

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0590
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de enero de 2023, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:

JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:

Pablo Esteban Perrino

David Andrés Halperin

Estela B. Sacristán

Enero - Febrero 2023 | 145

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

Consejo Académico

Julio I. Altamira Gigena - Carlos A. Andreucci - Rodolfo C. Barra - Carlos A. Botassi - Ernesto Nicolás Bustelo - Pedro J. J. Coviello - Agustín Gordillo - Miriam M. Ivanega - Roberto E. Luqui - Ismael Mata - Laura M. Monti - Daniel M. Nallar - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesín - Roberto P. Sobre Casas - Daniel F. Soria - Mirta G. Sotelo de Andreau - Guido S. Tawil - Javier Urrutigoity

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h.) - Alberto B. Bianchi - Alberto Biglieri - Ezequiel Cassagne - Nidia Karina Cicero - Germán A. Coronel - Mariana Díaz - Julio C. Durand - Beltrán Gambier - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge Muratorio - Martín I. Plaza

Secretarios de Redacción

Juan Cruz Azzarri - Sofía Lourdes Bonel Tozzi - Alfonso Buteler - Ariel Cardaci Méndez - Santiago M. Castro Videla - Juan Gustavo Corvalán - Martín Renato Espinoza Molla - Ana Patricia Guglielminetti - María Isabel Negre - Mariano Palacios - Marisa L. Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo

Coordinador

Nicolás R. Acerbi Valderrama

Consejo Consultivo Internacional

Hermann-Josef Blanke (Alemania)
Christian Pielow (Alemania)
Karl-Peter Sommermann (Alemania)
Odete Medauar (Brasil)
Fabio Medina Osorio (Brasil)
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)
Vitor Rhein Schirato (Brasil)
Felipe de Vivero (Colombia)
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)
Consuelo Sarria (Colombia)
Alejandro Vergara Blanco (Chile)
Tomás Ramón Fernández (España)
José Luis Martínez López-Muñiz (España)
Santiago Muñoz Machado (España)
Luis Martín Rebollo (España)
Franck Moderne (Francia)
Pierre Subra de Bieusses (Francia)
Carlo Marzuoli (Italia)
Domenico Sorace (Italia)
Aldo Travi (Italia)
Luciano Vandelli (Italia)
Luis José Bejar Rivera (México)
Jorge Danós Ordóñez (Perú)
Richard Martin Tirado (Perú)
Lino Torgal (Portugal)
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Víctor Hernández Mendible (Venezuela)

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
Marlene Slattery

ESTUDIOS

La influencia de Juan Bautista Alberdi en la formación del derecho administrativo argentino <i>Ignacio M. de la Riva</i>	3
Burocracia defensiva y responsabilidad del Estado <i>Federico Lacava</i>	10
Notas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración: la falta de servicio como factor de atribución objetivo <i>Erick Cuba Meneses</i>	28
Control de precios a través de contratos administrativos <i>Lisandro Yolis</i>	42
La aplicación de la Ley General de Sociedades en las empresas públicas <i>Álvaro B. Flores - Augusto José Paulos</i>	63
El dominio y jurisdicción de las provincias con litoral marítimo en materia de pesca. Antecedentes de las provincias con litoral marítimo <i>Fernando Manuel Rivera</i>	71
Reglamentos de ejecución <i>Mauro R. Bonato</i>	101
Origen y evolución del control de convencionalidad: ¿qué ocurrió en los casos señeros? Principales diferencias con el control de constitucionalidad argentino <i>César Ezequiel Quirós</i>	120
La integración del Consejo de la Magistratura <i>Ramiro Urristi</i>	134
Impacto del derecho administrativo global en el sistema de fuentes en el derecho administrativo argentino <i>Víctor Hugo Chávez Moya</i>	166
Revisión judicial del accionar de la Administración en la Ley de Procedimientos Administrativos estadounidense <i>Estela B. Sacristán</i>	172

JURISPRUDENCIA ANOTADA

EXCESO DE JURISDICCIÓN

Sentencia arbitraria. Cuestión limitada al examen de validez de un decreto. Disidencia. Puerto de Buenos Aires. Confrontación entre las Constituciones nacional y local	203
Tutela de los bienes del dominio público portuario. Titularidad, jurisdicción y poder de policía en el federalismo concertado <i>Leandro Salgan Ruiz</i>	209

HOMENAJES

<i>Laudatio</i> de la Dra. Marcela I. Basterra <i>Alberto B. Bianchi</i>	221
Discurso de Marcela Basterra en la Legislatura <i>Marcela I. Basterra</i>	224

ESTUDIOS

Revisión judicial del accionar de la Administración en la Ley de Procedimientos Administrativos estadounidense (*)

Estela B. Sacristán

Sumario: I. Introducción.— II. Faz administrativa.— III. Faz congressional.— IV. Faz judicial.— V. Supuesto de “agencias independientes”.— VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

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. Madison*”, caso que en sí mismo involucra la revisión del accionar del Ejecutivo, el *Chief Justice* Marshall enfatizó que “[l]a 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” (1).

Entre esas leyes que dan protección, se destaca aquella que puede ser considerada de máxima jerarquía, la Constitución, hoy en nuestro país nutrida por los diversos tratados de rango constitucional.

(*) Este trabajo se basa en la exposición efectuada en la sesión del 23/08/2022 en el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Buenos Aires (académico Juan Carlos Cassagne, presidente). Agradezco la generosa invitación formulada, así como los fructíferos comentarios generados en la citada sesión.

(1) “*Marbury v. Madison*”, 5 U. S. 137 [1803], 163: “The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection”.

Y esa protección, de linaje constitucional, incluye la posibilidad de que los jueces “revisen” el accionar de la Administración. Tal es la sabia garantía, tributaria de la separación de poderes propia de una república, que nace del art. 116 de la CN (“todas las causas en que la Nación sea parte”), y que la Corte Suprema ha hecho valer desde el legendario “*Ríos*” (2), con su posibilidad de que la Administración sea controlada por la rama Judicial. Este principio madurará y fructificará con “*Fernández Arias c. Poggio*”, de 1960, al garantizar la posibilidad de “ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia” (3) cuando de la revisión de la decisión de tribunales administrativos se trate.

(2) “*Criminal c. Ríos* (alias Corro), Francisco Gómez y Saturnino, por salteamiento, robo y homicidio, perpetrados a bordo del pailebot nacional Unión en el río Paraná”, Fallos 1:32, 04/12/1863, en el que la Corte Suprema resolvió que un decreto del Poder Ejecutivo nacional, que establecía quién era el juez competente para entender en el caso, “no tiene valor legal alguno” en tanto tal competencia tiene que ser fijada, bajo la Constitución Nacional, por el Poder Legislativo (consid. 3°). Puede ampliarse en HUTCHINSON, Tomás, “El sistema argentino de control judicial de la Administración”, Anales, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 7, nro. 40, La Plata, 2010, pp. 152-179, esp. p. 155. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/19861> (último acceso:25/11/2022).

(3) “*Fernández Arias c. Poggio*”, Fallos 247:646, 19/09/1960, esp. consid. 20, con cita de “*Ramiro Peláez c. SA La Superior*”, Fallos 193:135, 03/07/1942, esp. p.

Tal garantía se desplegará en forma amplia. Así lo pone de resalto el profesor Cassagne, con sustento en el citado fallo, al advertirnos, en punto a “Fernández Arias”:

“(…) [L]a amplitud del control judicial es algo más que un control judicial suficiente y así se desprende de la propia definición de la Corte en cuanto niega a los tribunales administrativos ‘(…) la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos (…)’” (4).

De tal modo, el *holding* de “Fernández Arias” es “doble” por referirse tanto al carácter “suficiente” que debe tener el control judicial, como al “negar” carácter final a la resolución administrativa en cuanto a hechos y derecho en juego.

En punto a esto último, y centrando la mirada en la palabra “final”, tanto las determinaciones fácticas como las jurídicas, efectuadas en sede administrativa, no serán únicamente el remate o cierre de una controversia administrativa; antes bien, serán la apertura de la posibilidad de la judicialización del caso para que sea oído en justicia. Tal el estado de cosas, en lo que aquí interesa, respecto de la amplitud de la posibilidad de revisión judicial del accionar de la Administración cuando de cuestiones de hecho y de derecho se trate (5).

137; "Provincia de Tucumán c. Cía. Hidroeléctrica de Tucumán", Fallos 209:28, 01/10/1947, esp. p. 63; "Cavura de Vlasoc, Emilia c. Alejandro Vlasov", Fallos 246:87, 25/03/1960, pp. 113-114.

(4) CASSAGNE, Juan Carlos, "La trascendencia del art. 109 de la Constitución Nacional en el sistema judicialista argentino y su fuente constitucional. Crítica a una tesis restrictiva sobre el alcance del control judicial", LA LEY, 2022-C, 557-573, LA LEY del 15/06/2022, pp. 1-6, esp. p. 5, con cita textual de "Fernández Arias c. Poggio", Fallos 247:646, 19/09/1960, consid. 19. En similares términos, en CASSAGNE, Juan Carlos, "La trascendencia del art. 109 de la CN en el sistema judicialista argentino y su fuente constitucional: crítica a una tesis restrictiva sobre el alcance del control judicial", Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, vol. 142, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2022, pp. 210-228, esp. p. 223.

(5) Ver nota al pie 4, y fallo allí citado. En igual sentido, puede verse "Flores de Ferreyra, María Angélica", Fallos 249:228, 03/03/1961, e invocación de Fernández Arias... en consid. 5°. En igual sentido, puede verse "Be-

1.1. Una arquitectura exclusivamente argentina

La mentada amplitud de la posibilidad de control judicial del accionar administrativo ofrece una arquitectura de contornos propios, “impregnada de realidad argentina” (6), que enraza en el art. 109, CN, norma constitucional que no posee paralelo alguno en la Constitución estadounidense (7) y que nos protege, imperterbable, desde 1853.

Tal extremo cronológico-normativo obliga, en la interpretación de aquel artículo constitucional, y en principio, a evitar acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense —en la cual nuestra Corte Suprema ha hallado “temprana y frecuente fuente de inspiración” (8)— en tanto aquel artículo constitucional se define como fruto de una particular experiencia histórica muy argentina, también.

Dice Watson que, en un grado verdaderamente apabullante, el derecho halla sus raíces en el pasado (9). Por su parte, Ullmann-Margalit repara en que las normas, por lo general, no comienzan a existir en un momento definido en el tiempo, sino que son la resultante de complejos

neduce, Carmen Julia y otras c. Casa Auguste s/ despido", Fallos 251:472, 18/12/1961, e invocación de "Fernández Arias...", en consid. 8°, donde, asimismo, se afirma, sin ambages: "(...) rige el principio de que cualquier decisión administrativa acerca de los hechos y del derecho controvertidos ha de quedar siempre sujeta a control judicial suficiente"; y consid. 11.

(6) "Fernández Arias c. Poggio", Fallos 247:646, 19/09/1960, consid. 10, con cita del art. 95, CN, actual art. 109, CN.

(7) En igual sentido, "Beneduce, Carmen Julia y otras c. Casa Auguste s/ despido", Fallos 251:472, 18/12/1961, disidencia del Dr. Boffi Boggero, consid. 6°.

(8) En tal sentido, en "Alianza Frente por Nuevo País s/ solicita cumplimiento del art. 54 de la Constitución Nacional - Elecciones 14 de octubre de 2002", Fallos 326:1778, 04/06/2003, consid. 9°, con cita de "Sesto, Vicente y otro x/ Gobierno Nacional", Fallos 1:317, 26/09/1864, consid. 5°, y de "Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo", Fallos 33:162, 14/04/1888, consid. 24.

(9) WATSON, Alan, "Legal Transplants. An Approach to Comparative Law", The University of Georgia press, Athens and London, 1993, second edition, p. 95 (primera edición de 1974).

patrones de comportamiento de una cantidad de personas a lo largo de un cierto período de tiempo (10). Adoptando la perspectiva de ambos autores —cuyo esencial tenor retrospectivo comparto—, puedo colegir que el art. 109, Const. Nac., y el trascendente fallo que lo interpreta, “Fernández Arias c. Poggio”, son, en rigor, la resultante de la experiencia argentina, tanto anterior a 1853 —año de la sanción de la Constitución— como anterior a 1960 —año del dictado del citado fallo—. De allí que, ya *ab initio*, haya importantes diferencias de acometida histórica cuando se estudia la materia del control judicial de la Administración en uno y otro ordenamiento. En otras palabras, la elaboración de la materia “revisión judicial del accionar de la Administración” en Estados Unidos y el desarrollo histórico que condujera a la elaboración, sistematización y aplicación de esa técnica en sede judicial estadounidense presentaría supuestos metodológicos —en especial, de raíz histórica— muy diversos respecto de los propios de la materia que, usualmente con el mismo nombre, estudiamos en nuestro país. En suma, entiendo que se trataría de dos realidades de bases diferentes en tanto proceden de experiencias históricas distintas.

I.2. Importancia del tema

Así las cosas, podría parecer baladí inquirir en el régimen de revisión judicial del accionar administrativo, al menos en el orden federal, en Estados Unidos, y la cuestión del control judicial de los hechos, en especial en punto al accionar de las agencias independientes de dicha nación: las diversas realidades históricas presupuestas en el desarrollo de esa temática desaconsejarían abordar siquiera la perspectiva comparada.

Sin embargo, entiendo que el tema, en el Derecho estadounidense, guarda su relevancia para nosotros. Ello, pues el repaso de los principales aspectos ese régimen, al menos en sus aspectos sustanciales, en ese ordenamiento extranjero, permitirá identificar sus bases de sustentación, tener presente sus particularidades y habilitar eventuales contrastes —y, por qué no,

(10) ULLMANN-MARGALIT, Edna, "The Emergence of Norms", Clarendon Press, Oxford, 2015, p. 8 (primera edición de 1977).

puntos de contacto— con el desarrollo de la materia respectiva en nuestro país sin perjuicio de las mentadas diferencias de sustento histórico.

I.3. Aclaración

Debo aclarar que no intento presentar 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 (11) o el práctico volumen de Edwards y Elliot; (12) en Argentina, las secciones pertinentes de las obras de Mairal (13) y Tawil (14). 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, aquí, es 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, mas 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 aprehender los numerosos decisorios que el *case law* o derecho judicial de aquel ordenamiento ofrecen. Tal derrotero me permitirá, en general, evaluar la situación en que se halla el particular o administrado frente a la Administración en el orden jurídico seleccionado y habilitará las comparaciones y posibles contrastes que correspondieren.

(11) JAFFE, Louis L., "Judicial Control of Administrative Action", Little Brown and Co., Boston, 1965, p. 336.

(12) EDWARDS, Harry T. y ELLIOT, Linda A., "Federal Standards of Review. Review of District Court Decisions and Agency Actions", Thomson Reuters, s/l, 2018, third edition.

(13) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de la Administración pública", Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, cuya primera edición fue publicada en 1984.

(14) TAWIL, Guido S., "Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa", edición del autor, Buenos Aires, 1993, ts. I y II.

I.4. Plan de exposición

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 comprende tener presente, siquiera en forma muy sucinta, en primer lugar, qué regla la Ley de Procedimientos Administrativos o *Administrative Procedure Act*, usualmente denominada *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, regla dos áreas: procedimientos en sede administrativa, y revisión judicial. En materia de procedimientos administrativos, resulta nuclear —como enseña veremos— la noción de *agency* o agencia, que entre nosotros sería órgano o ente de la Administración.

En lo principal, la *APA* (15) regla los recaudos procedimentales para la elaboración o revocación de *rules* o reglas o regulaciones, y de *adjudications* o adjudicaciones (término que etimológicamente remite a *ad* o aproximación; *ius*; y *dicare* o consagrar). Ambos procedimientos presentan su versión formal, y su versión informal (16), según haya audiencia formal, en el

(15) Se halla codificada como 5 United States Code § 551-559. Disponible en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/5/part-I/chapter-5/subchapter-II> (último acceso: 01/10/2022).

(16) 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.

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 se mejoraría a lo que para nosotros sería ente u órgano de la Administración, con lo que incluye órganos o departamentos ejecutivos federales y entes o agencias independientes, mas con las exclusiones que la propia ley fija (17). Téngase en cuenta, empero, que pacífica jurisprudencia ha excluido, de la noción de *agency* de la *APA*, al presidente de Estados Unidos (18).

En lo que hace a la revisión judicial, y sin perjuicio lo que se desarrolla *infra*, vale adelantar que la *APA* hace revisable la mayor parte de lo

RUBIN, Edward, "It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative", *Cornell Law Review*, vol. 89, 2003, pp. 95-190, esp. 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*. Empero, se otorga la protección procedimental que surge de la Cláusula del Debido Proceso de la Constitución, que se halla prevista en las regulaciones específicas de la agencia, o en otras leyes. Puede ampliarse en WEX DEFINITIONS TEAM, voz "Administrative Procedure Act", 2021. Disponible en https://www.law.cornell.edu/wex/administrative_procedure_act (último acceso: 01/10/2022). Para una detallada explicación del régimen que fija la *APA*, en castellano, puede verse, con provecho, CARBONELL PORRÁS, Eloísa y MUGA, José Luis, "Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América", Marcial Pons, Madrid, 1996.

(17) 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.

(18) "Franklin v. Massachusetts", 505 U.S. 788, en pp. 800-01 [1992], en el que se sostuvo que el accionar del presidente no puede 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, Harry T. y ELLIOT, Linda A., "Federal Standards of Review. Review of District Court Decisions and Agency Actions", Thomson Reuters, s/l, 2018, third edition, p. 137.

que se denomina “accionar de la agencia”, sea el mismo acción u omisión (19).

Con sus variantes, y considerando la organización constitucional estadounidense, el esquema se replicará en cada uno de los 50 estados. De tal modo, 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 (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*) (20).

II.2. ¿Quién lidera los procedimientos reglados por la APA?

La *APA* regla lo relativo a las audiencias, se celebren ellas en los procedimientos de *rule-making* o en los de *adjudication* (21). Dichas audiencias aparecen como el núcleo vital del procedimiento administrativo y aquí es donde aparecen las aparentes similitudes con un procedimiento en sede judicial ya que las audiencias, en el procedimiento administrativo, tienen que ser conducidas inexorablemente en forma imparcial (22).

(19) 5 United States Code § 551 : "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. (En el original: "'agency action' includes the whole or a part of an agency rule, order, license, sanction, relief, or the equivalent or denial thereof, or failure to act"). Se excluirán, por ende, los pedidos de revisión judicial de publicaciones de la agencia en la *erb*, y los informes de prensa, y todos aquellos documentos que no tipifiquen en la conceptualización que establece la *APA*.

(20) Respecto de las *rules* o regulaciones, pueden verse los guarismos y porcentajes respectivos, para los 50 estados, en: *BALLOTPEDIA*, "Non Delegation Doctrine: States with Regulatory Review Bodies", s/f. Disponible en https://ballotpedia.org/Nondelegation_doctrine:_States_with_regulatory_review_bodies (último acceso: 01/10/2022).

(21) 5 U. S. C. § 556 (a).

(22) 5 U. S. C. § 556 (b) [3]. Se trataría, 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.

La recepción de pruebas podrá ser presidiada por un *ALJ* o *administrative law judge* o —literalmente— “juez de derecho administrativo” (23). Tengamos en cuenta, en este punto, que el *ALJ* toma juramento (24), recibe pruebas (25) y toma testimonios (26).

Asimismo, el *ALJ* efectúa, en lo que aquí más interesa, determinaciones tanto fácticas como jurídicas: establece la *APA* que el *record* o registro —expediente, entre nosotros— mostrará la resolución de cada hallazgo, conclusión o excepción presentados. Agrega la *APA* 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 estas, 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 (27).

(23) 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 DEFINITIONS TEAM, voz "ALJ", 2021. Disponible en <https://www.law.cornell.edu/wex/alj> (último acceso: 01/10/2022). En pos de una caracterización de los *ALJs*, debemos tener en cuenta las importantes diferencias entre éstos y los jueces federales de corte de distrito. Primero, los *ALJs* se vinculan al art. 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 art. I de la Constitución. Por el contrario, los jueces federales de corte de distrito son los del art. III de la Constitución estadounidense, por lo que son jueces de la rama judicial. El art. 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.

(24) 5 U. S. C. § 556 (c) [1].

(25) 5 U. S. C. § 556 (c) [3].

(26) 5 U. S. C. § 556 (c) [4].

(27) 5 U. S. C. § 557 (c) [3]. En el original: "The record shall show the ruling on each finding, conclusion, or ex-

Dadas las palabras que la APA emplea —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 esta) (28) de conformidad con el específico régimen de procedimientos de la agencia de que se trate, en el camino del agotamiento de la instancia administrativa (29).

ception presented. All decisions, including initial, recommended, and tentative decisions, are a part of the record and shall include a statement of— (A) findings and conclusions, and the reasons or basis therefor, on all the material issues of fact, law, or discretion presented on the record; and (B) the appropriate rule, order, sanction, relief, or denial thereof”.

(28) 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. (En el original: “Modification of findings or orders prior to filing record in court: Until the record in a case shall have been filed in a court, as hereinafter provided, the Board may at any time upon reasonable notice and in such manner as it shall deem proper, modify or set aside, in whole or in part, any finding or order made or issued by it”).

(29) En el plano constitucional, se diferencia entre la mencionada posibilidad de revisión dentro del orden interno de la agencia, por un lado, y, por el otro, la cuestión del nombramiento del ALJ; ver “Lucia et al. v. S. E. C.”, 585 U. S. ____ [2018]. Disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-130_4f14.pdf (último acceso: 01/10/2022). En dicho fallo, de la Suprema Corte estadounidense, se resolvió que el método empleado por la Securities and Exchange Commission ó S. E. C., para contratar a sus ALJs, era inconstitucional por no respetar la Cláusula de los Nombramientos prevista en la Constitución. Dicha cláusula exige que los “Funcionarios de los Estados Unidos” sean nombrados por el presidente, las cortes federales o las “cabezas de los ministerios”, es decir, los ministros de la rama ejecutiva. En “Lucia v. S. E. C.”, la Suprema Corte estadounidense estableció que los ALJs de la S. E. C. —nombrados por el staff de la Comisión, y usualmente a cargo de presidir los procedimientos en contra de personas que habrían transgredido las leyes federales sobre títulos valores— son “Funcionarios” que deben ser nombrados de conformidad con la Cláusula de Nombramientos de la Constitución. “Lucia v. S. E. C.” puede ser apreciado en punto a sus efectos prácticos por fuera del ámbito de la S. E. C.; se lo ha apreciado como un fallo hábil para producir cambios en punto a los nombramientos, otrora asignados, por la APA, a la agencia, bajo 5 U. S. C. § 3105, pero, después de Lucia, posiblemente transferidos al campo de

Cabe poner de resalto que un ALJ trabaja en forma independiente, en especial respecto de influencias políticas, o de las partes, y de su independencia dependerá su estabilidad. Si se hubiere decidido que debe ser despedido, se llevará adelante un procedimiento de remoción ante un *board* o cuerpo especial (30).

II.3. ¿Qué queda sujeto al régimen de revisión judicial de la APA?

En principio, y sin perjuicio de ulteriores precisiones *infra*, todo el accionar de la agencia, por acción u omisión quedará sujeto a revisión judicial (31). La APA establece que una persona que sufra agravio en razón del accionar de una agencia, o sea afectada en forma adversa o agravada por el accionar de la agencia dentro de lo significado por una ley relevante, tiene “derecho a la revisión judicial” de aquel (32). También prevé la APA el supuesto de omisión pues se incluye expresamente el supuesto que el funcionario haya “omitido actuar” (33).

Interesa poner de resalto que se emplea el término *right* o “derecho” en punto a la disponibilidad de revisión judicial. De tal modo, se está ante 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

aplicación de la Cláusula constitucional citada. Ampliar en DAVENPORT, Spencer, “Resolving ALJ Removal Protections Problem Following Lucia”, *Journal of Law Reform*, vol. 53-3, University of Michigan, 2020, pp. 693-726, esp. pp. 697-698. Disponible en <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2508&context=mjlr> (último acceso: 01/10/2022).

(30) 5 U. S. C. § 7521 (a).

(31) Ver nota al pie 20.

(32) 5 U. S. C. § 702: “A person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof”.

(33) 5 U. S. C. § 702: “(...) or failed to act in an official capacity (...)”.

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 (34).

Respecto del margen de revisión judicial, establece la APA que el tribunal judicial decidirá *todas las cuestiones relevantes de derecho, interpretará las provisiones constitucionales y legislativas, y determinará el significado o aplicabilidad de los términos del accionar de la agencia* (35). 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, incluso, 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 sustancial en casos sujetos a las secciones que reglan la *adjudications* y *rulemakings* formales o de cualquier otro modo revisados con base en

(34) 5 U. S. C. § 706.

(35) 5 U. S. C. § 706: "(...) all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action".

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 (36).

Respecto de los estándares o criterios de revisión, y sin perjuicio del desarrollo que se efectúa más adelante, puede adelantarse que aquellos son los que surgen de la norma recién reseñada. Los autores, empero, suelen agruparlos bajo subtítulos diversos, y ello colaborará con su mejor aprehensión (37).

(36) 5 U.S. Code § 706: "To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall— 1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and 2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be— (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law; (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity; (C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right; (D) without observance of procedure required by law; (E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or (F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court".

(37) TAWIL, Guido S., "Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa", edición del autor, Buenos Aires, 1993, ts. II, pp. 209-246, donde enumera (i) revisión de novo; (ii) la regla de lo claramente erróneo; (iii) la regla de la evidencia sustancial; (iv) la regla de la arbitrariedad y el capricho; (v) el abuso en el ejercicio de facultades discrecionales; (vi) otras reglas o patrones de revisión (las reglas de la consideración adecuada y de la mirada o examen profundo; la *kid glove review* y la revisión más restringida). Cfr. MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de la Administración pública", Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, pp. 635-636, donde enumera (i) la revisión mínima; (ii) la revisión media o normal y (iii) la revisión máxima. La primera se correspondería con los supuestos de la ley ya enumerados, esto es, 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. La segunda agregaría la consideración del criterio de "prueba sustancial". La tercera im-

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 (38); 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 "errores de juicio" (39). 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* (40).

plicaría la reconsideración independiente de "todas" las cuestiones de hecho y de derecho. Cfr. PIERCE, Richard J. (jr.), "What do the Studies of Judicial Review of Agency Actions Mean?", *Administrative Law Review*, vol. 63, 2011, pp. 77-98, quien enumera las seis "doctrinas" de la revisión judicial, v.gr., (i) la de la deferencia; (ii) la doctrina Skidmore, menos deferente que la primera; (iii) la de la toma de decisión razonada, basada en la interpretación del estándar de arbitrariedad y capricho; (iv) la de la evidencia sustancial; (v) la del claro error; y (vi) la de la revisión de novo. Disponible en https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1947&context=faculty_publications (último acceso: 20/11/2022).

(38) "Consolidated Edison Co. v. NLBR" [1938]: a los fines de sostener una conclusión, se requiere "evidencia sustancial" o adecuada "para una mente razonable".

(39) "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].

(40) "Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.", 463 U.S. 29 [1983] 462: "(...) the agency nevertheless must examine the relevant data and articulate a satisfactory explanation for its action". Ello incluirá la "rational connection between facts and judgment required to pass muster under the 'arbitrary and capricious' standard".

El tercer estándar, de interpretación de la ley, hoy parecería materializado en los dos pasos previstos en "Chevron" (41), y da origen a la denominada doctrina de la deferencia. Esta doctrina, de origen no formal legal sino jurisprudencial, tuvo que ser posteriormente acotada a los procedimientos formales, tanto de *adjudication* como de *rulemaking* (42). Lo cierto es que la doctrina de la deferencia parece claramente contraria a lo que el legislador quiso según el texto mismo de la APA (43). De allí que, afortunadamente, haya sido socavada y ello no resultaría sorprendente en tanto, como doctrina de creación jurisprudencial, bien puede ser limitada y "recortada" en decisivos judiciales, sobre todo por parte de la Suprema Corte estadounidense. Desde el punto de vista de la separación de poderes, esta doctrina trasladaría

(41) "Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council", Inc., 467 U.S. 837 [1984]. Ha formulado adecuadas advertencias, sobre esta doctrina, CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", BdeF, Montevideo y Buenos Aires, 2016, 2ª ed. actualizada, pp. 86-86. También pueden verse: 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, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1998, pp. 1271-1295; BIANCHI, Alberto B., "El control judicial bajo la doctrina de la deferencia" en AAVV, *Control de la Administración pública: administrativo, legislativo y judicial*, Rap, Buenos Aires, 2009, 2ª ed., pp. 583-634. Disponible en <http://cdi.mecon.gov.ar/bases/jurid/15837.pdf> (último acceso: 01/10/2022). Diversas sólidas críticas a la doctrina Chevron, en el ámbito legislativo estadounidense, pueden verse en las constancias de la audiencia U. S. Congress - House of Representatives, "The Chevron Doctrine: Constitutional and Statutory Questions in Judicial Deference to Agencies", 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, Washington D. C., 2016, March 15, 2016, Serial nro. 114-68. Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-114hhrg99454/pdf/CHRG-114hhrg99454.pdf> (último acceso: 01/10/2022).

(42) De tal modo, quedan excluidos de la deferencia de Chevron las declaraciones de políticas, manuales de las agencias, y otros instrumentos que no tienen fuerza de ley, a diferencia de lo que ocurre con las *adjudications* y *rulemakings* formales, que sí la tienen.

(43) Ver transcripción en nota al pie 36 y texto correspondiente.

el poder decisorio, el cual se desplazaría, de la rama judicial no votada directamente, a la agencia administrativa políticamente responsable. Pero su rasgo originario —su origen no legal formal sino jurisprudencial— continúa pendiente de que el Congreso adopte alguna decisión modificatoria de la APA, sea acogiendo “Chevron”, sea aprobando un nuevo estándar de revisión diferente que desplace, definitivamente, la doctrina de la deferencia, sea fijando estándares de revisión específicos, ajenos a “Chevron”, al proyectar aquellas leyes que confieren, a las agencias, competencia para adoptar decisiones (44). Mientras tanto, la doctrina “Chevron” va siendo perfilada, delimitada, recortada (45) y, como veremos en la sección V., *infra*, ignorada, en los últimos tiempos, por la Suprema Corte estadounidense.

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

(44) Esto habría ocurrido cuando se aprobó la Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act en 2010, que fijó estándares mucho menos deferentes que los emergentes de Chevron. Ampliar en Sin Autor, “Chevron Deference: A Primer”, Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress, Washington D.C., 2017, esp. p. 26. Disponible en <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44954> (último acceso: 20/11/2022).

(45) EDWARDS, Harry T. y ELLIOT, Linda A., “Federal Standards of Review”, Review of District Court Decisions and Agency Actions, Thomson Reuters, s/l, 2018, third edition, p. 237 enumeran los cinco supuestos en que no se acodará 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 merecerá deferencia Chevron.

apoya —como ya se adelantara en la sección I, *supra*— en la siempre vigente doctrina de “Marbury v. Madison” (46). En dicho célebre decisorio, fundador de la doctrina del control de constitucionalidad, y en el cual se hallaba en juego el accionar de la rama ejecutiva (47), el *Chief Justice* Marshall insistió en que la libertad civil consiste en poder reclamar la protección de las leyes.

Posteriormente, en un caso tal vez menos conocido, “United States v. Nourse” (48), el *Chief Justice* recordó la tradicional observancia de este derecho de reclamar, y sentó los cimientos

(46) “Marbury v. Madison”, 1 Cranch 137, 163 [1803]. Se sigue GAFFNEY, Jonathan M., “Judicial Review under the Administrative Procedure Act (APA)”, Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress, Washington D.C., 2020. Disponible en https://www.everycrsreport.com/files/2020-12-08_LSB10558_babd79c50d2e4d559e06c1e0a31490d-b815f7558.pdf.

(47) 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, Thomas W., “Marbury v. Madison as the First Great Administrative Law Decision”, John Marshall Law Review, vol. 37, 2004, pp. 481-522, esp. p. 481. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/230164144.pdf> (último acceso: 20/11/2022). 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. Escaso grado de spoiler tendrá el recordar que la Suprema Corte efectuó una revisión prácticamente 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.

(48) “United States v. Nourse”, 34 U. S. 8 [1835] 8-9.

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. (...)”.

Más de un siglo después, en “Bowen” (49), la Suprema Corte estadounidense, recordando en forma expresa ambos precedentes, 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, JAFFE, L. ‘Judicial Control of Administrative Action’, 1965, 339-353. (...) Comisiones de ambas Cámaras del Congreso han avalado este punto de vista” (50).

Esta es la senda jurisprudencial, nacida en “*Marbury v. Madison*”, que ha permitido la elaboración y consagración de la denominada

(49) “Bowen v. Academy of Family Physicians”, 476 U. S. 667 [1986].

(50) “Bowen v. Academy of Family Physicians”, 476 U. S. 667 [1986] 670-671: “We begin with the strong presumption that Congress in— tends judicial review of administrative action. From the beginning ‘our cases [have established] that judicial review of a final agency action by an aggrieved person will not be cut off unless there is persuasive reason to believe that such was the purpose of Congress’. “*Abbott Laboratories v. Gardner*”, 387 U. S. 136, 140 [1967] (citing cases). See generally L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action* 339-353 [1965]. (...) Committees of both Houses of Congress have endorsed this view. (...)”.

“presunción de revisión judicial”, que se proyecta sobre toda la APA (51). 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 revisabilidad*

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

“[E]n 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 decisivos 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

(51) GAFFNEY, Jonathan M., “Judicial Review Under the Administrative Procedure Act (APA)”, Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress, Washington D.C., 2020, p. 1. Disponible en https://www.everycrsreport.com/files/2020-12-08_LSB10558_babd79c50d2e4d559e06c1e0a31490db815f7558.pdf.

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” (52).

De este modo, se deja sentado el verdadero “derecho” a la revisión judicial y, más importante aún, la “presunción” de posibilidad de revisión judicial, sobre todo en supuestos de ambigüedad o silencio de la ley formal.

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, 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 justicia (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. Por el contrario, 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 (53).

(52) JAFFE, Louis L., "Judicial Control of Administrative Action", Little Brown and Co., Boston, 1965, p. 336.

(53) Conf. United States Courts, "Federal Courts and the Public", (s/f). Disponible en <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/federal-courts-public> (último acceso: 20/11/2022).

IV.1. Nociones de organización de la justicia federal

En Estados Unidos, en el orden federal (54), y en lo que aquí interesa, hay cortes de circuito o *circuit courts*, que serían nuestras cámaras federales de apelaciones, y cortes de enjuiciamiento o *trial courts*, que serían nuestros juzgados federales de primera instancia. 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 (55). La decisión de la corte de distrito puede ser apelada ante la corte de circuito competente. Hay 12 circuitos en todo el país (56). Cada corte de circuito tiene una cantidad variable de jueces; por ejemplo, 6 en el Primer Circuito; 21 en el Noveno Circuito. La cantidad de jueces de corte de distrito puede ser visualizada a la luz del dato poblacional: Estados Unidos tiene más de trescientos treinta millones de habitantes.

Ante las cortes de distrito se registran los hechos (*factual record*); (57) dichas cortes resuelven disputas fácticas relevantes; (58) y solo ante

(54) En general, puede verse BIANCHI, Alberto B. - SACRISTÁN, Estela B., "Estudio comparativo de los tribunales federales en Estados Unidos y Argentina", en MANILI, Pablo Luis (dir.), Derecho Constitucional del siglo XXI. Estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vannossi, Astrea, Buenos Aires, 2020, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020, pp. 383-408. Disponible en <https://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/Estudio%20comparativo%20de%20los%20tribunales%20federales%20en%20EEUU%20y%20Argentina.pdf> (último acceso: 20/11/2020).

(55) Se sigue U. S. Department of Justice, "Introduction to the Federal Court System", (s/f), U. S. Attorneys, Justice 101. Disponible en <https://www.justice.gov/usao/justice-101/federal-courts> (último acceso: 01/10/2022).

(56) Ibidem.

(57) CARP, Robert A. - STIDMAN, Ronald, "The Federal Courts", Congressional Quarterly, Washington D.C., 1998, p. 25.

(58) Cueto Rúa enseña que los hechos quedan fijados ante el juez de primera instancia previa selección de los mismos por parte de él. CUETO RUA, Julio, "El buen juez de primera instancia", Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 4, nro. 8, 2006, pp. 195-209, esp. p. 200. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3742272> (último acceso: 20/11/2022).

ellas se toman testimonios de testigos (59). También efectúan determinaciones de credibilidad sobre dichos testimonios (60). Además, tengamos presente que el juez de distrito resolverá con previa participación de un jurado (61), 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) (62). 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 (63).

Respecto de las cortes de circuito, los casos en los que entienden siempre habrán sido discutidos en algún otro foro, judicial o no (64). 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 (65), en la cual los letrados, ante la corte de circuito, formularán sus argumentos y contestarán las preguntas que les formulen los jueces (66). Las cortes de circuito "reciben" las determinaciones fácticas efectuadas en la instancia judicial anterior (67), y corrigen errores legales, jurídicos, en los que puedan haber incurrido los jueces de distrito; desarrollan el derecho y establecen precedentes que guían posteriores casos. 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 (68). 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; y las con-

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

(66) Se sigue U. S. Department of Justice, "Introduction to the Federal Court System", (s/f), U. S. Attorneys, Justice 101. Disponible en <https://www.justice.gov/usao/justice-101/federal-courts> (último acceso: 01/10/2022).

(67) Se halla bien establecida la regla de que la búsqueda de los hechos es responsabilidad básica de las *district courts*. Conf. "Pullman-Standard v. Swint", 456 U. S. 273 [1982] 291. Lo explica muy claramente FRANK, Jerome, "Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice", Princeton), Princeton University Press, New Jersey, 1949, esp. 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. (En el original: "There are two kinds of courts (...). One kind, called *trial courts* (...), performs both parts of the judicial task; they both find the facts and apply the rules. The other kind, called *upper courts*, *appeals courts*, usually does little about the facts of cases. These courts devote most of their time to deciding, on appeals, whether or not the lower courts, in particular cases, made mistakes about the rules (...). [T]rial court fact-finding is the toughest part of the judicial function. (...)").

(68) RUGG, Julia, "Identifying and Understanding Standards of Review", ob. cit.

(59) CARP, Robert A. - STIDMAN, Ronald, "The Federal Courts", ob. cit.

(60) Tengamos presente que estarán personalmente en contacto con cada testigo en la sala de audiencias.

(61) Ampliar en BIANCHI, Alberto B., "El juicio por jurados: la participación popular en el proceso", Ábaco, Buenos Aires, 1999; del mismo autor y del mismo año, "El juicio por jurados. Un examen del sistema en los Estados Unidos a propósito de la intención de establecerlo en la Argentina", RAP, nro. 251, pp. 9-44.

(62) RUGG, Julia, "Identifying and Understanding Standards of Review", Georgetown University Law Center, The Writing Center, Washington D. C., 2019. Disponible en <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2019/09/Identifying-and-Understanding-Standards-of-Review.pdf> (último acceso: 01/10/2022).

(63) 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.

(64) CARP, Robert A. - STIDMAN, Ronald, "The Federal Courts", Congressional Quarterly, Washington D.C., 1998, p. 44.

clusiones de derecho, en la apelación, serán pasibles de revisión *de novo* (69).

Algunas características, en particular relevantes para el tema del presente, que presenta la organización de la justicia federal en Estados Unidos, son las siguientes:

1) *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 (70), que es una corte de apelaciones.

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 (71), y de interpretación restrictiva (72).

(69) Explican Edwards y Elliot que 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. Conf. EDWARDS, Harry T. y ELLIOT, Linda A., "Federal Standards of Review, Review of District Court Decisions and Agency Actions", Thomson Reuters, s/l, 2018, third edition, p. 7, con cita de "Salve Regina Coll. v. Russell", 499 U.S. 225 en pp. 231-233 [1991].

(70) Conf. EDWARDS, Harry T. y ELLIOT, Linda A., "Federal Standards of Review, Review of District Court Decisions and Agency Actions", Thomson Reuters, s/l, 2018, third edition, p. 145.

(71) "Whitney National Bank v. Bank of New Orleans", 379 U. S. 411 [1965].

(72) Davis y Pierce 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, Kenneth Culp y PIERCE, Richard J., "Administrative Law Treatise", Little, Brown and Co., Boston, 1994, t. III, pp. 176-177.

Cuando la revisión judicial tiene inicio en la corte de distrito, la revisión de la decisión de esta 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 guardará deferencia alguna hacia la decisión de la corte de distrito: "Revisamos el accionar administrativo directamente, sin acordar ninguna deferencia en particular hacia el decisorio de la Corte de Distrito" (73).

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.

2) *No hay jurisdicción exclusivamente contencioso-administrativa*

En Estados Unidos, en el orden federal, la jurisdicción es territorial; cada juez de distrito podrá entender en causas civiles o penales; se distribuyen las causas entre los jueces según la especialización que cada uno posee, con lo que se evitan lo que en Argentina conocemos como conflictos de competencia (74). La revisión judicial del accionar del órgano o ente de la Administración estadounidense carece de lo que

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

(74) 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 tomaría inadecuado que un juez presida un caso en particular. Conf. United States Courts, "How judges are assigned to cases", (s/f). Disponible en <https://www.uscourts.gov/faqs-filing-case> (último acceso: 1/10/2022).

conocemos, en nuestro país, como fuero contencioso-administrativo federal.

3) *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.

4) *Aspectos para controlar inicialmente*

Entre otros aspectos (75), y con ecos de “Marbury”, se controlará que haya un agraviado por el accionar administrativo, verificándose si hay legitimación; gravamen de hecho (76); causalidad, v.gr., conexión entre el gravamen y el accionar de la agencia (77); reparabilidad (78); zona de interés protegida por la ley formal o regulación (79).

Se verificará si la *agency* esté alcanzada por la ley específica que establece la revisión, y si esa ley específica autoriza la revisión judicial: ocu-

(75) Puede ampliarse en CARP, Robert A. - STIDMAN, Ronald, "The Federal Courts", Congressional Quarterly, Washington D.C., 1998, pp. 47-61.

(76) "Sierra Club v. Morton", 405 U.S. 727 [1972]; "Luján v. Defenders of Wildlife", 504 U. S. 555 [1992].

(77) "Luján v. Defenders of Wildlife", 504 U. S. 555 [1992].

(78) *Ibidem*.

(79) 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", nro. 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.

rre 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. Ello hace recordar el antiguo caso de la Ley de Preferencia de Cargas, que establecía que las cargas, destinadas a Vietnam, debían ser transportadas en buques de bandera estadounidense, salvo que se considerare que esos buques no estaban disponibles por mediar precio excesivo o irrazonable para la Administración. La determinación de la no disponibilidad constituía una decisión discrecional de la Administración. Curran, presidente de la National Maritime Union, accionó porque se estaban usando buques de bandera no estadounidense, y la Suprema Corte se negó a estudiar si la decisión había sido correcta. En el caso, era la ley la que confería la discrecionalidad (80) con lo que el supuesto tipificaba en lo prescripto en la *APA*. Sin embargo, como luego veremos, también las decisiones discrecionales han hallado su sendero hacia una sistematización de criterios para analizarlas 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 y de conformidad con ciertos parámetros fijados jurisprudencialmente en pos de aclarar uno de los conceptos más difíciles de aprehender del mundo jurídico (81).

(80) "Curran v. Laird", 420 F.2d 122 [1954]. Disponible en <https://casetext.com/case/curran-v-laird> (último acceso: 01/10/2022).

(81) Tales los fijados en "Pierce v. Underwood", 487 U. S. 552 [1988]. Ver DAVIS, Martha, "Standards of Review: Judicial Review of Discretionary Decisionmaking", *The Journal of Appellate Practice and process*, vol. 2, nro. 1, 2000, pp. 47-84, esp. pp. 64-67. Disponible en <https://lawrepository.ualr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1189&context=appellatepracticeprocess> (último acceso: 20/11/2022).

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 (82) 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.

1) Estándar de revisión. Decisor. Procedimiento previo

Debe tenerse presente, en forma liminar, y en el campo de la revisión judicial en general, que, como explica Martha 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 (83).

Esos decisores serán (84), 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

(82) MERRILL, Thomas W., "Article III, Agency Adjudication, and the Origins of the Appellate Review Model of Administrative Law", *Columbia Law Review*, vol. 111, 2011, pp. 939-1003. Disponible en https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1140&context=faculty_scholarship.

(83) DAVIS, Martha S., "A Basic Guide to Standards of Review", *South Dakota Law Review*, nro. 3, 1988, pp. 469-483, esp. p. 470.

(84) 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, Martha S., "A Basic Guide to Standards of Review", *South Dakota Law Review*, nro. 3, 1988, pp. 469-483, esp. p. 471. También considerando sólo los tres decisores enumerados, LOUIS, Martin B., "Trial and Appellate Levels: Unified View of the Scope of Review, the Judge/Jury Question, and Procedural Discretion", *North Carolina Law Review*, vol. 64, 1984, 993-1047, esp. p. 994.

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.

Pero la escena no es totalmente binaria: la autora citada 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 (85).

¿Qué función tendría el estándar de revisión, en general? La “función nuclear” (86) de un estándar de revisión será definir el “adecuado rol del tribunal revisor” al resolver acerca de la conducta de otros decisores (87) identificando el “grado de deferencia otorgado, por el tribunal revisor, a la decisión bajo revisión” (88). Ahora, ¿qué incidencia tendría este aserto en el específico ámbito de la revisión judicial del accionar de la agencia administrativa? Veamos:

2) 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*) (89). Dicho

(85) DAVIS, Martha S., "A Basic Guide to Standards of Review", ob. cit.

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

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

(88) Conf. DAVIS, Martha S.; CHILDRESS, Steven Alan, "Standards of Review in Criminal Appeals: Fifth Circuit Illustration and Analysis", *Tulane Law Review*, nro. 60, 1986, pp. 461-561, esp. p. 465.

(89) MERRILL, Thomas W., "The origins of American-style judicial review", en ROSE-ACKERMAN, Susan y LINDSETH, Peter L. (eds.) *Comparative Administrative*

modelo, según el citado autor, “toma prestada” la relación entre cortes de enjuiciamiento o *trial courts* y la corte de apelaciones en los litigios civiles, relación que, a su vez, remite a la vinculación entre el juez y el jurado (90). 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” (91). 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 (92).

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 definitoria del ámbito de actuación de la rama judicial cuando ha intervenido previamente un órgano judicial, pero trasplantán-

Law, Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2010, pp. 389-414, esp. p. 389.

(90) *Ibidem*.

(91) *Ibidem* con cita de LOUIS, Martin B., "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", *North Carolina Law Review*, vol. 64, 1986, pp. 993-1048. Disponible en <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol64/iss5/3/> (último acceso: 10/10/2022) Listado en: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/allocating-adjudicative-decision-making-authority-between-trial-and>. En similar sentido, CARP, Robert A. - STIDMAN, Ronald, "The Federal Courts", *Congressional Quarterly*, Washington D.C., 1998, pp. 53-54.

(92) MERRILL, Thomas W., "The origins of American-style judicial review", *ob. cit.*

dose 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 (93). 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, mediante la experiencia en materia de revisión judicial de componentes fácticos de decisiones en materia de tarifas (94). Pero tenemos 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” (95).

(93) MERRILL, Thomas W., "The origins of American-style judicial review", en ROSE-ACKERMAN, Susan y LINDSETH, Peter L. (eds.) *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2010, pp. 389-414, pp. 389-414, esp. p. 410: "Even greater capacity for adaptation was revealed in the 1970s, as Congress encouraged a shift from adjudication to rule-making (...). American courts and agencies were able to adjust to overcome this difficulty, essentially by developing a new conception of the record for purposes of review of rulemaking". Con cita de PEDERSON, Jr., William F., "Formal Records and Informal Rulemaking", *Yale Law Review*, vol. 85, 1975, pp. 38-89.

(94) Ampliar, con provecho, en LANDIS, James M., "The Administrative Process", Yale University Press, New Haven, 1938, pp. 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 jurisprudencia que se inicia con "Munn v. Illinois" 94 U. S. 113 [1877] y posterior desarrollo jurisprudencial. Bajo la dirección de tesis doctoral del profesor Juan Carlos Cassagne, tuve oportunidad de estudiar esa jurisprudencia, a la que me referí, en 2007, en "Régimen de las tarifas de los servicios públicos", Ábaco, Buenos Aires, pp. 114-119 y pp. 235-242.

(95) Vuelvo sobre ello en la sección V.

3) *Actitud del órgano judicial. Espectro deferencial o de respeto hacia la decisión de la agencia*

Ya vimos que un estándar de revisión estaría enderezado a evaluar lo resuelto por otro decisor, y reflejaría grados de deferencia hacia este. 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 esta última, su decisión.

Con base en las “variables” de una tabla comparativa elaborada por la doctrina (96), podemos tomar nota de las diversas actitudes del tribunal judicial hacia la *agency* en lo que aparecería como un espectro o *spectrum*, y algunas particularidades:

4) *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 (97). En caso afirmativo, el tribunal judicial revisor podrá basarse en el expediente o registro administrativo, o crear uno suyo (98).

Sin perjuicio de claros ejemplos que cita la doctrina (99), incluyendo la generalizada revisión *de novo* cuando los procedimientos de determinación de los hechos por la agencia resultan inadecuados (100), 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 (...)” (101).

(97) La ley expresamente tiene que permitir que se juzgue *de novo*. El silencio o ambigüedad de la ley se entenderá como negativa. Ver CASS, Ronald A.; DIVER, Colin S.; BEERMANN, Jack M., "Administrative Law", Little Brown and Co., Boston, 1994, second edition, p. 185. En igual sentido, DAVIS, Martha S., "A Basic Guide to Standards of Review", South Dakota Law Review, nro. 3, 1988, pp. 469-483, esp. p. 475.

(98) CHILDRESS, Steven Alan - DAVIS, Martha S., "Standards of Review", Lexis Nexis, New Providence, NJ, 2010, fourth edition, vol. 3, § 15.2.

(99) Ver MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de la Administración pública", Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 635, su nota al pie 8.

(100) BENDOR, Ariel - YADIN, Sharon, "Regulation and the Separation of Powers", Southern California Interdisciplinary Law Journal, vol. 28, 2019, pp. 357-385, esp. p. 377. Disponible en <https://gould.usc.edu/why/students/orgs/ilj/assets/docs/28-2-Bendor.pdf> (último acceso: 22/11/2022).

(101) En el original: "If the petitioner claims to be a national of the United States and the court of appeals finds that a genuine issue of material fact about the petitioner's nationality is presented, the court shall transfer the proceeding to the district court of the United States for the judicial district in which the petitioner resides for a new hearing on the nationality claim and a decision on that claim as if an action had been brought in the district court under section 2201 of title 28".

(96) DAVIS, Martha S., "A Basic Guide to Standards of Review", South Dakota Law Review, nro. 3, 1988, pp. 469-483, esp. p. 471. En similar sentido, RUGG, Julia, "Identifying and Understanding Standards of Review", Georgetown University Law Center, The Writing Center, Washington D. C., 2019; y su remisión a DAVIS, Martha, "A Basic Guide to Standards of Judicial Review", South Dakota Law Review, vol. 33, 1988, pp. 468-483.

5) "Claro error" o "claramente erróneo"

Segundo, tendría que haber un mínimo respeto o deferencia por parte de un tribunal revisor judicial 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 (102).

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*— (103), se aplicaría a la revisión de las determinaciones fácticas efectuadas por una agencia (104), no obstante lo cual, alternativamente, se aplicaría el estándar, previsto en la APA también, de razonabilidad o "evidencia sustancial".

6) Evidencia sustancial o razonabilidad

Tercero, el estándar de razonabilidad o de "evidencia sustancial" (105), y sus especies,

(102) "U.S. v. Gypsum Co.", 333 U.S. 364 [1948] 394-395: Bajo la Regla 52(a) de las Reglas de Procedimiento Civil, 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. ("A finding is 'clearly erroneous' when, although there is evidence to support it, the reviewing court on the entire evidence is left with the definite and firm conviction that a mistake has been committed").

(103) Ampliar en RUBIN, Edward, "It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative", *Cornell Law Review*, vol. 89, 2003, pp. 95-190, esp. p. 128.

(104) A favor de su aplicación para hechos históricos y hechos que producen hechos finales generadores de principios, MARTIN, LOUIS, Martin B., "Trial and Appellate Levels: Unified View of the Scope of Review, the Judge/Jury Question, and Procedural Discretion", *North Carolina Law Review*, vol. 64, 1984, 993-1047, esp. p. 1001 y sus citas. En contra de su aplicación, pues solo se aplicaría a los hallazgos fácticos de jueces y magistrados: DAVIS, Martha S., "A Basic Guide to Standards of Review", *South Dakota Law Review*, nro. 3, 1988, pp. 469-483, esp. p. 471. RUGG, Julia, "Identifying and Understanding Standards of Review", Georgetown University Law Center, The Writing Center, Washington D. C., 2019, p. 3, quien propicia la aplicación del estándar de "evidencia sustancial", que enseguida recordaremos.

(105) Originado ya en "U. S. v. Union Pacific R. Co.", 226 U. S. 61 [1912] 84, donde la Suprema Corte afirmó

rational basis review y *hard look doctrine* (106), presenta una mínima deferencia judicial. Este estándar opera tanto para revisar decisiones de un jurado como para revisar ciertas decisiones de la agencia administrativa. Tiene que aclararse que, en este estándar, la expresión razonabilidad no presenta absoluta simetría con la razonabilidad interpretada por la Corte Suprema argentina ya que esta última semejaría —pero solo semejaría— a una de las especies mencionadas: la *rational basis review*.

En el caso del jurado, el margen para la revisión de sus determinaciones fácticas es muy estrecho y el veredicto sustancial es muy salvado no haya "evidencia sustancial" que lo respalde (107). En el caso de la agencia, este estándar

que, en la (entonces reciente) discusión sobre la historia y significado de la ley en los casos de *Standard Oil* y *Tobacco*, "esta Corte declaró que se debe dar, a la ley, una interpretación razonable". ("In the recent discussion of the history and meaning of the act in the *Standard Oil* and *Tobacco* cases, this Court declared that the statute should be given a reasonable construction (...); y posteriormente receptado en la APA.

(106) "Motor Vehicle Manufacturers Association of U.S., Inc. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.", 463 U.S. 29, 43 [1983] (sosteniendo que la Corte de Apelaciones había errado al no "intensificar el margen de su revisión con base en su lectura de los hechos legislativos").

(107) "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 enjuiciante racional de los hechos hubiera hallado los elementos esenciales del crimen más allá de una duda razonable. Este estándar familiar da plena operatividad, a la responsabilidad del enjuiciante de los hechos, de resolver conflictos en el testimonio, ponderar la evidencia, y extraer inferencias razonables, de hechos básicos a hechos últimos. Una vez que el defendido ha sido hallado culpable del crimen endilgado, el rol de quien busca los hechos, a cargo de sopesar la evidencia, se preserva por medio de la conclusión jurídica de que, en ocasión de la revisión judicial, toda la evidencia será considerada a la luz más favorable a la acusación. (En el original: "Instead, the relevant question is whether, after viewing the evidence in the light most favorable to the prosecution, any rational trier of fact could have found the essential elements of the crime beyond a reasonable doubt. See *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. at 406 U. S. 362. This familiar standard gives full play to the responsibility of the trier of fact fairly to resolve conflicts in the testimony, to weigh the evidence, and to draw reasonable inferences from basic facts to ultimate facts. Once a defendant has been found guilty of the crime charged, the factfinder's role as weigher of the evidence is preserved through a legal

podrá conllevar menos o más deferencia que en un litigio civil (108), 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 (109), 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" (110). Segundo, si la agencia actuó de otra manera, el tribunal judicial revisor será deferente hacia el conocimiento especializado (*expertise*) de aquella, 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

conclusion that, upon judicial review, all of the evidence is to be considered in the light most favorable to the prosecution").

(108) DAVIS, Martha S., "A Basic Guide to Standards of Review", *South Dakota Law Review*, nro. 3, 1988, pp. 469-483, esp. p. 478.

(109) 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. (En el original: "any person, partnership, or corporation required by an order of the Commission to cease and desist from using any method of competition or act or practice may obtain a review of such order in the Circuit Court of Appeals of the United States (...) by filing (...) a written petition. (...) The Commission forthwith shall certify and file in the court a transcript of the entire record (...). The findings of the Commission as to the facts, if supported by evidence, shall be conclusive").

(110) DAVIS, Martha S., "A Basic Guide to Standards of Review", *South Dakota Law Review*, nro. 3, 1988, pp. 469-483, esp. p. 478.

como si estuviera revisando las determinaciones que efectúe un jurado, cuyo veredicto será confirmado salvo que —como vimos—, no medie evidencia sustancial para sustentarlo (111).

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" (112). 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" (113). Con posterioridad a

(111) "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 enjuiciante racional de los hechos hubiera hallado los elementos esenciales del crimen más allá de una duda razonable. Este estándar familiar da plena operatividad, a la responsabilidad del enjuiciante de los hechos, de resolver conflictos en el testimonio, ponderar la evidencia, y extraer inferencias razonables, de hechos básicos a hechos últimos. Una vez que el defendido ha sido hallado culpable del crimen endilgado, el rol de quien busca los hechos, a cargo de sopesar la evidencia, se preserva por medio de la conclusión jurídica de que, en ocasión de la revisión judicial, toda la evidencia será considerada a la luz más favorable a la acusación. (En el original: "Instead, the relevant question is whether, after viewing the evidence in the light most favorable to the prosecution, any rational trier of fact could have found the essential elements of the crime beyond a reasonable doubt. See *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. at 406 U.S. 362. This familiar standard gives full play to the responsibility of the trier of fact fairly to resolve conflicts in the testimony, to weigh the evidence, and to draw reasonable inferences from basic facts to ultimate facts. Once a defendant has been found guilty of the crime charged, the factfinder's role as weigher of the evidence is preserved through a legal conclusion that, upon judicial review, all of the evidence is to be considered in the light most favorable to the prosecution").

(112) "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". Ver, asimismo, "Washington, V. & M. Coach Co. v. National Labor Relations Board", 301 U.S. 142, 147 [1936].

(113) "Razonante a partir de la evidencia", conf. JAFFE, Louis L., "Judicial Control of Administrative Action", Little Brown and Co., Boston, 1965, p. 596.

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 inculpativa como exculpativa, contenida en el registro o expediente administrativo (114).

7) “Arbitrariedad y capricho”

Cuarto, habrá un cierto grado de deferencia, del tribunal judicial revisor hacia el accionar de la agencia, cuando, bajo APA § 706[2](A) (115), medie “arbitrariedad y capricho”, o, simplemente, “arbitrariedad”, y su especie, “claro error de juicio” o *clear error judgement* (116). este último no tiene que ser confundido con el “claro error” antes reseñado, del cual constituiría una especie, y resultaría, por ende, más limitado (117).

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 cuando, 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

(114) “Universal Camera Corp. v. National Labor Relations Board”, 340 U. S. 474 [1951] 488.

(115) En rigor, APA § 706[2](A) contiene 4 supuestos distintos (accionar “arbitrario”, “caprichoso”, “abuso de discrecionalidad”, y “de cualquier otro modo no de conformidad con el Derecho [law]”). Pero se suele ver a APA § 706[2](A) bajo el rótulo genérico de “arbitrariedad”. Alguna vez sostuvo, el entonces juez Scalia, que APA § 706[2](A) es un “cajón de sastre” (catch-all), 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.

(116) Originado en “Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe”, cit.

(117) Conf. RUBIN, Edward, “It’s Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative”, Cornell Law Review, vol. 89, 2003, pp. 95-190, esp. p. 127, n. 143, y sus citas.

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 centrará 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 (118), lo cual es llamativo en el marco de procedimientos informales o incluso sin expediente, este estándar, de “arbitrariedad y capricho”, ha sido moldeado por la práctica judicial. En tal dirección, 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” (119).

8) Abuso de discrecionalidad

Quinto, habrá, comparativamente, mayor 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 esta 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

(118) “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].

(119) DAVIS, Martha S., “A Basic Guide to Standards of Review”, South Dakota Law Review, nro. 3, 1988, pp. 469-483, esp. p. 480.

son determinados" (120). En sede judicial, en ocasión del *trial*, el juez toma decisiones regladas, y decisiones discrecionales. estas últimas pueden incluir instrucciones al jurado; admisión o inadmisión de pruebas; concesión o denegación de peticiones las partes, entre otros supuestos (121). 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 determinación fáctica claramente errónea (122); cuando la corte de distrito falle en forma irracional (123); cuando la corte de distrito incurra en error de derecho (124); cuando la corte de distrito interprete erróneamente una ley (125) o apoye su decisión en una visión errónea del derecho (126); cuando el expedien-

te no contenga evidencia alguna para sustentar la decisión de la corte de distrito (127). Además, se revocará la decisión y se devolverá el caso a la *trial court* para ulteriores determinaciones cuando esta 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 surgiere, 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 mutandis*, las causales generadoras de la configuración del "abuso" enumeradas en el párrafo precedente.

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 (128). 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 rescisión de un programa de acción afirmativa de alivio

(120) En el original: "An abuse of discretion is a plain error, discretion exercised to an end not justified by the evidence, a judgment that is clearly against the logic and effect of the facts as are found". "Rabkin v. Oregon Health Sciences University", 350 F.3d 967, 977 (9th Cir. 2003) (citas y comillas internas omitidas). Ver también: In re "Korean Air Lines Co., Ltd.", 642 F.3d 685, 698 n.11 (9th Cir. 2011).

(121) Ver, por ej., "U.S. v. Walrath", 324 F.3d 966 (8th Cir. 2003). Ver Regla 30 de las Reglas federales para Procesos Penales.

(122) 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).

(123) 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.

(124) 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. (En el original: "A district court by definition abuses its discretion when it makes an error of law."). 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.

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

(126) "Richard S. v. Dep't of Dev. Servs.", 317 F.3d 1080, 1085-86 (9th Cir. 2003). Ver, asimismo: "Fox v. Vice", 131

S. Ct. 2205, 2211 [2011], en el cual se reconoce que la *trial court* tiene amplia discrecionalidad cuando, "pero sólo cuando, juega por las reglas correctas" ("calls the game by the right rules").

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

(128) DAVIS, Martha S., "A Basic Guide to Standards of Review", *South Dakota Law Review*, nro. 3, 1988, pp. 469-483, esp. pp. 480-481. RUGG, Julia, "Identifying and Understanding Standards of Review", *Georgetown University Law Center, The Writing Center*, Washington D. C., 2019, pp. 4-5.

para niños inmigrantes (129). En ambos casos se halló sustento en la razonabilidad a efectos del análisis de la decisión discrecional y el eventual abuso de discrecionalidad.

9) Veda de revisión judicial

Por último, cuando la ley formal vede la revisión judicial, se configurará un hipotético 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 (130).

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 (131).

(129) Respectivamente, "Department of Commerce et al. v. New York et al.", 588 U. S. ___ [2019] ("The Census Act confers broad authority on the Secretary, but it does not leave his discretion unbounded"); y "Department of Homeland Security et al. v. Regents of the University of California et al.", 591 U. S. ___ [2020] ("That dual failure raises doubts about whether the agency appreciated the scope of its discretion or exercised that discretion in a reasonable manner").

(130) "Ver Johnson v. Robinson", 415 U. S. 361, en p. 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. Es importante tener en cuenta que estas irrevisibilidades no parecerían ser definitivas: la ley de beneficios para veteranos, mencionada, se modificó en 1988, estableciéndose la revisión judicial de ciertas decisiones finales de la Administración. Esto pone en evidencia el diálogo entre las ramas Judicial y Legislativa y las consecuentes enmiendas legislativas de conformidad con los decisorios jurisprudenciales.

(131) Ver "Block v. Community Nutrition Inst.", 467 U.S. 340, en pp. 346-347 [1984]. Además, la revisión judi-

¿Son absolutas las vedas de revisión judicial que de tanto en tanto dispone el legislador? 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 2001-2002; 16 *rules* en 2017-2018; 3 en 2021-2022 (132). 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 (133). ¿Cómo se ha interpretado tal máxima restricción a la revisión judicial? 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 desaprobarción emitida bajo dicha ley (134).

cial 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 pp. 208-209 [1994]; "Elgin v. Department of Treasury", 567 U. S. 1, en pp. 12-18 [2012]. Cit. en COLE, Jared P., "An Introduction to Judicial Review of Federal Agency Action", Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress, Washington D.C., 2016. Disponible en <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44699.pdf>.

(132) CAREY, Maeve P. - DAVIS, Christopher M., "The Congressional Review Act (CRA): Frequently Asked Questions", Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress, Apéndice, Washington D.C., 2021, pp. 28-29. Disponible en <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R43992> (último acceso: 20/11/2022).

(133) 5 U. S. C. § 805: "No determination, finding, action, or omission under this chapter shall be subject to judicial review." ("Chapter" se refiere a la CRA).

(134) "Center for Biological Diversity v. Bernhardt", 946 F.3d 553 (9th Cir. 2019), esp. p. 561: "(...) [W]e should conclude that Congress did not intend to 'preclude consideration of colorable constitutional claims arising out of... actions' taken under a federal statute, Webster, 486

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 (135).

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) (136). A diferencia de las tres

U.S. at 603, 108 S.Ct. 2047. This rule of statutory construction is necessary to avoid 'the serious constitutional question that would arise if we construed [a statute] to deny a judicial forum for constitutional claims'. "Bowen v. Mich. Acad. of Family Physicians", 476 U.S. 667, 681 n.12, 106 S.Ct. 2133, 90 L.Ed.2d 623 [1986] (...)". Disponible en <https://casetext.com/case/ctr-for-biological-diversity-bernhardt-4> (último acceso: 20/11/2022). Cit. en CAREY, Maeve P. - DAVIS, Christopher M., "The Congressional Review Act (CRA): Frequently Asked Questions", Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress, Washington D.C., 2021, p. 25, n. 148. Disponible en <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R43992> (último acceso: 20/11/2022).

(135) 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 entendieran en impugnaciones constitucionales a la ley. Cit. en COLE, Jared P., "An Introduction to Judicial Review of Federal Agency Action", Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress, Washington D.C., 2016. Disponible en <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44699.pdf>.

(136) 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. "Franklin v. Massachusetts", 505 U.S. 788, en pp. 800-01 [1992], en el que se sostuvo que el accionar del presidente no puede ser revisado bajo la Administrative Procedure Act, rechazándose

ramas del gobierno, creadas por la Constitución, esas autoridades, que pueden denominarse agencias (*agencies*), comisiones (*commissions*), organismos (*boards*) o departamentos (*departments*), no existen si no hay ley del Congreso que las cree y les delegue competencias. Algunas agencias son "comisiones reguladoras" que cuentan con un directorio colegiado, independiente, cuyos miembros solo pueden ser exonerados por justa causa y, por ende, se las suele llamar "agencias independientes" (137). Las agencias reguladoras independientes, 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 Agencia Federal Reguladora de la Energía o la Comisión Federal de Comunicaciones (138). Con admirable capacidad de síntesis, Verkuil explica que la independencia de las agencias independientes 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

la inclusión de la Presidencia en la noción de agency de la APA. En igual sentido, EDWARDS, Harry T. y ELLIOT, Linda A., "Federal Standards of Review. Review of District Court Decisions and Agency Actions", Thomson Reuters, s/l, 2018, third edition, p. 137.

(137) 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).

(138) Paperwork Reduction Act, 44 U. S. C. 3501 et seq., § 3502 [5]: "[T]he term 'independent regulatory agency' means the Board of Governors of the Federal Reserve System, the Commodity Futures Trading Commission, the Consumer Product Safety Commission, the Federal Communications Commission, the Federal Deposit Insurance Corporation, the Federal Energy Regulatory Commission, the Federal Housing Finance Board, the Federal Maritime Commission, the Federal Trade Commission, the Interstate Commerce Commission, the Mine Enforcement Safety and Health Review Commission, the National Labor Relations Board, the Nuclear Regulatory Commission, the Occupational Safety and Health Review Commission, the Postal Rate Commission, the Securities and Exchange Commission, and any other similar agency designated by statute as a Federal independent regulatory agency or commission".

expresamente previstas (139). Estas serían las características que diferencian al miembro del directorio de una de ellas, por un lado, y un funcionario de la rama ejecutiva, por el otro.

En lo que aquí interesa, esa (i) “independencia” incidirá en las determinaciones fácticas que efectúen en el marco de procedimientos llevados adelante ante ellas. Tal competencia se vinculará, a su vez, con (ii) el juicio “experto” o especializado del que harán uso al efectuarlas. 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 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, 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 como este ministerio son “agencias administrativas”.

(139) VERKUIL, Paul R., “The Purposes and Limits of Independent Agencies”, *Duke Law Journal*, vol. 1988, 1988, pp. 257-279, esp. p. 259. Disponible en <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2061&context=facpubs> (último acceso: 22/11/2022).

V.1. La agencia independiente como delegataria

Como vimos, la agencia administrativa es “delegataria” o “delegada” del Congreso. Ha dicho la Suprema Corte que una agencia federal “literalmente no tiene poder alguno (...) salvo que y hasta tanto el Congreso le confiera poderes” (140). 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* (141), 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 art. 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 (142). En otras palabras, será el

(140) “Louisiana Public Service Commission v. Federal Communications Commission”, 476 U. S. 355, en p. 374 [1986].

(141) Ampliar en BIANCHI, Alberto B., “La delegación legislativa”, Ábaco, Buenos Aires, 1990, pp. 82-91.

(142) Respectivamente, pueden verse: Food Stamp Act de 1964 (Public Law 88-525) § 13, con su régimen de revisión judicial *de novo* por parte de una corte de distrito (“The suit in the United States district court or State court shall be a trial *de novo* by the court in which the court shall determine the validity of the questioned administrative action in issue”); y la Surface Mining Control and Reclamation Act de 1977 (Public Law 95-87), § 526 (a)[2] (b) (“The court shall hear such petition or complaint solely on the record made before the Secretary. Except as provided in subsection (a), the findings of the Secretary, if supported by substantial evidence on the record considered as a whole, shall be conclusive. The court may affirm, vacate, or modify any order or decision or may remand the proceedings to the Secretary for such further action as it may direct”).

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”

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 independiente, ante la revisión judicial. Sin embargo, esa protección debería ser armónica no solo con su *expertise* sino, en especial, con su independencia (143). 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 cier-

(143) Cobran relevancia, en este aspecto, entiendo, el fortalecimiento 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.

tas condiciones (144). ¿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. 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 (145). 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 (146), lo cual se condice con el hecho de que son independientes del Poder Ejecutivo, pero no del Congreso que las crea e insufla competencias.

(144) MCCANN, Pamela - SHIPAN, Charles R. - WANG, Yuhua, "Measuring the Legislative Design of Judicial Review of Agency Actions", *Journal of Law, Economics and Organization*, published december 13, 2021, p. 14. Disponible en <https://doi.org/10.1093/jleo/ewab031> (último acceso: 22/11/2022).

(145) *Ibidem*.

(146) STRAUSS, Peter L., "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984, pp. 573-669, esp. 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. Disponible en https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1211&context=faculty_scholarship (último acceso: 22/11/2022). Cit. en EMERSON, Blake, "Liberty and Democracy through the Administrative State: A Critique of the Robert's Court Political Theory", *Hastings Law Journal*, vol. 73, 2022, pp. 371-436, esp. p. 416.

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* (147). 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 (148). La jurisprudencia, por su parte, en ocasiones, al encargar 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 (149). También considera que la imposición de sanciones es revisada si mediare abuso de discrecionalidad (150) y las deja sin efecto si no están previstas en la ley o justificadas por los hechos (151). Últimamente, la Suprema Corte, soslaya —sin llegar a revocar— “Chevron” y su doctrina de la deferencia (152). Puede haber incidido, en esta sana actitud, la actuación

(147) BENDOR, Ariel - YADIN, Sharon, "Regulation and the Separation of Powers", Southern California Interdisciplinary Law Journal, vol. 28, 2019, pp. 357-385, esp. p. 378. Disponible en <https://gould.usc.edu/why/students/orgs/ilj/assets/docs/28-2-Bendor.pdf> (último acceso: 22/11/2022).

(148) ROSE-ACKERMAN, Susan, "Democracy and Executive Power: Administrative Policymaking in Comparative Perspective", Revista de Derecho Público, Marcial Pons, vol. 6, 2022, pp. 155-182, esp. sección 3. Disponible en <http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/democracy-and-executive-power-administrative-policymaking-in-com/1443> (último acceso: 22/11/2022).

(149) "West Virginia v. EPA", 597 U. S. ____ [2022], 30 de junio de 2022. Disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_n758.pdf (último acceso: 22/11/2022).

(150) "Saberri v. Commodity Futures Trading Commission", 488 F.3d 1207, en p. 1215 (9th Cir. 2007).

(151) *Ibidem*.

(152) PIERCE, Richard J. (Jr.), "Is Chevron Deference Still Alive?", The Regulatory Review, July 14, 2022. Disponible en <https://www.theregreview.org/2022/07/14/pierce-chevron-deference/> (último acceso: 22/11/2022).

congresional aprobando, en forma sectorial, el abandono de la mentada doctrina (153). Asimismo, tengamos presente el proyecto de ley de modificación del margen de revisión judicial de la APA (154).

VI. Reflexiones finales

Al inicio de estas líneas recordaba la particular arquitectura otorgada por la Corte Suprema argentina al régimen de control de la Administración, con base en el doble *holding* de “Fernández Arias c. Poggio” sobre el cual nos enseña la doctrina. Allí me preguntaba acerca de la pertinencia de estudiar el similar instituido en el Derecho estadounidense en el orden federal maguer las disímiles experiencias históricas en uno y otro sistema, al menos hacia la época de sanción de las respectivas leyes de procedimientos administrativos, y posteriormente.

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 fases resultantes. La faz administrativa permite, implícitamente, 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). La faz congresional repara en la “piedra

(153) Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act de 2010, cit. n. 45.

(154) Ley de Restauración de la Separación de Poderes, Separation of Powers Restoration Act (SOPRA) H. R. 1927 y S. 909, 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”. Ley de Responsabilidad Regulatoria, 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. Puede ampliarse en SCHEFFNER, Daniel J., "Administrative Law Reform Legislation in the 116th Congress", Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress, Washington D.C., 2020, esp. pp. 3-4. Disponible en <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10523> (último acceso: 22/11/2022).

fundamental” del sistema: la presunción de revisabilidad o presunción de revisión judicial del accionar administrativo (sección III). Por último, 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 sucinta 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. 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 estudio de la faz judicial, en la sección IV, 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 con la nuestra; en especial, en vistas de los presupuestos de organización judicial federal en aquella Nación.

Tributa a esa incomparabilidad un complejo de instituciones que insertan al régimen de revisión judicial del accionar de la Administración, en Estados Unidos, en el orden federal, en un medio muy preocupado por no solo por la eficiencia sino por la eficacia de la actuación de la agencia. 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 efectividad. 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* (Mo-

del State APA), modelo para los estados, y en su momento 27 estados la adoptaron sin más. La *APA* fija procedimientos formales y permite procedimientos informales, estos últimos constituyen la regla y no 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 solo a que se alcance el agotamiento de la vía administrativa (155).

Tengo para mí que los marcados contrastes emergentes de estas líneas, y del complejo histórico e institucional involucrado, no logran conmover lo que considero el “núcleo duro” de la revisión judicial del accionar de la Administración: sus hondas raíces en “Marbury v. Madison”, y su estrecha vinculación con la presunción de revisabilidad del accionar de la Administración. Ese anclaje, de Derecho constitucional, para la vastísima materia que tal vez se erige en el más complejo campo de estudio del Derecho administrativo, posee la virtualidad de preterir las diferencias y la hipotética “incomparabilidad” resultante, y permitirnos atesorar los valiosos aportes jurisprudenciales y doctrinarios emergentes de la práctica estadounidense en el orden federal en tanto los desbrocemos desde una perspectiva no solo administrativo-procedimental sino —más relevante aún— constitucional. No en vano ha sido la *APA* denominada una “super ley” o una “subconstitución” (156).

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 nuestro medio, se erige en una opera-

(155) La presencia del ALJ asegura “una revisión administrativa profunda y relativamente imparcial en lugar de un mero ritualismo cuyo resultado negativo se da casi siempre por descontado”. Conf. MAIRAL, Héctor A., “Control judicial de la Administración pública”, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 373.

(156) SCALIA, Antonin, “Vermont Yankee: The APA, the D. C. Circuit, and the Supreme Court”, *Supreme Court Review*, vol. 1978, 1978, pp. 345-409, esp. p. 363.

ción no desprovista de riesgos. Ello, en tanto no se privilegie una necesaria consideración previa de los innumerables factores históricos (157) e

(157) CASSAGNE, Juan Carlos, "La trascendencia del art. 109 de la Constitución Nacional en el sistema judicialista argentino y su fuente constitucional. Crítica a una tesis restrictiva sobre el alcance del control judicial", LA LEY, 2022-C, 557-573, LA LEY del 15/06/2022, pp. 1-6, esp. p. 6, donde enumera estos factores: "(...) la idiosincrasia, el sistema constitucional y las circunstancias históricas".

institucionales y asimetrías resultantes ínsitos en el punto de acometida. Esos factores tendrán un rol central en el estudio y profundización de la materia y de cada uno de sus subcapítulos. Tomarlos en consideración redimensionará el —tantas veces necesario— recurso a la experiencia foránea, 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.

