES. Supreme Court. United States v. Martin, 278 F.3d 988 (9th Cir. 2002).

UNITED STATES. Supreme Court. United States v. Nourse, 34 U. S. 8 (1835).

UNITED STATES. Supreme Court. Universal Camera Corp. v. National Labor Relations Board, 340 U. S. 474 (1951).

UNITED STATES. Supreme Court. U.S. v. Gypsum Co., 333 U.S. 364 (1948).

UNITED STATES. Supreme Court. U. S. v. Union Pacific R. Co., 226 U. S. 61 (1912).

UNITED STATES. Supreme Court. U.S. v. Walrath, 324 F.3d 966 (8th Cir. 2003).

UNITED STATES. Supreme Court. West Virginia v. EPA, 597 U. S. ____ (2022), del 30 de junio de 2022.

UNITED STATES. Supreme Court. Whitney National Bank v. Bank of New Orleans, 379 U. S. 411 (1965).

UNITED STATES CODE. 5 United States Code § § 551-559.

UNITED STATES CODE. 5 U. S. C. § 702.

UNITED STATES CODE. 5 U. S. C. § 706.

UNITED STATES CODE. 5 U. S. C. § 805.

UNITED STATES CODE. 5 U. S. C. § 3105.

UNITED STATES CODE. 5 U. S. C. § 7521 (a).

UNITED STATES CODE. 28 U. S. C. § 651.

UNITED STATES CODE. 29 U. S. C. 160 (d).

UNITED STATES CODE. 38 U. S.C. s. 211(a).

UNITED STATES CONGRESS. House of representatives (15-3-2016). The Chevron doctrine: constitutional and statutory questions in judicial deference to agencies, Washington D. C.: U. S. Government Publishing Office, Hearing before the Subcommittee on Regulatory Reform, Commercial and Antitrust Law of the Committee on the Judiciary House of Representatives One Hundred Fourteenth Congress, March 15, 2016, Serial n.º 114-68. Disponible en: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-114hhr99454/pdf/CHRG-114hhr99454.pdf>>.

UNITED STATES CONGRESS. Regulatory Accountability Act, S. 3208.

UNITED STATES CONGRESS. Separation of Powers Restoration Act (SOPRA) H. R. 1927 y S. 909.

UNITED STATES CONGRESS. Surface Mining Control and Reclamation Act de 1977 (Public Law 95-87), § 526 (a)(2)(b).

UNITED STATES CONGRESS. Uniform APA (Model State APA).

UNITED STATES COURTS. Federal Courts and the public. 2024a. Disponible en: <<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/federal-courts-public>>.

UNITED STATES COURTS. How judges are assigned to cases. 2024b. Disponible en: <<https://www.uscourts.gov/faqs-filing-case>>.

UNITED STATES GOVERNMENT. Digital Gov. Paperwork Reduction Act, 44 U. S. C. 3501, § 3502 (5).

UNITED STATES GOVERNMENT. Food Stamp Act de 1964 (Public Law 88-525) § 13.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Autoridades administrativas independientes (agencias): mito y realidad de un modelo conveniente para Chile. En: **Revista de Derecho Administrativo Económico**, Santiago, Ed. Facultad de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 25, p. 45-58, 2017.

VERKUIL, Paul R. The purposes and limits of independent agencies. In: **Duke Law Journal**, Durhan (North Carolina), Ed. Duke University School of Law, p. v. 1988, n. 2/3, 257-279, 1988.

WEX Definitions Team. Voz “ALJ”. 2021. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/wex/alj>>.

Recebido em: 22-7-2024.

Aprovado em: 27-8-2024